

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 6 octobre 2015

L'Union européenne et le changement climatique : aspects juridiques



Université Panthéon-Assas

Eleonora Russo

Sous la direction de :

Madame **Jacqueline Dutheil de la Rochère**,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Membres du jury :

Monsieur **Enrico Letta**, Professeur à Sciences Po Paris

Monsieur **Yves Petit**, Professeur à l'Université de Lorraine, Rapporteur

Monsieur **Thierry Rambaud**, Professeur à l'Université Paris Descartes,
Rapporteur

Monsieur **Patrick Thieffry**, Avocat et Professeur associé à l'Université
Panthéon-Sorbonne



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Toute ma reconnaissance va à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Jacqueline Dutheil de la Rochère, qui m'a accompagnée avec patience aux cours de ces années. Je la remercie sincèrement pour m'avoir poussée au-delà de ce que je croyais être mes limites et j'espère lui avoir transmis en échange un peu de mon enthousiasme pour l'étude du changement climatique.

Je remercie tous les membres du Jury, Messieurs Yves Petit, Thierry Rambaud, Enrico Letta et Patrick Thieffry, d'avoir accepté d'examiner ce travail.

Je tiens également à remercier les membres, l'équipe et les doctorants du Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas. Parmi eux, un remerciement particulier va à Alexandre Richard pour sa grande rigueur dans la relecture de cette thèse, à Flora Sicard et à Aemilia Ioannidou, ainsi qu'à Madame Bernadette Lafon. Toujours à Panthéon-Assas, mes remerciements les plus sincères vont à Georgia Schneider, Astrid Herzer, Francine Pioso, Maryna Vartanova et à toute l'équipe de l'Action Internationale de 2008 pour les bons moments passés ensemble.

J'adresse toute ma gratitude à Imola Strehö, pour son soutien, sa confiance et toutes ses ondes positives. Merci aussi à Anastasia Iliopolou pour ses précieux conseils.

Ma reconnaissance va aussi à Guido Petrucci, de la Vrije Universiteit Brussel, pour son avis sur les implications scientifiques et économiques de ce travail.

Je ne peux oublier ici Delphine Gouraud, Joséphine Flossaut, Sandra Facon et Silvia Duerich-Morandi pour les mots gentils qui ont accompagné les dernières années de rédaction de la thèse.

A titre plus personnel, je remercie tous mes amis qui ont été présents pendant cette thèse. Ma reconnaissance va à Nafera pour son amitié et pour avoir lu avec patience la première version du manuscrit. Un grand merci à Nathalie : sans sa bonne humeur et ses encouragements ces années auraient été bien plus tristes. Et à Francesco, de l'école maternelle jusqu'à la fin de thèse à Paris... Un grand merci va aussi à toutes les Sœurs du Foyer Marie Moisan pour m'avoir offert beaucoup plus qu'une maison quand je suis arrivée à Paris et pour leur bienveillance inconditionnelle. Je remercie aussi mes parents, Patrizia et Gianni, zio Mimmo, zia Elisa et zio Paolo, Carol et Daniel qui m'ont toujours soutenue, chacun à sa manière. Et Guido, senza il quale il pacchetto energia clima sarebbe soltanto un pacchetto.



Résumé

Le changement climatique a acquis, durant ces cinquante dernières années, une dimension politique et juridique. En 2009, le Traité de Lisbonne a intégré la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs prioritaires de la politique environnementale internationale de l'Union européenne, en reconnaissant la volonté de l'Europe de jouer un rôle de leader mondial dans ce domaine. Cette thèse porte sur la lutte contre le changement climatique en droit de l'Union européenne. Dans la première Partie, nous analyserons tout d'abord l'ambition européenne dans le cadre des négociations internationales, lieu d'émergence de la gouvernance climatique. Puis, nous examinerons le système des compétences de l'UE pour évaluer si ce dernier permet de répondre efficacement aux défis que le changement climatique pose. La seconde Partie porte sur la mise en œuvre de la politique climatique européenne, en présentant les principaux instruments – notamment le paquet énergie-climat – et en montrant les mécanismes à la disposition de l'Union européenne pour mettre en cohérence cette politique transversale et pour influencer l'action climatique globale par ses mesures internes.

Cette analyse aide à la compréhension des apports européens, passés et présents, à la construction d'une gouvernance climatique mondiale efficace. Les caractéristiques spécifiques du changement climatique en font en outre un point d'observation privilégié pour l'étude de certaines dynamiques propres à la construction européenne.

Descripteurs :

Changement climatique, droit de l'UE, compétences internes, compétences externes, accords mixtes, paquet énergie-climat, politique de l'exemplarité, mise en œuvre, politique transversale, politique climatique européenne.

Abstract

The European Union and Climate Change: Legal Aspects

Over the last fifty years, climate change has acquired a political and a legal dimension. In 2009, the Lisbon Treaty included combating climate change among the objectives of the European Union's international environmental policy, demonstrating the will of the EU to play a leading global role in this domain.

This thesis studies the development of the fight against climate change in EU law. In Part I we analyse European ambitions within the framework of international negotiations, where climate governance originally emerged. Then, we examine the European system of competence in order to better understand whether or not it actually serves as the most effective approach to tackling climate change issues. Part II concerns the implementation of the EU climate change policy. Here, we present its main instruments, i.e. the climate and energy package, and examine the mechanisms that the EU uses to give coherence to this cross-cutting policy and influence global climate action by way of internal measures taken.

Our analysis furthers the understanding of European contributions, both past and present, to the construction of effective international climate governance. Moreover, the subject of climate change, a major global challenge with an array of specific characteristics, provides us with a privileged point of view to examine several dynamics of the construction of European integration.

Keywords:

Climate change, EU law, internal competences, external competences, mixed agreements, climate and energy package, "leading by example" strategy, implementation, cross-cutting policy, European climate policy.

Principales abréviations

ADEME	Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie
AECI	Agence Exécutive pour la Compétitivité et l'Innovation
AEE	Agence Européenne pour l'Environnement
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AG	Assemblée Générale des Nations-Unies
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
AMCC	Alliance Mondiale pour le Changement Climatique
AOSIS	Alliance des petits états insulaires
ATA	Air Transport Association of America
AWG-KP	Ad hoc Working Group - Kyoto Protocol
AWG-LCA	Ad hoc Working Group on Long Term Cooperative Action
BEI	Banque Européenne d'Investissement
BICS	Brésil, Inde, Chine et Afrique du Sud
BDEI	Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel
CCNUCC / UNFCCC	Convention-cadre des Nations-Unies sur le Changement Climatique
CCS	Capture et stockage du CO ₂
CDC	Caisse des Dépôts et Consignations
CE	Communauté Européenne
CECA	Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
CEE	Communauté Economique Européenne
CEEA/EURATOM	Communauté Européenne de l'Energie Atomique
CEPS	Centre for European Policy Studies
CFC	Chlorofluorocarbures
CH ₄	Méthane
CIJ	Cour International de Justice
CITES	Convention sur le Commerce International des Espèces de Faune et de Flore Sauvages Menacées d'Extinction
CIUS	Conseil International des Unions Scientifiques
CJCE/CJUE	Cour de Justice des Communautés européennes / de l'Union européenne
CNUED	Conférence des Nations-Unies sur l'Environnement et le Développement
CO ₂	Dioxyde de carbone
COP	Conférence des Parties à la CCNUCC

COP/MOP	Conférences des Parties au Protocole de Kyoto
COREPER	Comité des Représentants Permanents
CMLR	Common Market Law Review
CNRS	Centre National de Recherches Scientifiques
CNUCED	Conférence des Nations-Unies sur le Commerce Et le Développement
CNUED	Conférence des Nations-Unies sur l'Environnement et le Développement
DG	Direction Générale
EASME	Agence exécutive pour les petites et moyennes entreprises
EEX	European Energy Exchange
Eionet	Réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement
EPA	Environmental Protection Agency
EUTL	European Union Transaction Log
FAO	Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture
GES	Gaz à Effet de Serre
GIEC / IPCC	Groupe d'experts Intergouvernemental sur l'Evolution du Climat
HCFC	Hydrochlorofluorocarbures
HFC	Hydrofluorocarbures
ICE	InterContinental Exchange
IDDR	Institut du Développement Durable et des Relations Internationales
IEA	International Energy Agency
IISD	Institut international du développement durable
IPPC (directive)	Prévention et réduction intégrée de la pollution
ISPI	Istituto per gli Studi di Politica Internazionale
JO	Journal Officiel de l'Union européenne
JO C	Journal Officiel de l'Union européenne - Communications et informations
JO L	Journal Officiel de l'Union européenne - Législation
JORF	Journal Officiel de la République Française
JTCI	Journal des Transactions Communautaire Indépendant
LGDJ	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence
LRTAP	Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance
LULUCF	Land Use, Land Use Change and Forestry

MDP	Mécanisme de Développement Propre
MOC	Mécanisme de Mise en Œuvre Conjointe
MRV	Measurement, Reporting and Verification
MtCO ₂ e	Million de tonnes de CO ₂ équivalent
NAMA	National Appropriate Mitigation Action
NO _x / N ₂ O	Oxydes d'azote / Protoxyde d'azote
OACI / ICAO	Organisation de l'Aviation Civile Internationale
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
OCM	Organisations Communes du Marché
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
OMM	Organisation Météorologique Mondiale
ONG	Organisation Non Gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OPEP / OPEC	Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole
ORIE	Organisation Régionale d'Intégration Economique
PAC	Politique Agricole Commune
PECC	Programme Européen sur le Changement Climatique
PEER	Programme Energétique Européen pour la Relance
PESC	Politique Etrangère et de Sécurité Commune
PFC	Perfluorocarbures
PIB	Produit Intérieur Brut
PIC	Programme cadre pour l'Innovation et la Compétitivité
PNA	Plan National d'Allocation
PNUE / UNEP	Programme des Nations-Unies pour l'Environnement
PREC	Programme de Recherche en Economie du Climat
RDUE	Revue du Droit de l'Union Européenne
RECIEL	Review of European Community and International Environmental Law
REDD	Réduction des Emissions par l'action sur le Déboisement et la Dégradation des forêts
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RGGI	Regional Greenhouse Gas Initiative
RMCUE	Revue du Marché Commun de l'Union Européenne
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTE-E	Réseaux TransEuropéens d'Energie
RTE-T	Réseau TransEuropéen de Transport

SCEQE	Système Communautaire d'Echange de Quotas d'Emissions
SEIS	Système de partage d'informations sur l'environnement
SF ₆	Hexafluorure de soufre
SO _x /SO ₂	Oxydes de soufre / Dioxyde de soufre
TCEE/TCE	Traité instituant la Communauté Economique Européenne / Traité instituant la Communauté Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
UA	Unité d'Absorption
UICN	Union Internationale pour la Conservation de la Nature
UNDP	United Nations Development Programme
UNYB	United Nations Yearbook
UQA	Unités de Quantité Attribuée
URCE	Unité de Réduction Certifiée des Émissions
URE	Unités de Réduction des Emissions
TILEC	Tilburg Law and Economics Center
WPIEI	Working Party on International Environmental Issues
WPIEI-CC	Working Party on International Environmental Issues – Climate Change
WWF	World Wildlife Fund

Sommaire

Introduction	13
1. Quelques notions sur le changement climatique	13
2. Les principales étapes de la construction de l'action climatique internationale et européenne.....	17
3. Le changement climatique : un objet d'étude pour le droit européen	19
4. Objectif, méthodologie et structure.....	21
 Partie I. La tension entre ambitions et compétences de l'UE dans la lutte contre le changement climatique.....	23
TITRE 1. Le rôle de l'Union européenne dans les négociations internationales sur le changement climatique.....	25
Chapitre 1. Une phase de progression	27
Section 1. De l'émergence de la question climatique à la conclusion de la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques	28
Section 2. Vers le Protocole de Kyoto	46
Conclusions du Chapitre.....	74
Chapitre 2. Une phase de stagnation	75
Section 1 : Les négociations pour un post-Kyoto	75
Section 2 : Les raisons des difficultés dans la négociation et les perspectives.....	97
Conclusions du Chapitre.....	125
Conclusions du Titre.....	127
TITRE 2 : Le système de compétences européennes a l'épreuve du changement climatique	129
Chapitre 3. Les compétences internes de l'Union européenne	133
Section 1. Le changement climatique : un objectif européen.....	134
Section 2 : Le changement climatique : une politique à part entière ?	168
Conclusions du Chapitre.....	200
Chapitre 4. Les compétences externes	203
Section 1 : La procédure de négociation et de conclusion des accords climatiques.....	203
Section 2 : Le système d'attribution des compétences externes dans le domaine climatique.....	228
Conclusions du Chapitre.....	263
Conclusions du Titre.....	265
Conclusions de la Partie	267
 PARTIE II. La mise en œuvre de la politique climatique de l'Union européenne : expérimentation et pragmatisme.....	269

TITRE 1. Les instruments de la politique climatique européenne : le paquet énergie-climat.....	271
Chapitre 5. L'utilisation d'instruments de marché : le SCEQE.....	273
Section 1 : La définition d'un marché de quotas d'émission	275
Section 2 : Les modalités de fonctionnement du SCEQE.....	301
Conclusions du Chapitre.....	336
Chapitre 6. Des instruments classiques : le paquet énergie-climat.....	339
Section 1 : La directive sur les énergies renouvelables et les biocarburants.....	340
Section 2 : Les autres actes du paquet énergie-climat.....	357
Conclusions du Chapitre.....	373
Conclusions du Titre	377
TITRE 2. La mise en œuvre de la politique climatique européenne a l'épreuve de la transversalité et de la globalité	379
Chapitre 7. Des mécanismes complexes de coordination	381
Section 1 : La comitologie dans le paquet énergie-climat.....	382
Section 2 : D'autres mécanismes de coordination dans la politique climatique	399
Conclusions du Chapitre.....	424
Chapitre 8. La politique climatique européenne entre unilatéralisme et exemplarité	427
Section 1 : Les mesures climatiques unilatérales de l'UE : l'extraterritorialité	427
Section 2 : L'exemplarité revisitée.....	452
Conclusions du Chapitre.....	465
Conclusions du Titre	467
Conclusions de la partie	471
<i>Conclusions générales.....</i>	473
<i>Bibliographie et sources documentaires</i>	479

Introduction

Quand le Traité de Rome a été signé en 1957, le changement climatique faisait uniquement l'objet de conjectures de la part de quelques scientifiques. En 2009, le Traité de Lisbonne a intégré la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs prioritaires de la politique environnementale internationale de l'Union européenne, en reconnaissant la volonté de l'Europe de jouer un rôle de leader mondial dans ce domaine. Le changement climatique, qui n'était qu'un simple objet d'étude de la part de quelques chercheurs en physique de l'atmosphère, a acquis, durant ces cinquante dernières années, une dimension politique et juridique. Cette thèse porte sur la lutte contre le changement climatique en droit de l'Union européenne. D'une part, cette analyse est majeure pour la compréhension des enjeux et de l'évolution des apports européens à la construction d'une gouvernance climatique mondiale efficace et, d'autre part, les caractéristiques spécifiques du changement climatique en font un point d'observation privilégié pour étudier certaines dynamiques propres à la construction de l'intégration européenne.

La compréhension des caractéristiques qui font du changement climatique un objet singulier par rapport aux autres types de problèmes environnementaux (1) et des principales étapes de la construction de l'action internationale et européenne dans ce domaine (2) sera essentielle pour mettre en lumière les raisons qui font du changement climatique un objet d'étude pour le droit et notamment pour le droit de l'Union européenne (3), ainsi que pour comprendre l'objectif, la méthode et la structure de cette thèse (4).

1. Quelques notions sur le changement climatique

L'effet de serre est un phénomène naturel qui détermine la température moyenne de la surface terrestre. Les gaz présents dans l'atmosphère permettent de retenir une partie de la chaleur, en provenance du rayonnement solaire, qui serait autrement

dispersée dans l'espace¹. Il existe donc un lien direct entre la composition de l'atmosphère et la température terrestre. Si la composante naturelle de ce phénomène est considérée comme fondamentale pour l'existence de la vie, depuis la révolution industrielle les émissions anthropiques de gaz dans l'atmosphère ont significativement augmenté, au point d'altérer les équilibres préexistants. La modification de la température moyenne de la Terre suite aux activités humaines constitue ce qui est appelé effet de serre d'origine anthropique, ou plus communément changement climatique².

L'effet de serre d'origine anthropique a trois caractéristiques ayant des conséquences particulièrement importantes dans le cadre de notre étude : la persistance, la globalité et la transversalité.

La première caractéristique, la persistance, signifie que, une fois en circulation, les gaz responsables du changement climatique (gaz à effet de serre, ou GES) se maintiennent dans l'atmosphère pour des périodes longues, certains pour plusieurs décennies, d'autres pour plusieurs siècles, d'autres encore pour des millénaires. Cela implique que « *même si l'homme cessait aujourd'hui d'émettre immédiatement tout gaz à effet de serre dans l'atmosphère, il devrait tout de même subir, durant de très nombreuses années encore, les effets des gaz émis depuis 150 années* »³. Cette persistance explique pourquoi la lutte contre le changement climatique se décline en deux volets : le premier est celui de la réduction des émissions afin de limiter l'ampleur des modifications du climat ; le second est celui de l'adaptation aux modifications désormais inévitables compte tenu des émissions passées.

La deuxième caractéristique, la globalité, est une conséquence directe de la persistance des GES dans l'atmosphère : une fois émis, les gaz se répandent de par le monde. Une tonne de GES émise en France a les mêmes effets, du point de vue de l'effet de serre, qu'une tonne émise en Chine ou aux Etats-Unis. Cette spécificité du changement climatique le distingue de la plupart des autres problèmes

¹ Assemblée Nationale, *Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'effet de serre*, n° 3021, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 12 avril 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i3021-tL.pdf> (6/06/2011)

² Les changements climatiques se définissent comme les « *changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat* », Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique, art. 1(2).

³ Marcel DENEUX, « L'ampleur des changements climatiques, de leurs causes et de leur impact possible sur la géographie de la France à l'horizon 2005, 2050 et 2100, Rapport (Tome 1) », *Rapport de l'Office Parlementaire d'Evaluation des choix scientifiques et technologiques*, n° 224 (2001-2002), 13/02/2002, <http://www.senat.fr/rap/r01-224-1/r01-224-1.html> (12/05/2011), Partie B : les causes humaines de l'irréversibilité.

environnementaux, en lui conférant un caractère global. L'importance de cette caractéristique pour le choix des mesures de lutte contre le changement climatique rend opportun de présenter ici quelques exemples liés à la pollution atmosphérique, afin de comprendre pleinement la question de l'échelle des problèmes environnementaux et de leurs solutions possibles⁴.

Certains phénomènes ont des causes et des conséquences qui sont très localisées, à l'échelle urbaine ou locale : la source de pollution et ses effets se produisent dans une même zone géographique restreinte. Ce type de pollution a été le premier à être compris et étudié par l'homme, avec des manifestations de « smog »⁵ meurtrier dans des zones de forte industrialisation telles que la vallée de la Meuse, où des épisodes ont été documentés dès le début du XX siècle. Plus récemment, la pollution par les particules fines due, entre autres, à l'utilisation d'un nombre croissant de voitures en milieu urbain, a été mise en lumière par les scientifiques. Cette forme de pollution est extrêmement localisée mais peut causer de graves problèmes de santé. Elle constitue un problème important, qui doit être analysé et résolu au niveau local⁶. Cette nécessité se manifeste, par exemple, dans la loi française de 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie⁷. Cette loi prévoit l'établissement de plans pour la qualité de l'air élaborés dans chaque région par le Préfet⁸.

Il y a ensuite une plus grande échelle, caractérisée par le fait que la source de pollution se situe dans un pays mais ses effets s'étalent sur d'autres territoires. L'exemple le plus connu de cette forme de pollution est celui des pluies acides : les

⁴ Nous aurions pu faire référence, plus en général, à tous les problèmes environnementaux où la question de l'échelle est manifeste comme, par exemple, la pollution de l'eau. Nous avons préféré nous limiter à la pollution atmosphérique pour sa proximité avec la question climatique. Christian de ELICHEGARAY, *Pollution atmosphérique, sources, effets, prévention*, Dunod, Paris, 2008. Pour la définition de pollution atmosphérique voir celle fournie par la CEE en 1967 : « *Il y a pollution de l'air lorsque la présence d'une substance étrangère ou une variation importante dans la proportion de ses constituants est susceptible de provoquer un effet nuisible, compte tenu des connaissances scientifiques du moment, ou de créer un gêne* », de ELICHEGARAY, *op.cit.*, et celle donnée par la loi française : « (...) *l'introduction par l'homme, directement ou indirectement dans l'atmosphère et les espaces clos, de substances ayant des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes, à influencer sur les changements climatiques, à détériorer les biens naturels, à provoquer des nuisances olfactives excessives* », loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie.

⁵ « *Des mots anglais "smoke" (fumée) et fog (brouillard). Le smog est un brouillard particulièrement épais et toxique résultant de la condensation de la vapeur d'eau en minuscules gouttelettes se formant à la surface des particules microscopiques constituant la fumée* », in ADEME, *Glossaire*, voir « Smog », <http://www2.ademe.fr/servlet/KBaseShow?sort=-1&cid=96&m=3&catid=12843&p1=19> (4/07/2011).

⁶ Pour un exemple des mesures locales prises afin de réduire la pollution dérivant des émissions de particules fines voir, entre autres, l'Ordinanza n. 2072 du Comune de Ravenna, en Italie, P.G. 109244 du 26/10/2010.

⁷ Loi n° 96-1236 du 30/12/1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie.

⁸ Pour un commentaire de cette loi et en particulier des plans régionaux, voir Philippe GEIGER, « La loi N° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie. Contexte générale, les enjeux et les modalités de mise en œuvre de la loi sur l'air », in *Pollution de l'échelle urbaine et locale. Premier bilan des actions de recherche*, Actes du Colloque Primequal-Predit, Paris 10 et 11/12/1997, ADEME Editions, Paris, 1998, p. 48 ss.

émissions d'oxyde de soufre et d'azote issues de l'utilisation du charbon sulfurisé pour la production d'énergie ont provoqué de graves dégâts même loin des lieux d'émission. En Europe, le cas des industries anglaises, dont les émissions provoquaient des pluies acides affectant gravement les forêts Scandinaves, est très connu. Dans ce cas, des mesures prises unilatéralement par les pays subissant les dommages n'auraient pas pu être efficaces car la cause était extérieure. La solution du problème devait être trouvée à l'échelle internationale et en particulier grâce à un accord entre pays pollueurs (Royaume-Uni, dans notre exemple) et pays subissant le dommage (pays scandinaves). Un traité international était le seul moyen pour faire face à cet enjeu. Les pays qui polluaient et les pays subissant les dommages signèrent donc un accord afin de réduire les émissions sulfurisées⁹.

D'autres phénomènes, enfin, ont une échelle globale. Deux d'entre eux se sont notamment imposés à l'attention des scientifiques d'abord, et à l'ensemble de la communauté internationale ensuite : l'appauvrissement de la couche d'ozone et le changement climatique.

La cause de l'appauvrissement de la couche d'ozone est l'émission de molécules appartenant au groupe des chlorofluorocarbures (CFC), utilisés surtout pour la réfrigération et la climatisation. Les problèmes de santé provoqués par le trou dans la couche d'ozone ont encouragé les pays du monde à conclure un accord international : le Protocole de Montréal à la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone de 1985, afin de réglementer l'émission de ces gaz. Cet accord est le premier à caractère global en matière d'environnement¹⁰.

Pour conclure sur cette série d'exemples, revenons au changement climatique. Nous avons vu que, peu importe le lieu d'émission des GES, ces derniers ont des effets sur le climat de la planète entière et ne sont pas localisés dans la seule zone d'émission. Si un pays, souhaitant éviter les impacts négatifs du changement climatique, se dotait d'une politique de réduction des émissions, pour autant que celle-ci soit stricte, elle

9 Le Protocole d'Helsinki est un exemple d'accord international particulièrement efficace. Ceci est en effet le Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979, relatif à la réduction des émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30%, conclus en 1985 à Helsinki. Sur le problème des pluies acides voir Marc A. LEVY, « International Co-operation to combat Acid Rain », in Helge Ole BERGENSEN, George PARMANN, et Oystein B. THOMMESSEN, *Green Globe Yearbook of International Co-operation on Environment and Development*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 59-68 et Philippe SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, Second edition, 2003, p. 327 et ss.

¹⁰ Jacques FONTAN, « Qu'est-ce que la destruction de la couche d'ozone? Le trou d'ozone », in *Les pollutions de l'air. Les connaître pour les combattre*, Vuibert, Paris, 2004, 198 p.

ne pourrait être efficace sans la participation du reste de la communauté internationale.

La troisième caractéristique du changement climatique, la transversalité, dépend du nombre et des principales sources anthropiques des gaz à effet de serre¹¹, dont nous évoquerons ici les principaux. Le dioxyde de carbone (CO₂) est considéré comme le GES principal en raison des énormes quantités émises, en particulier par l'utilisation des combustibles fossiles (charbon, pétrole et gaz) pour la production d'énergie et pour les transports, mais aussi par la déforestation. Le méthane (CH₄) a vu sa concentration dans l'atmosphère doubler depuis l'ère préindustrielle. Les causes principales liées à l'activité humaine sont à repérer dans la culture du riz, l'élevage des ruminants et la gestion des déchets. Le protoxyde d'azote (N₂O) est relâché dans l'atmosphère par certains secteurs industriels, particulièrement la chimie, et par l'utilisation des engrais azotés en agriculture. Les gaz fluorés (CFC, HCFC, HFC, PFC et SF₆) n'existent pas à l'état de nature et sont utilisés notamment pour la réfrigération et la climatisation des bâtiments¹².

La variété des GES, et plus encore celle des secteurs à l'origine de leurs émissions, illustre ainsi la transversalité du changement climatique, qui le différencie d'autres phénomènes de pollutions tel que le trou dans la couche d'ozone. En effet, parmi les exemples de pollution atmosphérique, nous avons mis sur la même échelle globale le trou dans la couche d'ozone et le changement climatique, or, le premier ne dépend que d'un type de gaz, les CFC, dont les usages sont très limités et peuvent être remplacés par l'utilisation d'autres substances. A l'état actuel des connaissances, donc, parmi les questions de pollutions atmosphériques seul le changement climatique est à la fois transversal et global.

2. Les principales étapes de la construction de l'action climatique internationale et européenne

Des exemples de pollution atmosphérique que nous avons décrits émerge la nécessité d'une correspondance entre l'échelle du problème environnemental et celle de la

¹¹ Dossier « Le changement climatique », La Documentation française, dossiers thématiques online, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/changement-climatique/effet-serre.shtml> (12/05/2011).

¹² ADEME, *Glossaire*, <http://www2.ademe.fr/servlet/KBaseShow?sort=-1&cid=96&m=3&catid=12843&p1=7> (4/07/2011)

réponse juridique. Cette nécessité est aussi identifiée par Sabino CASSESE lorsqu'il postule une symétrie entre problèmes transnationaux et solutions transnationales à l'origine de ce qu'il appelle le « droit global »¹³. La communauté internationale, dès les années quatre-vingt-dix, a compris cette nécessité et a construit un système de gouvernance globale fondé sur la Convention-cadre des Nations-Unies sur le Changement Climatique, signée lors de la Conférence de Rio de Janeiro de 1992. Ce premier accord a été suivi par un Protocole à la Convention, conclu à Kyoto en 1997 et qui est entré en vigueur en 2005, après de nombreuses difficultés, surmontées principalement grâce à une action européenne intense. Le Protocole de Kyoto prévoyait de la part des pays industrialisés des engagements de réduction des émissions à atteindre avant l'année 2012. La conclusion d'un nouvel accord comportant de nouveaux engagements à partir du 1^{er} janvier 2013 était prévue lors de la Conférence de Copenhague de 2009, mais cet objectif n'a pas été atteint pour le moment.

A ces étapes fondamentales (Convention-cadre, Protocole de Kyoto, Conférence de Copenhague) au niveau international correspondent des moments clés dans la construction de l'action climatique européenne. Lors de la conclusion des deux accords climatiques, l'Union européenne a décidé de s'engager conjointement avec ses Etats membres pour parvenir aux résultats de réduction des émissions imposés par les traités internationaux. Durant la phase de négociation qui s'est déroulée entre l'adoption du Protocole de Kyoto en 1997 et son entrée en vigueur en 2005, l'Union a intensifié son action diplomatique et adopté une série de mesures internes visant à montrer au monde sa volonté de jouer un rôle de chef de file, capable de convaincre les pays tiers de ratifier le Protocole. La mesure phare adoptée par l'Union dans cette optique a été la directive 2003/87/CE, établissant le Système Communautaire d'Echange de Quotas d'Emissions (SCEQE) visant à construire le premier et le plus grand marché d'émissions de GES du monde. L'année 2009, marquée au niveau international par la Conférence de Copenhague, a été caractérisée au niveau européen par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne – reconnaissant la promotion de la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs de l'Union – et par l'adoption d'une série de mesures très avancées connue sous le nom de paquet énergie-climat.

¹³ Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, chapitre 1.

Cette correspondance entre moments forts de l'action climatique internationale et européenne montre déjà que l'Union européenne, pour consolider sa position de *leader* dans les négociations internationales, a joué sur les deux terrains des relations diplomatiques avec les pays tiers et de l'adoption de mesures internes avancées visant à renforcer sa crédibilité. Cette dernière méthode est connue sous l'appellation de politique de l'exemplarité.

3. Le changement climatique : un objet d'étude pour le droit européen

Les trois caractéristiques du changement climatique que nous avons mentionnées – la persistance, la globalité et la transversalité – contribuent à faire de ce phénomène un objet intéressant pour une étude juridique.

La persistance des GES oblige à l'adoption de mesures de réduction des émissions à court terme pour obtenir des résultats dans un futur lointain et incertain. L'incertitude inévitablement liée à toute prévision scientifique, et l'équilibre qui doit être trouvé entre besoins actuels et risques futurs, rendent nécessaire pour tout décideur d'appliquer des principes adaptés : le principe de précaution lorsqu'il s'agit de prendre en compte l'incertitude dans les décisions, le développement durable pour apprécier des nécessités environnementales, économiques et sociales concurrentes.

Pour illustrer les difficultés liées à ce type de décisions, nous pouvons prendre comme exemple le développement de la production d'énergie à partir du gaz de schiste, un gaz naturel le plus souvent enfoui à une très grande profondeur et dont les techniques d'extraction n'ont été perfectionnées que récemment. Ce gaz, dont l'exploitation aux Etats-Unis est passée de 1% de la production électrique en 2000 à 34% en 2012, a contribué de manière significative à réduire les coûts énergétiques pour les citoyens américains et la dépendance énergétique des Etats-Unis. Toutefois, une utilisation massive des gaz de schiste aura sur le long terme un impact négatif sur les émissions de GES et sur le changement climatique, en soutenant la consommation d'énergie produite à partir de sources fossiles et en décourageant l'investissement dans les sources renouvelables¹⁴. Le décideur doit ainsi trancher entre, d'une part, développer une ressource capable de réduire à court terme le coût de l'énergie et d'augmenter la sécurité des

¹⁴ Richard G. NEWELL et Daniel RAIMI, « Implications of Shale Gas Development for Climate Change », *Environmental Science and Technology*, 2014, 48 (15), pp 8360–8368.

approvisionnement et, d'autre part, contenir l'utilisation de ce gaz dans le but de limiter le changement climatique sur le long terme et sans pouvoir connaître précisément l'impact réel du deuxième choix¹⁵.

La lutte contre le changement climatique constitue ainsi un terrain privilégié pour l'étude de l'application de ces principes juridiques. Les négociations climatiques internationales fournissent aussi l'occasion d'analyser les divergences d'interprétations de ces principes données par les différents pays.

Nous avons indiqué que la deuxième caractéristique du changement climatique, la globalité, a donné lieu à la mise en place d'un système de gouvernance mondial et européen avant le développement de toute mesure étatique. Si l'élaboration d'un système mondial oblige à réinsérer les décisions européennes au sein du cadre plus vaste des négociations internationales, elle permet néanmoins d'observer la constitution d'une nouvelle politique européenne dans un champ quasiment vierge. En outre, les interactions entre les institutions internationales, l'Union et les Etats membres lors de la constitution des mesures et de leur mise en œuvre constituent une dynamique dont l'étude peut contribuer à la réflexion sur l'existence d'un droit administratif global¹⁶.

Enfin, la troisième caractéristique du changement climatique, la transversalité des sources de GES, produit une multiplication des secteurs concernés par les actions de réduction des émissions. Du point de vue européen, la transversalité est probablement la plus grande difficulté que l'Union a rencontrée pour construire une politique climatique cohérente et ambitieuse. Le principe d'attribution qui fonde le système des compétences européennes établit en effet que l'Union ne peut agir que dans la limite des compétences que les Traités lui attribuent. Or, les Traités, qui n'attribuent pas à l'Union de compétence dans le domaine climatique, l'obligent à fonder son action sur les compétences existantes, qui ne recouvrent qu'en partie les secteurs relevant du changement climatique. Cette tension entre l'ambition européenne et le système d'attribution de compétences internes et externes fait du changement climatique un laboratoire d'exception pour apprécier les équilibres complexes entre Etats membres et institutions européennes et le rôle joué par chacun.

¹⁵ Rappelons qu'au-delà du changement climatique l'exploitation du gaz de schiste peut avoir un impact environnemental important. L'Union européenne est actuellement en train d'établir un cadre juridique pour les études scientifiques sur la possibilité d'exploiter cette source d'énergie ainsi que pour les premières extractions. Elen STOKES, « New EU Policy on Shale Gas », *Environmental Law Review*, 16 (2014), pp. 42-49.

4. Objectif, méthodologie et structure

Tout en gardant à l'esprit l'ensemble des questions soulevées jusqu'à présent, nous considérons que la dernière – la tension entre ambitions et système de compétences – est susceptible d'être la plus féconde dans une stricte perspective de droit européen. Elle constituera donc le fil conducteur de notre recherche, qui partira de l'ambition de l'Union européenne de jouer un rôle de chef de file dans la lutte contre le changement climatique depuis que cette question s'est imposée aux yeux du monde. Son système constitutionnel lui permet-il d'assurer ce rôle ? Comment l'Union a-t-elle pu concilier la transversalité du changement climatique avec son système de compétences ?

Le choix de s'intéresser aux implications de la transversalité du changement climatique sur le fonctionnement de l'Union rend nécessaire l'adoption d'une méthodologie originale : alors que la plupart des recherches qui ont été conduites jusqu'à présent dans ce domaine s'intéressent à des secteurs (e.g. l'énergie, l'agriculture) ou à des instruments spécifiques (e.g. le système d'échange de quotas), il nous est nécessaire de considérer l'ensemble des secteurs et des instruments au cœur de l'action climatique européenne. Cependant, afin de limiter l'ampleur de notre domaine d'investigation, nous traiterons exclusivement de la réduction des émissions, en laissant de côté les actions d'adaptation au changement climatique. La différence entre ces deux volets réside dans le fait que le premier agit sur les causes du réchauffement, alors que le second essaye d'en limiter les conséquences négatives. Les secteurs intéressés par le premier, quoique nombreux, se limitent aux activités humaines à l'origine des émissions de GES (par exemple, les transports, l'énergie, l'élevage), tandis que l'adaptation concerne, en principe, tout aspect de la vie, de la société et de l'environnement, par exemple la santé, la sécurité, la protection de la biodiversité. Au-delà de l'ampleur du domaine, le choix de se concentrer sur la réduction des émissions est motivé par le fait que l'adaptation n'est devenue un volet significatif de l'action climatique que très récemment, ce qui rend difficile, pour l'instant, de conduire une analyse tant soit peu solide. En outre, les mesures

¹⁶ Sur le rapport entre droit administratif global et droit européen voir, entre autres, Edoardo CHITI et Bernardo G. MATTARELLA (dir.), *Global Administrative Law and EU administrative Law. The relationships between global administrative law and EU administrative law*, Springer, Heidelberg, 2011, Introduction, pp. 1-10.

d'adaptation sont fortement liées à l'échelle locale, ce qui rend moins aisée la réalisation d'une analyse à l'échelle européenne qui ne soit pas une comparaison de mesures étatiques ou régionales¹⁷.

L'approche multisectorielle que nous avons choisie nous permettra d'analyser le système d'attribution des compétences de l'Union, et cela dans ses deux dimensions externes et internes : d'une part nous pourrions examiner si et comment l'Union peut se présenter sur la scène internationale avec la capacité d'affirmer sa position ; d'autre part nous aurons l'occasion de réfléchir aux instruments à disposition de l'Union européenne pour adopter des mesures portant sur des secteurs très variés et en assurer la cohérence.

La première Partie de cette thèse consiste à éclaircir la tension que nous avons évoquée entre l'ambition internationale de l'Union et ses compétences dans le domaine de la lutte contre le changement climatique. Elle présentera l'évolution de la gouvernance climatique internationale et le rôle joué par l'Union dans ce cadre, avant d'analyser le système d'attribution des compétences internes et externes sur lesquelles l'Union fonde son action. La seconde Partie sera consacrée à la mise en œuvre des mesures adoptées par l'Union, instruments de la politique de l'exemplarité mais aussi illustration de la capacité européenne à concilier de manière pragmatique transversalité et attribution des compétences. Dans un premier temps, nous analyserons le fonctionnement et l'évolution du SCEQE, pierre angulaire de la politique climatique européenne, et des autres dispositions qui constituent cette politique climatique, puis nous mettrons en valeur la difficile coordination de cette multitude d'instruments complexes et leur utilisation sur la scène internationale.

¹⁷ D'ailleurs, ce choix nous portera à nous concentrer principalement sur deux des trois caractéristiques du changement climatique que nous avons évoquées : la transversalité et la globalité. La pérennité ne jouera pas un rôle essentiel dans notre analyse, en dehors des considérations sur le principe de précaution.

Partie I. La tension entre ambitions et compétences de l'UE dans la lutte contre le changement climatique

Dans cette première Partie, nous nous demandons si le système d'attribution des compétences établi par les Traités européens est adapté à l'ambition de l'Union de jouer un rôle de chef de file dans le domaine de la lutte contre le changement climatique ou si, au contraire, il constitue une source d'aggravation des difficultés auxquelles l'Union doit faire face.

Pour répondre à cette question, nous commencerons par l'analyse du déroulement des négociations climatiques internationales et en particulier de l'évolution du rôle de l'Union sur la scène globale (Titre 1). Cela nous permettra d'identifier les enjeux principaux de la gouvernance climatique mondiale et de resituer l'Union européenne dans un contexte géopolitique international. Nous aborderons les compétences de l'Union, et donc le cœur juridique de la question, dans le Titre 2. Cette entrée relativement lente en matière est rendue nécessaire par la complexité technique liée au changement climatique. La compréhension des enjeux de la répartition des compétences ou des autres aspects que nous traiterons plus loin dans cette thèse est impossible sans disposer d'un cadre général en ce qui concerne le domaine climatique. Ainsi, l'analyse des négociations internationales et de leurs résultats permettra de poser un tel cadre.

La complexité du domaine nous a aussi encouragés à rechercher la plus grande simplicité dans l'exposition, et donc à présenter l'histoire des négociations sur le changement climatique suivant une approche chronologique. Cette approche nous semble aussi la plus adaptée pour mettre en valeur la tension que nous cherchons à éclairer entre ambitions et compétences de l'UE : le mot tension suggère en effet une dynamique, et une évolution progressive des équilibres. Le fait de disposer, à l'issue du premier Titre, d'un cadre temporel précis du contexte international, des enjeux qui ont émergé lors des négociations et des résultats atteints, nous permettra, dans le second Titre, d'apprécier l'évolution du système de compétences européennes dans ce domaine et d'avancer des hypothèses sur ses modifications futures.

TITRE 1. LE RÔLE DE L'UNION EUROPÉENNE DANS LES NÉGOCIATIONS INTERNATIONALES SUR LE CHANGEMENT CLIMATIQUE

Le changement climatique est un phénomène global dans la mesure où ses causes et ses conséquences concernent l'ensemble de la planète. De là, les réactions scientifiques, politiques et juridiques à ce phénomène ont commencé au sein des institutions internationales, notamment des Nations-Unies. C'est ici une première raison qui nous a conduits, tout en gardant le cap sur le rôle de l'UE, au choix de commencer notre analyse par le cadre international et non directement par la dimension strictement européenne. A cette raison s'en ajoutent d'autres, liées à la forte interaction entre l'action internationale et l'action européenne dans le domaine climatique.

En premier lieu, de nombreuses mesures européennes que nous traiterons par la suite ont été adoptées en réponse aux engagements pris au niveau international, ce qui rend la connaissance de ces derniers primordiale pour la compréhension des choix effectués par l'Union. En second lieu, les mesures internes à l'UE constituent un instrument fondamental utilisé par l'Union pour affirmer sa position à la table des négociations. Nous verrons en effet que l'un des concepts guidant l'action européenne est l'exemplarité : l'Union européenne utilise sa politique interne afin d'accroître le poids de ses propositions vis-à-vis des autres acteurs internationaux.

Dans ce Titre, nous retraçons donc les principales étapes des négociations climatiques, à partir de l'émergence de la question de l'effet de serre d'origine anthropique jusqu'à ce jour. Le but est non seulement de présenter un historique des discussions internationales, mais surtout de reconstruire le contexte politique, économique et scientifique dans lequel l'Union européenne a mûri ses positions dans le domaine et a pris ses décisions, tant sur le plan interne qu'international.

L'approche chronologique que nous allons suivre nous permettra de montrer une évolution majeure dans les négociations climatiques : à une phase caractérisée par une attention croissante à l'égard de l'enjeu climatique à l'échelle mondiale - durant laquelle l'Union européenne a donné une impulsion déterminante aux négociations - fait suite une phase marquée par de grandes difficultés de la communauté

internationale à parvenir à un accord sur les mesures à adopter, et par une capacité amoindrie de l'Union européenne à proposer sa vision et son modèle. Pendant la première phase, que nous pourrions qualifier de « créative », sont jetées les bases du droit international du climat, tandis que dans la seconde les progrès sont lents et les acquis passés sont remis en discussion.

Dans la structuration de ce Titre nous allons suivre cette répartition historique. Cela nous permettra de suivre aisément les évolutions des négociations, parfois complexes, mais aussi de mettre en valeur progressivement des points clés de l'action climatique internationale et européenne qui seront développés dans la suite de cette thèse. Le premier Chapitre traitera de la phase caractérisée par des évolutions rapides, qui a conduit à la conclusion des deux principaux accords internationaux dans le domaine : la Convention-cadre des Nations-Unies sur le Changement Climatique de 1992 (appelée par la suite Convention-cadre¹⁸) et son Protocole, le Protocole de Kyoto, adopté en 1997 et entré en vigueur en 2005. Le deuxième Chapitre portera sur la phase qui, débutée en 2005, n'a pas encore apporté d'avancées significatives dans le cadre juridique international de la lutte contre le changement climatique.

¹⁸ Souvent, dans la littérature internationale, cette Convention est indiquée par ses acronymes anglais UNFCCC (*United Nations Framework Convention on Climate Change*) et français CCNUCC.

Chapitre 1. Une phase de progression

La question climatique apparaît sur la scène internationale au cours des années 1970. A cette époque, le monde scientifique ne disposait pas de données suffisantes sur le climat pour pouvoir affirmer avec tant soit peu de certitude l'existence d'un réchauffement global et d'un lien entre celui-ci et les activités anthropiques. Cependant, ces premières données scientifiques sont progressivement passées du stade de la conjecture à celui de la préoccupation concrète. Pour cette raison, les premiers actes internationaux à ce sujet avaient pour objectif de créer une structure pour le développement de recherches scientifiques sur le climat. A partir de ce moment, avec la progression des connaissances alimentant le débat international, l'attention s'est déplacée sur la construction d'une gouvernance mondiale adaptée au phénomène du changement climatique et sur l'établissement des principes fondant l'action internationale. Ces efforts ont abouti à l'adoption de la Convention-cadre en 1992 et de son Protocole en 1997.

En examinant, dans la première section, l'émergence de la question climatique au niveau international et le chemin qui a conduit à l'adoption de la Convention-cadre, nous pourrions analyser deux aspects toujours fondamentaux de l'enjeu climatique : le rôle attribué à l'expertise scientifique et la gouvernance internationale du changement climatique.

La seconde section présentera les négociations qui ont conduit à la conclusion du Protocole de Kyoto et les difficultés qui ont caractérisé son entrée en vigueur. Cela nous permettra de mettre en lumière la capacité de l'Union européenne à agir comme leader mondial, pouvant convaincre une large partie de la communauté internationale par le biais de son action diplomatique et de sa politique de l'exemplarité. Nous analyserons aussi les oppositions sur les principes fondant l'action climatique : nous verrons que ces divergences, qui ont émergé dès la discussion sur la Convention-cadre et qui se sont exacerbées durant la phase de ratification de son Protocole, expliquent en partie les difficultés actuelles dans les négociations pour un post-Kyoto, qui seront abordées dans le Chapitre suivant.

Section 1. De l'émergence de la question climatique à la conclusion de la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques

Comme pour de nombreuses questions environnementales, l'activité des scientifiques précède et fonde celle des juristes et des décideurs. Dans cette section nous aborderons la formation d'un consensus scientifique et l'organisation de la communauté d'experts (sous-section 1) qui a permis d'alimenter les discussions pour la conclusion de la Convention-cadre (sous-section 2).

Sous-section 1 : la formation d'un consensus scientifique

Le début de l'action internationale dans le domaine climatique a été marqué par la création d'institutions scientifiques en charge de fournir les connaissances nécessaires à la prise de décision (A). En effet, l'histoire des négociations climatiques ne peut être séparée de l'histoire de ces institutions scientifiques : leur crédibilité et la confiance accordée aux rapports qu'elles rédigent constituent le fondement nécessaire à tout débat sur le changement climatique (B).

A. L'organisation de l'expertise mondiale sur le changement climatique

Nous commencerons par analyser l'évolution de la science dans le domaine climatique depuis les premières recherches jusqu'à la création du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) en 1988 (A1), puis, nous présenterons la structure du GIEC (A2). Cela nous permettra d'aborder le rapport entre chercheurs et pouvoir politique, en fournissant les bases pour les réflexions sur l'indépendance de l'expertise scientifique qui seront développés par la suite.

A.1. La naissance de l'expertise sur le changement climatique

Le GIEC, acteur-clé, aujourd'hui, des débats sur le changement climatique, est le fruit d'une longue évolution en matière de météorologie et de climat. Les premières recherches sur ce thème, ainsi que les premières organisations scientifiques dans le domaine, remontent au XIX siècle. La première moitié de ce siècle a en effet été

marquée par le travail de deux pionniers, le normalien Jean-Baptiste FOURIER¹⁹ et le physicien irlandais John TYNDALL. Jean-Baptiste FOURIER a décrit pour la première fois le mécanisme physique du phénomène de l'effet de serre. En 1896, le chimiste suédois Svante ARRHENIUS a étudié la corrélation entre la concentration de dioxyde de carbone (CO₂) dans l'atmosphère et la température moyenne de la Terre. Il est parvenu à estimer qu'une multiplication par deux du CO₂ causée par une augmentation de la consommation des énergies fossiles²⁰ aurait provoqué un accroissement de la température moyenne terrestre de l'ordre de 5 ou 6 °C²¹.

Ces études n'étaient pas isolées, et faisaient partie d'une plus vaste perspective de recherche sur la météorologie mondiale²². Des telles recherches nécessitaient en effet, de par leur nature, de mesurer les phénomènes atmosphériques non seulement localement mais aussi à une échelle plus vaste, ce qui a favorisé l'établissement d'échanges entre les chercheurs. En août 1853, la première Conférence Mondiale sur la Météorologie a été organisée à Bruxelles. Cette Conférence se limitait à l'observation des phénomènes météorologiques en milieu marin, mais au cours des années suivantes les débats se sont étendus à l'étude des phénomènes terrestres. Le but de la Conférence de 1853 était d'échanger des informations et des données, et montrait déjà le lien qui existait entre expertise météorologique et climatique et prise de décision au niveau gouvernemental : si les promoteurs étaient principalement des hommes de sciences, ont également participé à la Conférence les représentants de neuf Etats, conscients de l'importance des informations météorologiques sur le développement de la sécurité maritime, nécessaire à la poursuite des échanges commerciaux.

Ces premières expériences de réunions de la communauté scientifique, encore limitées à un petit nombre de personnes en provenance des pays les plus avancés dans la récolte de données, ont vite conduit à la nécessité de développer des paramètres et des notions communes. En 1872 à Leipzig, les directeurs d'instituts météorologiques

¹⁹ Jean-Baptiste FOURIER, *Mémoire sur les températures du globe terrestre et des espaces planétaires*, Mémoire de l'Académie des sciences de l'Institut de France, volume 7, 1827, consultable sur le site : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k32227.image.r=memoires+de+l%27academie+des+sciences.f808.langFR> (29/06/2014).

²⁰ « *Energies (gaz, pétrole, charbon) extraites du sol et du sous-sol, qui se sont constituées par fossilisation de végétaux pendant des millions d'années* », in ADEME, *Glossaire*, voir « Energies fossiles », <http://www2.ademe.fr/servlet/KBaseShow?sort=-1&cid=96&m=3&catid=12843&p1=5> (4/07/2011).

²¹ Benoit LEGUET et Christian de PERTHUIS, « De la prise de conscience scientifique à l'action politique internationale », *Questions internationales, Le climat : risques et débats*, n° 38, juillet-août 2009, La documentation française, p.37.

²² Rafael ENCINAS de MUNAGORRI, « L'organisation de l'expertise sur le changement climatique », in Rafael ENCINAS de MUNAGORRI, *Expertise et gouvernance du changement climatique*, L.G.D.J, Paris, Droit et société, vol. 51, 2009, p. 35.

se sont réunis avec pour objectif d'adopter des standards communs de mesure et d'analyse afin de faciliter l'échange de données et une interprétation commune de ces informations. L'année suivante, le gouvernement autrichien a organisé un congrès international auxquels furent invités non seulement les scientifiques, mais aussi les délégués de vingt Etats. A cette occasion les participants ont convenu d'établir un organe international permanent ayant pour objectif de développer la science météorologique et de la mettre à la disposition de toutes les nations : l'Organisation Météorologique Internationale. Les évolutions de cette Organisation, représentant la première forme d'organisation internationale dédiée à la météorologie, illustrent bien le rapport délicat entre les météorologues et le pouvoir politique, rapport qui fait encore aujourd'hui l'objet de discussions à propos du GIEC. En effet, au début, l'Organisation Météorologique Internationale était une organisation non gouvernementale qui réunissait des scientifiques dans un but purement épistémique. Si les Etats n'étaient pas présents et si les scientifiques agissaient dans la plus grande autonomie, l'Organisation avait toutefois été sollicitée à plusieurs reprises par les gouvernements afin de faire évoluer sa structure vers un système intergouvernemental, avec une intervention des Etats. Ce changement n'interviendra qu'après la Seconde Guerre mondiale : l'Organisation Météorologique Internationale a été transformée en 1946 en une organisation intergouvernementale et, en 1951, en une Organisation Spécialisée des Nations-Unies. Ces transformations se sont faites dans un climat difficile, avec de grandes réticences de la part des scientifiques qui craignaient la perte de leur indépendance. La transformation en organisation intergouvernementale a effectivement modifié les relations au sein de l'organisation : si, initialement, les scientifiques étaient indépendants, par la suite l'activité scientifique a été subordonnée à des considérations politiques. Par exemple, furent exclus de l'Organisation les scientifiques en provenance de l'Espagne franquiste et de la Chine communiste.

Par la suite, l'évolution en Agence spécialisée des Nations-Unies, sous le nom d'Organisation Météorologique Mondiale (OMM), a comporté une organisation plus rigide, similaire à celle d'autres organisations comparables. L'OMM a trois rôles principaux : l'harmonisation des normes, l'assistance technique et la coopération internationale sur le plan scientifique. Elle a joué, comme nous le verrons, un rôle fondamental dans la création du GIEC dans les années 1980.

Parmi les étapes qui ont suivi la transformation en OMM et qui ont conduit l'organisation de l'expertise sur le changement climatique à sa forme actuelle, un moment clé a été la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement humain qui a eu lieu à Stockholm en 1972²³ et qui a été la première conférence liée à la protection de l'environnement à l'échelle mondiale. Lors de cette Conférence, les Nations-Unies ont affirmé la nécessité d'approfondir l'étude de la relation entre pollution anthropique et évolution du climat²⁴.

Suite à l'insertion, par la communauté internationale, de la question climatique parmi les problèmes environnementaux de la plus haute importance, les discussions sur ce thème ont pris un chemin indépendant avec la première conférence intégralement dédiée au climat qui a eu lieu à Genève en 1979²⁵. A cette occasion fut lancé un programme de recherche mondial, confié à l'OMM, au PNUE (Programme des Nations-Unies pour l'Environnement) et au CIUS (Conseil International des Unions Scientifiques). Ce programme était destiné à « *établir une base de connaissances scientifiques sur le sujet complexe et peu maîtrisé du changement climatique* »²⁶. Les scientifiques participant à ce programme se sont réunis en 1985 à Villach, en Autriche. Tous furent d'accord, d'une part pour constater une réelle progression des émissions de GES dérivant des activités humaines et, d'autre part, pour prévoir d'ici 2030 une augmentation de la température moyenne du globe de 1,5 à 4,5 °C.

Dans ce contexte, les Nations Unies ont adopté en 1988 la première résolution en matière de changement climatique²⁷. Toutefois, un large consensus sur le sujet fut très difficile à trouver. Dans cette perspective, la même année, l'OMM et le PNUE

²³ Cette Conférence avait été convoquée par l'Assemblée Générale des Nations-Unies en 1968, résolution 2398 (XXIII). Pour une analyse de l'importance de cette Conférence pour le développement du droit international de l'environnement, voir, entre autres, Marco BOSCO, « L'azione internazionale per l'ambiente », in Marco BOSCO, *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, anno V, n. 2/1991, p. 30 et Laura PINESCHI, « L'evoluzione storica », in Alessandro FODELLA et Laura PINESCHI, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Giappichelli editore, Torino 2009, pp. 9-35.

²⁴ Encore une fois, la nécessité de coordonner le travail de différents groupes de recherche au sein d'un réseau d'échange d'informations a été considérée comme prioritaire : le Plan d'Action adopté lors de la Conférence de Stockholm prévoyait à ce propos l'établissement d'un réseau international de stations d'étude météorologique, visant à mettre en lumière les interactions entre pollution et variations climatiques. Plan d'action pour l'environnement humain, adopté par la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement de l'homme, Stockholm, 16 juin 1972, Recommandation 79.

²⁵ Rappelons que, par rapport à la météorologie qui s'intéresse aux phénomènes atmosphériques à des échelles temporelles relativement courtes (la journée, la saison, l'année), la climatologie étudie la succession des conditions météorologiques sur des longues périodes de temps, au minimum 30 ans selon l'OMM. Sylvestre HUET « Deux ou trois choses à savoir sur les sciences du climat », in Jérôme CHAPPELLAZ, Olivier GODARD, Sylvestre HUET, Hervé LE TREUT, *Changement climatique : les savoirs et les possibles*, La ville brûle, Paris, 2010, p. 33.

²⁶ Christian de PERTHUIS et Raphaël TROTIGNON, « La lutte internationale contre le changement climatique : les difficultés d'une gouvernance environnementale », *Les Cahiers du PREC* (Programme de Recherche en Economie du Climat), n° 6, juillet 2010, p. 3.

²⁷ Résolution de l'Assemblée Générale des Nations-Unies, 43/53, 6/12/1988.

créèrent le Groupe d'Experts Intergouvernemental sur l'Evolution du Climat (GIEC), qui a remplacé le programme de recherche lancé quelques années plus tôt.

A.2. La structure du GIEC

La mission du GIEC est de fournir aux gouvernements les informations d'ordre scientifique, technique et socio-économique liées au changement climatique d'origine humaine et d'envisager d'éventuelles stratégies d'atténuation et d'adaptation. Cette mission se reflète dans sa structure, dont la prise en compte est essentielle afin de comprendre le rôle délicat que le Groupe joue, notamment en ce qui concerne la plus vaste communauté scientifique mondiale et les gouvernements auxquels elle s'adresse. Le GIEC se compose de trois groupes de travail, chacun dédié à des aspects différents des études climatiques. Le premier groupe est en charge de l'évaluation de la science climatique. Le deuxième groupe a pour mission d'évaluer les impacts du changement climatique sur les écosystèmes et sur les activités humaines ainsi que les aspects techniques d'adaptation. Le troisième groupe de travail s'occupe d'élaborer des *scenarii* socio-économiques indiquant des trajectoires d'émissions des Gaz à Effet de Serre (GES) et d'analyser les différentes politiques qui pourraient être développées pour atténuer le changement climatique. A ces trois groupes de travail, s'ajoute une équipe (« *Task Force on National Greenhouse Gas Inventories* ») dédiée à l'analyse des inventaires des émissions de la part des Etats.

Les trois groupes de travail opèrent simultanément. Ils ne produisent pas de travaux de recherche autonomes, ni ne sont en charge directement de mesures des variations climatologiques. En effet, l'activité d'évaluation du climat et de ses impacts exercée par le GIEC se fonde sur les travaux produits par la communauté scientifique internationale. Les activités des groupes de travail se concrétisent dans les rapports que le GIEC publie périodiquement et surtout dans les Rapports d'Evaluation qui, environ tous les six ans, font l'état des connaissances sur le changement climatique. La procédure d'élaboration de ces rapports ainsi que leur contenu méritent d'être examinés.

B. L'élaboration et le contenu des rapports du GIEC

L'objectif principal du GIEC est de publier des rapports que les décideurs peuvent utiliser afin de fonder leurs décisions dans le domaine du changement climatique, ce

qui donne à cette institution et à ses publications un rôle fondamental dans les négociations internationales. En raison de cette exposition politique, le GIEC a été, au fil des années, critiqué à plusieurs reprises, et son indépendance et sa fiabilité mises en question. S'agissant de l'indépendance du GIEC, les critiques se sont focalisées sur sa composition hybride, comprenant aussi bien des scientifiques que des représentants de gouvernements. Concernant la fiabilité des rapports, deux aspects ont été contestés : la compétence des chercheurs qui participent à l'élaboration des rapports et le grand nombre d'incertitudes encore liées au phénomène du changement climatique. En effet, certains scientifiques ont d'abord contesté l'existence du changement climatique puis, lorsque les preuves sont devenues si nombreuses et cohérentes que le changement climatique ne pouvait plus être raisonnablement nié, a été contestée la relation entre ce dernier et les émissions anthropiques.

D'une part, ces critiques soulevées au fil des années ont aidé à améliorer et rendre plus robuste l'activité de recherche et d'expertise scientifique en la mettant à l'épreuve ; d'autre part, ces critiques ont parfois été instrumentalisées par les pays ou les groupes d'intérêt qui souhaitaient ralentir ou entraver les négociations internationales sur le climat. Dans tous les cas, le niveau d'indépendance du GIEC à l'égard de logiques politiques (B.1) et les incertitudes associées aux phénomènes climatiques (B.2) constituent un élément essentiel des négociations, que nous devons aborder. Nous pourrions ainsi, sans vouloir répondre aux critiques faites au GIEC, fournir les principaux éléments qui ont fondé et fondent les négociations climatiques.

B.1. Sur l'indépendance des experts du GIEC

Le lien entre le GIEC et les Etats se manifeste dans les quatre phases de préparation des rapports : dans la requête de rédaction d'un rapport, dans l'établissement des instances d'expertise, dans l'élaboration du rapport et dans son approbation et adoption²⁸.

S'agissant de la première phase, formellement, le PNUE et l'OMM agissent comme mandataires des rapports du GIEC.

S'agissant, ensuite, de la définition des instances d'expertise, elle a lieu lors de sessions plénières du GIEC. Durant ces sessions, le GIEC désigne en effet les organes

de direction qui doivent à leur tour choisir les experts dans les différents secteurs faisant l'objet du rapport. Aux sessions plénières participent les représentants des Etats membres et, en qualité d'observateurs, ceux des associations environnementales et des secteurs industriels concernés par la lutte contre le changement climatique, parmi lesquels on compte les industries des transports et de la production électrique.

Il appartient aux Etats d'élire le Bureau du GIEC, qui reste en poste pour la durée de l'élaboration d'un rapport d'évaluation, donc pour environ six ans. Les candidats sont proposés par les Etats et doivent être des scientifiques reconnus pour leur compétence. Le bureau a pour fonction essentielle de fixer le programme de travail pour l'élaboration et la publication du rapport, en précisant les missions de chaque groupe de travail. Les Etats doivent adopter une décision sur ce programme avant que l'élaboration du rapport puisse débiter.

Par la suite, au sein de chaque groupe de travail, on procède à la désignation des experts qui doivent effectivement réaliser l'expertise. Les Etats jouent encore une fois un rôle essentiel dans cette décision. En effet, s'il appartient aux groupes de travail de choisir ces scientifiques, leur choix doit s'opérer sur la base de listes qui ont été préalablement élaborées par les Etats membres du GIEC. A la définition de ces listes contribuent aussi les organisations ayant le statut d'observateurs et les bureaux des groupes du GIEC même. Le choix doit être fait dans le respect de la diversité des compétences et des points de vue scientifiques, d'équilibre de genre et d'origine géographique, et d'expérience au sein du GIEC²⁹.

S'agissant de l'élaboration des rapports, la procédure est marquée par trois moments d'écriture et de révision³⁰. Une première version du rapport est soumise à une révision « amicale », réalisée par des collègues reconnus et étrangers à la rédaction du rapport. La deuxième rédaction du rapport, qui est le fruit des modifications, souvent majeures, issues de la première révision, est plus formelle : le pré-rapport est soumis à la lecture et aux observations de la communauté scientifique entière. La différence entre ce type de révision et la révision « classique » à laquelle sont soumises les études scientifiques avant publication est que le pré-rapport des groupes de travail du

²⁸ Olivier LECLERC, « Les règles de production des énoncés au sein du Groupe d'Experts Intergouvernemental sur l'Evolution du Climat », *Expertise et gouvernance du changement climatique*, *op. cit.*, pp. 59 ss.

²⁹ GIEC, Procédures à suivre pour l'élaboration, l'examen, l'acceptation, l'adoption, l'approbation et la publication des rapports du GIEC, Appendice A des Principes régissant les travaux du GIEC, art. 4.3.2.

³⁰ Hervé LE TREUT, « Du rapport d'évaluation au résumé pour décideurs : le prix du consensus », dans *Changement climatique : les savoirs et les possibles*, *op. cit.*, pp. 114 - 115.

GIEC fait l'objet de commentaires non anonymes. Enfin, le texte du pré-rapport est soumis aux commentaires des gouvernements et des organisations ayant le statut d'observateurs. Cette dernière révision, pouvant ressembler à un contrôle politique, est toutefois réalisée par des experts scientifiques gouvernementaux des secteurs concernés, et non par des responsables politiques³¹. Elle permet ainsi une contre-expertise au niveau des 195 pays membres du GIEC. Les observations présentées par les Etats peuvent être incluses dans la rédaction finale du rapport. Cette triple analyse du contenu scientifique des pré-rapports contribue à garantir la fiabilité scientifique de la version finale. Cette fiabilité est en outre confortée par le fait que les rapports sont établis sur la base d'études scientifiques préexistantes, ayant elles-mêmes fait l'objet de procédures de révision³².

Les groupes de travail sont en charge de rédiger non seulement les rapports mais aussi deux résumés : l'un technique et l'autre pour les décideurs. Ce dernier représente l'instrument clé utilisé par la communauté internationale dans les négociations climatiques.

S'agissant de la phase finale d'approbation et d'adoption, il est essentiel de distinguer les différents documents élaborés. Les rapports complets, fruit du travail de chaque groupe, peuvent être approuvés au sein d'une session plénière du groupe de travail même. L'intervention des Etats dans cette approbation se limite à la nomination des experts, déjà mentionnée. En ce qui concerne le résumé à l'attention des décideurs, il doit faire l'objet de l'approbation et de l'adoption officielle de la part des Etats réunis en session plénière du GIEC : chaque phrase est lue et approuvée par consensus.

Cette procédure, ici décrite dans ses grandes lignes, a souvent été critiquée pour le rôle qu'elle attribue aux gouvernements. L'indépendance, qui a été au cœur des préoccupations de la communauté scientifique depuis le XIX siècle, semblerait ainsi entravée. Cependant, il est important de souligner quatre aspects.

Le premier est que même si les scientifiques qui participent volontairement aux travaux du GIEC sont sélectionnés par les Etats, ils restent des scientifiques, travaillant dans des laboratoires de recherche ; il ne s'agit pas d'hommes politiques ou de représentants des gouvernements. L'élaboration des rapports est donc effectuée

³¹ Par exemple en France cette révision est confiée à l'Académie des sciences. *Ibid*, p. 115.

³² Rappelons que les études scientifiques utilisées par le GIEC sont les études déjà publiées par des scientifiques dans les différents secteurs. Conformément à la pratique, les études scientifiques font d'abord l'objet d'observations et critiques entre

par des chercheurs et les Etats peuvent, seulement dans un deuxième temps, éventuellement soumettre des observations. Seul le résumé à l'attention des décideurs nécessite l'approbation et l'adoption par les représentants des Etats.

Le deuxième aspect porte sur l'origine de ces représentants étatiques : même si cela dépend du choix des Etats, encore une fois les représentants des gouvernements ne sont généralement pas des hommes politiques mais des experts du secteur sélectionnés en raison de leur compétence.

Le troisième aspect concerne la fonction de l'approbation du résumé pour les décideurs par les Etats réunis en session plénière. Compte tenu du fait que le but de ce résumé est de constituer le fondement pour les décisions qui seront prises par les Etats au moment des négociations internationales, le fait que chaque Etat ait pu participer à l'adoption de chaque ligne de ce texte évite que ce document de base soit remis en discussion lors des négociations.

Le quatrième aspect concerne la procédure : la série de révisions successives des rapports a évidemment pour but de corriger d'éventuelles erreurs ou lacunes, mais aussi d'assurer la transparence du processus. En effet, l'ensemble des observations reçues lors de chaque révision, ainsi que les réponses des rédacteurs, sont publiées intégralement sur le même site internet³³ qui héberge le rapport, permettant ainsi à toute personne intéressée de prendre connaissance des remarques qui n'ont pas été prises en compte et des raisons.

B.2. L'incertitude liée au changement climatique

Dans ses rapports, et en particulier dans les rapports de synthèse, le GIEC adopte des expressions codifiées pour décrire l'incertitude associée à chaque énoncé³⁴. Suivant le type d'information (qualitative, quantitative) les formulations peuvent varier : pour les évaluations qualitatives, « *l'évaluation de l'incertitude (...) consiste à donner une idée approximative de la quantité et de la qualité des éléments probants (...) ainsi que du degré de concordance* », ce qui se traduit par des expressions composées telles

pairs au sein du même laboratoire ou groupe de recherche des rédacteurs et, ensuite, elles sont soumises à une révision par des relecteurs experts dans la matière, souvent anonymes, pour en établir la valeur scientifique avant la publication.

³³ Par exemple, pour les observations sur le rapport de 2007 du groupe de travail I, voir : http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg1/en/comments.html (11/08/2013).

³⁴ GIEC, *Bilan 2007 des changements climatiques*. Contribution des Groupes de travail I, II et III au quatrième Rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat. Genève, Suisse, 2007, p. 27. Les citations présentées dans ce paragraphe sont extraites de cette source.

que « *large concordance, degré élevé d'évidence* » ou « *large concordance, degré moyen d'évidence* ». Pour les évaluations quantitatives, si elles traduisent des avis des membres du GIEC sur « *l'exactitude des données, des analyses ou des modèles utilisés* », sont employés des degrés de confiance codifiés entre « *très élevé (9 chances au moins sur 10)* » et « *très faible (moins d'une chance sur 10)* ». Lorsque les évaluations quantitatives de l'incertitude traduisent des résultats précis ou des analyses statistiques, les expressions utilisées vont de « *pratiquement certain (probabilité supérieure à 99%)* » à « *exceptionnellement improbable (probabilité inférieure à 1%)* », en passant par des échelons intermédiaires tels que « *très probable (probabilité supérieure à 90%)* ».

Ainsi, dans son dernier rapport (2007) le GIEC établit, par l'usage de ces expressions, un cadre de l'incertitude associée aux connaissances actuelles sur le changement climatique et à ses conséquences. En le consultant, le lecteur peut observer que le phénomène et ses causes ne sont plus objet de doute : le rapport s'ouvre par la phrase : « *Le réchauffement du système climatique est sans équivoque. On note déjà, à l'échelle du globe, une hausse des températures moyennes de l'atmosphère et de l'océan, une fonte massive de la neige et de la glace et une élévation du niveau moyen de la mer* »³⁵. A cela, point par point, suivent les observations avec leur degré d'incertitude³⁶. Par la suite, il est expliqué que « *l'essentiel de l'élévation de la température moyenne du globe observée depuis le milieu du XX^e siècle est très probablement attribuable à la hausse des concentrations de GES anthropiques* »³⁷ et que « *la poursuite des émissions de GES au rythme actuel ou à un rythme plus élevé devrait accentuer le réchauffement et modifier profondément le système climatique au XXI^e siècle. Il est très probable que ces changements seront plus importants que ceux observés pendant le XX^e siècle* »³⁸.

Si les observations du système physique actuel ont rejoint, grâce aux recherches scientifiques des quarante dernières années, un niveau de certitude élevé, cela n'est pas le cas pour d'autres observations et prévisions liées au changement climatique. Ce qui reste notamment plus incertain est :

³⁵ *Ibid*, p. 2.

³⁶ Par exemple : « *Il est très probable que les températures moyennes dans l'hémisphère Nord ont été plus élevées pendant la seconde moitié du XX^e siècle que durant n'importe quelle autre période de cinquante ans au cours des cinq derniers siècles, et il est probable qu'elles ont été les plus élevées depuis 1 300 ans au moins* ». *Ibid*.

³⁷ *Ibid*, p. 5.

³⁸ *Ibid*, p. 7.

- l'observation de certains effets du changement climatique sur l'environnement et la société³⁹ ;
- la prévision de l'amplitude des effets associés à la hausse de la température⁴⁰ ;
- la prévision de la localisation des dommages produits par le changement climatique⁴¹ ;
- l'évaluation des écarts temporels qui s'écoulent entre l'émission des GES dans l'atmosphère, leur impact sur le climat et leur impact sur les autres milieux (par exemple, la hausse des niveaux de la mer) ;
- l'établissement d'un lien clair entre les actions étatiques et leurs effets sur le climat⁴².

Nous verrons que ces aspects, sans remettre en cause l'existence du changement climatique, laissent une marge importante dans l'appréciation des mesures à adopter par les Etats, en justifiant des positions très différentes lors des négociations.

Sous-section 2 : la création d'une gouvernance climatique internationale

La possibilité de conclure une convention-cadre sur le changement climatique avait été évoquée pour la première fois lors de la conférence de Villach, en Autriche, en 1985, quand le premier programme dédié au changement climatique avait été lancé. Lors de l'ouverture de cette conférence, le Directeur Exécutif du PNUE, le Docteur Mustafa TOLBA⁴³, avait expressément envisagé cette hypothèse, probablement dans l'élan du succès récent des négociations sur le trou dans la couche d'ozone, qui avaient conduit, la même année, à la signature de la Convention de Vienne⁴⁴.

³⁹ Par exemple : « *les changements climatiques régionaux commencent à avoir d'autres effets sur le milieu naturel et l'environnement humain (degré de confiance moyen), bien que nombre de ces effets soient difficiles à cerner en raison de l'adaptation et des facteurs non climatiques* ». *Ibid*, p. 3.

⁴⁰ Par exemple : « *il est probable que les changements climatiques auront un certain nombre d'incidences irréversibles. Si le réchauffement moyen de la planète excédait 1,5 à 2,5 °C par rapport à 1980-1999, le risque d'extinction de 20 à 30 % des espèces recensées à ce jour serait probablement accru (degré de confiance moyen). Si la température s'élevait de plus de 3,5 °C environ, les modèles prévoient que 40 à 70 % des espèces recensées pourraient disparaître de la surface du globe* ». *Ibid*, p. 14.

⁴¹ « *Il est probable que certains systèmes, secteurs et régions seront plus durement touchés que d'autres par l'évolution du climat* ». *Ibid*, p. 9.

⁴² A ce propos, voir le point 4.3 du Rapport, *ibid*, pp. 58-61.

⁴³ Mustafa TOLBA a exercé les fonctions de Directeur exécutif du PNUE de 1975 à 1992. Sa contribution à la réglementation internationale sur le trou dans la couche d'ozone est universellement reconnue, voir : *The Vienna Convention Award For Outstanding Contributions to the Protection of the Ozone Layer*, consultable sur http://ozone.unep.org/Events/awards2005_profiles.shtml (08/08/2013).

⁴⁴ Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, p. 51. Rappelons qu'à la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone s'est ajouté deux ans plus tard le Protocole de Montréal.

Cependant, l'absence, à l'époque, d'un consensus scientifique et l'opposition de nombreux secteurs industriels, dont celui du pétrole, ont ralenti le processus qui a conduit à l'élaboration d'une convention-cadre.

Une accélération dans les négociations d'un accord international dans le domaine du climat a été provoquée, d'une part, par la publication du premier rapport du GIEC sur l'état du climat en 1990 et, d'autre part, par l'organisation de la Conférence des Nations-Unies sur l'Environnement et le Développement (CNUED) de Rio de Janeiro de 1992⁴⁵. A cette occasion, la communauté internationale a en effet conclu le premier accord climatique, la Convention-cadre des Nations-Unies sur les Changements Climatiques (ou simplement Convention-cadre, selon l'usage que nous suivons), qui fut ensuite ratifiée par 196 parties, parmi lesquelles figurait la Communauté Economique Européenne (CEE), qui participait à la Conférence en qualité d'Organisation Régionale d'Intégration Economique (ORIE)⁴⁶. La Convention-cadre est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, 90 jours après la réception du 50^e instrument de ratification⁴⁷.

Le choix de régir la lutte contre le changement climatique par le biais d'une convention-cadre, suivie éventuellement d'un ou plusieurs protocoles, était motivé par trois raisons. D'abord, ce choix s'inscrivait dans un chemin classique en droit international de l'environnement : l'adoption d'une convention-cadre dans laquelle les parties s'accordent sur les objectifs et les principes de l'action et sur un ou plusieurs protocoles établissant successivement la mise en œuvre de cette action⁴⁸.

⁴⁵ La Conférence des Nations-Unies sur l'Environnement et le Développement (CNUED), qui eut lieu à Rio de Janeiro du 3 au 14 Juillet 1992 est généralement connue sous le nom de « Sommet de la Terre ». Pour une analyse détaillée de la Conférence de Rio, voir Stanley P. JOHNSON, *The Earth Summit, The United Nations Conference on Environment and Development*, Graham & Trotman, London, 1994, p. 57 ss.

⁴⁶ La formulation d'« Organisations Régionales d'Intégration Economique » (ORIE) a été créée en 1979 lors de la conclusion de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance afin de permettre à la CEE de participer à la négociation. Cette formulation a été un compromis avec l'Union Soviétique qui ne souhaitait pas que la CEE participe. Voir : Charlotte BRETHERTON et John VOGLER, *The European Union as a Global Actor*, Routledge, London and New York, 1999, p.90. Dans la Convention-cadre la reconnaissance des ORIE est dans les articles 1(6), 4(2b), 18 et 22. La définition présente dans la Convention est la suivante : « une organisation constituée par des Etats souverains d'une région donnée qui a compétence dans des domaines régis par la présente convention ou ses protocoles et a été dûment autorisée, selon ses procédures internes, à signer, à ratifier, à accepter ou à approuver lesdits instruments ou à y adhérer » (art.1(6)). L'article 22 de la Convention-cadre ouvre à la ratification, à l'acceptation, à l'approbation ou à l'adhésion des ORIE. La formulation de l'article 22 est la même que celle de l'article 13 de la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone, adoptée le 22/03/1985. Cette question sera traitée plus en détail dans le Chapitre 4.

⁴⁷ Il a été suggéré que la rapidité de l'entrée en vigueur de la Convention-cadre était due à la période particulièrement favorable pour l'économie des pays de l'OCDE. En outre, la dissolution de l'ancienne Union Soviétique avait permis à de nombreux pays d'accéder à l'économie occidentale et mondialisée, en brisant la division politique entre Est et Ouest. Sur le cadre politique et économique global à l'époque de l'entrée en vigueur de la Convention-cadre, Farhana YAMIN, Joanna DEPLEDGE, *The International Climate Change Regime. A Guide to Rules, Institutions and Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 23 ss.

⁴⁸ Nous utilisons ici la définition de Convention-cadre proposée par Alexandre KISS, qui voit dans un traité-cadre « un instrument conventionnel qui énonce les principes devant servir de fondement à la coopération entre Etats parties dans un

Ensuite, une réglementation internationale construite par phases successives garantissait la flexibilité nécessaire pour adapter les accords aux progrès scientifiques⁴⁹. Enfin, une convention-cadre semblait mieux adaptée pour surmonter les divergences aigues qui avaient émergé entre les parties à la négociation et notamment entre CEE et Etats-Unis. Ces divergences portaient notamment sur trois aspects essentiels de la Convention : l'objet à poursuivre, la structure de gouvernance et les principes régissant l'action internationale dans ce domaine. Le choix de conclure une convention-cadre a ainsi permis de se concentrer sur la réalisation d'un compromis sur ces aspects essentiels, tout en reportant à un moment ultérieur les décisions concernant les modalités à suivre pour parvenir à l'objectif fixé (A). En établissant ce cadre essentiel pour l'activité internationale dans le domaine de la lutte contre le changement climatique, la Convention, suivie par son Protocole, a aussi établi les institutions préposées à la négociation (B).

A. Le compromis entre les parties à la Convention-cadre

Lors des négociations qui ont conduit à l'adoption de la Convention-cadre, les participants se sont opposés sur plusieurs aspects relatifs à l'objectif de cet accord et notamment sur les parties qui devaient être soumises à des engagements, la nature de ces derniers et leur calendrier. Ces trois aspects impliquent des réflexions tant sur l'approche à suivre dans la lutte contre le changement climatique que sur les principes et les valeurs qui fondent l'action internationale dans ce domaine.

Les controverses sur les trois aspects – parties sujettes à des engagements, nature des engagements, calendrier – ont été particulièrement âpres, surtout entre Communauté

domaine déterminée, tout en leur laissant le soin de définir, par des accords séparés, les modalités et les détails de la coopération, en prévoyant une ou des institutions adéquates à cet effet ». Alexandre KISS, « Les Traités-cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement », *AFDI*, 1993 p. 792. Avec cette définition KISS contribue à la discussion qui avait été entamée depuis quelques années sur l'Annuaire français de droit international et à laquelle deux autres juristes avaient précédemment participé. Christian G. CAUBET, « Le Traité de coopération amazonienne : régionalisation et développement de l'Amazonie », in *AFDI* 1984, p. 813; David D. CARON, « La protection de la couche d'ozone stratosphérique et la structure de l'activité normative internationale en matière d'environnement », *AFDI*, 1990, p. 707. Dans le premier article, CAUBET propose une définition de convention-cadre comme ayant la caractéristique d'énoncer des dispositions de *lege ferenda* en même temps que d'autres qui sont « *plutôt des directives que des obligations juridiques* ». CARON propose une autre définition, en affirmant que « *la convention-cadre a comme objectif non pas de fixer des règles de fond, mais d'établir un cadre institutionnel produisant de telles règles* », KISS propose donc une synthèse de ces deux premières définitions apportées par la doctrine dans l'analyse d'instruments conventionnels de droit international de l'environnement, synthèse que nous avons décidé de reprendre.

⁴⁹ Cette souplesse des conventions-cadres en général et de la Convention-cadre sur le changement climatique en particulier a conduit une partie de la doctrine à l'apparenter aux instruments de *soft law*. Sur cette assimilation, voir entre autres, Nadia BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement: vers un ordre public écologique?*, Bruylant, Paris, 2008, p. 252 ss. et Laurence BOISSON de CHAZOURNES, Richard DESGAGNE, Makane M. MBENGUE, Cesare ROMANO, *Protection internationale de l'environnement*, Editions A. Pedone, Paris, 2005, p. 4.

Economique Européenne et Etats-Unis, ainsi qu'entre pays développés et pays en développement, et se poursuivent encore aujourd'hui. Dans un souci de clarté, nous présenterons les résultats des négociations, et donc le contenu de la Convention-cadre concernant ces aspects, avant d'analyser le processus qui a conduit à ce compromis.

La Convention-cadre repose sur le premier rapport du GIEC, publié en 1990, et se fonde pour cette raison sur trois considérations essentielles⁵⁰ : il existe un lien entre activité anthropique (et augmentation conséquente des concentrations de GES) et effet de serre ; l'effet de serre d'origine anthropique s'ajoute à l'effet de serre naturel en augmentant les températures de la Terre ; l'augmentation des températures risque d'avoir des conséquences négatives sur les écosystèmes et sur l'humanité. Ces considérations ont conduit la communauté internationale à établir comme objectif ultime de la Convention et des instruments juridiques connexes de « *stabiliser (...) les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique. Il conviendra d'atteindre ce niveau dans un délai suffisant pour que les écosystèmes puissent s'adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable* » (art. 2). Cette définition est marquée par l'absence de précision sur deux points essentiels : les notions de « *niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse* » et de « *délai suffisant* ». Les parties n'ont ainsi trouvé un accord ni sur la quantification de l'objectif ni sur un véritable calendrier à respecter. La Convention-cadre a cependant prévu certains engagements en vue de poursuivre l'objectif fixé. En effet, elle classe les parties à l'accord en trois catégories, dont dépendent les engagements qui leurs sont attribués. La première catégorie est celle des « parties visées à l'Annexe I » : elle regroupe les pays développés et les pays en transition vers une économie de marché. La deuxième catégorie est celle des « parties visées à l'Annexe II », qui représente les pays développés⁵¹. Enfin, la troisième catégorie est celle des pays en développement, qui sont généralement indiqués par la formule « parties non visées à l'annexe I ».

La différence essentielle, en termes d'engagements dans la réduction des émissions de GES, réside entre les parties visées à l'annexe I et les parties non visées à l'annexe

⁵⁰ Premier Rapport du GIEC, préface à l'aperçu général du GIEC, Aspects scientifiques, p. 55, pt. 1 et 2. A ces points correspond le considérant 2 du Préambule à la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques.

I et, donc, entre pays développés et en transition vers une économie de marché d'une part et pays en développement d'autre part. Seuls les premiers s'engagent, avant « *la fin de la présente décennie* » (i.e. l'année 2000, art. 4(2), lettre a) de la Convention-cadre) à prendre l'initiative « *de modifier les tendances à long terme des émissions anthropiques* » (art. 4(2), lettre a) de la Convention-cadre) afin de « *ramener individuellement ou conjointement à leurs niveaux de 1990 les émissions anthropiques de dioxyde de carbone et d'autres gaz à effet de serre* » (art. 4(2) lettre b) de la Convention-cadre)⁵².

Les pays en développement ne sont pas, quant à eux, soumis à des engagements de réduction de leurs émissions de GES. Cette division des parties en deux groupes ayant des obligations différentes est le fruit de l'application du principe des responsabilités communes mais différenciées, qui, nous le verrons, fut l'un des plus débattus tout au long des négociations. Ce principe se fonde sur trois considérations. La première est que la majeure partie des GES émis dans le monde, tant par le passé qu'au moment de la conclusion de la Convention, avait pour origine les pays développés, tandis que les pays en développement n'étaient responsables que de l'émission d'une quantité très limitée de GES. La deuxième considération se fondait sur la nécessité des pays en développement de faire progresser leurs économies sans fardeaux supplémentaires. La troisième portait sur les plus grandes capacités économiques et techniques des pays industrialisés, permettant de développer des technologies plus « propres ».

Le texte de la Convention-cadre attribue une place importante au principe des responsabilités communes mais différenciées : le principe apparaît tant dans le préambule⁵³ qu'à l'article 3(1) dédié aux principes⁵⁴. Ces dispositions sont le résultat d'une bataille importante opposant pays développés, Etats-Unis en tête, et pays en développement, et qui portait non seulement sur la formulation du principe mais sur l'opportunité même de l'insérer. Les pays développés refusaient l'idée d'être considérés comme légalement responsables de la dégradation de l'environnement dans le passé, tandis que les pays en développement, notamment le G-77 plus

⁵¹ Cette catégorie comprend les pays visés à l'Annexe I à l'exclusion de ceux en transition vers une économie de marché.

⁵² Des différences subsistent entre les engagements spécifiques des pays développés et des pays en transition vers une économie de marché, qui nous n'abordons cependant pas ici.

⁵³ Considérant 6 et 8.

⁵⁴ Les négociations qui ont conduit à la rédaction de l'article 3 et son contenu seront présentés dans la section 2, sous-section 2.

Chine⁵⁵, auraient souhaité une formulation plus explicite du rapport de cause à effet existant entre le comportement des pays développés dans le passé et leur responsabilité dans les dommages causés à l'environnement mondial⁵⁶. A cette occasion, la Communauté Economique Européenne a soutenu l'insertion de ce principe, qu'elle a défendu à plusieurs reprises au fil des années.

Comme nous l'avons indiqué, l'opposition entre CEE et Etats-Unis ne s'est pas limitée à cet aspect des négociations, et s'est également manifestée dans la définition de la nature des engagements et dans leur calendrier. La prise en considération des articles 2 et 4(2) lettre b de la Convention-cadre nous a montré l'absence d'engagements contraignants et chiffrés ainsi que d'un calendrier pour les parties visées à l'annexe I⁵⁷. La formulation de ces dispositions est le résultat de deux approches différentes entre Europe et Etats-Unis, ces derniers s'étant fermement opposés à l'établissement d'engagements contraignants et avec des échéances préétablies. Au contraire, en ce qui concerne la Communauté Economique Européenne, le Conseil conjoint des ministres de l'environnement et de l'énergie, lors de sa session du 29 octobre 1990, avait déjà affirmé la volonté de la Communauté et de ses Etats membres de s'engager dans l'adoption de mesures visant à « *stabiliser d'ici à l'an 2000, les émissions totales de CO₂ au niveau de 1990 dans l'ensemble de la Communauté* »⁵⁸. Il est d'ailleurs opportun de mettre en évidence que dans le même contexte, le Conseil avait présumé que d' « *autres pays importants prendront des engagements similaires* »⁵⁹.

A la lumière de ces oppositions, le texte de la Convention-cadre peut être lu comme un compromis entre les volontés européenne et américaine. Si, d'un côté, le fait de n'imposer ni engagements ni échéances contraignants traduit un objectif moins

⁵⁵ Le Groupe 77 plus Chine représente la plus grande coalition dans le régime onusien. Il réunit aujourd'hui 131 pays en développement et la Chine s'y est associée, sans pourtant en être membre à part entière. Les pays participants à cette coalition sont en même temps membres d'autres groupes, tels que l'OPEP (pays producteurs de pétrole) ou des pays moins développés (*Least Developed Countries*). L'hétérogénéité au sein de ce groupe constitue un obstacle majeur à l'obtention d'une position commune. L'association de la Chine présente une difficulté supplémentaire en raison de son poids dans les négociations. La liste des pays adhérents à la coalition ainsi que l'ensemble des positions du groupe au sein des différentes négociations peuvent être consultée à l'adresse : <http://www.g77.org/> (21/06/2011)

⁵⁶ Eleonora RUSSO, « Eléments d'une politique européenne en matière de changement climatique », *RMCUE*, n° 535, Février 2010, p. 111.

⁵⁷ Il est possible de remarquer que, dans le texte de la Convention-cadre, l'expression « *d'ici à la fin de la présente décennie* » n'a rien de contraignant : elle fait référence à l'adoption de mesures qui « *démontreront que les pays développés prennent l'initiative de modifier les tendances à long terme des émissions* » (art.4 (2), lettre a).

⁵⁸ Conseil des ministres de l'environnement et de l'énergie, session du 29 octobre 1990, comme reporté dans la Décision du Conseil 93/389/CEE du 24 juin 1993 relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO₂ et des autres gaz à effet de serre dans la Communauté, *JO L 167* du 9/07/1993, p. 31-33, considérant 4.

⁵⁹ *Ibid.*

ambitieux que celui envisagé par la CEE lors du Conseil environnement/énergie de 1990, de l'autre, la classification des parties selon deux catégories principales respecte la position de la Communauté qui avait soutenu les pays en développement en ce sens, conformément au principe de responsabilités communes mais différenciées.

B. Les institutions créées par la Convention-cadre

La Convention-cadre a mis en place une structure de gouvernance internationale de lutte contre le changement climatique⁶⁰, en créant une organisation institutionnelle complexe⁶¹, dans la lignée des autres accords multilatéraux sur l'environnement conclus depuis les années soixante-dix⁶². Au sommet de la hiérarchie instituée par la Convention-cadre se trouve la Conférence des Parties (COP), qui représente l'« *organe suprême de la Convention* » (art. 7(2) Convention-cadre) et qui réunit les 192 pays ayant ratifié la Convention-cadre. Tous les pays ont ainsi, indépendamment de leur taille, une voix équivalente, conformément aux principes des Nations-Unies. L'objectif principal de la COP est la promotion et la mise en œuvre de la Convention. Elle se réunit une fois par an lors de sessions qui durent deux semaines et qui réunissent les délégués des gouvernements et les observateurs externes. Cette institution est censée déterminer les mesures à prendre en matière de changement climatique en tenant compte des nouveaux constats scientifiques. Le grand nombre de pays parties à la Convention entraîne toutefois une grande difficulté au moment des prises de décision, avec des risques significatifs de blocage.

La COP « *examine périodiquement les obligations des parties et les arrangements institutionnels découlant de la Convention* » (art. 7(1) lett. a) Convention-cadre). Une

⁶⁰ Christian de PERTHUIS et Raphaël TROTIGNON, *op. cit.*, p. 4. Sur la gouvernance climatique, voir : James MEADOWCROFT, « Climate change governance, Background paper to the 2010 World Development Report », *Policy Research Working Paper*, 4941, The World Bank Development Economics World Development Report Team, May 2009, <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-4941> (8/08/2014).

⁶¹ Ce type d'organisation institutionnelle qui a comme objectif la gestion du traité qui lui a donné naissance a été appelé « *treaty-management organisation* » avec une formulation particulièrement efficace. Ce type d'organisation est opposé aux « *policy-making organisations* », des organisations intergouvernementales spécialisées, dont la plupart se situe dans le cadre des Nations Unies. Julia SOMMER, « Environmental Law-Making by International Organisations », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 56, 1996, pp. 628-667.

⁶² La première convention multilatérale en matière d'environnement à avoir établi un cadre d'institutions et d'organes a été la Convention sur les zones humides d'importance internationale (Convention de Ramsar), de 1971. La gestion des accords multilatéraux sur l'environnement conclus avant cette date avait créé, au contraire, des organisations intergouvernementales nouvelles ayant cet objectif. Pour plus de détails sur les raisons qui ont conduit à privilégier un système institutionnel plus flexible créé par l'accord même et non une organisation intergouvernementale structurée et ayant personnalité juridique, voir : Robin R. CHURCHILL and Geir ULFSTEIN, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental

fois évaluées toutes les informations reçues des parties, la COP examine la nécessité de prendre d'autres mesures ou engagements afin d'atteindre l'objectif de la Convention-cadre. C'est elle qui adopte les amendements à la Convention (art. 16), ainsi que les Protocoles (art. 17), qui doivent ensuite être ratifiés pour entrer en vigueur. La COP a donc été considérée comme un système de « *super législateur pour le changement climatique* »⁶³.

La deuxième institution créée par la Convention-cadre est le Secrétariat (régé par l'art. 8 de la Convention qui en établit, dans les grandes lignes, le mandat)⁶⁴. Le travail du Secrétariat est particulièrement important puisqu'il met en application les décisions prises au sein de la COP, et assure la collecte des informations que chaque partie à la Convention s'est engagée à fournir.

La Convention-cadre a en outre mis en place deux organes subsidiaires permanents. Le premier, ayant un rôle consultatif, est l'Organe Subsidiaire de Conseil Scientifique et Technologique (art. 9). Son objectif est de « *fournir en temps opportun à la COP (...) des avis sur les aspects scientifiques et technologiques de la Convention* » (art. 9 (1)). Le deuxième est l'Organe Subsidiaire de Mise en Œuvre qui doit « *suivre et évaluer l'application effective de la Convention* » (art. 10(1)).

Nous verrons dans la prochaine sous-section qu'en 1997 la COP a adopté le Protocole de Kyoto. Ce Protocole complète la structure de gouvernance internationale instituée par la Convention-cadre. L'article 13(1) du Protocole établit qu'en « *tant qu'organe suprême de la Convention, la Conférence des parties agit comme réunion des parties au présent Protocole* » (*Meeting of the Parties*, MOP). Toutefois, certains pays font partie de la Convention, mais non du Protocole⁶⁵. Quand la COP agit en qualité de « *Meeting Of the Parties* » (COP/MOP) au Protocole, « *les parties à la Convention qui ne sont pas parties au (...) Protocole peuvent participer* » seulement en qualité d'observateurs (art. 13(2) Protocole de Kyoto).

agreement: a little-noticed phenomenon in international law », *The American Journal of International Law*, vol. 94, pp. 623-659.

⁶³ Michael G. GERRARD, *Global Climate Change and U.S. Law*, American Bar Association, Section of Environment, Energy and Resources, Chicago, 2007, p. 35. Sur la COP comme embryon d'un gouvernement international de l'évolution du climat, voir Christian de PERTHUIS et Raphaël TROTIGNON, *op. cit.*

⁶⁴ Le Secrétariat a « *des liens institutionnels avec l'Organisation des Nations Unies, sans être totalement intégré dans le programme de travail et la structure administrative d'un quelconque département ou programme* », UNFCCC, COP-1, Décision 14/CP.1, *Liens institutionnels entre le Secrétariat de la Convention et l'Organisation des Nations-Unies*, FCCC/CP/1995/7/Add.1, p. 44, par. 2. A la tête du Secrétariat se trouve le Secrétaire Exécutif qui est nommé par le Secrétaire Général des Nations Unies, en accord avec la COP.

Malgré le fait que la COP de la Convention-cadre se déroule au même moment que l'institution principale du Protocole de Kyoto (COP/MOP), la coordination est difficile tant pour les représentants des Parties que pour les institutions mêmes. Cette difficulté a des répercussions importantes sur le déroulement de la négociation, car les décisions sont prises dans deux lieux de discussion différents.

Conclusions de la section

Une première période des négociations climatiques s'est conclue avec l'adoption de la Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique. Cette période a d'abord été caractérisée par un grand développement de la science dans ce domaine, avec une clarification du lien entre émissions anthropiques de GES et changement climatique. Cette période a aussi conduit à la création d'une gouvernance climatique, dont les fondements ont été posés par la Convention-cadre en 1992 et qui sera complexifiée par le Protocole de Kyoto, adopté en 1997. Cette gouvernance est imprégnée de l'application du principe de responsabilités communes mais différenciées, dont la conséquence majeure a été la division des parties en deux groupes, le premier correspondant à l'ensemble des pays développés en transition vers une économie de marché, le deuxième réunissant les pays en développement.

Section 2. Vers le Protocole de Kyoto

La Convention de 1992 avait établi le cadre pour guider la communauté internationale dans la stabilisation des émissions de GES au niveau de 1990 et, par le principe de responsabilités communes mais différenciées, avait clarifié la question des parties sujettes aux engagements. Deux questions essentielles restaient cependant ouvertes, la nature des engagements et leur calendrier, ainsi que deux autres, plus concrètes mais non moins fondamentales : les objectifs chiffrés de réduction des émissions et les modalités pour y parvenir. Nous verrons dans la première sous-section comment ces questions ont été abordées lors de la négociation du Protocole de Kyoto, et comment l'opposition entre Europe et Etats-Unis s'est exacerbée. Dans la seconde sous-section

⁶⁵ Pour faire partie du Protocole il est en effet nécessaire d'être déjà membre de la Convention-cadre (art. 24(1) Protocole de Kyoto). Toutefois le Protocole n'a pas été ratifié par toutes les parties à la Convention. Nous verrons que les Etats-Unis,

nous essaierons de lire les divergences qui ont émergé au fil des années comme des expressions d'une interprétation différente des principes qui fondent l'action climatique.

Il est important de souligner que de nombreuses questions qui ont émergé dans cette phase des négociations climatiques ne sont toujours pas résolues, et qu'ainsi l'analyse réalisée ici n'a pas seulement une portée historique mais permet de saisir certains enjeux des négociations climatiques actuelles.

Sous-section 1 : la conclusion et l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto : des divergences sur les objectifs et les modalités pour y parvenir

Après avoir présenté les négociations qui ont conduit à l'adoption du Protocole de Kyoto et ses éléments essentiels (A), nous analyserons les difficultés qui ont retardé l'entrée en vigueur du Protocole, en focalisant notre attention sur le rôle fondamental joué par la CE (B).

A. Le Protocole de Kyoto (1997)

Lors de la conclusion de la Convention-cadre, les parties n'étaient pas parvenues à un accord sur l'établissement d'engagements chiffrés et contraignants de réduction des émissions de GES. Par la suite, ce point a été à nouveau soulevé, tant par la Communauté européenne⁶⁶ que par d'autres parties, notamment par les membres de l'AOSIS (l'Alliance des petits Etats insulaires)⁶⁷, qui craignaient pour leur propre survie du fait de l'élévation du niveau de la mer.

La réouverture d'une négociation sur cet aspect s'est concrétisée lors de la première Conférence des Parties à la Convention (COP), qui a eu lieu à Berlin en 1995. A cette occasion, l'AOSIS a proposé un projet de protocole⁶⁸ et les parties ont décidé de lancer un processus d'adoption de mesures concrètes de réduction des émissions. Le sentiment d'urgence était accru par la publication la même année du deuxième

même s'ils font partie de la Convention, n'ont pas ratifié le Protocole de Kyoto.

⁶⁶ Dans ses conclusions du 9 mars 1995, le Conseil Environnement réaffirme la nécessité d'établir des objectifs contraignants et chiffrés ainsi que, comme nous le verrons, un calendrier pour la réalisation de ces objectifs. Conclusions du Conseil Environnement du 9 mars 1995, Changement Climatique, PRES/95/70, 09/03/1995, p. 3, pt. 8.

⁶⁷ Ce groupe réunit les 39 pays en développement qui représentent les Etats les plus vulnérables à la hausse de la mer consécutive au changement climatique. Pour une liste complète des membres du groupe consulter le site <http://aosis.info/> (17/07/2011).

rapport du GIEC, qui renforçait les bases scientifiques sur l'origine anthropique du changement climatique, ainsi que sur les risques pour la planète et les hommes.

Lors de la COP-1 de Berlin, les parties ont donné mandat à un groupe de travail *ad hoc* concernant les négociations futures portant sur l'élaboration des politiques et des mesures à prendre pour la réduction des émissions de GES par les pays visés à l'annexe I. Le mandat de Berlin définissait la forme du futur accord : soit un protocole, soit un autre instrument juridique⁶⁹. De même, il en précisait les aspects essentiels⁷⁰ : la fixation d'objectifs quantifiés de limitation et de réduction selon des échéances précises ; l'impossibilité d'imposer des nouveaux engagements aux pays en développement (les parties non visées à l'annexe I) ; l'examen des différentes possibilités administratives et économiques à la disposition des Etats pour parvenir aux objectifs fixés.

Dans la droite ligne de ce mandat, l'année suivante, la COP-2, réunie à Genève, reconnaissait la gravité de la situation et décidait d'imposer des limites contraignantes aux pays visés à l'annexe I. L'absence de contraintes pour les autres pays répondait au principe des responsabilités communes mais différenciées. Lors de la COP-3 (décembre 1997), le Protocole de Kyoto fut adopté sur la base de l'article 17 de la Convention-cadre, « *pour servir de base à l'achèvement des travaux découlant du mandat de Berlin* »⁷¹.

Les négociations qui ont conduit à la conclusion du Protocole de Kyoto lors de la COP-3 se sont déroulées autour de deux axes essentiels : la définition de l'objectif de réduction (A.1) et les outils à la disposition des parties pour y parvenir (A.2).

⁶⁸ *Draft Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change on Greenhouse Gas Emissions Reduction, Ad Hoc Group on the Berlin Mandate, Implementation of the Berlin Mandate, Proposals from Parties, Paper No. 1, Trinidad and Tobago (on behalf of the Alliance of Small Islands States (AOSIS)), FCCC/AGBM/1996/MISC.2, p. 3.*

⁶⁹ COP-1, Décision 1/CP.1, *Mandat de Berlin*, FCCC/CP/1995/7/Add.1, p. 4, préambule : « *La Conférence des Parties, à sa première session (...) décide de mettre en œuvre un plan de manière à pouvoir prendre des mesures appropriées pour la période située au-delà de l'an 2000, s'agissant notamment de renforcer les engagements pris aux alinéas a) et b) du paragraphe 2 de l'article 4 par les Parties visées à l'Annexe I (Parties de l'Annexe I), grâce à l'adoption d'un protocole ou d'un autre instrument juridique* ».

⁷⁰ COP-1, *Rapport de la Conférence des parties à sa première section, tenue à Berlin du 28 mars au 7 avril 1995, Mandat de Berlin*, FCCC/CP/1995/7/Add.1, 2 juin 1995, pp. 4 ss.

⁷¹ *Adoption d'un protocole ou d'un autre instrument juridique : conclusion des travaux découlant du mandat de Berlin*, Texte de négociation révisé, Note du Secrétariat, FCCC/CP/1997/2, par. 6.

A.1. Les objectifs du Protocole de Kyoto

La discussion en préparation du Protocole de Kyoto s'est déroulée autour de trois aspects essentiels : les parties soumises à des engagements ; la quantification des réductions des émissions imposées ; les échéances correspondantes.

Sur la question des parties soumises aux engagements, la nécessité d'inclure les pays en développement constituait l'un des points centraux avancés par les Etats-Unis⁷² malgré le mandat de Berlin, qui prévoyait de ne pas attribuer de nouveaux engagements aux parties non visées à l'annexe I⁷³. Cette position américaine a son origine, entre autres, dans la politique énergétique des Etats-Unis, soumise en particulier à la pression exercée par les Etats de la Fédération producteurs et exportateurs de pétrole ou de gaz⁷⁴. Dans une tentative de concilier la position interne du pays et les positions exprimées par la communauté internationale au cours des négociations, le Président Bill CLINTON⁷⁵ avait justifié sa demande d'impliquer les pays en développement dans la lutte contre le changement climatique, en considérant cette implication comme une conséquence de l'échelle globale du phénomène, nécessitant une réponse globale. Sur ce point, l'opposition entre les Etats-Unis et les pays en développement a été particulièrement aigüe et s'est poursuivie tout au long des négociations climatiques. En essayant une médiation entre les deux positions, la CE avait envisagé la création d'une annexe au Protocole établissant des engagements sur base volontaire ouverts tant aux pays visés à l'annexe I de la Convention qu'aux pays en développement. Le Groupe de 77 plus la Chine s'est opposé avec force à cette proposition, soutenant qu'elle aurait représenté une extension des engagements aux pays non visés à l'annexe I et qu'elle aurait ainsi été contraire au texte du mandat

⁷² Dans sa déclaration du 22 octobre 1997 en préparation de la Conférence de Kyoto, le Président Bill CLINTON avait inclus cet aspect. Voir : déclaration du 22 octobre 1997 du Président Bill CLINTON, in American Geological Institute, Government Affairs Program, <http://www.agiweb.org/legis105/climate.html> (14/08/2013).

⁷³ La position américaine était l'expression d'un débat intérieur vis-à-vis de la construction de la politique climatique internationale : l'année de la conclusion du Protocole de Kyoto, le Sénat américain avait adopté une résolution incitant le gouvernement à ne signer aucun accord imposant des limites contraignantes d'émission aux pays visés à l'annexe I, sauf engagement similaire de la part des pays en développement (et en particulier des grands pays émergents tels que la Chine, l'Inde et le Brésil). S. 98, 105th Cong. 1st Session, 143 CONG. REC. S8138 (1997).

⁷⁴ Neil CARTER, « Climate Change and the Politics of the Global Environment », in Mark BEESON, Nick BISLY, *Issues in 21st Century World Politics*, Palgrave Macmillan, London, 2010, p. 58. Toutefois la réticence est généralisée même aux autres Etats, car les Etats-Unis se sont toujours basés sur la culture de l'énergie accessible et économique et ils se sont donc opposés à tout contrôle extérieur sur leur politique énergétique. Neil CARTER, *ibid.*

⁷⁵ Rappelons que la position de la présidence de l'époque était différente de celle du Sénat : Bill CLINTON et son vice-président Al GORE, dont les efforts sur la question du changement climatique ont été par la suite reconnus par le prix Nobel conjointement au GIEC, supportaient l'assomption d'engagements contraignants de la part des Etats-Unis. Cependant, le rôle du Sénat dans la ratification des accords internationaux imposait que la position de ce dernier soit représentée à la table des négociations.

de Berlin⁷⁶. Par la suite, la Communauté européenne a envisagé une inclusion future et progressive des pays en développement, selon les conditions de chaque pays.

En ce qui concerne la quantification des réductions des émissions demandées à chaque partie, la question était de définir un objectif de réduction global et une répartition de celui-ci parmi les pays, en application du principe des responsabilités communes mais différenciées⁷⁷. La discussion sur l'objectif global s'est conclue avec un accord de réduction d'au moins 5% par rapport au niveau de 1990 (art. 3(1) du Protocole). Dans les négociations qui ont porté sur cet objectif, la CE a encore une fois essayé de proposer aux autres parties un engagement plus important : une limite totale de réduction des GES de 7,5% avant 2005 et de 15% avant 2010⁷⁸.

Les objectifs chiffrés de chaque partie étaient le fruit d'une opération complexe. La somme des engagements des parties, indépendamment de leur répartition, devait aboutir à l'objectif global de 5%. L'engagement chiffré de chaque partie dépendait donc des engagements des autres et était le résultat d'une négociation intense avec la communauté internationale dans son ensemble. Le critère de base utilisé pour déterminer les engagements de chaque partie a été celui connu sous le nom anglais de « *grandfathering* », basé sur le calcul des émissions cumulées depuis les débuts de l'ère industrielle. Cependant, dans cette procédure, d'autres facteurs ont été pris en compte : par exemple, la présence d'importantes ressources forestières sur le territoire des Etats, constituant des « puits de carbone ».

Les engagements chiffrés de chaque partie sont contenus dans l'annexe B du Protocole de Kyoto. Les pays mentionnés dans cette annexe correspondent principalement aux parties visées à l'annexe I de la Convention-cadre, avec des exceptions⁷⁹.

En application du principe des responsabilités communes mais différenciées, le Protocole distingue, au sein de l'annexe B, entre pays développés et pays en transition vers une économie de marché. En effet, tandis que les pays développés devaient réduire leurs émissions par rapport à l'année 1990, les pays en transition

⁷⁶ Mark J. MWANDOSYA, *Survival Emissions: A Perspective From the South on Global Climate Change Negotiations*, CEEST 2000, The Centre for Energy, Environment, Science and Technology, Dar-es-Salaam, Tanzania, 1999, p. 51.

⁷⁷ Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Matthieu WEMAERE, *La diplomatie climatique. Les enjeux d'un régime international du climat*, Editions Pedone, Paris, 2010, p. 67.

⁷⁸ Sebastian OBERTHÜR et Marc PALLEMAERTS, « The EU's Internal and External Climate Policies: an Historical Overview », in Sebastian OBERTHÜR et Marc PALLEMAERTS, *The New Climate Policies of the European Union. Internal legislation and Climate Diplomacy*, Brussels University Press, Brussels, 2010, pp. 33 ss.

vers une économie de marché bénéficiaient d'un avantage important : ils pouvaient choisir librement l'année de référence pour la réduction des émissions imposée par le Protocole. Cette possibilité avait été introduite spécialement pour les pays de l'ancien bloc soviétique : les profondes modifications de leur structure industrielle et énergétique au cours des années 1990 rendaient difficile la fixation d'une année de référence commune et représentative⁸⁰. Parmi les pays disposant de ce choix, nous comptons les pays de l'Europe Centrale et de l'Est, dont certains accèderont par la suite à la Communauté européenne.

La Communauté européenne a décidé de s'engager pour un objectif conjoint, conformément à l'article 4 du Protocole de Kyoto. En effet, cet article établit que les parties qui décident d'atteindre conjointement l'objectif de réduction chiffrée « *sont réputées s'être acquittées de leurs engagements pour autant que le total cumulé de leurs émissions anthropiques agrégées ne dépasse pas les quantités qui leurs sont attribuées, calculées en fonction de leurs engagements chiffrés de limitation et de réduction des émissions inscrits à l'annexe B* ». Après de longs débats internes⁸¹, la CE s'est engagée dans son ensemble à une réduction totale de 8% et, dans le cadre de ce qui a été défini comme la « bulle communautaire »⁸², elle a établi l'engagement chiffré de chacun des 15 Etats membres de l'époque⁸³. La différence entre chaque pays peut d'ailleurs être significative, avec des variations qui vont d'une obligation de réduction de 28% pour le Luxembourg à une augmentation possible de 27% pour

⁷⁹ Aux pays visés à l'annexe I ont été ajoutés la Croatie, le Liechtenstein, Monaco et la Slovénie, tandis que deux Etats présent dans l'annexe I n'ont pas des engagements chiffrés indiqués dans l'annexe B : la Biélorussie et la Turquie.

⁸⁰ Pour une analyse du contexte ex-soviétique par rapport au changement climatique, voir : Clément MARIOTTE, *L'Europe Centrale et le Protocole de Kyoto sur les Changements Climatiques. Quels Bénéfices en perspective ?*, l'Harmattan, Paris, 2006.

⁸¹ Les conclusions du Conseil Environnement du 9 décembre 1996 mettent en évidence la difficulté de parvenir à une décision sur la « répartition de la charge » entre Etats membres : « *Ces questions sont étroitement liées et elles sont encore compliquées par le fait que la situation en matière d'émissions (niveaux précédents, actuels et escomptés) varient considérablement d'un Etat membre à l'autre* ».

⁸² Décision 2002/358/CE du Conseil du 25 avril 2002 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent, *JO L 130* du 15/05/2002 pp. 1-20.

⁸³ Une première indication sur la répartition de la charge des réductions des émissions de GES pour chaque Etat Membre est précisée dans l'appendice I, tableau I, des Conclusions du Conseil Environnement du 3 mars 1997, qui contient également le mandat pour les négociations, qui fera l'objet d'analyse dans le Chapitre 4. Sur la répartition des charges entre les différents Etats, le Conseil a mis en évidence qu'elles tiennent compte « *des circonstances et capacités prévalant au niveau national dans des secteurs tels que, notamment, la production d'électricité, l'industrie à forte intensité d'énergie et à vocation internationale, les transports, l'industrie légère, l'agriculture, les ménages et les services, ainsi que du potentiel d'amélioration de l'efficacité énergétique tel qu'affecté par des mesures déjà prises, de la réduction de l'intensité de carbone de l'ensemble des différents combustibles utilisés et des considérations de convergence entre les Etats membres* » (par. 12, troisième point). Comme il a été précisé par le Conseil Environnement dans ses conclusions du 19 et 20 juin 1997, les arrangements définitifs sur la répartition de la charge entre les Etats membres en vue de l'objectif européen ont dû être convenus sur la base des résultats des négociations du Protocole. Les engagements chiffrés de réduction des émissions (en pourcentage des émissions de l'année ou de la période) sont enfin établis par l'Annexe B de la décision du Conseil du 25 avril 2002 (2002/358/CE).

le Portugal. Ces différences sont le fruit d'une négociation interne à la Communauté européenne et ont été calculées sur la base de plusieurs facteurs, dont les principaux sont les perspectives de croissance économique, le bouquet énergétique et la structure industrielle⁸⁴.

L'article 3 du Protocole de Kyoto établit que les pays visés à l'annexe B doivent réduire leurs émissions au cours de la période d'engagement du Protocole. Le projet issu des négociations prévoyait que, pendant cette période, un nouvel accord devrait être conclu pour régir les émissions des années suivantes, en établissant un fonctionnement par phases successives. Ce choix était motivé par plusieurs raisons. D'abord, il permettait de moduler l'action internationale sur la base des progrès scientifiques dans le domaine du changement climatique. Ensuite, il devait permettre de modifier les engagements sur la base des développements géopolitiques. Enfin, cette structure semblait la mieux adaptée à un domaine nouveau, les dispositions régissant l'action climatique pouvant ainsi être modifiées sur la base de l'expérience acquise dans les phases précédentes.

A.2. Les outils à disposition des parties pour parvenir à leurs objectifs

Le Protocole de Kyoto établit que chacune des parties visées à l'annexe I, pour s'acquitter des engagements chiffrés, « *applique et/ou élabore (...) des politiques et des mesures, en fonction de sa situation nationale* » (art. 2(1), lettre a). Le même article présente une liste d'exemples de secteurs et mesures qui peuvent faire l'objet des dispositions nationales : améliorer l'efficacité énergétique ; protéger les puits et les réservoirs de GES en encourageant la gestion forestière, le boisement et le reboisement ; promouvoir des formes d'agriculture durable ; inciter la recherche, la promotion, la mise en valeur et l'utilisation accrue de sources d'énergies renouvelables ; réduire progressivement ou supprimer les imperfections du marché, les incitations fiscales, les exonérations d'impôt et de droit et les subventions ; adopter des mesures dans le secteur du transport ; améliorer la gestion des déchets.

Si cette liste est intéressante dans la mesure où elle fournit une première indication des secteurs concernés par la lutte contre le changement climatique et des mesures à

⁸⁴ Décision 2002/358/CE, considérant 12. La liste des engagements chiffrés est contenue dans le Document 9702/98 du Conseil de l'Union européenne, du 19 juin 1998, reflétant les résultats des travaux du Conseil Environnement des 16 et 17 juin 1998, Annexe I.

entreprendre dans ces secteurs, l'aspect novateur du Protocole de Kyoto en ce qui concerne les outils à la disposition des Etats réside dans la possibilité de recourir à des mécanismes flexibles basés sur une logique de marché, logique dont nous développerons l'analyse dans le Chapitre 5.

Les négociations du Protocole de Kyoto ont été particulièrement animées sur cet aspect et le texte de l'accord constitue un compromis important entre CE et Etats-Unis.

Depuis la préparation de la COP-1, qui a permis l'adoption du mandat de Berlin, le Conseil Environnement avait eu l'occasion de préciser la nécessité de prévoir le recours à des instruments économiques, « *y compris les mesures fiscales, telles que la taxation énergie/CO₂ et la suppression des facteurs allant à l'encontre d'une utilisation efficace de l'énergie* »⁸⁵. A la table des négociations, la CE avait proposé l'adoption d'une écotaxe, assise à la fois sur le carbone et l'énergie, mais cette option avait été refusée par les Etats-Unis et le Japon⁸⁶. A l'inverse, les Etats-Unis, lors des négociations, avaient fortement soutenu l'inclusion de mécanismes flexibles de réduction des émissions basés sur un système de marché. Ces systèmes se fondent sur l'idée d'une optimisation des efforts des différents pays, permettant ainsi d'atteindre les objectifs de réduction des émissions au moindre coût.

L'Union européenne, au début sceptique sur l'opportunité d'insérer ces outils dans le cadre du Protocole de Kyoto, a finalement approuvé cette inclusion, en partie dans le but de parvenir à un compromis avec les Etats-Unis : ces derniers acceptaient des engagements contraignants et chiffrés pour les seules parties visées à l'annexe I de la Convention en échange de la possibilité d'utiliser ces instruments pour parvenir aux objectifs d'une manière économiquement plus efficace⁸⁷.

Le Protocole de Kyoto prévoit les trois mécanismes suivants :

- un système d'échange de droits d'émission (art. 17). Selon ce mécanisme, les parties de l'annexe B peuvent vendre ou acheter des unités correspondantes aux droits d'émission attribués aux autres pays de l'annexe B ;
- le Mécanisme de Mise en Œuvre Conjointe (MOC) (art. 6). Cet instrument est basé sur la mise en place de projets par les pays de l'annexe B, qui gagnent

⁸⁵ Conclusions du Conseil Environnement du 9 mars 1995, Annexe « Liste indicative des politiques et mesures possibles ».

⁸⁶ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, Matthieu WEMAERE, *op. cit.*, p. 80.

des crédits d'émission en investissant dans un autre pays de la même annexe afin de réduire les émissions de GES ;

- le Mécanisme pour un Développement Propre (MDP) (art. 12). Ce mécanisme est, comme le précédent, basé sur des projets spécifiques de réduction des émissions. La différence réside dans le fait que le pays dans lequel le projet est mis en place doit être un pays en développement (non annexe B).

Après une première opposition à l'insertion de ces mécanismes dans le Protocole de Kyoto, la Communauté européenne a non seulement donné son accord, mais a ensuite intégré leur fonctionnement dans ses propres instruments, en parvenant à construire le plus grand système d'échange d'émissions de GES, inspiré, comme nous le verrons, du système international (Partie II, Titre I).

B. Le rôle de la CE dans l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto

Pour son entrée en vigueur, le Protocole de Kyoto posait une double condition, à la fois quantitative et qualitative (art. 25). Elle rendait nécessaire la ratification de cinquante-cinq parties à la Convention-cadre représentant en 1990 au moins 55% des émissions de GES des pays industrialisés. Cette seconde condition répondait à l'exigence d'éviter l'entrée en vigueur d'un traité qui, s'il n'était pas ratifié par les émetteurs principaux, serait devenu inefficace⁸⁷. La conséquence de cette condition a été qu'entre la conclusion et l'entrée en vigueur du Protocole huit ans de négociation se sont écoulés. Nous examinerons ici brièvement le déroulement de ces négociations (B.1) et nous analyserons ensuite le rôle que l'Union européenne a joué dans la ratification du Protocole par un nombre suffisant de parties (B.2).

B.1. La difficile entrée en vigueur du Protocole

Le retard dans la ratification du Protocole est lié à trois grands ordres de raisons : son contenu complexe ; une situation économique et géopolitique défavorable ; l'exacerbation de l'opposition des Etats-Unis à une gouvernance climatique.

⁸⁷ Ce point était inclus dans la déclaration du Président Bill CLINTON du 22 octobre 1997 en vue de la COP-3 de Kyoto, déjà évoquée. L'utilisation de mécanismes flexibles était le deuxième de trois points constituant la position de négociation des Etats-Unis.

⁸⁸ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « La mise en œuvre du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques », *AFDI*, 2005, p. 433-463.

En ce qui concerne la complexité du contenu, lors de la négociation du Protocole de Kyoto en 1997, plusieurs points fondamentaux aux fins de la ratification étaient restés en suspens, et notamment les règles concernant les mécanismes flexibles, les mécanismes d'observance et de sanction, la définition précise des mécanismes d'aide financière aux pays en développement, le développement et le transfert de technologies et l'inclusion de l'usage des forêts comme « puits » pour réduire les émissions. Au-delà de ces aspects, restait un débat encore plus sensible sur les engagements futurs des pays en développement et sur la notion d'équité⁸⁹.

S'agissant de la situation économique et géopolitique défavorable, il faut rappeler que le contexte était différent de celui qui avait conduit à l'entrée en vigueur rapide de la Convention-cadre⁹⁰. L'année 1997 et les suivantes ont été caractérisées par une récession économique dans certains pays de l'OCDE et par une grave crise financière des « tigres asiatiques »⁹¹.

S'agissant enfin de l'opposition des Etats-Unis, il est nécessaire de garder à l'esprit qu'au moment des discussions ce pays représentait le plus gros émetteur de GES du monde. Un accord en matière de changement climatique non ratifié par ce dernier posait donc des problèmes tant sur le plan du *quorum* à atteindre pour l'entrée en vigueur, que sur le plan de l'efficacité et de l'équité de l'accord. L'élection à la présidence des Etats-Unis de George W. BUSH en 2001 a eu des répercussions majeures sur la volonté américaine de s'engager dans la lutte contre le changement climatique.

L'ensemble de ces difficultés a rendu nécessaires plusieurs COP avant d'aboutir à la formulation actuelle du Protocole de Kyoto. La COP-4 s'est réunie à Buenos Aires en 1998 et a établi un plan d'action. Ce dernier avait d'un côté pour objectif de poursuivre la mise en œuvre de la Convention-cadre⁹², de l'autre, celui d'avancer sur

⁸⁹ Peter D. CAMERON et Donald ZILLMAN, *Kyoto: from principles to practice*, Kluwer Law International, 2001, p. 14.

⁹⁰ Sur les aspects historiques de la négociation, adoption et entrée en vigueur du Protocole de Kyoto, Sandrine ROUSSEAU, « Protection de la couche d'ozone et prévention des changements climatiques », *JurisClasseur Environnement*, fasc. 310-20, 2001, p. 6-8 ; Yves PETIT, « Rapport Introductif », in Yves PETIT, « Le protocole de Kyoto. Mise en œuvre et implications », Actes du Colloque du 25 et 26 janvier, Université Robert Schuman, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2002.

⁹¹ Les quatre principales « tigres asiatiques » étaient : Hong Kong, Singapour, la Corée du Sud et Taiwan. Entre 1960 et 1995, la croissance annuelle réelle *per capita* de ces pays était d'environ 6%. Ils étaient suivis par l'Indonésie, la Malaisie, la Thaïlande et la Chine. Robert J. BARRO, *The East Asian Tigers have plenty to roar about*, Business Week, Economic Viewpoint, 27/04/1998. Pour une analyse des causes de la crise des années 1997 – 1998 voir, entre autres : Giancarlo CORSETTI, Paolo PESENTI, Nouriel ROUBINI, « Paper Tigers ? A Model of the Asian Crisis », *National Bureau of Economic Research*, Working Paper no. 6783, 1998.

⁹² Le Plan de Buenos Aires se concentrait surtout sur la mise en œuvre de certains aspects de la Convention-cadre, tels que le transfert de technologie et l'adaptation au changement climatique.

la détermination des mécanismes présents dans le Protocole de Kyoto. Le plan d'action avait fixé une échéance en 2000, correspondant à la Conférence de la Haye (COP-6) qui s'est néanmoins terminée dans l'impasse. D'une part, cette situation d'échec a été aggravée par la décision du nouveau Président américain George W. BUSH de ne pas ratifier le Protocole de Kyoto⁹³. D'autre part, cet échec a été atténué grâce au travail de Jan PRONK, ministre néerlandais de l'environnement qui présidait la COP-6. Sa « Note du Président »⁹⁴ a été à la base des négociations de la COP-6 bis (16-25 juillet 2001) dont l'objectif principal était de sauver le Protocole et de conduire les parties à la Convention à le ratifier. A Marrakech en novembre 2001, lors de la COP-7, les parties ont abouti à un accord sur le plan d'action qui avait été rédigé trois ans plus tôt à Buenos Aires.

Les accords de Marrakech portent sur les règles de mise en œuvre du Protocole, particulièrement en ce qui concerne les trois mécanismes flexibles (système d'échange des droits d'émission, MOC, MDP). Les accords de Marrakech ont finalement conduit à une ratification rapide du Protocole par de nombreuses parties à la Convention-cadre.

Cependant, le Protocole de Kyoto n'a pu entrer en vigueur que le 16 février 2005, suite à la ratification de la Russie (nécessaire à l'obtention du *quorum*) rendue possible grâce à l'engagement diplomatique de la CE. Grâce à la ratification de l'Australie en 2007, l'ensemble des pays développés, à l'exception des Etats-Unis, ont assumé des engagements de réduction de leurs émissions pour la période 2008-2012.

B.2. Le rôle de l'Union européenne dans les négociations climatiques

Nous souhaitons conclure l'analyse de cette première phase des négociations climatiques, de 1992 à 2005, en illustrant la position européenne dans les négociations.

Même avant la négociation de la Convention-cadre, l'Union avait exprimé sa volonté de fixer des objectifs contraignants et chiffrés de réduction des émissions de GES

⁹³ Les Etats-Unis ont annoncé cette décision le 13/03/2001. Cette communication a été faite par George W. BUSH à quatre sénateurs (Hagel, Helms, Craig, Roberts), suite au vote du Sénat qui avait décrété à l'unanimité l'opposition au Protocole de Kyoto. La lettre de George W. BUSH peut-être consultée sur le site : <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/03/20010314.html> (31/05/2011).

⁹⁴ COP-6, Décision 1/CP.6, *Mise en œuvre du Plan d'action de Buenos Aires*, Annexe : Note du Président de la Conférence des Parties à sa sixième session, FCCC/CP/2000/5/Add.2, p. 4

pour les pays industrialisés, et de jouer un rôle de leader dans la négociation⁹⁵. Cette volonté s'est toutefois heurtée aux réticences américaines : ce n'était que le début d'une longue confrontation entre les deux parties.

Lors des négociations qui ont suivi la conclusion du Protocole de Kyoto et jusqu'à son entrée en vigueur, la Communauté a intensifié son action internationale dans le domaine. Ayant comme objectif d'amener les autres parties à ratifier le Protocole, la CE a agi par deux stratégies différentes. D'un côté, elle a mis en place de bonnes relations diplomatiques bilatérales nécessaires pour convaincre les pays de ratifier le Protocole. De l'autre côté, elle a essayé d'augmenter sa crédibilité et son influence au sein des négociations climatiques en recourant à la « politique de l'exemplarité ».

Le principal exemple des négociations bilatérales menées par la CE est l'obtention de la ratification russe, permettant l'entrée en vigueur du Protocole malgré le refus des Etats-Unis. Ces derniers avaient laissé la CE seule au premier plan des négociations climatiques. Profitant de sa position de force, la Communauté a déplacé le discours sur d'autres fronts : il est possible qu'elle ait soutenu la candidature de la Russie à l'OMC en échange de sa ratification du Protocole⁹⁶. La Russie s'est déclarée prête pour la ratification de l'accord climatique lors d'un sommet bilatéral en 2004.

S'agissant des efforts à la table des négociations climatiques, la CE a essayé de jouer un rôle de plus en plus déterminant dans les choix internationaux en mettant en place un « *soft leadership* »⁹⁷, concrétisé par une « politique de l'exemplarité » (« *leadership by example* »). La Communauté a essayé d'accroître sa crédibilité et son poids au niveau international en adoptant des mesures internes « vitrines » : le fait d'agir avec vigueur dans le domaine de la lutte contre le changement climatique devrait, selon la logique de la politique de l'exemplarité, faire de l'Union un acteur de

⁹⁵ Cette détermination avait déjà été exprimée lors du Conseil européen de Dublin en 1990. La lecture de l'Annexe II aux Conclusions de la Présidence est particulièrement intéressante. Cette Annexe porte le titre : « Les impératifs de l'environnement » et elle dédie aux « problèmes planétaires » une rubrique entière (Conclusions de la Présidence du Conseil européen, Dublin 25 et 26/06/1990, Annexe II, SN 60/1/90). La Présidence ne se limite pas à affirmer que « *la Communauté et ses membres ont la responsabilité particulière de promouvoir l'action internationale de lutte contre les problèmes planétaires liés à l'environnement et d'y prendre part* », mais elle établit aussi que la capacité de la Communauté et de ses membres « *à jouer un rôle moteur dans ces domaines est considérable* ». La Présidence dédie au changement climatique un paragraphe, en insistant auprès des autres pays industrialisés à instaurer « *des mesures globales* ».

⁹⁶ Le lien n'a jamais été confirmé officiellement mais les commentateurs semblent en être certains. Entre autres voir, à ce sujet, John VOGLER et Charlotte BRETHERTON, « The European Union as a Protagonist to the United States on Climate Change » *International Studies Perspectives* (2006) 7, p. 14. Comme il a été mis en évidence par cet article, malgré la négation de toute forme possible d'échange, le Président russe Vladimir PUTIN a affirmé que « *The European Union has made concessions on some points during the negotiations on the WTO. This will inevitably have an impact on our positive attitude to the Kyoto process. We will speed up Russia's movement towards ratifying the Kyoto Protocol* ».

⁹⁷ Sur la conception de *leadership* et de *soft leadership* dans les négociations environnementales, voir Tora SKODVIN and Steinar ANDERSEN, « Leadership Revisited », *Global Environmental Politics*, vol. 6, n. 3, août 2000, p. 13-26.

référence lors des négociations⁹⁸. D'ailleurs, comme nous le verrons par la suite à propos de leur mise en œuvre (Partie II), ces mesures internes ont aussi pour fonction d'expérimenter des voies de réduction des émissions pouvant profiter aux autres pays. Deux mesures internes méritent d'être citées ici, même si nous les prendrons davantage en considération par la suite : le lancement du premier Programme Européen sur le Changement Climatique (PECC) et la création du plus grand système d'échange de droits d'émissions de GES, le SCEQE, mis en place par la directive 2003/87/CE.

Le PECC, dont la préparation a débuté en 1999⁹⁹, avait deux objectifs principaux : créer un cadre pour l'adoption des mesures nécessaires pour atteindre les objectifs de Kyoto ; rendre la participation à la création de la politique climatique la plus vaste possible, en ouvrant le débat aux experts nationaux, à l'industrie et aux organisations non-gouvernementales¹⁰⁰.

Suite aux réflexions conduites dans le cadre du PECC, le Conseil et le Parlement européen ont adopté la directive 2003/87/CE, instituant le Système Communautaire d'Echange de Quotas d'Emission (SCEQE ; nous nous référerons à cette directive en tant que « directive SCEQE »)¹⁰¹.

La volonté d'utiliser cette directive comme un instrument visant à renforcer le poids européen dans les négociations internationales est illustrée par le moment auquel la Commission a publié sa proposition de directive¹⁰², en mars 2001, quelques mois avant les négociations de Marrakech. La Communauté européenne, avec la proposition de directive SCEQE, a envoyé un message au reste du monde : l'Europe a l'intention de ratifier le Protocole de Kyoto et elle n'admettra pas de retards

⁹⁸ Simon SCHUNZ, « Beyond leadership by example: towards a flexible European Union foreign climate policy », *Working Paper 8 German Institute for International and Security Affairs*, 2011/1, janvier 2011, p. 6 ss.

⁹⁹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Préparation de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto, COM(99)230 final.

¹⁰⁰ Rappelons que les programmes d'action tels que le PECC rentrent en effet dans les actes préparatoires des actes obligatoires que la Commission adopte, tout comme les livres verts, les livres blancs et les communications. L'élargissement de la participation au plus grand nombre d'acteurs, institutionnels (comme pour les communications et les livres blancs) ou non (comme pour les livres verts) vise à établir des mesures partagées dans le nouveau domaine du changement climatique.

¹⁰¹ Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *JO L 275* du 25/10/2003, p. 32–46. En préparation de la création d'un système d'échange de droits d'émissions voir : Livre vert de la Commission sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, COM(2000) 87 final.

¹⁰² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *JO C 75E* du 26/03/2002, pp. 33–44.

ultérieurs¹⁰³. Cette interprétation est confirmée par le lien entre SCEQE et Protocole : malgré l'incertitude sur le futur du Protocole et sur les mécanismes flexibles (rappelons que leur forme a été perfectionnée uniquement lors de la COP de Marrakech), rendant impossible l'institution immédiate de liens entre ceux-ci et le SCEQE, la Commission avait inséré dans son projet des références explicites à la possibilité de créer, dans le futur, de tels liens¹⁰⁴.

La ratification du Protocole de Kyoto, malgré les difficultés et les oppositions, montre comment la diplomatie bilatérale et la politique de l'exemplarité de la Communauté européenne ont permis à la CE, dans cette première phase des négociations climatiques, de concrétiser ses ambitions dans ce domaine.

Sous-section 2 : les discussions sur les principes et les concepts au fondement de l'action climatique internationale

Dans cette sous-section, nous interprétons les divergences qui ont émergé lors des négociations de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto comme l'expression d'interprétations différentes de deux principes à la base de l'action climatique internationale : le principe de précaution (A) et le développement durable (B).

L'importance de la question des principes au sein de la Convention-cadre est attestée par l'ampleur des débats concernant leur localisation dans l'accord. Dans le texte adopté, ils sont énoncés à l'article 3, intitulé « Principes ». Dans le droit international de l'environnement, il est relativement rare de dédier un article aux principes¹⁰⁵, on privilégie, généralement, le choix de les insérer dans le Préambule¹⁰⁶. L'insertion d'un article dans le corps du texte semblerait indiquer la volonté de donner aux principes énoncés une signification particulière ou même un statut juridique plus

¹⁰³ Jürgen LEFEVERE, « The EU ETS « linking Directive » explained », in Jos DELBEKE, *EU Energy Law*, vol. IV, EU Environmental Law: The EU Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme, Claeys & Casteels, juin 2006, p. 122 ss.

¹⁰⁴ Une référence explicite à la possibilité de créer des liens entre le SCEQE et les mécanismes établis par le Protocole de Kyoto se trouve dans l'article 26 de la proposition de directive (article 30 du texte final). Cet article prévoit la possibilité de reconsidérer dans les modifications futures du SCEQE l'« utilisation des crédits d'émission provenant des mécanismes « de projet » » (art.26(2), lettre c).

¹⁰⁵ Malgré la relative rareté d'articles dédiés aux principes, des exemples subsistent parmi les accords internationaux : Charte des Nations-Unies, art. 2 ; Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979 art. 2-5 ; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction de 1973, art. II ; Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage de 1979, art. II ; Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement de 1991, art. 3 ; Convention des Nations-Unies sur la diversité biologique de 1992, art. 3 ; Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est de 1992, art. 2 ; Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eaux transfrontalières et des lacs internationaux de 1992, art. 2.

élevé par rapport à ceux du Préambule : les principes contenus dans ce dernier servent de guide pour l'interprétation de l'accord en son entier, tandis que ceux contenus dans un article pourraient sembler avoir un rôle plus large.

Lors de la négociation de la Convention-cadre, l'insertion de l'article 3 fut un motif d'opposition entre les pays développés et les pays en développement. D'un côté, la plupart des pays en développement, la Chine en tête, affirmaient la nécessité de dédier un article de la Convention aux principes généraux¹⁰⁷. De l'autre côté, la majorité des pays développés avait accepté d'insérer un article dédié aux principes, mais en souhaitant toutefois une formulation courte, concise et uniquement centrée sur le changement climatique. Ils craignaient une formulation qui puisse générer l'applicabilité des principes énoncés à d'autres champs du droit international. Les Etats-Unis, avec d'autres pays de « *common law* », se sont opposés à l'idée d'un article non seulement portant sur les principes, mais également portant l'intitulé « Principes ». Dans la droite ligne de la réticence des pays de *common law* à l'égard des formulations de principes vagues et générales¹⁰⁸, les Etats-Unis affirmaient que le statut juridique des principes ainsi énoncés était incertain.

Les discussions se sont conclues par un compromis. D'une part, les pays en développement ont obtenu l'insertion de l'article 3 dédié aux principes et intitulé de même¹⁰⁹. D'autre part, les Etats-Unis et les pays développés ont obtenu trois modifications majeures à la proposition des pays en développement, toutes contenues dans le chapeau de l'article. Celui-ci énonce que : « *dans les mesures que (les parties) prendront pour atteindre l'objectif de la Convention et en appliquer les dispositions, (elles) se laisseront guider, entre autres, par ce qui suit (...)* ». La première victoire, notamment des Etats-Unis, est l'utilisation de l'expression « *se laisseront guider* », qui a prévalu sur « *observent* ». Les principes ne semblent donc pas représenter une source d'obligation ultérieure pour les parties, outre les engagements assumés.

¹⁰⁶ BODANSKY Daniel, « The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary », 18 *Yale Journal of International Law*, 1993, p. 501.

¹⁰⁷ L'Argentine était parmi les seuls pays en développement à s'interroger sur l'opportunité d'insérer dans la Convention-cadre un article dédié aux principes généraux. Elle considérait en effet que ce type d'article serait propre à une déclaration politique et non à un accord international juridiquement contraignant. D'autres pays en développement ont affirmé, au contraire, que l'objectif de la Convention-cadre aurait dû être d'énoncer seulement les principes généraux à la base du régime climatique, en laissant aux accords futurs, sous forme de Protocole, l'établissement d'engagements pour les parties. Daniel BODANSKY, *op.cit.*

¹⁰⁸ Sur les approches différentes entre pays de « *civil law* » et pays de « *common law* » vers l'affirmation de principes généraux du droit, voir, entre autres : John BELL, « Le droit comparé au Royaume Uni », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n. 4, octobre-décembre 1999, pp. 1019-1032.

¹⁰⁹ Philippe SANDS, *op.cit.*, p. 233.

Ensuite, le mot « parties » a remplacé « pays », qui était voulu par les pays en développement. De cette façon, les Etats ont évité d'éventuelles implications de ces principes dans d'autres secteurs du droit international de l'environnement¹¹⁰.

Enfin, l'utilisation de l'expression « *entre autres* » indique que les parties peuvent prendre en compte d'autres principes, différents de ceux qui sont énoncés à l'article 3.

Il est en outre intéressant de remarquer que l'opposition des Etats-Unis à l'insertion des principes était telle qu'ils ont obtenu l'introduction d'une note en bas de page, dans l'article premier, précisant : « *les titres des articles sont exclusivement donnés pour la commodité du lecteur* ». Cela était en accord avec la volonté d'effacer toute référence au mot « principes », qu'ils avaient manifestée dès le début. Les conséquences juridiques de cette note en bas de page ne sont pas claires, mais c'est l'approche américaine des principes de droit du changement climatique qui est ainsi bien illustrée.

A la lumière de ces considérations préliminaires, nous pouvons maintenant aborder l'interprétation des deux principes cités : le principe de précaution et le développement durable.

A. Le principe de précaution

Le principe de précaution affirme qu'« *en cas de risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* »¹¹¹. Si, lors de l'adoption de la Convention-cadre en 1992, l'existence du changement climatique d'origine anthropique pouvait être elle-même objet d'incertitude, le principe de précaution reste d'actualité dans la mesure où de nombreuses questions sur les dommages produits par les évolutions du climat restent ouvertes (page 36 et suivantes). Nous allons d'abord présenter l'insertion de ce principe au sein de la Convention-cadre (A.1) et comparer ensuite les approches européenne et américaine concernant ce principe (A.2).

¹¹⁰ Farhana YAMIN, Joanna DEPLEDGE, *op. cit.*, p. 67.

¹¹¹ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, principe n° 15.

A.1. Les négociations de la Convention-cadre

L'opportunité d'insérer expressément le principe de précaution dans l'article 3 de la Convention a été débattue. La partie la plus active lors des négociations a été l'AOSIS (Alliance des Petits Etats Insulaires). Les mots utilisés par le Représentant permanent aux Nations-Unies de la Délégation de Vanuatu reflètent les raisons de cette insertion¹¹² : « *For us the precautionary principle is much more than a semantic or theoretical exercise. It is an ecological and moral imperative. We trust the world understands our concern by now. We do not have the luxury of waiting for conclusive proof, as some have suggested in the past. The proof, we fear, will kill us* »¹¹³. Les Etats-Unis et l'Arabie Saoudite, au contraire, s'opposaient à l'insertion du principe de précaution au sein de l'article 3 de la Convention¹¹⁴. Un accord a finalement été trouvé et l'article 3(3), première partie de la Convention-cadre, établit qu' « *il incombe aux parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes* ».

Encore plus animé a été le débat sur la déclinaison du principe de précaution, et notamment sur la place de l'analyse économique dans sa formulation. Les Etats-Unis insistaient afin que soit affirmé à l'article 3 que les politiques et mesures adoptées dans le domaine du changement climatique respectent un bon rapport coût/efficacité. Le G-77, probablement sous l'impulsion de l'OPEC¹¹⁵, envisageait la reproduction dans la Convention-cadre de la définition du principe de précaution établie par le Principe 15 de la Déclaration de Rio citée plus haut, dont la formulation anglaise met en évidence l'efficacité économique¹¹⁶. L'AOSIS, souhaitant une formulation forte du principe de précaution, s'opposait à toute insertion d'une limitation de son

¹¹² La République de Vanuatu est un état insulaire composé de 83 îles, situé en Mélanésie. Elle est connue au niveau international pour avoir été le lieu de la première relocation d'habitants à cause du changement climatique en 2005. Voir : Gaëlle COURCOUX, « Les premiers « réfugiés climatiques » du Vanuatu sont toujours menacés », *Institut de Recherche pour le Développement, Actualité Scientifique*, n° 386, Octobre 2011 ; UNEP, *Pacific Island Villagers First Climate Change "Refugees"*, 6 décembre 2005, consultable sur le site du PNUE, à l'adresse :

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=459&ArticleID=5066&l=en> (17/08/2013).

¹¹³ Robert F. VAN LIEROP Permanent Representative to the United Nations and Chairmen of the Delegation of Vanuatu, Statement to the Plenary Session in INC/FCDD, 3/02/1991, in Daniel BODANSKI, *op. cit.*, p. 503.

¹¹⁴ James CAMERON et Juli ABOUCHAR, « The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment », *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. XIV, n° 1, 1991, pp. 11 et 12.

¹¹⁵ Le G-77 a une composition extrêmement hétérogène. Pour une analyse du rôle de l'OPEC au sein du G-77 dans les négociations climatiques dans le cadre de la Convention-cadre voir : Suraje DESSAI, *An Analysis of the Role of OPEC as a G-77 Member at the UNFCCC, Report for WWF*, 2004, consultable sur le site internet :

<http://wwf.panda.org/?17192/An-Analysis-of-the-Role-of-OPEC-as-a-G77-Member-at-the-UNFCCC> (19/08/2013).

¹¹⁶ « *Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation* ». La version anglaise du principe semble mettre, effectivement, plus d' emphase sur l' aspect économique en utilisant l' expression « cost-effective », rendue en français par « effectives ».

application, y compris l'introduction du respect du bon rapport coût/efficacité. Elle était soutenue dans ses propos par la Communauté Economique Européenne.

La solution trouvée fut l'insertion de la notion de rapport coût/efficacité, comme souhaitée par les Etats-Unis, mais plus nuancée que celle du Principe 15. L'article 3(3), seconde phrase, de la Convention-cadre affirme que : « *quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible* ».

Cette divergence entre Etats-Unis et Communauté Economique Européenne sur le rôle à attribuer à l'analyse coût/efficacité suggère une réflexion plus générale sur le rôle attribué aux aspects économiques dans la prise de décision concernant l'action environnementale, et plus précisément climatique¹¹⁷.

A.2. Une comparaison entre Etats-Unis et Union européenne

L'analyse coût/efficacité dans l'application du principe de précaution doit s'effectuer au moment où, les risques et les dommages évalués, il est nécessaire de décider les mesures à adopter pour y faire face. S'agissant de l'approche européenne, cette analyse constitue l'un des moments clés dans l'application du « principe de proportionnalité » : une fois établie l'existence d'un risque, plus ou moins prévisible, auquel sont associés des dommages, plus ou moins prévisibles, le décideur, dans son choix d'appliquer ou non le principe de précaution et dans le choix des mesures à

¹¹⁷ Nous nous concentrons ici seulement sur un aspect limité de l'application du principe de précaution et des deux approches, américaine et européenne : la prise en compte du rapport coût/efficacité. Pour une comparaison entre approches américaine et européenne au principe de précaution plus en général voir : Jonathan B. WIENER, « The Rhetoric of Precaution », in Jonathan B. WIENER, Michael D. ROGERS, James K. HAMMIT et Peter H. SANDS, *The Reality of Precaution*, Resource for the Future Press, Washington, 2011, pp. 3-38 ; Ragnar LOFSTEDT et David VOGEL : « The Changing character of Regulation: a Comparison of Europe and the United States », *Risk Analysis* 21/3, 2001, pp. 399-405; David VOGEL, « The Hare and the Tortoise Revisited: The New Politics of Consumer and Environmental Regulation in Europe », *British Journal of Political Studies*, n. 33, 2003, p. 557-580; James K. HAMMIT, Jonathan B. WIENER, Brendon SWEDLOW, Denise KALL et Zheng ZHOU, « Precautionary Regulation in Europe and the United States: A Quantitative Comparison », *Risk Analysis*, Vol. 25/5, 2005, pp. 1215-1228; Jonathan B. WIENER, Michael D. ROGERS, James K. HAMMIT and Peter H. SANDS, *The Reality of Precaution*, Resource for the Future Press, Washington, 2011 ; Eleonora RUSSO, « Le principe de précaution entre Europe et Etats-Unis : un principe commun, des applications divergentes. L'exemple de la lutte contre le changement climatique », in *Deuxièmes journées juridiques franco-polonaises, Convergence et Divergence entre systèmes juridiques*, Mare et Martin, Orléans, 2015, pp. 431-445. Pour une analyse de la seule approche européenne, voir : Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE, « Le principe de précaution », in Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE, *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 459-471. Pour une analyse de la seule approche américaine voir : John S. APPLGATE, « The precautionary preference: An American perspective on the precautionary principle », *Human and Ecological Risk Assessment*, vol. 6, no. 3, 2000, pp. 413-443.

adopter éventuellement, est guidé par un examen de la proportionnalité entre le risque potentiel et les mesures nécessaires pour le réduire ou l'éviter. La recherche d'un équilibre entre le risque et les mesures à adopter demande de choisir une méthode de comparaison. L'analyse économique coûts/bénéfices ou coûts/efficacité constitue le système le plus « simple »¹¹⁸ pour examiner le rapport entre les conséquences des actions ou l'absence d'action et leurs coûts. Toutefois, dans la vision européenne, le recours à l'analyse économique n'est pas toujours satisfaisant. Comme la Commission européenne l'a mis en évidence dans sa Communication sur le recours au principe de précaution, « *l'examen des avantages et des charges ne peut pas se réduire seulement à une analyse économique coût/bénéfices. Il est plus vaste dans sa portée, intégrant des considérations non-économiques (...). D'autres méthodes d'analyse, telles que celles tenant à l'efficacité des options possibles et à leur acceptabilité par la population, pourraient entrer en ligne de compte. En effet, il se peut qu'une société soit prête à payer un coût plus élevé afin de garantir un intérêt, tel que l'environnement ou la santé, reconnu par elle comme majeur* »¹¹⁹.

Parmi les considérations non économiques propres à la lutte contre le changement climatique, l'Union européenne a mis en évidence l'importance de certains concepts fondamentaux, tels que l'intérêt général de l'humanité et l'équité intergénérationnelle, concepts que l'Union européenne soutient tant au plan interne que lors des négociations internationales.

S'agissant de l'approche américaine de la politique environnementale et climatique, il est d'abord essentiel de souligner que dans le cadre de la gestion du risque et de l'application du principe de précaution, il n'existe pas de référence explicite à l'utilisation de la proportionnalité. Cependant, les Etats-Unis semblent avoir adopté, pour la lutte contre le changement climatique comme pour la majeure partie des politiques environnementales, une analyse stricte de rentabilité, analyse de prédilection pour la prise de décisions en matière d'environnement depuis l'administration REAGAN¹²⁰. Au cours de la décennie 1980, cette dernière avait adopté un décret qui exigeait que les organismes gouvernementaux effectuent des

¹¹⁸ Cette expression est empruntée au paragraphe 6.3.4 de la Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, 2/02/2000, COM(2000) 1 final.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Rappelons toutefois que la loi américaine établit les secteurs qui ne doivent pas être soumis à des considérations économiques, Jonathan B. WIENER, « Whose precaution after all? A comment on the comparison and evolution of risk regulatory systems », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 13, 207, Special Issue 2003, pp. 220-221.

analyses de rentabilité pour les réglementations les plus importantes, y compris en matière d'environnement¹²¹. L'idée à la base de cette analyse est que « *la protection de l'environnement (ou toute autre mesure) ne devrait pas coûter plus qu'elle ne rapporte* »¹²².

L'analyse de rentabilité conduit les Etats-Unis à comparer les coûts du changement climatique, dont les conséquences sont difficiles à évaluer sur le plan environnemental et encore plus sur le plan strictement économique, avec des actions de lutte contre le changement climatique entraînant une modification importante non seulement de la production d'énergie américaine, mais aussi de sa consommation, avec un impact sur les styles de vie des citoyens¹²³. Cette vision est bien illustrée par les documents de la présidence BUSH. A titre d'exemple, il suffit de citer les propos tenus en 2001 par Monsieur Larry LINDSEY, assistant du Président BUSH pour la politique économique, à l'occasion du « *AAAS Science and Technology Policy Colloquium* »¹²⁴. Larry LINDSEY souligne deux facteurs importants à prendre en compte dans les décisions concernant la lutte contre le changement climatique. Le premier est le degré d'incertitude scientifique lié au changement climatique, qui suggère « *some modesty about the degree of the certainty attached to any action* »¹²⁵ ; le deuxième est que la conclusion du Protocole de Kyoto conduirait à entraver les possibilités des Etats-Unis de remplir leurs besoins énergétiques ainsi que d'assurer leur croissance économique¹²⁶. Malgré une ouverture apparente de la Présidence OBAMA à l'égard d'une action nationale et internationale de lutte contre le changement climatique, au niveau fédéral les développements sont lents du fait, entre

¹²¹ Executive Order 12291 signé par le Président Ronald REAGAN le 17/02/1981. Michael HERZ, « Les grands débats autour du droit de l'environnement aux Etats-Unis », *Les Seuils, Pouvoirs*, 2008/4, n. 127, p. 99. Pour une analyse de l'impact de l'administration REAGAN sur le droit de l'environnement américain, Kerry SMITH, *Environmental Policy under Reagan's Executive Order. The role of benefit-cost analysis*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, NC, 1984.

¹²² Michael HERZ, *op.cit.* Pour une étude de l'analyse de rentabilité : Matthew D. ADLER et Eric A. POSNER (dir.), *Cost-Benefit Analysis : Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

¹²³ Pour un cadre complet de la politique énergétique américaine : IEA, *Energy Policies of IEA Countries, The United States, 2007 Review*. Il est en outre particulièrement intéressant de comprendre le rôle des industries du pétrole dans la prise de décision américaine. Pour une analyse de cette influence ainsi qu'une comparaison avec le rôle des compagnies pétrolières dans la politique européenne : David L. LEVY et Ans KOLK, « Strategic Responses to Global Climate Change: Conflicting Pressures on Multinationals in Oil Industry », *Business and Politics*, vol. 4, n° 3, 2002, p. 275-300.

¹²⁴ Larry LINDSEY Assistant to the President of the United States for Economic Policy, *Speech to AAAS Science and Technology Policy Colloquium*, May 3, 2001.

¹²⁵ Le Président BUSH a nié le lien entre émissions anthropiques et changement climatique et « *the Bush Administration has engaged in a systematic effort to manipulate climate change science and mislead policymakers and the public about the dangers of global warming* ». United States House of Representatives, Committee on Oversight and Government Reform, *Political Interference with Climate Change Science under the Bush Administration*, 2007. Ce rapport, qui analyse la production scientifique américaine et l'attitude de la Présidence Bush envers le changement climatique, peut être consulté sur le site : <http://www.lpl.arizona.edu/resources/globalwarming/documents/political-interference.pdf> (30/10/2010).

¹²⁶ « Fundamentally, we believe that the Protocol (...) will seriously impede our ability to meet our energy needs and economic growth », *ibid*, p. 5.

autres, des difficultés des agences à conduire des analyses de rentabilité avec des données incertaines¹²⁷. Les économistes ont en effet mis en évidence que l'application de l'analyse de rentabilité dans les formes typiquement adoptées aux Etats-Unis ne semble pas adaptée au domaine du changement climatique, et cela pour de multiples raisons¹²⁸. D'abord, une analyse de rentabilité efficace devrait se baser sur des données quantitatives fiables et elle est donc peu adaptée à un domaine aussi incertain que celui du changement climatique. En outre, il est difficile de prendre en compte, dans l'analyse de rentabilité, le fait que les conséquences du changement climatique ne sont pas également réparties sur la planète. Une des caractéristiques principales du phénomène est que les pays économiquement plus fragiles, et en particulier les moins développés, sont ceux qui souffriront le plus du changement du climat. Par ailleurs, cette variabilité des impacts ne sera pas limitée aux pays et aux populations, mais concernera aussi les secteurs productifs¹²⁹. Enfin, un point déterminant est la prise en compte du taux d'actualisation. Ce taux, devant être choisi pour toute analyse de rentabilité, permet de rapporter les flux financiers futurs (coûts et bénéfices) en termes actuels. Il détermine donc, dans les faits, le poids relatif des bénéfices futurs par rapport aux investissements actuels. Une caractéristique fondamentale de l'action climatique est qu'une action immédiate, demandant des investissements à court terme, n'aura des conséquences bénéfiques que dans un futur assez éloigné, ce qui rend les analyses de rentabilité à ce sujet extrêmement sensibles au choix de ce taux¹³⁰.

Cette brève comparaison entre les approches européenne et américaine du principe de précaution montre que, malgré l'inclusion de ce principe parmi les fondements de l'action climatique internationale, la marge d'appréciation laissée aux parties demeure importante. En particulier, elle concerne le poids relatif attribué aux

¹²⁷ Voir : Jonathan S. MASUR et Eric A. POSNER, « Climate Regulation and the Limits of Cost-Benefit Analysis », *Chicago John M. Online Law & Economics working paper no.525*, Public Law and Legal theory working paper no. 315, août 2010.

¹²⁸ La liste des difficultés d'application de l'analyse de rentabilité au changement climatique est extrapolée de l'article de Michael HERZ, *op.cit.* p. 99 ss.

¹²⁹ Il suffit de penser aux impacts que le changement climatique pourra avoir sur l'agriculture, les forêts ou la pêche, ainsi que, par conséquent, sur les industries liées. Un changement des températures ou une augmentation des phénomènes climatiques extrêmes changeront les cultures, les espèces végétales et animales adaptées à un territoire donné.

¹³⁰ « Le réchauffement de la planète pose avec une force particulière le problème du taux d'actualisation. Les efforts visant à contrôler le changement climatique impliquent toujours d'engager des dépenses sur le moment afin d'éviter des dommages à venir, et une grande partie des bénéfices ira aux générations futures. Avec un taux d'actualisation suffisamment élevé et une estimation assez distante dans le temps du jour où les bénéfices futurs se feront sentir, l'analyse de rentabilité peut recommander de ne rien faire du tout, même pour éviter un dommage grave (...). Par ailleurs, si on ne laisse pas les pertes futures de côté, l'analyse de rentabilité justifiera des investissements de contrôle bien plus élevés que ceux qu'aucun pays n'est aujourd'hui disposé à engager ». Michael HERZ, *op.cit.* pp. 100-101.

dommages futurs par rapport aux coûts présents, ce qui est bien illustré par les considérations économiques que nous venons de présenter. Nous verrons que le ralentissement de l'économie mondiale de ces dernières années s'est répercuté sur les négociations climatiques : en période de crise, les coûts présents assument une importance croissante aux yeux des gouvernements, et les dommages futurs, quoique graves, sont relégués au second plan.

B. Le développement durable

Le second principe que nous prenons en compte est celui du développement durable. Nous en retracerons les origines et les difficultés de définition (B.1) avant d'aborder son inclusion dans les accords climatiques ainsi que les principes qui lui sont liés (B.2).

B.1. L'émergence de la notion de développement durable

La notion de développement durable trouve ses racines dans la Déclaration de Stockholm de 1972, dont le principe 8 énonce : « *le développement économique et social est indispensable si l'on veut assurer un environnement propice à l'existence et au travail de l'homme et créer sur la Terre des conditions nécessaires à l'amélioration de la qualité de la vie* ». La notion de développement commençait donc à être conçue non seulement en termes de variable économique tel le Produit Intérieur Brut (PIB), mais aussi en termes de meilleures conditions de vie pour l'ensemble la population mondiale¹³¹. Cette nouvelle approche a donné lieu à des discussions animées entre pays développés et pays en développement, les premiers souhaitant insérer les préoccupations environnementales au sein des discussions sur le développement et les seconds affirmant d'autres priorités, comme une croissance économique permettant de sortir de la pauvreté. Les pays en développement craignaient en effet qu'une attention accrue portée à la protection de l'environnement puisse ralentir leur croissance économique.

¹³¹ Christina VOIGT, *Sustainable development as a principle of international law. Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 13.

Les années qui ont suivi la Conférence de Stockholm ont été marquées par la poursuite des analyses sur la relation entre développement et environnement¹³². Ces réflexions ont abouti à la publication du rapport Brundtland, en 1987¹³³. Ce rapport a analysé les problèmes économiques et environnementaux sous un angle politique et a fourni la définition du développement durable actuellement la plus connue : le développement durable « (...) répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs ». Son objectif est de prendre en compte simultanément les dimensions économique, sociale et environnementale du développement, souvent définies comme les trois piliers du développement durable. La Convention de Rio de 1992 a enfin largement popularisé ce concept¹³⁴, en l'érigeant en principe clé de l'action internationale et l'insérant dans les documents adoptés par les participants. Le principe 8 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et sur le développement énonce que : « pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément ». A partir de ce moment, le développement durable a commencé à être énoncé dans toutes les dispositions des instruments juridiques en matière de droit de l'environnement, à tous les niveaux : régional, national, européen ou international. La doctrine et la jurisprudence ont été conduites à plusieurs reprises à s'interroger sur la nature du développement durable : concept ou principe du droit international ?

La Cour Internationale de Justice ne s'est pas prononcée avec clarté en ce sens, mais elle a vu dans le développement durable un « concept (qui) traduit bien (la) nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement »¹³⁵. La Cour n'a pas pris position sur le statut juridique du développement durable par rapport aux autres sources de droit international, malgré l'ouverture du Juge sri-lankais Christopher Gregory WEERAMANTRY, qui a affirmé que le développement

¹³² Un pas important vers la définition du concept de développement durable a été fait par le UICN (Union Internationale pour la Conservation de la Nature), le PNUE et le WWF (World Wildlife Fund) dans leur Stratégie mondiale de la conservation, en 1980. Sur le rapport entre développement et environnement, elle affirme : « c'est un type de développement qui prévoit des améliorations réelles de la qualité de la vie des hommes et en même temps conserve la vitalité et la diversité de la Terre. Le but est un développement qui soit durable. À ce jour, cette notion paraît utopique, et pourtant elle est réalisable. De plus en plus nombreux sont ceux qui sont convaincus que c'est notre seule option rationnelle ».

¹³³ Commission Mondiale sur l'Environnement et le Développement de l'ONU, *Notre Avenir à Tous*, commission présidée par Madame Gro Harlem BRUNDTLAND, 1987.

¹³⁴ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « Environnement, développement durable et droit international. De Rio à Johannesburg : et au delà ? », *AFDI*, 2002, p. 597.

¹³⁵ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie v Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7., pt. 140.

durable « *est davantage qu'un simple concept, c'est un principe de valeur normative* »¹³⁶.

L'Organe d'Appel de l'OMC a également fait référence au développement durable sans statuer clairement sur sa nature juridique. Il est toutefois manifeste que le développement durable peut être utilisé comme « *principe interprétatif* » capable d'actualiser la signification des dispositions préexistantes dans le droit international, comme cela a été le cas dans l'affaire Crevettes-Tortues¹³⁷.

La notion de développement durable n'a donc pas été érigée par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence au rang de principe du droit international. C'est le caractère trop général de la notion qui a conduit Pierre-Marie DUPUY à affirmer que le développement durable ne peut pas être considéré comme « *un principe à la signification univoque* », mais plutôt une « *matrice conceptuelle définissant la perspective générale dans laquelle les principes déjà établis de bonne gestion de l'environnement doivent être resitués* »¹³⁸.

Le développement durable assume donc une double connotation de principe¹³⁹ et de programme, regroupant à son tour une série d'autres concepts et principes, plus au moins contraignants, qui sont liés aux trois piliers économique, social et environnemental. En raison de cette ambivalence, la définition de ce qui est durable passe souvent par sa négation : il est possible d'affirmer, par exemple, qu'une politique de croissance économique qui ne tient pas en compte des considérations environnementales ne remplit pas les critères du développement durable¹⁴⁰.

B.2. Le développement durable au sein des accords climatiques

La Convention-cadre, adoptée lors de la Convention de Rio en 1992, a intégré le développement durable dans plusieurs dispositions, suite à des discussions intenses

¹³⁶ Opinion individuelle de M. WEERAMANTRY, Vice-Président, dans l'arrêt *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Le paragraphe A de son opinion est dédié à la notion de développement durable.

¹³⁷ OMC, Organe d'Appel, *Différends n° 58 (et 61) de l'OMC*. Décision adoptée le 6 novembre 1998.

¹³⁸ Pierre-Marie DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *R.G.D.I.P.*, 1997-4, p. 886.

¹³⁹ Même conscients des difficultés de définition du développement durable, nous avons décidé de lui faire référence en tant que « principe », dans la lignée de la Déclaration des chefs d'Etat et de gouvernement de la Communauté Economique Européenne lors du Conseil européen de Dublin de 1990. Conclusions de la Présidence du Conseil européen, Dublin 25 et 26/06/1990, Annexe II, SN 60/1/90.

¹⁴⁰ Patricia BIRNIE, Alan BOYLE et Catherine REDGWELL, *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 3rd édition, Oxford, 1999.

entre pays développés et pays en développement¹⁴¹. Dans son article 3, la Convention-cadre multiplie les références à ce principe.

L'article 3(4) établit que : *« les parties ont le droit d'œuvrer pour un développement durable et doivent s'y employer. Il convient que les politiques et mesures destinées à protéger le système climatique contre les changements provoqués par l'homme soient dans les programmes nationaux de développement, le développement économique étant indispensable pour adopter des mesures destinées à faire face aux changements climatiques »*. Le choix de laisser une référence vague au développement durable, sans préciser les modalités d'exercice de ce principe dans le régime climatique, est encore une fois un compromis entre les positions des parties. Les pays en développement avaient proposé la formulation suivante : *« le droit au développement est un droit inaliénable de la personne humaine. Tous les peuples ont des droits égaux en ce qui concerne un niveau de vie raisonnable. Le développement économique est indispensable pour adopter des mesures en vue de parer aux changements climatiques. Il est nécessaire que les pays en développement augmentent leurs émissions nettes pour répondre aux besoins de développement social et économique »*¹⁴². Cette formulation abandonnait toute référence à la durabilité du développement, pour en privilégier les seuls aspects économique et social. La dimension environnementale n'était pas intégrée dans la notion de développement proposée, dans la lignée des craintes exprimées par les pays en développement depuis la Conférence de Stockholm. Les pays développés se sont opposés d'une manière ferme à l'insertion du droit au développement comme droit inaliénable de la personne humaine : d'une part, cette formulation aurait pu conduire les pays en développement à demander une assistance financière aux pays développés ; d'autre part, en éliminant la dimension environnementale, elle s'éloignait du principe de développement durable tel qu'il était affirmé au sein des autres documents adoptés à la même

¹⁴¹ Nous avons choisi de concentrer notre attention sur l'intégration du concept de développement durable dans le cadre de la lutte contre le changement climatique, sujet qui a fait l'objet d'intéressantes études de la part de la doctrine. Nous n'allons pas traiter l'argument inverse de l'intégration des exigences liées au changement climatique dans le concept de développement durable. Cette perspective est moins analysée par la doctrine, mais elle est aussi intéressante, surtout à la lumière de la Déclaration du Millénaire (Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 55/2 du 8/07/2000) et du Sommet Mondial sur le développement durable de Johannesburg du 26 août-4 septembre 2002. Pour une analyse dans cette direction, voir Massimiliano MONTINI, « Il contributo allo sviluppo sostenibile derivante dall'attuazione della normativa internazionale sul cambiamento climatico », in Paolo FOIS, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, XI Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Alghero, 16-17 giugno 2006, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 549-567, par. 3.

occasion à Rio. Ces considérations ont conduit les pays développés à répondre lors des négociations en insistant sur l'insertion d'une « obligation au développement durable » (*duty to sustainable development*), ce qui n'était pas acceptable pour les pays en développement, craignant que la durabilité puisse devenir une condition pour recevoir une assistance financière de la part des pays développés¹⁴³.

L'énoncé de la Convention-cadre se situe entre les deux extrêmes : d'une part, la poursuite du développement durable n'est pas une obligation, comme envisagé par les pays développés, mais elle implique seulement le « *droit d'œuvrer pour un développement durable* » et « (le devoir de) *s'y employer* » ; d'autre part, la nécessité de l'augmentation des émissions par les pays en développement devient une considération dans le Préambule : les parties à la Convention notent « *que la part des émissions totales imputable aux pays en développement ira en augmentant pour leur permettre de satisfaire leurs besoins sociaux et leurs besoins de développement* » (considérant 3). Toutefois, en se limitant à noter une telle croissance, les parties n'en font pas un droit.

L'article 3 fait à nouveau référence au développement durable dans son cinquième paragraphe, en établissant que : « *il appartient aux parties de travailler de concert à un système économique international qui soit porteur et ouvert et qui mène à une croissance économique et à un développement durable de toutes les parties, en particulier des pays en développement parties, pour leur permettre de mieux s'attaquer aux problèmes posés par les changements climatiques* » (art. 3, par. 5, première partie). Des références à ce principe sont aussi présentes dans l'article dédié aux objectifs de la Convention-cadre (art. 2), affirmant que les parties conviennent de stabiliser les concentrations de GES « *dans un délai suffisant pour (que) le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable* ». La même référence se retrouve enfin à l'article 4, dédié aux engagements (art.4(2) a) et d).

Si la Convention multiplie les références au développement durable, le Protocole de Kyoto va plus loin dans l'association de ce principe à la lutte contre le changement climatique. L'article 2 du Protocole dispose que les parties visées à l'annexe I devront atteindre leurs objectifs chiffrés de réduction d'émissions de GES à travers

¹⁴² Rapport du Comité Intergouvernemental de négociation d'une Convention-cadre sur les changements climatiques sur les travaux de sa quatrième session, tenue à Genève du 9 au 20 décembre 1991, UN.Doc. A/AC.237/15 (1992), Annexe II, art. II, par. 1.

¹⁴³ Christina VOIGT, *op. cit.*, p. 65.

les actions prévues dans le Protocole « *de façon à promouvoir le développement durable* ». Par conséquent, toutes les obligations énoncées à l'article 3 du Protocole sont soumises à l'objectif de développement durable affirmé à l'article 2¹⁴⁴.

La recherche d'un compromis entre pays développés et pays en développement apparaît clairement dans le cadre du MDP¹⁴⁵, mécanisme basé sur des projets de réduction des émissions réalisés par un pays développé dans un pays en développement. Le développement durable y est expressément mentionné parmi les objectifs à atteindre¹⁴⁶, mais le Protocole de Kyoto n'explicitait pas la manière dont les projets réalisés au titre du MDP pouvaient concrètement y contribuer. Cela a été longuement discuté par les parties et c'est seulement lors de la COP-7 à Marrakech que les pays ont convenu qu' « *il est de la prérogative de la partie hôte de confirmer si une activité de projet exécutée au titre du mécanisme pour un développement propre l'aide dans l'instauration d'un développement durable* »¹⁴⁷. Ce choix de laisser au pays en développement l'analyse de la durabilité d'un projet risque d'en affaiblir la dimension environnementale, secondaire dans la vision de ces pays par rapport à la dimension économique et sociale, mais garantie *a minima* par l'intérêt du pays développé à réduire les émissions de GES. Cependant, elle constitue une protection, pour le pays en développement contre des projets réalisés dans le seul intérêt du pays développé.

La déclinaison du principe de développement durable dans les accords climatiques a constitué, sur le fond, un point de conflit entre pays en développement et pays développés. En outre, l'affirmation d'autres principes qui gravitent autour de la durabilité a également fait émerger une différence d'interprétation entre Communauté européenne et Etats-Unis. La notion de développement durable implique l'affirmation du principe d'équité, pouvant revêtir des formes différentes. Si l'équité intergénérationnelle est présente de manière explicite dans la définition « classique » contenue dans le Rapport Bruntland, l'équité intra-générationnelle, impliquant un équilibre entre le développement des pays et une amélioration globale de la qualité de vie, a toujours été, plus ou moins implicitement, présente dans les discussions.

¹⁴⁴ Christina VOIGT, *op. cit.*, p. 94-95.

¹⁴⁵ Massimiliano MONTINI, *op. cit.*

¹⁴⁶ L'art. 12(2) établit en effet que « *l'objet du mécanisme pour un développement « propre » est d'aider les parties ne figurant pas à l'Annexe I à parvenir à un développement durable* ».

¹⁴⁷ COP-7, Décision 17/CP.7, *Modalités et procédures d'application d'un mécanisme pour un développement propre tel que défini à l'article 12 du Protocole de Kyoto*, FCCC/CP/2001/13/Add.2, p. 20.

Depuis le début des négociations climatiques, les parties ont partagé la volonté de parvenir à un accord équitable, mais les interprétations de ce qui était « équitable » variaient grandement entre les parties, chacune ayant « *une vision particulière de ce que représente l'équité* »¹⁴⁸. Le GIEC même a remarqué que parvenir à une vision commune sur le concept d'équité est peut-être l'aspect des négociations climatiques le plus difficile politiquement¹⁴⁹. Comme nous l'avons mis en évidence dans la première section, ces différences d'interprétation ont conduit les pays en développement à demander la prise en compte des responsabilités historiques dans le changement climatique, et ont conduit les pays développés, notamment les Etats-Unis, à s'opposer à l'idée d'être considérés comme légalement responsables de la dégradation de l'environnement pour le passé. Pour sortir de l'impasse, les parties ont décidé d'insérer dans un même paragraphe plusieurs concepts : « *il incombe aux parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives (...)* » (art. 3(1) Convention-cadre). Les notions d'équité et de responsabilités communes mais différenciées deviennent ainsi inséparables dans la conception climatique qui s'est formée. Dans le même temps, les responsabilités historiques sont passées dans les considérants et ont disparu des engagements futurs.

Au-delà de l'énoncé, le principe de responsabilités communes mais différenciées s'exprime concrètement dès la Convention-cadre dans la répartition des pays en deux groupes principaux : les pays développés, soumis dès le début à des engagements contraignants, et les pays en développement, non soumis à des réductions des émissions imposées. L'inclusion d'une telle division dans la conception d'un accord international en matière environnementale est spécifique aux accords climatiques. Si les Etats-Unis n'ont pas été hostiles au principe du développement durable, au point de fonder leur action intérieure de protection de l'environnement sur cette base¹⁵⁰, ils

¹⁴⁸ Olivier GODARD, « L'équité dans les négociations post-Kyoto : critères d'équité et approches procédurales », *Cahier n 2004/008*, Ecole Polytechnique, Centre National de la Recherche Scientifique, juin 2004, p. 2.

¹⁴⁹ IPCC Fourth Assessment Report 2007 (AR4), *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change*, Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, p. 790.

¹⁵⁰ L'Agence américaine de Protection de l'Environnement (EPA) a souligné que certains concepts à la base du développement durable fondent l'action américaine de protection de l'environnement. EPA, Committee on Incorporating Sustainability in the U.S. Environmental Protection Agency, National Research Council, *Sustainability and the U.S.* EPA, National Academies Press, Washington D.C., 2011, 286 p. Il est intéressant de remarquer ici que l'EPA identifie neuf objectifs des lois environnementales américaines qu'elle reconduit aux piliers du développement durable : la protection de la

se sont en revanche fermement opposés à cette distinction entre pays sur la base du principe de responsabilités communes mais différenciées. Nous verrons que cette particularité de la Convention-cadre contribue à entraver l'avancement des négociations dans la mesure où elle fige les obligations des parties au contexte international du début des années 1990.

Conclusions du Chapitre

Dans ce Chapitre, nous avons posé les jalons nécessaires à la compréhension des enjeux scientifiques et politiques propres au changement climatique et nous avons examiné la période, relativement courte (1988-2005), qui va de la reconnaissance de l'enjeu climatique à la construction d'une gouvernance mondiale avec la Convention-cadre et son Protocole. Nous avons déjà aperçu les divergences qui, par la suite, constitueront les principales limites de cette gouvernance.

L'analyse de cette première période a révélé une Communauté européenne qui a de grandes ambitions dans le domaine du changement climatique, capable de jouer un rôle de premier plan lors des négociations en affirmant son point de vue principalement face aux Etats-Unis, ces derniers restant toujours en retrait par rapport à la vision volontariste de la CE. Si elle a été très active sur l'ensemble de la période, son influence a été particulièrement importante au cours des huit années qui ont été nécessaires à l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto : la Communauté a su convaincre un grand nombre de pays, et notamment la Russie, de ratifier l'accord. Pour parvenir à ce résultat, la Communauté européenne a entretenu des relations diplomatiques efficaces et a mis en place une politique de l'exemplarité : par l'adoption de mesures internes avancées elle a renforcé sa crédibilité internationale. Nous aurons l'occasion de voir les limites et les perspectives de l'influence européenne dans le prochain Chapitre, puis, dans la Partie II, le détail de ses méthodes, largement fondées sur l'action intérieure.

santé humaine, la protection de l'environnement à des fins esthétiques ou de loisir, le « biocentrisme », la soutenabilité des ressources premières, la justice environnementale, l'efficacité, la poursuite de la connaissance scientifique et technologique, l'équité intergénérationnelle et la stabilité de la communauté. *Ibid.* p. 25. Cette étude de l'EPA fournit un cadre précis et une analyse critique de l'état du développement durable aux Etats-Unis. Pour une analyse de la soutenabilité des principales lois

Chapitre 2. Une phase de stagnation

Si la première phase des négociations climatiques a été caractérisée par une période de grande progression et par la conclusion de la Convention-cadre et de son Protocole, la deuxième phase est marquée par une période de stagnation des négociations, qui n'ont pas encore conduit à l'entrée en vigueur d'un accord pour la période post-Kyoto, débutée le 1^{er} janvier 2013.

Pour fournir un cadre de cette période, dans la première section, nous présenterons le déroulement des négociations à partir de la Conférence de Montréal en décembre 2005, jusqu'à la Conférence de Varsovie qui a eu lieu en novembre 2013.

Dans la deuxième section, nous analyserons les raisons des difficultés de la communauté internationale et de l'Europe à parvenir à un accord, ainsi que les solutions qui ont été envisagées au fil des années.

Section 1 : Les négociations pour un post-Kyoto

La phase qui a suivi l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto peut être divisée en deux périodes distinctes : la première va de la Conférence de Montréal (2005) jusqu'à la Conférence de Copenhague (2009) ; la deuxième période, commencée lors de la Conférence de Cancun (2010), devrait théoriquement se poursuivre jusqu'à la conclusion d'un nouvel accord international en décembre 2015 et à son entrée en vigueur en 2020. La prise en compte des négociations qui se sont déroulées jusqu'à la Conférence de Copenhague est essentielle afin de comprendre les difficultés de parvenir à un nouvel accord (sous-section 1). L'échec de la Conférence de Copenhague a remis en question la gouvernance entière de la lutte contre le changement climatique, conduisant les gouvernements et la doctrine à réfléchir sur de nouveaux fondements (sous-section 2).

américaines pour la protection de l'environnement, voir : Michael P. HEALY, « The Sustainable Development Principle in United States Environmental Law », 2 *George Washington Journal of Energy and Environmental Law* 19, 2001.

Sous-section 1 : de Montréal à Copenhague

Les divergences qui ont émergé pour la ratification de l'accord de Kyoto ne se sont pas résolues avec cette dernière. Au contraire, dans les années suivantes, elles se sont aggravées et ont conduit les négociations climatiques dans l'impasse. Nous verrons ici que les Conférences qui ont suivi celle de Marrakech n'ont pas pu aplanir les questions ouvertes et se sont limitées à multiplier le nombre des instances de négociation et à fixer des calendriers pour les négociations futures, visant un accord qui aurait dû être adopté à Copenhague en 2009. Or, cette dernière Conférence a été universellement reconnue comme étant le plus grand échec des négociations climatiques. Nous allons retracer le parcours des négociations avant Copenhague (A) et ensuite analyser en détail cette dernière (B). La prise en compte de cet *iter* nous aidera à comprendre la situation présente et à proposer des hypothèses pour le déroulement futur des négociations.

A. Vers la feuille de route de Bali

L'analyse de la Conférence de Montréal (A.1) et de celle de Bali (A.2) nous permettra d'illustrer les principales évolutions des négociations après la ratification du Protocole de Kyoto. Nous mettrons en valeur les solutions procédurales qui ont été envisagées pour faire avancer les négociations en vue de Copenhague, mais qui, comme nous le verrons, n'ont abouti qu'à un enlisement ultérieur des discussions.

A.1. La Conférence de Montréal (2005)

Lors de la première Conférence des Parties au Protocole de Kyoto (COP/MOP-1), qui a eu lieu à Montréal en décembre 2005¹⁵¹, les pays ont commencé à discuter de la période post-Kyoto, prenant conscience des difficultés pour conclure un nouvel accord climatique. Déjà les discussions sur l'établissement d'un agenda pour la négociation (art. 3(9) du Protocole¹⁵²) ont montré les divergences entre les parties, et

¹⁵¹ COP-11, COP/MOP-1.

¹⁵² L'art.3(9) du Protocole de Kyoto indique que: « pour les parties visées à l'Annexe I, les engagements pour les périodes suivantes sont définis dans des amendements à l'Annexe B du présent Protocole qui sont adoptés conformément aux dispositions du paragraphe 7 de l'art. 21. La Conférence des parties agissant comme réunion des parties au présent Protocole entame l'examen de ces engagements sept ans au moins avant la fin de la première période d'engagement visée au paragraphe 1 ci-dessous ». Pour une description du déroulement des négociations et des positions des différentes parties, Soledad AGUILAR *et al*, « Summary of the eleventh conference of the parties to the UN Framework Convention on Climate Change and First Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol: 28 November – 10 December 2005 », *Earth Negotiation Bulletin*, Vol. 12, N. 291, December 2005.

notamment entre deux blocs : le G-77 plus Chine d'une part, la Communauté européenne de l'autre. Le premier bloc insistait sur le maintien de la structure de gouvernance climatique existante, caractérisée par la division des pays en deux groupes et la présence d'engagements contraignants pour les seuls pays développés. La Communauté européenne acceptait de continuer les discussions sur les futurs engagements des parties à l'Annexe I mais en conservant la possibilité d'ouvrir des discussions plus larges sur l'éventuel engagement des pays en développement.

Le résultat de la Conférence de Montréal fut l'ouverture de deux voies de négociation officielles pour le futur accord post-Kyoto.

La première a consisté à établir, dans le cadre de la COP/MOP, un nouvel organe subsidiaire : le Groupe de travail *ad hoc* pour les futurs engagements des parties visées à l'Annexe I sous le Protocole de Kyoto (AWG-KP)¹⁵³.

La deuxième, connue sous l'appellation de « *Convention-track* », était une poursuite de la négociation dans le cadre des institutions propres à la Convention et non au Protocole de Kyoto¹⁵⁴. Cette voie permettait d'impliquer les Etats-Unis, simples observateurs dans la COP/MOP, dans la discussion sur le futur du Protocole de Kyoto.

Les deux voies représentaient donc les différentes visions du régime climatique futur : d'un côté, les négociations dans le AWG-KP répondaient à la volonté des pays en développement de maintenir la division des parties en deux catégories ; de l'autre, la discussion dans le cadre de la Convention envisageait une extension des engagements aux pays non visés à l'annexe I, ce qui permettait aux Etats-Unis de participer à la négociation.

Lors de la Conférence de Montréal les parties ont également convenu d'un calendrier pour la future négociation, devant aboutir à un accord avant l'année 2009 afin de laisser le temps à toutes les parties de ratifier le nouvel accord¹⁵⁵. Cette échéance aurait dû permettre à un nouvel accord d'entrer en vigueur immédiatement après la première période du Protocole de Kyoto (1^{er} janvier 2013), afin d'éviter un *hiatus* entre la première période d'engagement et la suivante, avec un vide juridique

¹⁵³ COP/MOP-1, Décision 1/CMP.1, *Étude au titre du paragraphe 9 de l'article 3 du Protocole de Kyoto des engagements des Parties visées à l'annexe I de la Convention pour les périodes suivantes*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.1, p. 3 par. 2.

¹⁵⁴ COP-11, Décision 1/CP.11, *Dialogue pour une action concertée à long terme destinée à permettre de faire face aux changements climatiques par un renforcement de l'application de la Convention*, FCCC/CP/2005/5/Add.1, p. 3

important. Une discontinuité était en effet considérée comme une source de conséquences graves car elle aurait mis en cause les infrastructures sous-jacentes au Protocole de Kyoto. La création des mécanismes flexibles basés sur des projets (MOC et MDP), avait conduit à une grande mobilisation d'argent et d'expertise. En l'absence d'une nouvelle période d'engagement, l'obligation de maintien en activité de ces mécanismes aurait été sujette à interprétation¹⁵⁶ : le risque était de remettre en cause les projets déjà commencés et de ne pas en entreprendre de nouveaux. Les conséquences auraient été lourdes tant pour les pays ayant commencé ces projets, que pour ceux qui auraient dû en bénéficier¹⁵⁷.

A.2. La Conférence de Bali (2007) et sa feuille de route

La Conférence de Bali (COP-13 ; COP/MOP-3) en décembre 2007 a marqué le début officiel des négociations du régime post-Kyoto, suivant l'agenda de Montréal.

La Conférence de Bali avait pour objectif principal d'établir une feuille de route pour les négociations d'un « *accord commun* » pour la période post-Kyoto¹⁵⁸, qui aurait dû être conclu lors de la COP-15 (COP/MOP-5) à Copenhague, en 2009. Les parties ont fait face à des difficultés importantes pour parvenir à un accord, en premier lieu en raison de la structure de la négociation et en second lieu en raison de la difficulté à parvenir à une vision commune¹⁵⁹.

Le problème structurel était lié aux deux voies mises en place lors de la Conférence de Montréal (*Convention-track* et AWG-KP) : les discussions parallèles ont vite créé des problèmes de coordination. La CE souhaitait une fusion des deux voies de négociation¹⁶⁰, mais la Chine et les Etats-Unis s'y opposaient. Au lieu d'une fusion des deux voies, un nouvel organe subsidiaire de la Convention-cadre fut créé : le

¹⁵⁵ Le Protocole de Kyoto établit que les amendements entrent en vigueur à l'égard des parties les ayant acceptés le quatre-vingt-dixième jour qui suit la date de réception des instruments d'acceptation des trois quarts au moins des parties au Protocole de Kyoto (art. 20 par. 4 et art. 21 par. 7 du Protocole de Kyoto).

¹⁵⁶ Valentin BELLASSEN, « MDP et MOC en 2013 : décider à Cancun pour sortir du brouillard », *ClimatSphère*, CDC Climat Recherche, n 20, 4^{ème} trimestre 2010, p. 3.

¹⁵⁷ Pour une vision claire de ces risques, Valentin BELLASSEN, *Ibid.* Des propositions pour éviter un tel *hiatus* ont été faites par le Groupe de travail spécial des nouveaux engagements des parties visées à l'Annexe I au titre du Protocole de Kyoto, *Considérations juridiques relatives à un hiatus éventuel entre la première période d'engagement et les périodes d'engagement suivantes*, FCCC/KP/AWG/2010/10.

¹⁵⁸ COP-13, Décision 1/CP.13, *Plan d'action de Bali*, FCCC/CP/2007/6/Add.1, p. 3.

¹⁵⁹ L'objectif du Plan agréé lors de la Conférence de Bali était d'atteindre « *une vision commune de l'action concertée à long terme, notamment à un objectif global à long terme de réduction des émissions, pour atteindre l'objectif ultime de la Convention* », *Plan d'action de Bali*, paragraphe 1(a).

¹⁶⁰ Commission Européenne. The Copenhagen climate agreement: EU positions and state of play, MEMO/09/445, 12/10/2009.

Groupe *ad hoc* pour une action de coopération de longue terme (*Ad Hoc Working Group on Long-Term Cooperative Action – AWG-LCA*)¹⁶¹, avec pour objectif de parvenir à un accord pour la période post-Kyoto, en constituant un lieu de discussion commun entre Etats-Unis et pays BICS (Brésil, Inde, Chine et Afrique du Sud). Il a été impossible d'établir une relation entre les décisions prises au sein du AWG-KP et celles adoptées dans le cadre du AWG-LCA.

Au-delà des aspects liés à la structure de la négociation, la question de la difficulté d'établir une « *vision commune* » pour la période post-Kyoto s'est posée à Bali. Dès les discussions de Bali jusqu'à la Conférence de Copenhague en 2009, il est possible d'identifier trois visions concernant la période post-Kyoto parmi les acteurs majeurs, dont les enjeux sont essentiellement liés à la classification des parties et à la nature de leurs engagements.

La première vision était celle des Etats-Unis, qui prônaient la « *tabula rasa* » du Protocole de Kyoto. En effet, les Etats-Unis ne voulaient pas s'engager à ratifier le Protocole, même pour une deuxième période, notamment en raison des engagements contraignants attribués aux seuls pays développés. Les Etats-Unis ont alors affirmé qu'ils n'envisageraient un retour dans les discussions climatiques qu'à la condition d'adopter un nouvel accord qui ne soit pas basé sur le Protocole de Kyoto. Ils voulaient en effet remodeler la structure entière des accords climatiques, en abandonnant définitivement la distinction entre pays visés à l'annexe I et pays non visés à l'annexe I, tout en envisageant la possibilité de constituer une nouvelle catégorie, celle des pays les plus pauvres, non soumis aux engagements contraignants.

La deuxième vision était celle des pays en développement, qui souhaitaient parvenir à un accord pour une deuxième période d'engagement du Protocole de Kyoto¹⁶². Le G-77 plus Chine à Bali s'opposait à toute remise en cause des éléments fondamentaux

¹⁶¹ COP-13, *Plan d'action de Bali*, *op.cit.* p. 3, par. 2. Le mandat du AWG-LCA était limité entre 2007 et 2009. A cause de l'échec de Copenhague, le mandat fut renouvelé à deux reprises, jusqu'à la COP-17. Le mandat a expiré à la fin de la COP qui a eu lieu à Durban en Afrique du Sud du 28 novembre au 9 décembre 2011.

¹⁶² La position chinoise est explicitée dans les documents officiels publiés en préparation des différentes Conférences. La Chine a souligné à plusieurs reprises la volonté d'avoir une nouvelle période d'engagement du Protocole, en respectant ainsi le mandat du AWG-KP. Voir, par exemple, le document chinois en préparation de la Conférence de Copenhague: Permanent Mission of the People's Republic of China to the United Nations Office at Geneva and Other International Organizations in Switzerland, *Implementation of the Bali roadmap, China's Position on the Copenhagen Climate Change Conference*, 20/05/2009, <http://www.china-un.ch/eng/bjzl/t564324.htm> (10/06/2012).

de la Convention et du Protocole¹⁶³. En maintenant la répartition des pays en groupes, les grands émergents pouvaient se développer économiquement sans être soumis à des contraintes environnementales externes. En outre, ils pouvaient continuer à bénéficier des mécanismes flexibles créés par le Protocole de Kyoto, notamment le MDP¹⁶⁴.

La troisième vision était celle de la Communauté européenne. Si les autres pays développés ont soutenu la vision américaine de Bali jusqu'à Copenhague, la position européenne quant à elle était plus complexe, voire ambiguë. En effet, s'il était clair que la volonté de la Communauté était de parvenir à un nouvel accord juridiquement contraignant, la position sur l'apport du Protocole de Kyoto restait incertaine. Quelques mois avant la Conférence de Bali, le Conseil Environnement avait affirmé que l'accord post-Kyoto devait « *se fonder sur l'architecture prévue par le protocole de Kyoto tout en l'élargissant et proposer un cadre équitable et flexible en vue d'une participation qui soit la plus large possible, dans le respect du principe des responsabilités communes mais différenciées et compte tenu des capacités respectives* »¹⁶⁵. Les mois qui ont précédé la Conférence de Copenhague ont été caractérisés par d'autres discussions sur le sujet au sein de la CE. La Communauté proposait que l'accord de Copenhague soit un seul accord juridiquement contraignant, bâti sur le Protocole de Kyoto et le faisant avancer¹⁶⁶. Les Conclusions du Conseil européen des 29 et 30 octobre 2009 confirmaient l'incertitude sur l'utilisation des éléments du Protocole de Kyoto pour le nouvel accord et sur la contribution effective des pays en développement : « *le Conseil européen souligne la nécessité de disposer,*

¹⁶³ Cette position a été mise en évidence dans les mots du chef de la délégation ministérielle chinoise à la Conférence de Poznań de 2008 en préparation de la Conférence de Copenhague. La Chine a affirmé à cette occasion son opposition à « *toute tentative de dévier, violer ou redéfinir la Convention* ». Xie ZHENHUA, chef de la délégation ministérielle chinoise, vice-président, avec rang de ministre, de la Commission supervisant le dossier climat. Cet extrait de son discours lors de la session plénière du 11 décembre à Poznań est consultable in : Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, *Lettre Climat International*, 02/2009, n° 2.

¹⁶⁴ Les pays en développement et notamment la Chine ont affirmé tout au long de la négociation l'opposition à ce que le texte d'un nouvel accord juridiquement contraignant soit adopté au sein du AWG-LCA. Le seul choix admissible aurait été un amendement du Protocole de Kyoto dans le cadre du AWG-KP et une série de décisions prises au sein de la Convention-cadre. Benito MÜLLER, Wouter GELDHOF and Tom RUYS, « *Unilateral Declarations: The Missing Legal Link in the Bali Action Plan* », *European Capacity Building Initiative policy report*, mai 2010.

¹⁶⁵ Conclusions du Conseil Environnement du 20/02/07, 6272/07, Changements climatiques, par. 7. Le Conseil insiste sur la nécessité d'impliquer les pays en développement : « *les pays non visés a l'Annexe I ont une part croissante dans les émissions de gaz à effet de serre et (...) il est nécessaire qu'ils prennent des mesures afin de lutter contre l'augmentation de ces émissions en réduisant l'intensité d'émission induite par leur développement économique, dans le respect du principe général des responsabilités communes mais différenciées et compte tenu de leurs capacités respectives, pour avoir une chance raisonnable d'atteindre l'objectif de 2 °C* », par. 13. Cela a été confirmé un mois plus tard par le Conseil européen. Conseil européen de Bruxelles du 8 et 9/03/2007, Conclusions de la Présidence, 7224/1/07 REV 1 par. 34.

¹⁶⁶ « *The EU wants the Copenhagen agreement to be a single legally binding instrument that builds on and takes forward the Kyoto Protocol* ». Commission Européenne, The Copenhagen climate agreement: EU positions and state of play, in MEMO/09/445, 12/10/2009.

à partir du 1^{er} janvier 2013, d'un accord juridiquement contraignant qui s'appuie sur le protocole de Kyoto et en intègre tous les éléments essentiels. Le Conseil européen estime en outre que tous les pays, y compris ceux qui ne sont pas actuellement liés par le protocole de Kyoto, devraient agir immédiatement ». Cette formulation, due à l'incapacité de trouver un accord parmi les Vingt-Sept avant la Conférence de Copenhague, a été fortement critiquée par certains Etats membres¹⁶⁷.

Les Etats-Unis conditionnaient également leur possible adhésion à un nouvel accord à une vérification internationale du respect des engagements pour toutes les parties, pays en développement inclus. La Chine refusait cette proposition en la considérant comme une mise en danger de sa souveraineté nationale. La négociation fut ultérieurement compliquée par les discussions concernant les financements : les pays en développement demandaient des transferts de ressources sous la forme de transferts de technologie et d'aides économiques à l'adaptation au changement climatique¹⁶⁸.

Il était désormais manifeste qu'un processus circulaire s'était instauré, les Etats-Unis conditionnant leurs engagements aux engagements des autres, en particulier à ceux de la Chine, et cette dernière attendant un engagement des Etats-Unis.

La Conférence de Bali n'a pas pu résoudre les questions que nous avons présentées, mais s'est limitée à définir une feuille de route marquant les étapes jusqu'à l'adoption d'un nouvel accord à Copenhague en 2009¹⁶⁹. Le cheminement pour arriver à cette nouvelle conférence a été difficile, les acteurs principaux restant fermes sur leurs positions. A la veille de la Conférence de Copenhague, aucune « *vision commune* » n'était arrêtée.

Face à ces difficultés et conscients de l'absence de temps pour parvenir à un accord, le Premier Ministre danois Lars Lokke RASMUSSEN, le Secrétaire Général des Nations-Unies Ban KI-MOON, ainsi que le Secrétaire Exécutif de la Convention-cadre Yvo de BOER, lors d'une rencontre préparatoire, ont reconnu l'impossibilité de

¹⁶⁷ Assemblée Nationale, *Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires Européennes sur les négociations relatives au changement climatique*, présenté par MM. Bernard DEFLESSELLES et Jérôme LAMBERT, n. 2979, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 23/11/2010.

¹⁶⁸ Christian de PERTHUIS et Raphaël TROTIGNON, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁹ La feuille de route de Bali s'articulait autour de quatre axes principaux : l'atténuation du changement climatique ; l'adaptation ; la coopération technologique ; le financement des actions d'adaptation et d'atténuation.

parvenir à un accord juridiquement contraignant à Copenhague et ont envisagé la conclusion d'un accord politiquement contraignant¹⁷⁰.

B. La Conférence de Copenhague

En décembre 2009, les travaux de la Conférence se sont ouverts, sous le regard attentif de l'opinion publique mondiale, sans que les parties ne disposent d'un projet d'accord qui servirait de base aux discussions¹⁷¹.

L'analyse de la Conférence de Copenhague est fondamentale pour deux raisons. La première est qu'elle a rendu visible le déplacement du centre de gravité des négociations, du binôme Etats-Unis – Europe, qui avait caractérisé la première phase des négociations, vers un axe Etats-Unis – grands pays émergents (Chine, Inde, Brésil et Afrique du Sud). L'Union européenne, arrivée à la Conférence de Copenhague avec de grandes attentes, convaincue de jouer un rôle de leader grâce à sa politique d'exemplarité, en est sortie reléguée au second rang. La deuxième raison est que la Conférence de Copenhague a marqué une crise en remettant en cause le système de la gouvernance climatique instituée au cours des vingt dernières années.

Nous allons retracer d'abord les phases de la négociation (B.1) et ensuite le contenu de l'accord qui a été atteint (B.2).

B.1. Le déroulement des négociations et la forme de l'accord de Copenhague

Il est possible d'identifier deux phases dans le déroulement des négociations : avant et après l'arrivée des chefs d'Etat et de gouvernement, qui a eu lieu le 17 décembre¹⁷².

La première phase (du 7 au 17 décembre) a été caractérisée par une grave impasse dans la négociation, due à l'impossibilité de concilier les deux voies de négociation.

¹⁷⁰ Une session de travail de la AWG-KP (neuvième session) et de la AWG-LCA (septième session) a eu lieu à Barcelone du 2 au 6/11/2009, en préparation de la Conférence de Copenhague. C'est à cette occasion que le Premier Ministre danois Lars Lokke RASMUSSEN, le Secrétaire Général des Nations-Unies Ban KI MOON, ainsi que le Secrétaire Exécutif de la Convention-cadre Yvo de BOER ont envisagé la conclusion d'un accord politiquement contraignant. Sur l'impossibilité d'un accord juridiquement contraignant s'était exprimé également le Président du AWG-LCA Michel Zammit CUTAJAR. Lavanya RAJAMANI, « The Copenhagen Agreed Outcome : Form, Shape and Influence », *Economic & Political Weekly*, Nov. 28, 2009, p. 30.

¹⁷¹ La Conférence de Copenhague a été marquée par une grande mobilisation de l'opinion publique et par une forte médiatisation. L'affluence a été sans précédent dans l'histoire des négociations multilatérales, avec la participation de cent-vingt chefs d'Etat et de gouvernement et environ 5000 délégués et participants accrédités.

¹⁷² Pour un compte-rendu détaillé, voir IISD Reporting Service, <http://www.iisd.ca/climate/cop15/> (29/06/2011). La division de l'analyse en deux phases, avant et après l'arrivée des chefs d'Etat, est utilisée, entre autre, par Emmanuel GUERIN et Matthieu WEMAERE, « The Copenhagen Accord : What happened? Is it a good deal? Who wins and who loses? What is next? », IDDRI, *Idées pour le débat*, 08/09 Décembre 2009.

Cette impasse fut encore aggravée par une série d'erreurs de gestion d'une situation très délicate.

La série de « maladroites » qui a caractérisé cette première phase a commencé dès le deuxième jour, avec la publication dans le journal « The Guardian »¹⁷³, d'un projet d'accord rédigé sur demande du Premier Ministre danois par des conseillers des chefs d'Etat et de gouvernement ressortissant de trois pays : le Danemark, le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Cette déclaration illustre la position des pays développés, en ligne avec les attentes américaines¹⁷⁴. Cette fuite et son contenu n'ont pas plu aux pays en développement, qui n'avaient pas connaissance de ce projet d'accord et qui y voyaient une affirmation des positions de certains pays industrialisés contraires aux positions négociées par les parties non visés à l'annexe I jusque-là. Cela a contribué à entamer la confiance des pays en développement à l'égard des pays développés. Les réactions ont été particulièrement vives au sein du G-77 qui a accusé les pays visés à l'annexe I de décider de leur côté, en dehors des négociations des deux AWG (AWG-KP et AWG-LCA). La première phase s'est achevée dans un continuum de problèmes procéduraux, diplomatiques et de gestion de la situation, aggravés par le grand nombre de participants et par la pression de l'opinion publique, relayée par les médias¹⁷⁵.

La deuxième phase (du 17 au 19 décembre) a commencée avec l'arrivée de plus de cent chefs d'Etat, qui ont essayé dès le début de débloquer la situation en focalisant leur attention sur quatre aspects conflictuels¹⁷⁶ : le futur du Protocole de Kyoto ; les modalités d'engagement des Etats-Unis¹⁷⁷ ; la vérification des actions des pays en développement ; les modalités de financement à long terme.

¹⁷³ *The Guardian*, 8/11/2009, « Danish text », www.guardian.co.uk/environment/2009/dec/08/copenhagen-climate-change (10/06/2012).

¹⁷⁴ Ce document « secret », rédigé entre autres par deux pays membres de l'UE sans consultations préalables, peut être résumé en quelques points clés :

- un abandon du Protocole de Kyoto et la création d'un autre accord à sa place ;
- un abandon de la division entre pays visés à l'Annexe I et pays non visés à l'Annexe I ;
- une nouvelle catégorisation avec les pays considérés comme les plus pauvres ;
- l'obligation pour les pays en développement d'une réduction de leurs émissions de GES ;
- un rôle mineur des Nations-Unies dans la gestion des aspects de la finance climatique, avec un rôle important donné à la Banque mondiale.

¹⁷⁵ Entre autres, nous signalons la tentative du Président du AWG-LCA de présenter un projet de décision « chapeau ». Il n'avait pas de mandat pour présenter une telle décision, mais les blocages au sein des deux AWG l'ont poussé à le faire. Ce projet proposait de trouver un accord dans les deux voies de négociation, en abandonnant ainsi l'éventualité de conclure sur un seul instrument global contraignant, comme soutenu par l'Union européenne. Ce projet n'a pas eu de suites.

¹⁷⁶ Matthieu WEMAERE et Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « L'Accord de Copenhague : quelles perspectives pour le régime international du climat ? » *RDUE* 1-2010, p. 23.

¹⁷⁷ Le monde regardait avec attente le Président OBAMA, élu en 2008, qui représentait les Etats-Unis dans cette phase. Sa position par rapport à la question climatique semblait différente de celle de son prédécesseur. Lors des nombreux discours

Les négociations entre les chefs d'Etat et de gouvernement ne semblaient pas conduire à un accord. Le Président Barack OBAMA a insisté sur les conditions indispensables pour une participation américaine : réductions chiffrées pour tous les grands pays émetteurs et vérification internationale du respect des engagements pour toutes les parties. Le Premier Ministre chinois Wen JIABAO a continué à s'opposer aux positions américaines en vertu de la défense de la structure du Protocole.

Une négociation parallèle des représentants des grands pays émergents et du Président des Etats-Unis a démarré au cours des vingt-quatre dernières heures, pour sauver les négociations à la vue du monde¹⁷⁸. Ces négociations se sont déroulées sans pour autant avoir reçu de mandat préalable de la COP. Il n'y avait donc aucun lien entre les négociations qui se déroulaient au sein de ce groupe et celles qui continuaient au sein de la Conférence¹⁷⁹. Le résultat de ce travail parallèle fut l'accord de Copenhague, présenté *in extremis* à la COP pour adoption. L'Union européenne et les autres pays industrialisés, qui n'étaient pas directement associés à la rédaction du texte de l'accord, s'y sont rapidement ralliés¹⁸⁰.

En session plénière l'accord n'a toutefois pas pu être adopté, faute d'unanimité¹⁸¹. Un petit nombre de pays en développement a en effet exprimé son opposition à l'accord¹⁸². Cette opposition était motivée par une raison de nature procédurale, car l'*iter* suivi pour atteindre l'accord était manifestement irrégulier, en dehors du cadre des négociations officielles, sans mandat et sans aucune transparence. En outre, l'accord n'était pas considéré comme adéquat par rapport au niveau d'ambition exigé¹⁸³. De façon plus générale, l'opposition témoigne d'un ressentiment de ce petit groupe de pays, dans la mesure où les grandes puissances avaient décidé du futur

avant et après son élection, Barack OBAMA avait montré la volonté d'assumer un rôle de leader mondial dans la lutte contre le changement climatique, en s'engageant à une réduction conséquente avant l'année 2020.

¹⁷⁸ Il est difficile d'affirmer avec certitude quels pays ont participé à la rédaction du texte de l'accord. Différents auteurs rapportent différentes compositions. Le rôle de leader a sûrement été joué par les Etats-Unis et la Chine. Le Brésil et l'Afrique du Sud étaient présents, selon toute la doctrine.

¹⁷⁹ Lavanya RAJAMANI, « The making and unmaking of the Copenhagen Accord », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, Issue 3, 2010, p. 824-826.

¹⁸⁰ Henri CASELLA, Anaïs DELBOSC et Christian de PERTHUIS, « Cancun : l'an un de l'après Copenhague », *Etude Climat*, CDC Climat recherche, n° 24, octobre 2010, p. 6

¹⁸¹ Les décisions de la COP doivent être prises à l'unanimité, en accord avec l'art. 42 du Projet de règlement intérieur de la Conférence des Parties et de ses organes subsidiaires. *Questions d'Organisation, Adoption du Règlement Intérieur*, Note du Secrétariat, FCCC/CP/1996/2. Contrairement à la COP, la COP/MOP ne cite même pas cet accord purement politique.

¹⁸² Tuvalu, Venezuela, Nicaragua, Bolivie et Cuba. Lavanya RAJAMANI, « The Copenhagen Agreed Outcome: Form, Shape and Influence », *op. cit.*, p. 3.

¹⁸³ La Bolivie a soutenu en effet que les pays développés auraient dû s'engager à une réduction de 49% par rapport à l'année 1990. Lavanya RAJAMANI, *ibid.*

commun sans tenir compte de la volonté des autres parties, et ce malgré le fait que les négociations s'inséraient dans le cadre des Nations-Unies¹⁸⁴.

Par conséquent, la COP en séance plénière a pu seulement « *prendre note* » de l'accord¹⁸⁵. Alors que celui-ci, rédigé par un nombre limité de pays en dehors des procédures de la COP, aurait pu être considéré comme un accord multilatéral entre les principaux pays émetteurs, la volonté des parties à l'accord était toutefois de le faire adopter dans le cadre de la Convention¹⁸⁶. Pour continuer dans cette direction, un des objectifs de la COP-16 de Cancun de 2010 fut « *d'ancrer les principes de l'accord dans les négociations onusiennes et de parvenir à des décisions de la COP reprenant et précisant ces principes* »¹⁸⁷.

B.2. Le contenu de l'accord de Copenhague

L'objectif principal de l'accord était de limiter la hausse de la température à 2 °C (par. 1 accord de Copenhague)¹⁸⁸. Cela constituait une reconnaissance explicite du travail du GIEC et en particulier de son Quatrième rapport (2007) (par. 2 accord de Copenhague)¹⁸⁹.

Comment atteindre cette limitation de 2 °C ? L'accord n'inclut ni un engagement chiffré, ni une date précise pour le pic des émissions globales, mais un engagement pour une « *forte diminution des émissions globales* », « *en reconnaissant qu'il faudra plus de temps aux pays en développement pour atteindre le pic des émissions* » (par. 2

¹⁸⁴ Ce ressentiment émerge par exemple dans les mots d'un négociateur d'une petite délégation d'un pays en développement : « *Nous sommes dans l'Organisation des Nations-Unies et tout le monde doit être d'accord avant que vous ne puissiez signaler qu'un accord a été conclu* ». Tomilola AKANLE *et al.*, « Compte-rendu de la Conférence de Copenhague sur les changements climatiques : 7-19 Décembre 2009 », *Bulletin des Négociations de la Terre*, IISD, vol. 12, n° 459, p. 35, <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb12459f.pdf> (30/06/2011).

¹⁸⁵ L'accord de Copenhague est publié dans le document FCCC/CP/2009/11/Add.1, 2/CP.15, p. 4, <http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/fr/11a01f.pdf> (1/07/2011).

¹⁸⁶ Cette intention est manifeste dans plusieurs références utilisées dans l'accord de Copenhague. Entre autres, par. 5, 8, 9 accord de Copenhague.

¹⁸⁷ Assemblée Nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires Européennes sur les négociations relatives au changement climatique, *op. cit.*

¹⁸⁸ Cet objectif de 2° C pourra être reconsidéré en 2015 avec l'établissement d'un objectif plus ambitieux de limitation de la hausse de la température à 1,5 °C, « *en tenant compte de divers éléments fournis par les travaux scientifiques* » (par. 12 accord de Copenhague).

¹⁸⁹ Le Groupe avait conclu de façon ferme sur trois assertions : (i) un réchauffement est en cours, (ii) ses effets sont largement observables et (iii) il est irréversible. Le GIEC avait établi qu'une limitation du réchauffement à 2 °C était envisageable, même si elle n'aurait pas empêché des conséquences graves pour certains pays, en particulier pour les plus pauvres et pour les îles du Pacifique, des Caraïbes et de l'Océan Indien, qui risquent de disparaître à cause de l'élévation du niveau de la mer. GIEC, *Fourth Assessment Report 2007*, Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability: Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, Chapter 16.

accord de Copenhague). Toutefois, il établit que les parties visées à l'annexe I¹⁹⁰ de la Convention-cadre soumettent des promesses d'engagement chiffré pour la période 2013-2020, avant le 31 janvier 2010 (par. 4 accord de Copenhague)¹⁹¹. Même les parties non visées à l'annexe I, à l'exception des pays les moins avancés et les petits Etats insulaires en développement, doivent communiquer les mesures d'atténuation qu'ils souhaitent adopter au niveau national (par. 5 accord de Copenhague) (*NAMA – Nationally Appropriate Mitigation Actions*)¹⁹².

Les engagements que les pays, soit industrialisés soit en développement, doivent assumer sont volontaires, unilatéraux et réversibles. Ce choix signale un changement d'approche par rapport au Protocole, et marque un pas en arrière par rapport à ce dernier¹⁹³. Le protocole suivait une approche « *top down* », c'est à dire un mécanisme de coordination internationale « par le haut », *i.e.* par l'ensemble des pays lors des négociations avec à la clé la fixation des objectifs quantifiés de réduction des émissions. L'accord de Copenhague propose au contraire une approche « *bottom up* », caractérisée par l'addition de politiques et objectifs nationaux, décidés unilatéralement par les Etats « *sans s'assurer qu'ils sont comparables ou qu'ils permettent une fois agrégés d'atteindre l'objectif global de long terme (limiter le réchauffement à 2°C)* »¹⁹⁴. La définition des détails, parfois problématiques, de cette approche « *bottom up* », avec des engagements à géométrie variable, présente deux grandes difficultés qui ont fait et font l'objet des Conférences des Parties qui se sont déroulées depuis Copenhague. La première difficulté concerne la comparabilité des engagements des parties, étant données les fortes hétérogénéités, tant au sein des parties visées à l'annexe I que parmi les parties non visées à l'annexe I¹⁹⁵. Dans le premier groupe, les facteurs d'hétérogénéité à prendre en compte sont, par exemple,

¹⁹⁰ Dans l'établissement de ces promesses d'engagement, l'accord utilise la répartition des pays dans les deux groupes habituels : parties visées à l'Annexe I et parties non visées à l'Annexe I. Elle se situe donc dans la lignée tant de la Convention-cadre que du Protocole de Kyoto. Toutefois, l'accord de Copenhague n'utilise pas constamment cette classification, en faisant référence dans d'autres paragraphes aux « *pays développés* » et « *pays en développement* ».

¹⁹¹ La liste de ces promesses d'engagement chiffrées pour les parties visées à l'Annexe I sont consultables à l'adresse http://unfccc.int/meetings/cop_15/copenhagen_accord/items/5264.php (6/07/2011). En l'absence d'un accord agréé à Copenhague, chaque pays a pu choisir l'année de référence pour son engagement.

¹⁹² Les NAMAs peuvent être consultés à l'adresse suivante : http://unfccc.int/meetings/cop_15/copenhagen_accord/items/5265.php (6/07/2011)

¹⁹³ Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Matthieu WEMAERE, *La diplomatie climatique – Les enjeux d'un régime international du climat*, *op. cit.*, p. 356. Ces auteurs soulignent que l'accord marque un recul important par rapport au Protocole de Kyoto dans la mesure où il remplace un accord international juridiquement obligatoire par un accord politique, donc non contraignant.

¹⁹⁴ *Ibid.*

les années de référence utilisées par les pays¹⁹⁶, ou la possibilité de reporter les excédents de droits d'émission issus de la première période d'engagement du Protocole de Kyoto¹⁹⁷. Les facteurs d'hétérogénéité sont encore plus remarquables au sein des parties non visés à l'annexe I¹⁹⁸. En ce qui concerne les instruments flexibles et le marché de carbone créés par le Protocole de Kyoto, ils sont simplement mentionnés sans que leur articulation avec les engagements affichés dans l'accord de Copenhague ne soit explicitée. Ceci a alimenté les critiques à l'encontre de l'accord, accusé de ne pas fournir les instruments nécessaires pour dépasser le stade des « bonnes intentions ». Les instruments déjà en place auraient pu être utilisés, en effet, pour atteindre l'objectif environnemental fixé¹⁹⁹. La deuxième difficulté liée aux engagements à géométrie variable concerne le système de surveillance, de notification et de vérification²⁰⁰ des engagements pris par les parties²⁰¹. Cet aspect pourrait sembler à première vue extrêmement technique, mais il implique en réalité des problèmes politiques très délicats, touchant à la souveraineté nationale des parties.

Pour l'UE, le choix d'indiquer uniquement l'objectif de 2 °C et d'utiliser l'approche « *bottom up* » a représenté une défaite. Dès la préparation de la Conférence de Bali, la Communauté, pour atteindre l'objectif de 2 °C, avait proposé des atténuations chiffrées des émissions pour les pays développés²⁰² : une réduction collective

¹⁹⁵ Pour une analyse de ce problème : Patrick CRIQUI et Constantin ILASCA, « Les engagements pris à Copenhague et la question de la comparabilité des efforts », *Note de travail* 6/2010, Laboratoire d'économie de la production et de l'intégration internationale, avril 2010.

¹⁹⁶ Le choix de l'année de référence est particulièrement important, car la quantité d'émissions de référence varie beaucoup en fonction de l'année sélectionnée. A ce propos il est intéressant de mettre en évidence que les Etats-Unis (avec le Canada) ont choisi comme année de référence 2005 et non 1990 comme l'a fait l'Union européenne. Les Etats-Unis ont en effet promis une réduction de 17% des émissions en 2020 par rapport à l'année 2005 (United States Department of State, Communication des Etats-Unis au Secrétaire Exécutif Yvo de Boer en relation au chapeau de l'accord de Copenhague, 28/01/2010, http://unfccc.int/files/meetings/cop_15/copenhagen_accord/application/pdf/unitedstatescphaccord_app.1.pdf (6/07/2011). Par ce décalage, les Etats-Unis ont pu faire une promesse d'engagement quantitativement inférieure, puisque leurs émissions étaient largement supérieures en 2005 qu'en 1990. Ce chiffre de 17% a été retenu car il correspondait à l'engagement contenu dans le projet Waxman-Markey adopté en juin 2009 par la Chambre des Représentants du Congrès américain. Pour qu'il devienne loi il doit être adopté également par le Sénat américain, qui l'a reporté *sine die* en juillet 2010. Le texte du projet de loi est consultable sur le site : http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=111_cong_bills&docid=f:h2454pcs.txt.pdf (29/07/2011).

¹⁹⁷ Henri CASELLA, Anaïs DELBOSC et Christian de PERTHUIS, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁸ Les pays en développement doivent communiquer des engagements en termes relatifs, « *en portant soit sur un objectif d'intensité carbone du PIB (Chine et Inde), soit sur un pourcentage de diminution des émissions par rapport à un scénario de référence, dit « business as usual »*. Ce type d'engagement relatif est nettement plus délicat à interpréter car il faut faire des hypothèses à la fois sur l'environnement économique et sur l'évolution des émissions rapportées à la croissance économique », *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.* et Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Matthieu WEMAERE, *La diplomatie climatique, op. cit.* p. 356.

²⁰⁰ « *Measurement, Reporting and Verification* », MRV

²⁰¹ Sur la notion de MRV et sur l'importance de la création d'un système bien structuré pour un accord post-Kyoto, voir, entre autres, Clare BREIDENICH, Daniel BODANSKY, « *Measurement, Reporting and Verification in a post-2012 climate agreement* », *Pew Center on Global Climate Change*, avril 2004.

²⁰² Conclusions du Conseil Environnement du 20 février 2007, *op. cit.*

d'environ 30% en 2020 par rapport à 1990 et une réduction de 60% à 80% en 2050²⁰³. Lors de la négociation de Copenhague, l'Union avait continué à défendre ses positions, en tentant d'introduire l'objectif global de réduction des émissions de 50% en 2050, avec une date précise pour le pic²⁰⁴. L'accord final n'en a pas tenu compte. Pour conclure notre analyse du contenu de l'accord de Copenhague, nous pouvons mentionner ce qui a été signalé comme un résultat important de la conférence : l'engagement des pays développés de fournir aux pays en développement 30 milliards de dollars pour la période 2012-2020, « *en la répartissant de manière équilibrée entre l'adaptation et l'atténuation* » (par. 8). Pour l'adaptation, les pays développés ont en outre adhéré « *à l'objectif consistant à mobiliser ensemble 100 milliards de dollars par an d'ici 2020 pour répondre aux besoins des pays en développement* » (par. 8). Malgré l'ampleur de ces objectifs, l'accord de Copenhague est vague sur les instruments économiques à utiliser²⁰⁵. Dans une période de récession économique, les pays n'ont pas voulu indiquer des moyens précis d'investissement, ni la contribution de chacun²⁰⁶.

Sous-section 2 : un accord international à deux vitesses

Les Conférences qui ont suivi l'échec de Copenhague ont essayé de résoudre les problèmes urgents qui restaient sur la table, dans un climat de faibles attentes. L'impossibilité de parvenir à un accord à Copenhague laissait ouverte la question de la période post-Kyoto, et la gouvernance climatique fut ultérieurement compliquée par l'accord non-officiel qui avait été atteint. Nous présenterons ici la Conférence de Cancun (A), qui fait suite à celle de Copenhague, et les conférences ultérieures qui

²⁰³ Nous avons vu que, restant fidèle à sa politique d'exemplarité, l'Union était disposée à s'engager à une réduction de 30%, d'ici 2020, par rapport à 1990 « *à titre de contribution à un accord mondial global pour l'après-2012, pour autant que d'autres pays développés s'engagent à atteindre des réductions d'émission comparables* ». Elle conditionnait cet engagement à 30% aussi au fait que les « *pays en développement plus avancés sur le plan économique apportent une contribution adaptée à leurs responsabilités et à leurs capacités respectives* ». *Ibid.*

²⁰⁴ Cet objectif était présent depuis la préparation de la Conférence de Copenhague de la part de l'UE et était ainsi bien présent dans les Conclusions de la Présidence du Conseil européen du 29 et 30 octobre 2009 qui constituent le mandat pour la négociation. Conseil européen de Bruxelles du 29 et 30 octobre 2009, Conclusions de la Présidence, 15265/1/09 REV 1; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, *Limiter le réchauffement de la planète à 2°C. Route à suivre à l'horizon 2020 et au-delà*, COM(2007) 2 final; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, *Vers un accord global en matière de changement climatique à Copenhague*, COM(2009) 39 final.

²⁰⁵ Henri CASELLA, Anaïs DELBOSC et Christian de PERTHUIS, *op. cit.*, p. 18.

²⁰⁶ L'accord (par. 10) prévoit la création d'un Fond Vert de Copenhague afin de gérer et soutenir les projets de financement pour l'atténuation et l'adaptation.

tentent d'élaborer un parcours de négociation qui devrait aboutir à un nouvel accord en 2015 (B).

A. Vers une nouvelle gouvernance : la Conférence de Cancun

La Conférence de Cancun (COP-16, COP/MOP-6) a débuté à la fin de novembre 2010 sans attentes particulières. Elle s'est toutefois conclue par un accord²⁰⁷ qui a eu le mérite de relancer la discussion après l'échec de Copenhague.

L'accord de Cancun intègre les points fondamentaux de l'accord de Copenhague dans un document adopté dans le cadre des voies de négociation officielles²⁰⁸. Ainsi, la voie officielle de la convention (AWG-LCA) et celle non-officielle de l'accord de Copenhague ont pu être fusionnées²⁰⁹.

Au-delà de l'organisation des négociations, plusieurs points ont évolué avec l'accord de Cancun²¹⁰, et notamment les aspects qui constituaient des raisons de blocage pour les Etats-Unis. D'abord, pour la première fois, les grands pays émergents ont accepté l'idée de réduire leurs émissions : parmi les 80 pays qui ont fixé des engagements volontaires, on trouve toutes les économies majeures, dont la Chine, l'Inde et le Brésil. Ensuite, les pays en développement ont accepté de se soumettre à des contrôles de la part d'experts techniques indépendants (1/CP.16, par. 63).

D'autres questions abordées furent le rôle de la Réduction des Emissions par l'action sur le Déboisement et la Dégradation des forêts (*REDD plus*, 1/CP.16, Section C), sur lequel nous reviendrons (page 100 et suivantes), la question du financement, avec une reprise du Fond Vert de Copenhague (1/CP.16, par. 103 et ss.) et un élargissement du débat à d'autres *fora* de discussions, en particulier au G-20. Celui-ci semblerait ne plus être en compétition avec les institutions climatiques onusiennes, et pourrait au contraire collaborer avec elles²¹¹.

Enfin, par rapport à l'accord de Copenhague et aux accords précédents, l'accord de Cancun affirme que « *l'adaptation [au changement climatique] doit être considérée*

²⁰⁷ L'accord de Cancun a été trouvé dans le cadre de la voie de négociation de la Convention-cadre.

²⁰⁸ Un tableau comparatif entre les éléments décidés à Copenhague et à Cancun est contenu dans : Sarah O. LADISLAW, « Cancun climate negotiation », Center for Strategic and International Studies, 15/12/2010, <http://csis.org/publication/cancun-climate-negotiation> (3/08/2011).

²⁰⁹ Robert N. STAVINS, « What Happened (and Why): An Assessment of the Cancun Agreements », in Harvard Kennedy School, *Belfer Center for Science and International affairs*.

²¹⁰ COP-16, Décision 1/CP.16, *Les accords de Cancun: Résultats des travaux du Groupe de travail spécial de l'action concertée à long terme au titre de la Convention*, FCCC/CP/2010/7/Add.1, p. 2.

comme revêtant le même degré de priorité que l'atténuation [des émissions de GES] (...) » (1/CP.16, par. 2, lett. b). Ce qui pose la question de savoir si ce revirement de priorité qui met l'accent sur l'adaptation ne serait pas un signe de la difficulté de parvenir à des mesures efficaces en matière de réduction des émissions, et constituerait donc la prémisse d'un changement majeur dans l'action climatique internationale.

Selon les commentateurs, les avancées de l'accord étaient modestes, mais le point important était que les pays avaient su trouver un accord pour dépasser le coup d'arrêt de Copenhague²¹². En particulier, l'accord montre une évolution dans l'application du principe des responsabilités communes mais différenciées, en réponse à une réalité géopolitique qui s'est modifiée par rapport aux années quatre-vingt-dix : les pays industrialisés doivent reconnaître leur responsabilité historique dans les niveaux d'émissions, mais tous les pays sont responsables de leurs émissions futures, ce qui indique un dépassement progressif de la division entre pays annexe I et pays non annexe I. Toutefois, les engagements des pays non visés à l'annexe I restent pour l'instant volontaires.

Malgré ces progrès, de nombreuses questions restaient ouvertes à l'issue de cette Conférence. D'abord, le futur du Protocole de Kyoto : les négociations au sein du AWG-KP ont révélé l'opposition de plusieurs pays à une deuxième période d'engagement²¹³. Ensuite, la forme que le nouvel accord devrait revêtir, ainsi que les échéances d'adoption et d'entrée en vigueur n'ont pas été décidées. Enfin, s'agissant

²¹¹ Sur cet aspect, voir, l'interview de Alice POUYAT à Laurence TUBIANA, in « Cancun : "Un pas important pour le climat" », 2010, <http://www.lejdd.fr/Ecologie/Climat/Actualite/Laurence-Tubiana-dresse-le-bilan-du-sommet-de-Cancun-sur-le-climat-241937/> (2/08/2011) et Robert N. STAVINS, *op. cit.*

²¹² Robert N. STAVINS, « Why Cancun Trumped Copenhagen: Warmer Relations on Rising Temperatures », in Harvard Kennedy School, *Belfer Center for Science and International Affairs*, 20/12/2010. La plupart des commentateurs voit la Conférence de Cancun comme un succès par rapport à celle de Copenhague, et cela pour plusieurs raisons. En premier lieu, le gouvernement mexicain a bien géré la Conférence depuis sa préparation jusqu'au vote de la décision de la COP. Par exemple, en séance plénière la Bolivie s'est opposée, seule, à l'approbation de l'accord de Cancun. La ministre des Affaires Etrangères mexicaine Patricia SPINOSA a décidé de « prendre note » de cette opposition en affirmant que l'accord de 193 pays était équivalent à un consensus et en soulignant qu'il n'était pas nécessaire d'avoir l'unanimité. La différence avec l'attitude du Premier Ministre Danois lors de la Conférence de Copenhague a été donc importante.

En deuxième lieu, l'opposition entre Etats-Unis et Chine au cours de la Conférence de Copenhague a semblé atténuée à Cancun. Le changement de centre de gravité des négociations vers un dialogue Etats-Unis – grands pays émergents a été ici confirmé. En trouvant un accord à Cancun sur certains des aspects les plus délicats, Etats-Unis et Chine ont pu récupérer de la crédibilité aux yeux du monde.

En troisième lieu, il est intéressant de souligner la différence de l'approche des chefs d'Etat entre les deux conférences. A Copenhague, où il y avait une forte exposition médiatique, pour parvenir à un accord visible les chefs d'Etat ont parfois contourné les acquis de la négociation officielle. Au contraire, à Cancun, le rôle prépondérant a été joué par les techniciens.

Il faut cependant remarquer que le succès relatif de Cancun est aussi une conséquence de l'échec de Copenhague : la crainte de la fin du régime climatique onusien a sûrement représenté une forte pression sur les pays, notamment en développement.

²¹³ Le Japon et la Russie avaient rejoint les Etats-Unis en affirmant leur opposition. Le Canada et l'Australie avaient manifesté des doutes au sujet d'un possible nouvel engagement de leur part.

du financement de l'action climatique, toutes les décisions devaient encore être prises et le contexte de crise économique et financière mondiale rendait plus difficile l'adoption d'engagements coûteux en faveur de l'environnement.

Plus généralement, la question de l'approche (*top-down* ou *bottom-up*) n'a pas été tranchée. L'Union européenne restait en faveur d'une coordination globale des réductions qui se traduit par des limites contraignantes fixées au sein des institutions internationales, tandis que les Etats-Unis et la Chine soutenaient les engagements volontaires non contraignants tels qu'établis par l'accord de Copenhague.

B. Une nouvelle feuille de route vers l'année 2015

La préparation du parcours vers un nouvel accord a fait l'objet des conférences successives de Durban (B.1), Doha et Varsovie (B.2). La présentation de ces Conférences permet de dresser un parallèle avec ce qui s'est passé avant Copenhague : une série de COP et COP/MOP incapables de résoudre les questions de principe enlisant les discussions, aboutissant uniquement à des échéances reportées à plusieurs reprises. En outre, nous verrons que ces dernières Conférences illustrent bien les difficultés de l'Union européenne à s'imposer dans les négociations.

B.1. La Conférence de Durban (2011)

La Conférence qui a eu lieu à Durban²¹⁴ a posé des jalons importants sur deux fronts : la définition du futur immédiat du Protocole de Kyoto en attente de la conclusion d'un nouvel accord climatique ; l'agenda et les bases pour la négociation du futur accord.

S'agissant du destin du Protocole de Kyoto, un groupe restreint de pays au sein du AWG-KP a accepté de participer à une deuxième période d'engagement du Protocole²¹⁵. Il a été établi, par un accord politique, qu'un accord juridiquement contraignant devait être conclu lors de la COP/MOP suivante (par. 8 de la Décision). Toutefois, afin de ne pas avoir un *hiatus* entre les deux périodes, la date du début d'engagement fut fixée au 1^{er} janvier 2013, même si la ratification et l'entrée en vigueur de l'amendement au Protocole devaient intervenir plus tard. Parmi les pays

²¹⁴ COP-17, COP/MOP-7, du 28 novembre au 9 décembre 2011.

qui ont anticipé leur participation à la deuxième période d'engagement du Protocole de Kyoto, nous trouvons l'UE et ses Etats membres, la Norvège, la Suisse et l'Islande. Le Japon et la Fédération Russe ont au contraire décidé de ne pas participer. Quant au Canada, il a communiqué qu'il se retirait du Protocole de Kyoto, mesure qui a pris effet le 15 décembre 2012, avant même la fin de la première période d'engagement.

S'agissant du futur accord climatique, les parties à la COP ont élaboré un document établissant une feuille de route pour parvenir à un nouvel accord²¹⁶. Ce document a une portée fondamentale : dans la droite ligne des progrès réalisés à Cancun, les deux catégories de parties (annexe I et non annexe I) disparaissent et laissent place à l'égalité de toutes les parties dans les engagements climatiques²¹⁷. Dans le texte du document élaboré par la COP, il n'y a plus de références aux principes de responsabilités communes mais différenciées et d'équité. Ce document reflète ainsi un monde qui s'est transformé par rapport aux années quatre-vingt-dix.

Cette disparition a été difficile à obtenir. D'un côté, ceci constituait la seule possibilité d'un retour des Etats-Unis dans un accord climatique. De l'autre, c'était le résultat d'un compromis entre l'UE et les pays non visés à l'annexe I. L'Europe s'est montrée prête à s'engager pour une seconde période du Protocole de Kyoto, si les engagements du futur accord étaient étendus à toutes les parties²¹⁸. Après des réticences, le Brésil et l'Afrique du Sud se sont montrés prêts à dépasser la classification en deux groupes, tandis que la Chine et l'Inde ont semblé moins disposés à accepter ce changement historique. Malgré l'absence de référence aux responsabilités communes mais différenciées dans l'accord, l'UE, l'AOSIS et les pays les moins développés ont publié une déclaration affirmant la volonté d'attribuer

²¹⁵ Draft Decision, *Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Further Commitments for Annex I Parties under the Kyoto Protocol at its sixteenth session*, http://unfccc.int/files/meetings/durban_nov_2011/decisions/application/pdf/awgkp_outcome.pdf (26/01/2012).

²¹⁶ COP-17, Décision 1/CP.17, *Création d'un groupe de travail spécial de la plate-forme de Durban pour une action renforcée*, FCCC/CP/2011/9/Add.1, p. 2. Le groupe est généralement indiqué par son nom anglais « *Durban Platform for Enhanced Action* ».

²¹⁷ Contrairement à ce qui avait été prévu à Cancun, même la mention des responsabilités historiques des pays industrialisés disparaît. Voir Robert N. STAVINS, « International Climate Policy: The Durban Platform Opens a Window », *Review of Environmental Economics and Policy*, OUP blog, 24 janvier 2012, <http://blog.oup.com/2012/01/international-climate-policy-the-durban-platform-opens-a-window/> (26/01/2012).

²¹⁸ L'UE a donc conduit les deux négociations, au sein du AWG-KP et au sein de la COP, en parallèle et en organisant l'une en fonction des résultats obtenus dans l'autre. Pour apprécier pleinement cet aspect, il est intéressant de visionner les conférences de presse que la Commissaire pour l'Action pour le climat Connie HEDEGAARD a fait tout au long des négociations de Durban : http://ec.europa.eu/clima/events/0045/index_en.htm (26/01/2012). Sur le conditionnement d'une négociation sur l'autre, voir aussi : Daniel BODANSKY, « Evaluating Durban », *Opinio Juris*, 12/12/2011, <http://opiniojuris.org/2011/12/12/evaluating-durban/> (26/01/2012).

à toutes les parties des engagements de réduction et d'adaptation, en tenant compte de ce principe et des possibilités de chacune. Le concept de responsabilités communes mais différenciées resterait donc sous-jacent, *de facto*, à l'attribution des engagements aux parties²¹⁹, et les pays les plus pauvres seraient ainsi exclus des engagements de réduction des émissions²²⁰.

Les autres points importants établis à Durban portent sur le *forum* compétent pour les négociations, sur la forme que l'accord devra prendre et sur les échéances à respecter. En ce qui concerne le *forum* de négociations, la COP a décidé de ne pas les poursuivre au sein du groupe AWG-LCA, créé par la feuille de route de Bali en 2007, mais de créer un nouveau groupe de travail *ad hoc* : le *ad hoc Working Group on the Durban Platform on Enhanced Action*.

La discussion sur la forme du futur accord a été très animée entre parties favorables et parties défavorables à la conclusion d'un accord juridiquement contraignant²²¹. Les parties ont trouvé un accord sous la forme d' « *un protocole, un autre instrument juridique ou un résultat partagé ayant force légale d'après la Convention* » (« *a protocol, another legal instrument or an agreed outcome with legal force under the Convention* »)²²². Le contenu de cet accord reste toutefois à définir, tout comme l'approche à suivre (*bottom-up* ou *top-down*), et les mécanismes de financement de l'action climatique.

Les parties se sont également accordées sur les échéances à respecter : le texte du nouvel accord devrait être adopté au plus tard en 2015, lors de la COP-21, comme proposé par l'UE, afin d'entrer en vigueur au plus tard en 2020.

²¹⁹ Durban, 9 December 2011, Common statement by EU, LDC and AOSIS, « The least developed countries, the Alliance of Small Island States and the European Union are united in their desire for an ambitious outcome in Durban ». Dans cette déclaration conjointe, les trois acteurs nomment le concept de responsabilités communes mais différenciées, en affirmant: « *all parties to the UNFCCC need to commit, respecting the principle of common but differentiated responsibility and respective capabilities* ».

²²⁰ Rappelons que les Etats-Unis ne s'étaient pas opposés à cette dernière différenciation parmi les pays non visés à l'annexe I.

²²¹ L'Inde s'est fortement opposée à un accord juridiquement contraignant. La position de Chine et Etats-Unis a été plus ambiguë. Daniel BODANSKY, « The negotiation that would not die », *Opinio Juris*, 11/12/2011, in <http://opiniojuris.org/2011/12/11/the-negotiations-that-would-not-die/> (26/01/2012).

²²² Cette formulation a été préférée à celle de « *legal framework* » ou « *legal outcome* » suite aux oppositions fortes de la part de l'UE, de l'AOSIS et des pays les moins développés. Les formules « *protocole ou un autre instrument juridiquement contraignant* » rappellent celles utilisées dans le Mandat de Berlin qui avait conduit à l'adoption du Protocole de Kyoto. A la phrase « *agreed outcome* » propre au Plan d'Action de Bali a été ajouté « *with legal force* ». Daniel BODANSKY, *op. cit.*

B.2. Les Conférences de Doha et de Varsovie

La Conférence qui a eu lieu à Doha, au Qatar, du 26 novembre au 8 décembre 2012 a poursuivi le processus démarré à Durban²²³. Les résultats de cette Conférence sont le fruit d'une activité de négociation intense de l'Union européenne, que nous analyserons dans la section suivante.

Comme à Durban, les progrès dans les négociations à Doha ont eu lieu sur deux fronts différents : l'établissement d'une seconde période d'engagement du Protocole de Kyoto et la définition des éléments d'un nouvel accord international. Le premier aspect est pour nous le plus intéressant, dans la mesure où il témoigne de l'intensité de l'activité européenne et nous pouvons déjà en analyser les premiers aboutissements. Pour une évaluation du deuxième front, il sera en revanche nécessaire d'attendre la suite des négociations pour pouvoir examiner le degré de réussite d'un accord sur la nouvelle gouvernance climatique.

En ce qui concerne le Protocole de Kyoto, les négociations ont eu lieu au sein de l'AWG-KP et ont permis de finaliser la définition de la seconde période d'engagement du Protocole, qui a débuté le 1^{er} janvier 2013 et qui se terminera le 31 décembre 2020²²⁴ : la continuité avec la première période serait ainsi assurée. L'amendement du Protocole de Kyoto entrera en vigueur le 9^{ème} jour après son adoption par au moins trois quart des parties au Protocole de Kyoto, soit 144 pays²²⁵. A ce jour, un nombre très limité de pays, dont la plupart sont des pays en développement, ont adopté l'amendement : l'entrée en vigueur du Protocole semble ainsi très lointaine²²⁶.

Dans la droite ligne des positions énoncées lors de la Conférence de Durban, seul un nombre limité de pays visés à l'annexe I se sont engagés à réduire leurs émissions de GES pour la période 2013-2020. Les engagements chiffrés assumés sont contenus dans l'Annexe B du Protocole, comme amendé par l'accord de Doha. Les parties pouvaient cependant revoir leur engagement jusqu'à 2014, dans l'optique de parvenir à un objectif de réduction globale des émissions de GES d'au moins 25 à 40 % par

²²³ L'accord de Doha a notamment avancé les négociations sur trois aspects : l'organisation de la coopération à long terme sous la convention ; le financement de moyen et long termes ; les approches pour traiter les pertes et dommages associés aux impacts du changement climatique dans les pays en développement.

²²⁴ COP/MOP-8, Décision 1/CMP.8, *Amendement de Doha au Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1., par. 4.

²²⁵ Article 21(7) et article 20(4) du Protocole de Kyoto. Le paragraphe 5 de l'accord établit que les « parties peuvent appliquer provisoirement l'amendement en attendant son entrée en vigueur ».

²²⁶ Les parties ayant adopté l'amendement sont à ce jour 11 (8/08/2014). Pour les dates d'adoption de l'amendement et pour une liste à jour consulter le site : http://unfccc.int/kyoto_protocol/doha_amendment/items/7362.php (8/08/2014).

rapport aux niveaux de 1990 d'ici 2020²²⁷. L'Union européenne s'est engagée pour le moment à une réduction conjointe de 20%, conformément à son objectif interne et bien que cette valeur soit en-deçà du minimum fixé par l'accord. Parmi les pays visés à l'annexe I qui se sont engagés pour la seconde période du Protocole de Kyoto, outre l'Union européenne, on compte six pays développés (l'Australie, l'Islande, Monaco, la Norvège, la Suisse et la Nouvelle Zélande²²⁸) et trois pays en transition vers une économie de marché (le Belarus, le Kazakhstan et l'Ukraine). Afin de parvenir aux objectifs indiqués à l'annexe B, les parties ayant ratifié le Protocole de Kyoto pour sa seconde période d'engagement pourront avoir recours aux mécanismes flexibles.

En ce qui concerne les négociations pour un nouvel accord international, les parties ont discuté au sein du *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform on Enhanced Action* et ont confirmé la volonté d'adopter le nouvel accord lors de la Conférence qui se déroulera à Paris en 2015. En novembre 2013, les parties à la Convention-cadre et au Protocole de Kyoto ont poursuivi les négociations dans la lignée des décisions prises à Doha²²⁹. De cette Conférence, qui a eu lieu à Varsovie, mérite d'être mentionnée la poursuite du bras de fer entre pays développés et pays en développement sur l'extension d'engagements chiffrés de réduction des émissions contraignants pour toutes les parties au nouvel accord. Les discussions se sont conclues, pour l'instant, par un compromis qui consiste à utiliser le mot « contributions » à la place d'« engagements ». Ce changement de vocabulaire peut être interprété de deux manières. Il peut constituer la prémisse d'un nouvel échec lors des futures négociations, pouvant prendre les formes les plus variées : impossibilité de parvenir à un accord faute de participation des Etats-Unis, conclusion d'un nouvel accord avec des engagements contraignants par un nombre limité de parties, conclusion d'un accord avec des engagements sur base volontaire, non contraignants et éventuellement modifiables au fil des années. Cette modification pourrait aussi représenter un pas important vers un changement d'attitude de la part des pays en développement, qui pourrait aider à un déblocage des négociations stagnantes²³⁰.

²²⁷ COP/MOP-8, *op.cit.*, III, pt. 7.

²²⁸ La Nouvelle Zélande, à la différence des autres parties ayant communiqué leur engagement de réduction pour la seconde période du Protocole de Kyoto lors de la Conférence de Doha, « se fixera un objectif chiffré de réduction de ses émissions pour l'ensemble de son économie (...) au cours de la période allant de 2013 à 2020 ». Annexe I, Amendement de Doha au Protocole de Kyoto, A, note de bas de page n. 15.

²²⁹ COP 19, COP/MOP 9 qui a eu lieu à Varsovie du 11 au 22 novembre 2013.

²³⁰ Thomas SPENCER, « 2B continued... The outcomes of the Warsaw Climate Conference and implications for Paris 2015 », *IDDRI Policy Brief*, n° 15/13 November 2013.

Quoi qu'il en soit, lors des deux dernières conférences, des pas en avant semblent avoir été accomplis uniquement pour la fixation d'un calendrier en vue de Paris 2015. Sur les autres aspects, les discussions se poursuivent. Dans la prochaine section, nous essaierons de mettre en lumière les difficultés auxquelles la communauté internationale et l'Union européenne en particulier doivent encore faire face pour parvenir à un accord en 2015, ainsi que les perspectives pour les négociations.

Conclusions de la section

Dans cette section, nous avons présenté le déroulement des négociations à partir de la Conférence de Montréal (2005) jusqu'à la COP de Varsovie (2013). Il est pour l'instant difficile d'en évaluer les résultats. Si la communauté internationale est arrivée à une impasse lors de la Conférence de Copenhague en 2009, elle est parvenue à relancer les négociations non seulement par la réinsertion du discours climatique au sein des institutions établies par la Convention-cadre et son Protocole, mais aussi en traitant des questions clés telles que le dépassement de la division en deux catégories et le système de contrôle. D'autre part, un nouvel accord n'a pas encore été conclu et plusieurs points centraux restent à clarifier : entre autres, l'approche et la forme des engagements.

En ce qui concerne la deuxième période d'engagement du Protocole de Kyoto, l'action européenne s'est révélée essentielle pour parvenir à un accord, même si ce dernier montre une communauté internationale encore divisée. D'un côté, nous trouvons l'Union européenne, accompagnée d'un nombre limité de pays visés à l'annexe I et des pays en développement, qui acceptent une deuxième période d'engagement. D'ailleurs, même l'engagement de l'Union, limité aux objectifs déjà fixés en 2009 par le paquet énergie-climat, semble davantage avoir pour but d'éviter le *hiatus* après la première période d'engagement du Protocole que de proposer une véritable suite pour Kyoto. De l'autre côté, nous comptons les Etats-Unis et d'autres pays visés à l'annexe I, partisans d'une modification profonde de la gouvernance climatique qui pourra avoir lieu uniquement par l'adoption d'un nouvel accord.

Dans ce contexte, la position européenne de préservation des acquis de Kyoto, marginalisés par les négociations en cours qui tentent d'en dépasser le cadre, pourrait représenter un choix avisé, permettant de disposer d'un noyau d'agrégation pour relancer les négociations dans le cas d'un échec à Paris en 2015.

Section 2 : Les raisons des difficultés dans la négociation et les perspectives

A la lumière des négociations climatiques qui se sont déroulées depuis 2005, nous analyserons ici les difficultés principales à l'origine des ralentissements dans l'activité internationale et nous illustrerons les solutions qu'ont été envisagées au fil du temps. Nous nous focaliserons d'abord sur le plan international (sous-section 1) puis sur le plan européen (sous-section 2).

Sous-section 1 : un contexte international modifié

Dans cette sous-section, nous souhaitons analyser les difficultés qui ont émergé lors des négociations pour un accord post-Kyoto (A).

Ensuite, nous verrons comment ces difficultés de parvenir à un accord sur de nouvelles bases pour l'action climatique ont conduit la doctrine et les parties mêmes à réfléchir sur la possibilité d'envisager d'autres *fora* pour les discussions climatiques (B).

A. Les difficultés dans la gouvernance climatique

Nous abordons ici deux difficultés qui, comme nous l'avons vu, sont récurrentes lors des négociations. La première est la répartition des pays en parties visées à l'annexe I et parties non visées à l'annexe I : la discordance entre, d'une part, les équilibres figés par la Convention-cadre et son Protocole et, d'autre part, la réalité des années 2000, a questionné la structure même de l'accord climatique (A.1).

La seconde difficulté réside dans la multiplication, au fil des années, des tables de négociations (A.2).

A.1. Des variations importantes dans les niveaux d'émission de GES

Le fait que les équilibres mondiaux se soient modifiés pendant les vingt dernières années est bien connu. Sans vouloir aborder de manière générale un sujet si vaste, il est ici important de saisir ses répercussions dans le domaine climatique. Pour ce faire, nous nous appuyons sur une donnée représentative : l'évolution des niveaux

d'émission de GES de différents pays entre 1990 et 2010²³¹. Cette donnée n'est sûrement pas la seule à témoigner des mutations de la situation mondiale, mais elle est la plus apte à représenter de manière synthétique ces modifications dans le cadre du changement climatique et des négociations internationales dans ce domaine. En effet, l'analyse des émissions de GES et l'examen de leurs variations de 1990 à 2005, puis de 2005 à 2010²³², confirment une modification importante et rapide des équilibres entre pays.

En 1990, les plus grands émetteurs étaient les Etats-Unis, avec un niveau d'émissions supérieur à 6000 MtCO₂e²³³. L'Europe avait des émissions légèrement inférieures à 6000 MtCO₂e, mais il faut rappeler que ces statistiques de 2012, dans un souci de comparabilité, fournissent les valeurs pour les 27 Etats membres, et non pour les 15 de l'époque (pour ces derniers, les émissions étaient d'environ 4000 MtCO₂e²³⁴). Parmi les pays visés à l'annexe I, ces deux grands émetteurs étaient suivis de la Russie qui, en 1990, avait une production de GES un peu inférieure à 4000 MtCO₂e²³⁵. Le premier pays non visé à l'annexe I parmi les grands émetteurs était déjà la Chine, avec un niveau d'émissions de 4000 MtCO₂e. Ces premières données reflètent tant la structure de gouvernance choisie par la Convention-cadre, que le déroulement des négociations de cet accord et de son Protocole. D'abord, le cœur des négociations était constitué des Etats-Unis et de l'Europe, qui représentaient effectivement les deux plus grands émetteurs de l'époque. La lutte contre le changement climatique, pour être efficace, devait commencer par ces deux acteurs. Ensuite, la Chine avait déjà un niveau élevé d'émissions, supérieur à celui de la Russie, ce qui préoccupait, surtout en termes prospectifs, les Etats-Unis. Ces derniers craignaient que l'absence d'engagements de la puissance asiatique ait des conséquences importantes tant en termes de protection de l'environnement qu'en termes de concurrence industrielle. Enfin, ces données montrent que, à l'époque, la

²³¹ Toutes les données que nous utilisons dans ce paragraphe sont contenues dans : UNEP, *The Emissions Gap Report 2012, A UNEP Synthesis Report*, UNEP, November 2012. Ce rapport est consultable sur le site : <http://www.unep.org/pdf/2012gapreport.pdf> (23/08/2013).

²³² Voir le graphique publié à la page 29 du Rapport de l'UNEP. Pour les chiffres exacts, voir le même rapport.

²³³ L'unité « MtCO₂e » indique les millions de tonnes de CO₂ équivalente. Le terme équivalent signifie que les GES autres que le CO₂ sont aussi pris en compte, et reconduit à la quantité de CO₂ qui produirait un effet de serre équivalent. Cette convention est adoptée dans l'ensemble des documents sur le changement climatique.

²³⁴ EEA Report N° 6/2011, *Greenhouse gas emissions in Europe: a retrospective trend analysis for the period 1990–2008*, p. 27.

²³⁵ Il est clair, à partir de ces données, pourquoi les efforts diplomatiques européens se sont tournés prioritairement vers la Russie, lorsque les Etats-Unis ont décidé de ne pas ratifier le Protocole de Kyoto.

différence entre émissions chinoises et américaines était élevée, les Etats-Unis émettant presque le double de la Chine.

En 2005, année d'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto, la situation des émissions de GES s'était largement modifiée. La différence la plus significative réside peut-être dans le fait qu'en cette année le niveau des émissions américaines, augmenté par rapport à 1990, était équivalent au niveau de la Chine, entre 7000 et 8000 MtCO_{2e}. L'Europe, grâce à sa politique climatique avancée mise en place pour faciliter la ratification du Protocole, en montrant la voie aux autres pays, avait déjà commencé à stabiliser, voire à diminuer ses émissions. La Russie avait également réduit ses émissions, en raison des profondes modifications économiques et sociales qu'elle avait connues après l'effondrement de l'Union Soviétique. La prise en compte d'autres pays en développement montre des croissances importantes pour le Brésil et l'Inde, dont les émissions restaient pourtant largement inférieures à celles de la Chine (environ 2000 MtCO_{2e}). Ces quelques données montrent déjà que les équilibres entre les parties en 2005 n'étaient plus les mêmes que ceux observés quinze ans plus tôt.

En 2010, enfin, après l'échec de Copenhague et lors de la recherche d'une nouvelle voie pour l'après-Kyoto, le premier émetteur de GES au monde était nettement la Chine, dont les émissions avaient atteint le seuil de 11000 MtCO_{2e} (22% des émissions mondiales), dépassant les Etats-Unis qui, en partie à cause de la crise économique, avaient réduit leurs émissions en dessous de 7000 MtCO_{2e} (13%). Les émissions européennes ont continué à baisser, atteignant les 5000 MtCO_{2e}, ce qui représente 10% des émissions mondiales. Les grands pays émergents autres que la Chine ont enregistré une augmentation significative, même si leurs émissions restent minoritaires : l'Inde a presque triplé son niveau d'émissions entre 1990 et 2010, passant d'environ 1000 MtCO_{2e} à 2700 MtCO_{2e}, ce qui représente 5% des émissions mondiales.

La mise en relation des variations absolues d'émissions, que nous venons de présenter, avec le nombre d'habitants de chaque pays montre la quantité d'émissions *per capita*. L'analyse de ces données relatives entre 1990 et 2010 montre une double tendance : les principaux pays développés (à l'exception du Canada) ont réduit les émissions *per capita* ; en revanche, ces émissions ont augmenté de manière assez significative dans tous les principaux pays non visés à l'annexe I. La tendance positive au sein des pays visés à l'annexe I est le résultat de plusieurs phénomènes, notamment la mise en œuvre de politiques climatiques et la modification des activités

productives des pays développés, comme la croissance du secteur tertiaire au détriment du secteur industriel. Cela pourrait également être le symptôme d'une délocalisation des activités industrielles, due à la différence des coûts de production entre les pays et, pour les activités les plus polluantes, aux contraintes environnementales²³⁶.

La comparaison entre les données des pays visés à l'annexe I et celles des pays en développement sur les émissions de GES *per capita* montre toutefois que la distance entre les deux groupes est encore importante, notamment entre les Etats-Unis et la Chine. En 2010, les émissions *per capita* des américains correspondaient au triple des émissions chinoises : 21 MtCO_{2e} *per capita* contre 7. Les émissions de l'Union européenne en 2010 étaient d'environ 9 MtCO_{2e} *per capita*, largement inférieures à celles des Etats-Unis. Ces considérations sont d'ailleurs à l'origine de réflexions sur une différente conception de l'équité dans le domaine du changement climatique, soutenue notamment par les pays en développement. Cette conception suggère de ne plus prendre en compte les Etats, en tant qu'unité de base et acteur du droit international, dans l'attribution des responsabilités et dans le calcul des émissions, mais plutôt le citoyen ou, encore mieux, le consommateur²³⁷.

Même en nous limitant, dans le large éventail des indicateurs du développement économique ou social des pays, à l'observation des émissions de GES, nous avons pu illustrer le changement profond des équilibres entre les pays entre le début des négociations climatiques et la deuxième phase. La nécessité de reconsidérer dans le futur accord les distinctions faites dans la Convention-cadre et le Protocole de Kyoto n'est donc pas simplement un arrangement diplomatique, mais la reconnaissance d'une mutation profonde à laquelle la structure des accords précédents ne parvenait pas à s'adapter.

A.2. Une gouvernance complexe : l'exemple de la REDD

Une deuxième difficulté majeure a contribué à ralentir les négociations. Il s'agit de la complexité de la gouvernance climatique qui a vu se multiplier, depuis la

²³⁶ Les Etats-Unis, et notamment l'administration BUSH, ont à plusieurs reprises utilisé le risque de délocalisation comme argument pour la non-différenciation des engagements entre parties à la Convention-cadre.

²³⁷ Pour une analyse politique et philosophique de ces options, voir, entre autres : Steve VANDERHEIDEN, *Atmospheric justice. A political Theory of Climate Change*, Oxford University Press, Oxford, 2008 ; Eric A. POSNER, *Climate Change Justice*, Princeton University Press, Oxford, 2010; Paul G. HARRIS, *World Ethics and Climate Change. From international to Global Justice*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2010.

Convention-cadre, les tables de discussions. Nous avons déjà analysé le cas du dédoublement des tables entre COP et COP-MOP, suite à l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto, ou la création de l'AWG-LCA. Nous voulons maintenant fournir un autre exemple des difficultés de coordination entre instances de négociations : celui de la Réduction des Emissions en provenance de la Déforestation et de la Dégradation des forêts (REDD).

Le parcours de cet instrument de lutte contre le changement climatique est emblématique : imaginé à l'origine au sein du Protocole de Kyoto, les difficultés techniques qu'il posait ont conduit à l'exclure des accords climatiques pour l'expérimenter dans un autre cadre (le PNUE), avant de le réintroduire en tant qu'instrument phare dans les négociations pour la période post-Kyoto.

Pour comprendre cet instrument, il est nécessaire de rappeler que la gestion des sols et des forêts constitue une méthode importante de lutte contre le changement climatique : les écosystèmes, dont l'état et la conservation dépendent des usages et de la gestion des sols, peuvent absorber des quantités significatives de GES ; les développer, les conserver ou les restaurer là où ils ont été précédemment dégradés permet de stocker et de retenir ces GES, tandis que leur destruction ou dégradation libère ces gaz dans l'atmosphère²³⁸. Selon les rapports des scientifiques, la déforestation est à elle seule responsable de presque 20% des émissions de GES par an, tout particulièrement dans les pays tropicaux²³⁹. L'insertion d'un instrument de prévention de la déforestation et de la dégradation des forêts a donc toujours été envisagée parmi les méthodes de lutte contre le changement climatique.

La Convention-cadre reconnaît ce rôle fondamental tant dans son préambule qu'à l'article 4 relatif aux engagements des parties. Ce dernier énonce que « *les Parties (...) encouragent la gestion rationnelle et encouragent et soutiennent par leur*

²³⁸ Aux sols et aux forêts sont associés les concepts scientifiques de « puits » et de « réservoirs ». Dans la Convention-cadre les réservoirs sont définis comme : « *un ou plusieurs constituants du système climatique qui retiennent un gaz à effet de serre, un aérosol ou un précurseur de gaz à effet de serre* » (Art. 1, Définitions, Convention-cadre). Par « puits » on entend « *tout processus, toute activité ou tout mécanisme, naturel ou artificiel, qui élimine de l'atmosphère un gaz à effet de serre, un aérosol ou un précurseur de gaz à effet de serre* » (Art. 1, Définitions, Convention-cadre). Pour une explication scientifique de la notion de réservoir, voir Pierre MASLET, *Environnement. Pollution atmosphérique. Causes, conséquences, solutions, perspectives*, Elipses, Paris, 2005, p. 107 ss. Pour une description des puits et pour une analyse scientifique, voir Daniel VALLERO, *Fundamental of Air Pollution*, Elsevier, Fourth edition, Amsterdam, 2008, pp. 71-73.

²³⁹ Parmi les pays en développement, l'Indonésie nous donne une mesure de l'impact de la déforestation dans la contribution de ces pays à l'augmentation de GES dans l'atmosphère. En effet, 85% des émissions annuelles de ce pays sont issues de la déforestation. Sur l'Indonésie voir, entre autres, Agus P. SARI, Martha MAULIDYA, Ria N. BHUTARBAR, Rizka E. SARI, Wisnu RUSMANTORO, « *Executive Summary: Indonesia and Climate Change* », *Working Paper on Current Status and Policies*, The World Bank, Department for International Development, March 2007, <http://www.conflict-recovery.org/bin/PEACEClimateChange-ExecSum.pdf> (12/05/2010).

*coopération la conservation et, le cas échéant, le renforcement des puits et réservoirs (...), notamment la biomasse, les forêts et les océans de même que les autres écosystèmes terrestres, côtiers et marins »*²⁴⁰.

Lors de la négociation de la Convention-cadre, l'insertion des forêts a suscité un débat important : les pays ayant une exploitation forestière importante, surtout les pays en développement, acceptaient et acceptent difficilement des ingérences dans leur gestion de cette importante ressource naturelle.

Le Protocole de Kyoto prévoit la prise en compte du « *changement d'affectation des terres et de la foresterie* » (art. 3(4), en suivant la doctrine, nous utiliserons l'acronyme anglais LULUCF²⁴¹). Les détails de cette prise en compte ont été définis dans les accords de Marrakech²⁴², notamment en ce qui concerne l'utilisation des LULUCF dans le cadre du Mécanisme de Développement Propre (MDP)²⁴³. En délimitant les activités susceptibles d'être comptabilisées pour atteindre les objectifs de réduction des émissions de GES, les accords de Marrakech n'ont pas inclus, parmi les LULUCF, la prévention de la déforestation et de la dégradation des forêts (REDD).

Les discussions sur l'insertion de ces deux activités parmi celles figurant dans le Protocole de Kyoto (avec les améliorations faites par les COP/MOP suivantes) ont été particulièrement animées. Les raisons pour lesquelles la REDD n'a pas été incluse dans les accords climatiques sont nombreuses et concernent des problèmes de deux ordres : la définition et la méthodologie.

Concernant les difficultés de définition, il est opportun de rappeler la distinction entre déforestation et dégradation des forêts, deux phénomènes différents. De manière générale, la déforestation concerne la conversion des forêts en d'autres types de

²⁴⁰ Préambule de la Convention-cadre, par. 4. Ici, aux puits et réservoirs propres des écosystèmes terrestres (i.e. sols et forêts) sont associés puits et réservoirs des écosystèmes marins. L'article, qui comporte seulement la promotion et la coopération sans imposer une obligation de conservation et de gestion de ces puits et réservoirs, met sur un pied d'égalité tous les puits et les réservoirs, qui soient terrestres ou marins et sans distinction de nature ou usage.

²⁴¹ LULUCF est l'acronyme anglais de *Land Use, Land Use Change and Forestry*.

²⁴² COP-7, Décision 11/CP.7, *Utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie*, FCCC/CP/2001/13/Add.1, p. 56.

²⁴³ COP/MOP-1, Décision 5/CMP.1, *Modalités et procédures de prise en compte des activités de boisement et de reboisement au titre du mécanisme pour un développement propre au cours de la première période d'engagement aux fins du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.1, p. 61 et COP/MOP-1, Décision 16/CMP.1, *Utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie*, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, p. 3.

Nous tenons ici à souligner que le LULUCF était déjà prévu comme possible pour la réalisation des Mécanismes de Mise en Œuvre Conjointe (MOC), *ex art. 6* du Protocole de Kyoto.

couverture du sol²⁴⁴. La dégradation a lieu quand la forêt reste une forêt mais perd, en tout ou partie, sa capacité à fournir des services écosystémiques, ou quand elle souffre de changements majeurs dans sa composition d'espèces à cause de la surexploitation, de l'invasion d'espèces exotiques, du feu ou d'autres facteurs anthropiques²⁴⁵. Même si les concepts de déforestation et de dégradation de la forêt semblent *a priori* clairs, il n'existe toutefois pas de définition universelle de la dégradation de la forêt. Afin de montrer l'inexistence d'un accord sur ce sujet, il devrait être suffisant de rappeler que la FAO (*Food and Agriculture Organisation*), le GIEC et l'ITTO (*International Tropical Timber Organisation*) utilisent tous des définitions différentes²⁴⁶. La difficulté de parvenir à une définition commune est le résultat de la complexité du phénomène ainsi que de ses impacts sur la société, la culture et l'économie des populations.

Quant aux difficultés méthodologiques, elles incluent plusieurs problèmes de comptabilisation des GES non-émis suite à un projet de REDD²⁴⁷, dont nous fournissons trois exemples : un projet de réduction de la déforestation ou de la dégradation des forêts dans une aire délimitée peut entraîner un simple déplacement des émissions plutôt qu'une réduction, ce qu'on appelle « fuites » ou *leakage* ; le stockage de CO₂ suite à un projet, pour être comptabilisé, doit être persistant et ne pas être soumis à des aléas comme le déboisement illégal ; il est nécessaire de démontrer que la séquestration de CO₂ liée à un projet ne se serait pas produite en l'absence du projet.

Si la REDD a été exclu du Protocole de Kyoto suite à ces difficultés non résolues pendant les négociations, il a cependant donné lieu à un programme homonyme, lancé en Septembre 2008 par le PNUE en collaboration avec la FAO et l'UNDP²⁴⁸.

²⁴⁴ Nophea SASAKI et Francis E. PUTZ, « Critical need for new global definitions of “forest” and “forest degradation” in global climate change agreements », *Conservation Letters* 2 (2009) 226-232, p. 226.

²⁴⁵ *Ibid.* Voir aussi Millennium Ecosystem Assessment 2005, *Ecosystem and human well being: synthesis*, Island Press, Washington DC, consultable sur le site web <http://www.millenniumassessment.org/en/index.aspx> (12/05/2010)

²⁴⁶ Sur l'inexistence d'une définition universelle de la dégradation des forêts, voir : Dieter SCHOENE, Wulf KILLMANN, Heiner von LUPKE, Mette LOYCHE-WILKIE, *Definitional issues related to reducing emissions from deforestation in developing countries*, FAO Forests and Climate Change Working Paper 5, 2007, FAO, Rome, et Markku SIMULA, *Towards Defining Forests Degradation: Comparative Analysis of Existing Definitions*, FAO Forest Resource Assessment Working Paper 154, 2009, Rome.

²⁴⁷ Maria J. SANZ, *Reducing Emissions from Deforestation in Developing Countries (REDD)*, http://unfccc.int/files/meetings/intersessional/awg_4_and_dialogue_4/press/application/pdf/awg4_com_plus_red.pdf (14/05/2010).

²⁴⁸ Ce programme des Nations-Unies a comme objectif d'aider les pays en développement à créer et mettre en œuvre des projets de réduction des émissions de GES à travers une meilleure gestion de leurs forêts. Ces projets impliquent à ce jour 35 pays de l'Afrique, de l'Asie Pacifique et de l'Amérique Latine. Pour un panorama des activités de ce programme, consulter le site internet <http://www.un-redd.org/Home/tabid/565/Default.aspx> (24/11/2011).

Entre-temps, et malgré son développement dans un autre cadre que celui de la Convention-cadre, la volonté d'inclure la REDD dans un accord post-Kyoto a perduré. Les discussions ont commencé à être animées lors de la COP-11²⁴⁹ et ont abouti, après deux ans, à la conclusion d'un accord sur la volonté commune de donner à la REDD un rôle de premier plan dans la lutte contre le changement climatique, en particulier pour les pays en développement, les plus concernés par ce type d'instrument²⁵⁰. Cette volonté s'est traduite par l'inclusion de la REDD dans la feuille de route de Bali.

Durant les négociations qui ont conduit à l'accord de Copenhague un nouveau mécanisme a été conçu : la REDD plus²⁵¹. Cette dernière inclut non seulement la déforestation et la dégradation des forêts, mais aussi la conservation, la gestion durable des forêts et l'accroissement des réserves forestières. En plus de cet élargissement des actions par rapport à la REDD, l'accord appelle aussi à la création immédiate d'un mécanisme flexible qui puisse permettre la mobilisation de ressources des pays développés pour soutenir ces actions²⁵². A Cancun, l'intérêt de cet instrument pour la réduction des émissions des pays en développement a été confirmé.

Cependant, les difficultés que nous avons observées lors des premières négociations sur la REDD, concernant l'impossibilité de s'accorder sur une définition commune des phénomènes en jeu, ne sont pas résolues, et d'autres s'y sont ajoutées lors des élargissements du domaine que nous avons vus avec le passage de la REDD à la REDD plus. En outre, il est fort réducteur de considérer les forêts comme un simple puits de carbone, en ignorant la grande richesse de ces écosystèmes en termes de biodiversité, de ressources pour les pays et pour la culture de nombreux peuples. Cette complexité des forêts, commune à d'autres systèmes liés au changement climatique, rend extrêmement délicat et conflictuel le fait d'aborder ces sujets lors de négociations se limitant à la seule dimension climatique.

²⁴⁹ A Montréal, la Papouasie-Nouvelle Guinée et le Costa Rica, au nom de la « Coalition des Nations des forêts tropicales » ont demandé d'insérer cet instrument parmi les autres propres au régime climatique international.

²⁵⁰ Sheila WERTZ-KANOUNNIKOFF, « Reducing emissions from deforestation and degradation in developing countries (REDD): Insights from the UNFCCC COP-13 in Bali », *IDDRI, Idées pour le Débat*, n°12/2007 Climate Change, p. 2.

²⁵¹ L'agenda pour le développement de la REDD en vue de la COP-15 de Copenhague est contenu dans les travaux : COP-15, AWG-LCA, *Negotiating text, Note by the Chair*, FCCC/AWGLCA/2009/8 ; COP-15, AWG-LCA, *Revised negotiating text, Note by the secretariat*, FCCC/AWGLCA/2009/INF.1. Nous rappelons que le seul secteur spécifiquement traité par l'accord de Copenhague est celui des forêts, COP-15, *Copenhagen Accord, Draft Decision*, FCCC/CP/2009/L.7, n. 6, 8, 10.

²⁵² European Forestry Commission, *Implications of the Copenhagen outcome for the forest sector*, Thirty-fifth Session, Lisbon, Portugal, 27-30 April 2010, n. 6, <http://www.fao.org/docrep/meeting/018/k7896e.pdf> (15/05/2010).

En revenant à notre propos plus large sur les raisons du ralentissement des négociations climatiques, la REDD est un exemple, non seulement de la sensibilité de certains enjeux, dont la discussion peut se poursuivre pendant des décennies, mais aussi des risques d'alourdissement de la gouvernance. Les difficultés initiales posées par la REDD ont conduit à la sortir des accords, ce qui a permis un développement de cet instrument indépendant des négociations climatiques, elles-mêmes allégées de ce débat. Or, se pose maintenant le problème de la réinsertion de cet instrument dans son cadre original : non seulement les aspects qui étaient conflictuels par le passé devront être abordés à nouveaux, mais la discussion devra aussi aborder le rôle des institutions qui se sont chargées de développer la REDD jusqu'à présent, leurs rapports avec les institutions climatiques et le statut des projets entrepris durant ces années²⁵³.

B. Des voies de négociation alternatives

A la divergence entre pays en développement et pays développés qui s'est ancrée dans les discussions climatiques, il est opportun d'ajouter deux autres éléments structurels qui ont contribué au ralentissement des négociations : d'une part la présence d'un grand nombre de parties ainsi que leur hétérogénéité ; d'autre part une procédure basée sur l'unanimité, où toutes les parties ont une voix équivalente, sans prendre en compte leurs niveaux d'émissions de GES ni leur vulnérabilité aux risques climatiques. La prise en compte de ces éléments a conduit à une réflexion sur l'opportunité d'envisager d'autres *fora* de discussions²⁵⁴, qui ne doivent pas être vus comme des solutions alternatives aux institutions climatiques propres à la Convention-cadre et au Protocole de Kyoto, mais qui doivent plutôt être perçus comme des lieux de discussions complémentaires.

Deux possibilités principales ont été évoquées : l'Organisation Mondiale du Commerce (B.1) ou l'élargissement des discussions climatiques dans le cadre de

²⁵³ Pour un exemple de l'extrême complexité de cette coordination, nous pouvons prendre l'introduction à la Stratégie du Programme pour 2011-2015 : « *Le Programme ONU-REDD se fonde sur le pouvoir fédérateur et l'expertise des trois organismes des Nations Unies participants (FAO, PNUD, PNUE). Il travaille en étroite partenariat avec d'autres initiatives REDD+, notamment celles dirigées par la Banque mondiale, et soutient la mise en oeuvre des décisions de la CCNUCC. Pendant une période transitoire, préalablement à la création d'un mécanisme REDD+ sous l'égide de la CCNUCC, l'équipe du Programme ONU-REDD (ONU-REDD PT) et l'équipe de gestion du Fonds de Partenariat pour le Carbone Forestier (FCPF FMT) assurent en outre des services de secrétariat au partenariat établi par les pays en mai 2010 (à Oslo, en Norvège) pour intensifier les activités et le financement de la REDD+* ». Programme ONU-REDD, *Stratégie du Programme ONU-REDD 2011-2015*, p. 1.

négociations multilatérales ou bilatérales portant sur les secteurs concernés par le changement climatique, avec une multiplication des *fora* de discussion²⁵⁵ (B.2).

B.1. L'Organisation Mondiale du Commerce

L'idée d'utiliser l'OMC comme *forum* pour les négociations climatiques trouve son origine dans le fait que les règles de l'OMC pourraient s'appliquer au changement climatique. Même si l'OMC a affirmé que « *la question du changement climatique ne fait pas partie en soi du programme de travail en cours de l'OMC et (qu') il n'y a pas de règle à l'OMC se rapportant spécifiquement aux changements climatiques* »²⁵⁶, évitant ainsi une analyse approfondie des interactions entre commerce international et changement climatique²⁵⁷, elle a toutefois pris en compte ces liens. L'OMC a identifié deux possibilités d'interactions entre les politiques climatiques et le commerce international : (i) l'ouverture des marchés peut contribuer à la réduction des émissions de GES et à l'adaptation au changement climatique ; (ii) les mesures nationales de réduction et d'adaptation au changement climatique peuvent modifier les conditions de la concurrence et donc interférer avec les règles de l'OMC.

S'agissant de la première interaction, l'OMC identifie trois apports de l'ouverture des marchés à la lutte contre le changement climatique.

Le premier apport consiste à favoriser une affectation efficace des ressources mondiales. Selon la théorie économique, l'ouverture des marchés favorise une meilleure allocation des ressources naturelles, ce qui pourrait réduire la consommation d'énergie et la production de GES²⁵⁸. En revanche, ces effets de l'ouverture des marchés n'affecteraient qu'indirectement les émissions, et pourraient être contrebalancés par des effets négatifs : par exemple, l'augmentation des

²⁵⁴ Harvard Kennedy School, The Harvard Project on Climate Change, « Institutions for International Climate Governance », November 2010, *Policy Brief* 10-01.

²⁵⁵ Une troisième option a aussi été évoquée, mais d'une manière plus générale sur les questions d'environnement : la création d'une nouvelle Organisation Mondiale de l'Environnement (OME), au sein des Nations-Unies. Une telle Organisation prendrait en charge, entre autres, la coordination des négociations climatiques, et serait une solution structurellement différente des deux autres, car elle renforcerait la dimension onusienne des négociations. La création de l'OME a été proposée initialement par la France. Ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement. Discours du Ministre Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, Ouverture de la Conférence Internationale de Paris « Vers une nouvelle gouvernance mondiale de l'environnement », 31 janvier 2012.

²⁵⁶ OMC, *Le système commercial multilatéral et les changements climatiques: introduction*, consultable sur le site internet : http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/climate_intro_f.htm (6/06/2012).

²⁵⁷ Raphaël KEMPF, « L'OMC face au changement climatique », *Perspectives Internationales* n° 29, CERDIN, Paris I, éditions Pedone, Paris, 2009, p. 27.

²⁵⁸ Par exemple, dans un marché ouvert, les entreprises d'un pays dans lequel une matière première est de production coûteuse en termes d'énergie, pourront s'approvisionner dans un autre pays où la même matière première est de production

transports de marchandises liée à la libéralisation du commerce mondial est évoquée par l'OMC comme un possible pas en arrière dans la lutte contre le changement climatique²⁵⁹. La théorie économique ne garantit en effet un impact positif de l'ouverture des marchés sur la réduction des GES que dans le cas de l'établissement d'un marché des droits d'émission²⁶⁰.

La deuxième contribution de l'ouverture des marchés à la lutte contre le changement climatique réside dans une amélioration importante des niveaux de vie, ayant comme conséquence une demande croissante d'amélioration de la qualité de l'environnement. Traditionnellement, les économistes considèrent que lorsque le niveau de vie d'un pays dépasse un certain seuil, la préoccupation pour l'environnement produit une réduction progressive des émissions de polluants. Cependant, de nombreuses recherches dans ce domaine ont montré que cet effet n'est pas significatif pour les émissions de GES²⁶¹. La Banque Mondiale affirme que les émissions de CO₂ par habitant augmentent toujours avec le revenu²⁶².

Enfin, le troisième apport de l'ouverture des marchés à la lutte contre le changement climatique est lié à l'amélioration de l'accès aux biens et services environnementaux²⁶³. Une libéralisation du commerce des technologies et pratiques « propres » pourrait aider à les diffuser et à réduire par conséquent les émissions de GES. La négociation sur ces biens et services au sein de l'OMC a été lancée par la Déclaration ministérielle de Doha, adoptée le 14 novembre 2001²⁶⁴, qui a défini le mandat des négociations du Programme de Doha pour le Développement. C'est dans ce cadre que l'OMC pourrait constituer un nouveau forum pour aborder certains aspects de la lutte contre le changement climatique. En effet, à la veille de la Conférence de Bali en 2007, la Communauté européenne et les Etats-Unis ont

plus simple. De cette façon, l'efficacité économique accrue se traduit dans une réduction de la consommation énergétique et, à priori, dans une réduction des émissions de GES.

²⁵⁹ OMC et PNUE, *Commerce et Changement Climatique*, Rapport, Secrétariat de l'OMC, Suisse, 2009. Le point de vue de l'OMC sur le sujet est illustré aussi sur le site internet de l'OMC à la page dédiée au changement climatique : http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/climate_measures_f.htm (8/06/2012).p. 64 et ss.

²⁶⁰ Nous aborderons ce point dans le Chapitre 5.

²⁶¹ OMC et PNUE, *op.cit.*, pp. 60-61.

²⁶² Banque Mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 1992 : le développement et l'environnement*, Washington D.C., 1992.

²⁶³ Il n'y a pas de définition univoque des biens et des services environnementaux. Selon l'OCDE il s'agit de biens et de services « servant à mesurer, prévenir, limiter, réduire au minimum ou corriger les atteintes à l'environnement, telles que la pollution de l'eau, de l'air et du sol, ainsi que les problèmes liés aux déchets, au bruit et aux écosystèmes ». OCDE, *Ouverture des marchés aux biens et services environnementaux*, Synthèse, novembre 2005, p. 1.

²⁶⁴ L'Article 31, (1), (iii) de cette Déclaration énonce : « Afin de renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement, nous convenons des négociations, sans préjuger de leur résultat, concernant : (...) la réduction ou, selon qu'il sera approprié, l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires visant les biens et services environnementaux ».

proposé aux autres membres de l'OMC de conclure un accord visant à libéraliser le commerce des biens et des services environnementaux qui concernent directement la lutte contre le changement climatique²⁶⁵. A présent, il n'y a pas d'avancées dans les négociations du Cycle de Doha à ce sujet.

S'agissant de la seconde interaction - la modification des conditions de la concurrence par des mesures climatiques nationales - elle ne porte pas tant sur la contribution du commerce à la lutte contre le changement climatique, que sur les effets des mesures nationales de réduction des émissions et d'adaptation sur le commerce international.

D'abord, la modification des conditions climatiques peut influencer les capacités de production de certains pays, en particulier lorsque celles-ci dépendent de facteurs climatiques ou géophysiques. L'exemple le plus immédiat est celui de la production agricole, qui dépend fortement du climat. Si ces effets sont susceptibles de perturber le commerce international, l'OMC considère que l'ouverture des marchés, en compensant ces perturbations, pourrait être un moyen d'adaptation important au changement climatique.

Ensuite, les mesures motivées par la lutte contre le changement climatique peuvent interférer avec le commerce international, en représentant des violations des règles de l'OMC. Un exemple de cette interférence est fourni par la plainte que les Etats-Unis ont portée devant l'OMC contre la Chine en décembre 2010²⁶⁶. Cette plainte a été déposée par les Etats-Unis à la demande du syndicat américain des travailleurs de la sidérurgie et visait le fond spécial attribué aux producteurs chinois d'énergie éolienne utilisant des pièces fabriquées en Chine et non à l'étranger²⁶⁷. Les subventions chinoises à l'énergie éolienne constituaient une des mesures phares de la Chine pour lutter contre le changement climatique dans le cadre de la relance verte du pays. Le

²⁶⁵ OMC, *Summary of U.S. and EC Proposal for Liberalizing Trade in Environmental Goods and Services in the WTO DDA Negotiations*, 30 novembre 2007, Genève. Pour une étude de cette proposition, voir : Mireille COSSY, « Environmental Services and the General Agreement on Trade in Services (GATS), Legal Issues and Negotiating Stakes at the WTO », in Christoph HERMANN, Jörg Philipp TERHECHTE, *2011 European Yearbook of International Economic Law*, Springer, London, 2011, pp. 253 ss. L'approche de l'Europe et des Etats-Unis aux biens et services environnementaux concernant la lutte contre le changement climatique est partagée par la Banque Mondiale dans son rapport *International Trade and Climate Change – Economic, Legal and Institutional Perspectives, Overview*, Washington DC, 2007, p. 15.

²⁶⁶ OMC, Règlement des différends, *affaire DS419, Etats-Unis c. Chine*, 2010.

²⁶⁷ En janvier 2011 l'UE et le Japon ont demandé de participer aux consultations.

règlement des différends s'est arrêté à la phase des consultations, car la Chine a décidé de révoquer l'acte de constitution du fond²⁶⁸.

De cette brève analyse on comprend que l'idée d'utiliser l'OMC comme *forum* de discussions, supportée par une partie de la doctrine, n'a qu'une portée très limitée : si, effectivement, certaines questions climatiques se prêtent à un débat au sein de l'OMC, ces questions restent confinées à des aspects très précis et étroits par rapport à l'ampleur des négociations climatiques dans le cadre des COP et des COP/MOP.

B.2. Des accords sectoriels

La possibilité de conclure des accords sectoriels concernant la lutte contre le changement climatique a fait l'objet de nombreuses analyses.

Trois possibilités principales ont été développées par la doctrine au fil des années²⁶⁹.

La première prévoit la conclusion d'un ou plusieurs accords sectoriels qui restent réciproquement indépendants. La deuxième consiste à élaborer une série d'accords sectoriels, négociés simultanément ou en séquence, liés dans un cadre global, avec des pays participants qui pourraient se regrouper de manière variable au sein des différentes négociations. La troisième possibilité consiste à incorporer les accords sectoriels dans un cadre unique, à côté d'autres types d'engagements.

Même si la Convention-cadre établit une structure d'ensemble pour les questions climatiques, elle n'empêche pas la conclusion d'accords sectoriels en son sein, sous la forme de Protocoles²⁷⁰.

La doctrine s'accorde sur le fait que, du point de vue environnemental et économique, un accord d'ensemble constitue un choix à privilégier pour deux raisons : les pays peuvent choisir d'intervenir dans les secteurs qu'ils préfèrent pour atteindre l'objectif fixé ; un accord d'ensemble permet d'éviter des augmentations d'émissions (fuite de

²⁶⁸ Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, *China Ends Wind Power Equipment Subsidies Challenged by the United States in WTO Dispute*, Washington DC, juin 2011, <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/june/china-ends-wind-power-equipment-subsidies-challenged> (9/06/2012).

²⁶⁹ Daniel BODANSKY, « International Sectoral Agreements in a Post-2012 Climate Framework », Working Paper, *Pew Center on Global Climate Change*, mai 2007. BODANSKY présente dans cette contribution une synthèse de la doctrine sur le sujet, que nous avons utilisé comme référence.

²⁷⁰ En effet, la faisabilité d'accords sectoriels pour l'architecture des nouveaux accords climatique a été considérée en 2006 aussi par le Groupe de Travail *ad hoc* des nouveaux engagements des parties visées à l'Annexe I au Titre du Protocole de Kyoto, dans le but de « compléter les engagements chiffrés en matière de limitation et de réduction des émissions ». COP/MOP-2, *Planification des travaux futurs, Rapport révisé proposé par le Président*, Première session, Bonn, 17-25 mai 2006, FCCC/KP/AWG/2006/L.2/Rev.1, Annexe, pt 4, lettre d). Cette approche a été utilisée dans d'autres accords internationaux comme dans le cadre de l'OMC et notamment du Cycle de l'Uruguay. Dans ce contexte, l'approche sectorielle a été utilisée pour les secteurs de l'agriculture et des textiles.

carbone ou « *carbon leakage* ») dans les secteurs qui ne sont pas régulés. Toutefois, en cas d'impossibilité de conclure un accord d'ensemble, la conclusion d'accords sectoriels est une meilleure option que l'absence de tout accord. Les avantages des accords sectoriels, aussi bien en tant qu'alternative qu'en tant que complément à un accord d'ensemble, sont multiples. Le premier est lié à la phase de négociation qui est considérablement simplifiée par rapport à la négociation d'accords ayant une portée très vaste. Le deuxième réside dans le fait que les pays pourront choisir les secteurs dans lesquels il est opportun d'intervenir prioritairement. Ce choix pourra être basé sur l'urgence, sur l'efficacité des mesures prises dans certains secteurs ou sur la facilité d'intervenir dans un secteur plutôt que dans un autre. Le troisième avantage réside dans le fait que les accords sectoriels pourraient stimuler la compétitivité entre les pays dans la réduction des émissions de GES.

L'évolution de la doctrine illustre comment l'hypothèse des accords sectoriels, longtemps jugée peu adaptée au domaine du changement climatique en raison de sa transversalité, reprend aujourd'hui de l'intérêt à la lumière des difficultés rencontrées dans les négociations. Implicitement, cela permet d'identifier une cause de blocage dans l'élargissement des secteurs couverts par les négociations.

Sous-section 2 : Les spécificités européennes

Si, dans la sous-section précédente, nous avons analysé les principales raisons internationales du ralentissement des négociations, nous revenons ici sur la position de l'Europe dans ce cadre. En particulier, il nous importe d'analyser les principales difficultés auxquelles l'Union européenne a dû faire face dans cette deuxième phase des négociations (A), ainsi que de prendre en compte les mesures qu'elle a adoptées afin de maintenir le poids international qu'elle avait acquis lors des négociations de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto (B).

A. Les principales difficultés européennes

A la différence de la première partie des négociations climatiques, conclues avec l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto en 2005, l'Europe a eu, par la suite, des difficultés à proposer sa vision aux pays tiers. Si ces difficultés sont en partie dues aux changements majeurs dans les équilibres internationaux, que nous avons présentés dans la première sous-section, elles sont également liées à des facteurs

internes. Nous focaliserons ici notre attention sur deux aspects essentiels : l'élargissement de l'Union européenne (A.1) et l'impact de la crise économique (A.2).

A.1. L'élargissement de l'Union européenne : de 15 à 28

La compréhension des difficultés de l'Union européenne à proposer sa vision aux pays tiers lors des négociations d'un accord post-Kyoto ne peut pas faire abstraction des mutations profondes que l'Europe a vécues dans les années 2000. Ces mutations sont essentiellement liées à l'élargissement qui l'a conduit à 25 Etats membres, puis à 27 et aujourd'hui à 28. Ce passage a eu des conséquences importantes sur la lutte contre le changement climatique.

Au niveau international, la division des parties à la Convention-cadre et au Protocole de Kyoto, qui ne reflétait déjà plus les nouveaux équilibres internationaux, ne reflétait pas non plus la nouvelle composition de l'Union européenne. Les Etats de l'Union élargie appartenaient désormais aux trois catégories différentes de la Convention-cadre : les quinze Etats membres, au moment de sa conclusion, appartenaient aux pays visés à l'annexe I (pays industrialisés) ; les nouveaux Etats de l'Europe centrale et de l'Est étaient considérés comme des pays en transition vers une économie de marché ; Chypre et Malte avaient le statut de parties non visées à l'annexe I en qualité de petits Etats insulaires. Conformément aux dispositions du Protocole de Kyoto, chaque catégorie d'Etats avait donc des engagements de réduction des émissions différents, à l'exception de Chypre et Malte qui n'en avaient aucun.

Il est opportun de mettre en lumière la position des nouveaux Etats membres au sein du régime climatique international ainsi que leur apport aux engagements européens. La situation complexe de l'Europe élargie suscite en effet plusieurs questions : les nouveaux Etats membres peuvent-ils aider l'Europe des quinze à atteindre son objectif collectif de réduction des émissions ? Dans le cas où cet objectif ne serait pas atteint, peuvent-ils être considérés comme responsables, à l'instar des quinze Etats membres au moment de la conclusion des accords²⁷¹ ?

Les douze nouveaux Etats membres sont tenus, juridiquement et politiquement, de remplir les obligations liées à la Convention-cadre et au Protocole de Kyoto, selon ce

que ces derniers prescrivent. Notamment, les Etats de l'Europe Centrale et de l'Est ont ratifié la Convention-cadre et ont été inclus parmi les pays de l'Annexe I. Ils sont également indiqués parmi les pays de l'Annexe B du Protocole de Kyoto.

Les nouveaux Etats membres ont ratifié la Convention-cadre et le Protocole de Kyoto pour trois raisons principales²⁷². D'abord parce que le Protocole de Kyoto fait partie de l'*acquis communautaire*, suite à l'adoption de la décision 2002/358/CE. Les nouveaux Etats devaient donc ratifier le Protocole de Kyoto avant leur adhésion à la Communauté européenne, qui a eu lieu le 1^{er} mai 2004. Ensuite, parce que du point de vue pratique, le niveau d'émissions de ces pays du Centre et de l'Est de l'Europe était plus faible qu'en 1990 : les efforts qui leurs étaient demandés étaient donc moindres, et à la portée de ces pays. Enfin, comme nous le verrons dans la deuxième Partie de cette thèse, l'utilisation des mécanismes flexibles institués par le Protocole de Kyoto étaient perçus par ces pays comme bénéfiques pour leur développement économique.

Si la position des dix Etats de l'Europe Centrale et de l'Est est simplifiée par leur appartenance à l'Annexe B du Protocole de Kyoto, la situation est plus complexe en ce qui concerne la position de Chypre et de Malte, qui ont ratifié les accords mais qui n'ont jamais fait partie des pays soumis à des engagements contraignants. Si du point de vue du droit international leur exclusion est légitime, leur appartenance à l'Union européenne pose des difficultés au sein de l'Union. Rappelons que, outre l'absence d'engagements, une différence importante entre les pays visés à l'Annexe I et ceux qui en sont exclus réside dans le fait que ces derniers sont soumis à des conditions différentes en ce qui concerne les systèmes de contrôle, les obligations de *reporting* et de vérification ainsi que les critères d'éligibilité pour la participation aux mécanismes flexibles établis par le Protocole de Kyoto. S'agissant de ces mécanismes, Chypre et Malte peuvent représenter des pays éligibles pour la constitution de MDP, mais ne peuvent pas l'être dans le cadre du droit européen.

La position de ces deux Etats devra être attentivement reconsidérée lors de la négociation d'une nouvelle période d'engagement ou lors de la conclusion d'un nouvel accord, car afin d'être inclus dans la nouvelle « bulle communautaire », ils devront forcément être intégrés à l'Annexe I de la Convention-cadre.

²⁷¹ Leonardo MASSAI, *The Kyoto Protocol in the EU, European Community and Member States under International and European Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, Netherlands, 2010, p. 86.

²⁷² *Ibid.* p. 87.

A la nécessité de faire face à des problèmes de mise en cohérence de la situation européenne dans le cadre des accords existants, s'est ajouté un autre problème. Il s'agit du besoin de modifier les dynamiques internes à la Communauté européenne au sein des institutions de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto, afin de respecter dans les négociations les objectifs d'une Europe plus large²⁷³. Au niveau interne, les avancées de la politique climatique ont en effet dû tenir compte des difficultés structurelles, économiques et environnementales des nouveaux Etats membres, caractérisés par des secteurs industriel et énergétique plus polluants et ayant des priorités souvent différentes de celles de l'Europe des Quinze. Ces problèmes internes se sont traduits tant par des difficultés à parvenir à un accord sur la position européenne à défendre lors des négociations internationales que par des obstacles dans l'adoption mesures internes. Parmi les nouveaux Etats européens qui ont eu les plus grandes difficultés à s'aligner sur la politique de réduction des émissions de GES de l'Union, nous comptons surtout la Pologne, la République Tchèque et la Slovaquie, dont la production énergétique dérive presque exclusivement du charbon, la principale source énergétique d'émissions de CO₂²⁷⁴. La prise d'engagements importants de réduction des émissions de GES au niveau international et interne implique pour ces Etats des modifications essentielles dans leurs structures énergétiques.

A.2. L'impact de la crise économique sur la lutte contre le changement climatique

La crise économique et financière qui frappe le monde depuis 2008 a eu des répercussions sur les priorités de la communauté internationale, de l'Union européenne et de ses Etats membres. Au niveau international, la crise a sûrement contribué à ralentir les négociations, en déplaçant l'attention des pays vers des investissements rentables à court terme par rapport aux horizons plus lointains et incertains de l'action climatique. Nous pouvons penser, par exemple, à l'importance de l'analyse de rentabilité dans les choix environnementaux des Etats-Unis, qui porte sur une comparaison purement économique entre les différentes politiques à mettre en œuvre (Chapitre 1, page 64 et suivantes). Il est également possible de prendre en

²⁷³ Ce point sera repris et développé dans le Chapitre 4.

²⁷⁴ Jon Birger SKJÆRSETH, Jørgen WETTESTAD, « Is EU enlargement bad for environmental policy? Confronting gloomy expectations with evidence », *International Environmental Agreements*, 7/2007, p. 263-280.

compte l'émergence des préoccupations économiques dans la reprise des discussions sur l'approche à suivre tel que le passage d'une gouvernance « *top-down* » à une gouvernance « *bottom-up* » qui, en laissant les parties plus libres dans les choix des engagements à assumer, augmente la marge de manœuvre des Etats dans la prise en considération des facteurs économiques.

Sans vouloir aborder ici la crise de façon générale, nous nous limitons à ses principaux impacts à l'échelle européenne, en nous concentrant sur trois effets sur la lutte contre le changement climatique. Le premier effet comporte un changement de priorités au niveau européen, visible dans l'analyse des conclusions du Conseil européen qui se sont succédé depuis 2005, année d'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto. Le deuxième effet de la crise réside dans l'élaboration de nouvelles approches pour lutter contre le changement climatique, avec la tentative de concilier objectifs environnementaux et reprise économique. Le troisième effet réside dans la réduction des émissions de GES par la baisse des activités industrielles : les objectifs fixés au niveau européen à l'échéance 2020 sur la base de la croissance des années précédentes se sont trouvés par conséquent inadéquats par rapport à la réalité productive.

En ce qui concerne le changement des priorités européennes, l'impact de la crise sur les ambitions internationales de l'Union n'est pas immédiatement visible à la table des négociations : au niveau international, le changement climatique semble rester une priorité pour l'Union européenne. Cependant, la crise économique a eu un impact important sur la cohésion entre les Etats, essentielle dans l'élaboration du mandat de négociation (Chapitre 4), ainsi que dans l'adoption de politiques climatiques internes. Dans le prochain paragraphe (B), nous verrons qu'en 2009, lors de l'adoption du paquet énergie-climat²⁷⁵, le législateur européen s'est heurté à l'opposition de certains Etats qui craignaient les effets que pourraient avoir certaines mesures climatiques sur des secteurs industriels déjà frappés par la crise. Si, à cette occasion, la Communauté européenne a su surmonter ces obstacles, ces dernières années la mise en œuvre de certains actes climatiques a peut-être été freinée par la crise économique, dirigeant l'attention sur les mesures économiques plus qu'environnementales. A ce propos, l'analyse des conclusions du Conseil européen depuis 2005 se révèlent essentielles en

²⁷⁵ Le paquet énergie-climat est un ensemble d'actes guidant l'action climatique européenne et ayant un rôle essentiel en termes d'exemplarité internationale. Il constituera l'objet principal de la seconde Partie de cette thèse.

raison du rôle de cette institution dans l'impulsion et dans la détermination des orientations générales de l'Union.

En mettant en relation les conclusions du Conseil européen et les deux périodes essentielles dans les négociations internationales vers un accord post-Kyoto, nous remarquons une croissance importante des discussions climatiques. Cela est particulièrement visible dans les réunions du Conseil européen qui ont eu lieu en 2008, en préparation de deux événements majeurs dans le domaine : l'élaboration et adoption du paquet énergie-climat et la Conférence de Copenhague²⁷⁶. Si, depuis 2005, le discours climatique est bien présent dans les réunions du Conseil européen, l'année 2009, année de la COP-15, indique une légère modification dans la manière d'envisager la lutte contre le changement climatique. D'une part, l'importance de la Conférence de Copenhague et la volonté de jouer un rôle de leader à la table des négociations ont conduit le Conseil européen à porter une grande attention à la préparation de la Conférence ; d'autre part, conscient de la crise économique et financière, il a insisté sur les possibilités de création d'emplois et de croissance économique liées au domaine climatique²⁷⁷. Ce lien est d'ailleurs mis en évidence, comme nous le verrons, par le Conseil Environnement et par la Commission européenne, ainsi que, à l'étranger, par le Président Barack OBAMA. La prise en compte des conclusions des Conseils Européens qui ont suivi l'échec de la COP-16 permet de voir que l'année 2010 est caractérisée par une tentative, au niveau européen, de sortir de l'impasse causée par l'échec de la Conférence de Copenhague. Lors de trois réunions, les chefs d'Etat et de gouvernement ont défini les grandes

²⁷⁶ Cette augmentation d'intérêt pour le domaine climatique se concrétise dans la place que le Conseil européen attribue aux mesures européennes, internes et internationales ainsi que dans la fréquence des discussions climatiques au sein du Conseil européen même. En 2005, les chefs d'Etat et de gouvernement se sont occupés de la lutte contre le changement climatique à l'occasion des réunions du 22 et 23 mars et du 15 et 16 décembre : Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 22 et 23 mars 2005, 7619/1/05 REV 1, pp. 15-16 ; Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 15 et 16 décembre 2005, 15914/1/05 REV 1. Depuis 2006, presque toutes les conclusions du Conseil portent, entre autres, sur la lutte contre le changement climatique, sur les mesures à adopter et sur la position à maintenir au niveau international : Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 23 et 24 mars 2006, 7775/1/06 REV 1, partie II, pp. 13 – 17 ; Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 15 - 16 juin 2006, 10633/1/06 REV 1, par. 19, p. 8 (à cette occasion, le Conseil appelle à une action mondiale cohérente) ; Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 14 et 15 décembre 2006, 16879/1/06 REV 1, chapitre III (innovation, énergie et changement climatique), pp. 13 – 16. S'agissant de 2008, toutes les réunions du Conseil européen (mis à part pour le Conseil extraordinaire du 1^{er} septembre 2008 dédié à la situation en Géorgie), ont porté, entre autres, sur l'adoption du paquet énergie-climat. Voir : Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 19 et 20 juin 2008, 11018/1/08 REV 1, par. 38, 44, 45 (sur le paquet énergie-climat) ; Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 15 et 16 octobre 2008, 14368/08 REV. 1, pp. 6-7 ; Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 11 et 12 décembre 2008, 17271/1/08 REV 1, chapitre III, pp. 8-9.

²⁷⁷ Les possibilités de création d'emplois et de croissance économique liées à la lutte contre le changement climatique sont reconduites par le Conseil dans un plus large contexte d'insertion de la lutte contre le changement climatique dans une logique de développement durable. Voir : Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 18 et 19 juin 2009, 11225/2/09 REV 2, Chapitre III, surtout par. 28, p. 11 ; Conseil européen, note de transmission du Secrétariat Général du Conseil aux délégations, 10 et 11 décembre 2009, EUCO 6/09, par. 17, p. 7.

lignes pour que l'Union retrouve sa position de chef de file dans les négociations²⁷⁸, en vue de la Conférence de Cancun. Depuis, le changement climatique n'est plus systématiquement mis à l'ordre du jour du Conseil européen, au profit des questions économiques, financières et d'emploi. D'ailleurs, de la même manière qu'en 2009, la lutte contre le changement climatique a été associée aux possibilités européennes de se tourner vers une « croissance verte », capable de favoriser les innovations technologiques et l'emploi²⁷⁹.

Si les chefs d'Etat et de gouvernement n'ont plus considéré la lutte contre le changement climatique comme une priorité de l'Union, les ministres réunis au sein du Conseil Environnement ont, en revanche, continué à faire de ce domaine l'un des principaux champs d'action européens dans la protection de l'environnement. L'analyse des conclusions du Conseil Environnement, ainsi que la position exprimée par le Président de la Commission José Manuel BARROSO et les communications de la Commission, nous confirment la tendance à lier de manière croissante la lutte contre le changement climatique à une réflexion sur la reprise économique. Dès 2009, à la veille de la Conférence de Copenhague et en lien avec les perspectives envisagées par le Conseil européen, le Président BARROSO avait insisté sur les effets de la réduction des émissions de GES sur l'avancée technologique et la modernisation de l'économie et du secteur industriel européen²⁸⁰.

La Commission européenne est allée dans cette direction, en indiquant que le « *développement des technologies écologiques et économes en énergie* » était « *l'un des principaux moteurs de croissance* »²⁸¹, dans la droite ligne de la position exprimée par les ministres de l'environnement et de l'énergie²⁸². Dans une perspective de comparaison avec d'autres pays visés à l'annexe I de la Convention, il

²⁷⁸ Conseil européen du 25 et 26 mars 2010, note de transmission du Secrétariat Général du Conseil aux délégations, EUCO 7/10, Chapitre II (Changement Climatique : recentrer notre action après Copenhague) ; Conseil européen du 17 juin 2010, note de transmission du Secrétariat Général du Conseil aux délégations, EUCO 13/10, par. 21, p. 8 ; Conseil européen du 28 et 29 octobre 2010, note de transmission du Secrétariat Général du Conseil aux délégations, EUCO 25/1/10, par. 7 (Conférence de Cancun sur le changement climatique), p. 5.

²⁷⁹ Conseil européen du 1^{er} et 2 mars 2012, note de transmission du Secrétariat Général du Conseil aux délégations, EUCO 4/3/12, par. 2

²⁸⁰ José Manuel BARROSO, *Orientations politiques pour la prochaine Commission*, transmis au Président du Parlement européen les premiers jours de Septembre 2009, pp. 13, 18-20, 25-26.

²⁸¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, du 26 mai 2010, *Analyse des options envisageables pour aller au-delà de l'objectif de 20% de réduction des émissions de gaz à effet de serre et évaluation des « fuites de carbone »*, COM(2010) 265 final, pp. 5 ss.

²⁸² A titre d'exemple voir : Conseil Environnement du 19 décembre 2011, Communiqué de Presse, 18786/11, p. 10 ss. Dans ses observations, le Conseil Environnement se situe dans une position de dialogue avec la Commission européenne qui avait publié la Communication *Feuille de route pour une Europe efficace dans l'utilisation des ressources*, du 20 septembre 2011, COM(2011) 571 final.

est d'ailleurs intéressant de constater que le Président Barack OBAMA a de nouveau ouvert le débat sur le changement climatique et la nécessité pour les Etats-Unis d'adopter des actes internes dans ce domaine, en insistant sur les effets des mesures de réduction des émissions de GES sur la croissance économique²⁸³. Dans une période de crise économique, face à un Congrès difficile à convaincre et à la croissance des capacités technologiques et industrielles des grands pays émergents, le Président OBAMA a ainsi décidé de mettre l'accent sur les bénéfices économiques qui peuvent résulter des mesures de réduction des émissions.

Le troisième aspect à prendre en compte, outre le changement de priorités et l'accentuation du lien entre mesures climatiques et croissance économique, concerne les effets de la crise économique sur les émissions de GES en Europe. D'une part, « *la crise a immédiatement provoqué une (...) réduction des émissions* »²⁸⁴, conduisant en 2009 à une baisse de 11,6% des émissions par rapport à l'année précédente. D'autre part, plus récemment, l'AEE, tout en soulignant le rôle de la récession économique dans la réduction des émissions européennes, a indiqué pour l'année 2011 une croissance économique globale de l'UE de 1,5%, alors que les émissions de GES ont baissé de 2,5%²⁸⁵. Les données relatives au lien entre crise économique et réduction des émissions sont cependant difficiles à évaluer et cela pour deux ordres de raisons. Premièrement, les données concernant la réduction des émissions doivent être lues en lien avec des facteurs tels que les températures de l'année. En effet, la forte réduction des émissions en 2011 a également été attribuée, en partie, à l'hiver chaud qui a réduit de manière significative la demande de combustibles fossiles pour le chauffage. L'AEE a constaté que la partie la plus significative de réduction des émissions durant cette année provenait des secteurs résidentiel et commercial²⁸⁶. Deuxièmement, la réduction des émissions due à la crise économique se superpose à l'effet de toutes les mesures qui ont été adoptées pour lutter contre le changement climatique, par exemple dans le secteur énergétique.

²⁸³ Voir, par exemple, le discours de Barack OBAMA du 25 juin 2013 à l'Université de Georgetown, Washington DC, consultable sur le site internet : <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/06/25/remarks-president-climate-change> (5/09/2013).

²⁸⁴ Communication de la Commission « *Analyse des options envisageables pour aller au-delà de l'objectif de 20% de réduction des émissions de gaz à effet de serre et évaluation des « fuites de carbone »*, op. cit, p. 3.

²⁸⁵ AEE, *Émissions de gaz à effet de serre en 2011: plus de pays en voie d'atteindre les objectifs de Kyoto, les émissions baissent de 2,5 %*, 24 octobre 2012.

²⁸⁶ *Ibid.*

Distinguer le rôle de l'une par rapport à celui des autres est une opération complexe et dont les résultats sont incertains (Chapitre 7).

B. La réaction européenne face aux difficultés

En dépit des difficultés internes et internationales auxquelles elle a dû faire face, l'Europe a tenté tout au long de la deuxième phase des négociations de maintenir la position de leader mondial qu'elle avait acquise par le passé. Nous analyserons ici les instruments dont l'Europe s'est servie afin de convaincre les autres parties de s'engager dans un nouvel accord international, avant (B.1) et après (B.2) la Conférence de Copenhague.

B.1. Les efforts européens en vue de la Conférence de Copenhague : la poursuite de la politique de l'exemplarité

Les difficultés liées à l'élargissement et aux premiers signaux de la crise économique n'ont pas empêché la Communauté européenne de maintenir des positions ambitieuses au niveau international, même si ces difficultés ont partiellement réduit sa capacité de parler d'une seule voix. Pour faire face aux difficultés internes et internationales, en vue de la COP-15 de Copenhague, la Communauté européenne a eu recours à la politique de l'exemplarité.

Rappelons que lors des négociations pour l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto, la Communauté européenne avait renforcé sa crédibilité internationale grâce à sa politique de l'exemplarité et à une action diplomatique intense. La politique de l'exemplarité l'avait notamment conduite à adopter le premier Programme Européen sur le Changement Climatique en 2000 puis, sous l'impulsion des études menées dans ce cadre, la directive 2003/87/CE instituant le Système Communautaire d'Echange de Quotas d'Emissions (SCEQE), instrument phare de la politique climatique européenne.

Forte de cette expérience, la Communauté européenne a poursuivi sa politique de l'exemplarité au cours de la seconde phase des négociations climatiques. Cette politique s'est concrétisée de deux manières principales : l'adoption d'un ensemble de mesures ambitieuses dans le domaine de l'énergie et du climat visant à réduire les émissions européennes de 20% avant l'année 2020 ; la volonté de parvenir à une réduction de 30% dans le cas d'engagements similaires de la part d'autres pays

industrialisés. Ce second engagement est d'ailleurs confirmé dans les actes du paquet énergie-climat²⁸⁷.

La volonté d'utiliser le paquet énergie-climat afin d'accroître le poids européen lors des négociations internationales est perceptible dès le début des discussions qui ont conduit à l'adoption des six actes qui composent ce paquet²⁸⁸. Ces actes, parmi lesquels figure la directive 2009/29/CE, qui modifie la directive SCEQE afin de prolonger l'existence de cet instrument pour la période 2013-2020, ont pour objectif d'aider l'Union européenne et ses Etats membres à réduire les émissions de GES de 20% et d'augmenter de 20% l'énergie produite à partir de sources renouvelables et l'efficacité énergétique à l'horizon 2020 (cet objectif est connu sous la formulation : « 20-20-20 en 2020 »). Etant donné l'importance de ce paquet législatif pour la politique climatique européenne, nous en examinerons les bases juridiques ainsi que le contenu et la mise en œuvre dans les prochains chapitres. Ici, nous voulons seulement montrer la manière dont les institutions européennes souhaitaient s'en servir afin d'accroître la crédibilité européenne au niveau international.

La volonté d'utiliser la politique climatique interne à la table des négociations est déjà manifeste dans le choix de la Communauté européenne de fixer des objectifs ayant les mêmes échéances que les périodes d'engagements internationaux. Lors des négociations d'un accord post-Kyoto, les parties envisageaient la définition de nouveaux engagements ayant une durée de sept ans : du 1^{er} janvier 2013 à 2020. Comme elle l'avait fait lors de la création du marché européen d'échange de quotas d'émissions, la Communauté, au moment d'envisager de nouvelles mesures dans le

²⁸⁷ Voir à titre d'exemple la directive 2003/87/CE comme modifiée par la directive 2009/29/CE, considérants 4, 6, 22 ; articles 1(1) ; 10 *bis*(11) ; 28(1), lettre b.

²⁸⁸ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 16–62 ; Directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 63–87 ; Directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au stockage géologique du dioxyde de carbone et modifiant la directive 85/337/CEE du Conseil, les directives 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE et 2008/1/CE et le règlement (CE) n. 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 114–135 ; Décision 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les Etats membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 136–148 ; Règlement (CE) n. 443/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 1–15 ; Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 98/70/CE en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre, modifiant la directive 1999/32/CE du Conseil en ce qui concerne les spécifications relatives aux carburants utilisés par les bateaux de navigation intérieure et abrogeant la directive 93/12/CEE, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 88–113.

domaine du changement climatique, a choisi la même échéance, ce qui confirme le lien étroit entre action interne et action internationale pour faire face à un enjeu global. La correspondance des périodes d'engagement international et de fonctionnement du système européen d'échange des quotas d'émissions est d'ailleurs essentielle pour la création d'un marché international de quotas, envisagé comme la réunion des systèmes fondés par le Protocole de Kyoto et par l'Europe, auxquels peuvent s'en ajouter d'autres (Partie II, Chapitre 6).

Entre 2005 et 2007, dans ses premières réflexions sur les mesures à envisager pour réduire les émissions européennes de GES en vue de l'année 2020, la Commission a exprimé la volonté d'utiliser ses mesures internes afin de renforcer la position de « *chef de file* » de la Communauté au niveau international²⁸⁹. Dans une communication de 2008, la Commission a par la suite établi de manière explicite le lien entre les mesures qu'elle propose, qui se sont concrétisées dans le paquet énergie-climat, et la capacité de la Communauté à fournir un exemple aux autres parties²⁹⁰. Le même mois, la Commission a publié ses propositions d'actes qui ont ensuite été adoptés dans le cadre du paquet énergie-climat : encore une fois, dans les propositions des actes, apparaissait la volonté de les utiliser pour renforcer la position internationale de l'Union européenne²⁹¹. Suite à ces propositions, le Conseil européen de mars 2008 a souligné l'importance d'accélérer l'adoption de mesures visant à parvenir à l'objectif 20-20-20 en 2020, afin d'aider l'Union à « *conserver un rôle moteur au niveau international en matière de changement climatique et d'énergie* » et

²⁸⁹ Communication de la Commission du 9 février 2005, *Vaincre le changement climatique planétaire*, COM(2005) 35 – JO C 125 du 21 mai 2005, p. 13. Dans la Communication de la Commission du 10 janvier 2007, *Limiter le réchauffement de la planète à 2 degrés Celsius - Route à suivre à l'horizon 2020 et au-delà*, op. cit., il est affirmé que : « L'UE devrait dès maintenant prendre l'engagement ferme et indépendant de réduire les émissions de GES d'au moins 20% d'ici à 2020 en recourant au système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE), à d'autres mesures de lutte contre le changement climatique et aux initiatives relevant de la politique énergétique. Cette démarche permettra à l'UE d'affirmer son autorité sur le plan mondial en matière de lutte contre le changement climatique », p. 2.

²⁹⁰ « La Commission européenne propose une série de mesures cohérentes et globales afin de préparer l'Europe au passage à la mise en place d'une économie à faible intensité de carbone. Ces mesures montrent que les efforts nécessaires ont un sens. Elles sont conçues de façon à se renforcer mutuellement. Elles représentent le moyen adéquat de maintenir l'élan imprimé et de réaliser les ambitions européennes dans le domaine du climat, de la sécurité énergétique et de la compétitivité ». Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 23 janvier 2008, *Deux fois 20 pour 2020 - Saisir la chance qu'offre le changement climatique*, COM(2008) 30 final, p. 3.

²⁹¹ Voir par exemple : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 23/01/2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, présentée par la Commission, COM(2008) 30 final, p. 19, considérant 19 ; Proposition de Décision du Parlement européen et du Conseil du 23/01/2008 relative à l'effort à fournir par les Etats membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020, COM(2008) 17 final, p. 3.

« à entretenir la dynamique imprimée aux négociations sur la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques et son protocole de Kyoto »²⁹².

Il est opportun de réinsérer ces propos dans le cadre international et européen, afin d'en apprécier pleinement l'effet sur l'affirmation de la politique de l'exemplarité. Concernant le cadre international, il s'agissait d'une période difficile pour la Communauté européenne : comme nous l'avons mis en évidence dans la section précédente, l'Europe avait rencontré d'importantes difficultés pour proposer sa voie de négociation aux autres parties, surtout aux Etats-Unis et à la Chine. A la lumière des discussions de Montréal et de Bali, et consciente du déplacement du cœur des négociations, la Communauté européenne a envisagé d'accélérer l'adoption de mesures internes avancées afin de confirmer sa volonté de s'engager dans la lutte contre le changement climatique ainsi que sa capacité de mettre en place des politiques efficaces en ce sens. Cependant, le cadre européen ne semblait pas favorable à une adoption rapide du paquet énergie-climat, certains pays s'y opposant ouvertement, dont l'Italie et la Pologne²⁹³, craignant l'impact que pourraient avoir ces mesures sur leurs économies nationales, qui commençaient à être touchées par la crise économique. En lien avec cette préoccupation, le Président du Conseil italien Silvio BERLUSCONI a proposé, lors du Conseil européen des 15 et 16 octobre 2008, de suspendre la discussion du paquet énergie-climat, estimant qu'il imposait des coûts « excessifs »²⁹⁴. La position italienne a été soutenue par la Pologne, qui non seulement a adhéré aux préoccupations économiques soulevées par l'Italie, mais a aussi mis en cause la politique de l'exemplarité de l'Union. En effet, la Pologne a rappelé, d'un côté, les incertitudes sur la volonté des Etats-Unis et des grands pays émergents d'assumer des engagements de réduction pour la période post-Kyoto et, de l'autre, l'inefficacité de la seule action européenne dans la lutte contre le changement climatique²⁹⁵. A l'opposition de ces deux Etats s'ajoutaient les réticences d'un autre nouvel entrant, la République Tchèque, dont le bouquet énergétique est similaire à

²⁹² Conclusions de la Présidence, Conseil européen, 13 et 14 mars 2008, 7652/08, par. 17.

²⁹³ Emmanuel VIVET, « Innovations processuelles et rapidité de décision dans les négociations européennes : l'exemple du paquet énergie-climat », *Négociations*, 2011/1 – n° 15, p. 93. Nous prenons en compte dans notre analyse les objections de certains Etats européens. Notre choix parmi les pays est dicté seulement par des considérations linguistiques : nous n'avons pas pu avoir une compréhension directe des textes avancés par certains pays car les documents sont publiés seulement dans la langue d'origine.

²⁹⁴ Camera dei Deputati, XVI legislatura, *Resoconto della XIV Commissione permanente, Politiche dell'Unione Europea, Allegato 1 Relazione dell'Onorevole Consiglio sulle misure recate dal « terzo pacchetto energia e mercato interno »*, mercoledì 15 ottobre 2008, p. 304.

celui de la Pologne, et qui devait d'ailleurs assurer sa première présidence durant le premier semestre 2009.

Comme nous le verrons dans le Chapitre 3, outre ces difficultés politiques, les actes du paquet énergie-climat posaient des questions quant à leur base juridique. Grâce à l'engagement de la France, qui assurait la présidence au cours du second semestre 2008, un accord a été trouvé lors du Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008. Le paquet énergie-climat a été adopté en première lecture par le Parlement européen le 17 décembre et par le Conseil le 6 avril 2009, juste à temps pour en faire usage lors de la Conférence de Copenhague en décembre de la même année. La volonté de contribuer de manière déterminante à l'obtention d'un accord lors de la COP-15 a ainsi prévalu sur les difficultés internes.

En dépit des efforts accomplis par l'Union européenne avant et au cours de la Conférence de Copenhague, l'accord politique auquel la communauté internationale est parvenue a été considéré comme « *loin d'être suffisamment ambitieux pour l'Union européenne* »²⁹⁶.

Si, lors des négociations de la Conférence de Copenhague, l'Union européenne élargie n'a pas su imposer sa vision face à un monde qui avait connu de profondes mutations, elle a néanmoins tenté de trouver d'autres moyens pour assumer de nouveau un rôle de leader dans la lutte contre le changement climatique durant la période qui a suivi la COP-15.

B.2. La période post-Copenhague : l'exemplarité par l'agrégation

Rappelons que suite à l'échec de la Conférence de Copenhague, la communauté internationale a poursuivi les négociations sur les deux voies de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto. Lors de la Conférence de Doha, un plan d'action a été établi. S'agissant de la première voie, les parties se sont engagées à parvenir à un nouvel accord climatique en 2015 afin qu'il puisse entrer en vigueur en 2020. S'agissant de la deuxième voie de négociations, un nombre limité de pays visés à l'annexe I, sous l'impulsion de l'Union européenne, s'est accordé pour une seconde

²⁹⁵ European Union Affairs Committee of the Sejm of the Republic of Poland, *Opinion No. 24 on the Energy and Climate Package*, 26 septembre 2008.

²⁹⁶ José Manuel BARROSO, Conférence de presse après la Conférence de Copenhague, 21/12/2009, http://ec.europa.eu/news/environment/091221_fr.htm (27/08/2013).

période d'engagement du Protocole de Kyoto, allant du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2020.

Les résultats des efforts de l'Union européenne dans le cadre de la première voie sont encore difficiles à saisir, mais sa capacité à convaincre d'autres pays de s'engager pour une deuxième période permet de mesurer la capacité européenne à poursuivre une action diplomatique intense et à représenter un exemple. L'échec de Copenhague a sapé la confiance dans la possibilité d'un accord post-Kyoto largement partagé, mais l'UE a tout de même su réunir autour d'elle un petit groupe de pays développés qui défend et garde d'actualité les acquis du Protocole. Parmi les moyens déployés, l'Union européenne s'est dotée de structures *ad hoc*, en particulier le Commissaire pour l'Action Climat, soutenu par sa Direction Générale.

Le développement de la politique climatique européenne constituait en effet l'un des points clés du programme politique du Président José Manuel BARROSO pour sa deuxième Présidence²⁹⁷. A cette occasion, M. BARROSO avait souligné d'une part que l'Europe « *a montré la voie dans le contexte des négociations internationales* », d'autre part que le nouveau défi est de « *montrer en quoi la lutte contre le changement climatique peut contribuer à moderniser nos économies et constitue le cadre idéal pour récolter les fruits d'une avance technologique* »²⁹⁸.

Avec cet objectif, la Commission 2010-2014 s'est dotée d'un nouveau Commissaire avec portefeuille : le Commissaire pour l'Action pour le Climat. Le 27 novembre 2009, quelques jours avant la Conférence de Copenhague, le Président BARROSO a exposé les grandes lignes de l'action du nouveau Commissaire et de son portefeuille dans la lettre à Madame Connie HEDEGAARD²⁹⁹ : le Commissaire devait jouer un rôle central dans la politique climatique tant internationale qu'interne. Au niveau international, il devait poursuivre le *leadership* de l'Union et favoriser la création de liens entre le SCEQE et d'autres systèmes d'échange, afin de construire

²⁹⁷ José Manuel BARROSO, *Orientations politiques pour la prochaine Commission*, op. cit.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 18, pt. 3.

²⁹⁹ José Manuel BARROSO, *Letter to Connie HEDEGAARD outlining the role and portfolio of the Commissioner for Climate Action*, Bruxelles, 27 novembre 2009. Madame Connie HEDEGAARD a été choisie pour son expérience dans le domaine : ex ministre danois de l'énergie et du climat, dans cette qualité elle a présidé la COP de Copenhague. Son rôle dans l'échec de la Conférence a d'ailleurs constitué l'un des aspects principaux soulevés lors de l'audition devant le Parlement européen le 15 janvier 2010, en vue du vote du Parlement. A cette occasion, Madame HEDEGAARD a souligné qu'« *on peut parler des échecs de Copenhague, mais on ne peut pas reprocher à l'Union européenne - et aux Danois - le fait que certains pays n'aient pas voulu s'engager. Il est vital que les grandes puissances économiques - Etats-Unis, Chine, Inde, Brésil et Russie - reconnaissent - de concert avec l'UE - qu'ils portent une grande responsabilité* ». Elle a en outre insisté sur le rôle « *extrêmement important* » de l'Union européenne témoigné par la législation déjà en place. Compte-rendu des auditions, HEDEGAARD et CIOLOS, 15/01/2010.

un véritable marché international des quotas d'émissions. Au niveau interne, l'action climatique devait avoir pour but la réduction des émissions de GES, par la poursuite des objectifs fixés pour 2020 et pour le futur, et devait également œuvrer à l'adaptation de l'Europe aux changements climatiques.

Dans son action, le Commissaire était soutenu par la nouvelle Direction Générale Action pour le Climat. Comme la nouvelle DG Energie, la DG Action pour le Climat (ou DG Climat) a été créée en février 2010. Nous verrons par la suite que la DG Climat a un rôle essentiel dans les négociations internationales (Chapitre 4), ainsi que dans la poursuite des objectifs climatiques internes et dans la mise en œuvre du SCEQE (Chapitre 5).

En lien avec les missions du Commissaire pour l'Action pour le Climat, nous anticipons ici en analysant un nouvel aspect de la politique de l'exemplarité, qui sera étudié plus en détails dans la seconde Partie de cette thèse. Au fil des années, l'Union européenne, face à des difficultés croissantes pour faire entendre sa voie, a eu un impact sur la politique climatique internationale en mettant à disposition son modèle et son expertise. Le fait d'être le premier groupe de pays à avoir développé des mesures climatiques avancées, et notamment le premier Système d'Echange de Quotas d'Emission, a érigé l'Union en référence pour ceux qui décident de mettre en place des mesures similaires. Les réflexions muries au fil du temps en Europe deviennent ainsi essentielles pour les pays tiers afin de comprendre dans quelle direction avancer. Il est intéressant d'observer que les pays visés à l'Annexe I qui se sont engagés pour une seconde période du Protocole de Kyoto sont les pays qui ont créé ou sont en train de créer des marchés de quotas d'émissions nationaux, liés entièrement ou en partie au marché européen. L'action du Commissaire HEDEGAARD et de la Direction Générale guidée par Monsieur Jos DELBEKE, qui a contribué de manière importante à la construction du SCEQE au début des années 2000, est ainsi essentielle non seulement dans l'élaboration de mesures internes, mais aussi dans le développement des relations diplomatiques nécessaires à la création de liens avec les systèmes des autres pays. La prolongation de Kyoto est devenue essentielle pour les pays qui se sont investis dans la lutte contre le changement climatique, car elle fournit un cadre international stable dans lequel les opérateurs économiques peuvent poursuivre les activités entreprises.

Ces résultats positifs sont cependant nuancés par les difficultés présentes de parvenir à un accord en vue de l'échéance 2015. Si l'Union européenne a su convaincre un

nombre significatif de pays, elle n'a cependant pas été suivie par les émetteurs principaux, dont l'engagement est essentiel afin d'obtenir des résultats efficaces au niveau environnemental.

Conclusions du Chapitre

L'analyse que nous avons présentée des négociations climatiques a montré une inertie croissante, au niveau international, durant ces dernières années. Un tournant s'est effectué après le Protocole de Kyoto : sa conclusion avait demandé deux ans de négociations (de 1995 à 1997) tandis que son entrée en vigueur en a requis huit (de 1997 à 2005). Depuis, aucun progrès ayant une envergure comparable à celle de la Convention-cadre ou de son Protocole n'a été accompli.

Face à ce ralentissement, l'Union européenne a réagi en cherchant à soutenir les efforts internationaux, avec des instruments divers et un succès variable. Si elle n'a pas pu compenser la perte d'élan de la communauté internationale, elle a cependant toujours maintenu des ambitions fortes dans le domaine climatique, ce qui lui a permis de rester le chef de file au moins parmi les pays prêts à progresser dans la réduction des émissions de GES.

Les facteurs principalement géopolitiques qui, comme nous l'avons vu, sont à l'origine de l'inertie internationale dans le domaine du changement climatique, n'ont donc pas significativement affecté la volonté européenne. Ce n'est que depuis 2009 que nous avons pu remarquer une modification du discours européen sur la lutte contre le changement climatique, avec une évolution des priorités et un lien croissant entre mesures de réduction des émissions et relance économique. Si cela peut en partie être imputé à la crise économique et financière, il faut de même souligner que 2009 est l'année de l'adoption du paquet énergie-climat, constituant une réforme majeure des instruments climatiques européens : comme nous le verrons dans la seconde Partie de cette thèse, la mise en œuvre de ces mesures est extrêmement complexe, et demande des temps importants d'ajustement. Il est donc trop tôt, aujourd'hui, pour faire un bilan de ces mesures et pour comprendre si l'intérêt européen à l'égard de la lutte contre le changement climatique s'est effectivement réduit ou si, au contraire, l'intégration de la question climatique dans toute politique

européenne est suffisamment mûre pour qu'il ne soit plus nécessaire d'en souligner constamment l'importance.

Conclusions du Titre

Dans ce Titre nous avons retracé les étapes des négociations climatiques, avec comme objectif d'exposer le contexte scientifique, politique et économique dans lequel l'Europe a élaboré sa position internationale et ses politiques internes.

Ce parcours nous a permis de mettre en évidence des éléments fondamentaux pour la compréhension des choix européens. D'abord, certains traits des instruments internationaux se retrouvent au cœur des mesures internes. En premier lieu, l'approche des questions environnementales par des mécanismes flexibles inspirés du fonctionnement des marchés. Ces mécanismes sont à la base du Protocole de Kyoto, et constituent le fondement de nombreux instruments adoptés par l'UE, dont le Système Communautaire d'Echange des Quotas d'Emission (SCEQE) est un exemple emblématique. En deuxième lieu, la nécessité de faire face à des phénomènes incertains par des politiques innovantes et quasiment expérimentales a souvent obligé la communauté internationale à choisir un fonctionnement par phases successives, permettant des ajustements périodiques. Nous verrons que l'UE, de la même manière, fait de l'« apprentissage par la pratique » une méthode récurrente de sa politique climatique. En troisième lieu, nous avons pu apprécier le lien fort et bidirectionnel qui est établi par l'Union entre les négociations internationales et ses mesures internes : dans un sens, les accords climatiques déterminent les objectifs des mesures internes, dans l'autre l'Union utilise largement la politique de l'exemplarité.

Ensuite, l'ampleur des enjeux climatiques au niveau international détermine la complexité inhérente à la politique européenne. Le principe des responsabilités communes mais différenciées, qui est, comme nous l'avons vu, à l'origine de nombreux débats sur la scène internationale, pose des difficultés tant concernant la création que la mise en œuvre d'une politique européenne commune. Au-delà de la diversité entre pays, la complexité du changement climatique dépend de la multiplicité des secteurs concernés : la difficulté de l'arbitrage entre, d'une part, un nombre limité d'instruments couvrant tous ces secteurs et, d'autre part, une approche fragmentée secteur par secteur, se retrouve aussi bien au niveau européen que dans les négociations internationales. En outre, au sein de l'Union, cet arbitrage est rendu d'autant plus délicat qu'il est strictement lié à la répartition des compétences entre UE et Etats membres.

La question des compétences, qui fera l'objet du prochain Titre, est effectivement un point majeur dans la compréhension des choix européens sur un plan strictement juridique. Si nous avons vu, jusqu'à présent, de quelle manière l'Europe a abordé les problèmes internationaux posés par le changement climatique pour satisfaire ses ambitions, nous devons maintenant analyser si et comment elle arrive à concilier ces mêmes ambitions avec son système de répartition des compétences.

TITRE 2 : LE SYSTÈME DE COMPÉTENCES EUROPÉENNES A L'ÉPREUVE DU CHANGEMENT CLIMATIQUE

Dans le premier Titre, nous avons analysé le déroulement des négociations climatiques internationales, en focalisant notre attention sur le rôle de l'Union européenne dans le processus qui a d'abord conduit à la conclusion de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto et ensuite à la négociation d'un accord pour le post-Kyoto. Au cours de l'analyse des phases de négociation, nous avons perçu les deux caractéristiques essentielles du changement climatique, qui rendent la construction d'une politique climatique difficile à toute échelle : la globalité et la transversalité. Ces deux caractéristiques découlent de la nature des gaz à effet de serre qui sont à l'origine du changement climatique. S'agissant de la globalité, elle dépend du fait que, en l'état actuel des connaissances scientifiques, les effets des GES sur l'atmosphère ne varient pas en fonction du lieu à partir duquel les GES sont émis. Par conséquent, afin d'avoir des résultats efficaces dans la lutte contre le changement climatique, il n'est pas suffisant qu'un seul pays ou un seul groupe de pays agisse, mais il faut un effort global dans la réduction des émissions de GES. Dans une perspective européenne, cela signifie que même si l'UE réussissait à réduire à zéro ses émissions, cela ne pourrait pas être suffisant pour avoir des effets bénéfiques significatifs sur l'atmosphère dans son ensemble. C'est cette globalité qui a conduit, d'une part, à traiter la question climatique d'abord au niveau international plutôt qu'aux niveaux européen, national ou local et qui a conduit l'Union, d'autre part, à persister dans sa politique de l'exemplarité, pour convaincre les pays tiers de s'engager dans la réduction des émissions. Le caractère global conduit ainsi à s'interroger sur le niveau le plus pertinent pour prendre des décisions, en sachant que cette interrogation n'a pas seulement une place dans le choix entre niveau international ou européen, mais aussi entre niveau européen et niveau étatique ou même régional. Ce choix est rendu plus difficile par l'autre caractéristique essentielle des GES : la transversalité. Les principaux gaz à l'origine du changement climatique sont : le dioxyde de carbone (CO₂), le méthane (CH₄), le protoxyde d'azote (N₂O) et les gaz à effet de serre fluorés. La transversalité est liée au fait que les émissions de ces gaz par les activités anthropiques ont leur origine dans une multiplicité de secteurs : par exemple, le dioxyde de carbone est émis par la combustion de

combustibles fossiles, concernant aussi bien la production d'énergie électrique que les transports – terrestres, maritimes et aériens –, le chauffage des bâtiments et l'industrie. Le même gaz est aussi émis lors de la déforestation et de la dégradation des forêts. L'agriculture et l'élevage constituent les principales sources anthropiques de méthane (culture du riz et élevage des ruminants) et de protoxyde d'azote (utilisation d'engrais azotés). Cette transversalité se traduit par la nécessité d'insérer la question climatique dans un grand nombre de politiques sectorielles, avec des conséquences majeures sur la construction d'une gouvernance climatique efficace.

En effet, nous avons vu qu'au niveau international, une première difficulté a été l'identification d'un forum compétent pour la prise de décision ainsi que pour la construction de la gouvernance et la mise en œuvre des mesures. Un forum *ad hoc* a été constitué par la Conférence des parties, auquel s'est ajouté le forum constitué par les parties au Protocole de Kyoto. Une deuxième difficulté au niveau international est liée à la tentative d'insérer des secteurs très différents au sein d'une même négociation, ce qui a rendu les discussions de plus en plus complexes, car plus les termes de la négociation se multiplient, plus les échanges entre les parties se complexifient.

Au niveau européen, la transversalité conduit à une réflexion complexe sur la répartition des compétences entre Union européenne et Etats membres dans la lutte contre le changement climatique. D'une part, l'Union européenne s'est engagée au niveau international à réduire ses émissions conjointement avec les Etats membres, en affirmant d'ailleurs au fil des années son ambition de jouer le rôle de chef de file dans ce domaine. D'autre part, le Traité n'attribue pas à l'Union européenne de compétence dans la lutte contre le changement climatique et la grande variété des domaines concernés conduit à une vérification cas par cas de l'acteur compétent dans l'adoption des actes : l'Union européenne ou les Etats membres.

Ce Titre aborde une question que nous nous sommes posée à la lumière de l'évolution du rôle de l'Union européenne dans les négociations climatiques : sa difficulté croissante à affirmer sa position vis-à-vis des autres pays naît-elle seulement du cadre géopolitique et économique en mutation, ou bien dépend-elle aussi de causes internes, et notamment d'un système de répartition des compétences qui n'est pas adapté pour faire face à l'enjeu complexe du changement climatique, dans sa double dimension interne (l'élaboration des politiques) et externe (la proposition sur la scène internationale) ? Dans les deux prochains chapitres nous analyserons la tension entre

l'Union européenne et les Etats membres dans le choix et l'exercice des compétences engagées dans la lutte contre le changement climatique. Dans un premier temps nous prendrons en compte les compétences internes dans ce domaine (Chapitre 3). Dans un second temps nous focaliserons notre attention sur les compétences externes (Chapitre 4).

Chapitre 3. Les compétences internes de l'Union européenne

« La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants : (...) la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique » (art. 191(1) TFUE). Cette référence unique au changement climatique, introduite par le traité de Lisbonne, dont l'entrée en vigueur a précédé seulement de quelques jours la Conférence de Copenhague, contribue à donner à cet enjeu un statut particulier. D'abord, la lutte contre le changement climatique constitue un objectif de la politique environnementale de l'Union européenne, ensuite, elle s'inscrit dans son action internationale. Etant donné que les compétences de l'UE, exclusives, partagées ou d'appui, sont énoncées explicitement dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne et que le changement climatique n'apparaît pas dans ces listes mais uniquement dans l'article 191 TFUE consacré à l'environnement, comme objectif international, il apparaît que l'Union ne dispose pas d'une compétence interne dans ce domaine. En suivant ce raisonnement, il semblerait impossible, *a priori*, de parler d'une véritable politique climatique européenne autonome, ce qui supposerait un transfert de compétences des Etats membres à l'Union. Cependant, comme nous avons commencé à l'apercevoir dans le premier Titre, et comme il sera montré distinctement dans ce Chapitre, l'UE a adopté de nombreux actes visant à la lutte contre le changement climatique, indépendamment de son action extérieure et ne se fondant pas systématiquement sur sa compétence environnementale.

Cette incohérence apparente avec les dispositions du Traité ne doit pas surprendre : le système d'attribution des compétences de l'UE est en évolution constante, et la relation entre objectifs européens et compétences attribuées est non-univoque et complexe. Plusieurs domaines pour lesquels une compétence européenne est aujourd'hui attribuée par le Traité ont atteint ce statut de compétence explicite par une évolution guidée par des nécessités émergentes ; par exemple, et sans nous éloigner de notre champ d'intérêt, l'environnement et l'énergie.

La prise en compte croissante du changement climatique dans l'action européenne se manifeste de différentes manières, dont une est sûrement son insertion dans l'article 191 TFUE, constituant une reconnaissance de la globalité du changement climatique

par son positionnement au niveau de l'action internationale de l'Union. D'autres manières, plus spécifiquement internes et liées à la transversalité du changement climatique, consistent à prendre en compte ce dernier dans des politiques sectorielles de l'Union et à adopter des actes législatifs visant uniquement la réduction des émissions de GES. Mais, en l'absence d'une compétence en matière de changement climatique, toutes ces actions reposent nécessairement sur des bases juridiques différentes. Nous ne pouvons évidemment pas anticiper ou prévoir si cette évolution conduira à une modification du statut du changement climatique dans les Traités, mais nous pouvons analyser comment l'Union construit une « politique climatique » sur la base des compétences existantes.

Pour identifier les compétences qui sont exercées par l'Union européenne dans la construction de son action climatique, nous utiliserons deux méthodes. D'abord, nous examinerons comment la lutte contre le changement climatique est devenue un objectif de l'action interne de l'Union européenne, intégrée dans plusieurs secteurs de compétence de l'Union (section 1). Puis, nous analyserons sur quelles bases juridiques le législateur européen a fondé son action climatique interne (section 2). Cette articulation nous permettra d'une part de comprendre comment l'Union européenne se confronte à l'une des caractéristiques essentielles du changement climatique, sa transversalité ; d'autre part elle nous permettra de réfléchir au statut acquis par le changement climatique : son omniprésence dans les actes européens permet-elle de le considérer comme un objectif transversal indépendant de la protection de l'environnement, sinon *de jure* du moins *de facto* ?

Section 1. Le changement climatique : un objectif européen

Au cours des vingt-cinq dernières années, la place attribuée par les institutions européennes à la lutte contre le changement climatique a considérablement évolué : d'objectif propre à la politique extérieure en matière d'environnement, elle s'est progressivement transformée en objectif de la politique interne de l'environnement (sous-section 1) et en objectif transversal à de nombreuses politiques européennes (sous-section 2).

Sous-section 1 : le changement climatique : un bourgeon de la politique environnementale européenne ?

Les raisons qui nous conduisent à consacrer une sous-section entière à la politique environnementale de l'Union européenne et à l'intégration de la lutte contre le changement climatique au sein de cette politique sont nombreuses.

La première est que, de par sa nature, intuitivement, la lutte contre le changement climatique semble s'inscrire dans cette politique. Si une notion unique d'environnement n'a jamais été établie en droit de l'Union européenne, certains éléments y sont assurément présents. L'Avocat Général Philippe LEGER a classé, parmi les facteurs à prendre en compte dans la définition de la notion d'environnement, l'homme, la faune et la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage, l'interdépendance entre ces différents facteurs³⁰⁰. En visant à une réduction des émissions anthropiques de GES dans l'atmosphère afin de limiter l'augmentation de la température, la lutte contre le changement climatique implique plusieurs des facteurs indiqués : l'air, le climat et l'interaction entre l'homme et ces deux facteurs.

La deuxième raison est liée au fait que la seule mention explicite de la lutte contre le changement climatique dans le Traité de Lisbonne se trouve à l'article 191(1) TFUE, dédié aux objectifs de la politique environnementale de l'Union.

En troisième lieu, la protection de l'environnement constitue pour nous un exemple très intéressant d'une politique européenne qui s'est formée de manière graduelle, avant même que le Traité attribue expressément à l'Europe une compétence dans ce domaine.

Enfin, la politique environnementale est emblématique du lien souvent très étroit entre l'action européenne et l'évolution des négociations internationales dans ce domaine.

Dans cette section, nous poserons les éléments nécessaires pour aborder deux questions. La première est de savoir si la lutte contre le changement climatique constitue un objectif de la seule politique internationale européenne ou si au contraire elle peut être désormais considérée comme un objectif de politique interne. La deuxième question porte sur le lien entre changement climatique et politique environnementale : est-il encore possible de considérer la lutte contre le changement

climatique comme un des éléments constitutifs de la politique environnementale européenne ou serait-il possible d'apercevoir une émancipation progressive de cet enjeu de l'action européenne de protection de l'environnement ?

Pour nous aider à répondre, au fil du chapitre, à ces deux questions, nous procéderons de la manière suivante. D'abord, nous prendrons en compte la naissance et le développement de la politique environnementale européenne (A). Puis, nous focaliserons notre attention sur l'évolution de la place de la lutte contre le changement climatique parmi les grands objectifs énoncés par les programmes européens d'action pour l'environnement : d'objectif international à objectif interne (B). Enfin, nous examinerons les Programmes Européens pour le Changement Climatique (PECC) en y cherchant, d'une part, une confirmation du passage de la lutte contre le changement climatique vers le statut d'objectif interne de l'Union européenne et, d'autre part, une illustration de l'émancipation progressive de la lutte contre le changement climatique par rapport à la politique environnementale de l'Union (C).

A. La politique environnementale de l'Union européenne

Après avoir retracé les étapes qui ont conduit à l'attribution à l'Union européenne d'une compétence environnementale telle que nous la connaissons aujourd'hui (A1), nous concentrerons notre attention sur l'un des principes fondateurs de cette politique : le principe d'intégration (A2).

A.1. La construction de la politique environnementale de l'Union européenne

En poursuivant comme objectif principal la construction d'un marché commun, essentiel pour la reconstruction et le développement économique propre à la période de l'après-guerre³⁰¹, le Traité de Rome n'attribuait pas à la Communauté Economique Européenne une compétence dans le domaine de l'environnement, davantage liée à des préoccupations sur la qualité de vie que sur les conditions socio-économiques des

³⁰⁰ CJCE, 2 mai 1996, *Commission c. Belgique*, aff. C-133/94, *Rec.* I-2323. Conclusions de l'Avocat Général Philippe LEGER, présentées le 11 janvier 1996, point 56.

³⁰¹ Damien CHALMERS, Gareth DAVIES et Giorgio MONTI, *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 12.

Etats membres³⁰². Si la compétence en matière de protection de l'environnement a seulement été attribuée par l'Acte Unique Européen en 1986, les fondements de la politique européenne de l'environnement sont perceptibles dès le début des années 1970, en lien avec la première conférence internationale sur l'environnement qui a eu lieu à Stockholm en juin 1972. L'émergence de la politique européenne de l'environnement ne peut pas être dissociée de ce premier Sommet de la Terre et il est donc essentiel de lire les documents adoptés par la CEE dans les années 1970 en parallèle avec les discussions qui ont eu lieu au sein de la communauté internationale lors de ce premier Sommet de la Terre, qui a fait émerger la nécessité d'intégrer les questions environnementales au développement économique des pays et des populations³⁰³.

Au sein de la CEE, la préparation de la Conférence de Stockholm a été marquée par l'adoption de deux communications de la Commission européenne. L'une a été adoptée en 1971 et constitue la première communication portant sur la protection de l'environnement. La Commission avait fait de la « *lutte contre la dégradation de la nature et des milieux de vie* » l'un des objectifs économiques et sociaux que la Communauté devait poursuivre, notamment afin d'éviter des distorsions importantes dans le fonctionnement du marché, distorsions dues aux dispositions différentes adoptées par les Etats membres³⁰⁴. L'autre communication a été adoptée quelques mois avant la Conférence de Stockholm et contenait une série de mesures visant non pas à donner lieu à une nouvelle politique européenne « *séparée des autres* », mais plutôt à insérer les préoccupations environnementales dans de nombreux secteurs³⁰⁵. Parmi les propositions avancées par la Commission se trouve l'adoption du premier programme d'action pour l'environnement.

Un an environ après cette communication et à la lumière des réflexions engagées à Stockholm, le 22 novembre 1973 les chefs d'Etat et de gouvernement des pays membres ont adopté le premier programme européen d'action pour l'environnement,

³⁰² Claude BLUMANN, « Historique de la politique communautaire de l'environnement », in Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE (ed.), *Le droit communautaire de l'environnement. Mise en œuvre et perspectives*, La documentation française, Paris, 1998, p. 18.

³⁰³ Rappelons d'ailleurs que lors de la Conférence de Stockholm, la nécessité d'approfondir l'étude de la relation entre pollution anthropique et évolution du climat a été affirmée, comme nous l'avons mis en évidence dans le Chapitre 1, page 31.

³⁰⁴ Première communication de la Commission sur la politique de la Communauté en matière d'environnement, SEC(71) 2616 final. Pour une analyse de l'élaboration de cette première communication et notamment du rôle du Commissaire pour l'industrie Altiero SPINELLI voir : Christian VAN de VALDE, « Environmental and consumer protection », in *The European Commission 1973-1986, History and memory of an Institution*, European Commission, 2014.

ayant comme objectif principal de bâtir une politique environnementale communautaire capable d'« améliorer la qualité et le cadre de la vie, le milieu ambiant et les conditions de vie des peuples qui en font partie »³⁰⁶. Ce premier programme a été élaboré pour la période 1974-1976 et définissait les objectifs et les modalités pour réduire les différentes formes de pollution et les nuisances à l'environnement ou pour en améliorer les conditions. Les trois premiers programmes (1974-1976 ; 1977-1981 ; 1981-1986) nous montrent comment les institutions européennes ont procédé pour guider l'action de la Communauté dans un domaine dans lequel la compétence restait attribuée aux seuls Etats membres. Ces programmes fixaient les domaines prioritaires d'intervention ainsi que les objectifs à atteindre. En l'absence d'une base juridique dans le domaine de l'environnement, la Commission a dû proposer des actes fondés sur le rapprochement des législations ou ayant comme base juridique la clause de flexibilité.

Le tournant dans la construction d'une politique environnementale européenne cohérente a eu lieu avec l'Acte Unique Européen, qui a contribué à la construction de cette politique de deux manières. La première : en attribuant à la CEE une compétence environnementale, partagée avec les Etats membres. La deuxième : en indiquant que « les exigences en matière de protection de l'environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté » (ex art. 130 R TCEE). Cette disposition posait les fondements de la future clause d'intégration, que nous traiterons dans le prochain paragraphe. En suivant cette même logique de prise en compte des préoccupations environnementales, les rédacteurs du Traité ont indiqué à l'ex article 100 A(3) TCEE (art. 114 TFUE) concernant le rapprochement des législations, que la Commission, dans ses propositions en matière d'environnement, « prend pour base un niveau de protection élevé ».

Des modifications importantes pour l'évolution de la politique européenne de l'environnement ont été apportées par le Traité de Maastricht. Encore une fois, l'évolution de la politique environnementale de la Communauté a été étroitement liée au le scénario international, la conception et l'adoption du Traité européen ayant coïncidé avec la Conférence de Rio de 1992. Aux trois objectifs de la politique

³⁰⁵ Communication de la Commission au Conseil sur un programme des communautés européennes en matière d'environnement, présentée le 24 mars 1972, JO C 52/1 du 26/05/1972, p. 3.

environnementale de la Communauté européenne établis par l'Acte Unique Européen (la protection de l'environnement *stricto sensu*, la protection de la santé humaine et l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles), le Traité de Maastricht a ajouté « *la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement* » (ex art. 130 R(4) TCEE). Si la compétence externe de la Communauté était implicite après l'adoption de l'Acte Unique Européen, le Traité de Maastricht l'a rendue explicite en fournissant une base juridique claire pour les négociations internationales dans ce domaine³⁰⁷. La coïncidence temporelle du Traité de Maastricht avec la Conférence de Rio n'a pas eu pour seule conséquence l'attribution d'une compétence environnementale externe explicite³⁰⁸ : trois autres modifications majeures ont été apportées. D'abord, le préambule du Traité sur l'Union européenne faisait référence à « *un renforcement de la cohésion et de la politique de l'environnement* ». Ensuite, l'article 2 du Traité instituant la Communauté européenne établissait parmi les objectifs « *une croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement* ». Enfin, la Déclaration n° 20 annexée à l'Acte final du Traité sur l'UE portait sur l'évaluation de l'impact environnemental des mesures adoptées par la Communauté européenne. Le Traité de Maastricht a également établi que le principe de précaution, que nous avons abordé dans le Chapitre 1, devait régir l'action européenne dans le domaine de l'environnement (ex art.130R(2) TCE). L'insertion de ce principe est un des apports des réflexions mûries lors de la préparation du Sommet de la Terre de Rio, et notamment de l'élaboration de la Convention-cadre sur le Changement Climatique.

A.2. La clause d'intégration

Afin de comprendre le statut du changement climatique par rapport aux politiques européennes établies par le Traité, ce qui nous servira par la suite, il faut porter une attention particulière au principe d'intégration énoncé à l'article 11 TFUE. Cette disposition établit que « *les exigences de la protection de l'environnement doivent*

³⁰⁶ Déclaration du Conseil des Communautés Européennes et des Représentants des Gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil du 22 novembre 1973 concernant un programme d'action des Communautés Européennes en matière d'environnement, *JO C-112/1* du 10/12/1973, p. 5.

³⁰⁷ Nous aborderons ces aspects dans le Chapitre 4.

³⁰⁸ Yves PETIT, « Environnement », *Rép. Communautaire Dalloz*, janvier 2007, p. 5.

être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable ».

Cet article, qui ne modifie pas l'ex article 6 TCE, est le résultat de longues réflexions menées au cours des années 1990, qui l'ont conduit à la formulation que nous connaissons aujourd'hui. En attribuant une compétence européenne dans le domaine de l'environnement, l'Acte Unique Européen avait inséré le principe d'intégration à l'article 130 R(2), attribuant une compétence à la CEE dans le domaine de l'environnement. Ce positionnement, confirmé par le Traité de Maastricht, a été remis en cause dans les années qui ont conduit à l'adoption du Traité d'Amsterdam. Deux options avaient été envisagées : l'insertion expresse du principe d'intégration au sein de certaines autres politiques européennes, telles que l'agriculture et les transports, ou bien la consécration d'une disposition de portée générale qui l'affirmait³⁰⁹. C'est cette deuxième solution qui a finalement été retenue. Comme nous l'avons vu au cours du premier Titre, le traité d'Amsterdam a associé le développement durable au principe d'intégration de la protection de l'environnement.

Avec le principe d'intégration tel qu'il est consacré par le Traité d'Amsterdam, l'environnement a acquis une dimension spéciale et les exigences environnementales *« deviennent un élément nécessaire de l'évolution des politiques et actions susceptibles d'affecter l'environnement et non seulement une obligation d'en tenir compte au niveau de leur réalisation »*³¹⁰.

Nicolas de SADELEER s'est interrogé sur la notion d'intégration de la protection de l'environnement, en mettant en évidence deux interprétations possibles de cette notion³¹¹. La première comporterait une « fusion » de la politique environnementale avec les autres politiques européennes, ce qui entraînerait le risque d'une *« dilution des impératifs environnementaux dans des ensembles politiques plus vastes »*³¹². Par exemple, les contraintes sociales pourraient avoir, notamment en période de crise économique, des conséquences négatives sur la protection de l'environnement dans cette optique de fusion de la politique environnementale avec les autres politiques.

³⁰⁹ Ludwig KRAMER, *EU Environmental Law*, Sweet & Maxwell, seventh edition, 2011, 1-24, p. 20.

³¹⁰ Ricardo GOSALBO BONO, « Les politiques et actions de la Communauté », *RTDE*, n. spécial 4-1997, « Le Traité d'Amsterdam », p. 61 s.

³¹¹ Nicolas de SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, Commentaire J. Mégret, Institut d'Etudes Européennes, 3^{ème} édition, Bruxelles, 2010, pp. 23-24.

³¹² *Ibid.*

La deuxième interprétation du principe d'intégration proposée par Nicolas de SADELEER comporte un rapprochement de la politique environnementale des autres politiques européennes. L'identité de chaque politique serait ainsi maintenue et les objectifs de la politique environnementale devraient être concrètement insérés lors de la prise de décision dans toute autre politique européenne.

Dans les deux cas, le processus décisionnel ne peut plus, à la lumière du principe d'intégration, être organisé sur la base d'un « *modèle d'organisation empreint de verticalité organisationnelle et décisionnelle* »³¹³, mais plutôt sur une approche caractérisée par la transversalité. Le rapport entre la transversalité de la politique environnementale reconnue par le principe d'intégration, et la transversalité propre du changement climatique constituera un des éléments que nous devons analyser pour établir la séparation de ces deux thèmes dans la politique européenne.

B. La lutte contre le changement climatique : un objectif international devenu objectif interne

La prise en compte des programmes pour l'environnement, définissant les lignes directrices de l'action européenne dans ce domaine, montre une évolution majeure du statut de la lutte contre le changement climatique. Si dans les six premiers programmes (de 1974 à 2012) le changement climatique est passé du statut d'objet de recherche scientifique à celui d'enjeu de la politique environnementale internationale (B1), le septième programme adopté en 2013 érige la lutte contre le changement climatique en objectif de l'action environnementale non seulement externe mais également interne (B2).

B.1. L'émergence d'un objectif international

Pour apprécier l'intégration progressive de la lutte contre le changement climatique dans les objectifs de la politique environnementale internationale de l'Union, il est possible de lire les six premiers programmes européens d'action pour l'environnement à la lumière du développement des connaissances scientifiques sur le climat et des négociations internationales.

³¹³ *Ibid*, p. 24.

Les deux premiers programmes européens d'action pour l'environnement ont été adoptés dans les années 1970 (1974-1976 ; 1977-1981), suite aux réflexions poursuivies par la Communauté internationale lors du Sommet de la Terre de Stockholm de 1972 (A.1). A cette époque, les scientifiques avaient identifié la nécessité d'analyser le rapport entre émissions de GES et changement du climat, mais les études étaient encore à un état embryonnaire. Cet état des connaissances scientifiques explique pourquoi les deux premiers programmes ne prenaient en compte que certains GES, tels les oxydes d'azote, et non pour leurs effets sur l'atmosphère et le climat, mais pour leur impact sur la santé de l'homme³¹⁴ et sur l'eutrophisation de l'eau³¹⁵.

La nécessité pour la Commission de se préoccuper « *des effets de certaines substances chimiques, telles que les chlorofluorocarbures, sur la couche d'ozone stratosphérique et sur le climat* »³¹⁶ a été affirmée pour la première fois par le troisième programme européen d'action pour l'environnement (1981-1987). En ce qui concerne la couche d'ozone, il faut rappeler que les années 1980 ont été marquées par la négociation de la Convention de Vienne, adoptée en 1985, et de son Protocole de Montréal de 1987. S'agissant de la lutte contre le changement climatique, la première Conférence internationale dédiée au climat, qui s'est déroulée à Genève en 1979, avait conduit au lancement d'un programme d'étude mondiale sur le changement climatique (Chapitre 1, page 31).

Si le troisième programme européen d'action pour l'environnement a intégré parmi les champs d'étude scientifique à développer le lien de causalité entre émissions anthropiques et changement climatique, le quatrième programme a explicité le rapport entre les connaissances de la communauté scientifique internationale et l'action à entreprendre au niveau européen. En effet ce programme, allant de 1987 à

³¹⁴ Le premier Programme Européen pour l'Environnement disposait de développer des travaux afin d'établir les effets nocifs des oxydes d'azote (NO_x) et relevait notamment la nécessité de développer des études sur les engrais et les phosphatés contenant ces gaz. Déclaration du Conseil des Communautés Européennes et des Représentants des Gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil du 22 novembre 1973 concernant un Programme d'action des Communautés Européennes en matière d'environnement, *JO C 112/1* du 10/12/1973. Nous reviendrons sur ce Programme dans le Chapitre 5.

³¹⁵ Le deuxième Programme d'action pour l'environnement prenait en compte les effets des oxydes d'azote contenus dans les engrais sur l'eau et notamment sur l'eutrophisation des corps hydriques. Celle-ci est un processus de surcroissance algale dû à un apport excessif de nutriments, dont les substances azotées, et qui entraîne une dégradation de l'environnement aquatique. Résolution du Conseil des Communautés Européennes et des Représentants des Gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil du 17 mai 1977 concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un Programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, *JO C 139/1* du 13/06/77, par. 194.

³¹⁶ Résolution du Conseil des Communautés Européennes et des Représentants des Gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil du 7 février 1983 concernant la poursuite d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, *JO C 46/1* du 17/02/1983, par. 21.

1992, indiquait que, dans le cas où les scientifiques confirmeraient l'existence d'un lien entre émissions anthropiques, notamment l'utilisation de combustibles fossiles, et le changement du climat, la Communauté devrait « *penser aux réactions possibles et aux stratégies énergétiques alternatives* »³¹⁷. Dans cette optique, ce quatrième programme a inclus, parmi les quatre grands domaines de recherche définis comme essentiels, « *les risques climatologiques et naturels, posant des problèmes à long terme, tels que les possibles changements climatiques dus à l'augmentation des concentrations du CO₂ dans l'atmosphère* »³¹⁸. Afin d'accroître les connaissances dans le domaine de la climatologie et des risques naturels, la Commission avait proposé que le quatrième programme d'action pour l'environnement alloue 17 millions d'Ecus à cette tâche. Cette allocation a été confirmée par le Conseil lors de l'adoption du programme³¹⁹.

Le premier rapport du GIEC (1990) a fourni les bases scientifiques nécessaires pour les discussions qui ont eu lieu au sein de la communauté internationale et qui ont conduit en 1992 à l'adoption de la Convention-cadre sur le changement climatique. Le cinquième programme européen d'action pour l'environnement (1993-2000), élaboré dans ce contexte, a reconnu la lutte contre le changement climatique parmi les enjeux principaux de l'action européenne³²⁰. La lutte contre le changement climatique a acquis avec ce programme une dimension d'objectif externe de la politique environnementale européenne, en lien avec l'élaboration et la mise en œuvre des accords internationaux en la matière. Pour aider la Communauté européenne et ses Etats membres « *à mettre en œuvre rapidement les principales mesures* » adoptées à Rio (considérant 5), le cinquième programme mentionnait les interventions nécessaires pour parvenir à l'objectif de stabilisation des émissions de GES au niveau de 1990 fixé par la Convention-cadre (chapitre 5.1 du programme). Sans préciser le contenu de ces mesures, le cinquième programme listait les secteurs principalement concernés : la production d'énergie, l'efficacité énergétique et les transports. Le fait

³¹⁷ Commission européenne, Projet de résolution du Conseil européen concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (1987-1992), COM(86) 485 final, JO C 70/3 du 18/03/1987, par. 2.3.20.

³¹⁸ *Ibid.*, par. 6.3.

³¹⁹ Résolution du Conseil des Communautés Européennes et des Représentants des Gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil du 19 octobre concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (1987-1992), JO C 328/01, par. 6.4.

³²⁰ Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, du 1er février 1993, concernant un programme communautaire de politique et d'action en matière d'environnement et de développement

de considérer les mesures internes de réduction des émissions comme la mise en œuvre des engagements internationaux montrait que la Communauté européenne identifiait le niveau international comme le plus approprié dans la lutte contre le changement climatique. Le programme soulignait à plusieurs reprises la nécessité d'une intervention au niveau mondial afin de lutter de manière efficace contre le changement climatique. Dans cette optique, le Conseil envisageait l'accompagnement de la Convention-cadre par un ou plusieurs protocoles visant à la définition d'objectifs et d'engagements spécifiques à l'échelon mondial.

Le sixième programme européen d'action pour l'environnement (2002 - 2012) a considéré le changement climatique comme « *le défi principal pour les dix prochaines années et au-delà* » (art. 1(2) du programme), en faisant de la lutte contre le changement climatique l'un des quatre axes fondamentaux de la politique environnementale européenne³²¹. Le programme définit expressément la lutte contre le changement climatique comme l'un des objectifs de la politique internationale de l'Union dans le domaine environnemental, dans la mesure où il précise qu'elle « *fera partie intégrante des politiques de l'Union européenne en matière de relations extérieures* » (art. 5 du programme). La dimension internationale de la lutte contre le changement climatique est confirmée par les trois objectifs identifiés par le programme : la ratification du Protocole de Kyoto ; sa mise en œuvre ; le placement de la Communauté européenne dans « *une position crédible pour la conclusion d'un accord international concernant des objectifs de réduction plus strictes pour la deuxième période d'engagements du Protocole de Kyoto* » (art. 5(1) troisième tiré). Pour parvenir à ces trois objectifs, le programme envisage l'adoption de mesures européennes de réduction des émissions de GES dans plusieurs secteurs, dont les principaux sont l'énergie, le transport, le bâtiment et l'agriculture.

Cette dimension internationale de la lutte contre le changement climatique, très présente dans le sixième programme, s'atténue et disparaît presque du septième programme européen d'action pour l'environnement, qui fait de la lutte contre le changement climatique un objectif clé de la politique interne de l'Union.

durable – Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement, *JO C 138* du 17/05/1993, p. 1-4.

³²¹ Décision 1600/2002 du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2002 établissant le sixième programme d'action communautaire pour l'environnement, *JO L 242/1* du 10/09/2002.

B.2. Un objectif de l'action interne

Le 20 novembre 2013, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le programme d'action pour l'environnement à l'horizon 2020³²². En ce qui nous concerne ici, ce programme peut être interprété comme un tournant s'agissant du statut de la lutte contre le changement climatique dans la politique environnementale européenne : d'objectif expressément lié à la politique extérieure, elle devient partie intégrante de la politique environnementale européenne interne. Ce changement se manifeste dans la définition des objectifs du septième programme, dont le deuxième est expressément consacré à la réduction des émissions de GES. Le programme vise en effet à « *faire de l'Union une économie efficace dans l'utilisation des ressources, verte, compétitive et à faibles émissions de CO₂* » (art. 2(1) lett. b) du programme). Pour y parvenir le programme envisage deux types de mesures : la pleine mise en œuvre des actes déjà adoptés et l'adoption de nouvelles mesures. En ce qui concerne la nécessité de mettre pleinement en œuvre les actes déjà adoptés nous trouvons, parmi les actes auxquels le programme fait référence, ceux du paquet énergie-climat. La mention par le législateur de ce paquet législatif illustre bien le changement du statut de la lutte contre le changement climatique. Rappelons que le paquet énergie-climat avait été adopté en 2009 avec l'objectif de donner davantage de crédibilité à l'Union européenne lors des négociations internationales de Copenhague, dans la droite ligne de la politique de l'exemplarité poursuivie dans ce domaine. Le législateur européen avait ainsi adopté cette série de mesures relatives à la lutte contre le changement climatique en poursuivant le troisième objectif du programme européen d'action pour l'environnement 2002-2012 : fournir « *une position crédible pour la conclusion d'un accord international concernant des objectifs de réduction plus strictes pour la deuxième période d'engagements du Protocole de Kyoto* » (art. 5(1) troisième tiret). Cette dimension d'exemplarité, explicite dans le sixième programme et essentielle dans le paquet énergie-climat, s'atténue grandement dans le septième programme : la mise en œuvre du paquet est vue comme nécessaire pour parvenir à l'objectif de diminution des émissions au sein de l'économie européenne à l'échéance de 2020. En ce qui concerne l'adoption de nouvelles mesures qui permettent une réduction des émissions de GES, le septième programme envisage des actions dans plusieurs

secteurs, dont les principaux restent l'énergie³²³ et l'efficacité énergétique³²⁴, les transports³²⁵ et l'agriculture³²⁶.

Le septième programme ne se limite pas à identifier la réduction des émissions parmi les objectifs prioritaires pour parvenir à une économie à faible intensité d'émissions, mais il intègre la lutte contre le changement climatique parmi d'autres priorités thématiques de l'action environnementale interne, telle que « *la protection, la conservation et l'amélioration du capital naturel de l'Union* », constituant l'objectif prioritaire du programme (art. 2(1) lett. a du programme). Pour y parvenir, le programme envisage plusieurs mesures dans le cadre de la PAC et de la gestion forestière, en considérant le sol et les forêts comme des puits de carbone importants (annexe au programme, pt. 20).

La lecture du septième programme d'action pour l'environnement, de ses objectifs prioritaires et des mesures envisagées montre donc que la lutte contre le changement climatique et notamment la réduction des émissions de GES ne constituent plus un objectif international (respect des engagements, politique de l'exemplarité) mais que, au contraire, « *une économie (...) à faibles émissions de CO₂* » est un objectif propre à l'Union.

Cela ne signifie pas pour autant que la prise en compte de la sphère internationale soit complètement absente. En effet, le programme invite à prendre en compte « *toute évolution dans le texte de la Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique et des autres processus pertinents* » lors de la définition urgente de l'action de l'Union dans les domaines du climat et de l'énergie à l'horizon 2030 (annexe au septième programme, pt. 43, lett. i)). En outre, le neuvième objectif prioritaire du septième programme vise à « *accroître l'efficacité de l'Union dans la lutte contre les problèmes qui se posent (au niveau...) mondial dans le domaine (...) du climat* », en engageant l'Union à la poursuite des étapes définies par la plateforme de Durban (annexe, point. 99). Le caractère global du changement climatique oblige l'Union européenne à réinsérer ses efforts dans la réduction des émissions de GES dans le contexte des négociations multilatérales, mais l'objectif de faire de l'Union

³²² Décision 1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », JO L 354/171 du 28/12/2013.

³²³ Pour une présentation des mesures envisagées voir : annexe au septième programme, pt. 37.

³²⁴ *Ibid.*, pt. 32 et 37.

³²⁵ *Ibid.*, pt. 32 ; 33 et 37.

une économie faible en carbone reste indépendant, tant des décisions prises au niveau international que de la volonté de vouloir montrer l'exemple aux autres Etats.

Les raisons qui ont conduit à un détachement de la lutte contre le changement climatique du niveau international sont à rechercher dans les différences entre les deux périodes historiques au cours desquelles le sixième et le septième programme européen d'action pour l'environnement ont été adoptés. Rappelons que le sixième programme a été adopté en juillet 2002, entre la conclusion et l'adoption du Protocole de Kyoto. Durant cette période, l'Union européenne jouait le rôle de catalyseur des pays favorables à l'entrée en vigueur du Protocole, en partie grâce à sa politique de l'exemplarité. Les objectifs du sixième programme doivent se lire dans ce contexte : le premier était l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto, pour lequel l'Union œuvrait depuis plusieurs années. Le deuxième était sa mise en œuvre : celle-ci était la conséquence immédiate des engagements mais aussi une prise de position forte de l'Union face aux pays indécis, dans la mesure où la mise en œuvre a été programmée avant la ratification même de l'accord, par ailleurs incertaine. Enfin, le troisième objectif était d'aider l'Union, dans une perspective encore plus lointaine, à assumer un rôle central dans la négociation du nouvel accord qui aurait dû faire suite au Protocole de Kyoto.

Le contexte international lors de l'élaboration du septième programme avait radicalement changé par rapport au début des années 2000. La Conférence de Copenhague (2009) a été marquée par un échec et l'Union européenne a montré son incapacité à s'imposer sur la scène mondiale, en dépit de sa politique de l'exemplarité. La première période d'engagement du Protocole de Kyoto s'est achevée à la fin de l'année 2012, sans un accord pour la suite. Malgré l'engagement de l'Union européenne et d'autres parties de poursuivre les efforts de réduction, la majeure partie des pays n'est pas actuellement soumise à des engagements contraignants de réduction des émissions. Comme nous l'avons vu dans le Chapitre 2, la conclusion d'un nouvel accord international en 2015 lors de la Conférence de Paris n'est pas assurée. Ce scénario international n'impose donc aucune obligation, pour l'Union, à aller plus loin dans ses actions de réduction des émissions. Même la poursuite de la politique de l'exemplarité, étant donné ses échecs, ne semble pas justifier l'adoption de nouvelles mesures. Le choix de l'UE de poursuivre une

³²⁶ *Ibid.*, pt. 43, iv).

politique forte de réduction des émissions de GES comme celle établie dans le septième programme d'action est donc le signe que la lutte contre le changement climatique constitue un objectif qui va bien au-delà de la politique environnementale internationale de l'Union, et qu'elle a désormais été intégrée parmi les objectifs internes.

C. Le Programme Européen pour le Changement Climatique

La construction de la stratégie européenne de lutte contre le changement climatique, qui dans les années 1990 trouvait son cadre essentiel dans les programmes européens d'action pour l'environnement, se fonde également, depuis l'année 2000, sur un autre dispositif essentiel : le Programme Européen pour le Changement Climatique (PECC). Le PECC s'associe aux programmes pour l'environnement afin de garantir les meilleures conditions possibles pour le développement de mesures ayant comme objectif la réduction d'émissions de GES. Les deux programmes européens pour le changement climatique qui se sont succédé en 2000 et en 2005 nous sont ici utiles, d'abord pour confirmer le détachement progressif de la lutte contre le changement climatique de l'action purement internationale (C1), puis pour mettre en lumière l'intégration de cet enjeu dans d'autres domaines de compétence de l'Union (C2), qui feront l'objet d'analyses par la suite.

C.1. Le PECC : politique climatique et dimension interne

Compte tenu du caractère global du phénomène du changement climatique, qui oblige l'Union à agir avec les autres pays pour obtenir des résultats satisfaisants de réduction des émissions de GES, le lien entre lutte contre le changement climatique et action internationale ne peut jamais disparaître complètement. Cependant, l'analyse du contenu des deux PECC montre, encore une fois, comment la lutte contre le changement climatique a acquis progressivement une dimension d'action interne de l'Union européenne. Comme nous l'avons fait pour les programmes européens d'action pour l'environnement, il est intéressant de retracer ici les éléments clés pour observer comment la lutte contre le changement climatique a abandonné son statut d'objectif purement international pour acquérir le profil d'objet d'action interne.

Le premier PECC a été lancé par la Commission en réponse aux sollicitations du Conseil environnement de juin 1998³²⁷ et octobre 1999³²⁸ et suite à l'adoption de deux communications de la Commission : l'une sur la « *Préparation de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto* »³²⁹, l'autre concernant « *Les politiques et mesures proposées par l'UE pour réduire les émissions de gaz à effet de serre : vers un Programme Européen sur le Changement Climatique* »³³⁰. Le premier PECC était strictement lié à la dimension internationale de la lutte contre le changement climatique : en créant une plateforme pour la réflexion sur les mesures à adopter dans ce domaine, il devait constituer, d'une part, le laboratoire pour la création de mesures que la Communauté aurait pu utiliser lors des négociations internationales pour affirmer son leadership et convaincre les autres pays de ratifier le Protocole de Kyoto ; d'autre part il constituait un cadre pour l'élaboration des mesures de mise en œuvre du Protocole, par lequel la Communauté s'était engagée à la réduction de 8% des émissions de GES par rapport à 1990³³¹. Comme nous l'avons mis en évidence dans le premier Titre, les années qui ont suivi l'adoption du Protocole de Kyoto ont été marquées par des difficultés à parvenir à un accord sur certains aspects fondamentaux de la gouvernance climatique internationale. Le premier moment clé pour le dépassement de cette phase de stagnation avait été identifié par la Communauté européenne dans la sixième Conférence des Parties à la Convention-cadre prévue pour la fin de l'an 2000 à Bonn. L'adoption du PECC au cours de la même année illustre ainsi la tentative de la Communauté européenne de montrer l'exemple aux autres pays par le biais des mesures internes adoptées.

Le lien entre PECC et dimension internationale du changement climatique ne se limitait pas aux objectifs du Programme, mais avait également des répercussions sur sa durée. Le premier PECC a pris fin en 2004, le Protocole de Kyoto ayant désormais été ratifié par la Communauté européenne et par un nombre de parties suffisant pour permettre son entrée en vigueur en 2005.

³²⁷ Conclusions du Conseil Environnement du 16 et 17 juin 1998, C/98/205.

³²⁸ Conclusions du Conseil Environnement du 12 octobre 1999, C/99/299.

³²⁹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Préparation de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto, COM(99)230 final.

³³⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, concernant les politiques et mesures proposées par l'UE pour réduire les émissions de gaz à effet de serre : vers un Programme Européen sur le Changement Climatique (PECC), du 8 mars 2000, COM(2000) 88 final.

³³¹ *Ibid.*

Le deuxième PECC a débuté en 2005 et n'a pas encore pris fin. La dimension internationale de la lutte contre le changement climatique reste présente, surtout dans la mesure où les réflexions poursuivies au sein du PECC constituent un élément important pour la politique de l'exemplarité européenne au sein de la communauté internationale. Cependant, la dimension purement interne de la lutte contre le changement climatique tient une place centrale, comme illustré par la synergie envisagée par la Commission entre le deuxième PECC et la stratégie de Lisbonne. Cette dernière³³², à laquelle le Conseil de Göteborg avait intégrée la protection de l'environnement, avait déjà identifié le changement climatique parmi les domaines prioritaires pour l'Union européenne, en encourageant notamment le développement des énergies renouvelables³³³. Le Conseil avait d'ailleurs sollicité à cette occasion la Banque Européenne d'Investissement (BEI) pour « *coopérer avec la Commission pour la mise en œuvre de la politique de l'Union européenne en matière de changement climatique* ». Lors du lancement du deuxième PECC, la Commission a envisagé un accroissement des synergies avec la stratégie de Lisbonne en ce qui concerne les effets du développement technologique dans différents secteurs stratégiques, comme la restructuration des réseaux de transports et d'énergie, la production des énergies renouvelables et la capture et stockage de CO₂³³⁴. La Commission met en outre l'accent sur l'avantage compétitif dont bénéficiera l'Union européenne en développant des technologies faibles en carbone. Ces différentes actions climatiques envisagées par la Commission ne sont pas directement liées à la perspective internationale, et font plutôt référence à des domaines purement internes comme le développement technologiques, la recherche scientifique ou la sécurité énergétique.

C.2. Le PECC et la transversalité du changement climatique

Le premier PECC a été lancé avec l'idée de constituer un « *vaste chantier consultatif* »³³⁵, permettant de réunir les experts de la Commission et un public très hétérogène, formé par les personnes intéressées et surtout par les groupes d'intérêts, gouvernementaux ou non gouvernementaux, industriels et écologistes. La

³³² Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Lisbonne du 23 et 24 mars 2000, DOC/00/8.

³³³ Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Göteborg du 15 et 16 juin 2001, SN 200//1/01 REV 1, par. 27.

³³⁴ Communication de la Commission, Vaincre le changement climatique planétaire, *op.cit.*, par. 3 et 5.

contribution attendue des réflexions muries au sein du PECC était d'accélérer et de donner une impulsion à l'adoption de mesures faisant déjà l'objet de propositions de la Commission et de développer des nouvelles idées pouvant servir de base pour la préparation de nouveaux projets législatifs³³⁶.

Dans le premier comme dans le deuxième PECC, la Commission joue un rôle de coordination des activités entreprises et d'impulsion dans les différents groupes de travail dans lesquels les acteurs sont réunis. Chacun de ces groupes a pour objectif d'établir, pour un sujet donné, les mesures les plus efficaces pour l'environnement et l'économie (« *most environmentally effective and most cost-effective policies* »). Dans le premier PECC, la finalité était de parvenir à la réduction de 8% des émissions de l'Union européenne par rapport à l'année 1990 (objectif de Kyoto). Deux des onze groupes n'étaient pas consacrés à un secteur économique particulier, mais à la réflexion sur l'utilisation des mécanismes de marché pour la réalisation de l'objectif de réduction des émissions. La réflexion qui a eu lieu au sein des deux groupes de travail (l'un dédié à la construction d'un marché d'émissions et l'autre aux mécanismes flexibles du Protocole de Kyoto)³³⁷ a été particulièrement influente, car elle a contribué à faire évoluer l'attitude de l'Union européenne, initialement hésitante à l'égard de la régulation des émissions par des instruments de marché, vers une position beaucoup plus ouverte, allant jusqu'à devenir le promoteur du premier et plus grand système d'échange de quotas d'émissions (Partie II, Titre 1).

Les autres groupes ont travaillé sur des secteurs spécifiques. L'énergie faisait l'objet de trois groupes de travail (approvisionnement d'énergie, demande d'énergie et efficacité énergétique), montrant ainsi la volonté de la Commission d'adopter des mesures dans ce secteur qui était le principal émetteur en Europe et malgré, comme nous le verrons, l'absence d'attribution de compétence dans ce domaine. Il faut en outre mettre en évidence que l'élargissement de l'Union européenne qui était en cours obligeait à une réflexion sur l'intégration d'économies ayant une production énergétique particulièrement polluante au sein de l'Union.

³³⁵ Yves PETIT, *Environnement, op. cit.*, p. 36.

³³⁶ PECC, European Climate Change Programme, *Report*, June 2001, p. 4.

³³⁷ Commission européenne, DG Environnement, *Interim Report : ECCP Working Group I "Flexible mechanisms"*, 20 October 2000, p. 2.

L'étude de l'utilisation des sols a également fait l'objet de trois groupes de travail (agriculture, puits dans les terrains agricoles et puits liés aux forêts³³⁸). L'une des raisons de cette importance attribuée à l'utilisation des sols était la nécessité de discuter de certains aspects délicats de la lutte contre le changement climatique ayant déjà constitué l'objet de controverses aigües lors des négociations de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto, notamment entre la Communauté européenne et les pays non visés à l'annexe B du Protocole. Les trois autres groupes étaient dédiés aux secteurs des transports, de la recherche et de l'industrie.

Le deuxième PECC a été lancé par le commissaire à l'environnement, M. Stavros DIMAS, lors d'une conférence réunissant plus de 450 personnes représentant un nombre significatif de secteurs et d'intérêts. Le premier objectif du deuxième PECC est d'évaluer l'efficacité des mesures en vigueur et d'établir un nouveau cadre d'action pour l'après-2012³³⁹. Les deux innovations principales du deuxième PECC par rapport au premier sont la portée de l'étude, incluant désormais les politiques d'adaptation, et l'organisation des groupes de travail. Ces groupes sont en effet réduits à cinq, dont le premier est en charge de la révision du PECC I (avec cinq sous-groupes : transport, approvisionnement d'énergie, demande énergétique, GES autres que le CO₂ et agriculture) et les autres des thèmes suivants : le CO₂ et les voitures, la capture et le stockage du CO₂, la réduction des émissions des navires et l'adaptation. Cette liste très large de domaines constitue une première illustration de l'ampleur des domaines concernés par la lutte contre le changement climatique, un aspect que nous aborderons plus en détail dans la prochaine sous-section.

Sous-section 2 : le changement climatique dans les autres politiques de l'UE

La prise en compte des programmes européens pour l'environnement et pour le climat nous a montré que les institutions européennes ont dû faire face à la transversalité de ce phénomène afin de pouvoir identifier des mesures efficaces de réduction des émissions de GES. La réflexion poursuivie dans le cadre de ces programmes a

³³⁸ Rappelons que nous utilisons ici la terminologie liée au changement climatique qui considère un « puit » comme un mécanisme d'absorption ou de rétention du CO₂ ou d'autres GES. Voir Chapitre 2, page 101 et suivantes.

³³⁹ Stavros DIMAS, *Developing the European Climate Change Programme*, discours à l'occasion de la Conférence de lancement du deuxième PECC, 24 octobre 2005.

conduit à l'identification de secteurs privilégiés pour la lutte contre le changement climatique sur la base de l'origine et de la quantité des GES émis et de l'efficacité des mesures envisagées.

Les trois secteurs clé identifiés étaient : l'énergie, les transports et l'agriculture, à l'origine respectivement de 64%, 20% et 11% des émissions de GES dans l'Union européenne³⁴⁰. Pour comprendre la construction de l'action climatique européenne il est donc essentiel de prendre en compte l'attribution des compétences dans ces trois secteurs. Le choix de traiter d'abord de l'énergie (A) puis des transports et de l'agriculture (B) n'est pas dû seulement à l'impact du secteur énergétique sur le climat par rapport aux deux autres secteurs, mais également à l'intérêt de voir comment un nouvel enjeu, le changement climatique, a été intégré dans des domaines de compétence dont l'évolution a été très différente. En effet, l'Union européenne partage avec les Etats membres une compétence dans le domaine de l'énergie uniquement depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, tandis qu'une compétence en matière de transports et d'agriculture lui a été attribuée dès le Traité de Rome.

A. L'énergie

Après avoir retracé les étapes qui ont conduit à la construction d'une politique énergétique européenne et à l'attribution d'une compétence dans ce domaine (A1), nous analyserons comment la lutte contre le changement climatique a été intégrée dans la politique énergétique de l'UE (A2).

A.1. La construction d'une politique énergétique européenne

L'énergie constitue un cas singulier en droit de l'Union européenne. Même si elle se trouve aux fondements de la construction européenne avec les deux premières Communautés (la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier – CECA – et la Communauté européenne de l'Energie Atomique – CEEA ou EURATOM), elle n'a pas fait l'objet d'une compétence explicite jusqu'au Traité de Lisbonne³⁴¹. Les Etats

³⁴⁰ Ces pourcentages ont été obtenus sur la base des données contenues dans : AEE, *Annual European Union greenhouse gas inventory 1990–2011 and inventory report 2013, Submission to the UNFCCC Secretariat*, 27 Mai 2013. Ces données correspondent à l'année 2011.

³⁴¹ La doctrine est unanime lorsqu'elle souligne le paradoxe de la question énergétique au sein de l'Union européenne: « si des trois traités communautaires originaires, deux d'entre eux portent principalement sur des produits énergétiques en revanche, le Traité CE est muet, ce qui rendra très difficile le développement d'une politique commune et globale

membres ont toujours été réticents à attribuer à la Communauté européenne une compétence en matière d'énergie et cela pour deux raisons. En premier lieu, car les choix énergétiques sont essentiels pour le développement de toutes les autres activités productives. En second lieu, car le secteur énergétique est caractérisé par une grande hétérogénéité en raison, d'une part, des ressources naturelles dont chaque Etat dispose et, d'autre part, des relations diplomatiques instaurées au fil des années avec les pays producteurs de gaz et de pétrole. Si les Etats membres ont toujours voulu établir librement leur propre bouquet énergétique, sans influence de la part de l'Union européenne³⁴², la nécessité d'adopter des mesures communes a émergé dès les années 70, lors des chocs pétroliers. Cette nécessité a été bien illustrée par le Conseil européen de Copenhague de décembre 1973, lors duquel les chefs d'Etat et de gouvernement avaient affirmé qu'« *une politique énergétique communautaire [était] rendue nécessaire et urgente par les données nouvelles qui [prévalaient] sur le marché mondial de l'énergie* »³⁴³. Le Conseil n'est cependant pas parvenu à cette occasion à convenir de propositions concrètes d'actions communes³⁴⁴. Chaque Etat membre a continué à répondre aux crises pétrolières des années 1970 selon ses propres marges de manœuvre, malgré l'appel lancé par la communication de la Commission intitulée « *vers une nouvelle stratégie de politique énergétique pour la Communauté* » du 5 juin 1974³⁴⁵ et la tentative de prévoir l'obligation pour les Etats

transcendant les trois Communautés », Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, Droit matériel de l'UE, 5 ed., Montchrestien, Domat droit public, 2004, p. 357, n. 587. Rappelons que le Traité CECA (1951) avait, à part ses finalités politiques, l'objectif de développer le potentiel charbonnier et sidérurgique des six pays fondateurs. Toutefois la CECA a été progressivement marginalisée à cause de la crise charbonnière des années 1960 et de la crise du secteur de l'acier de la période suivante. Le Traité CECA a été conclu pour une durée de cinquante ans et il a donc pris fin le 23 juillet 2002. Les pays fondateurs étaient bien conscients de l'importance stratégique de l'énergie et pour cette raison le deuxième Traité portait aussi sur ce secteur. Le Traité EURATOM de 1957 avait comme but principal de combler le retard européen dans le secteur nucléaire par rapport aux Etats-Unis, ce type d'énergie étant vu comme une bonne opportunité de diversifier les sources d'énergie en Europe. Ces dispositions furent toutefois un échec et les dangers liés au nucléaire, en particulier l'accident de Tchernobyl, amenèrent certains pays membres à abandonner cette technologie. Encore aujourd'hui le nucléaire est un secteur caractérisé par des fortes divergences, où les intérêts nationaux sont particulièrement marqués. Didier BLANC, « L'Europe de l'énergie », in Louis DUBOIS, *Les Notices. L'Union européenne*, Documentation française, 2004, p. 177. Le Traité de Rome de 1957 n'évoquait pas la question énergétique. Ce silence n'était pas isolé : l'environnement, la politique régionale et l'industrie n'y étaient pas traités non plus. Ces trois secteurs ont fait l'objet d'une revalorisation lors de l'Acte Unique et du Traité de Maastricht, à l'inverse de l'énergie.

³⁴² Matteo VACCANI et Antonio VILLAFRANCA, « La politica energetica comune: il paradosso europeo », *ISPI Public Policy Brief*, n. 40, octobre 2006.

³⁴³ Résolution du Conseil du 17 septembre 1974, concernant la nouvelle stratégie de politique énergétique pour la Communauté, *JO C 153* du 09/07/1975.

³⁴⁴ Michel DERDEVET, *L'Europe en panne d'énergie, Pour une politique énergétique commune*, Descartes & Cie, 2009, p. 27.

³⁴⁵ Communication de la Commission, *Vers une nouvelle stratégie de politique énergétique pour la Communauté*, du 5 juin 1974, R/1472/74 (ENER 28).

membres d'informer la Commission des projets d'investissements énergétiques d'intérêt communautaire dans les secteurs du pétrole et du gaz³⁴⁶.

Le Traité de Maastricht a marqué « *un léger pas en avant* »³⁴⁷ en palliant quelque peu le silence des traités précédents en matière d'énergie. L'ex article 3 lettre *u* du Traité CE a ajouté, parmi les domaines d'action de la Communauté, la possibilité d'adopter « *des mesures dans le domaine de l'énergie, de la protection civile et du tourisme* ». Ce progrès n'a toutefois pas suffi pour permettre le développement d'une politique européenne de l'énergie car aucune disposition opérationnelle dans le Traité CE ne faisait suite à cette disposition-cadre.

Si l'absence d'une compétence dans le domaine de l'énergie a limité la marge de manœuvre pour construire une politique énergétique commune, les enjeux qui ont émergé au cours des années ont conduit l'Union européenne à intervenir dans ce secteur. Ces interventions ont pris deux formes différentes : l'adoption d'actes législatifs et d'actes de *soft law*.

Les actes législatifs ont permis une intervention ponctuelle. Nous aurons l'occasion par la suite d'analyser en détail certaines bases juridiques utilisées par le législateur européen en l'absence d'une compétence dans le domaine de l'énergie. Cependant, nous souhaitons rappeler dès à présent les bases juridiques utilisées par le législateur avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne : le rapprochement des législations (art. 114 TFUE ex art. 95 TCE)³⁴⁸ ; la protection de l'environnement ; l'harmonisation des dispositions fiscales (art. 113 TFUE ex art. 93 TCE)³⁴⁹ ; les réseaux transeuropéens (art. 170-172 TFUE ex art. 154-156 CE)³⁵⁰ ; les règles de concurrence (art. 101-107 TFUE, ex art 81 – 89 CE) ; le marché intérieur (art. 34-37 TFUE, ex art. 28 à 31 CE) ; le droit d'établissement (art. 53 TFUE, ex art. 47 TCE) et les transports (art. 90-100 TFUE, ex art 70 – 80 CE).

³⁴⁶ Règlement n° 1215/76 du Conseil, du 4 mai 1976, *JO L 140* du 28/05/1976, p. 1-3, qui s'ajoute au règlement n° 1056/72 du Conseil, du 18 mai 1972, concernant la communication à la Commission des projets d'investissement d'intérêt communautaire dans les secteurs du pétrole, du gaz naturel et de l'électricité, *JO L 120* du 25/05/1972, p. 7-10.

³⁴⁷ Claude BLUMANN et Louis DUBOUIS, *op.cit.* n. 590.

³⁴⁸ A titre d'exemple, voir deux actes du paquet énergie : directive 2009/72/CE du Parlement et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *JO L 211* du 14/08/2009, p. 55-93 ; règlement n° 714/2009 du Parlement et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement n° 1228/2003, *JO L 211* du 14/08/2009, p. 15-35.

³⁴⁹ Voir : directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *JO L 283* du 31/10/2003, p. 51-70.

³⁵⁰ Voir : décision 1364/2006/CE du Parlement et du Conseil du 6 septembre 2006 établissant des orientations relatives aux réseaux transeuropéens d'énergie et abrogeant la décision 1229/2003/CE, *JO L 262* du 22/09/2006, p. 1-23.

En plus de ces bases juridiques indirectes, il est opportun d'ajouter la clause de flexibilité (art. 352 TFUE, ex art. 308 TCE) qui a permis de développer des programmes cadres, des programmes d'action technologique, des programmes d'études ainsi que des programmes de coopération internationale, et cela particulièrement suite à l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, qui a inséré l'énergie parmi les domaines d'action de la Communauté. Les conditions à réunir pour l'utilisation de l'ex art. 308 TCE étaient : l'absence de pouvoir d'action, la réalisation d'un des objets de la Communauté et l'action nécessaire au fonctionnement du marché commun³⁵¹. La principale difficulté restait la procédure d'adoption d'actes fondés sur la clause de flexibilité : l'unanimité³⁵².

Si le législateur européen a pu intervenir ponctuellement dans le secteur de l'énergie, la Commission et le Conseil européen ont pu tracer les lignes principales de la politique énergétique européenne par le biais d'actes de droit mou adoptés au fil du temps. Les « *premiers jalons d'une future politique européenne dans le domaine de l'énergie* »³⁵³ ont été posés en 2000 par la Commission, avec la publication du Livre vert intitulé « *Vers une stratégie européenne d'approvisionnement énergétique* »³⁵⁴. Comme nous le verrons par la suite (A.2), avec ce Livre vert, la Commission a fait un bilan de la situation énergétique de l'UE et esquissé « *le schéma d'une stratégie énergétique à long terme* »³⁵⁵. Depuis, les institutions européennes ont défini les objectifs énergétiques de l'Union européenne.

L'article 4(i) TFUE a finalement attribué à l'UE une compétence partagée dans le domaine de l'énergie pour la poursuite des objectifs définis par l'article 194(1) TFUE : « *a) à assurer le fonctionnement du marché de l'énergie ; b) à assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union ; c) à promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables ; et d) à promouvoir l'interconnexion des réseaux énergétiques* ».

³⁵¹ Pour une analyse plus détaillée de ces conditions voir : Claude BLUMANN, « Rapport Introductif Général », in Claude BLUMANN, *Vers une politique européenne de l'énergie*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 7 ss.

³⁵² Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres, Note de la Présidence, Confé. 4711/00, Bruxelles, 22 février 2000.

³⁵³ Aymeri de MONTESQUIOU, Rapport d'information n° 259 sur la politique européenne de l'énergie, Délégation pour l'Union européenne du Sénat français, 15 mars 2006, p. 33.

³⁵⁴ Livre vert de la Commission, *Vers une stratégie européenne d'approvisionnement énergétique*, COM (2000) 769 final, 29 novembre 2000.

³⁵⁵ *Ibid.*

De la nature de compétence partagée dérive la nécessité d'appliquer le principe de subsidiarité. La conséquence majeure est la priorité d'action dont disposent les Etats membres dans le domaine de l'énergie. Cela implique que l'Union européenne peut intervenir dans ce domaine seulement si les Etats membres ne peuvent pas réaliser de manière suffisante les objectifs de l'action envisagée et que la poursuite de ces objectifs est plus appropriée au niveau européen (art. 5(3) TUE).

Dans le domaine de l'énergie, les actions portant sur le fonctionnement du marché intérieur, la réglementation des émissions polluantes liées à la production ou à la consommation d'énergie et la sécurité énergétique sont poursuivies de manière plus efficace au niveau européen. Si des doutes peuvent subsister pour d'autres aspects du domaine, tels que la promotion de l'efficacité énergétique, par exemple dans les bâtiments, ou les économies d'énergie, le fait que plusieurs actes législatifs ou de *soft law* aient déjà été adoptés par l'Union européenne dans le passé contribuerait à définir le niveau européen comme le plus apte à la poursuite de ces objectifs³⁵⁶.

Lors des modifications apportées par le Traité de Lisbonne, les Etats membres ont cependant essayé de poser des freins à une intervention trop importante du législateur européen, en indiquant à l'article 194(2) alinéa 2 TFUE que l'UE peut uniquement adopter les mesures qui « *n'affectent pas le droit d'un état membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre diverses sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique* ». Ces mesures relèvent donc toujours de la compétence des Etats membres. Dans la prochaine section (sous-section 1, B.2), nous nous concentrerons sur les conséquences de ces limites sur la portée réelle de l'article 194 TFUE et notamment sur les liens, complexes, entre ces exclusions et les mesures adoptées par le législateur européen sur la base de sa compétence dans le domaine de la protection de l'environnement.

L'attribution d'une compétence partagée dans le domaine de l'énergie a été accompagnée d'une restructuration de la Commission, avec un portefeuille spécialement et exclusivement consacré à l'énergie. En outre, depuis l'entrée en fonction de la Commission pour la période 2010-2014, une nouvelle Direction

³⁵⁶ Claude BLUMANN, « Rapport Introductif Général », *op. cit.*, pp. 12-13. Pour une analyse des raisons de la nécessité de construire une politique énergétique européenne voir, entre autres : Enrico LETTA, « Energia : problematiche locali, soluzioni transnazionali », in Luigi PAGANETTO (ed.), *La questione energetica*, Donzelli editore, Roma, 2004, p. 99 ss.

Générale dédiée à l'énergie a été créée, en séparant ainsi les thématiques des transports de celles de l'énergie³⁵⁷.

A.2. L'intégration de la lutte contre le changement climatique dans la politique énergétique européenne

L'intégration de la lutte contre le changement climatique au sein de la politique énergétique européenne a été favorisée par la coïncidence temporelle entre l'émergence de la question climatique et la construction d'une politique énergétique commune. Ce lien, esquissé dès les années 1990 dans les communications de la Commission³⁵⁸, s'est construit et renforcé dans les années 2000 au sein du Conseil européen, centre des avancées politiques européennes³⁵⁹.

Avant d'aborder les conclusions du Conseil européen, il faut rappeler qu'un moment clé pour l'inclusion du changement climatique parmi les objectifs de la politique énergétique européenne fut la parution, en 2000, du Livre vert intitulé « *vers une stratégie d'approvisionnement énergétique* ». En posant les fondements de la construction d'une politique énergétique européenne, la Commission avait en effet identifié la lutte contre le changement climatique comme troisième axe de la stratégie énergétique européenne, les deux premiers étant le rééquilibrage de la politique de l'offre à atteindre à travers une diversification significative des sources et le changement de comportement des consommateurs.

Le lien entre énergie et climat a été développé par le Conseil européen dans les années qui ont suivi immédiatement la publication du Livre vert. Cependant, les premières conclusions ont surtout été consacrées à la mise en œuvre d'actes législatifs

³⁵⁷ Cette restructuration témoigne de la volonté de consacrer une attention particulière au domaine de l'énergie en tant que tel. Odile BEYNET, « La stratégie de la Commission dans le domaine de l'énergie », in Claude BLUMANN, *Vers une politique européenne de l'énergie*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 133 ss.

³⁵⁸ Les deux principales communications de la Commission associant la définition d'une politique énergétique communautaire aux défis climatiques dans les années 1990 étaient : Communication de la Commission, *Energie pour l'avenir : les sources d'énergie renouvelables – Livre vert pour une stratégie communautaire*, du 20/11/1996, COM(96) 576 final ; Communication de la Commission, *L'énergie pour l'avenir: les sources d'énergie renouvelables - Livre blanc établissant une stratégie et un plan d'action communautaires*, du 26/11/1997, COM(97) 599 final.

³⁵⁹ D'autres méthodologies auraient pu être utilisées pour évaluer le niveau d'intégration de l'objectif de lutte contre le changement climatique au sein de la politique énergétique européenne comme, par exemple, l'analyse de la participation de groupes d'intérêt du domaine climatique dans le processus décisionnel en matière d'énergie ou des institutions européenne impliquées dans la prise de décision en matière d'énergie. L'intégration de la question climatique dans la politique énergétique européenne ne faisant pas l'objet principal de notre recherche, nous avons décidé de concentrer notre attention sur la seule intégration du changement climatique au sein de la politique énergétique européenne faite par le Conseil européen. Pour une analyse plus détaillée de la question et une proposition de différentes méthodologies d'étude voir : Claire DUPONT et Primova RADOSTINA, « Combating complexity : the integration of EU climate and energy policies », in Jale TOSUN and Israel SOLORIO (dir.), *Energy and Environment in Europe: Assessing a Complex Relationship*, *European Integration online Papers*, Special Issue, 1, Vo. 15, Article 8, http://eiop.or.at/eiop/index.php/eiop/article/view/2011_008a/204 (5/05/2014).

déjà adoptés sur la base de la compétence environnementale et ayant comme but le développement de la production d'énergie à partir des énergies renouvelables³⁶⁰, plutôt qu'à une véritable construction d'un lien entre politique énergétique européenne et politique climatique. Ceci a d'ailleurs échoué puisque, même si des conclusions étaient adoptées dans le domaine de l'énergie, une véritable stratégie énergétique commune n'avait pas encore fait l'objet de la réflexion des chefs d'Etat et de gouvernement, plus concentrés sur des aspects ponctuels concernant les énergies renouvelables ou l'efficacité énergétique³⁶¹, ou encore sur des réflexions à propos des conséquences des relations extérieures sur l'approvisionnement énergétique³⁶².

Le tournant dans la construction, d'une part, d'une politique énergétique européenne et, d'autre part, d'un lien entre celle-ci et le changement climatique, a eu lieu en 2005, d'abord lors du Conseil européen informel de Hampton Court du mois d'octobre et ensuite lors du Conseil européen de décembre. Au cours du Conseil européen d'octobre, les chefs d'Etat et de gouvernement *« ont souhaité que la politique énergétique soit revigorée au regard des nouveaux défis auxquels l'Europe et le monde sont aujourd'hui confrontés »*³⁶³. Le Conseil européen a souligné la nécessité de construire une politique énergétique afin de réduire les émissions de GES de manière significative³⁶⁴. Durant la conférence de presse qui a suivi la conclusion du Conseil européen de Hampton Court, le Président français Jacques CHIRAC a souligné le lien entre la lutte contre le changement climatique et la construction d'une politique énergétique européenne. En expliquant les points abordés lors du Conseil européen, le Président CHIRAC a affirmé : *« le dernier point que nous avons évoqué est celui de l'environnement. Nous voyons bien, toutes les autorités scientifiques sont de cet avis et nous disent que le rythme, l'ampleur et les conséquences des catastrophes naturelles augmentent considérablement depuis quelques années. Ceci est sans aucun doute lié, sans que l'on sache exactement dans quelles conditions techniques mais personne ne les met en cause, au réchauffement de la planète. Là encore, cela suppose que l'Union européenne en prenne conscience, ce qui implique*

³⁶⁰ Par exemple, Conseil européen de Barcelone du 15 et 16 mars 2002, Conclusions de la Présidence, SN 100/1/02 REV 1.

³⁶¹ A titre d'exemple voir : Conseil européen de Bruxelles du 25 et 26 mars 2004, Conclusions de la présidence, note de transmission de la Présidence aux délégations 19/5/2004, 9048/04, par. 31.

³⁶² En particulier sur les relations extérieures avec la Russie et le dialogue sur l'approvisionnement énergétique voir à titre d'exemple : Conseil européen de Stockholm du 23 et 24 mars 2001, Conclusions de la Présidence, 24/3/2001, 100/1/01, deuxième partie, chapitre X.

³⁶³ Jean LAMY, « Que signifie relancer la politique énergétique européenne? », *RMCUE*, n. 506, mars 2007, p. 141-145.

*une politique énergétique que nous n'avons pas. Nous avons donc décidé de mettre en œuvre collectivement une politique énergétique d'une part, et une politique de maîtrise des émissions de gaz à effet de serre d'autre part »*³⁶⁵.

Depuis, le changement climatique et l'énergie ont été traités de manière conjointe, et cela tant dans la définition des lignes directrices de la politique énergétique et climatique dessinés par le Conseil européen, que dans les réflexions de la Commission, la proposition et l'adoption d'actes législatifs³⁶⁶.

Si l'énergie est le secteur le plus émetteur de GES en Europe, les transports et l'agriculture ont également un impact majeur sur le changement climatique. L'intégration de l'enjeu climatique au sein de ces deux politiques est d'ailleurs cruciale puisque, si au cours de la période 2008-2012 l'Union européenne a réussi à obtenir des résultats importants de baisse des émissions en provenance du secteur énergétique, des hausses majeures ont eu lieu dans les transports et l'agriculture.

B. Les politiques communes des transports et de l'agriculture

Nous examinons ici l'intégration de la lutte contre le changement climatique dans les secteurs des transports (B.1) et de l'agriculture (B.2).

B.1. Les transports

Si une compétence dans le domaine des transports a été attribuée à la Communauté européenne dès le Traité de Rome, il nous importe ici de comprendre à quel moment a eu lieu l'insertion de la lutte contre le changement climatique au sein de cette politique commune. L'évolution du secteur des transports peut être divisée en deux phases : la première phase, du Traité de Rome à 1992, a été caractérisée par une approche strictement économique de ce secteur par les institutions communautaires³⁶⁷. La deuxième phase a commencé par la publication de deux actes

³⁶⁴ Jacques CHIRAC, Conférence de presse à la réunion informelle des chefs d'Etat de l'UE du 27 octobre 2005 à Hampton Court, <http://www.ambafrance-uk.org/Hampton-Court-Conference-de-presse> (18/03/2014).

³⁶⁵ Le texte intégral du discours peut être consulté sur le site : http://www.jacqueschirac-asso.fr/archives-elysee/elysee/elysee.fr/francais/interventions/conferences_et_points_de_presse/2005/octobre/sommet_europeen_informel-conference_de_presse_du_president.31742.html (2/07/2014).

³⁶⁶ Sur les relations de plus en plus étroites entre politique énergétique et politique climatique et environnementale, de façon plus générale, voir : Yves PETIT, « Energie et Environnement », in Claude BLUMANN, *Vers une politique européenne de l'énergie*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 109 ss.

³⁶⁷ Sur l'approche économique au secteur des transports voir : Catherine KESSEDJIAN, Sabrina BOUIX, Séverine CONTENT, Laurent DECHATRE, Laurent ROBERVAL, « Le développement durable, quelles limites aux modes de transports ? », in Loïc GRARD (dir.), *L'Europe des transports, Actes du colloque d'Agen, Université Montesquieu-Bordeaux*

de la Commission en 1992, en réponse aux attentes pour l'imminente Conférence de Rio. Le premier acte est la communication de la Commission du 2 février : « *Le développement futur de la politique commune des transports – construction d'un cadre communautaire garant d'une mobilité durable* »³⁶⁸, qui a expressément intégré l'objectif du développement durable dans la politique des transports³⁶⁹. Le deuxième acte est le Livre vert relatif à l'impact des transports sur l'environnement : « *une stratégie communautaire pour le développement de transports respectueux de l'environnement* »³⁷⁰. Dans ce dernier, la Commission a mis en évidence l'impact du secteur des transports sur le changement climatique.

Depuis ces deux communications, la réduction des émissions de GES a été prise en compte comme paramètre essentiel pour l'évaluation des politiques de transport mises en œuvre et la conception de nouvelles mesures. Il est désormais difficile de trouver un acte adopté par les institutions européennes en matière de politique commune des transports dans lequel l'un des objectifs ne soit pas la réduction des émissions de GES. Les actes de *soft law* qui ont mis en relief l'indissolubilité de ce lien sont de plus en plus nombreux³⁷¹. Depuis 1995, la Commission a établi des programmes

IV, 7 et 8 octobre 2004, La documentation française, Paris, 2005, p. 713-729, ainsi que l'ensemble des contributions dans l'ouvrage.

³⁶⁸ Communication de la Commission, Le développement futur de la politique commune des transports – construction d'un cadre communautaire garant d'une mobilité durable, 2 février 1992, COM(1992) 494 final.

³⁶⁹ Dans le Livre Blanc de la Commission, Croissance, compétitivité, emploi - Les défis et les pistes pour entrer dans le XXIème siècle, du 5 décembre 1993, COM(93) 700, le secteur des transports est analysé selon plusieurs approches, économiques, sociales et environnementales, en suivant ainsi les trois piliers du développement durable. La constitution des Réseaux TransEuropéens des Transports (RTE-T) est ici annoncée. Le Livre Blanc de la Commission, Politique sociale européenne - Une voie à suivre pour l'Union, du 27 juillet 1994, COM(94) 333 avait privilégié la prise en compte du volet social du développement durable, incluant parmi les objectifs européens le développement des transports en matière de politique sociale.

³⁷⁰ Livre vert de la Commission, Une stratégie communautaire pour le développement de transports respectueux de l'environnement, de février 1992, COM(92) 46.

³⁷¹ Les principaux actes atypiques ayant comme objet l'analyse des rapports entre secteur des transports et effet de serre (à l'exclusion de l'aviation dont nous nous occuperons ensuite) sont les suivants : Livre Vert de la Commission, Vers une tarification équitable et efficace dans les transports - Options en matière d'internalisation des coûts externes des transports dans l'Union européenne, de décembre 1995, COM(95) 691; Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social et au Comité des Régions, Les transports et le CO₂ : pour une approche communautaire, du 31 mars 1998, COM(98) 204 ; Livre Blanc de la Commission, La politique européenne des transports à l'horizon 2010: l'heure des choix, du 12 septembre 2001, COM(2001) 370 final ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Une stratégie de l'Union européenne pour réduire les émissions atmosphériques des navires de mer, du 20 novembre 2002, COM(2002) 595 final Volume I ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Examen à mi-parcours du Livre Blanc sur les transports publié en 2001 « Pour une Europe en mouvement - Mobilité durable pour notre continent », du 22 juin 2006, COM(2006) 314 final ; Communication de la Commission, La logistique du transport de marchandises en Europe, la clé de la mobilité durable, du 28 juin 2006, COM(2006) 336 final ; Livre Vert de la Commission, RTE-T: un réexamen des politiques - Vers une meilleure intégration du réseau transeuropéen de transport au service de la politique commune des transports, du 4 février 2009, COM(2009) 44 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité Economique et Social Européen, Une stratégie européenne pour des véhicules propres et économes en énergie, du 28 avril 2010, COM(2010)186 final.

d'action dans le secteur des transports³⁷² au sein desquels les propositions législatives sont élaborées.

Dans le cadre de la compétence européenne en matière de transports, une attention particulière doit être réservée au secteur de l'aviation, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir au fil des prochains chapitres. L'intégration de la protection de l'environnement dans l'action européenne en matière d'aviation a été formulée par la Commission en 1999, dans sa communication intitulée : « *les transports aériens et l'environnement* »³⁷³. La Commission a axé sa stratégie autour de deux piliers : le premier consiste à améliorer les normes techniques environnementales relatives au bruit et aux émissions de gaz ; le deuxième consiste à mettre en œuvre des mesures environnementales dans les aéroports. Pour le premier pilier, la Commission se situe encore une fois dans une approche de dialogue avec les acteurs internationaux, notamment avec l'OACI (Organisation de l'Aviation Civile Internationale) et avec les institutions propres à l'UNFCCC³⁷⁴, dans le but d'améliorer la classification des GES émis par le secteur de l'aviation, et afin d'adopter et de renforcer les incitations visant à améliorer la protection de l'environnement³⁷⁵. Déjà en 1999, la Commission proposait l'introduction d'un système de marché de quotas d'émission pour ce secteur³⁷⁶. Le rapport entre aviation et lutte contre le changement climatique a fait l'objet d'autres actes de la Commission et notamment de la communication « Réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique » de 2005³⁷⁷ qui a posé les jalons de la future directive 2008/101/CE, celle-ci ayant effectivement inséré l'aviation parmi les secteurs soumis au système d'échange de quotas d'émission de GES. Nous les examinerons de manière approfondie dans le Chapitre 6.

B.2. L'agriculture

Comme pour le secteur des transports, le Traité de Rome attribuait déjà à la Communauté Economique Européenne une compétence dans le domaine de

³⁷² Pour la période 1995-2000 : Communication de la Commission, La politique commune des transports, Programme d'action 1995-2000, du 12 juillet 1995, COM(1995) 302 final.

³⁷³ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social et au Comité des Régions, Les transports aériens et l'environnement, du 1^{er} décembre 1999, COM (1999) 640.

³⁷⁴ Notamment du SBSTA (l'Organe Subsidaire de Conseil Scientifique et Technologique de l'UNFCCC), *Ibid*, p. 10.

³⁷⁵ *Ibid*, p. 12 ss.

³⁷⁶ *Ibid*, p. 17 ss.

³⁷⁷ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, Réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique, du 27 septembre 2005, COM(2005) 459.

l'agriculture. Nous essaierons ici d'identifier la prise en compte de la lutte contre le changement climatique au sein de la Politique Agricole Commune (PAC).

Dans cette perspective, il est d'abord opportun de rappeler que les objectifs de la PAC sont inchangés depuis leur formulation dans le Traité de Rome³⁷⁸. L'article 39(1) TFUE identifie cinq objectifs ayant soit une dominante économique, soit une dominante sociale. Dans la sphère économique, le Traité retient trois objectifs : (i) l'accroissement de la productivité de l'agriculture (art. 39(1) lett. a) ; (ii) la stabilisation des marchés (art. 39(1) lett. c) ; (iii) la garantie de la sécurité d'approvisionnement (art. 39(1) lett. e).

Dans la sphère sociale, deux objectifs sont définis par l'article 39 TFUE : « *assurer (...) un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture* » (art. 39(1) lett. b) et assurer « *des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs* » art. 39(1) lett. e). L'article 40(3) TFUE semblerait à première vue limiter la PAC à ces objectifs fixés en 1957 en énonçant qu'« *elle doit se limiter à poursuivre les objectifs énoncés à l'article 39 et doit exclure toute discrimination entre producteurs et consommateurs de l'Union* ». Cette disposition est insérée dans l'article qui prévoit la création d'Organisations Communes du Marché (OCM).

Au fil des années, cependant, des objectifs de développement rural ont été ajoutés aux objectifs identifiés par l'article 39 TFUE. Parmi ces objectifs, on trouve notamment, depuis plus de vingt ans, la protection de l'environnement, insérée à la fin des années 80³⁷⁹, parallèlement à la préparation de la Conférence de Rio et à la prévision d'une compétence environnementale européenne dans le cadre de l'Acte Unique. Le moment clé de l'intégration de la protection de l'environnement parmi les objectifs de la PAC et notamment du développement rural doit être identifié dans les conclusions du Conseil européen de Cardiff du 15 et 16 juin 1998, qui « *a invité toutes les formations du Conseil concernées à établir leurs propres stratégies afin de mettre en œuvre l'intégration de l'environnement et du développement durable dans leurs*

³⁷⁸ Pour une analyse de l'évolution de la politique agricole commune depuis l'entrée en vigueur du Traité de Rome jusqu'à la réforme de 2003 voir, entre autres : Jacques LOYAT et Yves PETIT, *La politique agricole commune (PAC). Une politique en évolution*, La documentation française, 2008, 206 p.

³⁷⁹ La préoccupation environnementale avait été insérée comme troisième préoccupation du développement rural déjà en 1988 : « *trois préoccupations fondamentales : la cohésion économique et sociale face à une Communauté élargie à forte diversité régionale ; l'ajustement inévitable de l'agriculture européenne aux réalités des marchés et les conséquences que cet ajustement entraîne, tant pour le secteur agricole que pour l'économie rurale en général ; la protection de*

domaines politiques respectifs. Il a notamment invité le Conseil de l'agriculture à entamer ce processus »³⁸⁰. Cette affirmation du Conseil européen intervient deux ans après le début d'une des crises majeures depuis la création de la PAC : l'Encéphalopathie Spongiforme Bovine. Cette crise n'a donc pas eu des répercussions uniquement dans le cadre des OCM, mais a aussi contribué à introduire des intérêts environnementaux dans la PAC.

L'intégration de la protection de l'environnement dans la PAC a été accompagnée ces dernières années de la définition d'autres objectifs, afin de faire face aux principaux défis du secteur agricole. Le développement durable a été mis en avant depuis le début des années 2000. Ce processus a commencé avec le Conseil européen de Göteborg des 15 et 16 juin 2001 qui a établi que « la PAC, dans ses formes actuelles et futures, devrait viser entre autres à contribuer à un développement durable en encourageant davantage les produits sains et de qualité, des méthodes de production écologiquement viables, y compris la production biologique, les matières premières renouvelables et la protection de la biodiversité »³⁸¹. Ces objectifs ont été développés par la réforme de la PAC de 2003. Bien qu'elle n'ait pas intégré la lutte contre le changement climatique dans ses objectifs, cette réforme a contribué indirectement à la réduction des émissions de GES, et cela par le biais de trois types de mesures.

Le premier type relève des OCM et porte notamment sur le découplage et l'écoconditionnalité³⁸². La PAC réformée de 2003 a basculé d'une aide financière aux agriculteurs proportionnelle aux quantités produites, à des allocations directes qui sont indépendantes de la production. Ceci a eu pour effet de réduire les aides pour l'agriculture intensive. Ce soutien « découplé » est conditionné au respect des normes environnementales (écoconditionnalité). Les bénéficiaires des aides doivent conserver la terre dans de bonnes conditions environnementales et agricoles. Ce sont les Etats

l'environnement et le maintien du patrimoine naturel de la communauté », Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, L'avenir du monde rural, du 29 juillet 1988, COM (88) 501 final, Bull. CE, suppl. 4/88, p. 5.

³⁸⁰ Conclusions de la Présidence, Conseil européen, Cardiff 15 et 16/06/1998, SN 150/1/98 REV 1, par. 34.

³⁸¹ Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Göteborg du 15 et 16 juin 2001, SN 200/1/01 REV 1, par. 31.

³⁸² Depuis 2005 tous les agriculteurs recevant des paiements directs sont soumis à l'écoconditionnalité obligatoire au titre du Règlement (CE) n° 1782/2003 du Conseil du 29 septembre 2003 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs et modifiant les règlements (CEE) n° 2019/93, (CE) n° 1452/2001, (CE) n° 1453/2001, (CE) n° 1454/2001, (CE) n° 1868/94, (CE) n° 1251/1999, (CE) n° 1254/1999, (CE) n° 1673/2000, (CEE) n° 2358/71 et (CE) n° 2529/2001, JO L 270 du 21/10/2003, p. 1–69. Ce règlement est mis en œuvre par le Règlement n° 796/2004 de la Commission du 21 avril 2004 portant modalités d'application de la conditionnalité, de la modulation et du système intégré de gestion et de contrôle prévus par le règlement (CE) n° 1782/2003 du Conseil du 29 septembre 2003 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs, JO L 141 du 30/04/2004, p. 18–58.

membres qui « *définissent un cahier des charges avec des pratiques obligatoires au sein de l'exploitation, comme conserver le caractère biologique du sol ou la protection des pâturages, qui permettent une meilleure absorption du carbone par le sol* »³⁸³.

Le deuxième type de mesures relève du développement rural et concerne notamment les dédommagements aux agriculteurs pour les frais supplémentaires engendrés par la protection de l'environnement tels que la modernisation des équipements agricoles (équipement et bâtiments économes en énergie).

Le troisième type de mesures concerne la fixation de limites à certaines pratiques émettrices de certains GES. Deux exemples peuvent à cet effet être utilement mentionnés. D'abord, la réglementation des nitrates, qui fixe des limites à ces émissions depuis le début des années 1990³⁸⁴. Récemment la Commission a souligné les effets de cette réglementation sur la lutte contre le changement climatique. La Commission a constaté en effet qu' « *une étude récente*³⁸⁵ *sur les mesures intégrées adoptées dans le domaine de l'agriculture pour réduire les émissions d'ammoniac a démontré que l'application de la directive «Nitrates» a des effets bénéfiques importants pour l'air et la réduction des émissions de gaz à effet de serre* »³⁸⁶. Ensuite, la directive relative à la prévention et à la réduction intégrée de la pollution (directive IPPC)³⁸⁷, qui couvre la pollution environnementale et les nuisances des infrastructures de grande taille, notamment des grandes installations destinées aux élevages intensifs, a un impact important sur les émissions de méthane.

Ces trois types de mesures développées lors de la réforme de la PAC 2003 illustrent les conséquences plus ou moins directes des choix effectués sur la réduction des émissions de GES. Le secteur agricole peut contribuer de manière directe à la lutte contre le changement climatique : en favorisant le stockage du carbone dans le sol ; en réduisant les émissions de méthane et de protoxyde d'azote ; en produisant des

³⁸³ Commission européenne, DG de l'Agriculture et du Développement Rural, *Fact Sheet, changement climatique : les défis pour l'agriculture*, 2008, p. 9.

³⁸⁴ Directive 91/676/CEE du Conseil du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *JO L 375* du 31/12/1991, p. 1-8.

³⁸⁵ Rapport de la Commission, *Integrated measures in agriculture to reduce ammonia emissions* (mesures intégrées dans l'agriculture visant à réduire les émissions d'ammoniac), Alterra, 2007.

³⁸⁶ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 9/02/2010 relatif à la mise en œuvre de la directive 91/676/CEE du Conseil concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, sur la base des rapports établis par les Etats membres pour la période 2004-2007, COM(2010)47 final, p. 11

³⁸⁷ Directive 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15/01/2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, *JO L 24* du 29/01/2008, p. 8-29.

énergies renouvelables³⁸⁸. Le stockage du carbone dans le sol peut être favorisé par l'agriculture et la gestion forestière, notamment par le développement de l'agriculture biologique (dépourvue d'engrais chimiques), de l'agriculture extensive et des « pratiques de lutte intégrées »³⁸⁹. La réduction des émissions de méthane et de protoxyde d'azote se poursuit par l'amélioration des techniques d'élevage qui peut être obtenue par une modification du régime alimentaire des ruminants. Enfin, l'agriculture, la forêt et l'élevage peuvent contribuer à la production d'énergies renouvelables. En effet, trois sources d'énergie principales peuvent entrer dans la sphère de la PAC : les biocombustibles, les biogaz et les biocarburants³⁹⁰. S'agissant des premiers, les biocombustibles « rassemblent les combustibles solides d'origine végétale qui permettent la production d'énergie (chaleur et / ou électricité). On distingue les biocombustibles d'origine agricole des biocombustibles d'origine forestière ». L'élevage peut également être à l'origine de la production d'énergie et notamment de biogaz. Ce dernier est en effet le « gaz résultant du processus de dégradation biologique des matières organiques en l'absence d'oxygène et contenant majoritairement du méthane et du dioxyde de carbone. Il est produit dans les installations de stockage des déchets ou encore dans les méthaniseurs. Combustible, il peut être valorisé énergétiquement. Il doit sinon être détruit par combustion car, d'une part, il peut être à l'origine d'importantes nuisances notamment olfactives et, d'autre part, c'est un puissant gaz à effet de serre (méthane) ». Les biocombustibles et biogaz ont pour fonction principale de produire de l'énergie électrique ou de la chaleur. Un troisième type de production d'énergie peut être issue de la PAC, les biocarburants. Ces derniers ne se distinguent pas par leur origine, qui peut être végétale ou animale, mais par leur destination : les transports³⁹¹.

³⁸⁸ Parlement européen, Commission de l'agriculture et du développement rural, Rapport du 24 mars 2010 sur l'agriculture de l'UE et le changement climatique, Rapporteur : M. Stéphane LE FOLL, 2009/2157(INI).

³⁸⁹ *Ibid.* Le Rapporteur Stéphane LE FOLL encourage en outre à des mesures complémentaires telles que :
« - le développement de l'agroforesterie, de haies, de zones boisées sur les parcelles, des systèmes herbagers de pâturages permanents ou temporaires, ainsi que le reboisement;
- le développement des pâturages permanents et des zones enherbées;
- la protection des terres riches en carbone, comme les tourbières (interdiction de cultures) et les zones humides (culture de plantes adaptées, comme les roseaux, en remplacement du drainage);
- la modernisation des exploitations agricoles (isolation des bâtiments, équipements économes en énergie, utilisation d'énergies renouvelables) ». Rappelons ici que l'art. 3(4) du Protocole de Kyoto reconnaît l'action des écosystèmes agricoles comme puits de carbone.

³⁹⁰ Toutes les définitions utilisées ici sont contenues dans le glossaire de l'ADEME, *op.cit.*

³⁹¹ « Les biocarburants mobilisent toute matière solide, liquide ou gazeuse d'origine végétale ou animale utilisée à des fins de transport. Les formes liquides ou gazeuses sont obtenues à partir des formes solides par extraction (par exemple l'huile ou les graisses) ou par transformation de la biomasse (par exemple thermoconversion). Il existe deux filières de

Comme nous aurons l'occasion de le voir par la suite, les actes portant sur la production énergétique liée à la sphère de la PAC ne sont pas fondés sur la compétence européenne dans le domaine de l'agriculture, mais sur sa compétence en matière d'environnement³⁹².

Si la réforme de la PAC de 2003 présentait déjà de nombreux bénéfices pour la lutte contre le changement climatique, la nouvelle PAC (2014-2020) identifie clairement le changement climatique parmi les enjeux principaux³⁹³. En effet, la nouvelle PAC poursuit trois objectifs : (i) une production alimentaire viable ; (ii) une meilleure gestion des ressources naturelles et la lutte contre le changement climatique ; (iii) un développement territorial équilibré³⁹⁴. Le changement climatique trouve donc pour la première fois expressément une place au sein de la PAC.

Conclusion de la section

Parmi les objectifs de la politique environnementale internationale de l'Union européenne, l'article 191(1) TFUE a inséré la lutte contre le changement climatique. Dans cette première section nous nous sommes interrogé sur la possibilité de considérer, aujourd'hui, la lutte contre le changement climatique comme un objectif de politique interne de l'Union dans le domaine de la protection de l'environnement ainsi que dans les domaines de l'énergie, des transports et de l'agriculture. L'analyse

biocarburants produits à partir de la biomasse agricole ou forestière, ou de leurs co produits : les huiles et leurs esters, les alcools et leurs éthers », *Ibid.*

³⁹² Pour les biogaz et les biocarburants, voir trois actes qui s'appuient sur la compétence en matière d'environnement et notamment sur l'art. 175(1) TCE (art. 192(1) TFUE) : la directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, *JO L 283* du 27/10/2001, p. 33-40 ; la décision 1230/2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 arrêtant un programme pluriannuel pour des actions dans le domaine de l'énergie: « Énergie intelligente — Europe » (2003-2006), *JO L 176* du 15/07/2003, p. 29-36, et la communication de la Commission du 8 février 2006, *Stratégie de l'UE en faveur des biocarburants*, COM(2006) 0034 ; la directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003 visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports, *JO L 123* du 17/05/2003, p. 42-46. La directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *JO L 283* du 31/10/2003, p. 51-70, s'appuie sur la compétence fiscale, ex art. 93 TCE.

³⁹³ Le changement climatique occupe un rôle important dans trois des quatre règlements qui fondent la nouvelle PAC (2014-2020) : Règlement n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement n° 1698/2005 du Conseil, *JO L 347/487* du 20/12/2013 ; Règlement n° 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune et abrogeant les règlements (CEE) n° 352/78, (CE) n° 165/94, (CE) n° 2799/98, (CE) n° 814/2000, (CE) n° 1200/2005 et n° 485/2008 du Conseil, *JO L 347/549* du 20/12/2013 ; Règlement n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil, *JO L 347/671* du 20/12/2013.

³⁹⁴ Commission européenne, Réforme de la PAC – explication des principaux éléments, MEMO/13/621, 26/06/2013. Voir aussi : Commission européenne, DG Agriculture et Développement durable, La PAC à l'horizon 2013. Propositions législatives, 14/11/2011, diapositive 7, http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/legal-proposals/slide-show_fr.pdf (6/04/2012).

des programmes européens d'action pour l'environnement qui se sont succédé dans les dernières années nous a montré en effet que la lutte contre le changement climatique, initialement liée à la seule dimension internationale de l'action de l'Union, s'est progressivement détachée de cette dernière, en gagnant une certaine autonomie. Pour parvenir à la réduction des émissions de GES et donc à construire une économie faible en carbone, les programmes européens d'action pour l'environnement identifient trois domaines d'action : le secteur de l'énergie, les transports et l'agriculture. Nous avons concentré notre attention sur ces trois secteurs pour étudier comment la lutte contre le changement climatique y a été progressivement insérée.

Compte tenu du caractère transversal du changement climatique et du fait qu'il trouve ses origines dans plusieurs domaines de compétence de l'Union européenne, il est désormais possible de considérer la lutte contre le changement climatique non seulement comme un objectif interne de la politique environnementale de l'Union européenne, mais aussi comme un objectif transversal à de nombreux secteurs. L'Union dispose donc, *a priori*, de plusieurs compétences pour pouvoir adopter des actes relatifs à la réduction des émissions. Dans la prochaine section, nous vérifierons comment, dans son action, l'UE a exercé ces compétences. Nous pourrions ainsi vérifier si le changement climatique a gagné en autonomie non seulement par rapport à la dimension internationale, mais aussi par rapport à la politique environnementale.

Section 2 : Le changement climatique : une politique à part entière ?

Nous allons à présent identifier les bases juridiques sur lesquelles l'Union européenne a fondé son action climatique (sous-section 1) et apprécier si cette action constitue une nouvelle politique (sous-section 2).

Sous-section 1. les bases juridiques fondant l'action climatique

Dans ce chapitre, nous essayons de définir les compétences sur lesquelles l'Union européenne a pu fonder son action, en l'absence d'une compétence expressément attribuée dans le domaine du changement climatique.

Pour atteindre cet objectif, nous avons identifié deux méthodes principales. La première, appliquée dans la section 1 ci-dessus, a été de prendre en compte les

domaines de compétence de l'Union européenne dans lesquels les institutions européennes ont au fil des années inséré la lutte contre le changement climatique parmi les défis principaux. Cela nous a portés à identifier quatre domaines privilégiés pour lesquels l'Union européenne a une compétence attribuée : l'environnement, l'énergie, les transports et l'agriculture.

Cependant, la compréhension de l'étendue des compétences de l'UE qui relèvent de la lutte contre le changement climatique ne nous semblait pas complète sans avoir recours à une autre méthode, plus empirique : la prise en compte des bases juridiques utilisées par le législateur européen pour l'adoption, jusqu'à présent, des actes poursuivant l'objectif de réduction des émissions de GES. Cette analyse nous permet d'une part de présenter un panorama des bases juridiques utilisées, et d'autre part de nous arrêter sur les procédures d'adoption d'actes de l'UE prévues dans le cadre de l'exercice des compétences les plus significatives pour construire une politique européenne dans le domaine climatique. Dans cette optique, nous nous concentrerons d'abord sur les bases juridiques sur lesquelles l'action environnementale de l'Union s'est fondée et notamment l'article 192 TFUE (A).

Ensuite, nous élargirons notre regard pour considérer les autres bases juridiques utilisées (B), et principalement l'énergie, nouvelle base juridique que le Traité de Lisbonne a fournie à l'Union européenne et qui pourrait se révéler essentielle dans le développement de la politique climatique européenne.

A. L'environnement

Depuis l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européen, le législateur européen a eu à sa disposition deux bases juridiques fondamentales pour la protection de l'environnement. La première est l'article 192 TFUE, qui établit les procédures à suivre dans la poursuite des objectifs propres à la politique environnementale européenne, énoncés à l'article 191(1) TFUE : la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement; la protection de la santé des personnes; l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles; la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique. La deuxième base juridique est l'article 114 TFUE, disposition clé pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Si la base juridique privilégiée pour l'adoption d'actes relatifs au changement climatique a été l'article

192 TFUE, le choix entre celle-ci et l'article 114 TFUE n'a pas toujours été exempt de difficultés.

D'abord, nous analyserons les deux procédures établies par l'article 192 TFUE pour l'adoption d'actes dans le domaine de l'environnement, en soulignant au fur et à mesure les possibles implications pour la lutte contre le changement climatique (A1). Puis, nous présenterons brièvement les difficultés qui sont liées au choix entre l'article 192 TFUE et l'article 114 TFUE comme base juridique (A2). Enfin, nous utiliserons l'exemple de la directive sur les énergies renouvelables pour illustrer les difficultés du choix, d'une part, entre l'article 192 TFUE et l'article 114 TFUE et, d'autre part, entre les deux procédures prévues par la disposition sur la protection de l'environnement (A3).

A1. Les procédures d'adoption d'actes établies par l'article 192 TFUE

Les actes visant à réaliser les quatre objectifs indiqués à l'article 191 TFUE peuvent être adoptés selon deux procédures différentes : la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale.

L'utilisation de la procédure législative ordinaire est prévue par l'article 192(1) TFUE (ex art. 175 TCE) qui « *constitue en principe la base juridique des actes adoptés par le Conseil en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 191 TFUE* »³⁹⁵. L'article 192(1) TFUE établit que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, décident des actions à entreprendre par la Communauté en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 191* ».

L'article 192(1) TFUE est le résultat de nombreuses modifications qui se sont succédé au fil des années depuis de l'Acte Unique Européen qui, en attribuant pour la première fois à la CEE une compétence dans le domaine de l'environnement (art. 130 R), établissait les modalités d'exercice de cette compétence dans son article 130 S. Un bref rappel de ces modifications est intéressant car il nous aide d'une part à comprendre les difficultés procédurales qui ont influencé la construction de la politique climatique européenne et d'autre part à établir les éléments clés pour la

³⁹⁵ CJCE, 30 janvier 2001, *Espagne c. Conseil*, aff. C-36/98, *Rec. P.* I-779, pt. 46.

comparaison entre l'article 192 TFUE et l'article 114 TFUE comme base juridique privilégiée au fil des années par les différentes institutions européennes.

La fin des années 1980 et le début des années 1990 ont été caractérisés par des difficultés majeures dans l'adoption d'actes sur la base de l'ex article 130 S introduit dans le Traité par l'Acte Unique Européen, la procédure prévoyant l'unanimité au sein du Conseil. L'ex article 130 S établissait en effet que le Conseil devait statuer à l'unanimité, sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social. Le Parlement européen jouait ainsi un rôle encore marginal dans l'élaboration de la politique environnementale européenne. La nécessité de parvenir à l'unanimité au sein du Conseil a eu des conséquences importantes sur la lutte contre le changement climatique et les seuls actes qui ont pu être adoptés durant ces années ont été ceux liés à l'engagement international de l'UE dans le cadre de la Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique. Un exemple significatif est fourni en ce sens par l'adoption de la Décision 93/389/CEE du Conseil du 24 juin 1993, relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO₂ et des autres gaz à effet de serre³⁹⁶. Cet acte prévoyait la création, la publication et la mise en œuvre de programmes nationaux contribuant à la limitation de GES et au respect de la part de la Communauté des objectifs assumés dans la Convention-cadre (art. 2 de la Décision). L'adoption rapide de cet acte avait un double objectif : (i) aider les Etats membres à respecter les engagements pris, et l'UE à en vérifier le respect et (ii) montrer au monde la volonté européenne de jouer un rôle important dans les négociations futures.

Parmi les échecs dans la construction d'une politique climatique européenne, il est ici important de mentionner l'impossibilité de parvenir à l'unanimité au sein du Conseil pour l'établissement d'une taxe carbone. En effet une taxe ayant pour objectif d'internaliser une partie des coûts externes de l'énergie³⁹⁷ avait été proposée pour la première fois suite à la Deuxième Conférence Mondiale sur le climat qui a eu lieu à Genève en 1990, en préparation de la Conférence de Rio de 1992³⁹⁸. A l'époque, la Communauté s'opposait au modèle américain qui régulaient le droit de l'environnement par le biais d'instruments de marché et privilégiait plutôt l'utilisation de taxes.

³⁹⁶ Décision du Conseil 93/389/CEE du 24 juin 1993 relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO₂ et des autres gaz à effet de serre dans la Communauté, *JO L 167* du 9/07/1993, p. 31-33.

³⁹⁷ Nous reprendrons ces concepts économique dans le Chapitre 5.

L'opportunité d'adopter une taxe carbone n'était pas uniquement motivée par le contexte international, mais également par une forte pression interne. Certains pays membres, notamment le Danemark³⁹⁹, l'Allemagne et la Hollande⁴⁰⁰ étaient déjà bien avancés dans leurs processus d'adoption d'une taxe carbone nationale. La démarche de ces pays était en opposition avec la tentative de la Commission durant ces années d'harmoniser les taxes afin d'atteindre un marché unique. La détermination de la Commission s'est heurtée à l'impossibilité de convaincre tous les pays membres au sein du Conseil, en particulier le Royaume-Uni, qui s'opposait à tout type d'intervention européenne en matière fiscale⁴⁰¹. Un accord pour une taxe carbone n'a jamais pu être trouvé au sein du Conseil car, comme nous le verrons, si la procédure d'adoption d'actes environnementaux a été modifiée par les traités successifs, l'adoption des dispositions essentiellement de nature fiscale entre parmi les dérogations de l'article 192(2) prévoyant une procédure spéciale.

L'article 130(1)S TCE a subi des modifications majeures lors de l'adoption du Traité de Maastricht et du Traité d'Amsterdam. Le premier a introduit le vote à la majorité qualifiée. Le deuxième a introduit la procédure de codécision, en attribuant enfin un rôle déterminant au Parlement européen. Nous verrons que cela constitue une modification essentielle pour le choix de la base juridique, entre l'article 192(1) TFUE et l'article 114 TFUE, en termes d'étendue des pouvoirs des différentes institutions.

La deuxième procédure établie par l'article 192 TFUE est la procédure spéciale. Cette procédure est prévue depuis le Traité de Maastricht. En effet, en introduisant le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil, ce Traité a prévu des dérogations, qui ont été maintenues avec de légères modifications dans les Traités suivants. L'article 192(2) TFUE dispose aujourd'hui que : « *Par dérogation à la procédure de décision prévue au paragraphe 1 et sans préjudice de l'article 114, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, après consultation du Parlement européen, du Comité Economique et Social et du Comité des Régions, arrête :*

³⁹⁸ Communication de la Commission au Conseil, Une stratégie communautaire pour limiter les émissions de dioxyde de carbone et pour améliorer l'efficacité énergétique, 14/10/1991, SEC(91) 1744 final.

³⁹⁹ Voir: Mark PEARSON and Stephen SMITH, *The European Carbon Tax: an assessment of the European Commission's proposal*, The Institute for fiscal studies, London, 1991, 62 p.

⁴⁰⁰ Ute COLLIER, « The EU and climate change policy: the struggle over policy competences », in Ute COLLIER et Ragnar LÖFSTEDT, *Cases in Climate Change Policy, Political reality in the European Union*, Earthscan, London, 1997, p. 53 ss.

⁴⁰¹ *Ibid.* p. 54. Le projet de la Commission est contenu dans la Proposition de directive du Conseil instaurant une taxe sur les émissions de dioxyde de carbone et sur l'énergie, COM(92) 226 final, JO C 196 du 3/08/1992, p.1-8.

- a) *des dispositions essentiellement de nature fiscale ;*
- b) *les mesures affectant :*
- *l'aménagement du territoire ;*
 - *la gestion quantitative des ressources hydrauliques ou touchant directement ou indirectement la disponibilité desdites ressources ;*
 - *l'affectation des sols, à l'exception de la gestion des déchets⁴⁰² ;*
- c) *les mesures affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique ».*

Il est opportun d'indiquer dès à présent que la première dérogation, prévoyant la procédure spéciale pour les dispositions de nature essentiellement fiscale, a empêché l'adoption d'une taxe carbone et a conduit, au début des années 2000, le législateur européen à privilégier une réglementation sur la base d'instruments de marché, en instituant le SCEQE (Chapitre 5). Quant à la lettre c, la difficulté majeure, que nous analyserons dans les prochains paragraphes, est de définir une limite entre les mesures affectant « *sensiblement* » les choix étatiques en matière de bouquet énergétique et celles ne les affectant que moins « *sensiblement* ». Cette définition est nécessaire dans le choix entre l'article 192(2) TFUE et l'article 194(2) TFUE portant sur l'énergie, prévoyant l'adoption d'actes selon la procédure législative ordinaire⁴⁰³.

A2. Protection de l'environnement (art. 192 TFUE) ou rapprochement des législations (art. 114 TFUE) ?

La protection de l'environnement s'est développée au fil des années autour de deux axes principaux : l'amélioration de la qualité de l'environnement fondée sur l'article 192 TFUE et la réalisation du marché intérieur, fondée sur l'article 114 TFUE⁴⁰⁴. Visant à rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui peuvent entraver l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur, l'article 114 TFUE, dans son troisième paragraphe, dispose expressément

⁴⁰² En ce qui concerne le changement climatique, ces trois types de mesures relèvent plus de l'adaptation que de la réduction des émissions, comme il est illustré dans le Livre vert de la Commission, L'adaptation au changement climatique en Europe : les possibilités de l'Union européenne, du 29 juin 2007, COM(2007) 0354 final.

Cependant, comme évoqué dans la section précédente (pages 165-166) l'affectation des sols concerne aussi la réduction des émissions de GES, en tenant compte que les forêts sont des puits de CO₂ et que l'affectation des sols agricoles concerne notamment le choix de produire biocarburants.

⁴⁰³ Sur le rapport entre les articles 192(2) et 194(2) TFUE, et plus généralement sur la dynamique entre les politiques environnementales et énergétiques, voir : Patrick THIEFFRY, « Les politiques européennes de l'énergie et de l'environnement : rivales ou alliées ? », *Revue des Affaires Européennes*, 2009-2010/4, pp. 783-809.

⁴⁰⁴ Nicolas de SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, p. 80.

que « *la Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques (...)* ». Le choix entre l'article 192 TFUE et l'article 114 TFUE peut ainsi devenir complexe dans le cas où les actes adoptés, « *tout en contribuant à la réalisation du marché intérieur, ont aussi pour objet l'amélioration de la qualité de l'environnement* »⁴⁰⁵.

Les conséquences du choix de la base juridique sont à la fois d'ordre procédural et d'ordre substantiel.

Les conséquences procédurales ont varié au fil des années, en suivant les modifications apportées par les Traités successifs. En effet, entre l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européen et l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, les procédures d'adoption d'actes sur la base de l'ancien article 130 S TCE et de l'ancien article 100 A TCE différaient grandement. Tout d'abord, l'Acte Unique Européen imposait l'unanimité pour l'adoption d'actes basés sur l'article 130 S TCE, tandis que l'article 100 A TCE prévoyait l'obtention au sein du Conseil de la majorité qualifiée. Les compétences du Parlement européen étaient en outre largement plus importantes pour l'adoption d'actes de rapprochement des législations, pour lesquels l'Acte Unique Européen prévoyait déjà la procédure de coopération. Ces différences conduisaient la Commission à privilégier la proposition d'actes fondés sur l'article 100 A TCE, pour l'adoption desquels la majorité qualifiée était suffisante, et le Parlement soutenait la Commission afin d'avoir un rôle majeur dans la procédure.

Le Traité d'Amsterdam a réduit les différences procédurales, en établissant pour l'article 192(1) TFUE et pour l'article 114 TFUE la procédure de codécision. La seule différence qui demeure concerne l'adoption d'actes fondés sur l'article 192(1) TFUE, pour lesquels le Parlement européen et le Conseil statuent après consultation non seulement du Comité économique et social mais aussi du Comité des Régions, tandis que l'article 114 TFUE ne prévoit pas d'intervention de ce dernier⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ A titre d'exemple, sur l'implication du Comité des Régions dans l'étude des propositions législatives et sur les propositions de modification du texte voir, entre autres : Comité des régions, Avis sur le thème : « promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables », 76e session plénière, les 8 et 9 octobre 2008, DEVE-IV-027, recommandation d'amendement 4. L'acte faisant l'objet de la procédure était la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23/01/2008 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM(2008) 19 final. Plus en général sur l'implication du Comité de régions dans la lutte contre le

En ce qui concerne les conséquences substantielles, il s'agit de l'étendue des pouvoirs laissés aux Etats membres. Selon la base juridique choisie, une confrontation des dispositions concernant la protection de l'environnement et des dispositions sur le rapprochement des législations montre que l'article 193 TFUE laisse aux Etats membres la possibilité d'adopter des dispositions plus strictes par rapport à celles adoptées par le législateur européen⁴⁰⁷ tandis que l'article 114 TFUE permet tant un niveau d'harmonisation minimale qu'une harmonisation maximale. Sans vouloir ici entrer dans une analyse approfondie de ces deux niveaux possibles d'harmonisation ni sur les possibles dérogations⁴⁰⁸, il est opportun de souligner qu'au cours des années, la Commission européenne a privilégié l'utilisation de l'article 114 TFUE, tandis que le Conseil a souvent privilégié l'article 192 TFUE, qui laisse intacte la possibilité pour les Etats d'adopter des dispositions visant à une meilleure protection de l'environnement. Les conséquences sur le plan procédural et sur l'étendue des prérogatives étatiques a conduit à plusieurs controverses qui ont été tranchées par la Cour de justice de l'Union européenne et qui nous aident à tracer la ligne de démarcation entre actes législatifs fondés sur l'article 192 TFUE et ceux basés sur l'article 114 TFUE⁴⁰⁹. Les actes qui ont une incidence directe sur le marché intérieur devraient être adoptés sur la base de l'article 114 TFUE, tandis que les actes pour lesquels une analyse du but et du contenu montrent qu'ils poursuivent la réalisation d'un niveau élevé de protection de l'environnement, devraient se baser sur l'article 192 TFUE, tout comme les actes pour lesquels l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur sont un fait accessoire⁴¹⁰.

changement climatique, voir, entre autres : Comité des régions, Le Comité des régions se joint à la campagne de l'UE sur le changement climatique, du 21/03/2013, COR/13/19, http://europa.eu/rapid/press-release_COR-13-19_fr.htm (8/05/2014).

⁴⁰⁷ L'article 193 TFUE établit que : « *Les mesures de protection arrêtées en vertu de l'article 192 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission* ».

⁴⁰⁸ Pour une analyse approfondie, voir le chapitre IX de : Nicolas de SADELEER, *op. cit.*

⁴⁰⁹ La Cour s'est prononcée dans trois arrêts fondamentaux au cours des années 1990 : CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, *Rec. P.* I-2867. Appelée à se prononcer sur la base juridique correcte d'une directive portant sur l'harmonisation des programmes d'élimination de la pollution causée par les déchets de l'industrie de dioxyde de titane, entre la position de la Commission soutenant l'ex article 130 S et du Conseil en faveur de l'article 100 A, la Cour a privilégié l'approximation de législations, malgré le fait que la directive contribuait « *d'une façon indissociable de la protection de l'environnement et à l'élimination des disparités dans les conditions de concurrence* » (pt. 13). La Cour a privilégié dans ce cas l'approximation de législation car l'ancien article 130 T (article 193 TFUE) aurait permis aux Etats membres d'adopter des normes environnementales plus strictes en augmentant la distorsion de la concurrence. Deux ans après la Cour a cependant adopté une position différente dans un cas similaire, en établissant que la dimension environnementale devait prévaloir. CJCE, 17 mars 1993, *Commission c. Conseil*, aff. C-155/91, *Rec.*, P. I-939. Cette dernière position a été réaffirmée dans l'arrêt CJCE, 28 juin 1994, *Parlement c. Conseil*, aff. C-187/92, *Rec.*, P. I-2857.

⁴¹⁰ Patrick THIEFFRY, *Manuel de droit de l'environnement de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 60.

Dans le domaine du changement climatique, les discussions sur l'utilisation de l'article 192 TFUE ou de l'article 114 TFUE ont été animées lors de l'adoption de plusieurs actes, notamment lors de l'adoption de la directive 2009/29/CE sur la promotion des énergies renouvelables qui fera l'objet du prochain paragraphe (A.3). Les institutions européennes ont également longuement débattu sur le choix entre article 192(1) et article 114 TFUE dans le cas de l'adoption du règlement n° 443/2009 établissant les normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves⁴¹¹. Ce règlement, qui sera analysé au Chapitre 6, fixe les niveaux d'émission de CO₂ pour ces voitures et les objectifs qui doivent être progressivement atteints jusqu'en 2015. Dans le projet de règlement, la Commission avait proposé d'utiliser comme base juridique l'ex article 95 TCE (art. 114 TFUE), car il y avait la *« nécessité de garantir l'égalité de traitement de l'ensemble des acteurs économiques dans le marché intérieur tout en garantissant un niveau élevé de protection de la santé et de l'environnement (...). La meilleure manière de mettre en place des mesures harmonisées en vue de réduire l'incidence des voitures particulières sur le changement climatique consiste à adopter une législation au niveau communautaire. La fixation d'objectifs au niveau communautaire pour les émissions de CO₂ des voitures permet d'éviter la fragmentation du marché intérieur et offre plus de souplesse aux constructeurs dans l'application des réductions obligatoires à l'ensemble de leur parc de voitures neuves sur le territoire de la Communauté, ce qui vaut mieux qu'un éventail de stratégies spécifiques visant des objectifs nationaux spécifiques de réduction des émissions »*⁴¹². La base juridique a cependant été modifiée suite à une résolution du Parlement européen, qui a privilégié l'article 192(1) TFUE⁴¹³. Il est toutefois opportun de souligner que s'agissant de l'adoption de la part des Etats membres de mesures nationales plus strictes, le considérant 28 du règlement établit que : *« toute mesure nationale pouvant être maintenue ou introduite par les Etats membres conformément à l'article 176 du traité ne devrait pas, étant*

⁴¹¹ Règlement (CE) n. 443/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 1–15.

⁴¹² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, du 19/12/2007, COM/2007/0856 final - COD 2007/0297, pt. 310 et pt. 324.

⁴¹³ Résolution législative du Parlement européen du 17 décembre 2008 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, *JO C 45E* du 23/02/2010, p. 139–141.

donné l'objectif et les procédures établies par le présent règlement, infliger des sanctions additionnelles ou plus sévères aux constructeurs qui n'ont pas atteint leurs objectifs en vertu du présent règlement ». Cela constitue une tentative de la part du législateur européen de restreindre les possibilités des Etats membres d'avoir recours à l'ex article 176 TCE (art. 193 TFUE)⁴¹⁴.

A3. La base juridique de la directive sur les énergies renouvelables

La directive 2009/28/CE⁴¹⁵ relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables constitue pour nous un exemple intéressant de discussion sur la base juridique la plus appropriée. Si les discussions interinstitutionnelles ont essentiellement porté sur le choix entre l'article 192 TFUE et l'article 114 TFUE, nous nous interrogeons aussi sur l'opportunité d'utiliser comme base juridique l'article 192(1) TFUE et non l'article 192(2) TFUE.

Pour parvenir à la définition d'« *un cadre commun pour la production d'énergie à partir des sources renouvelables* » (article 1), la directive établit deux champs d'application : d'un côté elle « *fixe des objectifs contraignants concernant la part de l'énergie produite à partir des sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie et la part de l'énergie produite à partir des ressources renouvelables dans la consommation d'énergie et de transport* ». De l'autre côté, dans les articles 17, 18 et 19, elle fixe des obligations contraignantes pour les Etats membres, concernant la viabilité des biocarburants⁴¹⁶ et d'autres bioliquides⁴¹⁷. « *La directive empêche par ailleurs les Etats membres d'adopter des mesures qui entraveraient les échanges de biocarburants ou de matières premières* »⁴¹⁸. La coexistence de ce double champ d'action – énergies renouvelables et biocarburants – a conduit la Commission

⁴¹⁴ Joanne SCOTT, « The multi-level governance of climate change », in Paul CRAIG et Grainne de BURCA, *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, second edition, 2011, p. 824.

⁴¹⁵ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 16–62. Cette directive fera l'objet d'analyse dans le Chapitre 6.

⁴¹⁶ La directive définit le biocarburant comme « *un combustible liquide ou gazeux utilisé pour le transport et produit à partir de la biomasse* », en sachant que par biomasse on entend : « *la fraction biodégradable des produits, des déchets et des résidus d'origine biologique provenant de l'agriculture (y compris les substances végétales et animales), de la sylviculture et des industries connexes, y compris la pêche et l'aquaculture, ainsi que la fraction biodégradable des déchets industriels et municipaux* », article 2, lettres i) et e) de la directive 2009/28/CE.

⁴¹⁷ Un bioliquide est « *un combustible liquide destiné à des usages énergétiques autres que pour le transport, y compris la production d'électricité, le chauffage et le refroidissement, et produit à partir de la biomasse* », article 2, lettre h) de la directive 2009/28/CE.

⁴¹⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23/01/2008 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM(2008) 19 final, par. 3, deuxième tiret.

à proposer une double base juridique pour la Directive 2009/28/CE: l'ex article 175(1) TCE (art. 192(1) TFUE) et l'ex article 95 TCE (art. 114 TFUE). Le Parlement européen a critiqué cette proposition de base juridique, en y opposant la seule utilisation de l'ex article 175(1) TCE, qu'il considérait comme « *la seule base juridique appropriée* »⁴¹⁹.

La Commission, de son côté, a souligné qu'en dépit du fait qu'en général il est préférable d'utiliser une seule base juridique, il était ici opportun de faire référence à deux articles. En effet, si la directive relevait en particulier de l'environnement, les articles 17, 18 et 19 de la Directive visaient « *une harmonisation totale des critères de viabilité des biocarburants, afin qu'aucun critère adopté individuellement par les Etats membres ne puisse constituer un obstacle aux échanges entre ces derniers* »⁴²⁰. En outre, comme illustré dans le paragraphe précédent, les deux articles prévoyaient, depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, la codécision. Dans la mesure où les deux bases juridiques ne se contredisaient pas, puisque l'article 95(3) TCE prévoit expressément un niveau de protection élevé de l'environnement, la directive pouvait être adoptée sur cette double base juridique. La Commission et le Parlement se sont enfin accordés sur la double base juridique : l'ex article 175(1) TCE sur la protection de l'environnement et l'ex article 95 TFUE sur le rapprochement de législations en ce qui concerne spécifiquement trois articles.

S'agissant plus spécifiquement de l'ex article 175, les institutions n'ont pas débattu de la base juridique à utiliser dans le cadre de la protection de l'environnement : l'article 175(1) ou l'article 175(2). En proposant l'ex article 175(1) TCE, la Commission a motivé ainsi son choix : « *d'une manière générale, les énergies renouvelables remplacent de façon équivalente les énergies conventionnelles, et elles sont fournies au moyen des mêmes infrastructures et systèmes logistiques. Tous les Etats membres utilisent déjà des énergies renouvelables et tous ont déjà décidé d'en accroître la part. Pour ces raisons, la proposition n'affectera pas de manière*

⁴¹⁹ Le Parlement s'opposait à l'utilisation d'une double base juridique, environnement et rapprochement des législations, en considérant qu' « *une double base est réservée aux cas extrêmes présentant plusieurs objectifs d'égale importance; ici, l'objectif principal est de protéger l'environnement - la directive actuelle sur l'énergie produite à partir de sources renouvelables et la directive sur les biocarburants ont également été adoptées en vertu de l'article 175 paragraphe 1. Par ailleurs, les dispositions sur les biocarburants ne visent pas principalement à faciliter le commerce - puisque les normes prescrites sont loin d'être harmonisées - mais à définir les critères de viabilité* », Parlement européen, Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie, Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (COM(2008)0019 – C6-0046/2008 – 2008/0016(COD)) du 15/05/2008, rapporteur: Monsieur Claude TURMES, 2008/0016(COD).

⁴²⁰ *Ibid.*

significative le choix des Etats membres entre différentes sources d'énergie ou la structure générale de leur approvisionnement énergétique, et elle ne relève pas de l'article 175, paragraphe 2, du traité ». En se référant au fait que la structure générale de l'approvisionnement énergétique des Etats membres ne faisait pas l'objet d'un changement, la Commission souhaitait démontrer que la directive n'entrait pas dans le cadre de l'exception prévue à l'ex article 175(2) TFUE, lettre c). Il nous semble toutefois que l'exclusion de l'utilisation de cette autre base juridique de la part de la Commission peut être considérée à tout le moins hâtive. La justification avancée par la Commission se fonde sur deux arguments qu'il convient d'analyser séparément.

Le premier argument est de nature politique : tous les Etats membres ont décidé d'accroître leur production d'énergie issue des sources renouvelables.

Le deuxième est de nature technique et se fonde sur plusieurs considérations : a) les énergies renouvelables remplacent les énergies conventionnelles ; b) les énergies renouvelables sont fournies au moyen des mêmes infrastructures et systèmes logistiques que les énergies conventionnelles ; c) tous les Etats membres utilisent déjà des énergies renouvelables dans leurs bouquets énergétiques.

De ces trois considérations, la Commission conclut que la proposition de directive n'affectera pas de manière significative (on pourrait dire « *sensiblement* » pour rappeler les mots de l'ex article 175(2) c TCE) les choix des Etats membres entre différentes sources d'énergie et la structure générale de l'approvisionnement.

Le fait que le Conseil et le Parlement aient adopté cette directive sur la base de l'article 175(1) montre que dans la pratique les Etats n'ont pas considéré l'acte comme modifiant sensiblement leur programme énergétique. Toutefois, nous considérons que la base la plus appropriée aurait été l'article 192(2) TFUE. L'analyse de l'Annexe I de la directive nous conduit à plusieurs observations. En premier lieu, les pourcentages d'augmentation de la part des sources renouvelables ne correspondent pas à une augmentation de la production mais à une augmentation de la consommation totale d'énergie dans le pays. Cette distinction permet d'inclure dans le calcul les importations d'énergie et les économies sur la consommation.

En deuxième lieu, la majorité des Etats devra augmenter de 10% ou plus la part d'énergie produite à partir des sources renouvelables dans la consommation d'énergie finale en 2020⁴²¹.

En troisième lieu, trois Etats seulement s'engagent à une augmentation inférieure à 10% : la Lettonie, la Roumanie et la Slovénie, dont les mix énergétiques sont très différents. La production énergétique des sources renouvelables de la Lettonie était en 2005 de 32,6% ; son objectif pour 2020 est d'atteindre 40%. Toutefois, 100 % de la production énergétique sur le territoire est d'origine renouvelable, mais une lecture des données du mix énergétique du pays montre que 75% des énergies consommées sont importées⁴²². La Roumanie s'engage à une augmentation de 17,8% en 2005 à 24% en 2020. Depuis 1990, sa production d'énergie a diminué de 31% (elle a recommencé à augmenter à partir de 2001) et sa consommation de pétrole est inférieure à la moyenne européenne. Ces dernières années, le pays a considérablement investi dans le développement des énergies renouvelables⁴²³. Enfin, la Slovénie s'engage à passer de 16% en 2005 à 25% en 2020. Sa production se base sur le nucléaire, les combustibles solides et les sources renouvelables, surtout l'hydraulique⁴²⁴.

En dernier lieu, Malte ne produisait pas du tout d'énergie issue de sources renouvelables et en 2020 celles-ci devront couvrir 10% de la consommation d'énergie finale brute⁴²⁵. Ce pays dépend entièrement de sources d'énergie importées, et notamment du pétrole.

Ces considérations montrent que la directive adoptée a des conséquences importantes sur les choix énergétiques, au moins pour certains pays qui sont conduits à modifier leurs stratégies de production d'énergie pour parvenir aux objectifs fixés. Par conséquent, le choix de l'article 175(2) lett. c) nous aurait semblé plus opportun.

⁴²¹ La production d'énergie des sources renouvelables varie beaucoup parmi les pays membres qui se sont engagés à augmenter leur part d'énergie produite à partir de ces sources dans la consommation d'énergie finale brute de plus de 10% de 2005 à 2020. Cette disparité est bien illustrée par la différence entre la Suède dont la production en 2005 était de 39,8% et le Luxembourg dont elle était de 0,9%.

⁴²² *Latvia energy mix fact sheet*, http://ec.europa.eu/energy/energy_policy/doc/factsheets/mix/mix_lv_en.pdf (16/02/2012).

⁴²³ *Romania energy mix fact sheet*, http://ec.europa.eu/energy/energy_policy/doc/factsheets/mix/mix_ro_en.pdf (16/02/2012).

⁴²⁴ *Slovenia energy mix fact sheet*, http://ec.europa.eu/energy/energy_policy/doc/factsheets/mix/mix_si_en.pdf (16/02/2012).

⁴²⁵ *Malta energy mix fact sheet*, http://ec.europa.eu/energy/energy_policy/doc/factsheets/mix/mix_mt_en.pdf (16/02/2012).

B. Une pluralité de bases juridiques

Nous souhaitons maintenant examiner une nouvelle base juridique que le Traité de Lisbonne a fournie à l'Union européenne et qui pourrait se révéler essentielle dans le développement de la politique européenne de lutte contre le changement climatique : l'article 194 TFUE relatif à l'énergie (B1).

Nous compléterons ensuite l'analyse des bases juridiques par un panorama des dispositions qui ont fondé l'action climatique européenne afin de fournir la vision la plus large possible des moyens déployés par l'Union pour la construction et la poursuite de sa politique climatique (B2).

B1. Les nouvelles perspectives ouvertes par Lisbonne : l'énergie

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'article 194 TFUE consacré à l'énergie peut constituer une base juridique importante pour la lutte contre le changement climatique. L'adoption d'actes sur cette base ayant pour objectif principal la réduction des émissions de GES nous l'a déjà démontré. Pour cette raison nous souhaitons ici focaliser notre attention sur cette disposition, en nous concentrant sur trois aspects essentiels : le lien entre les objectifs énoncés par l'article 194(1) TFUE et le changement climatique ; la réelle portée de l'article 194 TFUE et son lien avec la politique de l'environnement et la construction du marché intérieur ; les procédures établies pour adopter les actes législatifs en la matière.

Pour comprendre le lien existant entre la politique énergétique et la lutte contre le changement climatique, nous devons revenir sur les objectifs indiqués à l'article 194(1) TFUE et les confronter à titre d'exemple aux actes, législatifs ou de *soft law*, qui ont été jusqu'à présent adoptés dans le domaine de la lutte contre le changement climatique⁴²⁶.

Le premier objectif indiqué consiste à « *assurer le fonctionnement du marché de l'énergie* ». Un marché intérieur accompli devrait permettre, de la part des opérateurs, des choix de ressources et de technologies plus efficaces, ce qui à son tour devrait conduire à une moindre consommation de combustibles fossiles et donc à une

⁴²⁶ Nous ne prenons pas en compte ici deux des objectifs indiqués par l'article 191(1) lettres b) et c) en ce qui concerne la seule promotion des énergies renouvelables. Le deuxième objectif a en effet déjà fait l'objet d'analyse dans le paragraphe précédent, dans lequel nous avons eu l'occasion de développer l'analyse de l'acte principale adopté par le législateur européen dans le secteur : la directive 2009/28/CE.

réduction des émissions de GES⁴²⁷. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les actes établissant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité⁴²⁸ et du gaz⁴²⁹ ont généralement été adoptés sur une double base juridique : l'article 53 TFUE (ex article 47(2) TCE) portant sur le droit d'établissement et l'article 114 TFUE (ex art. 95 TCE) sur le rapprochement des législations.

Le deuxième objectif fixé par l'article 191(1) TFUE lettre c) (première partie) consiste à promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie. Le Livre vert de 2006 intitulé « *une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable* »⁴³⁰ a mis en évidence que « *si l'efficacité énergétique demeure l'un des principaux axes de la lutte contre le changement climatique, elle est aussi pleinement intégrée dans l'élaboration d'une politique énergétique commune* »⁴³¹. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le choix de la base juridique s'est principalement effectué entre la compétence environnementale (art. 192(1) TFUE, ex art. 175(1) TCE) et le rapprochement des législations (art. 114 TFUE, ex art. 95 TCE). Cette dernière a été choisie, notamment, pour la directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'éco conception applicables aux produits consommateurs d'énergie⁴³².

Les discussions sur l'adoption de nouvelles directives en matière d'efficacité énergétique avaient commencé en novembre 2008, suite à l'adoption par la Commission de la communication intitulée « *efficacité énergétique : atteindre l'objectif de 20%* »⁴³³. La première finalité de l'amélioration de l'efficacité énergétique au niveau européen était la lutte contre le changement climatique. La

⁴²⁷ Sur le lien entre intégration du marché intérieur de l'énergie et lutte contre le changement climatique voir, entre autres : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social européen et au Comité de régions, Pour un bon fonctionnement du marché intérieur de l'énergie, du 15/11/2012, COM(2012) 663 final ; Communication de la Commission, Réaliser le marché intérieur de l'électricité et tirer le meilleur parti de l'intervention publique, du 5/11/2013, C(2013) 7243 final.

⁴²⁸ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JO L 211 du 14/08/2009, p. 55-93.

⁴²⁹ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, JO L 211 du 14/08/2009, p. 94-136.

⁴³⁰ Livre vert de la Commission, Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable, du 8 mars 2006, COM(2006) 105 final.

⁴³¹ ADEME, *L'efficacité énergétique dans l'Union européenne : panorama des politiques et des bonnes pratiques*, Novembre 2008, p. 11.

⁴³² Directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'éco conception applicables aux produits consommateurs d'énergie, JO L 191 du 22/07/2005, p. 29-58. Cette directive a modifié la directive 92/42/CEE du Conseil et les directives 96/57/CE et 2000/55/CE du Parlement européen et du Conseil.

Communication envisageait des mesures dans le secteur du bâtiment ainsi que de l'éco conception des produits liés à l'énergie et de la cogénération. La Commission avait publié des projets de directive en 2009 fondés sur l'article 175(1) TCE. Un compromis a toutefois été difficile à trouver et le Conseil a finalement adopté deux directives le 19 mai 2010. Le nouvel article 194(2) TFUE a pu être utilisé pour la première fois⁴³⁴.

S'agissant enfin du dernier objectif de la politique énergétique européenne, la promotion de l'interconnexion de réseaux énergétiques, nous souhaitons rappeler que jusqu'à présent l'Union européenne a souvent fondé son action sur l'article 172 TFUE (art. 156 TCE), visant à parvenir aux objectifs énoncés par l'article 171 TFUE sur les réseaux transeuropéens. Par exemple, la décision n.1364/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 établissant des orientations relatives aux réseaux transeuropéens d'énergie (RTE-E), fixe de nouvelles orientations pour ces réseaux⁴³⁵ qui listent et hiérarchisent, selon les objectifs et les priorités définis, les projets éligibles pour un financement européen. Elles renforcent par ailleurs la coordination des projets et intègrent désormais pleinement les nouveaux Etats membres⁴³⁶. Le changement climatique n'est pas mentionné dans cette décision. Toutefois, parmi les objectifs du développement de ces réseaux, l'on trouve celui de « *favoriser le développement durable et la protection de l'environnement, notamment en recourant aux énergies renouvelables et en diminuant les risques pour l'environnement liés au transport et à la transmission d'énergie* » (art.3, lettre d).

Le lien entre politique énergétique, politique environnementale et marché intérieur est explicité à l'article 191(1) TFUE, ce dernier disposant que les objectifs de la politique énergétique de l'Union sont non seulement exercés dans un esprit de solidarité entre Etats membres, mais s'insèrent également « *dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur et en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement* ». Cette formulation a conduit une partie de la doctrine à

⁴³³ Communication de la Commission, Efficacité énergétique: atteindre l'objectif des 20 %, du 13 novembre 2008, COM(2008) 772.

⁴³⁴ Directive 2010/31/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 sur la performance énergétique des bâtiments, JO L 153 du 18/06/2010, p. 13-35. Directive 2010/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie, JO L 153 du 18/06/2010, p. 1-12.

⁴³⁵ Décision 1364/2006/CE, *op.cit.*

⁴³⁶ Réseaux transeuropéens de l'énergie, synthèse de la décision 1364/2006/CE.

s'interroger sur la relation ainsi établie. La référence à la politique environnementale ne semblerait pas essentielle, compte tenu de l'obligation d'intégrer la protection de l'environnement dans toutes les politiques et actions de l'Union (art. 11 TFUE)⁴³⁷. Toutefois, le choix d'explicitier ce lien pourrait conduire à penser que la politique énergétique est subordonnée aux deux autres politiques européennes et que, par conséquent, la portée de l'article 194 TFUE est limitée par cette disposition. Les actes à adopter seraient dans ce cas uniquement ceux qui entrent dans une logique d'établissement ou de fonctionnement du marché intérieur, ou de protection de l'environnement⁴³⁸.

Si la formulation du premier paragraphe a été interprétée par une partie de la doctrine comme une possible soumission de la politique énergétique à la politique environnementale ou à la construction du marché intérieur, le choix de la procédure d'adoption des actes dans le domaine de l'énergie semblerait démentir cette assertion. L'article 194(2) TFUE prévoit en effet la procédure législative ordinaire comme procédure d'adoption des actes ayant pour but la poursuite des objectifs indiqués dans le premier paragraphe, l'acte étant également soumis à l'avis du Comité économique et social et du Comité des régions. Ce choix n'a pas reflété la tendance générale qui a régi l'insertion d'autres politiques européennes par de précédentes modifications des Traités, tels que l'environnement par l'Acte Unique Européen. Comme nous l'avons vu, l'établissement des modalités d'exercice de la politique environnementale européenne a procédé par « petits pas » : en commençant par l'unanimité, puis en passant à la procédure de coopération et enfin à la codécision. Dans le cas de l'énergie, les Etats membres se sont accordés directement sur la procédure législative ordinaire. Une procédure spéciale est établie uniquement par l'article 194(3) TFUE : « *le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, à l'unanimité et après consultation du Parlement européen, établit les mesures qui y sont visées lorsqu'elles sont essentiellement de nature fiscale* ». Cette dérogation constitue une limite importante à la possibilité d'adopter au niveau européen une taxe carbone, comme souhaité par la Commission⁴³⁹ et par certains Etats membres, la

⁴³⁷ Kirstyn INGLIS, « Anticipating new Union competences in Energy », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, n. 1, 2008, p. 128.

⁴³⁸ Sami ANDOURA, Leigh HANCHER and Marc VAN DER WOUDE, *Towards a European Energy Community: A Policy Proposal*, Notre Europe, mars 2010, p. 98.

⁴³⁹ Programme de travail de la Commission, liste des initiatives stratégiques et prioritaires, 13 novembre 2007, http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/clwp2008_roadmap_strategic_initiatives.pdf (29/02/2012).

France en tête. Cette disposition est donc dans la droite ligne de l'article 192(2) a) TFUE.

Pour conclure, nous souhaitons souligner qu'à côté des incertitudes liées à l'interprétation du lien entre politique énergétique, environnement et construction d'un marché intérieur et en dépit de la volonté du traité de Lisbonne de marquer un pas important en imposant la procédure législative ordinaire, la portée de l'article 194 TFUE n'est pas encore éclaircie⁴⁴⁰. Rappelons en effet que le deuxième paragraphe, alinéa 2, prévoit le maintien de secteurs importants dans le domaine de compétence des Etats membres et notamment le droit « *de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique* ». La lecture de l'article 194 TFUE semblerait ne pas permettre à l'Union d'interférer dans le choix des Etats membres de privilégier une source de production d'énergie plutôt qu'une autre, ou d'imposer la proportion entre énergie produite et énergie importée des pays tiers, même s'il en va de l'intérêt de la sécurité énergétique européenne. La Déclaration 35 annexée à l'article 194 TFUE le confirme : « *la Conférence estime que l'article 194 n'affecte pas le droit des Etats membres de prendre des dispositions nécessaires afin d'assurer leur approvisionnement énergétique dans les conditions prévues par l'article 347* ». L'article 347 TFUE (ex art. 297 TCE), auquel la déclaration fait référence, dispose que « *les Etats membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement du marché intérieur ne soit affecté par les mesures qu'un Etat membre peut être appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale* ». Toutefois, ces dispositions doivent être lues en combinaison avec l'article 122(1) TFUE, qui pourrait élargir la portée de la politique énergétique européenne. L'article 122(1) TFUE dispose que « *sans préjudice des autres procédures prévues par les Traités, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut décider, dans un esprit de solidarité entre les Etats membres, des mesures appropriées à la situation économique, en particulier si des graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement en certains produits, notamment dans le*

domaine de l'énergie ». Les relations entre l'article 194 TFUE et l'article 122(1) TFUE, qui prévoient des modalités d'adoption d'actes différents, n'ont pas encore été clarifiées.

B.2. Panorama des bases juridiques utilisées pour faire face au changement climatique

La principale difficulté liée à l'identification des bases juridiques qui ont été utilisées pour fonder l'action climatique européenne est liée à la complexité d'identifier les actes qui peuvent être définis comme climatiques. Si en effet certains actes ont expressément cet objectif, d'autres poursuivent un autre objectif principal mais contribuent néanmoins à réduire les émissions de GES et participent ainsi, plus ou moins expressément, à la lutte contre le changement climatique. Ce deuxième type d'actes, pour lesquels la lutte contre le changement climatique constitue un objectif secondaire, est très utile car il définit d'une part l'étendue de l'action climatique européenne et nous montre d'autre part les compétences engagées par l'Union dans ce domaine.

Les actes ayant pour objectif principal la lutte contre le changement climatique se sont succédé depuis les années 1990 et peuvent être rattachés à deux groupes principaux. Les actes de transposition des conventions internationales dans le droit européen et les actes qui ont construit l'action européenne, soit dans une optique de poursuite des objectifs assumés au niveau international, soit dans une perspective de construction d'une action climatique européenne.

Parmi les premiers, on rappellera les deux actes de réception en droit de l'Union des accords internationaux signés par la Communauté européenne et notamment la Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique et son Protocole, le Protocole de Kyoto⁴⁴¹. A ces deux accords, il faut ajouter les conventions internationales portant sur des matières ayant des impacts sur la réduction des émissions de GES, tels que la Convention de Stockholm sur les polluants organiques

⁴⁴⁰ Sami ANDOURA, Leigh HANCHER and Marc VAN DER WOUDE, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁴¹ Décision 94/69/CE du Conseil du 15 décembre 1993 concernant la conclusion de la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, *JO L 33* du 7/02/1994, p. 11 ; décision 2002/358/CE du Conseil du 25 avril 2002 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent, *JO L 130* du 15/05/2002, p. 1-3.

persistants⁴⁴². Tous les actes de réception de ces accords se fondent sur l'ex article 175(1) CE (art. 192(1) TFUE, conjointement à l'ex article 300 TCE), qui prévoit la procédure à utiliser dans le cas d'un accord international (sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir dans le prochain chapitre). A ces actes s'ajoutent ceux qui concernent directement la mise en place et la poursuite d'un système de surveillance de la mise en œuvre des accords internationaux, tel que la directive établissant un mécanisme pour surveiller les émissions dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto⁴⁴³, fondé sur l'ex article 175(1) TCE.

Le second groupe d'actes a été constitué, dès le début des années 2000, par l'adoption de la part du législateur européen de deux actes fondamentaux qui ont donné forme à l'action climatique européenne : la directive SCEQE de 2003⁴⁴⁴ qui a instauré le premier Système d'Echange Européen des Quotas d'Emissions, dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole de Kyoto et la directive qui lie le SCEQE aux systèmes de crédits établis au niveau international⁴⁴⁵. Ces deux directives, qui seront examinés dans le Chapitre 5, se fondaient sur l'article 175(1) TFUE.

S'agissant de l'adoption d'actes ayant pour objectif explicite la lutte contre le changement climatique, mais portant plus spécifiquement sur le secteur de l'énergie, il est essentiel de poursuivre la distinction entre la période ayant précédé l'adoption du Traité de Lisbonne et celle qui a suivie. S'agissant de la période pré-Lisbonne, des actes ont été adoptés dès le début des années 2000⁴⁴⁶, fondés sur l'ex article 175(1) TFUE relatif à l'environnement. Un moment clé pour la lutte contre le changement climatique fut l'adoption en 2009 du paquet énergie climat qui, comme on l'a vu, a constitué un instrument décisif pour la politique de l'exemplarité de l'Union européenne dans le domaine du changement climatique (section 1 ci-dessus). Ce paquet, qui a consacré l'intégration du changement climatique au sein de la politique

⁴⁴² Décision 2006/507/CE du Conseil du 14 octobre 2006 concernant la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, *JO L 209* du 31/07/2006 p. 1–2.

⁴⁴³ Décision 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 relative à un mécanisme pour surveiller les émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et mettre en œuvre le protocole de Kyoto, *JO L 049* du 19/02/2004, p. 1–8.

⁴⁴⁴ Directive 2003/87/CE.

⁴⁴⁵ Directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, au titre des mécanismes de projet du protocole de Kyoto, *JO L 338* du 13/11/2004, p. 18–23.

⁴⁴⁶ Voir par exemple : Directive 1999/94/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation des voitures particulières neuves, *JO L 12* du 18/01/2000, p. 16–23 ; Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, *JO L 283* du 27/10/2001, p. 33–40.

environnementale européenne, se compose de quatre actes principaux : une directive sur la réforme du marché de quotas de GES (directive SCEQE)⁴⁴⁷, une directive sur la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables⁴⁴⁸, une directive sur le stockage géologique du CO₂⁴⁴⁹ et une décision sur la réduction des émissions de GES pour les secteurs non couverts par le SCEQE⁴⁵⁰. A ces actes, il est possible d'ajouter le Règlement (CE) n. 443/2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves et la Directive 2009/30/CE portant sur les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles et prévoyant l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre⁴⁵¹.

La base juridique commune à tous ces actes était l'ex article 175(1) TCE, auquel s'ajoute, pour la directive sur la production d'énergies à partir des énergies renouvelables, l'ex article 95 TCE pour certaines dispositions, comme nous l'avons mis en évidence précédemment⁴⁵².

Suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le législateur européen a également fondé son action sur le nouvel article 194 TFUE, afin de contribuer de manière directe à la réduction des émissions de GES et par conséquent de contribuer à son action de lutte contre le changement climatique⁴⁵³.

La relation étroite entre l'énergie et le changement climatique, déjà illustrée par l'intégration de l'objectif climatique au sein des lignes de développement de la politique énergétique européenne, est également attestée par les actes ayant un autre objectif que la lutte contre le changement climatique mais qui contribuent indirectement à cette action européenne, comme le montre par exemple la décision

⁴⁴⁷ Dir. 2009/29/CE.

⁴⁴⁸ Dir. 2009/28/CE.

⁴⁴⁹ Dir. 2009/31/CE.

⁴⁵⁰ Décision 406/2009/CE.

⁴⁵¹ Règlement (CE) n° 443/2009 ; Directive 2009/30/CE.

⁴⁵² Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, *JO L 285* du 31/10/2009, p. 10–35.

⁴⁵³ Directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE, *JO L 315*, du 14/11/2012, p. 1–56, voir surtout considérant 1 ; Directive 2010/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie, *JO L 153* du 18/06/2010, p. 1–12 ; Règlement (UE) n° 1233/2010 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2010 modifiant le règlement (CE) n° 663/2009 établissant un programme d'aide à la relance économique par l'octroi d'une assistance financière communautaire à des projets dans le domaine de l'énergie, *JO L 346* du 30/12/2010, p. 5–10.

994/2012/UE du Parlement européen et du Conseil⁴⁵⁴. L'objectif premier de cet acte est en effet d'établir un mécanisme d'échange d'informations en ce qui concerne les accords intergouvernementaux conclus entre des Etats membres et des pays tiers dans le domaine de l'énergie afin de garantir le « *fonctionnement optimal du marché intérieur de l'énergie* » (art. 2).

Enfin, dans la prise en compte des bases juridiques utilisées par l'UE pour fonder son action climatique, il est opportun de prendre en considération d'autres secteurs qui ont fait l'objet de réglementations et qui, même en poursuivant des objectifs différents de la lutte contre le changement climatique, y contribuent de manière plus ou moins indirecte. Deux bases juridiques peuvent notamment être identifiées : l'article 43 TFUE concernant la PAC et la politique de la pêche⁴⁵⁵ et l'article 91 TFUE relatif aux transports⁴⁵⁶.

En dressant un panorama des bases juridiques ayant contribué à l'action climatique nous avons pu remarquer que l'environnement et l'énergie constituent le fondement des actes que nous pouvons considérer comme « directement » climatiques. En revanche, l'agriculture et les transports ont eu, pour l'instant, un impact important mais secondaire dans ce domaine.

Sous-section 2 : le changement climatique : un objectif de la politique environnementale ou une nouvelle politique ?

A l'issue de notre analyse du positionnement de l'action climatique dans le cadre des compétences attribuées à l'UE, se pose la question de savoir si le changement climatique constitue l'un des enjeux de la politique environnementale européenne, et si son élargissement à d'autres politiques n'est qu'une application du principe d'intégration (art. 11 TFUE), ou bien s'il peut être considéré comme l'objet d'une politique européenne autonome qui est en train de se constituer.

⁴⁵⁴ Décision 994/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant un mécanisme d'échange d'informations en ce qui concerne les accords intergouvernementaux conclus entre des Etats membres et des pays tiers dans le domaine de l'énergie, *JO L 299* du 27/10/2012, p. 13–17.

⁴⁵⁵ Règlement (UE) n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17/12/2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil, *JO L 347* du 20/12/2013, p. 487–548 ; Règlement (UE) n° 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune et abrogeant les règlements (CEE) n° 352/78, (CE) n° 165/94, (CE) n° 2799/98, (CE) n° 814/2000, (CE) n° 1200/2005 et n° 485/2008 du Conseil, *JO L 347* du 20/12/2013, p. 549–607.

⁴⁵⁶ Règlement (UE) n° 1255/2011 du Parlement européen et du Conseil du 30/11/2011 établissant un programme de soutien pour le développement d'une politique maritime intégrée, *JO L 321* du 5/12/2011, p. 1-10.

Dans ce que nous avons vu jusqu'à présent, plusieurs éléments semblent valider la seconde hypothèse, mais aucun de manière définitive. En effet, nous nous sommes concentré jusqu'ici sur les actions d'atténuation du changement climatique, qui consiste à réduire les émissions de GES afin de limiter la hausse de la température moyenne de la terre et ses conséquences néfastes. Il s'agit donc d'un ensemble d'actions qui visent à limiter l'impact des activités humaines sur l'atmosphère et, par conséquent, il est possible de les ramener, plus ou moins directement, à la protection de l'environnement et à sa prise en compte transversale consacrée par l'article 11 TFUE. La question que nous nous posons ne peut donc être résolue à l'intérieur de ce cadre.

Or, la lutte contre le changement climatique ne se limite pas à l'atténuation, mais comporte un second volet qui est celui de l'adaptation. Celle-ci comprend l'ensemble des mesures visant à « *anticiper ou se prémunir des conséquences du changement climatique* »⁴⁵⁷. Si l'atténuation vise donc à limiter le changement climatique en agissant sur ses causes, l'adaptation a pour objet de faire face aux modifications du climat désormais inéluctables. Même si cette thèse porte, dans son ensemble, sur les actions d'atténuation, il est ici nécessaire d'introduire brièvement la notion d'adaptation (A) pour asseoir notre discussion sur l'autonomie de l'action climatique par rapport à la politique environnementale européenne (B).

A. L'autre face de la politique climatique : l'adaptation

En introduisant ici la notion d'adaptation nous souhaitons d'abord mettre en évidence les caractéristiques principales de ce volet de la lutte contre le changement climatique et les différences qui la caractérisent par rapport à l'atténuation (A1), puis nous examinerons les actes européens relatifs à l'adaptation afin d'éclairer les possibles conflits entre mesures d'adaptation et protection de l'environnement au sein de l'Union européenne (A2).

⁴⁵⁷ ADEME, Glossaire, <http://www2.ademe.fr/servlet/KBaseShow?sort=-1&cid=96&m=3&catid=12843&p1=1> (13/05/2014). Pour une liste d'exemple de mesures d'adaptation, voir : Livre vert de la Commission, L'adaptation au changement climatique en Europe : les possibilités de l'Union européenne, *op.cit.*, p. 3.

A.1. La notion d'adaptation

Jusqu'à présent nous avons concentré notre attention sur les causes à l'origine du changement climatique et notamment sur les secteurs les plus émetteurs de GES. Cela nous a permis d'identifier les domaines clés dans lesquels l'UE a adopté des mesures de réduction des émissions et d'observer sur quelles compétences l'Union européenne a construit son action d'atténuation. Nous avons déduit de cette observation que les domaines les plus sollicités sont la protection de l'environnement, l'énergie, les transports et l'agriculture.

L'identification des domaines qui relèvent de l'adaptation est plus complexe, car elle repose sur l'identification des conséquences du changement climatique. Dans son Livre blanc de 2009 intitulé « *adaptation au changement climatique : vers un cadre d'action européen* », la Commission a illustré les effets du changement climatique : « *le changement climatique provoque une hausse des températures terrestres et océaniques et modifie la quantité et les régimes des précipitations, ce qui a pour effets une élévation du niveau moyen global de la mer, un accroissement des risques d'érosion des côtes et une aggravation probable des catastrophes liées au climat. Ces variations du niveau des eaux, des températures et des écoulements ne seront pas sans conséquence sur l'approvisionnement alimentaire, la santé, le secteur industriel, les transports et l'intégrité de l'écosystème. Le changement climatique aura des répercussions économiques et sociales importantes, notamment dans certaines régions et certains secteurs qui seront touchés plus sévèrement que d'autres. Une partie de la population (les personnes âgées, les handicapés, les ménages à faible revenu) devrait aussi souffrir davantage* »⁴⁵⁸. Cette première liste, non exhaustive, des conséquences du changement climatique auxquelles l'Europe devra faire face, illustre trois caractéristiques principales de l'adaptation.

La première caractéristique, que nous avons déjà rencontrée à propos de l'atténuation, est la transversalité du changement climatique, présente aussi bien dans ses conséquences que dans ses causes : il est difficile d'imaginer des domaines qui ne soient pas concernés par l'adaptation. D'ailleurs, nous remarquons que la transversalité de l'atténuation et celle de l'adaptation ne s'étendent pas au même

⁴⁵⁸ Livre blanc de la Commission, *Adaptation au changement climatique: vers un cadre d'action européen*, du 1^{er} avril 2009, COM(2009) 147 final, p. 3.

ensemble de domaines : des secteurs comme le tourisme, la protection du littoral ou celle de la santé sont concernés par l'adaptation mais ne le sont pas par l'atténuation. La deuxième caractéristique, propre à l'adaptation, concerne la localisation des effets du changement climatique : les mesures d'adaptation doivent varier grandement d'un lieu à l'autre. Cette dimension locale constitue la différence principale entre la politique d'atténuation, qui cible des émissions dont la localisation est peu ou pas importante, et la politique d'adaptation. Pour mieux comprendre ce point, nous pouvons dresser un panorama de certains effets sur les zones géographiques les plus vulnérables de l'UE⁴⁵⁹. L'Europe du Sud et le bassin méditerranéen devraient subir une forte hausse de température et une baisse des précipitations, ce qui aggraverait les conditions d'une région déjà caractérisée par des difficultés d'approvisionnement en eau. La hausse de la température aura également des conséquences majeures pour les régions de montagne, où l'on observera une fonte importante de la glace et de la neige, modifiant significativement le débit des cours d'eau. L'aridité croissante d'une part et la mutation du régime des rivières de l'autre pourront aggraver les besoins environnementaux et les conflits liés à l'usage de la ressource, notamment entre les acteurs économiques (agriculteurs, industriels, producteurs d'électricité) et sociaux (touristes, consommateurs). Dans les zones côtières l'élévation du niveau de la mer et l'augmentation des risques liés aux tempêtes auront des impacts sur les villes et leurs habitants, ainsi que sur les activités portuaires et maritimes. Les fortes précipitations produiront aussi une augmentation du risque de crue dans les plaines alluviales, densément peuplée et ayant une activité productive importante dans les secteurs de l'industrie et de l'agriculture. La péninsule Scandinave sera également caractérisée par une augmentation importante des précipitations, avec une hausse marquée de la pluie par rapport à la neige. Les conséquences écologiques des changements indiqués ci-dessus se répercuteront sur des activités aussi variées que l'exploitation forestière, la pêche et le tourisme. Pour conclure, la région arctique sera probablement celle qui subira les modifications les plus marquées, ce qui affectera par exemple la navigation commerciale internationale.

La troisième caractéristique est étroitement liée aux deux premières. D'une part le nombre de secteurs concernés par l'adaptation, d'autre part la dimension variable –

⁴⁵⁹ Le panorama que nous présentons ici est élaboré par la Commission européenne dans le Livre vert : Adaptation au changement climatique en Europe : les possibilités d'action de l'Union européenne, *op. cit.* pp. 5-6.

locale, régionale, européenne – des effets et des mesures à adopter, aboutissent à une coordination très complexe des mesures d'adaptation.

Ce qui nous intéresse ici est le lien existant entre actions d'atténuation et actions d'adaptation, pouvant être aussi bien positif que négatif. D'une part, les mesures d'adaptation peuvent contribuer à la réduction des émissions de GES (lien positif), ce qui peut être illustré par deux exemples⁴⁶⁰. Le premier concerne les mesures relatives à la reforestation et à la bonne gestion des forêts. L'objectif principal de ces mesures en termes d'adaptation consiste à protéger le territoire contre les inondations et contre les éboulements dus aux précipitations accrues ; mais elles participent également aux actions d'atténuation dans la mesure où les forêts constituent des puits de carbone importants. Le second exemple porte sur l'utilisation, de plus en plus répandue, de toitures « végétalisées »⁴⁶¹. Ces toitures contribuent à limiter l'augmentation des vagues de chaleur et des phénomènes de canicule dans les villes (adaptation), et ont aussi un impact positif sur la consommation énergétique des bâtiments et par conséquent sur les émissions de GES (atténuation).

D'autre part, certaines mesures d'adaptation peuvent accroître les émissions de GES ou réduire l'assimilation de CO₂, ayant de ce fait un impact négatif du point de vue de l'atténuation⁴⁶². Par exemple, l'installation dans les zones côtières naturelles de digues pour faire face à l'augmentation du niveau de la mer et à l'intensité des tempêtes peut produire la perte de puits de carbone. Mais l'inverse peut également se produire : des mesures d'atténuation peuvent être nuisibles pour l'adaptation. La reforestation de zones arides ou semi-arides pour compenser les émissions de GES peut réduire les ressources en eau disponibles pour d'autres usages, en ayant un impact négatif sur les moyens d'irrigation utilisés par l'agriculture et sur la biodiversité. De même, le choix d'augmenter la production d'énergie à partir de l'hydroélectricité réduirait sûrement les émissions de GES, mais pourrait avoir des impacts négatifs sur les activités agricoles.

⁴⁶⁰ Les exemples que nous utilisons ici sont présentés, parmi d'autres, par : Jonathan VERSCHUUREN, « Legal Aspects of Climate Change Adaptation », in Erkki J. HOLLO, Kati KULOVESI, Michael MEHLING, *Climate change and the law*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 262-263.

⁴⁶¹ Voir par exemple Pierre-Antoine VERSINI, Guido PETRUCCI, Bernard DE GOUELLO, « Green-roof as a solution to solve stormwater management issues? Assessment on a long time period at the parcel scale », in Alberto MONTANARI (ed.), *Proceedings of ICWRS2014*, Bologna, Italy, June 2014, International Association of Hydrological Sciences Publ. 364, 2014, p. 538-543, et les autres travaux réalisés par les laboratoires de l'Ecole des Ponts et Chaussées sur la gestion de l'eau dans les villes.

⁴⁶² Jonathan VERSCHUUREN, *Ibid.*

Ces exemples nous fournissent un argument de taille dans le cadre de notre réflexion sur l'autonomie de la lutte contre le changement climatique par rapport à la politique environnementale. L'opposition possible entre mesures d'adaptation et réduction des émissions montre que, au moins en théorie, peuvent exister des actions européennes d'adaptation – et donc de lutte contre le changement climatique – qui s'opposent à la réduction des émissions en privilégiant d'autres intérêts que la protection de l'environnement.

A.2. Les actions européennes d'adaptation

L'adoption récente d'une stratégie européenne pour l'adaptation, lancée par la Commission européenne le 16 avril 2013 comme aboutissement d'une réflexion commencée avec le Livre blanc intitulé « *adaptation au changement climatique : vers un cadre d'action européen* » ne nous permet pas à ce jour de vérifier le centre de gravité des actes portant sur l'adaptation : protection de l'environnement ou autre enjeux économiques tels que le développement agricole, industriel ou touristique⁴⁶³. Il est donc trop tôt pour vérifier de façon exhaustive les hypothèses que nous avons formulées dans le paragraphe précédent. En l'absence d'une stratégie intégrée, il est cependant possible d'examiner les actes, peu nombreux, qui font référence à l'adaptation au changement climatique et ceux, plus récents, se trouvant encore à l'état de proposition. Si, à ce jour, des actes portant exclusivement sur l'adaptation n'ont pas encore été adoptés, cet enjeu a été inséré dans plusieurs domaines : les réseaux transeuropéens des transports et de l'énergie⁴⁶⁴, la protection civile⁴⁶⁵, la gestion des forêts⁴⁶⁶ et la protection du milieu marin.

⁴⁶³ Le retard du développement au niveau européen d'une stratégie d'adaptation par rapport à la stratégie d'atténuation est dû à trois facteurs principaux. Le premier est lié à la dimension internationale du changement climatique : le volet de l'adaptation a été en second plan pendant des nombreuses années au niveau des négociations. Seulement à partir de 2005, comme nous l'avons mis en évidence dans le Titre 1, l'adaptation a commencé à faire l'objet de réflexions et décisions, surtout à cause des difficultés de parvenir à un accord pour le post-Kyoto sur la réduction des émissions de GES. Le deuxième facteur à l'origine de ce retard est la crainte que le développement du volet de l'adaptation au dépense de celui de l'atténuation ne constitue en réalité une procrastination de l'action climatique. Enfin, le troisième facteur est la complexité de l'adaptation, pour ses caractéristiques examinées dans le paragraphe précédent.

Pour plus d'information sur la stratégie d'adaptation voir la Communication de la Commission qui en constitue le lancement : Communication de la Commission, Stratégie de l'UE relative à l'adaptation au changement climatique, du 16/04/2014, COM(2013) 216 final. Le lancement de cette stratégie a été précédé par plusieurs documents, consultables sur le site http://ec.europa.eu/clima/policies/adaptation/what/documentation_en.htm (14/05/2014). Pour un aperçu des réactions à la stratégie par les institutions européennes voir, entre autres : Conseil Environnement du 18 juin 2013, Communiqué de Presse, 10876/13 et Commission européenne, Commission staff working document, *Principles and recommendations for integrating climate change adaptation considerations under the 2013-2020 European Maritime and Fisheries Fund operational programmes*, du 30/07/2013, SWD(2013) 299 final.

⁴⁶⁴ Pour les transports : Règlement (UE) n° 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision 661/2010/UE,

Nous souhaitons concentrer notre attention sur ce dernier domaine, ne faisant pas l'objet d'une compétence expressément attribuée à l'Union européenne mais englobant plusieurs enjeux pouvant être rattachés à des compétences européennes. Trois actes ont été adoptés ou proposés concernant la protection du milieu marin. La directive 2008/56/CE ne présente pas d'intérêt pour notre propos puisqu'elle concerne seulement l'état écologique de ce milieu et ses finalités restent donc liées à la protection de l'environnement⁴⁶⁷. Le règlement n° 1255/2011, au contraire, porte sur la coordination d'exigences très diverses qui peuvent concerner la même zone côtière et maritime⁴⁶⁸, en soutenant le développement d'une politique maritime intégrée. L'un des objectifs du règlement vise aussi à faciliter l'adaptation aux changements du climat ainsi qu'à encourager des actions d'atténuation (article 3, lettre e du règlement n° 1255/2011). La liste des secteurs concernés par la politique intégrée révèle de possibles conflits entre mesures d'adaptation et protection de l'environnement, dans la mesure où, comme nous l'avons montré dans le paragraphe précédent, en privilégiant le développement ou le maintien de certains secteurs sur lesquels le changement climatique a un impact, des effets négatifs peuvent se

JO L 348 du 20/12/2013, p. 1–128, qui prend expressément en compte la lutte contre le changement climatique dans son double volet : atténuation et adaptation. Si le développement du réseau de transports est en effet considéré dans sa dimension de réduction des émissions de GES, le législateur européen prend en compte expressément : « *l'incidence sur les infrastructures du changement climatique et d'éventuelles catastrophes naturelles et d'origine humaine* » (considérant 33).

Pour l'énergie : Règlement (UE) n° 1316/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe, modifiant le règlement (UE) n° 913/2010 et abrogeant les règlements (CE) n° 680/2007 et (CE) n° 67/2010, *JO L 348* du 20/12/2013, p. 129–171. Si le volet de l'atténuation est prévalent dans ce règlement, le législateur européen prend également en compte l'engagement à investir dans des infrastructures qui favorisent « *une économie et une société (...) résilientes face au changement climatique et aux catastrophes, tout en tenant compte des particularités propres aux régions désavantagées sur les plans naturel et démographique, en particulier les régions ultrapériphériques et insulaires* » (considérant 8).

La base juridique sur laquelle le législateur européen a fondé son action est l'article 172 TFUE qui établit la procédure d'adoption d'actes dans le domaine des réseaux transeuropéens, dont la compétence est partagée avec les Etats membres (article 4(2) lettre h) TFUE).

⁴⁶⁵ Décision 1313/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relative au mécanisme de protection civile de l'Union, *JO L 347* du 20/12/2013, p. 924–947. Cette décision vise à « *renforcer la coopération entre l'Union et les Etats membres et à faciliter la coordination dans le domaine de la protection civile en vue de rendre plus efficaces les systèmes de prévention, de préparation et de réaction en cas de catastrophes naturelles ou d'origine humaine* ». Si nous ne pouvons pas parler d'adaptation *strictu sensu*, il est essentiel de mettre en évidence que l'augmentation des catastrophes naturelles est liée par le législateur européen directement au changement climatique (considérant 1). L'Union européenne exerce ainsi la compétence que l'article 6 lettre f TFUE lui attribue dans le domaine de la protection civile. La base juridique utilisée est l'article 196 TFUE qui établit la procédure permettant à l'UE de mener des actions pour « *appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres* » dans le domaine (art. 196 TFUE).

⁴⁶⁶ Règlement (CE) n° 2152/2003 du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la surveillance des forêts et des interactions environnementales dans la Communauté (Forest Focus), *JO L 324* du 11/12/2003, p. 1–8. La base juridique est l'article 175 TCE, la gestion des forêts étant ici reconduite à la politique environnementale de l'Union européenne. La politique forestière sera reprise dans le Chapitre 7.

⁴⁶⁷ Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre stratégie pour le milieu marin), *JO L 164* du 25/06/2008, p. 19–40, considérant 34. Le législateur européen prévoit ici la nécessité de mettre à jour périodiquement les stratégies de réalisation ou maintien d'un bon état écologique marin pour l'adapter aux incidences du changement climatique.

⁴⁶⁸ Règlement (UE) n° 1255/2011 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2011 établissant un programme de soutien pour le développement d'une politique maritime intégrée, *JO L 321* du 05/12/2011, p. 1–10.

produire sur l'environnement. Cette liste inclut : la pêche, la liberté, la sécurité, les transports, l'industrie, la cohésion territoriale, la recherche, l'environnement, l'énergie et le tourisme⁴⁶⁹.

Le lancement de la stratégie d'adaptation en 2013 a donné une nouvelle impulsion aux réflexions sur les effets néfastes du changement climatique sur les activités côtières et maritimes et a conduit à la proposition de la part de la Commission du troisième acte qui nous intéresse ici : une directive établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime et la gestion intégrée des zones côtières⁴⁷⁰. Les conflits possibles entre les différents secteurs économiques et la protection de l'environnement dans un contexte d'adaptation au changement climatique conduisent la Commission à prévoir une « *planification de l'espace maritime (qui) vise à déterminer et à gérer les utilisations de l'espace et les conflits que ces utilisations peuvent entraîner dans les zones maritimes* » (considérant 19). A ce propos il est intéressant de remarquer que la Commission invite les Etats membres à dresser une carte complète des utilisations de l'espace maritime, « *en tenant compte des variations de long terme dues au changement climatique* » (considérant 19). Les bases juridiques proposées par la Commission pour l'adoption de cette directive illustrent encore une fois l'ampleur des compétences sur lesquelles l'Union européenne peut fonder son action : l'article 43(2) TFUE qui établit la procédure à suivre pour l'adoption des actes dans le domaine de la pêche, l'article 100(2) TFUE, dédié à l'adoption des mesures dans le domaine des transports, l'article 192(2) TFUE relatif à l'environnement et, enfin, l'article 194(2) TFUE concernant l'énergie.

Comme nous l'avons dit précédemment, la stratégie d'adaptation est trop récente pour fournir des éléments décisifs sur l'autonomie des actions climatiques par rapport à la protection de l'environnement. Les quelques actes que nous avons mentionnés ici, cependant, contribuent à montrer que, au moins dans le cadre de l'adaptation, peuvent

⁴⁶⁹ Selon la Commission européenne le nombre élevé de secteurs concernés motive le choix de fonder le règlement sur plusieurs dispositions : l'ex article 43(2) TCE (art. 49 TFUE sur le droit d'établissement), l'ex article 91(1) TCE (art. 111 TFUE sur la politique fiscale), l'ex article 100(2) TCE (art. 122 TFUE, politique économique), l'ex article 173(3) TCE (art. 190, recherche et développement techniques) et les ex articles 194(2) TCE (art. 228 TFUE) et 195(2) (art. 229 TFUE), les deux concernant les aspects institutionnels. Pour la motivation du choix de ces bases juridiques voir : Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un programme de soutien pour le développement d'une politique maritime intégrée, 29/09/2010, COM(2010) 0494 final.

⁴⁷⁰ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime et la gestion intégrée des zones côtières, 12/03/2013, COM (2013) 133 final. Le considérant 16 de la proposition de directive mentionne expressément la stratégie d'adaptation européenne qui devait être officiellement lancée peu après.

exister des mesures pour lesquelles la protection de l'environnement n'est pas la *ratio* de l'action climatique.

B. L'autonomie de la lutte contre le changement climatique

Dans ce dernier paragraphe nous essayons de répondre à la question que nous nous sommes posée : pouvons-nous considérer la lutte contre le changement climatique comme autonome par rapport à la politique environnementale de l'Union ? Même si pour l'instant une compétence n'est pas attribuée à l'Union dans ce domaine, serait-il envisageable, à la lumière de l'évolution d'autres politiques européennes telles que l'environnement ou l'énergie, de prévoir dans le futur l'attribution à l'Union d'une compétence partagée en matière de changement climatique ?

Pour répondre à ces questions, nous reprenons ici les réflexions que nous avons conduites dans ce chapitre, afin de développer les deux argumentations suivantes : la lutte contre le changement climatique fait partie de la politique environnementale de l'Union ; la lutte contre le changement climatique est désormais *de facto* autonome.

Tout d'abord, la lutte contre le changement climatique a été définie comme objectif de la politique environnementale internationale de l'Union européenne. En reconnaissant pour la première fois le changement climatique, le Traité l'a inséré à l'article 191 TFUE qui fonde l'exercice de la compétence environnementale européenne.

Ensuite, il paraît logique d'assimiler la réduction des émissions de GES à une forme de limitation de la pollution atmosphérique, et donc de protection de l'environnement.

En outre, historiquement, la lutte contre le changement climatique a été insérée au sein des programmes européens pour l'environnement, constituant le cadre d'élaboration des objectifs à poursuivre et des mesures à adopter au niveau européen.

Cependant, ces arguments ne sont pas définitifs. L'absence d'une compétence attribuée à l'Union en matière de changement climatique, tout en tenant compte de la rigidité du Traité de Lisbonne quant à l'attribution de compétence, n'est pas un frein aux évolutions, comme nous l'avons montré au sujet des compétences en matière d'environnement et d'énergie. L'apparition d'une compétence climatique dans une révision future du Traité reste donc envisageable. La difficulté à définir les frontières de la notion d'action climatique n'apparaît pas comme une entrave significative à une

telle reconnaissance, étant donné le caractère flou, par exemple, du domaine de l'environnement qui pose tant de questions à la jurisprudence et à la doctrine.

L'argument historique présente aussi des faiblesses : l'inclusion du changement climatique dans les programmes européens pour l'environnement a rapidement évolué vers une prise d'autonomie. Si le changement climatique reste l'une des thématiques principales de la construction de la politique environnementale de l'Union, la nécessité d'une réflexion approfondie sur un thème nouveau, transversal et ayant des spécificités par rapport aux sujets environnementaux « classiques », a mené à la création d'une nouvelle plateforme *ad hoc* associée aux programmes européens pour l'environnement, le PECC. D'ailleurs, si nous voulons poursuivre l'analyse des aspects organisationnels de la lutte contre le changement climatique dans l'UE, nous devons forcément signaler la désignation, en 2009, d'un nouveau commissaire en charge de l'action climatique, suivie de la création d'une nouvelle Direction Générale.

L'analyse que nous avons développée nous a conduits à prendre en compte, d'une part, les domaines dans lesquelles l'objectif de la lutte contre le changement climatique a été inséré et, d'autre part, plus empiriquement, les bases juridiques au fondement de l'action climatique européenne.

En ce qui concerne l'intégration de la lutte contre le changement climatique au sein des différentes politiques de l'Union européenne, elle reflète la phénoménologie du changement climatique, les émissions de GES responsables de la hausse de la température trouvant leur origine dans plusieurs activités humaines. Trois secteurs principaux, à l'origine de la plus grande partie des émissions en Europe, sont concernés par cette intégration : l'énergie, les transports et l'agriculture. L'Union européenne, ayant depuis le Traité de Lisbonne une compétence dans ces trois domaines, a inséré des considérations sur la réduction des émissions de GES au sein de toutes ces politiques.

L'analyse des bases juridiques utilisées nous a montrée que si la protection de l'environnement reste le fondement le plus utilisé pour les actes relatifs au changement climatique, les dispositions sur l'énergie, les transports et l'agriculture ont également été mobilisées pour l'adoption d'actes concernant le climat.

L'intégration de l'objectif de réduction des émissions de GES dans plusieurs domaines et la possibilité pour l'Union de s'appuyer sur des compétences autres que l'environnement pour adopter des actes dans le domaine climatique ne sont cependant

pas suffisantes pour conclure à l'autonomie de la lutte contre le changement climatique par rapport à la politique environnementale. Elles peuvent en effet se justifier par l'application de la clause d'intégration de l'environnement.

Par exemple, en adoptant des mesures ayant comme centre de gravité la réglementation de la production de l'énergie et contenant des dispositions sur la réduction des émissions de GES, il est possible d'argumenter que par ces dispositions l'UE poursuit une finalité de protection de l'environnement, et que leur présence est une application du principe d'intégration.

Selon le centre de gravité de l'acte et selon la prédominance de l'objectif de réduction des émissions de GES, les dispositions européennes pourraient être adoptées soit sur la base de la compétence environnementale de l'Union soit sur la base d'autres compétences telles que l'énergie, les transports ou l'agriculture. En exerçant ces trois compétences l'UE pourrait contribuer à la réduction des émissions de GES, sans pour autant mettre en cause la subordination de la lutte contre le changement climatique à la politique environnementale européenne. Le principe d'intégration oblige en effet le législateur européen à prendre en compte la protection de l'environnement dans l'adoption de toute mesure.

En se limitant au volet de l'atténuation, il semblerait ainsi possible de réintroduire la lutte contre le changement climatique au sein de la politique environnementale de l'UE et de considérer la compétence environnementale comme la compétence principale dans l'adoption d'actes ayant comme objectif central la réduction des émissions de GES.

Cependant, la lutte contre le changement climatique n'inclut pas exclusivement des actions de réduction des émissions de GES, mais aussi des actions d'adaptation au changement climatique. Les mesures que nous avons examinées nous montrent que l'adaptation poursuit des objectifs qui non seulement diffèrent de la protection de l'environnement, mais peuvent également nuire, plus au moins directement, à ce dernier. Si une mesure d'adaptation privilégie, plutôt que la protection de l'environnement, la protection d'intérêts économiques ou sociaux tels que le développement de mécanismes de protection contre la hausse du niveau de la mer ou contre l'augmentation des tempêtes, non seulement il serait impossible pour l'Union de fonder son action sur sa compétence environnementale, mais il serait également difficile de soutenir que des considérations sur la protection de l'environnement ont été intégrées dans les mesures adoptées.

Cependant, la stratégie européenne pour l'adaptation est très récente et empêche pour le moment une analyse approfondie qui puisse nous permettre de conclure de manière certaine à un détachement de la lutte contre le changement climatique de la politique environnementale de l'Union. Il semblerait toutefois possible de soutenir que la présence dans l'action climatique européenne d'un volet d'adaptation conduit à considérer cette action comme autonome, les mesures d'atténuation et d'adaptation ayant des objectifs différents (la protection de l'atmosphère d'une part et la protection de l'homme et de ses activités sociales et économiques de l'autre) qui peuvent aussi être en opposition.

Il semblerait ainsi possible d'envisager dans les modifications futures du TFUE, l'attribution d'une nouvelle compétence de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le changement climatique. Cela pourrait d'ailleurs permettre un développement plus cohérent de la politique climatique européenne, dans ces deux volets d'atténuation et d'adaptation. La transversalité du changement climatique pourrait en outre justifier l'existence d'une clause d'intégration dans les autres politiques, tout en maintenant pour la politique climatique une dimension d'autonomie et de cohérence, comme il a été fait pour l'environnement.

Conclusions du Chapitre

Dans ce chapitre nous avons utilisé deux méthodes afin d'identifier quelles compétences peuvent fonder l'action climatique interne de l'Union européenne en l'absence d'une compétence expressément attribuée par le Traité. La première méthode a consisté à définir les domaines relevant de la lutte contre le changement climatique et, en même temps, faisant l'objet d'une compétence de l'Union. Cette approche *ex ante* nous a permis d'identifier quatre domaines principaux : la protection de l'environnement, l'énergie, les transports et l'agriculture. L'identification des quatre domaines nous servira dans le prochain Chapitre lorsque nous analyserons les compétences externes de l'Union dans le domaine de la lutte contre le changement climatique. La seconde méthode, que nous pouvons qualifier d'*ex post*, se fonde sur les actes climatiques adoptés jusqu'à présent, et dont la base juridique utilisée nous a fourni une indication sur les compétences. La comparaison des deux méthodes nous a montré que, jusqu'à présent, les compétences les plus

fréquemment exercées, l'environnement et l'énergie, sont celles qui ont donné lieu aux actes dont la qualification de « climatiques » est explicite, tandis que les deux autres bases juridiques, les transports et l'agriculture, n'ont été utilisées que pour des actes « indirectement climatiques » ; lorsque des actes principalement climatiques sont adoptés dans les secteurs des transports ou de l'agriculture, c'est la compétence environnementale qui est considérée comme centre de gravité.

Nous avons ainsi introduit l'analyse des bases juridiques utilisées par l'Union pour exercer ses compétences dans les domaines relatifs à la lutte contre le changement climatique. Cette analyse nous servira dans la deuxième Partie de cette thèse, quand nous focaliserons notre attention sur la mise en œuvre de la politique climatique européenne. Le choix de la base juridique par le législateur, que nous avons étudié ici de manière empirique et déductive pour nous aider à identifier les domaines de compétence sur lesquels l'UE fonde son action, a comme conséquence essentielle la marge de manœuvre qui est laissée aux Etats dans l'adoption de mesures éventuellement plus contraignantes. Nous avons présenté cet aspect en ce qui concerne le choix, souvent difficile, entre les articles 192 et 114 TFUE. Nous verrons que l'une des questions soulevées devant la Cour pour plusieurs actes adoptés par l'UE sur la base de l'article 192 TFUE concerne en effet la possibilité pour les Etats membres d'adopter des mesures plus contraignantes.

Dans une perspective plus large d'évolution du projet d'intégration européenne, ce Chapitre constitue une analyse de la formation d'une nouvelle politique. Nous avons en effet retracé le parcours qui a mené la lutte contre le changement climatique au-delà de la lettre du Traité : d'un objectif de la politique environnementale internationale, elle est devenue une priorité largement autonome de l'environnement et de la politique extérieure de l'Union. Si le Traité de Lisbonne a choisi une formulation qui répondait aux exigences propres à la négociation d'un post-Kyoto, les évolutions successives, tant internationales qu'internes, permettent d'imaginer, comme cela a été le cas pour l'environnement et l'énergie, l'attribution future d'une nouvelle compétence climatique.

Chapitre 4. Les compétences externes

Dans le Titre I, nous avons mis en évidence les raisons politiques et économiques de l'accroissement des difficultés de l'Union européenne à jouer un rôle de leader mondial dans les négociations internationales sur la lutte contre le changement climatique. Dans ce Chapitre, nous nous interrogerons sur la possibilité de trouver à ces difficultés des raisons également d'ordre juridique.

Dans un premier temps, nous examinerons comment l'Union négocie et conclut les accords climatiques. Ces modalités sont déterminées par la nature d'accords mixtes reconnue jusqu'à présent aux accords internationaux dans le domaine du changement climatique : l'Union européenne et les Etats membres les négocient et les concluent conjointement.

Après avoir constaté les difficultés propres aux différentes phases de négociation des accords climatiques, nous analyserons la répartition des compétences externes dans ce domaine, afin de déterminer s'il est à ce jour possible de considérer la compétence externe de l'UE en la matière comme une compétence externe exclusive. En évitant la mixité des accords, l'Union européenne pourrait, peut-être, améliorer sa capacité à jouer un rôle de premier plan sur la scène internationale.

Dans la première section, nous examinerons donc les modalités de négociation et de conclusion des accords climatiques internationaux et leur évolution depuis le début des années 1990. Dans la seconde section nous nous interrogerons sur la possibilité de considérer la lutte contre le changement climatique comme une compétence externe exclusive de l'UE, à la lumière de la jurisprudence de la Cour et de l'importance croissante de la législation européenne en ce domaine.

Section 1 : La procédure de négociation et de conclusion des accords climatiques

Les accords climatiques ont été jusqu'à présent considérés comme des accords mixtes et ils ont donc été négociés et conclus conjointement par les Etats membres et par l'Union européenne. Dans cette première section nous examinerons les modalités de négociation et de conclusion de ces accords afin de déterminer si, parmi ces modalités, se trouvent des facteurs d'affaiblissement de la capacité de l'Union

européenne à parler d'une seule voix, et si la mixité doit être considérée comme l'un de ces facteurs d'affaiblissement. Dans cette perspective, nous examinerons les étapes des négociations internationales en nous concentrant surtout sur deux phases essentielles : la préparation de la négociation et les négociations *stricto sensu*. L'intérêt de cette approche pragmatique est double. D'une part, elle nous permet de mettre en lumière l'évolution des relations interinstitutionnelles, en analysant notamment les rapports entre Commission européenne, Conseil de l'UE et Parlement européen dans les différentes étapes. D'autre part, cette approche nous conduit à nous questionner sur les relations entre l'Union européenne et ses Etats membres, et sur le principe de coopération loyale qui devrait régir ces relations.

A ces deux aspects il est opportun d'ajouter que la pratique des négociations climatiques a été jusqu'à présent peu traitée par la doctrine juridique, les études publiées ayant été essentiellement conduites par des politistes. Ces études nous sont très utiles car l'accès à la plupart des actes concernant les négociations est restreint, ce qui empêche d'en réaliser une étude directe. Les recherches des politistes, souvent fondées sur des entretiens avec les parties prenantes, pallient en partie l'inaccessibilité des sources, en fournissant au moins des informations sur la *ratio* des décisions. Malgré ces difficultés, l'intérêt d'une étude juridique sur ce sujet est croissant : outre les aspects mentionnés plus haut, de récentes affaires portées devant la Cour de justice de l'Union européenne et que nous examinerons dans cette section révèlent un contrôle toujours plus étroit de la conformité des procédures de négociation avec la lettre du Traité, notamment après les modifications introduites par le Traité de Lisbonne. Dans ce contexte, une analyse des pratiques courantes de négociation permet d'identifier des points sur lesquels des conflits pourraient apparaître.

Nous commencerons par l'analyse de la phase préparatoire des négociations qui se conclue avec l'autorisation d'ouvrir les négociations et l'établissement du mandat (sous-section 1), puis nous poursuivrons avec les négociations des accords et leur conclusion (sous-section 2).

Sous-section 1 : l'autorisation d'ouverture des négociations et l'établissement du mandat

La procédure de négociation et de conclusion des accords internationaux est établie par l'article 218 TFUE qui a modifié l'article 300 TCE. Pour apprécier les divergences entre la pratique des négociations des accords climatiques et la procédure prévue par le Traité, rappelons les deux premières étapes établies par ce dernier, qui feront l'objet d'analyses dans cette sous-section. D'abord, la Commission ou, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité lorsque l'accord envisagé porte exclusivement ou principalement sur la politique étrangère et de sécurité commune, présente des recommandations au Conseil (art. 218(3) TFUE). Puis, le Conseil adopte une décision qui autorise l'ouverture des négociations (art. 218(3) TFUE) et qui constitue le mandat que le négociateur européen doit respecter⁴⁷¹. Nous commencerons par la demande d'ouvrir les négociations (A), puis nous analyserons la forme et le contenu des mandats pour la négociation des accords climatiques (B).

A. La préparation des négociations

Le rôle d'impulsion pour l'ouverture des négociations appartient en règle générale à la Commission et, après Lisbonne, au Haut Représentant dans ses domaines de compétence. Ceci se concrétise par la présentation de recommandations au Conseil. Cependant, dans la pratique, cette impulsion peut également venir d'autres acteurs, et notamment du Conseil lui-même et de ses groupes de travail, comme dans le cas de la lutte contre le changement climatique⁴⁷².

Dans ce domaine, la procédure qui conduit à l'ouverture des négociations a changé au fil des années, parallèlement à la prise de conscience de la part des Etats membres de l'impact des décisions prises au niveau international sur leurs politiques.

Lors de la première négociation climatique (Rio de Janeiro, 1992), en suivant le schéma défini par l'ex article 300 TCE, comme d'ailleurs cela avait été fait pour

⁴⁷¹ La décision du Conseil contient également la désignation, « en fonction de la matière de l'accord envisagé, le négociateur ou le chef de l'équipe de négociation de l'Union » (art. 218(3) TFUE). Nous examinerons cette disposition lors de l'analyse des modalités de représentation de l'Union européenne.

⁴⁷² Louise VAN SCHAİK, « The Sustainability of the EU's Model for Climate Diplomacy », in Sebastian OBERTHÜR and Marc PALLEMAERTS, *The New Climate Policies of the European Union: Internal Legislation and Climate Diplomacy*, VUB Press, Brussels, 2010, pp. 251-280.

d'autres négociations environnementales⁴⁷³, la Commission a demandé au Conseil l'autorisation de « *participer au nom de la Communauté à la négociation d'une Convention-cadre sur les changements climatiques et de Protocoles connexes* »⁴⁷⁴. Le Conseil a adopté ses conclusions le 4 février 1991, en accordant à la Commission le droit d'ouvrir les négociations et de représenter la Communauté à Rio.

Depuis, la Commission n'a plus proposé de recommandations au Conseil demandant l'ouverture des négociations et l'autorisation d'y représenter la Communauté. D'ailleurs, comme nous le verrons, la Commission n'a pas représenté seule la Communauté européenne pour la négociation du Protocole à la Convention-cadre, mais conjointement avec les pays assurant la présidence présente et future du Conseil (cette formation est souvent indiquée sous le nom de Troïka).

Le changement de procédure de la part de la Commission a répondu à la complexité des différents aspects liés à la lutte contre le changement climatique, et surtout à la préoccupation des Etats membres qui prenaient conscience, pour la première fois, après la conclusion de la Convention-cadre, de l'impact que les accords climatiques pouvaient avoir dans des secteurs extrêmement sensibles.

En dépit de la perte de son rôle dans l'ouverture des négociations et donc dans l'établissement des recommandations qui guident la définition de la position européenne dans les négociations, la Commission continue à contribuer à cette définition de plusieurs façons. Dans ce chapitre nous verrons deux premiers moyens permettant à la Commission de conserver un rôle : en premier lieu, nous verrons qu'elle est représentée au sein du Comité *ad hoc* pour le changement climatique qui prépare, au sein du COREPER, le mandat de négociation. En second lieu elle continue à participer aux négociations *stricto sensu* au sein de la Troïka. A ces deux interventions directes, il est nécessaire d'ajouter l'action législative, fondamentale dans le cadre de la politique de l'exemplarité, et l'adoption d'actes de *soft law*⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Dans les négociations relatives à l'appauvrissement de la couche d'ozone, la formulation utilisée par la Commission était la suivante : « *La Commission recommande :a) que le Conseil autorise la Commission à participer, au nom de la Communauté européenne, aux négociations concernant la modification de l'article 2, paragraphe 10, du protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (...)* ». Recommandation du 12/11/2004 de la Commission au Conseil en vue de la négociation, par la Communauté européenne, d'une modification de l'article 2, paragraphe 10, du protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone, ainsi que de certaines adaptations de ce protocole, SEC/2004/1376 final.

⁴⁷⁴ Communication de la Commission au Conseil concernant la négociation d'une Convention-cadre sur les changements climatiques et de Protocoles connexes, COREPER, du 31 janvier 1991, doc. n. 4446/91 ENV 29.

⁴⁷⁵ A titre d'exemple, voir les Conclusions du Conseil Environnement de juin 1997 portant sur la « Stratégie communautaire en matière de changement climatique », en préparation de la Conférence de Kyoto, qui rappelle expressément la

A partir de la préparation de la première COP, qui a eu lieu à Berlin en 1995, l'impulsion pour ouvrir les négociations en définissant le mandat pour la Communauté européenne a été donnée directement par le Conseil. En octobre 1994, avec cet objectif, le Conseil Environnement a créé un groupe *ad hoc* pour le Changement Climatique⁴⁷⁶. Ce groupe était composé d'experts nationaux et jouait le rôle de médiateur entre les Etats membres afin de définir la position de la Communauté pour les négociations⁴⁷⁷. Outre les Etats membres, la Commission trouvait aussi sa place dans ce comité⁴⁷⁸. Le rôle de ce dernier est bien illustré par les trois conclusions du Conseil qui ont été nécessaires pour définir la position européenne pour la COP-3 de Kyoto⁴⁷⁹. Les conclusions du Conseil Environnement au mois de mars appelaient le groupe *ad hoc* à présenter lors du Conseil Environnement suivant « *un aperçu des progrès réalisés concernant ces politiques et mesures communes coordonnées et leur contribution probable aux réductions des émissions de gaz à effet de serre pour la Communauté dans son ensemble et pour les différents Etats membres. Sur cette base, le Conseil souhaitera peut-être réexaminer la position de négociation de la Communauté* ».

En 1997, ce groupe a été remplacé, au sein du Conseil Environnement, par le « Groupe de travail Environnement International », mieux connu sous son nom anglais « *Working Party on International Environment Issues* », ou WPIEI⁴⁸⁰, qui prépare les documents pour le Conseil⁴⁸¹. Le WPIEI se réunit en deux formations : la première est consacrée aux aspects environnementaux globaux liés au développement durable, la seconde porte exclusivement sur la lutte contre le changement climatique (WPIEI-CC). En conformité avec l'article 19, alinéa 4 du Règlement Intérieur du

Communication de la Commission « sur la dimension énergétique des changements climatiques ». Conclusions du Conseil Environnement du 19 et 20 juin 1997, C/97/204.

⁴⁷⁶ John VOGLER, « Climate Change and EU Foreign Policy: The Negotiation of Burden-Sharing », *UCD Dublin European Institute Working Paper*, 08-11, July 2008, p. 3-4.

⁴⁷⁷ Simon SCHUNZ, « Explaining the evolution of European Union foreign climate policy: A case of bounded adaptiveness », *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol. 16, Article 6, 2012, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2012-006a.htm> (8/09/2012).

⁴⁷⁸ Ceci est confirmé par les mots du Conseil environnement dans ses Conclusions du 25 et 26 juin 1996 en préparation de la COP-3 : « (...) *the Council requests Member States and the Commission, in the framework of the Ad Hoc Group on Climate (...)* », C/96/188, p.7, point. 14.

⁴⁷⁹ Conclusions du Conseil Environnement des mois de mars, juin et octobre 1997 (C/97/60, C/97/204, C/97/296). Rappelons que ces négociations internationales ont été particulièrement difficiles, car elles visaient à la conclusion d'un Protocole (le Protocole de Kyoto) imposant des limites contraignantes d'émission de GES aux pays industrialisés. Ceci comportait pour la Communauté la définition tant d'un engagement chiffré global pour la Communauté, que des engagements Etat par Etat.

⁴⁸⁰ Voir l'inventaire des groupes et comités participant aux travaux préparatoires du Conseil, contenu dans : Conseil de l'Union européenne, note du Secrétariat général du Conseil au Comité des Représentants Permanents, 11 janvier 2012, 5269/12, Annexe I, p. 13.

Conseil⁴⁸², le WPIEI-CC est présidé par un délégué de l'Etat Membre qui exerce la présidence du Conseil. Comme les autres groupes de travail et les comités spéciaux du Conseil, il est composé de spécialistes des Etats membres, ainsi que de représentants de la Commission appartenant, jusqu'à 2010, à la Direction Générale Environnement, et depuis à la Direction Générale Action pour le Climat. Pour ses travaux, le WPIEI-CC s'appuie sur des groupes d'experts des Etats membres qui s'occupent des aspects techniques des différentes thématiques couvertes par les négociations climatiques. En 2010, ces groupes d'experts étaient au nombre de douze⁴⁸³. Le WPIEI-CC rédige un projet de conclusions qui est transmis au COREPER I, en charge de préparer les travaux du Conseil au niveau ministériel en ce qui concerne, entre autre, l'environnement⁴⁸⁴.

Les travaux des groupes d'experts nationaux et les projets de conclusions rédigés par le WPIEI-CC et transmis au COREPER I ne sont pas publics et il ne nous est donc pas possible de déterminer la contribution de chaque acteur à la définition de la position européenne enfin arrêtée par le Conseil. Le degré d'influence des Etats membres et de la Commission ne peut pas être connu, tout comme la composition des différents groupes.

Cette analyse de l'organisation institutionnelle permettant d'impulser l'ouverture des négociations montre une complexité importante qui reflète d'une part la technicité des négociations climatiques, d'autre part la volonté des Etats d'être associés à toutes les phases du processus décisionnel. Cela nous permet donc d'apprécier et de comprendre les motivations à la base de l'organisation informelle du travail au sein du Conseil. Cependant, l'absence de recommandations de la part de la Commission reste une première divergence entre la procédure établie par les traités européens et la

⁴⁸¹ Louise VAN SCHAIK et Christian EGENHOFER, « Improving the climate. Will the new Constitution strengthen the EU's performance in international climate negotiations? », *CEPS Policy Brief*, N. 63, February 2005, p.3.

⁴⁸² Décision du Conseil du 22 mars 2004 portant adoption de son règlement intérieur, *JO L 106* du 15/04/2004, p. 22-45.

⁴⁸³ Les douze groupes traitaient les sujets suivants : action à long terme, adaptation, transfert technologique, investissements et flux financiers, changement d'affectation des terres et foresterie, mécanismes de flexibilité, rapportage, science, matières juridiques, transport international, budget, modélisation. Présidence belge du Conseil de l'Union européenne, « Ateliers des groupes d'experts européens "changements climatiques": EGTECH, 3 novembre 2010 », <http://www.eutrio.be/workshops-european-climate-change-experts-groups-egtech> (29/08/2012).

⁴⁸⁴ Rappelons que le COREPER I prépare en effet les travaux dans les domaines suivants : emploi, politique sociale, santé et protection des consommateurs ; compétitivité (marché intérieur, industrie, recherche et espace) ; transports, télécommunications, énergie ; agriculture et pêche ; environnement ; éducation, jeunesse, culture et sport. Le COREPER II prépare les travaux du Conseil dans les domaines suivants : affaires générales et relations extérieures ; affaires économiques et financières ; justice et affaires intérieures. Il est aussi globalement responsable de la préparation des sommets. Cette liste des domaines a été reprise par le site internet de la Présidence Danoise du premier semestre 2012, <http://eu2012.dk/fr> (30/08/2012).

pratique des négociations climatiques, divergence ayant des conséquences, comme nous le verrons, sur les modalités de représentation de l'Union.

B. Les conclusions du Conseil

Après avoir analysé les modalités d'adoption des mandats à négocier de la part du Conseil (B1), nous focaliserons notre attention sur l'élaboration des mandats pour deux Conférences clés : la Conférence de Kyoto de 1997 et la Conférence de Copenhague de 2009 (B2).

B.1. La définition du mandat

L'article 218 TFUE dispose que, en réponse aux recommandations, le Conseil peut autoriser l'ouverture des négociations. Dans ce cas, une décision définit la position que l'Union européenne doit assumer lors des négociations et constitue le mandat à négocier. Ce mandat est complété par des directives de négociation que le Conseil adopte à part et qui sont destinées à fournir des indications plus précises aux négociateurs, conformément à l'article 218(4) TFUE. Ces directives de négociation sont généralement secrètes et il nous est donc impossible de nous prononcer sur leur contenu et leur portée.

Depuis le début des négociations climatiques, le Conseil a adopté son mandat à négocier sous la forme de conclusions, contrairement à la lettre de l'article 218(3) TFUE qui prévoit que l'autorisation d'ouvrir les négociations, la nomination du négociateur et le périmètre de négociation doivent être contenus dans une décision⁴⁸⁵. Il est intéressant de lire cette violation de forme à la lumière de la récente affaire C-114/12, et notamment des conclusions de l'Avocat Général Eleanor SHARPSTON présentées le 3 avril 2014⁴⁸⁶. Rappelons que cette affaire opposait la Commission au Conseil au sujet de la négociation d'une convention du Conseil de l'Europe. La Commission a demandé l'annulation de la décision, prise conjointement par le Conseil et par les représentants des Etats membres, autorisant la négociation, entre autres en raison de la violation des règles de procédure établies par l'article 218(3) TFUE. Mme SHARPSTON estime que la décision adoptée conjointement par le

⁴⁸⁵ Cette obligation formelle n'était pas contenue dans l'ex art. 300 TCE, qui ne prévoyait pas une forme spécifique pour l'autorisation à négocier.

Conseil et les Etats membres n'est pas conforme au Traité. Le point intéressant pour notre analyse est l'affirmation par l'Avocat Général que l'article 218 TFUE « énonce les conditions auxquelles les traités autorisent l'Union à entreprendre des accords internationaux »⁴⁸⁷ et que « l'instrument spécifique au moyen duquel une telle autorisation est donnée est une décision au sens de l'article 288, quatrième alinéa, TFUE : il s'agit donc d'une décision obligatoire dans tous ses éléments (...) »⁴⁸⁸. L'avocat général soutient ainsi une interprétation rigide de l'article 218 et donc de la procédure et de la forme des actes conduisant à la négociation des accords internationaux. Elle rappelle, à titre d'exemple, que « le paragraphe 3 exige de la Commission qu'elle adresse des recommandations concernant l'autorisation à donner au Conseil »⁴⁸⁹, étape qui est, comme nous l'avons vu, systématiquement absente lors des négociations climatiques. Mme SHARPSTON rappelle aussi que « la Cour a dit pour droit que les règles des traités relatives à la formation de la volonté des institutions de l'Union « ne sont à la disposition ni des Etats membres, ni des institutions elles-mêmes » »⁴⁹⁰. Selon son interprétation, donc, le Conseil ne peut en aucun cas déroger aux obligations procédurales établies par l'article 218 TFUE, et ce indépendamment de l'accord des Etats membres et des autres institutions européennes. Même si la Cour ne s'est pas exprimée sur ce moyen de recours⁴⁹¹, cette interprétation de l'Avocat Général doit également être prise en compte en raison du nombre croissant d'affaires dans lesquelles la Commission attaque des décisions du Conseil concernant des accords internationaux et qui semble montrer une attention grandissante portée aux procédures d'ouverture des négociations⁴⁹².

La remarque de Mme SHARPSTON sur la formation de la volonté des institutions de l'Union nous conduit à identifier une autre différence entre les traités et la procédure suivie pour les négociations climatiques. Aussi bien avant le Traité de Lisbonne qu'après son entrée en vigueur, le Conseil peut statuer, pour les accords dans le domaine de l'environnement, et donc, comme nous le verrons dans la prochaine section, pour les accords climatiques, à la majorité qualifiée (ex art. 300 TCE et art.

⁴⁸⁶ CJUE, 4 septembre 2014, *Commission c. Conseil*, aff. C-114/12, non encore publié. Conclusions de l'Avocat Général Eleanor SHARPSTON, présentées le 3 avril 2014.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, pt. 172.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, pt. 173.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, pt. 174.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, pt. 175.

⁴⁹¹ La Cour a effectivement annulé la décision attaquée sur la base du premier moyen de recours concernant la violation des règles d'attribution des compétences, comme nous le verrons dans la seconde section de ce Chapitre.

218 TFUE). Cependant, en pratique, le Conseil a toujours adopté les mandats à l'unanimité : ce choix est probablement motivé par le fait que, s'agissant de la négociation d'accords mixtes, il est opportun que la position de l'Union corresponde à la position de l'ensemble des Etats membres. En contrepartie, la difficulté de parvenir à un consensus sur un champ aussi vaste que celui couvert par les accords climatiques risque d'empêcher l'engagement sur des positions ambitieuses⁴⁹³. Chaque pays ayant des réticences concernant des secteurs spécifiques, la position européenne peut se réduire au plus petit dénominateur commun de la position des Etats membres. A ce sujet, le Parlement européen a considéré opportun de rappeler dans sa résolution sur la COP-18 de Doha, « *qu'en vertu du traité de Lisbonne, le Conseil de l'Union européenne statue à la majorité qualifiée pour les mesures générales (article 16 du TUE) et tout au long de la procédure de négociation et de conclusion de nouveaux accords internationaux (article 218 TFUE)* »⁴⁹⁴. Ce rappel faisait suite à deux véto exercés par la Pologne au cours de la même année sur deux mesures relevant du changement climatique, l'une sur la « Feuille de route vers une économie compétitive à faible intensité de carbone à l'horizon 2050 », l'autre sur la « Feuille de route pour l'énergie à l'horizon 2050 »⁴⁹⁵. La Pologne a défendu ses intérêts économiques fondés sur l'exploitation de gisements de charbon pour la production d'énergie, et ce jusqu'à limiter fortement les positions de l'Union lors des négociations climatiques internationales⁴⁹⁶.

Nous verrons que la recherche de l'unanimité au sein du Conseil a en effet significativement affecté l'élaboration du mandat pour la Conférence de Copenhague.

B.2 Les mandats pour les Conférences de Kyoto et de Copenhague

Une étude des mandats adoptés depuis la première COP (1995) jusqu'à celle de Durban en 2011 nous permet de constater qu'en règle générale ces mandats sont

⁴⁹² Par exemple, voir l'affaire CJUE, 28 avril 2015, *Commission c. Conseil*, aff. C-28/12, *non encore publié*.

⁴⁹³ Kati KULOVESI et Marise CREMONA, « The evolution of EU competences in the field of external relations and its impact on environmental governance policies », *Transworld working paper 17*, March 2013.

⁴⁹⁴ Résolution du Parlement européen du 22 novembre 2012 sur la conférence sur le changement climatique à Doha, Qatar (COP 18), 2012/2722(RSP), P7_TA-PROV(2012)0452.

⁴⁹⁵ Sur ce blocage : Dave KEATING, « Poland blocks energy roadmap. Member states unable to back roadmap because of Polish opposition », *European Voice*, 15/06/2012.

⁴⁹⁶ Ce constat est présenté, entre autres, par Madame Satu HASSI, Parlementaire européenne faisant partie de la délégation du Parlement à la COP 18 de Doha. Satu HASSI, *Climate talks continue to sleepwalk, as EU climate diplomacy stutters*, 10/12/2012, <http://www.satuhassi.net/en/2012/climate-talks-continue-to-sleepwalk-as-eu-climate-diplomacy-stutters-2/> (5/08/2014).

contenus dans les conclusions de la dernière session du Conseil Environnement avant le déroulement des négociations internationales. Puisque la majorité des COP se déroulent en décembre, la plupart de ces mandats sont adoptés lors du Conseil du mois d'octobre⁴⁹⁷. Cependant, la définition de la position en vue de conférences « clés », telles que celle en préparation de la COP de Kyoto, pendant laquelle le Protocole a été adopté, ou de la Conférence de Copenhague, s'est étendue sur plusieurs sessions du Conseil.

La définition de la position européenne pour la Conférence de Kyoto en 1997 s'est en effet précisée au fil de trois sessions consécutives du Conseil Environnement. Les réunions des mois de mars, juin et octobre 1997 ont été nécessaires pour parvenir à un accord sur deux aspects fondamentaux. Le premier était la détermination d'un objectif de réduction des émissions de GES pour les pays industrialisés. Dans ses conclusions de mars, le Conseil proposait comme objectif une réduction de 15% avant l'année 2010. Dans les deux sessions suivantes, l'objectif à proposer lors de la négociation internationale a été établi à un minimum de 7,5% avant l'année 2005. Le second aspect était la notion de « bulle communautaire », aspect très complexe car il impliquait une négociation importante entre les Etats membres. Le Conseil, lors de la session de mars, a fixé à 10% le pourcentage de réduction que l'ensemble des Etats membres devait atteindre, ainsi que les pourcentages spécifiques pour chacun des quinze Etats membres. Ces propositions d'engagement ont été soumises par le Conseil aux discussions lors des sessions suivantes : dans les conclusions qui arrêtent la position finale, le Conseil propose pour tous les pays industrialisés une réduction entre 7,5% et 15%. Durant la phase de négociation, l'engagement conjoint des Etats membres de l'Union a finalement été établi à 8%.

L'élaboration du mandat pour la Conférence de Kyoto illustre bien les efforts effectués lors des négociations internes à l'Union afin d'établir une position commune en préparation des conférences clés. Il est significatif que, pour Kyoto, un

⁴⁹⁷ Dans l'histoire de la participation européenne aux négociations climatiques il y a un seul cas où le Conseil Environnement n'était pas réussi à adopter un mandat pour la position européenne en temps utile avant le début des négociations : en préparation de la COP de Milan qui s'est déroulée entre le 1^{er} et le 12 décembre 2003, le Conseil Environnement du 27 octobre sous Présidence italienne n'a pas arrêté la position européenne, en la renvoyant « à un stade ultérieur, en tenant compte de la date à laquelle la Conférence aura lieu », Conclusions du Conseil Environnement du 27 octobre 2003, C/03/305. La position est enfin insérée dans les Conclusions du Conseil Emploi, Politique Sociale, Santé et Consommateurs du 1^{er} et 2 décembre 2003, C/03/354, une fois la COP déjà commencée. Sans avoir les documents préparatoires, il est difficile de déterminer les causes de ce retard, peut-être lié à l'incertitude de la ratification du Protocole de la part de la Russie : le Ministre de l'environnement italien Altero MATTEOLI avait affirmé qu'en cas de non ratification de la Russie, le

accord interne ambitieux a pu être atteint, ce qui n'a pas été le cas, nous le verrons, pour Copenhague.

La définition du mandat pour la Conférence de Copenhague constitue une exception par rapport aux conférences climatiques précédentes, car, à côté du Conseil des Ministres de l'Environnement, le Conseil européen tient un rôle déterminant. En effet, les conclusions du Conseil Environnement du 2 mars 2009 s'adressent directement au Conseil européen du printemps (19 et 20 mars 2009) et portent sur la « *poursuite de l'élaboration de la position de l'UE concernant un accord global sur le changement climatique pour l'après 2012* »⁴⁹⁸. A la suite de cet échange sont également adoptées les conclusions du Conseil européen du 18 et 19 juin 2009, celles du Conseil Environnement du 21 octobre 2009 « *Position de l'UE en vue de la Conférence de Copenhague sur le changement climatique (du 7 au 18 décembre 2009)* » et celles du Conseil européen du 29 et 30 octobre 2009. La position de l'UE en vue de la Conférence de Copenhague est enfin arrêtée par le Conseil Environnement du 23 novembre 2009, qui renvoie à la position figurant dans les conclusions du Conseil Environnement et du Conseil européen du mois d'octobre⁴⁹⁹.

Dans les conclusions de novembre, la difficulté de parvenir à un accord à vingt-sept est illustrée par le résumé du débat qui a eu lieu entre les Ministres de l'Environnement des Etats membres. Si les conclusions confirment une volonté unanime pour l'Europe de jouer un « *rôle prépondérant dans la Conférence* », comme nous l'avons souligné dans le Titre 1, la relation entre le futur accord, le Protocole de Kyoto, et la position des différents pays reste ambiguë.

Les différends entre Etats membres qui ont émergé lors de l'élaboration du mandat pour la COP 15 portaient surtout sur quatre aspects fondamentaux des négociations pour le futur accord climatique⁵⁰⁰.

Protocole de Kyoto aurait dû être entièrement repensé, http://www.iisd.ca/climate-l/Climate-L_News_15.html#5 (10/10/2012).

⁴⁹⁸ Conclusions du Conseil Environnement du 2 mars 2009, 7042/1/09 REV 1, Presse 53.

⁴⁹⁹ Conclusions du Conseil Environnement du 23 novembre 2009, 16454/09, Presse 346, p. 6.

⁵⁰⁰ Lisanne GROEN et Arne NIEMANN, « Challenges in EU External Climate Change Policy-Making in the Early Post-Lisbon Era : The UNFCCC Copenhagen Negotiations », in Paul James CARDWELL (ed.), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, T M C Asser Press, The Hague, 2012, pp. 315-333. Cette contribution est particulièrement intéressante car, dans l'impossible d'avoir accès aux travaux du WPIEI-CC et des groupes nationaux produisant les études pour l'élaboration du mandat, elle fournit des informations précises sur les controverses entre Etats membres sur les points cruciaux des discussions climatiques. Ces informations sont le résultat des nombreux entretiens téléphoniques aux représentants étatiques et aux chefs de délégations. Les quatre points de conflit entre Etats membres lors de l'élaboration du mandat à négocier que nous présentons sont le résultat de ces entretiens.

Le premier point de désaccord portait sur l'opportunité pour l'Union européenne de s'engager pour une réduction des émissions de 30% à l'horizon 2020. Cet objectif avait été indiqué par le Conseil en 2007, mais l'Italie et la Pologne s'y étaient toujours opposées ouvertement⁵⁰¹. D'autres pays ont soutenu cette opposition et le texte du mandat élaboré lors du Conseil de novembre illustre le compromis auquel les Etats sont parvenus⁵⁰². Comme nous l'avons mis en évidence dans le Chapitre 2, l'objectif de 30% de la part de l'UE a en effet été subordonné aux engagements des autres parties⁵⁰³.

Le deuxième point concernait l'élaboration d'une position commune sur l'utilisation de la terre, le changement d'utilisation de la terre et la foresterie (LULUCF, *Land use, land use change and forestry*, Chapitre 2, page 102). Les mesures dans ces secteurs prévoyaient une réduction importante d'émissions surtout concernant la gestion forestière. Au niveau européen, la Finlande, l'Autriche et la Suède ont défendu leur position de producteurs de bois en empêchant ainsi le Conseil de l'Union européenne d'adopter une position commune sur ce point.

Le troisième différend concernait l'aide financière destinée aux pays en développement pour la mise en œuvre de mesures de réduction des émissions de GES et de mesures d'adaptation. Sur ce sujet, des divergences ont émergé, surtout entre nouveaux Etats membres de l'Europe de l'Est, qui s'opposaient à ces mesures en raison de la crise financière, et un groupe d'Etats de l'Europe des Quinze, notamment les Pays-Bas, le Royaume-Uni, l'Allemagne, la France⁵⁰⁴, le Danemark et la Suède. Ce deuxième groupe d'Etats plaidait en faveur d'un engagement d'une somme précise et importante au profit des pays en développement. Comme pour les autres points de conflit, le résultat de ce débat animé fut un compromis⁵⁰⁵ et aucun engagement quantifié n'a finalement été prévu dans le mandat adopté.

Enfin, le quatrième objet de désaccord entre Etats de l'Europe de l'Est et Etats appartenant à l'Europe des Quinze portait sur le fonctionnement du marché des quotas d'émissions et notamment sur le report, dans la nouvelle période

⁵⁰¹ Conclusions du Conseil Environnement du 20 février 2007, 6272/07, pt. 8.

⁵⁰² Conclusions du Conseil Environnement du 23 novembre 2009, 16454/09.

⁵⁰³ Conclusions du Conseil Environnement du 21 octobre 2009, 14790/09, pt. 13.

⁵⁰⁴ Assemblée Nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires Européennes sur les négociations relatives au changement climatique et présenté par MM. Bernard DEFLESSELLES et Jérôme LAMBERT, *op.cit.*

⁵⁰⁵ Le Conseil de l'Union européenne « insiste sur le fait qu'il est essentiel de prévoir un soutien financier suffisant, prévisible et disponible en temps utile pour la mise en œuvre de tout accord conclu à Copenhague et que l'UE est prête à

d'engagement, des unités non utilisées lors de la première période prévue par le Protocole de Kyoto⁵⁰⁶.

Ces quatre difficultés sur des points clés de la négociation climatique entre les Etats membres ont obligé le Conseil à rédiger un mandat peu ambitieux qui contribuait à donner aux pays tiers l'image d'une Union européenne affectée par de nombreux conflits internes et donc dans l'impossibilité de se positionner en tant que leader mondial crédible.

L'une des difficultés auxquelles l'Union européenne doit faire face dans la négociation de tout accord international est la possible modification du mandat, même en cours de négociations, mais seulement par l'adoption de nouvelles lignes directrices de la part du Conseil et donc, dans la pratique des accords climatiques, à l'unanimité. Le fait de se présenter aux négociations avec un mandat peu ambitieux et qui cache, autant que possible, de nombreux conflits internes comme celui de Copenhague, devient d'autant plus contraignant que les possibilités de le revoir pendant le déroulement de la conférence sont presque inexistantes. Ce système d'élaboration des mandats ne semble donc pas adapté aux changements rapides des positions des pays tiers qui peuvent avoir lieu pendant toute négociation.

Sous-section 2 : la négociation et la conclusion des accords

Dans la première sous-section nous avons examiné les étapes suivies par les institutions européennes conduisant à l'établissement du mandat de négociation. Dans cette sous-section, nous poursuivons notre étude avec les deux phases suivantes de la procédure : le déroulement des négociations et la conclusion des accords (A). Puis, nous nous interrogerons sur la fonction du principe de coopération loyale dans l'ensemble de la procédure (B).

A. Le système de représentation de l'Union

Ce qui nous intéresse particulièrement dans la phase des négociations est le système de représentation de l'Union aux conférences climatiques. La question est de savoir si

assumer sa part, dans le cadre d'un accord de Copenhague global et mondial qui suppose des contributions appropriées et suffisantes des Parties » (pt. 48 des Conclusions du 21 octobre 2009).

⁵⁰⁶ Rappelons que cette opposition entre les nouveaux Etats membres et l'Europe de quinze était liée au fait que les Etats ex-soviétiques, dont le niveau d'émissions avait diminué drastiquement en raison de la reconversion des activités productives

les difficultés croissantes de l'Union à jouer un rôle de leader mondial sur la scène internationale sont également dues aux mécanismes de représentation, dont la complexité dérive surtout de la mixité des accords climatiques.

Nous commencerons par étudier le système de représentation de l'Union européenne au sein des conférences climatiques et son évolution (A1), puis nous nous interrogerons sur la portée des modifications introduites par le Traité de Lisbonne concernant la désignation du négociateur (A2). Enfin, nous présenterons la dernière phase de la procédure, celle qui conduit à la conclusion et à l'entrée en vigueur des accords climatiques, en portant une attention particulière au rôle du Parlement européen, accru depuis le Traité de Lisbonne (A3).

A.1. Le système de représentation de l'Union dans les conférences climatiques

Les accords climatiques sont des accords mixtes : l'Union européenne et les Etats membres en sont donc parties et participent à leur négociation et à leur conclusion. La pratique des accords mixtes a fait naître quatre formes principales de représentation de l'UE dans les négociations internationales, qui peuvent toutefois faire l'objet d'adaptations cas par cas. Les trois premières ont en commun la présence simultanée de la délégation de l'Union européenne et des délégations des Etats membres, et se distinguent par la composition de la délégation européenne. Dans la première, l'Union est uniquement représentée par les membres de la Commission⁵⁰⁷. La deuxième est caractérisée par une structure dite « bicéphale » : la délégation de l'Union européenne est composée de représentants de la Commission et d'un ou plusieurs représentants de l'Etat membre qui exerce la présidence du Conseil⁵⁰⁸.

La troisième, dite « multicéphale », est composée des représentants de la Commission, de l'Etat assurant la Présidence tournante et de tous les Etats membres de l'Union⁵⁰⁹.

La quatrième formule se distingue des trois précédentes par l'existence d'une délégation unique, instituée pour l'Union et pour ses Etats membres. Cette délégation

après la dissolution de l'URSS, se trouvaient en possession d'un grand nombre de quotas d'émissions dont ils souhaitent tirer profit pour le post-Kyoto.

⁵⁰⁷ Dans les négociations à la III Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (1973-1982) la Communauté Economique Européenne avait choisi ce modèle de représentation. Tullio TREVES, « The EEC and the law of the Sea: how close to one voice ? », *Ocean Development & International Law*, vol. 12, issues 3-4, January 1983.

⁵⁰⁸ Cette formule est utilisée dans le cadre des négociations de l'OCDE et de la CNUCED.

⁵⁰⁹ Cette formule a été utilisée lors des négociations sur le caoutchouc naturel.

est composée des représentants des Etats membres et des représentants de la Commission⁵¹⁰.

Dans le cadre des négociations des accords climatiques, la formule de délégation européenne a changé au fil des années, une seule constante étant maintenue : la présence de la délégation de l'Union et des délégations des Etats membres.

En vue de la préparation de la Conférence de Rio de 1992, le Conseil avait fait suite aux recommandations de la Commission et il l'avait autorisée à ouvrir les négociations et à représenter la Communauté européenne au sein de la Conférence. La formule de délégation retenue fut la première : la CE était uniquement représentée par les représentants de la Commission qui négociaient dans ses domaines de compétence. Vis-à-vis des autres parties à la Conférence, cette formule présente l'avantage de fournir un seul interlocuteur représentant la Communauté, en créant ainsi moins de difficultés sur l'identité du négociateur et sur sa capacité à parler d'une seule voix.

La conscience accrue des Etats membres au sujet des effets des accords sur des domaines sensibles a conduit non seulement à opter pour une impulsion différente pour la négociation, comme nous l'avons vu, mais aussi pour une formule de délégation différente. Comme souvent dans les négociations environnementales, la formule retenue fut celle du bicéphalisme, même si des modifications ont été introduites : la CE a été représentée, dans un premier temps, par la Commission et les Etats assurant la Présidence précédente, actuelle et future, puis, dans un second temps, par les représentants de la Commission, de l'Etat exerçant la Présidence et de l'Etat qui l'aurait exercé au semestre suivant, formation connue sous le nom de *Troïka*.

Au fil des années ce choix a conduit à deux types de difficultés. Le premier était le changement chaque semestre du négociateur, changement qui avait des conséquences importantes sur la construction de liens avec les négociateurs des pays tiers, qui se retrouvaient chaque année à négocier avec des personnes différentes, ayant souvent des pratiques et des expériences très diverses. La Commission constituait le seul élément de stabilité, contrairement aux Etats représentant la Communauté. Il faut en outre prendre en compte le fait que la présence de l'Etat assurant la Présidence suivante n'était pas utile, car le forum le plus important des négociations climatiques

⁵¹⁰ Cette formule a été utilisée pour la négociation d'accords sur les produits de base au sein de la CNUCED.

est constitué par les COP et les COP/MOP qui ont lieu une fois par an, généralement au cours du mois de décembre. Les négociateurs représentant le Conseil changeaient donc constamment.

Le deuxième type de difficultés était la grande disparité existant entre Etats membres exerçant la Présidence tournante. Cette disparité s'aggravait d'ailleurs avec la multiplication du nombre de sujets hautement techniques faisant l'objet des négociations. Cette divergence des positions entre Etats membres assurant la Présidence était notamment due à trois facteurs principaux : la capacité de fournir un nombre de négociateurs approprié aux sujets de discussion, qui dépendait de la dimension de l'Etat membre ; les relations diplomatiques construites au fil des années avec les autres pays, dont dérivait le poids international de l'Etat membre ; la position de l'Etat vis-à-vis des questions climatiques et sa volonté d'assumer des engagements importants.

Les limites inhérentes à cette formule de délégation se sont particulièrement révélées lors de la Présidence tournante italienne du second semestre 2003. L'Italie a en effet été fortement critiquée pour ses difficultés à gérer la préparation de la Conférence de Milan ainsi que son déroulement, difficultés qui se sont traduites par l'impossibilité de commencer les négociations avec un mandat déjà établi.

Les problèmes indiqués risquaient de s'aggraver suite à l'entrée des nouveaux Etats membres dans l'Union, et cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la différence de niveau de protection de l'environnement et l'exigence d'un développement rapide de la part des nouveaux membres pouvaient conduire à des positions assez différentes dans la négociation par rapport à l'Europe des Quinze, comme cela a été illustré à propos de l'adoption des mandats. Ensuite, sur un plan pratique, la disponibilité de négociateurs experts et crédibles était un sujet particulièrement sensible pour certains nouveaux membres. Enfin, les Etats de l'Europe de l'Est appartenant au groupe des pays de l'Annexe B du Protocole de Kyoto, en tant que pays en transition vers une économie de marché, étaient eux-mêmes soumis à des conditions différentes. Aucun des douze nouveaux pays ne faisait partie de la « bulle communautaire ». Il pouvait donc être difficile pour eux de représenter pleinement la position de la Communauté dans son ensemble.

Pour ces raisons la Présidence Irlandaise du premier semestre 2004 a décidé de modifier le système de représentation européenne, tout en laissant intacte la formule de la Troïka. L'activité de négociation européenne est désormais conduite par des

négociateurs choisis pour leurs capacités et expériences indépendamment de leur provenance : ils peuvent provenir tant de la Commission que d'un Etat membre, sans répartition pré-établie du nombre de négociateurs par Etat. Ces négociateurs experts sont connus sous le nom de négociateurs leaders (ou « *lead negotiators* »), et travaillent pour une période prolongée sur les secteurs pour lesquels leur compétence est reconnue. Ils représentent l'Union européenne et leur activité principale est de conduire les négociations au jour le jour, dans les différentes formations. Les déclarations au sein des sessions plénières, qui généralement concluent les Conférences, sont toutefois réalisées par la Présidence du Conseil, sur la base de ce qui a été négocié par les négociateurs leaders. Dans la pratique, existe un autre type de négociateurs : les « *issue negotiators* » qui ne représentent pas l'Union mais qui soutiennent le travail des négociateurs leaders sur des points spécifiques de la négociation. Tant les négociateurs leaders que les « *issue negotiators* », indépendamment de leur provenance (Commission ou Etats membres), travaillent sous l'autorité de la Présidence tournante⁵¹¹.

Dans la pratique, le lien entre les négociateurs leaders, les « *issue negotiators* » et le Conseil est très étroit. Les négociateurs leaders font en effet partie du WPIEI-CC et les « *issue negotiators* » des groupes d'experts ressortissants de la Commission et des Etats membres qui préparent le travail pour le WPIEI-CC⁵¹². Ce double rôle, de contributeurs à la position européenne adoptée par le Conseil et de négociateurs au sein de l'enceinte internationale, leur permet en outre de mieux gérer le travail quotidien durant la négociation. En effet, pendant les Conférences et les réunions de préparation des COP et COP/MOP, le WPIEI-CC se réunit deux fois par jour afin de discuter de la stratégie de négociation et d'adapter la position européenne, dans la limite du mandat, selon les changements parfois très rapides qui peuvent intervenir dans la négociation avec les autres parties⁵¹³. A ce propos, si la mise à jour de la position européenne est réalisée par le WPIEI-CC, le travail préparatoire est conduit

⁵¹¹ Pour une analyse de la division informelle du travail dans le cadre de la négociation climatique de l'UE, voir : Tom DELREUX et Karoline VAN den BRANDE, « Taking the lead: informal division of labour in the EU's external environmental policy-making », *Journal of European Public Policy*, Vol. 20, Issue 1, 2013, p. 113-131. Nous avons utilisé cet article comme source pour la définition de la répartition du travail entre les différentes catégories de négociateurs.

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ Le Conseil a pris note de cette nécessité de façon formelle lors de certaines de ses conclusions qui constituent le mandat à négocier. C'est le cas, entre autre, des Conclusions du Conseil Environnement du 23 novembre 2009 arrêtant la position européenne pour la Conférence de Copenhague, où il est expressément établi que la position de l'UE « *continuera d'évoluer pendant la 15^{ème} conférence des parties à la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques qui se déroulera à Copenhague du 7 au 18 décembre 2009* ».

par les « *issue negotiators* », qui disposent des travaux préparatoires ainsi que des rapports sur les propositions des autres parties à la négociation et sur les propositions européennes correspondantes.

A.2. Le système de représentation après Lisbonne

Suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la question s'est posée de savoir si ce Traité apportait des modifications majeures en termes de représentation extérieure de l'Union européenne⁵¹⁴. Le nouvel article 17(1) TUE établit en effet qu'« à l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres cas prévus par les traités, la Commission assure la représentation extérieure de l'Union ». Dans le domaine des négociations climatiques, le dialogue interinstitutionnel s'est jusqu'à présent développé par le biais de documents internes et il est donc difficile de prendre connaissance de la position exacte de chaque acteur européen, y compris des Etats membres. Toutefois, la presse a donné du relief à ces échanges, notamment dans les mois qui ont suivi la Conférence de Copenhague⁵¹⁵. A la lumière des modifications apportées par le Traité de Lisbonne aux compétences extérieures de la Commission (art. 17 TUE), cette dernière a envisagé la possibilité d'être la seule à représenter l'Union, en excluant ainsi la Présidence du Conseil des négociations internationales, bien évidemment sous réserve de l'approbation du Conseil, seul compétent pour établir le mandat de négociation en accord avec l'article 218(2) TFUE. Il a en effet été souligné que le Conseil et les Etats membres s'opposent à cette interprétation du Traité de Lisbonne, en considérant que le Traité n'apporte pas de modifications au système de représentation extérieure de l'Union dans les cas de compétences externes partagées⁵¹⁶.

Dans le domaine de l'environnement, les négociations les plus conflictuelles jusqu'à ce jour ont été celles concernant le mercure. Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) avait indiqué que le Comité de négociation intergouvernemental, ayant pour mandat d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant sur le mercure, devait débiter ses travaux en 2010 dans le

⁵¹⁴ Nous nous intéressons particulièrement aux changements possibles dans le domaine de la négociation environnementale et des changements climatiques en particulier. La Politique Etrangère et de Sécurité Commune n'est pas ici prise en compte, étant donné le rôle extrêmement limité de cette politique dans la lutte contre le changement climatique au niveau européen.

⁵¹⁵ Jennifer RANKIN, « A Union with one voice? », *European Voice*, 06/05/2010.

⁵¹⁶ A ce propos, surtout le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, la Suède et le Royaume-Uni ont exprimé le plus grand scepticisme. *Ibid.*

but de les achever avant la vingt-septième session ordinaire du Conseil d'administration/Forum ministériel mondial sur l'environnement en 2013⁵¹⁷. Le 15 juillet 2009, la Commission a présenté ses recommandations au Conseil pour ouvrir les négociations et pour représenter l'Union. Le 12 mars 2010, le COREPER a rédigé sa proposition de Conclusion du Conseil qui a toutefois été considérée comme inadéquate par la Commission à la lumière de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Le conflit a ainsi été déclenché et portait notamment sur deux aspects principaux : le premier concernait l'attribution des compétences dans le domaine du mercure, le deuxième portait plus précisément sur la formule de représentation à suivre lors des négociations internationales.

Sur le premier aspect, ici marginal, la Commission a considéré que l'Union avait déjà adopté un grand nombre de dispositions et que les Etats membres restaient éventuellement exclusivement compétents pour des aspects très limités de la négociation.

Sur le deuxième aspect, la Commission a retenu que le but du Traité de Lisbonne consistant à donner à l'Union une seule voix dans les enceintes internationales pouvait être atteint non seulement par la détermination d'un seul message, mais aussi par la désignation d'un seul représentant : la Commission⁵¹⁸. Un compromis entre la Commission, le Conseil et les Etats membres aboutissant au choix d'une délégation mixte, qui associait la Commission et les représentants de l'Etat exerçant la Présidence (modèle bicéphale) a été refusé par la Commission. La Présidence fondait notamment cette proposition de compromis sur l'interprétation de l'article 218(3) TFUE, qui ne précise pas qui doit représenter l'Union lors des négociations internationales, en établissant que le Conseil désigne « *en fonction de la matière de l'accord envisagé, le négociateur ou le chef de l'équipe de négociation de l'Union* ». La Commission a décidé de retirer ses recommandations dans un climat extrêmement tendu pour les relations interinstitutionnelles. Le Commissaire en charge de l'environnement, Janez POTOČNIK, a, au nom de la Commission, justifié ce choix par l'impossibilité pour l'Union de s'exprimer d'une seule voix sur la base du mandat

⁵¹⁷ PNUE, Décision 25/5 : Gestion des produits chimiques, y compris le mercure, A/64/25, III Mercure, par. 26.

⁵¹⁸ Tim CORTHAUT et Dries Van EECKOUTTE, « Legal aspects of EU Participation in Global Environmental Governance under the UN umbrella », in Jan WOUTERS, Hans BRUYNINCKX, Sudeshna BASU et Simon SCHUNZ (ed.) *The European Union and multilateral Governance : Assessing EU Participation in United Nations Human Rights and Environmental Fora*, Palgrave MacMillan, London, 2012, pp. 156 ss.

proposé par le COREPER au Conseil⁵¹⁹. En l'absence de mandat, ni la Commission ni les Etats membres n'ont pu négocier lors de la première session qui a eu lieu à Stockholm du 7 au 11 juillet 2010, en dépit du travail de préparation que tous les acteurs européens avaient réalisé au cours des mois précédents. Pour pouvoir enfin participer aux sessions de négociation suivantes, la Commission, le Conseil et les Etats membres sont parvenus à un accord : suite aux recommandations de la Commission, le Conseil a établi un mandat, en indiquant que la représentation européenne appartenait aux représentants de la Commission et aux représentants des Etats exerçant la Présidence actuelle et future, sous le même modèle de la Troïka des négociations climatiques.

La controverse entre Commission et Conseil dans les négociations sur le mercure illustre les difficultés qui peuvent surgir après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, dans la mesure où la Commission recherche une plus grande unité dans l'exercice des compétences externes, alors que le Conseil représente les intérêts des Etats membres.

Une partie de la doctrine souligne que le Traité de Lisbonne exclut tout rôle de la présidence tournante dans le cadre des accords mixtes tels que les accords climatiques, en attribuant à la seule Commission la représentation de l'Union au niveau international⁵²⁰. Cependant, l'accord entre la Commission et le Conseil dans le cas du mercure semble indiquer que dans les secteurs de compétence partagée, tels ceux concernés par les accords climatiques, la représentation de l'Union continuera à être mixte, en associant au sein de la même délégation les représentants de la Commission et ceux des Etats membres⁵²¹.

A.3. Le rôle du Parlement européen dans la conclusion des accords climatiques

Si les négociations internationales se concluent par l'adoption d'un accord climatique juridiquement contraignant, l'accord, étant mixte, nécessite la signature et la ratification tant de l'Union que de chaque Etat membre.

⁵¹⁹ Parliamentary questions, question for written answer to the Commission, Michal TOMASZ KAMINSKI, 7 July 2010 ; answer given by Mr POTOČNIK on behalf of the Commission, 26 August 2010.

⁵²⁰ Mathias BUCK, « The EU's representation in multilateral environmental negotiations after Lisbon », in Elisa MORGERA, *The External Environmental Policy of the EU, EU and International perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 82 et ss. Dans cette contribution, l'auteur développe les arguments en faveur d'une application restrictive du Traité, qui attribuerait à la seule Commission la représentation extérieure de l'Union pour la conclusion des accords internationaux dans le domaine de l'environnement.

En ce qui concerne l'Union, il appartient au Conseil de procéder à la signature et à la conclusion de l'accord, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission (ex art. 300(2) TCE). Le Traité de Lisbonne, en cohérence avec la nouvelle formulation sur la désignation du négociateur, a remplacé à l'article 218(6) TCE la proposition de la Commission par la proposition du « négociateur ». Les incertitudes liées pour le moment à l'impact de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne sur ce point ne nous permettent pas d'affirmer avec certitude l'identité du négociateur qui proposera la conclusion au Conseil. Cependant, la principale nouveauté apportée par le Traité de Lisbonne réside dans l'accroissement du rôle du Parlement européen. Avant Lisbonne, le Parlement devait uniquement être consulté avant la conclusion de l'accord par le Conseil et, en l'absence d'avis dans le délai fixé par le Conseil, ce dernier pouvait statuer (ex art. 300(3) TCE). Le Traité de Lisbonne requiert l'approbation du Parlement européen dans les cas établis par l'article 218(6) TFUE, parmi lesquels on trouve les « *accords couvrant des domaines auxquels s'applique la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale lorsque l'approbation du Parlement européen est requise* » (art. 218(6) a) v) TFUE). Les négociations climatiques étant fondées sur la compétence européenne dans le domaine de l'environnement, l'approbation du Parlement sera nécessaire. Le Parlement européen pourrait ainsi jouer un rôle plus important dans la politique climatique internationale de l'Union européenne. Compte tenu de sa position généralement favorable à la protection de l'environnement, la possibilité du Parlement européen de s'opposer à l'accord pourrait contribuer à une politique externe plus ambitieuse. D'autre part, certains auteurs craignent que le rôle accru du Parlement puisse engendrer une excessive politisation des questions climatiques qui risquerait de ralentir la construction de la politique climatique européenne⁵²². Aucun accord climatique n'ayant été adopté depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la position du Parlement et ses conséquences sur la conclusion des accords restent incertaines. Il est toutefois possible de remarquer que les recommandations adoptées par le Parlement en vue des négociations des accords, comme celles que nous avons citées à propos de la procédure d'établissement du mandat par le Conseil,

⁵²¹ Geert de BAERE, « Mercury Rising: The European Union and the International Negotiations for a Globally, Binding Instrument on Mercury », *European Law Review*, n. 5, October 2012.

⁵²² Lisanne GROEN and Arne NIEMANN, *op. cit.*, p. 327.

illustrent l'intérêt accru du Parlement européen pour les négociations climatiques suite à la nouvelle responsabilité qui lui a été attribuée par le Traité.

B. Le principe de coopération loyale

Les difficultés de l'Union européenne de parler d'une seule voix lors des négociations internationales, que nous avons mises en évidence tout au long de cette première Partie, rendent particulièrement intéressante une réflexion sur l'application du principe de coopération loyale.

Après avoir introduit la notion de coopération loyale entre les Etats membres et l'Union européenne et ses évolutions (B1), nous appliquerons ce principe aux négociations climatiques (B2).

B.1. Le principe de coopération loyale entre Etats membres et Union européenne

Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le principe de coopération loyale n'apparaissait pas explicitement en ces termes au sein des traités européens. Si le terme « loyauté » apparaissait deux fois dans les Traités, dans le préambule du Traité CE et dans l'ex article 11(2) TUE pour le deuxième pilier, le véritable fondement de ce principe était constitué par l'ex article 10 TCE : « *Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ». A cette formulation, quasiment inchangée depuis le Traité de Rome, le Traité de Lisbonne ajoute qu'« *en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* » (art.4(3) TUE).

C'est sur ce fondement que la Cour a élaboré la notion de coopération loyale. Il est utile d'indiquer que la première jurisprudence définissant la notion de coopération loyale a été construite dans les années soixante-dix en lien avec la notion d'accord mixte, la mixité rendant par définition nécessaire une collaboration étroite entre la

Communauté et ses Etats membres⁵²³. Cette jurisprudence qualifiait cette notion non pas de principe, mais de devoir.

C'est dans les années deux-mille que la jurisprudence a essayé d'élaborer une définition plus précise de la notion de coopération loyale dans l'action extérieure, étant donné qu'au cours des années précédentes l'interprétation qui en était faite avait un caractère « *moralisateur* », associé aux idées d'honnêteté et de fidélité des Etats membres envers la Communauté, et dont les implications juridiques étaient difficiles à saisir⁵²⁴.

Deux arrêts sont particulièrement intéressants à propos de la coopération dans le cadre des accords mixtes.

Le premier est l'arrêt *MOX Plant*⁵²⁵, rendu dans le cadre d'un recours en manquement opposant la Commission à l'Irlande. Dans le cadre de la convention des Nations-Unies sur le droit de la mer, convention constituant un accord mixte, l'Irlande avait soumis un différend l'opposant au Royaume-Uni au tribunal arbitral établi par la convention internationale. Parmi d'autres griefs qui ne nous intéressent pas ici, la Commission dénonçait – et la Cour a reconnu – une violation de l'ex article 10 TCE : le fait d'avoir engagé une procédure contre un autre Etat membre devant le tribunal arbitral établi par la Convention sans avoir informé ni consulté préalablement les institutions communautaires compétentes constitue une violation du devoir de coopération établi par le Traité. Cet arrêt est important dans la mesure où il clarifie l'application de l'ex article 10 TCE⁵²⁶, mais encore plus, pour notre analyse, parce qu'il indique que la coopération loyale dans le cadre des accords mixtes doit servir à maintenir la cohésion de l'Union face aux Etats tiers : l'action de l'Irlande « *serait susceptible de créer la confusion auprès des Etats tiers, parties à la Convention, en ce qui concerne la représentation extérieure et la cohésion interne de la Communauté en tant que partie contractante et serait hautement préjudiciable à l'efficacité ainsi qu'à la cohérence de l'action extérieure de la Communauté* »⁵²⁷.

⁵²³ CJCE, 14 novembre 1978, Délibération 1/78 sur la Convention de l'Agence internationale de l'énergie atomique sur la protection des matières, installations et transports nucléaires, *Rec.* p. 2151., pt. 34.

⁵²⁴ Xavier MAGNON, « La loyauté dans le droit institutionnel de l'Union européenne », *version non définitive telle qu'envoyé à l'éditeur*, http://publications.ut-capitole.fr/13693/1/La_loyaut%C3%A9_dans_le_droit_institutionnel_de_l%27Union_europ%C3%A9enne.pdf (8/08/2014).

⁵²⁵ CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, *Rec.* 2006 I-04635.

⁵²⁶ Federico CASOLARI, « The principle of loyal cooperation : a « master key » for EU External Representation ? », in Steven BLOCKMANS et Ramses A. WESSEL (ed), *Principles and practices of EU external representation*, Centre for the Law of EU External Relations (CLEER), CLEER Working Papers 2012/5, Asser Institute, The Hague, pp. 11–36.

⁵²⁷ CJCE, *Commission c. Irlande*, pt. 160.

Le deuxième arrêt qu'il est important de mentionner est l'arrêt *Commission c. Suède*⁵²⁸ : dans le cadre de la convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, la Suède avait proposé unilatéralement un amendement à une annexe de l'accord afin d'y inclure un nouveau polluant. Dans les mois précédents elle avait soulevé la question de cette inclusion auprès du Conseil, dans le cadre d'une discussion sur la modification de la convention. Le Conseil avait rejeté cette requête en renvoyant à une période ultérieure l'établissement de la liste des substances à inclure dans l'annexe de la convention. La Cour a reconnu que l'action unilatérale de la Suède était « *susceptible de compromettre le principe d'unité dans la représentation internationale de l'Union et de ses Etats membres ainsi que d'affaiblir leur pouvoir de négociation à l'égard des autres parties à la convention concernée* ». Elle a donc appliqué la même *ratio* que dans l'arrêt *MOX Plant*⁵²⁹. La différence qu'il nous semble important de souligner est que dans le premier cas l'Irlande agissait dans le cadre de la mise en œuvre d'un accord international, alors que dans le second la Suède est intervenue lors de la discussion d'une modification de l'accord, ce qui peut être rapproché d'une phase de négociation avec les autres parties.

B.2 Application du principe de coopération loyale aux accords climatiques

Nous relisons ici les phases de la négociation climatique à la lumière de l'application du principe de coopération loyale. En considérant la jurisprudence que nous avons évoquée, il est clair que la mise en œuvre des accords implique l'application de ce principe, et que cela peut valoir aussi pour la phase des négociations *stricto sensu*, lors desquelles les Etats doivent « *garantir l'unité de la représentation internationale de l'Union* »⁵³⁰, et donc se conformer à la position commune une fois celle-ci arrêtée. En revanche, le principe de coopération loyale ne semble pas pouvoir s'appliquer directement lors de l'établissement du mandat : cette phase, au sein du Conseil, est le moment où les divergences entre les Etats membres s'expriment et où la position commune est recherchée.

A la lumière des difficultés croissantes de l'Union européenne à affirmer sa position au niveau international, nous pouvons nous demander si le principe de coopération

⁵²⁸ CJUE, 20 avril 2010, *Commission c. Royaume de Suède*, aff. C-246/07, Rec. 2010 I-03317.

⁵²⁹ Voir : Eleftheria NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RMCUE, Revue de l'Union européenne*, N. 556, mars 2012, pp. 197-203.

loyale, qui devrait garantir la cohésion et l'unité de la représentation européenne, a été enfreint. Certaines situations, que nous avons mentionnées en analysant les négociations, pourraient éventuellement présenter des éléments allant dans ce sens. Par exemple, nous pouvons rappeler le projet d'accord, rédigé de manière autonome par rapport aux négociations officielles, par le Danemark, le Royaume-Uni et les Etats-Unis lors de la Conférence de Copenhague (Chapitre 2). Malgré l'impossibilité d'accéder aux directives de négociation, qui restent secrètes, il semble probable que cette rédaction à trois, excluant tous les représentants officiels de l'Union (Commission et présidence tournante), n'ait pas été autorisée ou demandée par le Conseil⁵³¹. Si c'est effectivement le cas, le Danemark et le Royaume-Uni ont agi en dehors de la position commune de l'Union. D'ailleurs, cette affaire, ainsi que l'exclusion de l'Union et de ses Etats membres de l'accord politique qui a été conclu à Copenhague, ont gravement entamé l'image de la cohésion et la position de l'Europe dans les négociations climatiques.

Toutefois, la Cour n'a pour l'instant jamais été appelée à se prononcer sur les phases de négociation et de conclusion de ces accords⁵³².

A la lumière de l'analyse que nous avons réalisée dans cette section, il nous semble que cette absence d'appels à la Cour est, au moins en partie, explicable par le choix d'adopter les mandats à l'unanimité et non pas à la majorité qualifiée comme prévu par les traités : la volonté d'éviter des fractures graves entre la position de l'Union et celles des Etats membres pendant les négociations internationales a conduit à chercher un consensus préalable. De cette manière, même si des violations du principe de coopération loyale ont peut-être eu lieu, des différends majeurs avec un ou plusieurs Etats membres s'opposant à la position européenne sur la scène internationale ont pu être évités, au prix d'un nivellement vers le bas des ambitions européennes.

⁵³⁰ *Ibid.* p. 200.

⁵³¹ Sur les difficultés à comprendre l'origine exacte de cette proposition ainsi que sur les tensions importantes qu'elle a causées voir le IISD (Institut International du Développement Durable), Reporting Service, *Bulletin des Négociations de la Terre*, vol. 10, n° 450 de mercredi 9 décembre et le vol. 12 n° 454, lundi 14 décembre 2009.

⁵³² Nous verrons dans la seconde Partie de cette thèse que la Cour est intervenue, en revanche, à plusieurs reprises sur des questions de mise en œuvre, et elle a aussi souvent fait référence au principe de coopération loyale.

Conclusions de la section

Dans cette section nous avons examiné les modalités de négociation et de conclusion des accords climatiques par l'Union européenne.

L'évolution de ces modalités paraît davantage guidée par les besoins pratiques des négociations et par la volonté des institutions et des Etats membres que par un souci de conformité avec les dispositions des traités européens. La divergence entre ces derniers et les procédures effectivement suivies s'est accentuée avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et des dispositions contenues dans l'article 218 TFUE. Cette divergence constitue un aspect problématique pour la formation de la position européenne et, à la lumière de l'attention croissante de la Commission pour le respect des procédures établies par les traités, pourrait faire l'objet d'une controverse devant la Cour dans les années à venir.

Cependant, cette divergence ne semble pas constituer une cause majeure de la difficulté de l'Union de s'exprimer d'une seule voix sur la scène internationale. La mixité des accords, déterminant le modèle de représentation, semble être une source bien plus importante de complexité, tant lors des négociations *stricto sensu*, que dans les autres phases du processus, et notamment dans l'élaboration du mandat.

Encore une fois, donc, les ambitions de l'Union européenne se trouvent confrontées à son système d'attribution des compétences, qui détermine la mixité ou la non-mixité des accords, comme nous le verrons dans la prochaine section.

Section 2 : Le système d'attribution des compétences externes dans le domaine climatique

Jusqu'à présent, nous avons examiné les modalités de négociation et de conclusion des accords climatiques en nous focalisant sur leur mixité. Or, à la lumière de nos observations sur l'évolution des compétences internes de l'UE (Chapitre 3) et de la jurisprudence de la Cour, il pourrait être juridiquement possible de considérer que les accords climatiques soient, à l'avenir, uniquement négociés et conclus par l'Union. Si, dans la section précédente, l'intérêt d'une telle perspective a émergé pour faciliter à l'Union l'accomplissement de sa mission de promotion sur le plan international de

la lutte contre le changement climatique, dans la présente section, nous examinerons sa faisabilité.

Nous allons retracer les notions à la base de l'exercice de l'action extérieure européenne et sous-jacentes à la détermination de la mixité des accords (sous-section 1), avant d'analyser en détail les domaines concernés par les accords climatiques, et d'essayer de trancher la question que nous nous sommes posée (sous-section 2).

Sous-section 1 : la détermination de la mixité des accords

Dans cette sous-section, nous retracerons brièvement les notions de compétence externe explicite ou implicite et exclusive ou partagée (A). Les compétences partagées conduisent à la conclusion d'accords mixtes (B).

A. Les compétences externes

Les compétences externes de l'Union européenne peuvent être explicites ou implicites. Dans un premier temps, nous présenterons les différents types de compétences externes explicites (A.1). Cela nous permettra d'examiner des compétences qui seront reprises par la suite, comme celle en matière d'environnement, et d'autres portant sur des domaines ayant un lien moins immédiat avec le changement climatique, mais en voie d'évolution. Cette réflexion sur les compétences externes explicites nous permettra en outre de poursuivre notre réflexion sur la transversalité du changement climatique, en constatant l'intégration progressive de la lutte contre le changement climatique au sein de nombreuses politiques. Dans un second temps, nous analyserons la notion de compétence externe implicite (A2). Nous examinerons notamment les cas dans lesquels ces compétences sont exclusives.

A.1. Les compétences externes explicites

Il est possible d'identifier trois types de compétences externes explicites⁵³³ : la Politique Etrangère et de Sécurité Commune (PESC), les compétences dites « communautaires », relevant de la cinquième partie du TFUE, et les compétences externes au sein des politiques internes.

⁵³³ Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne : Fondements, moyens, principes*, L.G.D.J., Paris, 2010, chapitre 1.

Rappelons que la PESC a été instituée par le Traité de Maastricht et qu'elle représentait, jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le deuxième pilier de l'Union européenne. En dépit de l'abolition de la structure en trois piliers, le Traité de Lisbonne a maintenu la spécificité de la PESC, confirmée par son emplacement dans les Traités : contrairement aux autres politiques extérieures de l'UE, relevant de la cinquième partie du TFUE, la PESC est régie par le Chapitre 2 du Titre V du Traité sur l'Union européenne. Le Traité de Lisbonne n'identifie plus les objectifs spécifiques de la PESC, celle-ci devant répondre aux objectifs communs à tous les types de compétences externes explicites de l'UE, définis à l'article 21(2) TUE. Aux objectifs déjà listés dans l'ex article 11 TUE⁵³⁴ qui ont été intégrés à l'article 21(2) TUE, d'autres se sont ajoutés, dont deux relèvent particulièrement de la protection de l'environnement et, par le biais du développement durable, de la lutte contre le changement climatique : « *soutenir le développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement dans le but essentiel d'éradiquer la pauvreté* » (lett. d) et « *contribuer à l'élaboration de mesures internationales pour préserver et améliorer la qualité de l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles mondiales, afin d'assurer un développement durable* » (lett. f). Pour le moment, aucun lien direct entre la PESC et la lutte contre le changement climatique n'a été établi, et la PESC n'a jamais constitué le fondement d'une action européenne dans ce domaine. S'il est difficile d'imaginer un lien entre la PESC et la réduction des émissions, il est cependant opportun de rappeler ici que des réflexions importantes émergent concernant les conséquences du changement climatique sur la sécurité. Les études liant l'adaptation au changement climatique à la sécurité et à la défense ont d'abord été développées par les Nations-Unies⁵³⁵ et par les Etats-Unis⁵³⁶, puis ont été entreprises au sein de

⁵³⁴ L'ex art. 11 TUE listait les objectifs sectoriels suivants : (i) « *la sauvegarde des valeurs communes, des intérêts fondamentaux, de l'indépendance et de l'intégrité de l'Union, conformément aux principes de la Charte des Nations-Unies* » ; (ii) « *le renforcement de la sécurité de l'Union sous toutes ses formes* » ; (iii) « *le maintien de la paix et le renforcement de la sécurité internationale, conformément aux principes de la Charte des Nations-Unies, ainsi qu'aux principes de l'acte final d'Helsinki et aux objectifs de la Charte de Paris, y compris ceux relatifs aux frontières extérieures* » ; (iv) « *la promotion de la coopération internationale* » ; (v) « *le développement et le renforcement de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

⁵³⁵ La discussion sur la relation entre changement climatique et sécurité internationale a été pour la première fois lancée par les Nations-Unies en 2007, Security Council, S/PV.5663, 17/04/2007.

⁵³⁶ Le Pentagone a inséré récemment (2010) le changement climatique parmi les enjeux pour la défense nationale. Dans un rapport le Pentagone reconnaît pour la première fois le changement climatique comme facteur global d'insécurité nationale et internationale. Department of Defense, United States of America, Quadrennial Defense Review Report (QDR), February 2010. Voir aussi: Carolyn PUMPHREY (ed.), *Global Climate Change: National Security Implications*, May 2008, www.StrategicStudiesInstitute.army.mil/ (2/05/2012). Dans cette étude, les auteurs prennent en considération le changement

l'Union européenne⁵³⁷, l'enjeu principal pour la sécurité étant représenté par des phénomènes de migration massive liés aux modifications du climat⁵³⁸.

Les compétences dites « communautaires » relèvent de la cinquième partie du TFUE. Le Traité de Rome prévoyait à ce titre la politique commerciale (ex art. 133 TCE, art. 207 TFUE) et l'association avec les pays tiers (ex art. 310 TCE, art. 217 TFUE). A ces deux compétences se sont ajoutées, au fil des modifications successives des Traités, la politique de coopération au développement⁵³⁹, la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers⁵⁴⁰ et l'aide humanitaire⁵⁴¹.

Parmi ces domaines, deux méritent une attention particulière dans la mesure où ils sont en relation avec la lutte contre le changement climatique : la politique commerciale commune et la politique de coopération au développement. S'agissant de la première, comme nous l'avons vu dans le premier Titre à propos de l'OMC, le commerce international peut interagir avec la lutte contre le changement climatique de plusieurs manières. Plusieurs dispositions pourraient être adoptées dans ce cadre : *inter alia*, la fixation de normes de développement et la diffusion de systèmes de certification et d'étiquetage qui prennent en compte des critères environnementaux⁵⁴². S'agissant de la politique de coopération au développement, le changement climatique risque d'entraver la réalisation du premier objectif de cette politique :

climatique tant comme cause directe de danger pour la sécurité nationale, que comme danger indirect et « *stress multiplier* » (p. 8). Pour un approfondissement, voir aussi les rapports publiés par le National Intelligence Council à la page internet : www.dni.gov/nic/special_climate2030.html (2/05/2012).

⁵³⁷ Document établi par le Haut Représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune et la Commission européenne à l'attention du Conseil européen, Changement climatique et sécurité internationale, *S113/08*, 14/03/2008. Pour un approfondissement voir, entre autres : Shirley V. SCOTT, « Securitized climate change: international legal implications and obstacles », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 21, n° 4, December 2008, pp. 603-619 ; Maria Julia TROMBETTA, « Environmental security and climate change: analysing the discourse », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 21, n° 4, December 2008. Sur le concept émergent de « réfugié climatique », voir : numéro spécial « Réfugiés climatiques, migrants environnementaux ou déplacés ? », *Revue Tiers Monde*, oct.-déc. 2010.

⁵³⁸ Parmi les études établies au niveau national et notamment en France sur le lien entre politique de la défense et changement climatique voir : EELV (Europe Ecologie Les Verts), *Livre vert de la défense*, Sénat, Février 2014. Pour une analyse de ce Livre Vert et une comparaison avec d'autres approches nationales, voir : Arnault BARICHELLA, *A Comparative analysis of the "Livre Vert de la Défense" and the relation between climate change and systemic crisis*, mémoire de Master, sous la direction de Prof. Anne-Marie LE GLOANNEC, Master Affaires Européennes, Sciences Po, soutenu le 10 juin 2014. Pour une réaction étatique sur les migrations dues au changement climatique, voir, entre autres : Demola OKEOWO, « Examining the Link: Climate Change, Environmental Degradation and Migration », *Environmental Law Review*, 15 (2013), pp. 273-289.

⁵³⁹ Un cadre juridique propre à la politique de coopération au développement a été établi par le Traité de Maastricht (ex. art. 177-181 TCE, art. 208-211 TFUE).

⁵⁴⁰ Le Traité de Nice a introduit une base juridique spécifique à la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers (ex art. 181 A TCE, art. 212-213 TFUE).

⁵⁴¹ Une base juridique spécifique pour l'aide humanitaire a été introduite par le Traité de Lisbonne avec l'art. 214 TFUE.

⁵⁴² Pour une liste de mesures possibles d'intégration de la lutte contre le changement climatique dans la politique commerciale commune, voir : Parlement européen, résolution sur les politiques commerciales internationales dans le cadre des impératifs dictés par les changements climatiques, du 25/11/2010, 2010/2103(INI).

« l'éradication de la pauvreté dans le cadre du développement durable »⁵⁴³. Le lien entre pauvreté et changement climatique est complexe car, d'une part, la pauvreté augmente la vulnérabilité liée aux phénomènes climatiques et, d'autre part, le manque de technologies conduit les pays en développement à avoir un système productif plus émetteur de GES. Les deux volets du changement climatique sont ainsi concernés par la politique de coopération au développement : l'adaptation et l'atténuation. Une étape importante pour la prise en compte de l'enjeu climatique dans l'adoption de stratégies et mesures d'aide à la coopération a été le lancement en 2007 par la Commission européenne de l'Alliance Mondiale pour le Changement Climatique (AMCC), qui implique l'UE et les pays en développement les plus vulnérables⁵⁴⁴. Cette alliance s'inscrit dans la droite ligne des choix effectués par l'Union européenne dans le cadre des négociations climatiques. Comme nous l'avons mis en évidence dans le premier Titre, au cours des négociations pour un accord post-Kyoto, l'UE a formé une alliance importante avec les pays les moins développés et les pays en développement autres que les grandes puissances émergentes. Parmi les priorités de l'AMCC dans le cadre des stratégies de réduction des émissions de GES, la lutte contre la déforestation tient une place centrale, comme le développement de réseaux d'études et de prévention des catastrophes naturelles. Les instruments que la Commission envisage de développer sont le Mécanisme de Développement Propre (MDP), institué dans le cadre du Protocole de Kyoto et intégré au sein du Système d'Echange de Quotas d'Emissions de GES (SCEQE) et des programmes thématiques de financement tels que celui intitulé « Environnement et gestion durable des ressources naturelles, y compris l'énergie » (ENRTP).

Afin de mieux intégrer le changement climatique à la coopération au développement, des lignes guide ont été adoptées en 2009 par EuropeAid⁵⁴⁵, destinées au personnel de l'UE et à ses partenaires afin de prendre en compte la lutte contre le changement

⁵⁴³ Déclaration conjointe du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission sur la politique de développement de l'Union européenne, Le consensus européen, JO C 46 du 24/02/2006, p. 1-19.

⁵⁴⁴ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Construire une alliance mondiale contre le changement climatique entre l'Union européenne et les pays en développement pauvres et les plus vulnérables au changement climatique, du 18 juillet 2007, COM(2007) 540 final.

⁵⁴⁵ Rappelons que EuropeAid est le nom de la Direction Générale (DG) de développement et coopération, créée en 2013. « *Within the European Commission, EuropeAid is the Directorate-General responsible for formulating EU development policy and defining sectoral policies in the field of external aid, in order to reduce poverty in the world, to ensure sustainable economic, social and environmental development and to promote democracy, the rule of law, good governance and the respect of human rights* », DG for Development and Cooperation - EuropeAid. Main missions of DEVCO Directorates & Units. Version of 18/11/2013 on the basis of the edited and translated version of 21/12/2012.

climatique « *au niveau de la planification stratégique, dans les approches sectorielles, le soutien budgétaire et la planification de projets* ». Ces lignes directrices, par exemple, « *imposent un « examen des risques climatiques » dans le cadre de la planification des projets, c'est-à-dire une évaluation des risques climatiques auxquels le projet est exposé et qui peuvent en affecter la pertinence, l'efficacité, l'efficience, la durabilité ou l'impact sur le développement* »⁵⁴⁶.

En dépit des nombreuses réflexions, les instruments adoptés dans le cadre de la politique de coopération au développement prenant en compte le changement climatique restent à un état embryonnaire, surtout en ce qui concerne les mesures de réduction des émissions de GES. En outre, une coordination et une mise en cohérence des différents instruments adoptés doivent encore être développées.

Le troisième type de compétences externes explicites est constitué des compétences externes qui se sont développées au sein de compétences internes. Dans ce cas, l'action extérieure a été explicitement attribuée par le Traité car elle est une nécessité pour parvenir à la réalisation d'objectifs internes⁵⁴⁷. Le Traité en prévoit quatre catégories : la politique monétaire (art. 3(1) (c) TFUE en liaison avec l'art. 219 TFUE) ; l'immigration (art. 79(3) TFUE) ; l'environnement (art. 191 et 192 TFUE) et la recherche, le développement technologique et de l'espace (art. 4(3) TFUE).

En ce qui concerne l'environnement, matière d'élection pour les négociations climatiques, nous verrons par la suite que le Traité attribue à l'Union une compétence externe explicite uniquement en matière de coopération avec les Etats tiers et les organisations internationales. Cette limitation a souvent conduit l'Union à fonder son action de protection de l'environnement non pas sur cette compétence externe explicite mais plutôt sur une compétence implicite, sujet abordé dans les prochains paragraphes.

⁵⁴⁶ Parlement européen, Direction Générale des politiques externes, département thématique, Evaluation de l'équilibre entre les objectifs de l'UE en matière de développement et ses autres politiques et priorités, 2011. Le chapitre 4 de ce rapport est dédié au changement climatique. Ce rapport se situe dans la continuité des plusieurs réflexions des institutions européennes, à commencer par celle effectuée dans le cadre de la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Les changements climatiques dans le contexte de la coopération au développement, du 11 mars 2003, COM(2003)85 final, p. 30.

⁵⁴⁷ Eleftheria NEFRAMI, *op. cit.*, p. 54 ss.

A.2. Les compétences externes implicites

Aux compétences externes explicites s'ajoutent les compétences externes implicites, sur lesquelles l'Union européenne fonde son action dans les domaines pour lesquels les traités ne lui attribuent pas expressément une compétence pour négocier et conclure des accords avec les pays tiers. Dans la mesure où une compétence explicite n'est pas attribuée pour le domaine climatique et où celle expressément attribuée pour l'environnement n'a qu'une portée limitée, il est pour nous nécessaire de retracer la jurisprudence sur les compétences implicites afin d'identifier le statut du changement climatique dans le système de compétences de l'Union.

En 1971, dans l'arrêt AETR⁵⁴⁸ la Cour a énoncé pour la première fois l'existence de compétences externes de la Communauté européenne qui ne sont pas contenues dans le Traité mais qui découlent des compétences internes. Le principe du parallélisme a ainsi été affirmé : la Communauté européenne est compétente pour conclure un accord avec un pays tiers si elle dispose d'une base juridique interne en la matière. La jurisprudence AETR a aussi indiqué que ces compétences sont exclusives lorsque la Communauté a déjà légiféré dans le domaine faisant l'objet de l'accord international⁵⁴⁹. Dans ce cas, les Etats membres sont dessaisis de la compétence pour conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers et seule la Communauté pourra l'exercer⁵⁵⁰. La raison de ce dessaisissement réside dans le fait que la conclusion par un Etat membre d'un accord portant sur une matière déjà réglementée pourrait « affecter » les règles communes⁵⁵¹, en mettant ainsi en danger « *l'unité du marché commun et l'application uniforme du droit communautaire* » (pt. 31 arrêt AETR).

⁵⁴⁸ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, aff. 22/70, *Rec.* 1971, p. 263.

⁵⁴⁹ Appelée à se prononcer sur la possibilité pour la Communauté européenne de conclure un accord international en matière de transports en dépit de l'absence d'une compétence externe explicite dans le domaine, la Cour a affirmé : « *une telle compétence résulte non seulement d'une attribution explicite par le traité (...) mais peut découler également d'autres dispositions du traité et d'actes pris par les institutions de la Communauté* » (pt. 16). La Cour continue : « *en particulier, chaque fois que, pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que soit, des règles communes, les Etats membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les Etats tiers des obligations affectant ces règles* » (pt. 17).

⁵⁵⁰ « *Dans la mesure où des règles communautaires sont arrêtées pour réaliser les buts du traité, les Etats membres ne peuvent, hors du cadre des institutions communes, prendre des engagements susceptibles d'affecter lesdites règles ou d'en altérer la portée* » (pt. 22).

⁵⁵¹ L'affectation de règles communes par l'adoption de la part d'un Etat Membre d'un accord international portant sur une matière déjà réglementée au niveau communautaire est bien illustré par la Cour dans les arrêts dites « Ciel Ouvert » ou « *Open skies* », CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Grand-duché de Luxembourg*, aff. C-472/98, *Rec.* p.I-9741. Les autres arrêts « ciel ouvert » sont les suivantes : CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Danemark*, aff. C-467/98, *Rec.* p. I-9519 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Suède*, aff. C-468/98, *Rec.* p. I-9627 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Belgique*, aff. C-471/98, *Rec.* 2002 p. I-09681 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Autriche*, aff. C-475/98, *Rec.* 2002 p. I-09797 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-476/98, *Rec.* p. I-9855 ; CJCE, 24 avril 2007, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-523/04, *Rec.* p. I-3267, pt. 68. Pour une analyse de la notion d'affectation, voir : Alessandra LANG, « *Le relazioni esterne dell'Unione Europea* », in Mario P. CHITI et Guido GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè editore, Milano, 2007.

Dans les années soixante-dix, la Cour a établi que la Communauté détenait une compétence exclusive pour conclure des accords internationaux même dans le cas où, ayant une compétence interne dans un domaine, elle n'a pas encore légiféré dans ce secteur. Dans l'avis 1/76⁵⁵² la Cour, en suivant une approche pragmatique, a en effet indiqué que la Communauté était seule compétente pour la conclusion de l'accord si l'exercice de la compétence externe est « *nécessaire à la réalisation des objectifs en vue desquels des compétences internes ont été reconnues à la Communauté* »⁵⁵³.

La Cour a donc établi que lorsque la Communauté a une compétence interne dans le domaine d'un accord international, elle sera la seule à pouvoir conclure cet accord dans deux cas : (i) lorsque l'Union a déjà légiféré dans le domaine couvert par l'accord international ; ou (ii) lorsque l'exercice de cette compétence est nécessaire pour atteindre les objectifs énoncés dans le Traité.

Depuis ces arrêts, la Cour continue à préciser et à redéfinir ces deux critères.

S'agissant du premier critère, l'arrêt AETR en avait proposé une conception très large : l'exclusivité de la compétence externe implicite serait indépendante de l'étendue de l'exercice interne de la compétence et donc subsisterait même dans le cas où les mesures internes ne sont pas exhaustives ou si l'objet précis de l'engagement international n'est pas entièrement couvert par la portée de l'action interne de la Communauté.

Cette conception a été précisée de façon restrictive à partir des années quatre-vingt-dix. La Cour, dans l'avis 1/94⁵⁵⁴, a établi qu'il y a compétence externe implicite exclusive si la Communauté bénéficie d'une habilitation relativement générale conférée par le Traité⁵⁵⁵, ou si les dispositions communautaires sont complètement

⁵⁵² CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76 relatif au Fonds européen d'immobilisation de la navigation sur le Rhin et la Moselle, *Rec.* p. 750.

⁵⁵³ Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE, « L'ère des compétences partagées. A propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *RMCUE*, n° 390, 1995, p. 467 ss. Dans l'avis 1/76, la Cour établit que : « *la compétence de la Communauté (...) pour prendre des engagements internationaux peut non seulement résulter d'une attribution explicite par le traité, mais également découler de manière implicite de ses dispositions (...) Chaque fois que le droit communautaire a établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre les engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence de dispositions expresses à cet égard* » (point 3). S'agissant de l'élaboration de la part de la Cour du critère de nécessité dans l'avis 1/76, nous souhaitons rappeler que dans sa jurisprudence successive la Cour a lu dans cette création, une « *transposition au domaine des compétences externes de la Communauté la logique qui sous-tend l'article 308 TCE* » : dans les deux cas une approche pragmatique a prévalu. CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Autriche*, *op. cit.*, pt. 48.

⁵⁵⁴ CJCE, 15 novembre 1994, avis 1/94 sur la compétence de la Communauté à propos des résultats des négociations de l'Uruguay Round, *Rec.* p. I-5267.

⁵⁵⁵ Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE, *Ibid.* p. 467-468.

harmonisées en la matière⁵⁵⁶ : les dispositions communes affectées par l'accord international ne peuvent donc pas être minimales⁵⁵⁷. En outre, la Cour a ajouté que la Communauté détenait une compétence exclusive si le législateur européen lui a expressément attribué une compétence pour négocier avec les pays tiers⁵⁵⁸.

Il est ici intéressant de comprendre la méthode suivie par la Cour pour vérifier si l'accord international affecte les règles communes. Elle nous servira par la suite pour nous interroger sur la possibilité d'identifier une compétence externe exclusive de l'UE dans le domaine du changement climatique. Dans son avis 1/03 concernant la conclusion de la nouvelle Convention de Lugano sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁵⁵⁹, la Cour utilise un raisonnement en deux étapes⁵⁶⁰. Elle procède d'abord à l'examen et à la comparaison des domaines couverts par les règles communautaires et par l'accord international envisagé. Cette première étape semble pouvoir conduire à trois conclusions possibles de la part de la Cour : il n'y a pas de concordance entre les domaines et les règles communes ne sont donc pas affectées ; il y a une concordance complète ; il y a une concordance mais elle n'est pas complète. Du premier constat découle l'impossibilité d'attribuer une compétence exclusive à l'Union ; du deuxième découle l'exclusivité de la compétence externe de l'Union ; le troisième rend nécessaire un approfondissement de l'examen pour pouvoir déterminer la nature de la compétence européenne. C'est seulement dans ce troisième cas que la Cour procède à la deuxième étape : une analyse du contenu de chaque disposition de l'accord et sa comparaison avec les règles communes. Nous devons saluer l'analyse de Mme SHARPSTON selon laquelle cette deuxième étape est également nécessaire quand un domaine est largement couvert par des règles communes⁵⁶¹. Il n'y a pas de lien automatique entre une large couverture par les règles communes des domaines concernés par l'accord et l'exclusivité des compétences de l'Union. Cependant « *il est manifeste que plus le domaine déjà couvert par le droit de l'Union est étendu, plus il*

⁵⁵⁶ Avis 1/94, *cit.*, p. 96 ; avis 2/92, *cit.*, pt. 33 ; C-476/98, *cit.*, pt. 110.

⁵⁵⁷ CJCE, 7 février 2006, avis 1/03 concernant la conclusion de la nouvelle Convention de Lugano sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Rec.* p. I-1145, pt. 123.

⁵⁵⁸ CJCE, 24 mars 1995, avis 2/92, *Rec.* 1995 p. I-00521, pt. 33 ; Avis 1/94, *cit.*, pt. 95 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, *cit.*, pt. 109.

⁵⁵⁹ Avis 1/03, *cit.*

⁵⁶⁰ Nous fondons cette analyse surtout sur les pt. 125 et 126 de l'avis 1/03.

⁵⁶¹ Mme SHARPSTON fonde cette analyse sur la lettre de l'avis 1/03 de la Cour : « *Lorsqu'il y a lieu de déterminer si le critère énoncé par la formule « d'un domaine déjà couvert en grande partie par des règles communautaires » (...) est rempli,*

devient probable que la partie restante de l'accord international est susceptible d'avoir un impact sur les règles existantes de l'Union. Mais cela n'est pas toujours le cas »⁵⁶². Cette deuxième étape conduit ainsi à une étude ponctuelle du contenu de toutes les dispositions de l'accord international afin de les comparer aux règles déjà adoptées par le législateur européen. Cette analyse pourra conduire à constater une affectation des règles communes qui n'est pas minime et donc à attribuer une compétence exclusive pour la négociation et la conclusion de l'accord international par l'Union européenne.

Il est important de souligner que si la première étape de l'analyse portant sur la comparaison entre les domaines concernés par l'accord et les dispositions européennes est relativement simple, l'analyse disposition par disposition de l'accord international révèle un obstacle majeur : l'exclusivité ou le partage de compétence doit être défini en vue de la phase de négociation de l'accord. De ce fait, cet examen a lieu à un moment où le contenu précis du futur accord ne peut pas encore être définitivement connu. Le Conseil, qui établit le mandat de négociation, et la Cour, éventuellement appelée à prononcer son avis sur le fondement de l'article 218(11) TFUE, déterminent donc la compétence de l'Union européenne *ex ante* sur la base des informations dont ils disposent. La récente affaire C-114/12, que nous avons évoqué dans la première sous-section, illustre bien cette difficulté, la Cour ayant été appelée à annuler la décision du Conseil et des représentants des Etats membres concernant la négociation d'une convention du Conseil de l'Europe sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion, au motif que cette décision enfreint la compétence externe exclusive de l'Union en la matière⁵⁶³. En l'absence du texte de la convention, en phase de négociation, la Cour a fondé sa décision sur la base d'une série de documents européens mis à disposition par la Commission visant à préciser le contenu des négociations. Cela constitue certainement un obstacle majeur dans le déroulement de la deuxième étape⁵⁶⁴.

l'analyse doit se fonder non seulement sur l'étendue des règles en cause, mais également sur leur nature et leur contenu » (avis 1/03, pt. 126), conclusions de l'Avocat Général Eleanor SHARPSTON dans l'affaire C-114/12, *op. cit.*, pt. 107.

⁵⁶² *ibid.*

⁵⁶³ Nous avons pris en compte le deuxième moyen de recours dans la première sous-section (page 209 et suivantes) : il portait sur la violation des règles de procédure dans l'adoption de la décision d'ouverture des négociations, définition des négociateurs et précisions du mandat.

⁵⁶⁴ La difficulté d'interopération de ces documents est d'ailleurs visible dans la différente interprétation des textes et de leur correspondance avec les règles communes faites par l'Avocat Général et la Cour qui les a conduits à deux conclusions différentes : la première soutenant l'absence d'affectation et le conséquent partage de compétence et la deuxième annulant la décision en accueillant ce premier moyen de recours.

La jurisprudence AETR a ainsi subi une redéfinition importante au fil des années. Il en a été de même s'agissant du deuxième critère définissant une compétence externe exclusive, celui de la nécessité d'une compétence externe pour atteindre les objectifs énoncés par le Traité. La Cour a développé une interprétation restrictive de l'avis 1/76⁵⁶⁵. Rappelons d'abord que cet avis portait sur la conclusion d'un accord concernant la navigation sur le Rhin, qui nécessitait donc un accord international associant la Suisse. Des mesures internes pouvaient uniquement être adoptées suite à la conclusion et à la mise en vigueur de l'accord international. L'action internationale représentait donc le seul moyen d'adoption des règles communes, ce qui justifiait l'exercice d'une compétence externe implicite exclusive⁵⁶⁶. Toutefois, le critère de la nécessité de l'avis 1/76 n'a pas été retenu dans l'avis 1/94. Malgré la tentative de la Commission de soutenir la compétence externe exclusive de la Communauté pour la conclusion des accords OMC par le biais du critère de compétence, la Cour a adopté une « *lecture réductrice* » de l'avis 1/76⁵⁶⁷. En règle générale, la compétence externe implicite est exclusive quand « *la conclusion de l'accord international (est) ainsi nécessaire pour réaliser des objectifs du traité qui ne peuvent pas être atteints par l'établissement de règles autonomes* »⁵⁶⁸. Selon la jurisprudence plus récente de la Cour, la nécessité d'un accord n'est pas liée à son aptitude à parvenir aux objectifs de

⁵⁶⁵ Il est opportun de rappeler ici que la notion de nécessité développée dans l'avis 1/76 trouve ses racines dans l'arrêt Kramer, CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. jointes C-3/76, C-4/76, C-6/76, *Rec.* p. 127. Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée à titre préjudiciel sur la compétence pour prendre des engagements internationaux pour la conservation de certaines espèces, dans le cadre de la convention sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord. Rappelons que à l'époque la Communauté non seulement ne bénéficiait pas d'une compétence exclusive en matière de conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche (art. 3(1) lett. d) TFUE), mais n'avait non plus une compétence en matière d'environnement. La Cour a dû se prononcer sur la possibilité pour la Communauté de se substituer à ses Etats membres dans la Convention. Dans l'absence de mesures internes, la Cour fonde une compétence implicite externe de la Communauté sur la nécessité de mesures envisagées pour atteindre l'objectif de conservation des espèces : « *la conservation des ressources biologiques de la mer ne peut être assurée de manière à la fois efficace et équitable qu'à travers une réglementation engageant tous les Etats intéressés, y compris les pays tiers* » (pt. 32). La Cour a toutefois ici conclu que l'action extérieure de la Communauté n'est pas le seul moyen pour adopter des règles communes qui visent à atteindre cet objectif. L'exercice de la compétence externe implicite ne paraît donc pas nécessaire à la réalisation de l'objectif de conservation des ressources biologiques de la mer jusqu'à quand la Communauté n'ait pas adopté des règles internes avec ce but. Malgré donc une référence au critère de nécessité, la Cour a confirmé le lien entre compétence externe implicite de la Communauté et l'exercice préalable de règles communes, déjà affirmé dans l'arrêt AETR. Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 91 ss.

⁵⁶⁶ Eleftheria NEFRAMI, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁶⁷ Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE, *op. cit.*, p. 466.

⁵⁶⁸ Aff. C-476/98 *cit.*, pt. 83. En appliquant le critère de nécessité d'une façon restrictive par rapport à l'avis 1/76, la Cour établit l'impossibilité que la compétence exclusive de la Communauté pour la conclusion d'accords en matière des transports aériens descende de l'application du critère de nécessité. « *En effet, rien dans le traité n'empêche les institutions d'organiser, dans les règles communes qu'elles arrêtent, des actions concertées à l'égard des Etats-Unis d'Amérique ni de prescrire les attitudes à prendre par les Etats membres vis-à-vis de l'extérieur, en vue de pallier les discriminations ou les distorsions de concurrence qui pourraient résulter de l'application des engagements contractés par certains Etats membres avec les Etats-Unis d'Amérique dans le cadre d'accords dits «de ciel ouvert» (voir, en ce sens, avis 1/94, point 79). Il n'est donc pas établi que, en raison de telles discriminations ou distorsions de concurrence, les objectifs du traité dans le domaine du transport aérien ne peuvent pas être atteints par l'établissement des règles autonomes* ».

l'Union, mais plutôt à l'impossibilité d'y parvenir par le biais de l'adoption de dispositions internes⁵⁶⁹.

Cette jurisprudence complexe de la Cour en matière de compétences externes implicites a été codifiée par deux dispositions du TFUE. La première est l'article 3(2) TFUE : « *l'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée* ». La deuxième disposition est l'article 216(1) TFUE : « *L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée* ». La cohérence entre la lettre de ces dispositions et l'évolution de la jurisprudence de la Cour ainsi qu'entre les deux articles fait encore l'objet de débat au sein de la doctrine et de la Cour même. En ce qui concerne le premier aspect, la question principale a été de comprendre si l'article 3(2) TFUE codifie la jurisprudence AETR. L'Avocat Général Juliane KOKOTT s'est penchée sur la question et elle a conclu en faveur d'une correspondance : les auteurs du Traité de Lisbonne, en rédigeant l'article 3(2) TFUE, ont voulu codifier la jurisprudence AETR telle qu'elle avait évolué au cours des années⁵⁷⁰. Sur le deuxième aspect, l'ambiguïté principale dérive du fait que l'article 216(1) TFUE reprend partiellement la lettre de l'article 3(2) TFUE, sans pour autant spécifier l'exclusivité de la compétence. Le critère de nécessité d'un accord pour la réalisation des objectifs, identifié par la jurisprudence comme une cause d'exclusivité, n'apparaît que dans l'article 216(1) TFUE, ce qui pourrait constituer une divergence entre le Traité et la jurisprudence⁵⁷¹. Selon l'Avocat Général

⁵⁶⁹ Alessandra LANG, « Le relazioni esterne dell'Unione Europea », *op.cit.*, p. 807.

⁵⁷⁰ CJUE, 22 octobre 2013, *Commission c. Conseil*, aff. C-137/12. Conclusions de l'Avocat Général Juliane KOKOTT, présentées le 27 juin 2013, pt. 111 à 117. L'Avocat Général répond au Conseil qui soutenait que la jurisprudence de la Cour n'est plus pertinente après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, parce que l'article 3(2) TFUE établirait une conception plus étroite de la compétence exclusive de l'Union. Mme KOKOTT ne trouve cependant aucune preuve de la volonté des rédacteurs du Traité de Lisbonne de s'écarter de la jurisprudence. Dans ses récentes conclusions, Mme SHARPSTON est d'accord avec Mme KOKOTT sur cette interprétation, Conclusions présentées dans l'affaire C-114/12, *cit.*, par. 84.

⁵⁷¹ Cette ambiguïté est accentuée par l'hétérogénéité des versions linguistiques. Dans la version en anglais par exemple, dans l'article 3(2) TFUE il est utilisé le verbe « *may* » qui semble indiquer une simple possibilité, tandis que l'article 216(1)

SHARPSTON, il ne faut pas donner d'importance à cette divergence. En effet, si la compétence est exclusive selon l'article 3(2) TFUE, « *il serait impossible de refuser une compétence externe en soi au titre de l'article 216(1) TFUE. Dans le même temps, s'il est exact que l'analyse de la compétence au regard de l'article 216, paragraphe 1 TFUE (« y-a-t-il compétence ? ») devrait précéder l'examen du caractère de cette compétence (« la compétence est-elle exclusive » ?), démontrer que conclure l'accord international est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée signifie alors automatiquement que la compétence est exclusive et exclut la possibilité de toute compétence partagée* »⁵⁷².

B. La mixité des accords

Le système de répartition des compétences externes, incluant des compétences exclusives et des compétences partagées, a conduit l'Union européenne et les Etats membres à conclure conjointement certains accords internationaux, qualifiés de mixtes. La présence dans les accords de dispositions portant sur des domaines pour lesquels les compétences sont de types différents conduit à une grande variété de cas possibles (B1). La complexité inhérente à ces accords a mené à l'inclusion, au sein des accords mêmes, d'une « déclaration de compétence » identifiant les compétences qui appartiennent à l'Union et celles appartenant aux Etats membres (B2).

B.1. La notion de mixité

Un accord est mixte quand il est négocié et conclu conjointement par l'Union européenne et par les Etats membres. Les raisons qui conduisent à choisir la mixité d'un accord peuvent être tant d'origine juridique, résultant du système d'attribution des compétences que nous avons illustré, que d'origine politique, conduisant à des décisions cas par cas⁵⁷³.

La doctrine a longuement débattu des différents types de mixités des accords internationaux. Nous retraçons ici brièvement ce débat car il nous servira par la suite

TFUE utilise l'expression « *is likely to* », impliquant un certain degré de probabilité. Ces observations linguistiques sont aussi prises en compte par Mme SHARPSTON, *op. cit.*, pt. 88.

Pour une analyse de cette question voir, entre autres, Marcus KLAMERT, « *New conferral or old confusion ? – The perils of making implied competences explicit and the example of the external competence for environmental policy* ». *Centre for the Law of the EU External Relations (CLEER) working papers* 2011/6, Asser Institute, The Hague.

⁵⁷² Avocat Général SHARPSTON, *ibid.*

⁵⁷³ Piet EECKHOUT, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 213-214.

pour nous interroger sur la possibilité de l'Union de négocier et de conclure un accord climatique sans la participation des Etats membres. Nos réflexions seront de nature juridique, sachant que les contraintes politiques peuvent être déterminantes dans les choix des modalités de négociation et de conclusion des accords.

La doctrine identifie les types d'accords mixtes sur la base de la répartition des compétences dans les secteurs qui sont couverts par les accords négociés : en particulier, il est possible de distinguer les accords relevant de compétences coexistantes de ceux relevant de compétences concurrentes⁵⁷⁴. Dans le premier cas, l'accord contient des dispositions qui relèvent de la compétence exclusive de l'Union et d'autres de la compétence exclusive des Etats membres⁵⁷⁵. L'accord pourrait ainsi être divisé en deux parties séparées, l'une relevant de la compétence de l'UE et l'autre relevant de la compétence des Etats membres⁵⁷⁶ : cela donnerait lieu *de facto* à deux traités différents contenus dans un seul document. La Convention relative à la protection physique des installations et matières nucléaires constitue un exemple de compétences coexistantes de la Communauté et des Etats membres⁵⁷⁷.

La coexistence peut, à son tour, être horizontale ou verticale. Il y a coexistence horizontale lorsque la répartition des compétences dérive d'une distribution par secteurs, comme dans le cas de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer de 1982⁵⁷⁸. Il y a au contraire coexistence verticale lorsque l'Union est compétente pour conclure la partie principale de l'accord et que les Etats membres

⁵⁷⁴ Allan ROSAS, « Mixed Union - Mixed Agreements », in Martti KOSKENNIEMI, *International Law Aspects of the EU*, Kluwer Law International, 1998, p. 125 ss.

⁵⁷⁵ Allan ROSAS, « The European Union and Mixed Agreements », in Alan DASHWOOD et Christophe HILLION, *The General Law of EC Relations*, Sweet & Maxwell, London, 2000, p. 200-220. Allan ROSAS suit dans cette distinction: Maurits J.F.M. DOLMANS, *Problems of Mixed Agreements: Division of Powers Within the EEC and the Right of Third States*, Asser Institute, The Hague, 1985.

⁵⁷⁶ Un exemple suggéré par le Prof. Allan ROSAS est un traité contenant un chapitre sur le commerce de marchandises et un autre chapitre sur la défense militaire. Allan ROSAS, *op.cit.*, p. 204.

⁵⁷⁷ Iain MACLEOD, Ian HENDRY et Stephen HYETT, *The External Relations of the European Communities*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 96. La Convention relative à la protection physique des installations et matières nucléaires a fait l'objet de la délibération 1/78 de la Cour. Comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, dans cette délibération la Cour a pris position sur l'introduction d'une clause de compétence dans les conventions avec les pays tiers. CJCE, 14 novembre 1978, délibération 1/78, *op.cit.*

⁵⁷⁸ Cette Convention est citée par Allan ROSAS comme un exemple de mixité horizontale, malgré son niveau élevé de complexité. L'Annexe IX de la Convention se fonde sur le principe que les compétences relèvent soit de la compétence de la Communauté où il y a eu transfert de compétences, soit de la compétence des Etats membres. Toutefois, la fluidité qui caractérise le système et qui est visible dans l'art. 5 de l'Annexe I rend difficile de définir de façon claire des compétences coexistantes, comme il a été mis en évidence par ROSAS, qui fonde son raisonnement aussi sur les observations de Henry G. SCHERMERS, « A Typology of Mixed Agreements », in David O. KEEFFE et Henry G. SCHERMERS, *Mixed Agreements*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, pp. 26-27. La Convention sur le droit de la mer est entrée en vigueur pour la Communauté européenne le 1^{er} Mai 1998, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay), *JO L 179* du 23/03/1998, p. 3-134.

sont uniquement compétents pour sa mise en œuvre⁵⁷⁹. L'accord des Nations-Unies de 1995 relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs a été classifié par le Conseil comme accord mixte pour ses dispositions en matière de mise en œuvre (Partie VI de l'accord)⁵⁸⁰. Toutefois, il y a des cas où les compétences des Etats membres sont tellement limitées qu'elles peuvent être considérées comme accessoires par rapport aux dispositions substantielles de l'accord. La Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur la possibilité qu'un accord ne soit pas mixte dans le cas où la compétence des Etats membres dérive du seul fait qu'ils doivent mettre en œuvre les obligations découlant de l'accord⁵⁸¹. Dans ce cas, la négociation et la conclusion de l'accord devraient relever de manière exclusive de l'Union.

Le deuxième type d'accord mixte contient des dispositions qui relèvent de compétences concurrentes. Ce type d'accord apparaît notamment dans les cas de compétences partagées. A l'opposé du cas précédent (compétences coexistantes), les accords mixtes qui trouvent leur origine dans les compétences concurrentes ne peuvent pas être divisés en deux parties, car les compétences de l'Union européenne et celles des Etats membres sont confondues inextricablement. Parmi les domaines les plus concernés par ce type de mixité nous trouvons les accords environnementaux, la protection de l'environnement faisant *a priori* l'objet d'une compétence externe

⁵⁷⁹ Les compétences coexistantes verticales ont été définies par Allan ROSAS ainsi : « *The Community would be competent to conclude the main substantive part of the agreement, while Member State participation would be deemed necessary because of the nature of its obligations relating to the implementation and enforcement of those substantive parts* », in « Mixed Union – Mixed Agreements », *op.cit.*, p. 130.

⁵⁸⁰ La clause de compétence rédigée en conformité avec l'art. 47 de l'accord spécifie clairement les champs de compétence. La Communauté européenne a compétence exclusive pour la conservation et la gestion des ressources marines vivantes incluant « *la compétence réglementaire reconnue en vertu du droit international de l'Etat du pavillon des Etats membres et pour veiller à ce que les Etats adoptent des dispositions permettant la mise en œuvre desdites mesures* », tandis que les Etats membres restent compétents de façon exclusive pour ce qui concerne « *les mesures applicables à l'égard des commandants et des autres officiers des navires de pêche, telles que le refus, le retrait ou la suspension des autorisations d'exercer, relevant de la compétence des Etats membres conformément à leur législation nationale* » ainsi que « *les mesures relatives à l'exercice de la juridiction de l'Etat du pavillon sur ses navires en haute mer, en particulier les dispositions concernant notamment la prise ou l'abandon du contrôle de navires de pêche par des Etats autres que l'Etat du pavillon, la coopération internationale à l'égard de l'exécution et la récupération du contrôle de leurs navires* ». Enfin, la clause définit les matières de compétence partagée entre Communauté européenne et Etats membres. ONU, Division des affaires maritimes et du droit de la mer, Bureau des affaires juridiques, Bulletin du Droit de la Mer, (1996) n. 32, p. 31-32.

⁵⁸¹ CJCE, 11 novembre 1975, avis 1/75 sur un Arrangement concernant une norme pour les dépenses locales élaborées dans le cadre de l'OECD, *Rec.* p. 1355 ; CJCE, 19 mars 1993, avis 2/91 sur la Convention n. 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, *Rec.* 1993 p. I-01061 ; CJCE, 3 décembre 1996, *République portugaise c. Conseil*, aff. C-268/94, *Rec.*, p. I-6177. De ce dernier, voir notamment le point 77.

partagée entre l'Union et ses Etats membres, même si la possibilité d'une compétence exclusive pour certains accords n'est pas exclue sur la base de la jurisprudence⁵⁸².

Cette distinction entre compétences coexistantes et compétences concurrentes a des répercussions sur la mixité des accords. En effet, la mixité sera considérée comme obligatoire uniquement dans le cas de compétences coexistantes, l'Union n'ayant aucune compétence pour négocier une partie de l'accord⁵⁸³. Si les compétences sont concurrentes, la mixité de l'accord sera facultative et le choix devrait être fait cas par cas par l'Union et les Etats membres⁵⁸⁴.

Comme nous le verrons par la suite, le fait que le centre de gravité des accords climatiques soit constitué par la protection de l'environnement et que, dans la plupart des cas, la compétence dans les domaines faisant l'objet des dispositions de ces accords ne soit pas exclusive, a conduit le Conseil à considérer ces accords internationaux conclus jusqu'à présent comme des accords mixtes. Ce choix, légitime sur le plan juridique, est également apparu le plus opportun sur le plan politique, en raison de la sensibilité des enjeux traités.

Compte tenu du fait que les compétences qui relèvent du changement climatique sont, en grand partie, des compétences partagées relevant de l'article 4 TFUE, il est opportun de souligner d'ores et déjà que, selon la doctrine présentée, nous nous trouvons dans un cas de compétences concurrentes et la mixité est donc facultative. Il faut préciser cependant que cette distinction entre mixité facultative et obligatoire, largement développée par la doctrine, n'est pas expressément reconnue par la jurisprudence.

B.2. La déclaration de compétences

La variété des configurations de compétences possibles entre l'UE et les Etats membres dans la conclusion d'accords internationaux constitue une difficulté pour les pays tiers contractants. Cette difficulté à identifier les sphères de compétences respectives amène parfois à l'inclusion dans les accords d'une clause de

⁵⁸² Rappelons par exemple que la Déclaration ad articles 174 TCE établissait que la compétence dans le domaine de l'environnement restait soumise à la jurisprudence AETR et donc au principe pour lequel l'adoption de règles communes de la part de l'Union peut conduire à une compétence exclusive de l'Union.

⁵⁸³ Il fait exception à cette mixité obligatoire le cas, évoqué plus haut, de la mixité verticale où le rôle des Etats est très limité.

⁵⁸⁴ Allan ROSAS, *op.cit.*

compétence⁵⁸⁵. Cette clause demande aux Organisations Régionales d'Intégration Economique (ORIE) participant à un accord conjointement avec l'un ou plusieurs de leurs Etats membres, d'inclure une déclaration clarifiant la répartition des compétences entre ORIE et Etats membres dans les domaines de l'accord⁵⁸⁶.

La plupart des accords conclus sous l'égide des Nations-Unies, dont la Convention-cadre sur le Changement Climatique, demande l'inclusion d'une déclaration de compétence dans l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion des ORIE⁵⁸⁷.

Du point de vue de l'UE, la rédaction de la déclaration de compétence, qui prend la forme d'une annexe à la décision concernant l'approbation de l'accord, comporte deux difficultés. La première est que la division des compétences entre l'UE et les Etats membres peut ne pas correspondre aux dispositions présentes dans un traité international⁵⁸⁸. La deuxième relève des possibles changements rapides des compétences externes de l'UE, dus à une modification des Traités ou à une nouvelle interprétation jurisprudentielle. Dans ces deux cas, la clause de compétence devrait être modifiée.

L'UE a toujours regardé avec suspicion l'insertion d'une clause de compétence dans les accords internationaux, car celle-ci détermine la répartition des compétences avec

⁵⁸⁵ Entre autres, voir: Richard MACRORY and Martin HESSION, « The European Community and Climate Change. The Role of law and legal competence », in Tim O'RIORDAN et Jill JÄGER, *Politics of climate change – a European Perspective*, Routledge, London, 1996, p. 113 ; Veronica FRANK, *The European Community and marine environmental protection in the international law of the sea: implementing global obligations at the regional level*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 123.

⁵⁸⁶ Une analyse de cette clause est proposée par Eleftheria NEFRAMI, in *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, *op. cit.* p. 341, note 561. Elle souligne à cette occasion que la clause de compétence a fait l'objet d'étude surtout de la part de la doctrine anglo-saxonne et allemande. La traduction en français « clause de compétence » est une traduction libre. Une distinction de terminologie et d'approche caractérise toutefois les deux doctrines. La doctrine anglo-saxonne fait référence, explicitement ou implicitement, à la « *competence clause* », expression utilisée par exemple in Christian TOMUSCHAT, « Liability for Mixed Agreements », in David O'KEEFFE et Henry G. SCHERMERS, *op. cit.*, p. 127. L'élément commun à cette doctrine est l'approche suivie : l'analyse porte sur la perception par les Etats tiers de l'étendue des compétences de l'Union et étatiques. Au contraire, la doctrine allemande utilise le terme « *clause de séparation* » ou « *clause relative à l'effet obligatoire* » et elle suit une approche focalisée sur la répartition de l'effet obligatoire opérée par ces clauses. A la base de cette deuxième approche se trouve la présupposition de la délimitation exacte des compétences de l'Union et étatiques. Pour des raisons strictement linguistiques, nous utiliserons ici seulement la doctrine anglo-saxonne, conscients toutefois des limites dus à une analyse partielle de la doctrine.

⁵⁸⁷ En outre que la Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique, dont nous parlerons par la suite, il est possible de citer la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone, art. 13, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 2 et 5 de l'Annexe IX; la Convention sur la diversité biologique, art. 34(3); l'accord des Nations Unies sur les stocks de poissons chevauchants et les stocks de poissons grands migrateurs, art. 47(2); la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, art. 17(5); la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification, art. 34(3).

⁵⁸⁸ Comme souligné par John TEMPLE LANG, même en présence d'une déclaration de compétence, les juristes des pays tiers contractants pourront avoir des difficultés à comprendre pleinement s'il sera l'Union à être obligée par la Convention conclue. John TEMPLE LANG, « The Ozone Layer Convention: A New solution to the question of community participation in « mixed » international agreements », in *CMLR* 23, Issue 1, 1986, 157-176.

les Etats membres dans le cadre de l'accord conclu⁵⁸⁹. Une attribution claire des compétences risque de réduire l'intérêt de la conclusion d'un accord mixte, en empêchant ensuite une division interne cas par cas⁵⁹⁰. La Cour, elle-même réticente aux déclarations de compétence, a souligné l'absence de nécessité d'une explication de la division des compétences à l'intérieur de l'Union⁵⁹¹.

Malgré cette position des institutions européennes, des telles déclarations ont dû être rédigées pour la Convention-cadre et le Protocole de Kyoto.

En ce qui concerne la Convention-cadre, pour laquelle la participation d'une ORIE est subordonnée à l'inclusion d'une clause de compétence⁵⁹², l'article 22(3) énonce que « *dans leurs instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, les organisations d'intégration économique régionale indiquent l'étendue de leur compétence à l'égard des questions régies par la convention. En outre, ces organisations informent le dépositaire, qui en informe à son tour les parties, de toute modification importante de l'étendue de leur compétences* »⁵⁹³.

La déclaration de compétence de l'UE pour la conclusion de la Convention-cadre est contenue dans l'Annexe B de la décision 94/69/CE du Conseil du 15 décembre

⁵⁸⁹ L'attention qui doit être portée au contenu de cette déclaration a été mise en évidence par la Cour dans le cas concernant l'adhésion à la Convention sur la sûreté nucléaire, adoptée à Vienne le 17 juin 1994. La Commission a formé un recours en annulation contre la décision du Conseil concernant l'adhésion de l'Euratom à la Convention, CJCE, 10 décembre 2002, *Commission c. Conseil*, aff. C-29/99, *Rec.* p. I-11221. La raison de la demande d'annulation partielle de la décision portant l'approbation de l'adhésion de la communauté européenne de l'énergie atomique à la Convention sur la sûreté nucléaire était fondée sur la présence dans les conclusions du Conseil d'une déclaration de compétence, imposée par l'art. 30(4)(iii) de la Convention, retenue incorrect. La Cour a ici établi que quand une convention internationale impose l'insertion d'une clause de compétence afin de clarifier vis-à-vis des autres parties contractantes la répartition des compétences entre Communauté (ici l'Euratom) et ses Etats membres, le Conseil est obligé à se conformer. Suite à ce constat la Cour a analysé la clause de compétence dont était demandée l'annulation partielle par la Commission. La déclaration a été jugée incomplète et a été annulée par la Cour. La doctrine souligne le devoir de plein respect des compétences communautaires dans la conclusion d'une déclaration de compétence et le fait que cela est également transposable en droit communautaire. Voir : Piet EECKHOUT, *op.cit.*, p. 218.

⁵⁹⁰ John TEMPLE LANG, *op. cit.*

⁵⁹¹ CJCE, 4 octobre 1979, avis 1/78 portant sur l'accord international sur le caoutchouc naturel, *Rec.* p. 2871, pt. 35. Voir aussi : CJCE, 14 novembre 1978, délibération 1/78, *op.cit.*, pt. 35. A cette occasion la Cour a énoncé : « *importe encore de relever, ainsi qu'il a été exposé avec raison par la Commission, qu'il n'est pas nécessaire de relever et de fixer, à l'égard des autres parties à la Convention, la répartition des compétences en la matière entre la Communauté et les Etats membres, d'autant plus que celle-ci est susceptible d'évoluer au cours du temps. Il suffira d'affirmer à l'égard des autres parties contractantes que la matière donne lieu à un partage de compétences à l'intérieur de la Communauté, étant entendu que la nature exacte de ce partage est une question interne dans laquelle les Etats tiers n'ont pas à intervenir (...)* ». Voir aussi : CJCE, 10 décembre 2002, *Commission c. Conseil*, aff. C-29/99, *Rec.* I-11221. Conclusions de l'Avocat Général Francis G. JACOBS, présentées le 13 décembre 2001. L'affaire concernait le recours en annulation de la décision du Conseil pour l'adhésion de l'Euratom à la Convention sur la sûreté nucléaire adoptée en 1994. Sir JACOBS propose une relecture de la déclaration faite par la Cour dans l'Avis 1/78. Dans ce contexte il approuve l'usage communautaire de tenter d'éviter la déclaration de compétence entre Communauté et Etats membres. Il prend en effet en considération les difficultés « *juridiques et politiques* » à les rédiger et conclus en affirmant qu'il serait plus opportun tant pour la Communauté que pour les Etats membres, de se concentrer sur des « *éléments plus importants, tels que les règles matérielles de la convention* » (pt. 113).

⁵⁹² Rappelons que la possibilité pour les ORIE de participer à la conclusion de la Convention-cadre avec un ou plusieurs de ses Etats membres est établie par l'article 22 de la Convention : « (...) *Lorsqu'un ou plusieurs Etats membres d'une telle organisation sont Parties à la Convention, cette organisation et ses Etats membres conviennent de leurs responsabilités respectives dans l'exécution des obligations que leur impose la Convention (...)* », Convention-cadre, art. 22(2).

1993⁵⁹⁴. Cette déclaration diffère des autres rédigées par la Communauté dans le domaine de la protection de l'environnement : elle se limite à une liste d'actes adoptés par la Communauté liés aux domaines couverts par la Convention, soit dans l'exercice de sa compétence environnementale, soit dans l'exercice d'autres compétences sectorielles. Une comparaison utile peut être faite avec la déclaration de compétence concernant la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer⁵⁹⁵. Cette dernière consistait elle aussi en une liste de textes adoptés par la Communauté dans les matières relatives à l'accord, mais elle contenait également une déclaration dans laquelle la CE soulignait le transfert de compétence en matière de pêche des Etats membres, en explicitant aussi les compétences qui lui étaient attribuées dans le secteur de la protection et de la préservation de l'environnement marin⁵⁹⁶. Le choix d'utiliser en guise de déclaration des listes d'actes déjà adoptés par la Communauté dans les différents secteurs couverts par les accords est motivé par le fait que la Communauté ne jouit pas d'une compétence externe expresse dans la plupart de ces matières. Une liste d'actes permet donc d'éviter une déclaration explicite, mais constitue une indication des compétences de la Communauté à la lumière de la jurisprudence AETR et de celle qui a suivi.

Une seconde comparaison à propos de la déclaration de compétence insérée dans la Convention-cadre peut être établie entre la version définitive et la version qui avait été proposée par la Commission⁵⁹⁷. Dans sa version définitive, la déclaration est beaucoup plus synthétique et ne liste pas un nombre important d'actes qui étaient au contraire mentionnés dans la proposition. En outre, les actes listés dans la version définitive ne sont pas organisés par secteurs.

Dans la déclaration de compétence la Communauté établit que : « *conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté économique européenne, la Communauté est compétente, concurremment avec ses Etats membres, pour agir en*

⁵⁹³ La même clause avait été insérée, quelques années plus tôt, dans la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone (art. 13(3)).

⁵⁹⁴ Décision 94/69/CE du Conseil du 15 décembre 1993 concernant la conclusion de la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, *JO L* 33 du 7/02/1994, p. 11-12.

⁵⁹⁵ Décision 98/392/CE du Conseil du 23 mars 1998 concernant la conclusion de la part de la Communauté européenne de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'accord du 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de ladite Convention, *JO L* 179 du 23/06/1998, p. 1-2.

⁵⁹⁶ Déclaration des Communautés Européennes ex art. 2 de l'Annexe IX à la Convention et son Annexe. Pour un commentaire de cette déclaration voir Kenneth R. SIMMONDS, « The Community's Declaration upon signature of the U.N. Convention on the law of the sea », *CMLR* 23, Issue 3, 1986, 521-544.

⁵⁹⁷ Proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de la Convention-cadre sur le changement climatique, *JO C* 44 du 16/02/93, p. 1-21, COM(92) 508 final. La clause de compétence est incluse dans l'annexe II de cette proposition.

vue de protéger l'environnement. En ce qui concerne les domaines couverts par la Convention, la Communauté a adopté, tant dans le cadre de sa politique en matière d'environnement que dans celui d'autres politiques sectorielles, plusieurs instruments juridiques, dont les principaux sont énumérés ci-dessous ».

Dans cette formulation, la Communauté ne mentionne pas ses compétences exclusives ni ne souligne que certains des actes avaient été adoptés sur la base de compétences « *partiellement exclusives et partiellement partagées* ». Il s'agit, là encore, d'une différence par rapport à la proposition de la Commission. L'énonciation est donc assez générique et se limite à affirmer une compétence partagée en matière d'environnement⁵⁹⁸.

Pour conclure cette analyse de la déclaration de compétence pour la Convention-cadre, nous considérons opportun de reprendre les six domaines identifiés par la Commission dans sa proposition de décision et d'y associer les actes retenus dans la version définitive de la déclaration, ce qui nous aidera pour analyser les compétences engagées dans la lutte contre le changement climatique. Les six domaines sont : le secteur énergétique⁵⁹⁹ ; la stratégie communautaire en matière de stabilisation des émissions de CO₂⁶⁰⁰ ; les instruments financiers⁶⁰¹ ; la recherche scientifique et technologique⁶⁰² ; les forêts⁶⁰³ ; les transports⁶⁰⁴.

La déclaration de compétence dans le cadre de l'approbation du Protocole de Kyoto⁶⁰⁵ a une structure différente de celle relative à la Convention-cadre. En premier lieu, la

⁵⁹⁸ Dans sa proposition de déclaration de compétence, la Commission avait aussi affirmé avoir une compétence exclusive dans le domaine du commerce, qu'elle considérait donc important lors de la conclusion de la Convention-cadre sur les changements climatiques.

⁵⁹⁹ Règlement (CEE) n° 2008/90 du Conseil, du 29 juin 1990, concernant la promotion de technologies énergétiques pour l'Europe (Programme Thermie), *JO L* 185 du 17/07/1990, p. 1-15 ; Décision 89/364/CEE du Conseil, du 5 juin 1989, portant sur l'adoption d'un programme d'action communautaire visant à améliorer l'efficacité de l'utilisation de l'électricité, *JO L* 157 du 9/06/1989, p. 32-34 ; Décision 91/565/CEE du Conseil, du 29 octobre 1991, concernant la promotion de l'efficacité énergétique dans la Communauté (programme Save), *JO L* 307 du 8/11/1991, p. 34-36.

⁶⁰⁰ Décision du Conseil 93/389/CEE du 24 juin 1993 relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO₂ et des autres gaz à effet de serre dans la Communauté, *JO L* 167 du 9/07/1993, p. 31-33. Cette décision faisait suite à la conclusion du Protocole de Montréal.

⁶⁰¹ Règlement (CEE) n° 1973/92 du Conseil, du 21 mai 1992, portant sur la création d'un instrument financier pour l'environnement (Life), *JO L* 206 du 22/07/1992, p. 1-6.

⁶⁰² Décision 89/625/CEE du Conseil, du 20 novembre 1989, concernant un programme européen en matière de climatologie et de risques naturels (Epoch) et un programme européen en matière de science et technologie pour la protection de l'environnement (Step), *JO L* 359 du 8/12/1989, p. 9-15 ; Décision 91/354/CEE du Conseil, du 7 juin 1991, adoptant un programme communautaire de recherche et développement technologique dans le domaine de l'environnement (1990-1994), *JO L* 192 du 16/07/1991, p. 29-36.

⁶⁰³ Règlement (CEE) n° 2080/92 du Conseil, du 30 juin 1992, instituant un régime communautaire d'aides aux mesures forestières en agriculture, *JO L* 215 du 30/07/1992, p. 96-99.

⁶⁰⁴ Directive 92/6/CEE du Conseil, du 10 février 1992, relative à l'installation et à l'utilisation, dans la Communauté, de limiteurs de vitesse sur certaines catégories de véhicules à moteur, *JO L* 57 du 2/03/1993, p. 27-28.

⁶⁰⁵ Décision 2002/358/CE du 25 avril 2002 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent, *op.cit.*

Communauté européenne déclare pouvoir conclure les accords internationaux et se conformer aux obligations qui en découlent, conformément à l'ex article 175(1) TCE, lorsque ces accords contribuent à la réalisation des objectifs indiqués à l'ex article 174(1) TCE⁶⁰⁶. En second lieu, la déclaration ne contient pas de liste des actes adoptés dans les domaines couverts par l'accord. La Communauté se limite en effet à déclarer « *que ses engagements chiffrés de réduction des émissions dans le cadre du Protocole seront réalisés par des mesures de la Communauté et de ses Etats membres, chacun agissant dans le cadre des compétences qui lui sont propres, et qu'elle a déjà adopté des instruments juridiques contraignants pour ses Etats membres dans les domaines régis par le Protocole* ». Comme dans la déclaration relative à la Convention-cadre, la Communauté n'explicite pas la répartition des compétences dans les domaines régis par l'accord. Dans le cadre du Protocole, elle ne fournit même pas une liste d'actes pertinents⁶⁰⁷. L'une des raisons peut être que le Protocole est en tout cas subordonné à la Convention-cadre, ce qui rend moins stricte la nécessité d'une telle déclaration. En outre, du point de vu strictement pragmatique, une plus grande familiarité des pays tiers avec la participation de la Communauté aux accords internationaux avait réduit la pression internationale pour de telles déclarations.

Nous voyons donc que même ces déclarations, censées expliciter la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres, ne parviennent pas à éclaircir ce système complexe et évolutif.

Sous-section 2 : nature et portée des compétences externes de l'UE dans le domaine du changement climatique

A la lumière des notions que nous avons introduites dans la sous-section précédente, nous pouvons à présent nous interroger sur la position du changement climatique dans le système des compétences externes de l'Union européenne.

⁶⁰⁶ Rappelons les objectifs indiqués dans l'ex art. 174(1) TCE : « *conservation, protection et amélioration de la qualité de l'environnement ; protection de la santé des personnes ; utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles ; promotion, à l'échelon international, de mesures visant à régler des problèmes environnementaux régionaux ou mondiaux* ».

⁶⁰⁷ La Communauté précise enfin qu'elle « *fournira régulièrement des informations sur les instruments juridiques communautaires pertinents ; elle le fera dans le cadre des informations complémentaires contenues dans sa communication nationale présentée au titre de l'art. 12 de la Convention aux fins de démontrer le respect de ses engagements au titre du Protocole conformément à l'article 7, paragraphe 2, de celui-ci et aux lignes directrices définies dans ce cadre* ».

Nous allons d'abord examiner le statut de la lutte contre le changement climatique et des domaines concernés (A) et nous interroger ensuite sur la possibilité d'attribuer à l'Union une compétence exclusive pour la négociation des futurs accords climatiques (B). Il est nécessaire d'indiquer que notre analyse portera aussi sur les nouveautés introduites par le Traité de Lisbonne, sachant que depuis son entrée en vigueur relativement récente aucun accord climatique n'a été conclu.

A. Les compétences attribuées à l'UE

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, une réflexion s'est développée au sein de la doctrine sur la relation entre objectifs et compétences. Cette relation est particulièrement pertinente pour le domaine que nous traitons, à la lumière de l'intégration de la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs identifiés par le Traité de Lisbonne (A1). Au-delà de cette question, il est important d'analyser l'attribution de compétences dans l'ensemble des secteurs principaux qui, comme nous l'avons vu dans le Chapitre 3, sont concernés par la lutte contre le changement climatique : environnement, énergie, transports et agriculture (A2).

A.1. La lutte contre le changement climatique : objectif ou compétence ?

Le Traité de Lisbonne a pour la première fois intégré la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs de l'action internationale de l'Union européenne. Rappelons que parmi les objectifs que l'Union doit poursuivre dans le domaine de l'environnement, l'article 191(1) TFUE énonce « *la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique* ».

La question s'est posée de savoir si l'introduction de cette référence à la lutte contre le changement climatique pouvait s'analyser comme l'attribution à l'Union d'une nouvelle compétence externe dans le domaine du changement climatique. En effet, le principe d'attribution tel qu'il avait été formulé par le Traité de Maastricht (ex art. 5(1) TCE), laissait subsister une ambiguïté entre objectifs et compétences : « *la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité* ». Selon le professeur Claude BLUMANN, cette formulation du principe d'attribution donnait une certaine

flexibilité à l'action de la Communauté, encourageant une interprétation « *plutôt large de la compétence d'attribution* »⁶⁰⁸. Or, une telle interprétation large, prenant comme objectifs les missions (ex. art. 2 TCE) et les domaines d'actions (ex. art. 3 TCE) de la Communauté, aurait pu conduire à reconnaître une attribution de compétences en dehors de celles attribuées par le Traité, par exemple pour le domaine de l'énergie (ex. art 3 lett. u TCE).

Le Traité de Lisbonne a essayé de restreindre cette vision souple. En particulier, le nouvel article 5(2) TUE établit qu' « *en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent* ». La volonté restrictive apparaît notamment dans la subordination des compétences aux objectifs et dans l'insistance sur le rôle des Etats membres dans l'attribution des premières. A ceci s'ajoute la nouvelle formulation des domaines de compétence de l'Union, expressément énoncés dans les articles 2 à 6 TFUE. Cette approche du Traité de Lisbonne semble contredire la possibilité de considérer l'existence d'une compétence climatique de l'Union. En outre, il faut souligner que le changement climatique n'a pas été introduit parmi les objectifs généraux, mais parmi les objectifs sectoriels de la politique environnementale⁶⁰⁹. Nous pouvons en conclure que le Traité de Lisbonne, en introduisant parmi les objectifs de la politique environnementale internationale de l'Union européenne la lutte contre le changement climatique, a certes élevé au rang constitutionnel l'engagement européen dans ce domaine, mais n'a pas pour autant attribué à l'Union une nouvelle compétence.

Notre conclusion basée sur l'interprétation de la lettre des traités trouve une confirmation dans la position exprimée par l'ancien commissaire à l'environnement Stavros DIMAS concernant la possibilité d'assimiler la référence au changement climatique dans l'article 191 TFUE à une nouvelle base juridique pour l'action climatique. Il a souligné que cette référence ne pouvait pas être considérée comme

⁶⁰⁸ Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *op. cit.*, p. 402 ss.

⁶⁰⁹ Il serait possible d'argumenter que la lutte contre le changement climatique étant une partie intégrante et fondamentale du développement durable, et ce dernier étant inscrit à plusieurs reprises parmi les buts de l'Union (art. 3 TFUE), la lutte contre le changement climatique est implicitement un objectif général. Toutefois, comme nous l'avons vu dans le Chapitre 2 (page 67 et suivantes), l'ampleur de la notion de développement durable est telle que considérer tout domaine pouvant y être associé comme un objectif général de l'Union ne semble pas pertinent.

fondant une nouvelle compétence, mais qu'elle donne la mesure de l'importance de la politique climatique internationale de l'Union européenne⁶¹⁰.

En intégrant la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs de la politique internationale de l'Union en matière d'environnement, il semblerait que le Traité a fait de la compétence environnementale le fondement principal de l'action de réduction des émissions de GES. Cela nous conduit à commencer notre analyse des principaux domaines concernés par l'action climatique par un examen du domaine environnemental.

A.2. La protection de l'environnement et les autres domaines principaux

Nous avons vu dans le Chapitre 3 qu'une grande partie des actes internes de lutte contre le changement climatique a été adoptée sur la base de la compétence environnementale, le législateur européen ayant utilisé comme base juridique l'article 192 TFUE. En ce qui concerne l'exercice des compétences externes, ce lien est confirmé d'une part par l'insertion de la référence à la lutte contre le changement climatique au niveau international opéré par l'article 191(1) TFUE, d'autre part par le fait que la protection de l'environnement, et notamment l'article 192(1) TFUE, a constitué la base juridique sur laquelle la Communauté européenne a fondé la conclusion de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto.

Avant l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européen, la Communauté européenne avait conclu des accords internationaux dans le domaine de l'environnement sur la base de ses compétences externes implicites⁶¹¹. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, l'Acte Unique Européen a marqué une étape importante dans l'élaboration de la politique environnementale européenne, en attribuant pour la première fois une compétence à la Communauté dans ce domaine. Outre une compétence interne partagée avec les Etats membres, l'Acte Unique a aussi attribué à la Communauté une compétence externe explicite. L'article 191(4) TFUE, premier

⁶¹⁰ House of Lords, Parliament, UK, Memorandum by Mr Stavros Dimas, Member of the European Commission, 17/12/2007, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldecom/62/62wec03.htm> (12/12/2011). « *Given the challenge which the EU is facing in tackling climate change, the addition of a specific reference to the need to combat climate change in the objectives of the environment chapter of the Treaty is welcome. Whilst this will not result in a change in the legal basis for any future action which the EU may wish to propose, the amendment provides a clearer recognition of the importance of tackling climate change at the international level* ».

⁶¹¹ Pour une étude de l'exercice des compétences externes de la Communauté économique européenne avant l'Acte Unique Européen voir : Carlo MASTELLONE, « The External Relations of the E.E.C. in the field of environmental protection », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, January 1981, pp. 104-117 ; Ludwig KRAMER, « The SEA and Environmental Protection: Reflections on Several New Provisions », *CMLR*, 24, Issue 4, 1987, p. 671-672.

alinéa, établit que : « *dans le cadre de leurs compétences respectives, l'Union et les Etats membres coopèrent avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes. Les modalités de coopération de la Communauté peuvent faire l'objet d'accord entre celle-ci et les tierces parties concernées* ». Cette disposition nous conduit à quatre observations.

Tout d'abord, l'Union peut conclure un accord international dans un domaine dans lequel des normes européennes n'ont pas encore été adoptées⁶¹².

Ensuite, l'Union partage cette compétence externe avec les Etats membres. Par conséquent, les Etats membres sont limités dans la négociation et la conclusion d'accords internationaux par l'exercice de la compétence externe de l'Union dans ce domaine.

En outre, l'article 191(4) TFUE renvoie à la procédure de conclusion des accords internationaux régie par l'article 218 TFUE. Cela a pour conséquence principale qu'il sera nécessaire d'obtenir l'unanimité au sein du Conseil dans le cas où l'accord international porte sur un domaine pour lequel l'unanimité est prévue pour l'adoption de normes internes (art. 218(8) TFUE)⁶¹³.

Enfin, une lecture attentive de l'article 191(4) TFUE montre qu'une compétence extérieure explicite est attribuée à l'Union pour les seuls accords de coopération dans le domaine de la protection de l'environnement. Il devient ainsi nécessaire de déterminer dans quelles circonstances il est possible pour l'Union européenne de fonder son action internationale sur cette disposition. En effet, dans le cas où un accord international ne peut pas être considéré comme un accord de coopération environnementale, l'Union devra fonder son action sur une compétence externe implicite.

La notion d'accord de coopération environnementale et le choix entre l'article 191(4) TFUE et une compétence externe implicite ont fait l'objet de l'avis 2/00 de la Cour⁶¹⁴ sur la conclusion du Protocole de Cartagena⁶¹⁵. A cette occasion, la Cour a été appelée à se prononcer sur le choix de la base juridique pour la négociation et la conclusion de cet accord. La controverse portait sur deux aspects : premièrement, le

⁶¹² Nicolas de SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op.cit.*, p. 66.

⁶¹³ A ce propos voir, CJCE, 30 janvier 2001, *Espagne c. Conseil*, aff. C-36/98, *cit.*, concernant la protection et l'utilisation durable du Danube.

⁶¹⁴ CJCE, 6 décembre 2001, avis 2/00, *Rec.* 2001 I-09713.

⁶¹⁵ Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, Montréal, 2000.

choix entre l'ex article 133 TCE établissant une compétence externe explicite pour la politique commerciale commune et l'ex article 174(4) TCE attribuant une compétence externe explicite dans le domaine de la coopération environnementale ; deuxièmement, le choix de la base juridique entre l'ex article 174(4) TCE et l'ex article 175(1) TCE. L'utilisation de ce dernier entraînait le choix de fonder l'action sur une compétence externe implicite, parallèle à la compétence interne dans le domaine de l'environnement. Le choix entre politique commerciale commune et politique de l'environnement, qui nous intéresse ici dans une moindre mesure, a été tranché par la Cour en privilégiant la deuxième, car le centre de gravité de l'accord était la protection de l'environnement⁶¹⁶. Le choix qui nous intéresse plus particulièrement ici est celui opéré entre la compétence externe explicite attribuée par l'article 191(4) TFUE (ex art. 174(4) TCE) et la compétence externe implicite liée à la politique interne de protection de l'environnement et à la base juridique fournie par l'article 192(1) TFUE (ex art. 175(1) TCE). La Cour, en renvoyant à une jurisprudence précédente⁶¹⁷, a différencié la portée des deux articles, en établissant que l'ex article 174 TCE « définit les objectifs à poursuivre dans le cadre de la politique de l'environnement, tandis que l'article 175 TCE constitue la base juridique sur laquelle les actes communautaires sont adoptés » (pt. 43 de l'avis). La Cour reconnaît que le quatrième alinéa de l'article 174 peut constituer une base juridique, puisqu'il prévoit spécifiquement la compétence de la Communauté pour conclure des accords portant sur les « modalités de coopération de la Communauté » avec des pays tiers. Cependant, ceci n'est pas le cas du le Protocole de Cartagena, qui ne prévoit pas des modalités de coopération en matière de protection de l'environnement, mais établit « des règles précises relatives aux procédures de contrôle en matière de mouvement transfrontières, d'évaluation et de gestion des risques, de manipulation, de transport, d'emballage et d'indentification des organismes vivants modifiés ». Cette approche a été confirmée par la jurisprudence ultérieure⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Denys SIMON, « Cour de justice et Tribunal de première instance des Communautés Européennes », *AFDI*, n. 52, 2006, p. 729.

⁶¹⁷ CJCE, 14 juillet 1994, *Procédure pénale c. Matteo Peralta*, aff. C-379/92, *Rec* 1994 p. I-0345, pt. 57 ; CJCE, 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech Srl c. S. & T. Srl.*, aff. C-284/95, *Rec.* page I-04301, pt. 43.

⁶¹⁸ CJCE, 12 décembre 2002, *Commission c. Conseil*, aff. C-281/01, *Rec.* I-12049. Conclusions de l'Avocat Général Siegbert ALBER, présentées le 12 Septembre 2002. Cette affaire concernait le choix de la base juridique de la décision 2001/469/CE du Conseil, concernant la conclusion de l'accord « Energy-Star ». Ce dernier était un accord entre Etats-Unis et Communauté européenne portant sur la coordination des programmes d'étiquetage relatifs à l'efficacité énergétique des équipements de bureau. L'objet était en effet le choix entre l'utilisation de la base juridique environnementale, fournie par l'art. 175 TCE ou celle de l'art. 133 TCE relatif à la politique commerciale. Lors de cet affaire toutefois il a été question de la distinction entre

Pour la protection de l'environnement, l'Union peut donc fonder son action internationale sur la compétence externe explicite fournie par l'article 191(4) TFUE dans le cas où le centre de l'accord porte sur l'établissement de modalités de coopération environnementale avec les pays tiers. Pour les autres cas, elle pourra fonder son action sur une compétence externe implicite. S'agissant de la Convention-cadre et de son Protocole, la compétence exercée était une compétence implicite.

En ce qui concerne la Convention-cadre, l'ex article 175(1) TCE (art. 192(1) TFUE) a été utilisé dès le début comme base juridique pour la conclusion de l'accord⁶¹⁹. Une partie de la doctrine considère qu'en choisissant cette base juridique et en se fondant ainsi sur une compétence externe implicite, la Communauté européenne a appliqué la jurisprudence de l'avis 1/76⁶²⁰. Au moment de la négociation et de la conclusion de la Convention, la Communauté européenne n'avait pas encore adopté de règles communes sur lesquelles il était possible de fonder une compétence externe implicite⁶²¹. A ce moment, en effet, existait uniquement un projet de taxe sur les émissions de dioxyde de carbone, qui n'a d'ailleurs jamais été adopté⁶²². La nécessité d'adopter la Convention-cadre pour la poursuite de l'objectif de protection de l'environnement et le contenu de la Convention ont rendu indispensable la mixité de l'accord, comme confirmé par les considérants 8 et 9 de la décision 94/69/CE⁶²³.

En ce qui concerne la base juridique du Protocole de Kyoto, le choix a été modifié pendant la procédure d'adoption de la décision concernant la conclusion de cet accord⁶²⁴. Dans sa proposition de décision, la Commission suggérait de fonder l'action sur l'article 174(4) TCE (art. 191(4) TFUE)⁶²⁵. Suite à la publication de

utilisation de l'art. 174(4) ou 175 CE. L'avocat général ALBERT reprend l'avis 2/00 en affirmant que l'art. 174(4) CE peut constituer la base juridique seulement pour « des actes qui déterminent les détails de la coopération de la Communauté avec les Etats tiers et les organisations internationales dans le domaine de l'environnement », et que l'art. 175 doit être utilisé quand l'objet de l'accord va au-delà de ces questions administratives. Voir Eleftheria NEFRAMI, « Politique commerciale et protection de l'environnement : une approche instrumentale du contentieux de la base juridique selon l'arrêt *Commission c/ Conseil* du 12 décembre 2002 », *RMCUE*, N. 470, juillet-août 2003, p. 461.

⁶¹⁹ Proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de la Convention-cadre sur le changement climatique, *JO C* 44 du 16/02/93, p. 1-21, COM(92) 508 final.

⁶²⁰ Jan H. JANS et Hans H.B. VEDDER, *European Environmental Law*, 3rd edition, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pp. 59-60.

⁶²¹ Les actes qui avaient été indiqués par la Communauté dans la clause de compétence pour la Convention-cadre portaient certes sur les domaines intéressés par l'accord, mais sans concerner directement le phénomène du changement climatique.

⁶²² Proposition de directive du Conseil instaurant une taxe sur les émissions de dioxyde de carbone et sur l'énergie, COM(92) 226 final, *JO C* 196 du 3/08/1992, p. 1-8.

⁶²³ Décision 94/69/CE du Conseil du 15 décembre 1993 concernant la conclusion de la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, *JO L* 33 du 7/02/1994, p. 11-12.

⁶²⁴ Décision 2002/358/CE, *op.cit.*

⁶²⁵ « Les objectifs du protocole de Kyoto s'inscrivent dans le cadre de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. La présente proposition repose sur l'article 174, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne, combiné avec la première phrase de l'article 300, paragraphe 2, et le premier alinéa de l'article 300, paragraphe 3. L'article 174, paragraphe 4, habilite expressément la Communauté à conclure le protocole de Kyoto, tandis

l'avis 2/00 rendu par la Cour, discuté plus haut, la Commission a cependant modifié sa proposition de base juridique en fondant ainsi la compétence européenne sur l'article 175(1) TCE⁶²⁶.

Même si le centre de gravité des accords climatiques est la protection de l'environnement, comme confirmé par la conclusion de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto sur la base de la compétence environnementale, il est important de prendre en compte l'attribution de compétences dans les autres domaines touchés par les dispositions des accords climatiques. En effet, nous avons vu que l'analyse de la mixité dépend de l'ensemble des compétences relevant de l'accord. A l'instar de notre analyse des compétences internes (Chapitre 3) nous nous limiterons aux secteurs principaux, notamment l'énergie, les transports et l'agriculture.

S'agissant de la compétence externe en matière d'énergie, l'Union européenne ne jouissait pas d'une compétence, interne ou externe, dans ce secteur avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Nous avons déjà mis en évidence le fait que les actes législatifs adoptés par la Communauté au fil des années étaient fondés sur d'autres compétences européennes, notamment l'environnement. Les actes listés dans la clause de compétence de la Convention-cadre, analysée dans la sous-section 1, étaient fondés sur l'ex article 352 TCEE (art. 352 TFUE). Signalons toutefois que même avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la CE a conclu des accords en matière d'énergie et notamment d'approvisionnement, en raison surtout de sa forte dépendance énergétique⁶²⁷, qui rend nécessaire la coopération avec des pays tiers. La Communauté européenne a utilisé de nombreux instruments de coopération : participation aux travaux d'organisations internationales⁶²⁸, conclusion de traités⁶²⁹, coopération dans des cadres multilatéraux, régionaux ou bilatéraux⁶³⁰.

que l'article 300 établit les règles de procédure. La proposition de la Commission doit être approuvée par le Conseil à la majorité qualifiée après consultation du Parlement européen ». Proposition de décision du Conseil relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent, *JO C 75E* du 26/03/2002, p. 17–32, pt. 11.

⁶²⁶ La modification a été introduite lors de la Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de décision du Conseil relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent, du 6 février 2002, COM(2001) 579 - C5-0019/2002 - 2001/0248(CNS), note en bas de page : « la base juridique de l'article 174, paragraphe 4, combiné à l'article 300, a été changée par la Commission le 12 décembre 2001, et remplacée par l'article 175, paragraphe 1, combiné à l'article 300, à la suite de l'avis 2/00 rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 6 décembre 2001 ».

⁶²⁷ Les taux d'importation du pétrole et du gaz représentent respectivement 80% et 60% de la consommation européenne. Jan H. KEPPLER, « L'équation énergétique non résolue de l'Europe », in Jean-Marie CHEVALIER (dir.), *Les Nouveaux Défis de l'énergie, Climat-Economie-Géopolitique*, ed. Economica, Paris 2009, p. 215-242.

⁶²⁸ Le Commissaire à l'environnement, Stavros DIMAS a ainsi plaidé « en faveur de politiques énergétiques qui améliorent l'accès des populations pauvres de la planète aux services énergétiques tout en renforçant au maximum l'efficacité

Le nouvel article 194 TFUE ne prévoit pas de compétence externe explicite pour l'énergie. Cette absence répond aux craintes des Etats membres, qui se sont toujours opposés à la construction d'une véritable politique commune de l'énergie. Les Etats membres ont en effet des approches très diverses en matière d'approvisionnement énergétique et ils ne souhaitent pas renoncer, en faveur d'une stratégie commune, aux rapports bilatéraux qu'ils ont créés depuis plusieurs années avec les pays producteurs. Il semble toutefois possible d'appliquer la jurisprudence AETR, et donc de reconnaître une compétence externe de l'UE en matière d'énergie.

S'agissant de la politique commune des transports, la Communauté européenne bénéficiait d'une compétence externe au moment de la conclusion de la Convention-cadre et de son Protocole. De nombreux arrêts ont précisé au fil des années la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres, en reconnaissant à l'Europe une compétence extérieure exclusive pour un grand nombre de modes de transport. La Cour a précisé à ce sujet que l'attribution d'une compétence exclusive dépendait du niveau d'harmonisation pour chaque mode de transport (par exemple, routier ou ferroviaire)⁶³¹.

S'agissant de la compétence externe en matière d'agriculture, les accords ayant pour objet les produits agricoles ont été fondés sur d'autres bases juridiques, et notamment sur la politique commerciale commune⁶³².

énergétique et le recours aux énergies renouvelables à l'échelon mondial », Commission du Développement Durable (CDD) des Nations-Unies, Quatorzième Session, Joint Press Release, *Further steps forward in the EU-OPEC Energy Dialogue*, Bruxelles, 7 juin 2006, in Yves PETIT, « A la recherche de la politique européenne de l'énergie », *Revue Trimestrielle de droit européen*, n° 4-2006, p. 609.

⁶²⁹ Rappelons ici la Charte de l'énergie, Décision 98/181/CE, CECA, EURATOM : décision du Conseil et de la Commission du 23 septembre 1997 concernant la conclusion par les Communautés européennes du traité sur la Charte de l'énergie et du protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes, JO L 69 du 9/03/1998, p. 1-116. Les bases juridiques de cet acte sont nombreuses, pour la seule Communauté européenne, sont indiquées les articles du Traité suivants : « son article 54, paragraphe 2, son article 57, paragraphe 2, dernière phrase, son article 66, son article 73 C, paragraphe 2, ses articles 87, 99, 100 A et 113, son article 130 S, paragraphe 1, et son article 235, en liaison avec son article 228, paragraphe 2, deuxième phrase, et paragraphe 3, deuxième alinéa ». La Charte de l'Energie est entrée en vigueur le 16 avril 1998. Rappelons aussi la Communauté de l'énergie, dont le Traité a été signé le 25 octobre 2005, Décision 2006/500/CE du Conseil, relative à la conclusion par la Communauté européenne du traité instituant la Communauté de l'énergie, JO L 198 du 20/07/2006, p. 15-17. Les bases juridiques sur lesquelles se fonde l'action Communautaire sont les suivantes : « son article 47, paragraphe 2, et ses articles 55, 83, 89, 95, 133, et 175, en liaison avec l'article 300, paragraphe 2, premier alinéa, première phrase, et paragraphe 3, deuxième alinéa ».

⁶³⁰ Pour un panorama des relations extérieures de l'Union en matière de gaz et pétrole, voir Sanam S. HAGHIGHI, *Energy security. The external legal relations of the European Union with major oil and and gas-supplying countries*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, 510 p.

⁶³¹ Le secteur du transport aérien sera analysé dans le détail dans le Chapitre 8.

⁶³² Pour une analyse du rapport entre PAC et politique commerciale commune voir, Yves PETIT, Claude BLUMANN, Christian MESTRE, Nathalie VALDEYRON, Danièle Charles LE BIHAN, Annie CUDENNEC, Marc BLANCQUET, *Politique agricole commune et politique commune de la pêche*, Titre VI, Commentaire J. Mégret, Editions de l'Université de Bruxelles, 2011.

A ces principaux secteurs nous devons ajouter le secteur des forêts qui, comme on l'a vu, était mentionné dans la proposition de déclaration de compétence pour la Convention-cadre. L'Union ne jouit pas d'une compétence en matière forestière, ni au niveau interne ni au niveau externe. Toutefois, des mesures dans ce secteur ont été prises soit par le biais de la compétence relative à la PAC (pour ce qui concerne le commerce de produits dérivés des ressources forestières), soit par le biais de la compétence environnementale⁶³³.

Sur la base de ces observations sur l'attribution des compétences dans les principaux secteurs concernés par l'action climatique internationale, nous allons pouvoir maintenant nous interroger sur la possibilité pour l'Union de conclure de manière exclusive de futurs accords dans ce domaine.

B. Vers une compétence exclusive ?

Nous avons vu que la Convention-cadre et le Protocole de Kyoto ont été conclus sous la forme d'accords mixtes. Est-ce que cela découlait d'une nécessité juridique, ou s'agissait-il d'un choix politique ? Aujourd'hui, après le Traité de Lisbonne et l'évolution du domaine climatique, la situation s'est-elle modifiée ? La possibilité pour l'Union de conclure de nouveaux accords climatiques de manière exclusive est-elle d'actualité ?

Pour répondre à ces questions, nous allons d'abord examiner la situation existante lors de la conclusion de la Convention-cadre et de son Protocole (B.1), puis la situation actuelle, dans la perspective de la conclusion d'un nouvel accord climatique (B.2).

B.1. La conclusion de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto

A la lumière des analyses présentées dans les paragraphes précédents, plusieurs éléments nous poussent à affirmer que la Convention-cadre et le Protocole de Kyoto devaient être conclus par la Communauté conjointement avec les Etats membres : la mixité était nécessaire.

Tout d'abord, la jurisprudence AETR ne pouvait pas être appliquée à ces matières. Tant pour l'environnement que pour les autres secteurs, la Communauté n'avait pas

⁶³³ Nous aborderons le problème posé par la gestion des forêts dans le cadre de la lutte contre le changement climatique en

adopté un nombre significatif d'actes climatiques internes, compte tenu de la récente prise de conscience du phénomène. Même dans les trois secteurs qui ont fait l'objet d'une réglementation importante de la part de l'UE (l'environnement, les transports et la politique agricole) les actes internes adoptés ayant comme objectif la réduction des émissions de GES étaient d'un nombre très limité, comme l'illustre la liste constituant la déclaration de compétence de la Convention-cadre.

Ensuite, même la jurisprudence de l'avis 1/76 était difficilement applicable : à l'époque de la négociation de la Convention-cadre, la lutte contre le changement climatique ne pouvait pas être considérée comme un objectif déterminé de la Communauté sur le plan interne⁶³⁴.

Enfin, parmi les domaines principaux que nous avons examinés plus haut – environnement, énergie, transports, agriculture et forêts – l'énergie et les forêts ne faisaient pas l'objet d'une compétence européenne attribuée par le Traité, et restaient ainsi des compétences nationales. Il est opportun de souligner que ces secteurs ne constituent pas les seules matières régies par les accords climatiques. La transversalité de la lutte contre le changement climatique rend en effet difficile la définition d'un éventail rigide des matières relevant de l'accord. D'ailleurs nous avons jusqu'à présent uniquement tenu compte de la réduction des émissions de GES, et non de l'adaptation qui englobe, comme nous l'avons indiqué dans le Chapitre 3, d'autres secteurs pour lesquels la compétence est répartie de manière différente⁶³⁵.

Sur la base de ces considérations, nous pouvons affirmer, d'une part, qu'aucune compétence exclusive ne pouvait être reconnue à la Communauté pour la conclusion des deux accords climatiques ; d'autre part, la présence au sein de ces accords de domaines relevant de compétences exclusives des Etats membres et de compétences partagées rendait la mixité nécessaire à la lumière de l'analyse de la doctrine.

l'absence de toute compétence attribuée à l'Union dans le Chapitre 7.

⁶³⁴ Rappelons qu'au moment de la négociation de la Convention, la portée de l'avis 1/76 n'avait pas encore été revue en mentionnant les « *objectifs du traité* », résultat de la jurisprudence de la seconde moitié des années 1990. Même une interprétation plus large, cependant, ne suffisait pas à l'époque à considérer comme exclusive la compétence européenne à négocier et conclure l'accord.

⁶³⁵ Si dans les années quatre-vingt-dix la réduction des émissions représentait la partie principale des accords climatiques, dans les négociations pour un post-Kyoto l'adaptation a une importance égale à celle de la réduction des émissions. Même en prenant en compte le contenu de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto, l'adaptation joue un rôle significatif et il serait impossible de définir correctement les compétences européennes sans en préciser la répartition.

B.2. La négociation des futurs accords climatiques

Nous nous demandons si les évolutions de la politique climatique interne que nous avons examinées dans le Chapitre 3 et les modifications apportées par le Traité de Lisbonne permettent d'envisager une compétence externe exclusive de l'Union pour les négociations et la conclusion des futurs accords climatiques. L'avantage d'une compétence exclusive serait d'éviter la mixité des accords et d'aider ainsi l'Union européenne à parler d'une seule voix. Nous examinons ici cette possibilité à la lumière de l'article 3(2) TFUE, qui codifie la jurisprudence AETR et l'avis 1/76 de la Cour.

Le premier critère énoncé à l'article 3(2) TFUE établit que la conclusion de l'accord international doit être prévue dans un acte législatif de l'UE. Il n'y a pas actuellement d'acte législatif prévoyant de façon explicite la conclusion d'un accord climatique par la seule UE. Si certains actes législatifs affirment le rôle central de l'Europe dans les négociations, le rôle des Etats membres est toujours rappelé, comme l'illustre par exemple le Sixième Programme Européen pour l'Environnement (2006 -2012)⁶³⁶. D'un côté, ce Programme prévoyait que pour limiter à 2 °C l'augmentation de la température⁶³⁷, il conviendrait « *de placer la Communauté dans une position crédible pour préconiser la conclusion d'un accord international* » (art. 5(1) du Programme) ; de l'autre côté, il établissait que « *la lutte contre le changement climatique fera partie intégrante des politiques de l'Union européenne en matière de relations extérieures (...). Il faudra à cet égard que la Communauté et ses Etats membres réalisent des efforts concertés et coordonnés (...)* ».

Le deuxième critère avancé par l'article 3(2) TFUE concerne l'hypothèse dans laquelle la conclusion de l'accord international est susceptible d'affecter les règles communes. Nous avons vu que ce critère, tel que formulé par la jurisprudence AETR, ne pouvait être rempli lors de la conclusion de la Convention-cadre ou du Protocole de Kyoto du fait de l'absence de règles communes ayant comme objectif la lutte contre le changement climatique. Toutefois, comme nous l'avons constaté dans le Chapitre 3, un grand nombre d'actes internes poursuivant l'objectif de réduction des émissions de GES ont depuis été adoptés, dont ceux constituant le paquet énergie-

⁶³⁶ Décision 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2002, *cit.* La base juridique de cette décision est l'ex art. 715(3) TCE.

⁶³⁷ La lutte contre le changement climatique est défini le « défi principal pour les dix prochains années » (article 2 de la décision 1600/2002/CE).

climat. Il est donc opportun de se demander si ce critère est désormais rempli. Il convient d'abord de rappeler que la Cour a précisé « *que le mot « affecter » n'a pas nécessairement, en français, une connotation négative* »⁶³⁸. Si l'arrêt AETR s'est en effet limité à établir l'exclusivité de la compétence dans le cas où l'accord international affecte les règles communes ou en altère la portée (pt. 22 de l'arrêt AETR), la Cour a ensuite précisé que cette affectation a un caractère neutre. Dans l'avis 2/91⁶³⁹ elle a en outre précisé que cet effet peut se produire dans le cas des directives d'harmonisation alors même qu'il n'existe aucune contradiction entre les dispositions de la convention internationale et celles des directives adoptées par la Communauté. S'il est difficile de parler d'harmonisation complète dans le domaine du changement climatique en raison de la pluralité des secteurs concernés, il est cependant vrai que des règles communes d'une ampleur considérable ont été adoptées en la matière, et qu'un nouvel accord international pourrait les affecter. On pourrait imaginer, à titre d'exemple, qu'un accord post-Kyoto puisse modifier significativement l'un des mécanismes flexibles du Protocole, ou même en instaurer de nouveaux. Le fonctionnement du Système Communautaire d'Echange des Quotas d'Emissions, qui intègre ces mécanismes au sein du marché européen, serait affecté ou même entravé.

La reconnaissance d'une compétence exclusive au profit de l'Union sur la base du critère de l'affectation des règles communes nous semble toutefois à ce stade encore difficile, et cela à la lumière de l'analyse en deux étapes qui a été définie par la Cour. La première étape consiste à analyser la couverture du domaine de l'accord par des règles communes. A propos des accords climatiques, il est possible d'appréhender les domaines concernés de deux manières : en considérant que l'accord fait référence au domaine de la lutte contre le changement climatique *per se* ; en considérant que l'accord porte sur l'ensemble des secteurs relevant du changement climatique (environnement, industrie, recherche, énergie, foresterie...). Dans le second cas, il sera impossible de considérer qu'il y a une correspondance complète entre les domaines régis par l'accord et les règles communes. Dans le premier cas, la couverture sera plus étendue mais elle ne pourra probablement pas être considérée

⁶³⁸ Jean-Victor LOUIS et Marianne DONY (ed.), *Relations extérieures*, Commentaire J. Mégret, vol. 12, deuxième édition, 2005, p. 64. Les auteurs montrent ici l'évolution de la jurisprudence à ce propos. CJCE, 16 février 1978, *Commission c. Irlande*, aff. 61/77, *Rec.* 1978 p. 417.

comme entière et cela surtout en raison de l'existence des deux volets du changement climatique, la réduction des émissions et l'adaptation, dans lesquels l'extension des règles communes est très différente (Chapitre 3). Aussi dans ce cas il semble difficile d'identifier la couverture entière nécessaire pour déterminer dès la première étape d'analyse une compétence externe exclusive. Dans les deux cas il serait ainsi probable que l'on doive procéder à la seconde étape de l'examen : une étude disposition par disposition de l'accord international négocié. Il est pour nous impossible de poursuivre cette analyse, car nous ne disposons que d'éléments fragmentaires qui puissent nous permettre de définir de manière claire la portée des négociations et l'éventuel texte final de l'accord. En effet, d'une part, nous ne pouvons pas reconstruire le périmètre exact de la négociation à travers les directives de négociation ou les documents à disposition du négociateur européen, car nous n'avons pas accès à ces documents ; d'autre part, les rapports des groupes de travail au sein de la Conférence des Parties nous fournissent certes des indications sur les études poursuivies en préparation des négociations, mais ils illustrent la méthode de travail de ces groupes sans pour autant rendre publique la portée exacte des propositions avancées qui feront l'objet de discussions lors des négociations.

A la lumière de ces considérations, il semble donc difficile d'envisager l'exclusivité de la compétence externe de l'Union sur la base du critère de l'affectation des règles communes.

Le dernier critère établi par l'article 3(2) TFUE prévoit l'exclusivité de la compétence externe de l'Union quand « *la conclusion de l'accord international est nécessaire pour permettre d'exercer sa compétence interne* ». Sur la base de l'analyse que nous avons réalisée dans le Chapitre 3, nous savons qu'une compétence interne dans le domaine climatique n'est pas attribuée, même si nous considérons qu'elle est envisageable dans les prochaines révisions des Traités. Il semblerait donc que ce critère ne soit pas applicable. Toutefois, cette partie de l'article 3(2) TFUE peut être interprétée comme une codification de l'avis 1/76, et il est donc opportun d'étudier la reconnaissance de l'exclusivité de la compétence sur la base de cette jurisprudence.

Rappelons que la Cour a indiqué que le cas visé par l'avis 1/76 « *est (celui) où la compétence interne ne peut être utilement exercée qu'en même temps que la*

⁶³⁹ CJCE, 19 mars 1993, avis 2/91 sur la Convention n. 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, *Rec.* 1993 p. I-01061.

compétence externe (avis 1/94 point 89), la conclusion de l'accord international étant ainsi nécessaire pour réaliser des objectifs du traité qui ne peuvent être atteints par l'établissement de règles autonomes »⁶⁴⁰.

S'il est vrai qu'une compétence interne n'a pas été attribuée à l'Union dans le domaine climatique, il est cependant nécessaire de rappeler certains éléments fondamentaux développés tout au long de cette première Partie. En premier lieu, la lutte contre le changement climatique, pour être efficace, doit être globale : l'action, même importante, d'un seul pays ou groupe de pays ne peut limiter l'augmentation de la température moyenne de la Terre et ses conséquences. En deuxième lieu, l'UE a construit une politique interne de lutte contre le changement climatique ambitieuse, en établissant par le biais de nombreux actes que la lutte contre le changement climatique est un des objectifs principaux de l'Union. En troisième lieu, le Traité de Lisbonne a consacré parmi les objectifs de la politique environnementale la lutte contre le changement climatique.

Il existe donc en la matière un objectif du Traité, même s'il n'est que sectoriel, ainsi qu'une série d'actions internes. Le premier ne peut être poursuivi, et les deuxièmes ne peuvent être efficaces sans un engagement de la part des autres pays. A la lumière de ces considérations, le critère de nécessité tel qu'il a été précisé dans la jurisprudence de la Cour semble pouvoir s'appliquer à la conclusion des accords climatiques.

La compétence de l'UE pour négocier et conclure des accords climatiques pourrait donc être considérée, à la lumière de cette jurisprudence, comme exclusive : les Etats membres seraient dessaisis de leur compétence externe dans le domaine du changement climatique.

Conclusion de la section

En conclusion, notre analyse des compétences externes de l'Union dans le domaine climatique a montré que les évolutions qui ont suivi la conclusion de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto ne permettent pas d'affirmer qu'une compétence externe explicite existe. Il serait toutefois possible, pour les accords futurs, de

⁶⁴⁰ CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Belgique*, aff. C-471/98, *Rec.* 2002 p. I-09681, pt. 68. Eleftheria NEFRAMI a reformulé de la façon suivante : « la Communauté n'a pas vraiment le choix entre une action interne et externe ; elle ne peut exercer son pouvoir normatif par le biais d'un accord international que si elle exerce son pouvoir normatif par le biais d'un accord international que si l'exercice sur le plan international n'assure pas l'effet utile de dispositions dans le domaine en

reconnaître une compétence exclusive à l'Union sur la base de l'article 3(2) TFUE et à la lumière de l'avis 1/76.

Si cette possibilité a l'avantage de donner une cohérence majeure à l'action extérieure de l'Union dans le domaine climatique, il est toutefois peu probable qu'elle se réalise à court terme dans la pratique. L'importance stratégique des secteurs généralement couverts par les accords climatiques, qui est à l'origine de la volonté du Conseil et du Conseil européen d'intervenir dans la formation de la position européenne, conduira probablement à privilégier la conclusion d'accords mixtes.

Conclusions du Chapitre

Dans la première section de ce Chapitre nous avons examiné la procédure suivie par l'Union européenne pour la négociation et la conclusion des accords climatiques internationaux. Nous avons constaté une divergence importante entre les modalités suivies par l'Union et celles prévues par le Traité sur le Fonctionnement de l'UE. Toutefois, notre analyse nous a conduits à conclure que les difficultés empêchant l'UE de jouer un rôle de leader mondial sont surtout dues à la mixité des accords, qui a des conséquences sur toutes les phases de la négociation et de conclusion des accords. Ce constat nous a amenés à réfléchir, dans la seconde section, sur la possibilité de considérer que l'UE détient aujourd'hui une compétence externe exclusive dans ce domaine.

En reprenant l'hypothèse d'une compétence européenne exclusive à la lumière de l'analyse procédurale, nous pouvons remarquer que l'abandon de la mixité affecterait la phase de négociation, en excluant la participation des délégations étatiques à côté de la délégation européenne, mais n'influencerait pas *a priori* l'établissement du mandat. L'exclusivité pourrait ainsi aider l'Union à parler d'une seule voix, mais ne pourrait pas, à première vue, empêcher le nivellement vers le bas de la position européenne qui résulte de la protection des intérêts étatiques au sein du Conseil.

Or, nous avons vu lors de la réflexion sur le principe de coopération loyale que le nivellement vers le bas semble surtout avoir pour but d'éviter des conflits entre l'Union et les Etats membres lors des négociations face aux pays tiers. Il nous semble

cause, même si l'action internationale serait plus efficace que l'action interne », Les accords mixtes de l'Union européenne, op. cit, p. 92.

légitime de penser que si ces conflits étaient désamorçés *ex ante* par l'attribution d'une compétence exclusive à l'Union, la recherche de l'unanimité au sein du Conseil pour l'adoption du mandat resterait souhaitable mais ne serait plus nécessaire, selon la lettre du Traité. L'Union européenne pourrait ainsi reprendre plus facilement une position ambitieuse dans le domaine climatique et récupérer la crédibilité internationale nécessaire pour s'affirmer en tant qu'exemple.

Si cette solution constitue donc une perspective intéressante pour « *la promotion, sur le plan international, de (...) la lutte contre le changement climatique* » (art. 191(1) TFUE), elle demande une analyse supplémentaire qui dépasse les limites de cette thèse : nous avons fondé notre étude sur la réduction des émissions, alors que les négociations climatiques portent aussi, et de manière croissante, sur l'adaptation. Nous avons vu dans le Chapitre 3 que les compétences concernées par ce volet de la lutte contre le changement climatique ne coïncident pas nécessairement avec celles que nous avons prises en compte ici. Une analyse attentive de ces autres compétences serait donc essentielle. A cette considération juridique il faut ajouter qu'une telle modification dans la pratique des accords climatiques, comportant un changement d'équilibres majeur entre l'Union et les Etats membres, demanderait une volonté politique forte de la part des institutions européennes pour être réalisée.

Conclusions du Titre

Dans les Chapitres 3 et 4 nous avons abordé deux questions à première vue liées : dans le premier, celle de l'existence d'une compétence climatique interne autonome, dans le second celle de l'exclusivité de la compétence externe dans ce domaine. Il est temps de préciser les superpositions et les divergences entre les deux. En particulier, à ce jour, il est impossible de considérer qu'une compétence interne dans le domaine climatique est attribuée à l'Union, en l'absence d'une attribution explicite par les Traités. Cependant, notre analyse de l'évolution de l'action climatique européenne à la lumière des exemples de l'environnement et de l'énergie nous a conduits à envisager la reconnaissance, lors d'une révision future des Traités, d'une compétence climatique de l'UE. Si cette hypothèse se vérifie, il est très probable que la nouvelle disposition attribuera également à l'Union une compétence externe explicite dans ce domaine, dans la droite ligne de l'actuel article 191(1) TFUE. Dans ce cas, ou même en l'absence d'attribution d'une compétence explicite en vertu de la jurisprudence, les considérations que nous avons développées dans le Chapitre 4 concernant l'exclusivité de la compétence externe de l'Union seraient renforcées. Toutefois, les deux hypothèses que nous avons développées restent indépendantes dans la mesure où leur horizon temporel est extrêmement différent : l'attribution d'une compétence climatique interne, en raison de la nécessité d'une révision des Traités, se situe dans une perspective très éloignée ; en revanche, la possibilité de reconnaître l'exclusivité de la compétence européenne dans son action climatique extérieure dépend surtout de la volonté politique des institutions et pourrait se concrétiser, théoriquement, dès l'émergence d'une telle volonté.

CONCLUSIONS DE LA PARTIE

Nous avons commencé cette Partie en distinguant deux périodes des négociations climatiques – avant et après Kyoto – sur la base de la progression de l'action climatique internationale. Si cette ligne de démarcation était la plus adaptée pour comprendre le processus à l'échelle globale, d'un point de vue européen elle n'est peut-être pas la plus pertinente. L'action climatique européenne est plutôt partagée entre avant et après la conférence de Copenhague.

Vue de l'extérieur l'Europe a su, avant Copenhague, se présenter comme un pionnier dans la lutte contre le changement climatique, avec des objectifs ambitieux et les moyens d'y parvenir. Sa défense des principes chers aux pays en voie de développement face aux Etats-Unis a donné à la Convention-cadre les fondements que nous connaissons, sa capacité diplomatique a permis l'entrée en vigueur *in extremis* du Protocole de Kyoto, que ses Etats membres avaient déjà ratifié à l'unisson. A Copenhague, l'Union est arrivée avec de nombreux atouts : elle venait d'adopter le paquet énergie-climat qui représentait l'ensemble normatif le plus avancé existant dans la lutte contre le changement climatique, elle venait d'inscrire cette dernière dans le Traité, un de ses Etats membres les plus engagés sur les questions environnementales présidait la Conférence. Cependant, elle avait aussi une grande faiblesse : l'absence de cohésion. Cette absence s'est manifestée en deux phases : en premier lieu les négociateurs de l'Union avaient un mandat dont l'établissement avait été laborieux et dont les ambitions étaient redimensionnées par les positions des uns et des autres. Certains des nouveaux entrants ne se reconnaissaient pas dans des positions qui jusqu'à ce moment avaient été bâties autour des systèmes productifs des Quinze ; et même parmi les Quinze, des pays comme l'Italie voulaient revoir les priorités de l'Union du fait de la crise économique qui commençait. En second lieu, le système de représentation émanant de la mixité des accords climatiques a permis à certains Etats membres de prendre des initiatives indépendantes lors des négociations, avec des conséquences néfastes tant sur les négociations elles-mêmes, que sur l'image internationale de l'Union.

Après Copenhague, l'action climatique externe de l'Europe s'est repliée sur des objectifs minimes de sauvegarde des acquis de Kyoto. Malgré l'affichage d'une continuité dans la position européenne, les engagements de Doha ne sont pas

ambitieux. Cependant, sur le plan interne, la situation est différente : les efforts accomplis dans la dernière décennie d'insertion progressive et systématique de la lutte contre le changement climatique dans de nombreuses politiques internes de l'Union se poursuivent. Les négociations en cours pour la conclusion d'un accord post-Kyoto seront l'occasion d'apprécier si l'Union saura utiliser son action interne pour se replacer convenablement sur la scène internationale.

L'ensemble de ces considérations et des évolutions que nous avons observées sur le plan international et dans le système d'attribution des compétences internes et externes de l'Union nous permet de revenir maintenant sur la question que nous nous étions posée concernant la compatibilité entre les ambitions de l'Union dans le domaine climatique et le système des compétences qui régit son action, et sur la possibilité de construire une politique climatique européenne. Du point de vue des compétences externes, nous avons vu que les difficultés principales restent liées à la volonté politique qui empêche, à l'état actuel, non seulement de dépasser les limites de la mixité des accords, mais aussi de permettre une application de la lettre du Traité et le respect du principe de coopération loyale. Du point de vue des compétences internes, nous avons observé qu'une politique climatique autonome semble être en formation. Le système reste cependant fragmenté et le changement climatique est devenu un objectif transversal à de très nombreuses politiques sectorielles européennes. Si cela assure une large prise en compte de cet enjeu, cette fragmentation pose toutefois la question de l'efficacité d'ensemble des actions climatiques européennes. Si la transversalité du changement climatique n'empêche donc pas la construction de politiques avec le système actuel d'attribution des compétences, elle peut en limiter la cohérence et l'efficacité. C'est la question de la coordination que nous aborderons dans la seconde Partie, à propos de la mise en œuvre des instruments européens dans le domaine de la lutte contre le changement climatique.

PARTIE II. La mise en œuvre de la politique climatique de l'Union européenne : expérimentation et pragmatisme

Dans la première Partie de cette thèse, nous avons reconstitué le cadre dans lequel se développe la politique climatique européenne. Les axes qui définissent ce cadre comprennent aussi bien les spécificités des mécanismes de la gouvernance internationale que celles du changement climatique et du système d'attribution des compétences de l'Union européenne. Cette analyse nous a permis de voir en filigrane des caractéristiques de la politique climatique de l'UE. En premier lieu, son intégration dans de nombreux secteurs et autres politiques, intégration qui est liée à la transversalité du changement climatique mais aussi à l'absence d'une compétence européenne explicite dans ce domaine. Seconde caractéristique, l'interdépendance entre les mesures climatiques internes et l'action extérieure, due à la globalité du phénomène et à la nécessité pour l'Union d'affirmer sa position lors des négociations internationales.

Pour approfondir ces questions et comprendre comment ces caractéristiques se traduisent concrètement en droit de l'Union, nous allons, dans cette seconde Partie, prendre en considération les mesures climatiques adoptées au niveau européen et leur mise en œuvre. Dans le premier Titre nous allons examiner le groupe d'actes constituant le cœur de la politique climatique européenne : le paquet énergie-climat. Dans le second Titre, nous analyserons comment la mise en œuvre de ces actes permet de faire face à la transversalité et à la globalité du changement climatique.

Tenant compte de l'ampleur de la politique climatique européenne, notre choix de nous concentrer principalement sur le paquet énergie-climat, et de limiter ainsi l'analyse des autres composantes à quelques exemples, s'explique par le fait que ce paquet est suffisamment étendu pour nous permettre d'apprécier la panoplie des stratégies et des instruments utilisés par l'UE. Plus que le contenu de toutes les mesures climatiques, ce qui nous intéresse est en effet de comprendre l'approche de la question climatique par l'Union. Aussi bien dans les instruments législatifs que dans leur mise en œuvre, nous mettrons en lumière deux caractéristiques de cette

approche : l'expérimentation de méthodes et d'instruments innovants et la recherche constante de solutions pragmatiques pour garantir l'efficacité des mesures adoptées et de la politique dans son ensemble.

TITRE 1. LES INSTRUMENTS DE LA POLITIQUE CLIMATIQUE EUROPÉENNE : LE PAQUET ENERGIE-CLIMAT

Dans notre analyse de la mise en œuvre de la politique climatique européenne, nous allons nous concentrer sur ce qui constitue aujourd'hui le noyau de cette politique : le paquet énergie-climat. Ce groupement de quatre actes législatifs a été adopté en 2009 en prévision de la Conférence de Copenhague, dans le but d'accompagner l'objectif symbolique « 20-20-20 en 2020 » par des instruments concrets⁶⁴¹. La réorganisation de l'action climatique européenne autour de cet objectif triparti est une des questions que nous allons examiner tout au long de ce Titre. Nous verrons en effet que la coordination des trois composantes de l'objectif participe de la problématique plus large de la coordination entre instruments et entre secteurs.

L'analyse des quatre actes du paquet énergie-climat va également nous fournir le matériel pour examiner trois autres aspects de la mise en œuvre de la politique climatique européenne. En premier lieu, nous avons signalé à plusieurs reprises l'utilisation de la stratégie de l'apprentissage par la pratique, justifiée par la nouveauté du domaine climatique qui demande une approche législative expérimentale. Ici nous pourrions regarder de plus près le fonctionnement de cette stratégie et son utilisation par l'Union européenne. Dans cette perspective, nous veillerons à situer les actes du paquet énergie-climat dans la continuité (ou discontinuité) des instruments préexistants : la plupart de ces actes constitue en effet une réforme et une systématisation de secteurs déjà régulés par le législateur européen, et les nouveautés apportées illustrerons l'expérience murie par les institutions.

En deuxième lieu, nous verrons que l'interaction entre les nécessités de la lutte contre le changement climatique, qui se posent à une échelle continentale voir globale, et le fonctionnement de la construction européenne, fondée sur le principe de subsidiarité, crée une tension constante dans la mise en œuvre de la politique climatique. La dynamique entre centralisation et décentralisation qui est alimentée par cette tension sera donc l'un des prismes à travers lesquels nous étudierons les actes du paquet énergie-climat tout au long de ce Titre.

⁶⁴¹ Rappelons que l'objectif « 20-20-20 en 2020 » regroupe : 20% de réduction des émissions, 20% d'énergie produite à partir de sources renouvelables et 20% d'augmentation de l'efficacité énergétique à l'horizon 2020.

En troisième lieu, la politique climatique européenne participe de la tendance généralisée, à l'échelle mondiale, à expérimenter des instruments de marché pour la protection de l'environnement. Nous avons déjà introduit cette tendance lors de la présentation des mécanismes flexibles du Protocole de Kyoto, dans la première Partie, mais nous allons approfondir notre analyse ici. En effet, le paquet énergie-climat contient une révision majeure du Système Communautaire d'Echange de Quotas d'Emission (le SCEQE), constituant le plus grand marché mondial de protection de l'environnement et considéré par les institutions mêmes comme la "pierre angulaire" de la politique climatique européenne. Cependant, le SCEQE n'est pas le seul instrument du paquet, et la question du rapport entre instruments fondés sur le marché et instruments plus classiques du droit de l'environnement se pose. En suivant cette logique, nous allons étudier le SCEQE dans le premier Chapitre de ce Titre (Chapitre 5), et les autres actes du paquet énergie-climat dans le second Chapitre (Chapitre 6).

Chapitre 5. L'utilisation d'instruments de marché : le SCEQE

La position de l'Union européenne sur l'utilisation d'instruments de marché a évolué au cours des années : le scepticisme du début de la négociation du Protocole de Kyoto a laissé place à la création du premier système d'échange d'émissions de GES, le SCEQE. Les raisons qui sont à l'origine de ce changement se situent tant au niveau international, qu'au niveau interne à l'Union.

Nous avons vu dans la première Partie qu'au niveau international ce changement est principalement dû à la nécessité de trouver un accord avec les Etats-Unis pour l'adoption du Protocole de Kyoto. Le compromis trouvé entre CE et Etats-Unis a été l'acceptation par ces derniers de la fixation d'objectifs de réduction des émissions de GES contraignants pour les pays développés, point fortement voulu par la CE, à la condition que ces objectifs puissent être poursuivis par l'utilisation d'instruments de marché⁶⁴². La position des Etats-Unis sur l'utilisation de ce type de système se fonde sur la recherche de l'efficacité économique dans toute politique, y compris la protection de l'environnement.

Sur le plan interne, la nécessité de mettre en œuvre le Protocole de Kyoto a conduit les institutions européennes à réfléchir quant aux différentes options qui permettraient d'atteindre l'objectif conjoint de 8% de réduction⁶⁴³. La volonté européenne d'introduire des mesures fiscales sur les GES dès le début des années 1990 s'était heurtée à l'impossibilité de parvenir à l'unanimité, conduisant la Commission à réfléchir à des options plus faciles à adopter.

La Commission a donc envisagé la création d'un système d'échange d'émissions, sur la base des travaux du PECC (Chapitre 3, page 151). Soutenu initialement par une partie des Etats membres⁶⁴⁴, le SCEQE a pu être adopté car il semblait permettre de *« réduire les GES avec un rapport coût/efficacité satisfaisant et d'une manière*

⁶⁴² Les termes « instruments flexibles » et « instruments de marché » sont des synonymes dans la littérature sur le changement climatique.

⁶⁴³ Jon Birger SKJÆRSETH et Jørgen WETTESTAD, « The Origin, Evolution and Consequences of the EU Emissions Trading System », *Global Environmental Politics*, 9:2, Mai 2009.

⁶⁴⁴ Seulement cinq Etats s'étaient prononcés en faveur de la création d'un système d'échange d'émissions et donc en faveur du recours à une logique de marché : le Royaume-Uni, la Hollande, la Suède, le Danemark et l'Irlande. Les dix autres Etats se partageaient de façon presque équivalente entre ceux qui étaient contre et ceux qui étaient soit favorables, soit indifférents au système. Les différentes positions étatiques sont illustrées par les réponses au Livre Vert de la Commission européenne, L'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, COM(2000) 87 final, 8 mars 2000.

efficace du point de vue économique »⁶⁴⁵. Nous voyons donc revenir, au sein même des réflexions européennes, l'argument de la théorie économique initialement porté par les Etats-Unis. L'importance de cet argument économique est telle que nous l'aborderons brièvement au cours de la première section, avant d'analyser le champ d'application du système d'échange européen.

Institué pour la première fois par la directive 2003/87/CE, le SCEQE a connu trois périodes successives : une phase d'expérimentation allant du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2007 ; une phase correspondant à la première période d'engagement du Protocole de Kyoto (2008-2012) ; la phase actuelle, commencée en 2013 et se terminant en 2020, régie par la directive 2009/29/CE qui a modifié la directive 2003/87/CE.

Le choix du législateur européen de procéder par périodes successives est motivé par trois raisons.

D'abord, pour lier le SCEQE aux mécanismes du Protocole de Kyoto, il était nécessaire de « synchroniser » les deux instruments et donc de reprendre dans le premier les périodes d'engagement du second. Si cela a été possible jusqu'au 31 décembre 2012, cela n'a plus été le cas pour la troisième phase du SCEQE, faute d'un accord international pour la période successive.

Ensuite, l'évolution rapide des connaissances scientifiques et des progrès techniques nécessitait une construction par phases afin de pouvoir revenir systématiquement sur les choix effectués et les adapter aux évolutions des informations disponibles.

Enfin, le SCEQE est un instrument nouveau et novateur. En effet, même si ce système se fonde sur des principes économiques déjà expérimentés dans quelques cas de politique environnementale, il se distingue sur plusieurs aspects, notamment par son ampleur, tant en termes de secteurs impliqués que d'étendue géographique. Construit dans une logique d'apprentissage par la pratique (« *learning by doing* »), le fonctionnement par phases successives permet d'ajuster le système par des itérations fixées *a priori*. Or, ces ajustements ont pour fonction principale d'affiner la mise en œuvre de cet instrument complexe et transversal, dont l'efficacité dépend de la coordination entre l'Union européenne et ses Etats membres. Analyser les corrections

⁶⁴⁵ Parlement européen, Commission des affaires économiques et monétaires, Avis à l'intention de la commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre COM(2008)0016 – C6-0043/2008 – 2008/0013(COD), du 11 Septembre 2008.

successives qui ont été apportées au SCEQE au fil des trois phases permet donc de révéler les dysfonctionnements initiaux du mécanisme et les solutions que le législateur a introduites, à la lumière d'une riche jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Il est donc utile, afin de comprendre les principaux problèmes posés par la mise en œuvre de la politique climatique de l'Union, d'analyser les évolutions du SCEQE tout au long de ses trois phases, ce que nous ferons dans la seconde section.

Section 1 : La définition d'un marché de quotas d'émission

Avant d'examiner les détails du fonctionnement du SCEQE, cette section introductive en délimite l'étendue. Nous présenterons brièvement ses fondements théoriques⁶⁴⁶ et pratiques⁶⁴⁷ (sous-section 1), ainsi que son champ d'application (sous-section 2).

Sous-section 1 : les principes économiques du SCEQE et ses prédécesseurs

Dans cette sous-section sont examinés les fondements du SCEQE. D'abord, les éléments de théorie économique qui justifient l'usage de mécanismes de marché pour la protection de l'environnement, au lieu d'instruments plus conventionnels comme les taxes ou des limites rigides d'émissions (A). Ensuite, les premières applications de ces mécanismes qui ont constitué un modèle pour l'établissement du SCEQE (B).

A. La logique économique du droit de l'environnement⁶⁴⁸

A partir des années 1960, la doctrine économique a commencé à s'intéresser à la protection de l'environnement, avec des projets de recherches focalisés sur la gestion des ressources naturelles et sur l'intervention de l'Etat dans ce domaine. Ces études

⁶⁴⁶ Par « fondements théoriques » nous entendons les éléments de théorie économique justifiant le recours à un système de marché.

⁶⁴⁷ Par « fondements pratiques » nous entendons les systèmes d'échange de quotas d'émission qui ont précédé le SCEQE et qui lui ont fourni des exemples concrets.

⁶⁴⁸ Nous reprenons cette expression de l'article de Maya BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *Le Seuil, Pouvoirs*, 2008/4 – n. 127, pp. 35-47. La reconstruction que nous faisons des différents systèmes de réglementation du droit de l'environnement à travers des instruments économiques se base sur cet article ainsi que sur le cours du Professeur Eliot LANIADO, *Corso di Economia Ambientale*, Politecnico di Milano, 2003.

ont conduit à la définition de certaines notions clés que nous présentons ici, et qui fondent encore aujourd'hui l'économie de l'environnement⁶⁴⁹.

La première notion à prendre en compte est celle de concurrence parfaite, qui se base sur plusieurs principes de consommation des biens dont, *inter alia*, le principe d'exclusion : celui qui ne paye pas un bien ne peut pas le consommer, donc tous les biens doivent passer par le marché. La théorie économique montre que, lorsque pour un bien les conditions de la concurrence parfaite sont remplies, le marché parvient à allouer de façon optimale et efficace ce bien entre les acteurs économiques.

La deuxième notion dont nous devons tenir compte est celle d'externalité (ou effet externe), particulièrement importante dans l'économie de l'environnement. « *On parle d'externalité lorsque l'action d'un agent économique a un impact sur le bien-être d'un autre agent et que cet impact sur le bien-être d'un autre agent ne passe pas par l'intermédiaire du marché* »⁶⁵⁰. Les effets externes correspondent donc à des violations du principe d'exclusion. L'exemple classique d'effet externe en droit de l'environnement est celui de la pollution d'une rivière. Si une entreprise pollue un cours d'eau, les riverains sont victimes d'un dommage. Ce dommage ne fait toutefois pas l'objet d'une transaction ou d'une réparation. L'externalité est ici représentée par « *la divergence entre le coût privé supporté par l'entreprise et le coût social payé par l'ensemble des acteurs : l'entreprise qui minimise ses coûts omet le coût que représente son action pour les autres* »⁶⁵¹. Les riverains victimes de la pollution seront soit obligés de mettre en place des systèmes de purification de l'eau (si possible), soit contraints de subir les conséquences de la pollution sur leur santé, en devenant aussi un coût important pour l'Etat qui en théorie prendra en charge les frais médicaux induits.

Si un bien ne passe pas par le marché, ne respectant pas le principe d'exclusion énoncé plus haut, il sera impossible d'atteindre la condition de concurrence parfaite, et donc l'efficacité dans l'allocation du bien même. Afin de parvenir à cet objectif, il est nécessaire de trouver un système d'« internalisation » des effets externes. Pour ce faire, l'économiste Ronald COASE, dans les années 1960, a identifié l'origine du problème des effets externes dans l'absence d'une définition adéquate des droits de

⁶⁴⁹ Carlo CARRARO et Domenico SINISCALCO, « Theoretical frontiers of environmental economics », in Carlo CARRARO, *New directions in the economic theory of the environment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

⁶⁵⁰ Maya BACACHE-BEAUVALLET, *Ibid.*, p. 36.

⁶⁵¹ *Ibid.*

propriété⁶⁵². Le marché ne peut pas fonctionner si les droits de propriété ont été mal définis⁶⁵³ et, inversement, leur attribution complète permet de résoudre les inefficacités du marché⁶⁵⁴. L'idée selon laquelle la définition des droits de propriété des biens environnementaux permet d'obtenir une solution efficace aux problèmes de pollution (i.e. minimisant les coûts de l'ensemble des acteurs économiques) est à la base de la proposition des mécanismes flexibles pour lutter contre le changement climatique.

Afin de comprendre pourquoi ces mécanismes ont été privilégiés dans les choix internationaux et européens dans le domaine du changement climatique, il est opportun de passer en revue les différents instruments que la théorie économique suggère pour l'internalisation des effets externes.

Le premier instrument est la mise en place de taxes. Dans ce cas, celui qui subit la pollution est « propriétaire » du bien environnemental (dans notre exemple, la qualité de l'eau). Le pollueur doit alors payer une somme, sous forme de taxes, pour dédommager la victime de la pollution. Cet instrument se fonde sur le principe « pollueur-payeur » reconnu dans le droit international⁶⁵⁵ et à la base du droit de l'environnement. Cet instrument a l'avantage d'inciter le pollueur à réduire la pollution, mais il demande que l'Etat soit capable, pour sa mise en œuvre, de parvenir à une connaissance suffisante du système productif et d'être en mesure d'exercer un contrôle sur les pollueurs. Les entreprises sont généralement opposées à ce type d'instrument car les « droits de propriété » sont attribués par défaut aux victimes de la pollution. Du point de vue des effets sur l'environnement, deux avis coexistent : d'une part les taxes permettent d'obtenir des fonds que l'Etat peut redistribuer pour la protection de l'environnement, d'autre part les entreprises ont la possibilité soit de continuer à polluer en s'acquittant de la taxe, soit de cesser leur pollution. En effet, du point de vue économique, la mise en place d'une taxe soumet les entreprises à un

⁶⁵² Nous signalons que dans ce contexte, les termes de propriété et de droit de propriété sont employés dans leur acception économique et non juridique.

⁶⁵³ *Ibid.* p.37.

⁶⁵⁴ Dans l'exemple de la pollution de la rivière, le bien dont les droits de propriété ne sont pas définis est la qualité de l'eau : en attribuer la propriété aux riverains signifie que l'entreprise, pour polluer, et donc pour consommer le bien « qualité de l'eau », pourra leur « acheter » le bien en moyennant une compensation économique. Au contraire, attribuer la propriété de la qualité de l'eau à l'entreprise signifie que les riverains pourront payer l'entreprise pour qu'elle réduise la pollution, s'ils considèrent que cela leur est moins cher que dépolluer. Dans les deux cas, la théorie économique affirme qu'on atteindra un compromis minimisant les coûts supportés par l'ensemble des acteurs.

⁶⁵⁵ Au niveau international, l'OCDE en 1972 a adopté ce principe dans : OCDE, *Recommandation du Conseil sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international*, Document N°C(72)128, Paris, 1972.

arbitrage. Si elles sont en mesure d'investir sur le long terme afin de changer leur système de production, la taxe devient l'occasion d'innover en matière technologique. Avec le temps, les impacts sur l'environnement se réduisent, aussi bien que le coût pour les entreprises. Dans le cas contraire, ce type d'instrument risque d'être pénalisant pour les entreprises et de ralentir la croissance de l'économie.

Le deuxième instrument à la disposition des Etats est celui des subventions à la réduction des polluants. Dans ce cas, c'est le pollueur qui « détient la propriété » du bien environnemental, dans la mesure où c'est lui qui bénéficiera des subventions pour réduire sa pollution. D'un point de vue théorique, ce système est aussi efficace que la taxe, mais les contrôles à effectuer sont beaucoup plus complexes. S'agissant de la taxation, il est nécessaire de contrôler les émissions, donc la pollution effectuée. S'agissant des subventions, il faut au contraire vérifier la non-émission, en partant d'une base préalablement établie et fondée sur la connaissance de la quantité d'émissions polluantes standard des entreprises. Ces dernières sont alors les seules à être favorables au système de subventions, car elles auront le droit de propriété sur le bien environnemental et elles recevront des avantages économiques. Or, par le biais du système de subventions, les pollueurs sont payés en dépit des pollutions émises. Les économistes s'opposent à cette option à cause de son effet pervers : les entreprises souhaitant percevoir ces subventions à long terme ne s'engageraient pas à effectuer une transformation technologique profonde mais opéreraient de légères évolutions en vue de pérenniser l'obtention de ces subventions. La possibilité de changer le destinataire des subventions et d'attribuer le droit aux pollués est aussi considérée comme perverse : le risque serait dans ce cas de conduire les victimes à ne pas éviter le dommage mais à préférer une somme d'indemnisation.

Le troisième instrument possible est l'instauration d'une contrainte. Dans ce cas, il y a obligation pour les entreprises de ne pas dépasser une quantité déterminée d'émissions. Le souci majeur avec cet instrument est que son efficacité dépend de la mise en œuvre de contrôles efficaces et continus ainsi que de sanctions adéquates. Les entreprises refusent ces contraintes car elles sont coûteuses en effort. Toutefois, elles les préfèrent aux taxes. Les organisations environnementalistes y sont favorables car cet instrument est conforme à un principe éthique : après un certain seuil l'entreprise viole la loi et doit être punie. Ceci permet aussi une prise de conscience tant de la gravité de l'action que de l'identité du pollueur. Les économistes, au contraire, s'opposent à ce système qui ne permet aucune flexibilité en fonction des

spécificités de chaque entreprise. En outre, par rapport à la taxe, il ne constitue pas une incitation au développement de technologies propres : une fois le seuil atteint, l'entreprise n'a aucun intérêt à réduire ses émissions.

Le quatrième instrument pour éliminer les effets externes est la création d'un marché des émissions. Après avoir fixé un territoire de référence (un pays, une union de pays ou le monde entier), deux possibilités subsistent.

La première est le « *cap and trade* », c'est-à-dire la définition d'un montant total de droits d'émissions pouvant être échangés. Sur la base du territoire de référence, on établit un seuil d'émissions totales acceptées. Le nombre de droits d'émissions correspondant à ce seuil est établi et ces droits sont distribués aux pollueurs. Les pollueurs pourront échanger ces droits selon leurs besoins. Ceux qui seront capables de réduire leurs émissions à travers des progrès technologiques ou des changements dans leur fonctionnement pourront vendre leurs droits d'émissions à ceux qui émettent une quantité supérieure à celle qui leur avait été allouée. Les avantages sont de plusieurs natures. En premier lieu, cela devrait avoir un impact positif sur l'environnement car les émissions seront en principe limitées au seuil défini. En deuxième lieu, les pollueurs qui seront capables de polluer moins que leurs permis pourront tirer un avantage économique en vendant leurs droits. Les profits devraient compenser, au moins en partie, les dépenses faites pour réduire les émissions. Enfin, les pollueurs qui n'arrivent pas à réduire leurs émissions devront acheter des droits correspondants à leurs excès d'émissions, sous peine de sanctions. Le recours au système de marché devrait conduire, en théorie, à une mise en œuvre automatiquement efficace, alors que les autres instruments que nous avons présenté demandent une intervention importante de l'autorité publique, dont dépend l'efficacité du système. Toutefois, la création d'un marché comporte des difficultés liées au choix de la méthode d'allocation initiale des droits d'émissions, à la mise en place d'un système d'échange, aux systèmes de contrôle et de sanction. Nous verrons comment ces difficultés se manifestent dans le cas du SCEQE.

La deuxième possibilité, connue sous le nom anglais de « *baseline-and-credit* », prévoit que les pollueurs reçoivent des crédits pour la réduction des émissions par rapport à une base fixée⁶⁵⁶. Nous ne nous intéresserons pas à cette alternative qui ne

⁶⁵⁶ Carlo CARRARO et Domenico SINISCALCO, *ibid.*

revêt qu'un intérêt théorique et n'a jamais eu de retombées pratiques dans le domaine du changement climatique.

C'est sur la base de ces considérations théoriques que, depuis les années 1970, des marchés de crédits d'émissions ont commencé à être expérimentés afin de résoudre certains problèmes environnementaux, et que le SCEQE a été conçu.

B. L'utilisation des mécanismes de marché pour la protection de l'environnement

Afin d'apprécier la portée novatrice du SCEQE, nous évoquerons ici brièvement les autres marchés d'émissions l'ayant précédé : le programme américain d'échange des permis d'émissions à l'origine des pluies acides (B.1) ; les trois mécanismes flexibles du Protocole de Kyoto (B.2) ; le marché de l'oxyde d'azote (NO_x) et dioxyde de soufre (SO_x) à l'origine des pluies acides, créé par certains Etats membres de l'UE sur le modèle du programme américain (B.3).

Au-delà de l'intérêt de cette analyse pour la compréhension des choix de l'Europe dans l'établissement du SCEQE, cette généalogie est utile pour illustrer une logique forte de circulation des modèles à l'échelle mondiale, et qui concerne l'ensemble des nouvelles solutions envisagées dans le domaine environnemental. Nous verrons, dans le dernier Chapitre, que cette dynamique constitue l'un des points forts de l'expérimentation européenne, dans la mesure où le SCEQE représente lui-même, aujourd'hui, un modèle incontournable pour la réduction des émissions de GES.

B.1. Le programme américain d'échange des permis d'émission à l'origine des pluies acides

Les premières expérimentations des instruments de marché pour la protection de l'environnement ont eu lieu aux Etats-Unis à partir de la fin des années 1970, à côté de la réglementation déjà existante⁶⁵⁷. C'est toutefois seulement en 1990 avec le Titre IV de l'amendement à l'*US Clean Air Act* que le premier système de marché de permis négociables a été instauré à l'échelle du pays entier. L'objectif était la réduction des émissions de dioxyde de soufre (SO₂) à l'origine des pluies acides. Le système visait seulement le secteur électrique, responsable aux Etats-Unis de plus de 70% des émissions de SO₂.

Les Etats-Unis ont opté pour un système « *cap-and-trade* », avec un plafond total annuel d'émissions de SO₂. Afin de réduire collectivement les émissions annuelles de ce polluant de 40% par rapport à 1990, chaque unité de production d'électricité (« *electric utility* ») reçoit gratuitement un quota par l'EPA (*Environmental Protection Agency*). Pour déterminer la quantité de quotas à assigner annuellement à chaque installation, on prend en compte les émissions historiques de ladite installation sur une période de temps définie. A la fin de chaque année, chaque unité de production doit être en possession d'une quantité de quotas correspondant aux émissions effectivement réalisées. La mesure de ces dernières est de la responsabilité des installations, sous le contrôle de l'EPA. Si l'émetteur considère qu'il aura besoin de plus de quotas que ceux qui lui sont alloués, il peut en acheter à quiconque en dispose⁶⁵⁸ ; inversement, s'il considère qu'il aura des quotas excédentaires, il peut les vendre. S'il ne parvient pas à équilibrer la quantité de SO₂ effectivement émise avec les quotas à sa disposition, il fera l'objet d'une contravention.

Le programme américain contre les pluies acides prévu par le *Clean Air Act* contient deux éléments importants. Le premier élément porte sur la nature juridique des permis d'émission, qui correspondent aux quotas alloués par l'EPA aux différentes installations. A la différence du législateur européen, qui a opté pour une définition tautologique du quota d'émission, en laissant aux Etats membres le choix de sa nature juridique, le législateur américain a préféré une définition détaillée des permis⁶⁵⁹. Le

⁶⁵⁷ Pour une analyse de ces différents instruments développés depuis 1977 aux Etats-Unis et définis par les américains comme « market-based instruments », voir : Olivier GODARD, « L'expérience américaine des permis négociables », *Economie Internationale*, issue 82, 2000, pp. 13-44.

⁶⁵⁸ Soit pour les avoir reçues gratuitement, soit pour les avoir achetées à son tour. En effet, l'échange de quotas est ouvert à tout le monde, y compris les particuliers.

⁶⁵⁹ Nous citons ici l'article entier du Clean Air Act pour souligner la différence d'approche entre système américain et SCEQE dans la définition de ce que l'on appelle quota ou « *allowance* ». Dans le droit américain : « *an allowance allocated under this subchapter is a limited authorization to emit sulfur dioxide in accordance with the provisions of this subchapter. Such allowance does not constitute a property right. Nothing in this subchapter or in any other provision of law shall be construed to limit the authority of the United States to terminate or limit such authorization. Nothing in this section relating to allowances shall be construed as affecting the application of, or compliance with, any other provision of this chapter to an affected unit or source, including the provisions related to applicable National Ambient Air Quality Standards and State implementation plans. Nothing in this section shall be construed as requiring a change of any kind in any State law regulating electric utility rates and charges or affecting any State law regarding such State regulation or as limiting State regulation (including any prudency review) under such a State law. Nothing in this section shall be construed as modifying the Federal Power Act (16 U.S.C. 791a et seq.) or as affecting the authority of the Federal Energy Regulatory Commission under that Act. Nothing in this subchapter shall be construed to interfere with or impair any program for competitive bidding for power supply in a State in which such program is established. Allowances, once allocated to a person by the Administrator, may be received, held, and temporarily or permanently transferred in accordance with this subchapter and the regulations of the Administrator without regard to whether or not a permit is in effect under subchapter V of this chapter or section 7651g of this title with respect to the unit for which such allowance was originally allocated and recorded. Each permit under this subchapter and each permit issued under subchapter V of this chapter for any affected unit shall provide that the affected unit may not emit an annual tonnage of sulfur dioxide in excess of the allowances held for that unit.* », Section 403(f) of the Clean Air Act Amendments of 1990, 101st Cong., 104 Stat. 2399, P.L. 101-549, 15/11/1990.

Clean Air Act établit que le permis d'émission consiste en une autorisation (administrative) en précisant qu'il ne constitue pas un droit de propriété. La doctrine a recentré la définition du permis dans le cadre de la législation américaine : l'objectif principal d'une telle définition est d'anticiper les controverses qui pourraient surgir notamment en relation avec le droit de la propriété⁶⁶⁰.

Le deuxième élément concerne la structuration par étapes du programme américain sur les pluies acides, comme cela sera fait plus tard par le SCEQE. Le programme américain, après une période d'essai, s'articule en deux étapes : la première allant du 1^{er} janvier 1995 jusqu'au 31 décembre 1999 ; la deuxième a commencé en 2000. La première étape visait un nombre limité d'installations et notamment les centrales à charbon les plus polluantes. D'autres centrales pouvaient se joindre volontairement au programme, en recevant des crédits supplémentaires⁶⁶¹. La deuxième étape a étendu l'obligation de participation au programme à un nombre plus conséquent de centrales électriques.

Le programme semble avoir eu des résultats remarquables sur le plan environnemental, avec une réduction en 2002 de 40% de la concentration de ces gaz par rapport à la concentration de 1990 dans le Nord-est des Etats-Unis⁶⁶².

Forts de leur expérience, les Etats-Unis ont soutenu avec force l'insertion dans les accords internationaux des mécanismes flexibles de marché pour aider les Etats à atteindre les objectifs fixés.

B.2. Les trois mécanismes flexibles du Protocole de Kyoto

A l'issue des négociations, le Protocole de Kyoto établissait trois mécanismes flexibles, basés sur un principe de marché des émissions. La réduction des émissions de GES était ainsi présentée comme une opportunité de développement et non seulement comme un coût. Pour rappel, les trois mécanismes flexibles dans le régime

⁶⁶⁰ Markus W. GEHRING et Charlotte STRECK, « Emissions Trading: Lessons From SO_x and NO_x Emissions Allowance and Credit Systems Legal Nature, Title, Transfer, and Taxation of Emission Allowances and Credits », *Environmental Law Reporter*, vol. 35, n. 4/2005, p.10221 ss., qui propose aussi un panorama des différentes analyses des raisons qui ont conduit le législateur américain à ne pas attribuer aux permis d'émission la nature de droit de propriété. Pour une approche plus politique sur la volonté du Congrès d'éviter des oppositions avec les écologistes sur le concept de droit à polluer : Robert W. HAHN et Gordon L. HESTER, « Where Did All the Markets Go? An Analysis of EPA's Emissions Trading Program », 6 *Yale Journal on Regulation* 109, 1989, pp. 142-43.

⁶⁶¹ Pour les bénéfices des installations qui se sont jointes volontairement au programme, voir, entre autres : Julien HANOTEAU, *L'économie politique des marchés de permis d'émission négociables*, thèse soutenue le 23 juin 2004 à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, sous la direction de Professeur Patrick A. MESSERLIN, pp. 120 ss.

⁶⁶² Pour une brève présentation des résultats du programme, voir : EPA (Environmental Protection Agency), *Cap and Trade: Acid Rain Program Results*, <http://www.epa.gov/capandtrade/documents/ctresults.pdf> (30/11/2011).

climatique sont : le système d'échange des droits d'émission, la Mise en Œuvre Conjointe (MOC) et le Mécanisme de Développement Propre (MDP)⁶⁶³.

Nous présentons ici les grandes lignes des trois instruments, conscients de l'impossibilité d'en traiter les aspects techniques, qui sortent du cadre de notre travail.

Le Protocole de Kyoto a été le premier accord international à prévoir un système global d'échange des droits d'émission⁶⁶⁴. L'article 17 du Protocole de Kyoto établit que : « (...) *les parties visées à l'Annexe B peuvent participer à des échanges de droits d'émissions aux fins de remplir leurs engagements au titre de l'article 3. Tout échange de ce type vient en complément des mesures prises au niveau national pour remplir les engagements chiffrés de limitation et de réduction des émissions prévus dans cet article* ».

Il est important de souligner que les principaux acteurs de ce système sont les Etats. Cela constitue une des principales différences entre le système du Protocole de Kyoto et celui conçu au niveau européen qui, comme nous le verrons, est fondé sur les acteurs privés, notamment les entreprises.

Le mécanisme d'échange se fonde sur un système de « *cap-and-trade* » : les parties visées à l'Annexe B s'engagent à émettre seulement une certaine quantité de GES préalablement assignée sur l'ensemble de leurs territoires nationaux. La réduction des émissions devra donc permettre de ne pas dépasser le seuil assigné, et sera mesurée par des Unités de Réduction des Emissions (URE) représentant, chacune, une tonne métrique d'équivalent-dioxyde de carbone (tCO₂ équivalent). Le seuil est déterminé selon un calcul qui prend comme base le chiffre négocié au niveau international par le pays⁶⁶⁵. Les URE peuvent être échangées entre les parties, selon des conditions fixées

⁶⁶³ Ces trois mécanismes se fondent sur l'article 3(3) de la Convention-cadre visant à parvenir aux objectifs de réduction des émissions en adoptant des politiques et des mesures qui requièrent « *un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible* ». La suite de l'article pose les bases de la MOC : « *les initiatives visant à faire face aux changements climatiques pourront faire l'objet d'une action concertée des parties intéressées* ». L'art. 4(2) (a), en outre, prévoit que : « *Les parties peuvent appliquer de telles politiques et mesures en association avec d'autres parties et aider d'autres parties à contribuer à l'objectif de la Convention (...)* ».

⁶⁶⁴ Rutger de WIT WIJNEN, « Emissions Trading under Article 17 of the Kyoto Protocol », in David FREESTONE et Charlotte STRECK, *Legal aspects of implementing the Kyoto Protocol mechanisms, making Kyoto work*, Oxford University Press, London, 2005, p. 404-415.

⁶⁶⁵ Nous rappelons ici qu'une partie délicate du débat sur l'URE portait sur la date de référence à utiliser. L'année 1990 a été choisie comme référence pour la réduction de CO₂, Méthane (CH₄) et Dioxyde d'azote (N₂O) par presque toutes les parties (à l'exception des pays en transition vers une économie de marché qui n'ont pas d'objectifs contraignants). Pour les autres gaz, l'année de référence est 1995.

par les accords de Marrakech⁶⁶⁶. Parmi ces conditions, on rappelle que les participants doivent être parties au Protocole de Kyoto, ce qui exclut les Etats-Unis aussi bien en tant que fédération qu'en tant qu'Etats individuels.

Outre les URE, les parties peuvent aussi échanger les unités qui dérivent de la mise en œuvre des autres instruments flexibles⁶⁶⁷ : des MOC dérivent des unités connues sous le nom d'UQA, Unités de Quantité Attribuée, tandis que des MDP dérivent les URCE, Unité de Réduction Certifiée des Emissions. Enfin, lors des accords de Marrakech, un autre type d'unité a pris forme, l'UA, Unité d'Absorption, qui représente des « *quotas d'émissions générées par l'inventaire national des forêts des pays de l'Annexe I au regard de leur rôle de puits de carbone* »⁶⁶⁸.

La cession et l'acquisition des droits d'émission sont inscrites sur les registres nationaux mis en place par les parties visées à l'Annexe B autorisées à participer au système de marché de droits d'émissions de GES.

La Mise en Œuvre Conjointe (MOC) est basée sur la mise en place de projets par les pays de l'Annexe I qui gagnent des crédits d'émission en investissant dans un autre pays de la même Annexe afin de réduire les émissions de GES. Le Mécanisme pour un Développement Propre (MDP) est basé sur des projets spécifiques de réduction des émissions que les pays de l'Annexe I mettent en place dans les pays en développement (non-Annexe I).

Les similitudes entre ces deux derniers mécanismes sont nombreuses. En premier lieu, les deux instruments sont basés sur la possibilité de réduire les émissions de GES à travers la mise en œuvre de projets. La réduction des émissions doit être « additionnelle » à celle qui aurait eu lieu sans la mise en œuvre du projet. En deuxième lieu, les crédits qui résultent des deux systèmes flexibles (UQA et URCE) sont utilisés pour atteindre les objectifs de réduction et peuvent être échangés sur le marché des droits d'émission. Enfin, l'Etat destinataire du projet doit dans les deux cas donner son autorisation à la mise en œuvre du projet.

⁶⁶⁶ COP-7, Décision 18/CP.7 *Modalités, règles et lignes directrices applicables à l'échange de droits d'émission* (art. 17 du Protocole de Kyoto), FCCC/CP/2001/13/Add.2, p. 52

⁶⁶⁷ *Ibid.* par. 1 pour la définition des différents types d'unités échangeables dans le système créé par l'art. 17 du Protocole de Kyoto.

⁶⁶⁸ ADEME, *Glossaire*.

Cependant, les deux mécanismes présentent des différences⁶⁶⁹. La différence principale concerne les participants. Dans la MOC, deux pays visés à l'Annexe I s'accordent afin de mettre en œuvre un projet dans l'un des deux pays, pour atteindre leurs objectifs contraignants de réduction des émissions. Dans le MDP, un pays visé à l'Annexe I met en œuvre un projet dans un pays non visé à l'Annexe I : le premier pays pourra ainsi obtenir des crédits de réduction des émissions qui l'aideront à atteindre ses objectifs contraignants, tandis que le pays en développement destinataire du projet pourra, notamment, bénéficier des retombées économiques et technologiques du projet.

Nous verrons que les MOC et les MDP, qui ne sont pas *stricto sensu* des systèmes de marché, mais plutôt des mécanismes permettant de générer des quotas d'émission et donc d'alimenter le marché à proprement parler, ont leur place dans le système européen : non seulement parce que les quotas issus de ces mécanismes peuvent être échangés, à certaines conditions, sur le marché européen, mais aussi parce que des instruments similaires sont prévus par la réglementation européenne hors SCEQE.

B.3. Le système d'échange d'émission de NO_x aux Pays-Bas

Avant la création du SCEQE, deux Etats membres, le Royaume-Uni et les Pays-Bas, avaient envisagé l'utilisation d'instruments de marché pour la protection de l'environnement. A partir de 1992 au Royaume-Uni et de 1997 au Pays-Bas, des études se sont focalisées sur l'opportunité d'un marché des émissions de NO_x et SO_x, à l'origine des pluies acides. Ces études étaient particulièrement importantes dans une perspective de circulation des modèles de réglementation. Les Etats-Unis avaient en effet déjà commencé leur programme contre les pluies acides et la communauté internationale négociait l'introduction des mécanismes flexibles dans le Protocole de Kyoto. Le Royaume-Uni n'est finalement pas parvenu à l'adoption d'un système d'échange d'émissions de SO₂⁶⁷⁰. Au contraire, les Pays-Bas ont pu le faire pour les

⁶⁶⁹ Charlotte STRECK, « Joint implementation: History, Requirements, and Challenges », in David FREESTONE et Charlotte STRECK, *Legal aspects of implementing the Kyoto Protocol mechanism: making Kyoto work*, *op.cit.* La doctrine est très vaste à ce sujet et les deux mécanismes ont fait l'objet d'une étude très approfondie en particulier de la part des juristes de droit international. Voir à ce propos l'ouvrage très complet de David FREESTONE et Charlotte STRECK, et, sur les deux mécanismes, notamment les contributions de Ernestine MEIJER et Jacob WERKSMAN, « Keeping it Clean – Safeguarding the Environmental Integrity of Clean Development Mechanism » ; Maria NETTO et Kai-Uwe BARANI SCHMIDT, « CDM Project Cycle and the Role of the UNFCCC Secretariat » ; Robert O'SULLIVAN et Charles CORMIER, « Meeting Participating Country Responsibilities under the CDM: Designating a National Authority ».

⁶⁷⁰ Pour cette raison, nous ne prenons pas ici en compte l'exemple du Royaume-Uni. En effet, les discussions n'ont pas abouti à l'adoption du système, faute d'accord sur l'allocation des quotas (qui, comme nous le verrons, constitue l'aspect plus

émissions de NO_x, même si le système n'a commencé à fonctionner qu'en 2005 en lien, d'ailleurs, avec la première phase du SCEQE. Le système hollandais est à ce titre intéressant, car les choix effectués en matière d'allocation des quotas d'émissions nous permettent de présenter, plus généralement, les options relatives à la construction d'un marché d'émissions européen. En outre, la notion de quota utilisée par le législateur hollandais a fait l'objet d'un arrêt⁶⁷¹ de la Cour de justice de l'UE, qui permet de mieux comprendre le statut des quotas dans le SCEQE. Cet arrêt, ainsi que l'inefficacité du système, ont conduit les autorités hollandaises à procéder à une fermeture progressive du programme.

Le système d'échange d'émissions de NO_x a été créé dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 2001/81/CE fixant des plafonds d'émission nationaux pour certains polluants atmosphériques⁶⁷². La directive impose, entre autres, des plafonds d'émission pour le NO_x, en laissant les Etats membres libres quant au choix des instruments à adopter pour parvenir à l'objectif fixé au niveau européen (considérant 11 de la directive 2001/87/CE). Afin de respecter le plafond fixé par la directive, les Pays-Bas ont établi que les deux-cent-cinquante plus grandes industries responsables d'émissions de ce gaz devaient respecter un objectif cumulé d'émission de 55 kilotonnes de NO_x en 2010. Une loi nationale fixe pour chaque installation industrielle une norme relative aux émissions. L'entreprise a le choix de la méthode à utiliser pour parvenir à cet objectif : soit elle prend des mesures de réduction de gaz au sein de sa propre installation, soit elle achète des quotas d'émission des autres installations, soit elle combine les deux. Comme pour le programme américain et pour le système d'échange d'émissions du Protocole de Kyoto, les « réductions d'émission, sous la forme de crédits de NO_x, sont proposées sur le marché d'échange des droits d'émission par les installations dont les émissions sont inférieures à la norme d'émission »⁶⁷³. Par conséquent, pour atteindre leur objectif annuel, les installations ne doivent pas émettre plus que les émissions qui leur sont autorisées, en sachant que les émissions effectivement réalisées sont corrigées dans le calcul final

délicat dans la mise en place d'un système d'échange). Pour une analyse du projet anglais et une explication de son échec, face au succès américain, fondée sur une comparaison entre les cultures juridiques des deux pays, voir : Steve SORRELL et Jim SKEA, *Pollution for Sale, Emissions Trading and Joint Implementation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, U.K., 1998.

⁶⁷¹ CJUE, 8 septembre 2011, *Commission c. Royaume des Pays-Bas*, aff. C-279/08 P, *Rec.* I-07671.

⁶⁷² Directive 2001/81/CE du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2001 fixant des plafonds nationaux d'émission pour certains polluants atmosphériques, *JO L.* 309/22 du 27/11/2001.

⁶⁷³ CJCE, 10 avril 2008, *Royaume des Pays-Bas c. Commission*, aff. T-233/04, *Rec.* II-00591, pt. 11.

par les quotas achetés ou vendus. Les installations qui ont émis, à l'issue de ce calcul, plus que la quantité annuelle établie par la norme d'émission, sont soumises à une sanction.

Le système est rendu particulièrement complexe par la définition de l'émission annuelle autorisée, qui n'est pas une valeur absolue, mais qui est, au contraire, « *calculée en fonction de la norme d'émission relative et de la quantité d'énergie utilisée par la dite installation* »⁶⁷⁴. La norme fixe donc le rapport entre la quantité d'émission de NO_x permise à une installation et la quantité d'énergie qu'elle utilise : cela veut dire que les émissions autorisées pour chaque installation dépendent, certes, de la norme fixée par l'Etat, mais aussi des choix de production de chaque entreprise. Ce système encourage une amélioration des processus industriels, car elle récompense les installations qui réduisent leurs émissions par unité d'énergie consommée. En effet, une installation utilisant des processus « propres » émettra moins de NO_x que la quantité fixée par la norme, et pourra donc vendre cet excédent sur le marché de quotas.

La différence majeure entre le système hollandais et les systèmes du programme américain pour les pluies acides ou du SCEQE, réside dans le fait que ces derniers se fondent sur un système de « *cap and trade* », où le total des émissions est fixé, tandis que le système des Pays-Bas se base sur un système de « *cap dynamique* », où le total des émissions varie en fonction de la quantité d'énergie utilisée par les industries.

La différence entre le « *cap and trade* » et le « *cap dynamique* » est que, dans le deuxième, l'Etat ne distribue pas de quotas d'émissions parmi les installations visées par la norme, mais fixe un standard de performance qui doit être progressivement rendu plus contraignant afin de réduire l'impact des industries sur l'environnement⁶⁷⁵.

La conséquence majeure de cette différence est que dans un système de « *cap and trade* », pour permettre l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises, il est nécessaire que l'Etat garde un stock de quotas bloqués à allouer au fur et à mesure aux nouveaux entrants, et qu'à long terme, pour suivre les évolutions de l'économie, on procède périodiquement à de nouvelles allocations. Avec un « *cap dynamique* », au contraire, l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché, ainsi que les évolutions de l'économie, sont automatiquement prises en compte par le système : chaque

⁶⁷⁴ *Ibid.*, pt. 12.

nouvel entrant a le droit d'émettre selon le standard fixé par la norme, et les augmentations ou diminutions de la production industrielle, se traduisant par une croissance ou une décroissance de la consommation énergétique, modifient les niveaux globaux d'émission de NO_x.

Dans une perspective de protection de l'environnement et donc d'efficacité environnementale de la norme, en revanche, le cap dynamique a le grand désavantage de ne pas prévoir une limite fixée d'émissions. Il serait en effet possible d'avoir une augmentation totale des émissions même si les standards énergétiques appliqués deviennent de plus en plus rigides, lorsque le nombre d'installations augmente en raison d'une croissance de l'économie générale. C'est pour cette raison que le législateur européen a privilégié pour le SCEQE un système de « *cap and trade* » et non un système tel que celui adopté par les Pays-Bas.

L'objectif que la directive 2001/81/CE fixait pour l'année 2010 a été atteint par les Pays-Bas en 2012 et les performances économiques du système ont été considérées par le gouvernement comme non efficaces. Ces considérations et l'impossibilité de lier le marché hollandais de NO_x au SCEQE, qui se limite pour l'instant aux émissions de CO₂, ont conduit le gouvernement à en déclarer la fin. Le système a été définitivement abandonné le 1^{er} janvier 2014⁶⁷⁶.

Au-delà des considérations théoriques qui supportent la création de marchés d'émissions, les exemples que nous avons décrits illustrent la complexité de ces instruments et leur grande diversité. Ils montrent aussi comment les différents choix qu'ils comportent peuvent être déterminants dans leur succès ou leur échec. Nous verrons dans la suite de ce Chapitre les caractéristiques du SCEQE et les modifications successives qui ont été nécessaires dans la perspective d'une double efficacité, environnementale et économique.

⁶⁷⁵ Wolf SAUTER, Hans VEDDER, « State aid and selectivity in the context of emissions trading: an examination of the ECJ's 2011 NO_x Case (C-279/08) », *TILEC Discussion Paper*, 15 February 2012, p. 3.

⁶⁷⁶ Pour un panorama plus détaillé des raisons qui ont conduit le gouvernement hollandais à abandonner le système ainsi que le régime de transition voir : Marlies HUIJBERS, « NO_x Emissions Trading Scheme Repealed in the Netherlands — Global Impacts? », [http://ehsjournal.org/http://ehsjournal.org/marlies-huijbers/nox-emissions-trading-scheme-repealed-in-the-netherlands-global-impacts/2013/ \(21/02/2013\)](http://ehsjournal.org/http://ehsjournal.org/marlies-huijbers/nox-emissions-trading-scheme-repealed-in-the-netherlands-global-impacts/2013/ (21/02/2013)).

Sous-section 2 : le champ d'application du SCEQE

Trois éléments permettent de définir le champ d'application du SCEQE : la zone géographique relative au système d'échange, les GES auxquels le SCEQE s'applique et les installations qu'y sont soumises.

Du point de vue géographique, la directive 2003/87/CE s'applique à l'Espace Economique Européen, en soumettant au système l'Union ainsi que la Norvège, le Lichtenstein et l'Islande ; toutefois, les modifications successives de la directive ont également étendu le SCEQE aux vols internationaux au départ ou à destination d'un Etat membre de l'Union. Cela a soulevé des débats sur le caractère extraterritorial du système, que nous aborderons dans le Chapitre 8.

Après de longues réflexions, le législateur européen a décidé de limiter l'application du SCEQE au CO₂, représentant 80% des émissions totales en Europe et étant le plus simple à contrôler d'un point de vue technique⁶⁷⁷. Le choix du CO₂ comme GES visé par la directive a fourni une première orientation quant aux secteurs concernés, pour lesquels le législateur a suivi la même logique : seuls les secteurs les plus émetteurs et les plus simples à réguler d'un point de vue technique ont été soumis au système. La catégorisation opérée par l'Annexe I de la directive SCEQE indique cinq types principaux d'activités concernées par le système : (1) les activités dans le secteur de l'énergie⁶⁷⁸, (2) les activités dans la production et transformation de métaux ferreux⁶⁷⁹, (3) l'industrie minérale⁶⁸⁰, (4) la fabrication de pâte à papier à partir du bois ou d'autres matières fibreuses et (5) la fabrication de papier et carton pour les seules installations dont la capacité de production est supérieure à 20 tonnes par jour.

⁶⁷⁷ Damien MEADOWS, « The emissions allowance trading Directive 2003/87/EC explained », in Jos DELBEKE, *EU Energy Law, vol IV, EU Environmental Law : the EU Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme*, Claeys & Casteels, June 2008, p. 68. L'article 30 de la directive SCEQE avait cependant laissé la possibilité à la Commission de présenter au Parlement et au Conseil, pour le 31 décembre 2004, une proposition visant à inclure d'autres gaz à effet de serre parmi ceux du Protocole de Kyoto, qui sont inclus dans l'Annexe II de la directive même. Toutefois, la Commission a préféré limiter le premier SCEQE au seul CO₂, pour pouvoir exercer un contrôle plus efficace dans une période d'apprentissage de la gestion du Système.

⁶⁷⁸ Trois types d'installations sont soumis au système : les installations de combustion d'une puissance calorifique de combustion supérieure à 20 MW (sauf déchets dangereux ou municipaux) ; les raffineries de pétrole et les cokeries.

⁶⁷⁹ Ce type d'activité inclue : les installations de grillage ou de frittage de minerai métallique, y compris de minéraux sulfurés et les installations pour la production de fonte ou d'acier (fusion primaire ou secondaire), y compris les équipements pour coulée continue d'une capacité de plus de 2,5 tonnes par heure.

⁶⁸⁰ L'Annexe I de la directive liste trois types d'installations. Le premier : « des installations destinées à la production du ciment clinker dans des fours rotatifs avec une capacité de production supérieure à 500 tonnes par jour, ou de chaux dans des fours rotatifs avec une capacité de production supérieure à 50 tonnes par jour ». Le deuxième est celle des installations « destinées à la fabrication du verre, y compris celles destinées à la production de fibres de verre avec une capacité de fusion supérieure à 20 tonnes par jour ». Enfin, le troisième type est celui des « installations destinées à la fabrication de produits céramiques pour cuisson, notamment de tuiles, de briques, de pierre réfractaires, de carrelages, de grès de porcelaine, avec ne capacité de production supérieure à 75 tonnes par jour, et/pi une capacité de four de plus de 4 m³ et une densité d'enfournement de plus de 300 Kg/m² ».

Les installations qui font partie de ces catégories d'activités représentent presque la moitié des émissions de GES en Europe et, même si elles constituent un ensemble limité, elles illustrent bien la transversalité du SCEQE.

Les Etats membres, lors de la transposition de la directive, ne pouvaient pas réduire le nombre d'activités concernées par le SCEQE. En revanche, ils pouvaient étendre le champ d'application de la directive, en élargissant notamment la liste des GES soumis et la liste des secteurs concernés⁶⁸¹. Les Etats membres pouvaient aussi choisir, le cas échéant, de maintenir les systèmes d'échange nationaux réglementant des GES ou des secteurs non inclus dans le SCEQE, conformément au seizième considérant de la directive.

Le choix du législateur européen de soumettre uniquement certains secteurs au SCEQE a conduit la société Arcelor et d'autres industries sidérurgiques à entreprendre une bataille sur deux fronts : national et européen. Au niveau national, ces industries ont agi contre les règlements de transposition de la directive devant les autorités belges et françaises. Au niveau européen, deux procédures différentes ont eu pour objet la validité de la directive 2003/87/CE : un renvoi préjudiciel issu du recours devant le Conseil d'Etat français et une action directe en annulation devant le Tribunal de Première Instance de la CE. Tous les recours ont été rejetés. Les procédures, nationales et européennes, se fondaient principalement sur trois moyens : la violation du principe d'égalité et de non-discrimination, la violation des droits de propriété, de liberté de commerce et de l'industrie et enfin la violation du principe de sécurité juridique. Nous prenons ici uniquement en considération le premier moyen, la supposée violation du principe d'égalité, car il est le seul qui porte sur l'étendue du champ d'application de la directive et donc sur le choix du législateur européen des secteurs soumis au SCEQE.

Après avoir examiné les deux recours en annulation présentés par la société Arcelor devant, respectivement, la Cour d'Arbitrage belge et le Conseil d'Etat français (A), nous analyserons les décisions de la Cour de justice de l'Union (B).

⁶⁸¹ A ce propos, le quinzième considérant de la directive 2003/87/CE précise que : « *le champ d'application du Système Communautaire peut être étendu aux émissions de GES autres que le dioxyde de carbone, notamment dans la métallurgie de l'aluminium ou de l'industrie chimique* ».

A. Le recours en annulation devant les juridictions nationales

Nous examinerons d'abord le recours en annulation devant la Cour d'Arbitrage belge (A.1), puis nous procéderons à l'étude du recours devant le Conseil d'Etat français et à une comparaison des approches suivies par les deux juridictions (A.2).

A.1. La décision de la Cour d'Arbitrage belge

En ce qui concerne la transposition de la directive 2003/87/CE dans le système juridique belge, il est opportun d'observer, en préambule, que le 8 mars 2004 l'Etat Fédéral Belge et les régions ont signé un accord qui déterminait la responsabilité de chaque région dans la transposition de la directive pour son territoire. Cet accord établissait aussi la réduction d'émissions de GES que chaque région doit atteindre, par rapport à l'année 1990. Par conséquent, la Région Wallonne a adopté le décret du 10 novembre 2004, « *instaurant un système d'échange de quotas d'émission de Gaz à Effet de Serre, créant un Fond Wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto* », par transposition de la directive 2003/87/CE⁶⁸². Le Gouvernement Wallon n'a pas dérogé à la directive en ce qui concerne les installations soumises au SCEQE et n'a donc pas étendu le champ d'application de la directive.

Le 2 juin 2005 les sociétés Cockerill Sambre et Arcelor ont formé un recours devant la Cour d'Arbitrage (nommée Conseil Constitutionnel depuis l'année 2007), en demandant, avant de statuer sur la validité du décret de transposition, d'effectuer un renvoi préjudiciel en validité de la directive 2003/87/CE devant la Cour de justice des Communautés Européennes⁶⁸³. Afin de justifier leur demande, les requérantes ont affirmé que le contrôle de constitutionnalité du décret demandait « *nécessairement une appréciation de la validité de la directive précitée par la Cour de justice des Communautés Européennes, vu que la directive ne laisse (...) aucune marge de manœuvre aux Etats membres quant à la transposition des obligations qu'elle contient* » (p. 5, A.8.2). Les questions formulées par Cockrill et Arcelor pour ce qui concerne l'étendue du champ d'application de la directive, sont motivées par les considérations suivantes (p. 5, A.8.5).

⁶⁸² Décret instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un Fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto, *Moniteur Belge* du 02/12/2004, p. 80700.

⁶⁸³ Cour d'arbitrage belge, n° du rôle 3715, arrêt n° 92/2006 du 7 juin 2006.

La directive inclut les activités de production de fonte et d'acier mais elle exclut d'autres activités émettrices d'une quantité supérieure ou similaire de GES et qui peuvent être considérées comme concurrentes, comme la production de l'aluminium et du plastique. En agissant ainsi, le principe d'égalité serait violé par « *la soumission de secteurs de la production de fonte et d'acier dans le champ de la directive 2003/87/CE en tant que matériaux, alors que les émissions de GES du matériau plastique ne sont pas prises en compte, ni partialement, ni entièrement, parce que ni l'industrie chimique, ni celle du traitement des déchets, ne sont visés par la Directive* ». Cette observation conduit, dans l'optique des industries sidérurgiques requérantes, à une violation du principe d'égalité et de non-discrimination, principes ayant une valeur constitutionnelle. Les requérantes soulignent en outre que, d'un point de vue pratique, « *dans l'état actuel de la technologie* », les activités pour la production de fonte et d'acier sont dans l'« *impossibilité de réduire de façon significative leurs émissions de GES* » (p. 5, A, 8, 5, dernier tiret).

En réponse à la supposée violation du principe d'égalité et de non-discrimination, le Gouvernement Wallon répond par les trois considérations suivantes. D'abord, le point de départ est l'inexistence de concurrence entre l'acier, le plastique et l'aluminium⁶⁸⁴. Ensuite, la distinction entre ces secteurs dans l'étendue du champ d'application de la directive « *serait justifiée dans la mesure où les secteurs en cause présentent des différences sensibles quant à leur émission de GES* » (p. 6, A.9.2). Enfin, les mesures mises en place sont proportionnées à l'objectif poursuivi par la directive et le décret de transposition : « *l'objectif environnemental poursuivi (...) est supérieur à la volonté des entreprises de maximiser leur profit et (...) parmi toutes les mesures envisageables pour réduire les émissions de GES, le système d'échange des quotas d'émission constitue la formule de rechange la moins restrictive pour les acteurs concernés* » (p. 6, A.9.2).

La Cour d'Arbitrage a rejeté la demande de renvoi préjudiciel avancée par les requérantes. Comme nous le verrons, l'année suivante, interrogée sur la même question de violation du principe d'égalité et de non-discrimination par la directive 2003/87/CE et le décret qui la transpose, le Conseil d'Etat français prendra une décision différente et il posera une question préjudicielle à la Cour de justice des CE.

⁶⁸⁴ A cette considération, le Gouvernement wallon ajoute l'observation que les secteurs en cause n'appartiennent pas à un seul marché. *Ibid.*, p. 6, A.10.1.

Pour apprécier la différence de raisonnement entre la Cour d'Arbitrage et le Conseil d'Etat, il est ici opportun de mettre en lumière celui de la cour belge. Elle commence en prenant en considération la base juridique sur laquelle la directive 2003/87/CE s'appuie : les ex articles 175 et 176 TCE. L'ex article 176 TCE, comme la Cour d'Arbitrage le rappelle, disposait que « *les mesures de protection arrêtées en vertu de l'article 175 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque Etat Membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec le présent traité. Elles sont notifiées à la Commission* »⁶⁸⁵.

La Cour d'Arbitrage continue son raisonnement en vérifiant si la directive 2003/87/CE laissait une marge de manœuvre aux Etats membres qui souhaitaient adopter des mesures plus strictes de protection de l'environnement et, à la lumière des trois considérants que nous avons cités précédemment (considérants 15, 16 et 24 de la directive SCEQE), la Cour conclut que cette possibilité existait effectivement⁶⁸⁶. Le législateur Wallon aurait donc pu étendre le champ d'application, sa limitation étant ancrée dans le décret de transposition et non dans la directive 2003/87/CE, comme soutenu par les parties requérantes. Par conséquent, il appartient à la Cour d'Arbitrage belge de vérifier la conformité du champ d'application du décret de transposition de la directive au principe d'égalité et de non-discrimination, ayant valeur constitutionnelle (p. 17, pt. B.10). Une éventuelle décision de la Cour d'Arbitrage dans le sens de la violation du principe constitutionnel aurait eu par conséquent valeur de déclaration d'invalidité totale ou partielle du seul décret wallon⁶⁸⁷, laissant toutefois ouverte la question de la conformité de la directive à ces mêmes principes, dans la mesure où ils sont aussi des principes généraux du droit européen.

Dans son évaluation du respect du principe d'égalité et donc de la présence d'une justification objective à la différence de traitement des installations industrielles, la Cour d'Arbitrage utilise les travaux préparatoires de la directive SCEQE de 2003 et souligne que le champ d'application du régime de quotas d'émission de GES a été déterminé sur la base d'un double objectif : la réduction des émissions de GES et les

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 20, B.12.1.

⁶⁸⁶ « *Il en résulte que la directive 2003/87/CE n'empêche en aucune manière les Etats membres d'étendre à d'autres activités le champ d'application du régime établi de l'échange des quotas d'émission de GES ou, à défaut, de prévoir des mesures fiscales appropriés* », p 20, pt. 12.3.

⁶⁸⁷ Bien sûr nous pouvons imaginer les difficultés qu'une telle décision aurait comportées pour la mise en œuvre de la politique climatique européenne au niveau de la Belgique, qui aurait éventuellement pu fonder un recours en manquement.

conditions économiquement efficaces et performantes de cette réduction. Les critères de sélection du champ d'application sont objectifs. Rappelons que le choix des GES a été déterminé par leur mesurabilité et que le choix des activités économiques soumises au système a été effectué sur la base de la quantité de GES produits et de sa mesurabilité. La Cour a considéré la différence de traitement comme proportionnée, en accueillant ainsi la position du Gouvernement wallon.

A.2. Le recours devant le Conseil d'Etat français

Comme nous l'avons fait dans le cas belge, pour comprendre le recours formé devant le Conseil d'Etat français il est opportun, tout d'abord, de préciser que la directive 2003/87/CE a été transposée en France par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004, ratifiée par l'article 80 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit⁶⁸⁸. Cette ordonnance a introduit dans le code de l'environnement la nouvelle section « Quotas d'émission de Gaz à Effet de Serre » et elle comprend les articles L.229-5 à L. 229-19⁶⁸⁹. L'ex article 229-5 renvoyait au décret du Conseil d'Etat fixant la liste d'activités concernées par le SCEQE. Comme dans le cas du décret belge de transposition de la directive, le décret n° 2004-832 du 19 août 2004 n'étend pas le champ d'application du SCEQE au-delà des secteurs prévus par la directive 2003/87/CE.

La Société Arcelor Atlantique et Lorraine (appelée par la suite Arcelor) et d'autres industries du secteur sidérurgique directement affectées par le système, ont demandé au Président de la République, au Premier Ministre, au Ministre de l'Ecologie et du Développement Durable et au Ministre délégué à l'Industrie d'abroger, entre autres, les dispositions qui soumettaient les industries sidérurgiques au SCEQE. N'ayant pas reçu de réponse, Arcelor et les autres entreprises ont formé devant le Conseil d'Etat un recours pour excès de pouvoir contre les refus implicites d'abrogation et ont demandé au Conseil de faire droit à la demande d'abrogation⁶⁹⁰.

La raison pour laquelle nous nous intéressons à cet arrêt réside dans le choix du Conseil de ne pas statuer sur la conformité du champ d'application du système défini

⁶⁸⁸ Ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, JORF n° 91 du 17 avril 2004, p. 7089. Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JORF n° 0287 du 10 décembre 2004, p. 20857.

⁶⁸⁹ La section II « Quotas d'émissions de gaz à effet de serre » du Chapitre IX Effet de Serre a été modifié à plusieurs reprises. Nous utilisons ici les articles en vigueur au moment du recours de la société Arcelor et leur numérotation.

⁶⁹⁰ Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

par l'acte de transposition de la directive aux principes constitutionnels, comme la Cour d'Arbitrage belge l'avait fait, mais de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'UE sur la validité des dispositions relatives au champ d'application de la directive 2003/87/CE. Ce choix du Conseil a été largement commenté par la doctrine, qui a identifié dans cet arrêt une étape importante dans la définition des rapports entre systèmes juridiques français et européens⁶⁹¹.

La demande d'abrogation des dispositions de l'acte de transposition de la directive se fondait sur la violation de plusieurs principes de valeur constitutionnelle dont notamment trois : le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité. Seul le troisième fait l'objet de notre étude, car il est le seul à concerner directement l'étendue du champ d'application du système⁶⁹².

Comme la Cour d'Arbitrage belge, le Conseil d'Etat français a dû exercer un contrôle de constitutionnalité des dispositions réglementaires transposant une directive dans tous ses termes. Si la Cour d'Arbitrage a rejeté la demande de renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la directive en estimant que la liberté du législateur national dans l'étendue du champ d'application était garantie par la lettre de la directive en liaison avec l'ex article 176 TCE, le Conseil d'Etat en a décidé autrement⁶⁹³.

Le point de départ du raisonnement du juge administratif français se situe dans la constitutionnalisation de l'obligation de transposer les directives européennes, dérivant de l'article 88-1 de la Constitution française. Une première distinction doit à ce stade être opérée⁶⁹⁴. Si la directive transposée laisse une marge d'appréciation aux autorités nationales, le juge administratif opère un contrôle classique de la légalité du

⁶⁹¹ Pour une analyse de cet arrêt, voir, entre autres : Dominique RITLÉNG et Jean-Philippe KOVAR, « Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire », *Revue Trimestrielle de droit européen*, n°4/2008, p. 835 ss. ; Paul CASSIA, note « Le droit communautaire dans et sous la Constitution française », Conseil d'Etat, 8 février 2007. Conclusions du commissaire du Gouvernement Mattias GUYOMAR, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007 (2), pp. 378 ss. ; Denys de BECHILLON et Philippe TERNEYRE, « Le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés Européennes. Nouvelle donne », *Le Seuil, Pouvoirs*, 2007/4, n. 123, pp. 105 ss. ; Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin du cycle ou nouvelle ère ? A propos des arrêts d'assemblée du 8 février 2007 », *Droit Administratif*, n° 5, mai 2007, étude 7 ; Denys SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe, Revue Mensuelle Lexis Nexis Jurisclasseur*, Mars 2007, pp. 5 ss.

⁶⁹² D'ailleurs, les deux autres moyens ont été immédiatement écartés par le Conseil et ils n'ont donc pas fait l'objet de décision de la part du Conseil ni, par conséquent, de la Cour de justice des Communautés Européennes.

⁶⁹³ Le Prof. Xavier MAGNON a formulé les questions juridiques surgissant de cet affaire de la façon suivante : « *le Conseil d'Etat peut-il exercer un contrôle de constitutionnalité de dispositions qui reprennent directement les termes d'une directive ? En d'autres termes, est-il compétent pour exercer un contrôle de constitutionnalité indirect d'une directive communautaire ?* », Xavier MAGNON, « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat. Commentaire sous Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et d'autres », *RFDA*, n° 3/2007 p. 578.

décret pour en vérifier la conformité avec la Constitution. Si, au contraire, la directive ne laisse pas une telle marge et que l'acte de transposition reprend des « *dispositions précises et inconditionnelles* » (considérant 11) de l'acte européen, le juge administratif, dans son contrôle de constitutionnalité, doit suivre des « *modalités particulières* » (considérant 11). La différence principale entre Cour d'Arbitrage belge et Conseil d'Etat surgit à ce stade : la première considère que la directive 2003/87/CE a laissé une marge d'appréciation aux autorités nationales pour étendre, s'ils le souhaitent, le champ d'application du système, tandis que le Conseil d'Etat a jugé les dispositions de la directive comme précises et inconditionnelles à ce sujet.

Le Conseil d'Etat français identifie ces « modalités particulières » dans la recherche de l'existence d'une règle ou principe général du droit européen qui garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué. Lorsque le juge administratif n'identifie pas une telle règle ou principe général du droit européen, qui ait donc la même étendue que la règle ou le principe constitutionnel français, il appartiendra au juge administratif d'examiner directement la conformité des dispositions réglementaires contestées. Si, au contraire, le Conseil d'Etat parvient à trouver une équivalence entre règle ou principe constitutionnel et règle ou principe général du droit européen, il procédera à la vérification de la conformité de la directive avec ladite règle ou principe général du droit. Lorsque le juge administratif ne rencontre pas d'équivalence entre dispositions de la directive et règle ou principe général du droit européen, il écartera lui-même le moyen soulevé. Dans le cas contraire, lorsqu'il trouve des difficultés sérieuses dans cette opération, le Conseil d'Etat saisira la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel afin que cette dernière puisse apprécier la validité de la directive même, suivant la jurisprudence *Foto-Frost*⁶⁹⁵.

Dans ce cas spécifique, le Conseil relève d'abord la superposition entre le champ d'application du décret de transposition et celui de la directive 2003/87/CE qui ne laissait aucune marge de manœuvre aux autorités nationales : une détermination différente des catégories d'installations soumises au SCEQE aurait en effet constitué

⁶⁹⁴ Etienne PICARD, « Droit international et contentieux administratif (I-Rapports entre droit international et droit interne) », *Répertoire de contentieux administratif*, février 2008.

⁶⁹⁵ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. C-314/85, *Rec.* 1987 04199.

une erreur manifeste d'appréciation de la part de ces autorités⁶⁹⁶. Ensuite, le Conseil d'Etat compare l'étendue du principe d'égalité en droit constitutionnel français et en droit européen. La jurisprudence constante de la Cour de justice de l'UE affirme que « *la méconnaissance de ce principe peut notamment résulter de ce que des situations comparables sont traitées de manière différente, à moins qu'une telle différence de traitement soit objectivement justifiée* » (considérant 18). Le Conseil d'Etat constate une équivalence entre l'étendue du principe constitutionnel et celle du principe général du droit européen. Enfin, le Conseil d'Etat cherche à vérifier si la directive 2003/87/CE, en incluant dans son champ d'application les industries sidérurgiques et non les industries du plastique et de l'aluminium, ne contrevient pas « *à cet égard au principe général du droit communautaire qui s'impose à elle* » (considérant 18). Pour son évaluation, le Conseil d'Etat prend en compte trois éléments qui découlent de l'analyse du dossier (considérant 19) et qui étaient également présents devant la cour belge : (1) « *les industries du plastique et d'aluminium émettent une quantité de GES identiques à celles dont la directive du 13 octobre 2003 a entendu limiter les émissions* » ; (2) les industries du plastique et de l'aluminium produisent des matériaux qui sont partiellement substituables à ceux produits par l'industrie sidérurgique qui est soumise au SCEQE et donc les différents secteurs se trouvent en situation de concurrence entre eux ; (3) les industries du plastique et d'aluminium ne sont pas couvertes en tant que telles, par le SCEQE, mais elles y sont soumises indirectement lorsqu'il s'agit d'installations de combustion d'une puissance supérieure à 20 mégawatts. Le Conseil d'Etat considère également les deux raisons qui ont conduit le législateur européen à ne pas inclure les industries du plastique et d'aluminium, notamment leur part relative dans les émissions totales et la mise en place progressive du SCEQE. La question de savoir si la différence de traitement entre ces installations industrielles est justifiée comporte une difficulté sérieuse. Le Conseil d'Etat pose donc une question préjudicielle en appréciation de validité de la directive 2003/87/CE à la Cour de justice de l'UE.

⁶⁹⁶ Pascale KROMAREK, « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *Recueil Dalloz* n° 35, 2009, p. 2357-2368.

B. Les décisions rendues par la Cour de justice de l'UE

Nous présenterons d'abord la décision de la Cour de justice de l'Union européenne rendue sur renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat français (B.1), puis nous examinerons le recours en annulation que la société Arcelor a formé devant le Tribunal de Première Instance (B.2).

B.1. Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'UE

Saisie par le Conseil d'Etat, la Cour de justice des CE a établi, au regard du principe d'égalité, l'absence d'éléments de nature à affecter la validité de la directive 2003/87/CE⁶⁹⁷. La Cour, qui n'a pas saisi l'opportunité pour aborder une nouvelle fois le principe de primauté du droit européen⁶⁹⁸, a fondé sa décision sur les considérations suivantes.

D'abord, elle a vérifié l'existence d'une violation du principe d'égalité. Elle n'a pas retenu la thèse avancée par la Commission, le Parlement et le Conseil selon laquelle l'inclusion du secteur sidérurgique dans le champ d'application du SCEQE ne met en aucun cas ce secteur dans une position défavorable par rapport aux industries de matériaux non ferreux qui ne sont pas soumis au système, dans la mesure où ces derniers secteurs doivent également réduire leurs émissions pour se conformer aux objectifs internationaux. La Cour a en effet considéré que l'inclusion d'une installation dans le SCEQE implique des conséquences importantes sur ses choix productifs, sa gestion financière et sur son activité en général, étant donné qu'elle doit obtenir une autorisation d'émettre une certaine quantité d'émissions, essayer de la respecter et être soumise à des contrôles.

Ensuite, une fois établie la différence de traitement, la Cour a examiné si cette différence pouvait être justifiée par un critère objectif et raisonnable, « *c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné* » (p. 5). Sur ce point, la Cour a accueilli la position du Parlement, du Conseil et de la Commission sur la nécessité pour le législateur de faire

⁶⁹⁷ CJCE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-127/07, Rec. 2008 I-09895.

⁶⁹⁸ Cela aussi en dépit du relief attribué dans ses conclusions par l'Avocat General Miguel MADURO au principe de primauté du droit européen sur le droit constitutionnel des Etats membres et français en particulier. Conclusions présentées le 21 mai 2008.

des choix pour la première période de fonctionnement du SCEQE. Les deux phases allant de 2005 à 2012 ont servi en effet d'expérience pour élaborer un système plus vaste et intégré, comme démontré par le projet de révision en cours pendant la période du jugement, en conformité avec l'article 30 de la directive. Un nombre excessif d'installations aurait provoqué des difficultés techniques et administratives trop importantes. La Cour a rappelé dans sa décision que dans le cadre de l'exercice des compétences qui lui sont attribuées, ici par l'ex article 175(1) TCE, le législateur européen détient un « *large pouvoir d'appréciation lorsque son action implique des choix de nature politique, économique et sociale et lorsqu'il est appelé à effectuer des appréciations et évaluations complexes* », comme dans le cas de la construction du plus grand système de crédits d'émissions au monde, dans sa première phase⁶⁹⁹.

B.2. Le recours en annulation devant le Tribunal de Première Instance

Le 15 janvier 2004, avant que le Conseil d'Etat ait saisi la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel⁷⁰⁰, la société Arcelor avait aussi saisi le Tribunal de Première Instance d'un recours en annulation doublé d'un recours en indemnité, que nous ne prenons pas ici en compte⁷⁰¹. Le Tribunal, qui avait suspendu la procédure lors de la phase orale pour attendre l'arrêt de la Cour en appréciation de validité de la directive, divise son étude de la possible violation du principe d'égalité en deux branches. La première porte sur un prétendu traitement inégal de situations comparables, qui avait déjà fait l'objet du renvoi préjudiciel devant la Cour, dont le Tribunal reprend *in extenso* la décision. La deuxième porte sur un prétendu traitement égal de situations non comparables. Par ce moyen, la partie requérante attaquait l'absence de justification d'un traitement égal du secteur sidérurgique à d'autres secteurs, considérant que ce secteur se trouve dans une « *situation d'enfermement unique* ». A la différence d'autres secteurs, comme Arcelor l'avait déjà avancé devant la Cour d'Arbitrage belge, l'industrie sidérurgique ne serait pas techniquement capable de réduire ses émissions. A ce propos, il est intéressant de mettre en évidence qu'Arcelor faisait suivre à cette considération, l'obligation *de facto* des installations sidérurgiques

⁶⁹⁹ A la suite de l'arrêt de la Cour, le Conseil d'Etat a rejeté la requête d'Arcelor. Conseil d'Etat, n. 287110 du 3 juin 2009.

⁷⁰⁰ CJUE, 2 mars 2010, *Arcelor c. Parlement et Conseil de l'UE*, aff. T-16/04, *Rec.* 2010 II-211.

⁷⁰¹ A ce sujet, voir : Denys SIMON, « Arcelor : suite du feuilleton juridictionnel », *Europe*, n° 5, mai 2010, p. 17, pt. 2. Voir aussi le commentaire relatif à la recevabilité du recours en annulation, aspect particulièrement intéressant de l'arrêt que nous ne prenons pas en considération ici car il sort de notre champ d'étude.

d'acquérir des quotas d'émission supplémentaires par rapport à ceux qui leur avaient été assignés « *alors que, contrairement aux entreprises des autres secteurs soumis au système d'échange de quotas, elles seraient exposées à une forte concurrence internationale, ce qui empêcherait de répercuter le coût des quotas sur leurs clients sauf à perdre des parts de marché. Il en résulterait une réduction substantielle de leurs marges bénéficiaires et, pourtant, une diminution de leurs possibilités d'investissement* »⁷⁰². Le Tribunal rejette cet argument en soulignant en premier lieu l'objectif général de protection de l'environnement par la réduction des émissions de GES et, en deuxième lieu, en rappelant qu'Arcelor n'a pas démontré une telle situation particulière du secteur sidérurgique par rapport aux autres secteurs. En effet, comme l'avait bien expliqué l'Avocat Général Miguel MADURO dans ses conclusions pour le renvoi préjudiciel, le gouvernement français a présenté plusieurs techniques qui peuvent être utilisées par les installations sidérurgiques pour réduire les émissions de GES. Outre cet aspect pragmatique, il ne faut pas oublier que la directive 2003/87/CE même, comme nous le verrons, oblige les Etats membres (annexe III, pt. 3) à tenir compte pour l'allocation des quotas du potentiel, y compris technologique, de réduction des émissions produites par les activités soumises au SCEQE. L'analyse de la situation d'Arcelor en France montre non seulement que toutes les émissions du Groupe Arcelor pour l'année 2006 ont été couvertes par des quotas alloués gratuitement, mais aussi que le bilan comptable d'Arcelor fait apparaître un gain tiré de la vente de quotas excédentaires⁷⁰³.

Conclusions de la section

En choisissant la forme d'un marché de quotas d'émissions comme instrument phare de sa politique climatique, l'Union européenne s'est située dans la lignée de la tendance mondiale de gouverner la protection de l'environnement par le biais d'instruments de marché. Les principes économiques que nous avons présentés au cours de cette section sont en effet à la base du fonctionnement du SCEQE, tel qu'il a été conçu par le législateur européen dans les trois premières phases.

⁷⁰² Avocat Général Miguel MADURO, conclusions, aff. C-127/07, *ibid.*, pt. 56.

⁷⁰³ *Ibid.* pt. 57.

La complexité de ce mode de régulation des émissions a conduit le législateur européen à une approche progressive, fondée sur l'apprentissage par la pratique. Cette démarche itérative a certes créé des disparités, au moins temporaires, entre secteurs et acteurs économiques, mais nous avons vu que sa pertinence a été soutenue par la Cour, qui a jugé ces disparités comme proportionnées face aux objectifs climatiques de l'Union.

Section 2 : Les modalités de fonctionnement du SCEQE

La mise en œuvre du SCEQE repose sur une organisation extrêmement complexe. Pour parvenir à une configuration efficace de cet instrument, il était nécessaire de procéder par des ajustements successifs dans une logique d'apprentissage par la pratique. Retracer les modifications introduites par le législateur européen au fil des trois phases nous permet d'identifier les problèmes qui se sont posés et les solutions envisagées.

Parmi les questions qui ont dû être abordées par le législateur, la centralisation ou décentralisation des activités associées à la mise en œuvre – dont l'allocation initiale des quotas, l'enregistrement des transactions, les procédures de contrôle et de sanction – est particulièrement significative. En premier lieu, dans le cadre de notre étude, parce qu'elle nous permet de poursuivre l'analyse de la répartition des compétences entre UE et Etats membres, commencée dans la première Partie, à un autre niveau, celui de la mise en œuvre de la politique climatique. En second lieu, parce que cette question est un aspect central de la mise en œuvre du SCEQE, comme témoigné par le nombre de recours devant la Cour qui, portant sur des questions techniques diverses, peuvent être reconduits, sur le fond, à des questions de répartition des compétences.

Dans la première sous-section, nous présenterons les lignes principales des deux premières phases du SCEQE, afin de comprendre ses mécanismes de fonctionnement et les difficultés principales qui ont émergé au fil des sept années. La seconde sous-section sera dédiée aux modifications principales apportées par la directive 2009/29/CE au SCEQE pour sa troisième phase, débutée le 1^{er} janvier 2013.

Sous-section 1 : le SCEQE de 2005 à 2012, premières expériences

Le législateur européen a utilisé pour le SCEQE un système de « *cap and trade* », un « *mécanisme de limitation des droits d'émission dans lequel ces droits sont plafonnés (« cap») et peuvent être échangés (« trade») »*⁷⁰⁴. Dans notre analyse nous suivons cette organisation logique du SCEQE. D'abord nous présentons l'approche suivie pour déterminer le plafond d'émissions consenties au niveau européen et la méthode d'allocation de quotas (A) et ensuite nous examinons les mécanismes d'échange de ces quotas (B). Cette répartition est souvent utilisée par la doctrine et notamment par la doctrine économique. La doctrine juridique, au contraire, a encore relativement peu étudié ces sujets, sans mettre suffisamment en exergue le lien entre choix techniques et répartition des compétences entre Etats membres et institutions européennes dans la mise en œuvre du SCEQE⁷⁰⁵.

Nous dédions le dernier paragraphe (C) à l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE en ce qui concerne le fonctionnement du SCEQE lors de ses deux premières phases, encore une fois sous le prisme de la centralisation et décentralisation.

A. La fixation d'un plafond et l'allocation des quotas d'émission

Le SCEQE des deux premières périodes était caractérisé par une forte décentralisation, notamment dans l'allocation initiale des quotas d'émissions. Il appartenait aux Etats membres de décider la quantité totale de quotas à allouer ainsi que la manière d'effectuer une telle allocation parmi les installations visées au niveau national. Ces choix devaient être contenus dans les Plans Nationaux d'Allocation de quotas (PNA) et ils étaient soumis au contrôle de la Commission, qui vérifiait le respect des critères fixés par la directive 2003/87/CE, notamment par son article 10 et par l'Annexe III.

S'agissant de la méthode d'allocation initiale, après une véritable bataille entre Commission, Parlement et Etats membres sur le choix entre l'allocation à titre gratuit

⁷⁰⁴ CDC, *Le langage de l'économie du changement climatique*,

http://www.cdcclimat.com/IMG/pdf/Lexique_du_changement_climatique-_CDC_Climat-Juillet_2010.pdf (15/02/2013).

⁷⁰⁵ Sonja BOGOJEVIC a mis en évidence ce faible intérêt de la doctrine notamment pour ce qui concerne les conséquences des règles de fixation du plafond d'émissions permises. Voir deux articles : Sonja BOGOJEVIC, « Ending the Honeymoon : Deconstructing Emissions Trading Discourses », 21 *Journal of Environmental Law*, 2009, pp. 443 ss. et Sonja BOGOJEVIC, « Litigating the NAP : Legal Challenges for the Emissions Trading Scheme of European Union », *Carbon & Climate Law Review*, n. 3, 2009, pp. 210 ss.

et la mise aux enchères, une différenciation s'est imposée entre les deux phases⁷⁰⁶. Pendant la première phase, les Etats membres devaient allouer « *au moins 95% des quotas à titre gratuit* » (art. 10 directive SCEQE), tandis que pendant la deuxième, ils devaient allouer « *au moins 90% des quotas à titre gratuit* » (art. 10 directive SCEQE). Une marge d'appréciation était ainsi laissée aux Etats membres⁷⁰⁷. L'étude de la définition du plafond des émissions (A.1) et de l'établissement du PNA (A.2) nous permettra d'apprécier la répartition des compétences entre Union européenne et Etats membres, ainsi que le lien entre ces phases et les mécanismes établis au niveau international.

A.1. La définition du plafond : la prise en compte des objectifs du Protocole de Kyoto
 Dans le choix de la méthode à appliquer dans la définition du plafond européen des émissions de GES, le législateur a dû prendre en compte les engagements chiffrés du Protocole de Kyoto. La difficulté majeure était que les vingt-sept pays ne jouissaient pas du même statut dans le cadre du Protocole. Rappelons que d'un côté il y avait les quinze Etats membres de la CE au moment de la conclusion du Protocole (formant la « bulle communautaire »), tous visés à l'Annexe B du Protocole, qui s'étaient engagés conjointement à une réduction de 8% des émissions par rapport à l'année 1990⁷⁰⁸. De l'autre côté, les nouveaux Etats membres (à l'exception de Chypre et de Malte), également parties à l'Annexe B du Protocole et engagés à des réductions chiffrées d'émissions, étaient définis comme « pays en transition vers une économie de marché » et ils disposaient donc d'une plus large « *latitude dans l'exécution de leurs engagements* » (art. 3(6) Protocole de Kyoto)⁷⁰⁹. Enfin, Chypre et Malte

⁷⁰⁶ En ce qui concerne la position de la Commission européenne, voir : Commission européenne, Exploratory Memorandum, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, du 23/10/2001, COM(2001) 581 final, p. 11. En ce qui concerne le Parlement européen, voir : Parlement européen, Résolution législative sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, 10 octobre 2002, COM(2001) 581 – C5-0578/2001 – 2001/0245(COD).

⁷⁰⁷ Les questions sur cette allocation partiellement à titre gratuit fait actuellement l'objet de plusieurs renvois préjudiciels en provenance de l'Espagne : la question est de savoir si l'article 10 de la directive SCEQE peut « être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à l'application de mesures législatives nationales (...) dont l'objet et l'effet est de réduire la rémunération de l'activité de production d'électricité du montant équivalent à la valeur des quotas d'émission de gaz à effet de serre alloués à titre gratuit pendant la période correspondante ». La Cour a joint les nombreux recours soulevés par les cours espagnoles car connexes pour leur objet : CJUE, 17 octobre 2013, *Iberdrola SA et autres*, aff. jointes C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11, C-640/11. *Rec. général*.

⁷⁰⁸ L'un des objectifs explicites du SCEQE est de les aider à parvenir à cet objectif (*considerata* 4 de la directive SCEQE).

⁷⁰⁹ La différence la plus notable entre pays visés à l'Annexe B et pays visés à la même Annexe qualifiés comme en transition vers une économie de marché réside dans la possibilité de ces derniers de choisir une date de référence pour la réduction des émissions différente par rapport à l'année 1990 commune aux autres (art. 3(5) Protocole de Kyoto).

n'étaient pas visés à l'Annexe B et n'avaient pas d'objectifs contraignants de réduction, attribués au niveau international. Toutefois, comme les quinze Etats membres formant la « bulle communautaire » et les dix Etats qualifiés « en transition vers une économie de marché », ils étaient soumis au SCEQE.

L'objectif global du SCEQE était donc plus large que l'objectif commun de 8% de réduction de la « bulle communautaire », sans pour autant être fixé. En même temps, afin de parvenir aux objectifs déterminés par le Protocole de Kyoto, les Etats membres pouvaient utiliser d'autres instruments et politiques. Le SCEQE était ainsi un outil parmi d'autres qui devait aider les Etats à remplir leurs objectifs. Le plafond d'émissions du SCEQE pour chaque Etat membre devait donc être fixé à la lumière des engagements assignés par le Protocole de Kyoto (premier critère indiqué à l'Annexe III de la directive SCEQE) sans être, cependant, déterminé de manière unique à l'échelle européenne.

A.2. Le Plan National d'Allocation des quotas (PNA)

La quantité totale des quotas à allouer, les modalités d'allocation et la prise en compte des exploitants des installations visées par la directive étaient laissées à la discrétion des Etats membres. La directive SCEQE prévoyait cependant un calendrier avec des échéances pour l'adoption du PNA ainsi que les critères qui devaient être respectés dans son élaboration.

S'agissant du calendrier, la directive précisait les échéances marquant les étapes clés de la procédure d'allocation des quotas. Comme nous le verrons, la Cour, sollicitée à plusieurs reprises sur le déroulement correct de la procédure, a aidé à dissiper les doutes laissés par une directive parfois peu précise dans le choix des mots.

La Commission était en charge de la première échéance et devait élaborer avant le 31 décembre 2003 des orientations relatives à la mise en œuvre des critères à respecter par les Etats dans l'élaboration du PNA (les critères étant fixés à l'Annexe III de la directive SCEQE). La Commission a rempli cette obligation par l'adoption d'une communication⁷¹⁰ clarifiant la portée des différents critères, classifiés entre obligatoires et facultatifs⁷¹¹.

⁷¹⁰ Communication de la Commission, Les orientations visant à aider les Etats membres à mettre en œuvre les critères qui figurent à l'Annexe III de la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de

A la lumière de cette communication, les Etats membres devaient élaborer leur PNA et le notifier à la Commission et aux autres Etats membres. La date de publication variait selon deux « groupes » d'Etats : pour les quinze de la « bulle communautaire », la date limite était fixée au 31 mars 2004, et pour les douze nouveaux Etats cette échéance était repoussée au 1^{er} mai 2004. A ce stade de la procédure, le PNA devait préciser « *la quantité totale des quotas que l'Etat Membre a l'intention d'allouer pour la période considérée et la manière dont il se propose de les attribuer* ».

Dans les trois mois suivant la notification des PNA, ceux-ci étaient analysés par la Commission et le comité (art. 23 de la directive SCEQE) qui l'assiste⁷¹². Une fois approuvé par la Commission, chaque Plan faisait l'objet d'une consultation publique, conformément au critère n° 9 de l'Annexe II. La Commission, dans ce délai de trois mois, pouvait aussi rejeter le PNA, entièrement ou en partie « *dans le cas d'incompatibilité avec les critères énoncés à l'Annexe III ou avec les dispositions de l'article 10* » (art. 9(3) directive SCEQE). Le rejet devait être motivé. Dans l'hypothèse d'un rejet, partiel ou total du PNA, les Etats membres devaient procéder aux modifications nécessaires, en conformité avec la décision de la Commission. Toute modification devait faire l'objet d'une nouvelle approbation de la Commission, en vertu de l'article 9(3) deuxième partie de la directive.

Une fois ces étapes de la procédure accomplies, les Etats membres devaient décider de la quantité totale de quotas à allouer effectivement et de la distribution de ces quotas parmi les exploitants de chaque installation (art. 11(1) de la directive SCEQE). Ces éléments complétaient le PNA et devaient être décidés au moins trois mois avant le début de la période d'engagement « *conformément avec l'article 10 et en tenant compte des observations formulées par le public* » (art. 11(1) de la directive SCEQE).

serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, et les conditions dans lesquelles il y a force majeure, du 7 janvier 2004 COM(2003) 830 final.

⁷¹¹ Nous ne considérons pas utile ici d'analyser le contenu de ces critères. Nous nous limitons donc à mentionner au fur et à mesure ceux qui nous servent pour expliquer la jurisprudence de la Cour. Nous renvoyons alors la prise de connaissance de l'ensemble des douze critères à la lecture de l'Annexe III de la directive, ainsi que de la Communication, en soulignant toutefois que cette Communication ne prend pas en compte le critère n° 12, ajouté à la directive 2003/87/CE par la directive 2004/101/CE. Ce critère porte en effet sur la prise en compte des quantités maximales de quotas dérivant des mécanismes flexibles du Protocole de Kyoto dans le SCEQE et il fera l'objet d'observations dans le Chapitre 6.

⁷¹² Le rôle de ce Comité fera l'objet d'une analyse approfondie dans le Chapitre 7, qui portera en partie sur l'utilisation des procédures de comitologie dans le cadre du paquet énergie-climat.

B. Le fonctionnement du système d'échange de quotas

Après avoir présenté les étapes préliminaires de la mise en œuvre du marché, nous nous intéressons ici à son fonctionnement, et notamment au transfert de quotas (B.1) et au système de contrôle et de sanction (B.2).

B.1. Les quotas et leur transfert

L'autorisation d'émettre des GES (ou permis d'émettre) était délivrée par l'Etat aux exploitants des installations exerçant leur activité dans les secteurs visés par la directive. Il est utile de préciser que par exploitant on entend « *toute personne qui exploite ou contrôle une installation ou, lorsque la législation nationale le prévoit, toute personne à qui un pouvoir économique déterminant sur le fonctionnement technique de l'installation a été délégué* » (art. 3, lettre f) de la directive SCEQE). Les installations sont les unités techniques fixes où une ou plusieurs des activités visées par la directive se déroulent (art. 3 lettre e) de la directive SCEQE). L'autorisation d'émettre des GES se composait de deux éléments distincts : l'autorisation administrative d'émettre des GES et la décision d'allocation des quotas qui permettait à l'exploitant de connaître le plafond d'émissions qui lui était autorisé⁷¹³.

Le premier élément consistait dans l'autorisation d'émettre des GES couverts par la directive SCEQE et donc, notamment, du CO₂. Aucune installation visée par la directive ne pouvait se livrer à son activité sans avoir préalablement obtenu l'autorisation nécessaire pour émettre des GES (art. 4 de la directive SCEQE). Le choix de l'administration compétente pour délivrer ces autorisations était laissé aux Etats membres. La directive cependant, dans un souci d'efficacité de fonctionnement, établissait que les Etats membres devaient prendre « *les mesures nécessaires pour que, lorsque des installations exercent des activités figurant à l'Annexe I de la directive 96/61/CE, les conditions et la procédure de délivrance d'une autorisation d'émettre des GES soient coordonnées avec celles prévues par ladite directive (...)* ». La directive 96/61/CE relève de la prévention et de la réduction intégrée de la pollution et elle vise à établir une approche intégrée de la pollution dans

⁷¹³ Bertrand de GERANDO, *Quotas d'émission de gaz à effet de serre. Système d'échange de quotas. Entreprises et collectivités bénéficiaires. Outils de gestion des quotas*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2010, p. 93 ss.

l'atmosphère, dans les eaux et dans le sol, pour plusieurs secteurs dont certains sont communs à la directive 2003/87/CE.

Le deuxième élément qui constituait l'autorisation d'émettre des GES en conformité avec la directive SCEQE était la décision de l'autorité nationale compétente⁷¹⁴ qui allouait (ou affectait, selon la terminologie la plus utilisée en France)⁷¹⁵ un certain nombre de quotas à chaque exploitant. Cette allocation effective des quotas (qui comme nous le verrons était permise par l'inscription des quotas dans le registre national des quotas de GES) avait lieu uniquement suite à l'approbation du PNA par la Commission. Le PNA contenait non seulement le plafond des émissions pour chaque période, mais indiquait aussi la liste des exploitants et les quotas que l'Etat souhaitait allouer à chaque installation⁷¹⁶.

Afin de parvenir à l'objectif de réduction des émissions de GES, le système d'allocation devait permettre une réduction d'ensemble des émissions mais cela n'impliquait pas, *a priori*, que toutes les unités de production devaient réduire leurs émissions. L'Etat pouvait ainsi décider comment allouer les quotas à ses installations, en considérant que l'ensemble des allocations devait permettre *in fine* une réduction d'ensemble des émissions de GES au niveau européen.

Pour que le système soit efficace du point de vue économique, les quotas d'émissions alloués doivent pouvoir être transférables. C'est ce qui est établi par l'article 12 de la directive SCEQE. Le transfert est admis tant entre exploitants des installations qu'entre personnes physiques, au sein de l'Union européenne ainsi qu'en dehors. Cette dernière possibilité n'est envisagée que dans le cas des pays tiers ayant instauré un système lié au SCEQE.

La directive établit qu'à la fin de chaque année, les Etats membres s'assurent que tous les exploitants des installations restituent un nombre de quotas égal à la quantité d'émissions réelles produites. Si l'exploitant a émis au cours de l'année une quantité de CO₂ supérieure aux quotas que l'Etat lui avait attribués, il doit alors acheter des quotas supplémentaires à des opérateurs qui en détiennent (autres exploitants ou

⁷¹⁴ En France, par exemple, l'autorité compétente était le Ministre de l'Environnement.

⁷¹⁵ Nous utilisons le terme « allocation » et non « affectation » pour une meilleure cohérence avec le texte de la directive, même si nous sommes conscients de la préférence de la législation et de la doctrine française pour le terme affectation. Les deux mots doivent être considérés comme synonymes.

⁷¹⁶ A titre d'exemple, voir le PNA II (pour la deuxième période d'engagement) français du 20 avril 2007, qui contient dans l'Annexe la liste des exploitants et quotas affectés par installation pour la période 2008-2012, consultable sur le site internet du Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'énergie, http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/ecologie/pdf/Plan_national_emission_gaz_a_effet_de_serre.pdf (31/01/2013).

particuliers). Si au contraire l'exploitant a produit moins d'émissions de GES par rapport au nombre de quotas qui lui avait été assigné, il peut vendre ces quotas et obtenir ainsi un bénéfice économique. A l'issue de chaque période annuelle, des vérifications sur la correspondance entre quotas détenus et émis permet de solder les comptes de quotas (art. 12 (3) directive SCEQE).

Le bon fonctionnement du système repose sur trois éléments fondamentaux. Le premier dépend de la phase d'allocation des quotas d'émissions réalisée par les Etats : le nombre de quotas alloués ne doit pas être trop élevé, ni au niveau global, ni au niveau de chaque exploitant. La responsabilité de la correcte allocation des émissions est partagée entre les Etats membres et l'Union européenne. Il incombe aux Etats la responsabilité de proposer une allocation correcte : sur le plafond initial fixé, sur la liste des exploitants ainsi que sur les quotas alloués. Il incombe à la Commission d'approuver les PNA. Force est de constater que l'échec des Etats à fixer correctement le nombre total de quotas ainsi que leur allocation a conduit la Commission à rejeter un grand nombre de PNA au motif qu'ils n'étaient pas aptes à atteindre les objectifs de réduction. En effet, le trop grand nombre de quotas alloués par les Etats était en inadéquation avec les objectifs nationaux et européens fixés. La Cour de justice de l'UE a été appelée à arbitrer à maintes reprises ce qui a mis en lumière les faiblesses du système. Tout ceci a nécessité des modifications importantes pour la troisième phase du SCEQE.

Le deuxième et le troisième éléments feront l'objet des prochains paragraphes. L'un est le contrôle des émissions effectivement produites et leur conformité avec les quotas détenus, l'autre est la gestion des mouvements de quotas - attribution, détention, transfert et annulation.

B.2. Le système de contrôle de conformité et les sanctions

L'efficacité du système de vérification des émissions de GES produites par les exploitants est fondamentale pour le fonctionnement du SCEQE. La déclaration annuelle, par les exploitants, de leurs émissions effectives est l'élément central du mécanisme. Cette déclaration doit être établie en conformité avec les lignes directrices adoptées par la Commission en accord avec l'article 14(1) de la directive SCEQE. Ces lignes directrices, fondées sur les principes de surveillance et de déclaration définis à l'Annexe IV de la directive SCEQE, étaient contenues dans deux

décisions de la Commission, chacune correspondant à l'une des deux premières phases du SCEQE (2005-2007⁷¹⁷ ; 2008-2012⁷¹⁸).

Cette déclaration doit faire l'objet d'un contrôle de la part d'un vérificateur qui présente un rapport accompagnant la déclaration même et portant sur deux éléments : l'évaluation des calculs effectués par l'exploitant et le niveau de confiance que le vérificateur accorde à ces calculs. Il appartient aux Etats membres de choisir qui peut assumer le rôle de vérificateur, en suivant deux modèles principaux : confier cette tâche à des organes administratifs ou à des entités indépendantes privées. Les Etats membres, confrontés à la haute technicité des contrôles demandés et au grand nombre de déclarations à vérifier, ont souvent privilégié les entités indépendantes privées⁷¹⁹.

La directive SCEQE se limite à esquisser les trois compétences minimales exigées du vérificateur : il doit être « *indépendant de l'exploitant* », « *exercer ses activités avec un professionnalisme sérieux et objectif* », et avoir « *une bonne connaissance* » des dispositions de la directive SCEQE, des normes pertinentes et des lignes directrices adoptées par la Commission, « *des exigences législatives, réglementaires et administratives applicables aux activités soumises à la vérification* » et « *de l'élaboration de toutes les informations relatives à chaque source d'émission présente dans l'installation* » (Annexe V, point 12 de la directive SCEQE).

Dans ses lignes directrices, la Commission, en définissant le vérificateur, a ajouté l'exigence d'accréditation. Les décisions de la Commission n'apportent toutefois plus d'indication au sujet de l'accréditation, en se limitant en effet à la définir comme « *la délivrance, par un organisme d'accréditation, d'une déclaration reposant sur une décision arrêtée à l'issue de l'évaluation détaillée d'un vérificateur, attestant formellement qu'il dispose des compétences et de l'indépendance nécessaires pour effectuer des vérifications conformément à des exigences données* ». Il semblerait donc qu'il soit suffisant de répondre aux critères larges établis par l'Annexe V de la directive pour que l'Etat puisse considérer la vérification comme conforme aux règles SCEQE et donc l'estimer suffisante. Dans un souci de clarification des critères

⁷¹⁷ Décision de la Commission 2004/156/CE du 29 janvier 2004 concernant l'adoption de lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre, conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 59* du 26/2/2004, p. 1-74.

⁷¹⁸ Décision de la Commission 2007/589/CE du 18 juillet 2007 définissant des lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre, conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 229* du 31/08/2007, p. 1-85.

⁷¹⁹ Anne-Sophie TABAU, *La mise en œuvre du Protocole de Kyoto en Europe. Interactions des contrôles international et communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 239 ss.

d'accréditation ainsi que d'harmonisation parmi les Etats membres, la Coopération Européenne pour l'Accréditation, une association qui met en réseaux les organismes d'accréditation reconnus dans les Etats membres, a établi un document précisant les critères que les vérificateurs devraient remplir et les critères pour le déroulement de la vérification même⁷²⁰. Cette harmonisation est la garantie donnée aux pays tiers de la conformité de la mise en œuvre aux règles du SCEQE exigée en vue d'un possible lien entre les systèmes.

L'objectif principal de la vérification est de s'assurer que la quantité des émissions réelles correspond à la quantité de quotas détenus. Si les émissions excèdent les quotas, l'exploitant peut faire l'objet d'une sanction, en conformité avec l'article 16 de la directive. Le régime des sanctions est encore une fois établi au niveau étatique, avec la contrainte que les sanctions soient « *effectives, proportionnées et dissuasives* ». La directive SCEQE établit deux sanctions : la publication du nom des exploitants en infraction (art. 16(2) directive SCEQE) et une amende de 100 euros pour chaque tonne de CO₂ émise par une installation pour laquelle l'exploitant n'a pas restitué les quotas correspondants. La directive précise en outre que le paiement de cette amende « *ne libère pas l'exploitant de l'obligation de restituer un nombre de quotas égal à ces émissions excédentaires lors de la restitution des quotas correspondants à l'année civile suivante* » (art. 16(3) directive SCEQE).

Un outil essentiel pour le bon fonctionnement du système est le registre qui permet une comptabilité précise de l'allocation, détention, transfert et annulation des quotas. Il s'agit d'un système informatisé qui permet d'enregistrer en temps réel les mouvements affectant les comptes des détenteurs de quotas.

Le registre du SCEQE a été institué à deux niveaux, étatique et européen. L'article 19 de la directive SCEQE imposait, en effet, aux Etats membres d'établir et de maintenir un registre. L'Union européenne vérifiait la régularité du processus comptable à travers un Journal des Transactions Communautaire Indépendant (JTICI), tenu par un administrateur central, désigné par la Commission sur la base de l'article 20 de la directive SCEQE⁷²¹.

⁷²⁰ European Cooperation for Accreditation, *EA Guidance for recognition of verification bodies under EU ETS directive*, EA-6/03 M rev 04, Novembre 2013.

⁷²¹ Le site internet du JTICI est : http://ec.europa.eu/environment/ets/welcome.do:EUROPA_JSESSIONID=GGxwRKgS78n1TVtdmctCthC8JRQskkcS4yqYvSP5JL7TGpqP2WZl1259712154?languageCode=fr (31/01/2013).

Tout exploitant d'une installation soumise au SCEQE ayant obtenu l'autorisation d'émettre avait un compte au sein du registre national. Cela était possible également pour les personnes physiques ou morales d'un Etat Membre.

Chaque fois qu'un processus comptable était réalisé, il était enregistré non seulement dans le registre national, mais aussi dans le registre européen. L'objectif principal du système était d'assurer le respect des règles européennes et de détecter automatiquement les irrégularités éventuelles. Dans l'hypothèse d'anomalies dans le processus, l'administrateur central informait l'administrateur du registre national concerné, qui était obligé d'interrompre le processus (art. 20(2) et (3) directive SCEQE).

L'administrateur central pouvait recevoir des instructions de la Commission⁷²², qui pouvait ordonner la suspension temporaire d'une transaction engagée par un registre national ou d'un lien entre un registre national et celui européen, si le registre national était administré en violation des règles européennes. Ce type de contrôle exercé par la Commission montrait clairement son autorité tant sur l'administrateur central responsable du JTCI que sur les autorités responsables des registres nationaux. Cette autorité devait être maintenue pour assurer à la Commission son rôle de garant du droit européen.

En raison de cette hiérarchisation des registres, la discipline de ces instruments était très complexe, et cette complexité s'intensifiait dans la mesure où il était nécessaire de vérifier aussi la régularité de la gestion des instruments flexibles provenant du Protocole de Kyoto.

C. Le fonctionnement du SCEQE à l'épreuve de la Cour de justice de l'UE

Nous prenons ici en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE au fil des années, car c'est devant cette institution que les difficultés majeures du SCEQE ont été débattues. La lecture de ces arrêts révèle les complexités liées à l'interprétation de la directive et des actes de mise en œuvre qui ont un caractère hautement technique.

⁷²² Règlement (CE) n° 2216/2004 de la Commission du 21 décembre 2004 concernant un système de registres normalisé et sécurisé conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et à la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L* 386 du 29/12/2004, p. 1-77 ; article 37(2) du règlement (CE) n° 994/2008 de la Commission du 8 octobre 2008 concernant un système de registres normalisé et sécurisé conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et à la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L* 271 du 11/10/2008, p. 3-40.

Elle illustre aussi la difficulté de définir les frontières entre compétences de l'UE et compétences étatiques dans la mise en œuvre du SCEQE.

La doctrine qui a analysé la jurisprudence de la Cour concernant le SCEQE a souvent reparté les affaires sur la base de la procédure utilisée⁷²³ ou sur la base des parties requérantes⁷²⁴. Dans notre étude, nous privilégions une analyse sur la base de l'objet principal de la controverse, plus appropriée pour montrer les aspects difficiles du fonctionnement du SCEQE⁷²⁵. Avec cette optique, nous analysons d'abord la jurisprudence concernant l'élaboration des PNA (C.1) et ensuite celle portant sur la gestion des registres (C.2). Cette analyse nous fournira des éléments significatifs pour la discussion de la réforme du SCEQE.

C.1. La jurisprudence relative à l'élaboration des PNA

Notre panorama des arrêts de la Cour commence avec les recours en annulation formés par les Etats membres contre des décisions de la Commission concernant les PNA. La Cour a non seulement interprété la directive et les actes de mise en œuvre, mais elle a aussi défini les frontières entre la compétence de chaque Etat pour établir son propre PNA et la marge d'appréciation laissée à la Commission dans l'évaluation des PNA. Nous focaliserons ici notre attention sur les principaux arrêts dans les affaires initiées par les Etats membres contre la Commission. Nous ne traiterons pas les nombreux recours présentés par des acteurs privés contre les décisions de la Commission. Dans ces recours, la Cour n'a pas tranché sur le fond, faute de *locus standi* des requérants⁷²⁶.

⁷²³ Navraj Singh GALEIGH, « Litigation against EU ETS », in David FREESTONE et Charlotte STRECK, *Legal Aspects of Carbon Trading : Kyoto, Copenhagen and beyond*, Oxford University Press, 2009, pp. 367-388.

⁷²⁴ Josephine van ZEBEN, « The European Emissions Trading Scheme Case Law », *RECIEL* 18(2) 2009, pp. 119-128.

⁷²⁵ Les deux arrêts portant sur le champ d'application de la directive SCEQE, l'arrêt Arcelor et l'arrêt sur l'inclusion de l'aviation dans le système, ne font pas l'objet de notre analyse ici. La première, Arcelor, a été illustrée dans la première section de ce chapitre, tandis que le deuxième constituera l'un des éléments clé pour comprendre la tentative européenne d'imposer son modèle climatique aux autres pays (Chapitre 8).

⁷²⁶ Affaires : CJCE, 30 avril 2004, *EnBW Energie c. Commission*, aff. T-387/04, *Rec.* 2007 II-01195 ; CJCE, 25 juin 2007, *Draw Power e.a. c. Commission*, aff. T-130/06, *Rec.* 2007 II-67 ; CJCE, 11 septembre 2007, *Fels-Werke e.a. c. Commission*, aff. T-28/07, *Rec.* 2007 II-98 et son pourvoi : CJCE, 9 avril 2008, *Saint-Gobain Glass Deutschland c. Commission*, aff. C-503/07 P, *Rec.* 2008 I-2217 ; CJCE, 1^{er} octobre 2007, *US Steel Košice c. Commission*, aff. T-489/04, *Rec.* 2007 II-127 et son pourvoi : CJCE, 19 juin 2008, *US Steel Košice c. Commission*, aff. C-6/08 P, *Rec.* 2008 I-96 ; CJCE, 8 novembre 2007, *Cemex UK Cement Ltd c. Commission*, aff. T-13/07, *Rec.* 2007 II-146 ; CJCE, 23 septembre 2008, *Górażdże Cement S.A. c. Commission*, aff. T-193/07, *Rec.* 2008 II-186 ; CJCE, 5 juin 2008, *Lafarge Cement c. Commission*, aff. T-195/07, *Rec.* 2008 II-188 ; CJCE, 23 septembre 2008, *Dyckerhoff c. Commission*, aff. T-196/07, *Rec.* 2008 II-189 ; CJCE, 23 septembre 2008, *Grupa Ożarów S.A. c. Commission*, aff. T-197/07, *Rec.* 2008 II-190 ; CJCE, 23 septembre 2008, *Cementownia « Warta » S.A. c. Commission*, aff. T-198/07, *Rec.* 2008 II-192 ; CJCE, 23 septembre 2008, *Cementownia « Ordra » S.A. c. Commission*, aff. T-199/07, *Rec.* 2008 II-193 ; CJCE, 23 septembre 2008, *Cemex Polska sp. z o.o. c. Commission*, aff. T-203/07, *Rec.* 2008 II-194 ; CJCE, 20 octobre 2008, *BOT Elektrownia Bełchatów sa c. Commission*, aff. T-208/07, *Rec.* 2008 II-225 ; CJUE, 27 octobre 2010, *Buzzi c. Commission*, aff. T-241/07, *Rec.* 2008 II-234. Toutes les ordonnances et arrêts ici

Deux arrêts sont particulièrement intéressants dans la définition de la marge d'appréciation de la Commission dans le contrôle de la conformité des PNA aux critères fixés par la directive SCEQE : *Royaume-Uni c. Commission* du 23 novembre 2005⁷²⁷ et *Allemagne c. Commission* du 7 novembre 2007⁷²⁸.

Dans les deux recours, le Tribunal a dû décider d'annuler des décisions de la Commission rejetant des PNA qui n'étaient pas en conformité avec les critères de la directive SCEQE⁷²⁹. Dans les deux cas, le Tribunal a porté une attention particulière aux différentes phases et délais de la procédure ainsi qu'aux mots utilisés par la directive même. Il est opportun de retracer rapidement les faits et le raisonnement du Tribunal dans les deux arrêts pour pouvoir apprécier la différence qui subsiste entre eux.

Dans le premier cas, le Royaume-Uni avait communiqué à la Commission son PNA en accord avec l'article 9 de la directive, en précisant qu'il s'agissait d'un plan provisoire. Le Royaume-Uni attendait les réponses provenant de la consultation publique et tenait la Commission informée de chaque élément du processus décisionnel. La Commission a rejeté le PNA en demandant des modifications avant le 30 septembre 2004. Le Royaume-Uni a notifié en novembre à la Commission sa volonté de modifier le PNA, en considérant que la première période d'engagement était encore suffisamment loin. La Commission a rejeté le PNA considérant que le Royaume-Uni ne pouvait pas notifier un plan provisoire et le modifier par la suite en apportant des amendements différents de ceux demandés par la Commission. Le Tribunal a dû, en premier lieu, examiner la possibilité pour les Etats membres de publier des plans provisoires et de les modifier successivement. L'analyse s'est donc focalisée sur l'article 9(1) de la directive et notamment sur la définition de

cités ont été prononcés dans le cadre de recours en annulation des PNA des Etats membres respectifs. Dans certains cas, en dépit de la décision de rejeter le recours faute d'intérêt de la requérante, la Cour de justice a profité de l'occasion pour présenter son point de vue sur certains aspects intéressants. Un recours soulevé par une partie individuelle, a porté aussi sur le système de registre et a été rejeté pour les mêmes motifs des autres décisions : CJCE, 12 novembre 2008, *Evropaïki Dynamiki c. Commission*, aff. T-406/06, *Rec.* 2008 II-247. Il est opportun de rappeler dans cette liste de recours introduits par des privés : CJUE, 2 mars 2010, *Arcelor c. Parlement et Conseil de l'UE*, aff. T-16/04, *Rec.* 2010 II-211.

⁷²⁷ CJCE, 23 novembre 2005, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-178/05, *Rec.* 2005 II-4807.

⁷²⁸ CJCE, 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, aff. T-374/04, *Rec.* 2007 II-4431.

⁷²⁹ Les décisions de la Commission qui font l'objet des deux recours sont respectivement : la décision de la Commission du 12 avril 2005, concernant la proposition de modification du Plan National d'Allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre, notifiée par le Royaume-Uni conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, C (2005) 1081 final ; la décision de la Commission, du 7 juillet 2004, concernant le plan national d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre notifié par la République fédérale d'Allemagne conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, C(2004) 2515/2 final.

l'expression, peu heureuse du point de vue de la rédaction : « *chaque Etat Membre élabore un plan national précisant la quantité totale de quotas qu'il a l'intention d'allouer* ». Ce plan devait être publié et notifié à la Commission avant le 31 mars 2004. L'utilisation du mot « intention » justifiait-elle la possibilité de notifier un plan provisoire ? Le Tribunal a élargi son analyse à l'ensemble du processus d'allocation de quotas. Le fait d'ouvrir le PNA à la consultation du public avant toute décision sur l'allocation de quotas, établi par le critère 9 de l'Annexe III (critère obligatoire selon la communication de la Commission) ainsi que le fait que les Etats membres devaient communiquer « *la quantité totale de quotas* » et « *l'attribution de ces quotas aux exploitants de chaque installation* » dans un délai de trois mois avant le début de la période d'engagement, a conduit le Tribunal à considérer que le Royaume-Uni pouvait d'abord communiquer un PNA provisoire et ensuite les modifications définitives. A cette occasion, le Tribunal a précisé les critères que la Commission devait utiliser pour évaluer les PNA conformément à l'article 9(3) de la directive SCEQE. La Commission devait se limiter dans son appréciation aux critères expressément prévus par l'article 10 et par l'Annexe III de la directive. La Commission ne pouvait donc pas fonder sa décision sur d'autres critères que ceux-ci⁷³⁰.

C'est dans cette conclusion que réside la différence principale avec le deuxième arrêt, *Allemagne c. Commission*. Dans cette affaire, le PNA allemand avait été rejeté à cause d'un mécanisme d'ajustement *ex-post* qui y était inclus. Ce mécanisme avait été prévu par l'Allemagne pour éviter les effets potentiellement négatifs, sur l'économie, d'un système de *cap and trade* rigide n'incluant pas un système de plafond dynamique, comme celui adopté par les Pays-Bas pour leur marché des NO_x (page 285 et suivantes). L'Allemagne craignait en effet qu'une expansion industrielle due à une croissance économique soit réduite par un plafond fixe et par un système permettant de mettre de côté une petite partie des quotas pour les nouveaux entrants. Le Tribunal, étant appelé à juger de l'annulation de la décision de la Commission rejetant le PNA allemand, a profité de l'occasion pour revenir sur sa décision concernant la marge d'appréciation de la Commission dans le contrôle des PNA. La Commission a en effet vu son pouvoir de contrôle partiellement élargi car elle

⁷³⁰ Il est intéressant de remarquer que suite à cet arrêt, la Commission a adopté une nouvelle décision sur le plan anglais, considéré inadmissible pour d'autres raisons. Cette décision a fait l'objet d'un recours individuel, conclu en raison de

pouvait, selon le Tribunal, fonder sa décision non seulement sur les critères indiqués expressément par l'article 10 et par l'Annexe III de la directive, mais aussi sur d'autres critères « objectifs et transparents ». Il appartenait à la Commission de démontrer l'opportunité d'utiliser ces critères ainsi que leurs caractères d'objectivité et de transparence. Dans le cas examiné, le Tribunal a rejeté la défense de la Commission qui reposait sur les impacts potentiellement défavorables du PNA allemand et de son mécanisme *ex-post* sur la lutte contre le changement climatique. Le Tribunal a ainsi procédé à l'annulation de la décision de la Commission.

Si ces deux arrêts ont défini la marge de manœuvre de la Commission concernant les critères d'évaluation des PNA, sa possibilité d'intervenir sur la fixation du plafond d'émission par les Etats dans ces plans, a fait l'objet de recours en annulation de la part, notamment, de deux Etats membres, la Pologne et l'Estonie. Ces deux Etats ont saisi le Tribunal de Première Instance en demandant l'annulation des décisions de la Commission qui rejetaient leurs PNA pour la deuxième période du SCEQE⁷³¹. Au cœur de ces recours, on trouve la définition des compétences étatiques dans l'élaboration des PNA ainsi que les limites de la marge d'appréciation de la Commission dans le contrôle des plans. La question centrale était de savoir si la Commission pouvait rejeter le plafond établi par l'Etat et imposer un nouveau plafond, plus bas, calculé selon une méthodologie différente. Cette question a pris un relief important lors de la deuxième période du SCEQE : la Commission avait en effet essayé d'imposer des plafonds plus bas par rapport à ceux de la première phase. Etant donné qu'il appartenait aux Etats membres d'établir la quantité totale de quotas, la Commission avait essayé de la limiter par le biais de son pouvoir de contrôle des PNA.

Le raisonnement du Tribunal dans les deux affaires est fortement similaire, au moins pour la définition des compétences dans la fixation du plafond des PNA. Afin d'illustrer le raisonnement du Tribunal, nous retraçons ici brièvement la première affaire, *Pologne c. Commission*.

La Pologne avait notifié à la Commission l'intention d'allouer 285 millions de tonnes équivalent carbone, en indiquant qu'elle enverrait des précisions ultérieurement. La

l'absence de locus standi.

⁷³¹ Respectivement : CJCE, 23 septembre 2009, *République de Pologne c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-183/07, *Rec.* 2009 II-3395 et CJCE, 23 septembre 2009, *République d'Estonie c. Commission des Communautés Européennes*, aff. T-263/07, *Rec.* 2009 II-3463.

Commission avait rejeté le PNA car elle considérait qu'il violait les dispositions de la directive concernant la quantité totale de quotas à allouer. Suite à des échanges avec la Commission, la Pologne a communiqué les données complètes. La Commission a considéré ces indications et rejeté le plan car en violation des critères 1, 2 et 3 de l'Annexe III. Les deux premiers critères concernent le nombre total de quotas à allouer : le premier impose la cohérence de ce nombre avec les objectifs imposés par le Protocole de Kyoto, tandis que le deuxième impose la compatibilité « avec les évaluations des progrès réels et prévus dans la réalisation des contributions des Etats membres aux engagements de la Communauté, effectuées en application de la décision 93/389/CEE »⁷³². S'agissant du troisième critère, la première partie est formulée d'une façon peu claire : « les quantités totales de quotas à allouer sont cohérentes avec le potentiel, y compris le potentiel technologique de réduction des émissions des activités couvertes par le présent système (...) ».

Dans sa décision de rejet du PNA polonais, la Commission imposait la quantité totale de 208,5 millions de tonnes équivalent carbone. La réduction par rapport au chiffre indiqué par la Pologne est donc significative.

Le deuxième moyen de recours de la Pologne est celui qui nous intéresse, dans la mesure où il est directement lié à la définition des pouvoirs de la Commission dans le contrôle des PNA⁷³³. D'abord, le Tribunal insère la répartition des compétences entre Commission et Etats membres dans le cadre plus vaste de la notion de transposition des directives en droit de l'Union européenne⁷³⁴. Conformément à l'article 288 TFUE (ex art. 249 TCE), « la directive lie tout État Membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Dans le contexte de la mise en œuvre de la directive 2003/87/CE, le Tribunal met en évidence le fait que les Etats membres ont une compétence exclusive dans l'établissement des PNA. Cette compétence exclusive doit « se fonder sur des critères objectifs et transparents tels que ceux énumérés à l'annexe III de la directive »⁷³⁵. Si le PNA est entièrement ou partiellement rejeté à cause de la

⁷³² Rappelons que la Décision 93/389/CEE porte sur le mécanisme de surveillance des émissions de CO₂ et des autres gaz à effet de serre.

⁷³³ Pour un commentaire de l'ensemble de l'arrêt, ainsi que de l'arrêt *Estonie c. Commission*, voir : Josephine van ZEBEN, « Respective powers of the European Member State and Commission regarding Emissions Trading and allowance allocation. Case T-183/07 Republic of Poland v Commission of the Communities and Case T-263/07, Republic of Estonia v Commission of the European Communities », *12 Environmental Law Review*, 2010, pp. 216-224.

⁷³⁴ T-183/07, *République de Pologne c. Commission des Communautés européennes*, pt. 82.

⁷³⁵ *Ibid.* pt. 86.

violation d'un ou plusieurs de ces critères, l'Etat membre peut décider de la quantité totale des quotas à allouer et lancer un processus d'attribution des allocations uniquement si les modifications proposées ont été acceptées par la Commission. Le Tribunal définit ensuite le périmètre de la marge d'appréciation de la Commission dans son contrôle des PNA, marge d'appréciation que le Tribunal définit comme étant un pouvoir de contrôle et de rejet « *fort circonscrit* »⁷³⁶. Le Tribunal rappelle alors qu'il serait possible pour la Commission de fonder son rejet sur « *des évaluations économiques et écologiques complexes opérées au regard de l'objectif général de réduction des émissions de gaz à effet de serre au moyen d'un système d'échange de quotas économiquement efficace et performant* », en plus des critères expressément établis par l'article 10 et l'Annexe III de la directive. Rappelons qu'à la lumière de la jurisprudence précédente (notamment *Allemagne c. Commission*) la Commission pouvait rejeter le PNA en se fondant sur des motifs « objectifs et transparents ». Dans cette optique, le Tribunal examine si la Commission a commis une erreur dans son appréciation concernant les évaluations économiques et écologiques du PNA polonais. Le Tribunal observe alors que la méthode utilisée dans les calculs par la Pologne est différente de celle utilisée par la Commission. En effet, à défaut d'une méthodologie officielle imposée à tous les Etats, la Commission effectue le contrôle de tout PNA par le biais du modèle PRIMES. La Commission a le droit d'utiliser la méthodologie qu'elle préfère, mais en revanche elle n'est pas autorisée à aller beaucoup plus loin dans son appréciation et à imposer à l'Etat membre un nombre total de quotas différent de celui proposé par l'Etat⁷³⁷. Le Tribunal considère en outre que la Commission n'avait pas correctement motivé son choix de remplacer la méthode de calcul utilisée par la Pologne par le modèle PRIMES⁷³⁸.

S'agissant de l'affaire estonienne, le Tribunal a appliqué le même raisonnement concernant l'impossibilité pour la Commission de modifier le plafond du PNA selon des calculs effectués avec une méthodologie différente de celle utilisée par l'Estonie, sans démontrer que l'une était plus fiable que l'autre. Un aspect particulièrement intéressant dans les arguments des deux parties sur les données à utiliser pour

⁷³⁶ *Ibid.* pt. 89.

⁷³⁷ *Ibid.* pt. 120.

⁷³⁸ Le Tribunal a souligné qu'en outre de son incapacité de motiver de façon claire l'utilisation d'une méthode différente, la Commission avait montré qu'elle ne s'opposait pas à cette méthodologie spécifique, compte tenu que la Pologne l'avait utilisée dans le cadre d'un rapport pour la Convention-cadre. Il est intéressant de voir ici l'utilisation que le Tribunal fait de

élaborer le PNA est la possibilité ou non pour l'Estonie d'inclure des considérations géostratégiques dans son plan et notamment en ce qui concerne les approvisionnements avec la Russie. Le Tribunal affirme que l'Estonie a le droit de prendre en compte les facteurs de politique étrangère et de sécurité d'approvisionnement dans l'élaboration de son PNA, notamment en vertu du fait que chaque Etat membre doit considérer tout facteur spécifique au pays qui puisse contribuer à le rendre plus efficace⁷³⁹.

Ces deux affaires prennent une dimension fondamentale dans une perspective politique, économique et environnementale, permettant de montrer les principales difficultés qui ont conduit aux modifications du SCEQE lors de la troisième phase.

D'un point de vue politique, les deux affaires montrent deux blocs opposés : d'un côté les Etats requérants soutenus par trois nouveaux Etats membres : la Hongrie, la Lituanie et la République Slovaque ; de l'autre côté la Commission soutenue par le Royaume-Uni, appartenant à la « bulle communautaire ». Les deux affaires font partie d'une liste plus longue de recours présentés par les nouveaux Etats membres visant à l'annulation des décisions de la Commission rejetant leurs PNA respectifs⁷⁴⁰.

Dans les deux arrêts, le Tribunal a donné une interprétation stricte de la répartition des compétences entre Etats membres et Commission dans l'élaboration des PNA, faisant passer au second plan les considérations économiques et écologiques. La Commission craignait, en effet, les conséquences d'une allocation excessive de quotas sur le fonctionnement du marché⁷⁴¹ et, donc, sur l'efficacité environnementale de la directive⁷⁴². En décidant l'annulation de la décision de la Commission, le Tribunal a privilégié explicitement une lecture stricte de la division des compétences dans le droit administratif européen au bon fonctionnement du marché et à l'efficacité

documents dans le même secteur de la lutte contre le changement climatique, mais dans le cadre de la Convention-cadre et non du SCEQE.

⁷³⁹ T-263/07, pt. 80-82.

⁷⁴⁰ Les affaires initiées par les nouveaux Etats membres et qui se sont conclues par un désistement de la partie requérante sont les suivantes : CJUE, 7 juin 2010, *République de Bulgarie c. Commission*, aff. T-500/07 ; CJUE, 19 septembre 2011, *Lituanie c. Commission*, aff. T-368/07 ; CJUE, 11 juillet 2012, *Roumanie c. Commission*, aff. T-483/07. Dans toutes ces affaires ainsi conclues, le désistement est intervenu dans un moment suivant l'adoption de la part du législateur européen de la nouvelle directive SCEQE, qui modifie de façon importante l'établissement du PNA. Dans l'affaire : CJUE, 22 février 2011, *Lettonie c. Commission*, aff. T-369/07, *Rec.* 2011 II-1039, le Tribunal avec son arrêt a annulé la décision de la Commission qui rejetait le PNA. Le pourvoi, CJUE, 3 octobre 2013, *Commission c. Lettonie*, aff. C-267/11 P, *Rec. général*, a été rejeté.

⁷⁴¹ T-183/07, *Ibid.*, pt. 64.

⁷⁴² « La Commission (...) fait observer que, pendant la première période d'application du système, allant de 2005 à 2007, il y a eu, dans une mesure significative, une allocation excessive de quotas par rapport aux émissions vérifiées de 2005 et de 2006, de sorte que le bénéfice pour l'environnement du système d'échange a été très limité, voire inexistant », *Ibid.*, pt. 41.

de la directive⁷⁴³. D'ailleurs, les craintes exprimées par le Royaume-Uni sur les effets sur le marché se sont révélées fondées après la publication de l'arrêt T-183/07 : le prix des quotas a baissé de 2,9%.

La Cour de justice de l'UE, saisie par la Commission dans les pourvois des affaires polonaise et estonienne, a confirmé les décisions du Tribunal de Première Instance et a ainsi adhéré à sa détermination de la frontière entre compétences étatiques dans l'élaboration des PNA et marge d'appréciation de la Commission dans le contrôle de ces plans⁷⁴⁴.

C.2. Les recours portant sur le système des registres

Au-delà de l'élaboration des PNA, un autre aspect de la mise en œuvre de la directive SCEQE a également fait l'objet de l'attention de la Cour, mais, il est vrai, dans une moindre mesure : la gestion des registres. La Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à se prononcer à deux reprises sur des questions relatives à ces registres et au rôle de l'Administrateur Central du Journal des Transactions Communautaire Indépendant (JTCI). Seule la première affaire nous intéresse ici⁷⁴⁵.

Dans cette affaire⁷⁴⁶, la Région Wallonne a demandé à la Cour d'annuler une décision de la Commission qui n'ordonnait pas à l'administrateur central de modifier le JTCI suite aux modifications apportées au PNA belge et portant notamment sur le nombre de quotas attribués pour la période 2008-2012 à une installation de la société Arcelor Mittal. En effet, dans le premier PNA belge approuvé, une des installations de cette société s'était vue attribuer des quotas pour la seule année 2008, alors qu'elle avait une « *caisse vide* »⁷⁴⁷ pour les années suivantes. La modification nécessaire n'ayant pas été approuvée formellement par la Commission, elle n'avait pas été incluse dans le

⁷⁴³ « C'est néanmoins à juste titre que la République d'Estonie rappelle, en réponse aux arguments du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, que, dans une communauté de droit, les actes administratifs doivent être adoptés dans le respect des compétences attribuées aux différentes instances administratives. Ainsi, à supposer même que la thèse du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, selon laquelle l'annulation de la décision attaquée aurait un impact négatif sur le bon fonctionnement du système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, soit fondée, ce constat ne saurait justifier le maintien en vigueur de la décision attaquée dans l'hypothèse où cet acte aurait été adopté en violation des compétences attribuées par la directive, respectivement, aux Etats membres et à la Commission », T-263/07, pt. 50. Sur ce point voir : David SOLAN, « *Estonia c. Commission : Missing the Forest for the Trees : The Court of First Instance Deals a Blow to the European Commission's Efforts To Reduce Emissions* », *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, 2010, p. 584 ss.

⁷⁴⁴ CJUE, 29 mars 2012, *Commission c. Pologne*, aff. C-504/09 P, *Rec. général* ; CJUE, 29 mars 2012, *Commission c. Estonie*, aff. C-505/09 P, *Rec. général*.

⁷⁴⁵ La seconde est l'affaire suivante : CJUE, 22 décembre 2010, *Ville de Lyon c. CDC*, aff. C-524/09, *Rec. 2010 I-14115*. Nous ne la présentons pas ici parce que son intérêt réside plus dans les questions d'accès aux données environnementales que dans celles concernant le SCEQE.

⁷⁴⁶ CJUE, 1^{er} février 2012, *Région Wallonne c. Commission*, aff. T-237/09, *Rec. général*.

JTCI, en rendant ainsi impossible à l'exploitant de participer avec ses quotas au fonctionnement du marché.

Pour décider l'annulation de la décision de la Commission en ce qui concerne l'absence de cette modification, le Tribunal a dû interpréter le règlement 2216/2004 de la Commission⁷⁴⁸. Le point de départ de la Cour pour l'interprétation de ce règlement consiste à prendre en compte son article 44. Les modifications apportées au PNA et par conséquent au registre communautaire peuvent appartenir à deux types distincts. Etabli à l'article 44(2) premier alinéa du règlement, le premier type est celui des modifications « *se fondant sur les dispositions d'un PNA non rejeté par la Commission et résultant d'un affinement des données* »⁷⁴⁹. Le deuxième, établi par l'article 44(2) cinquième alinéa du règlement, concerne les modifications du PNA qui nécessitent un examen conformément à l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2003/87 et donc une approbation de la part de la Commission dans son rôle de contrôleur des PNA. En dépit du fait que la question ici est focalisée sur la modification des données dans le JTCI, la question clé porte encore sur le rôle de la Commission dans le contrôle des PNA et dans les modifications que les Etats membres peuvent lui apporter suite à son approbation.

Le Tribunal a suivi le raisonnement de la Région Wallonne, interprétant la modification concernant l'installation d'Arcelor Mittal comme faisant partie du premier type, ne nécessitant pas d'approbation ultérieure de la part de la Commission et devant être directement transcrite au journal des transactions. Pour assimiler ces modifications au premier type, le Tribunal a d'abord constaté qu'elles étaient fondées sur les prévisions du PNA. Le PNA déjà approuvé par la Commission comportait un tableau dans lequel figurait l'installation en question de l'exploitant Arcelor Mittal. Le PNA prévoyait en outre des allocations progressives aux nouveaux entrants de deuxième rang tel que l'installation en question d'Arcelor Mittal, à condition qu'il y ait une réserve suffisante de quotas pour éviter un dépassement du plafond établi. Cette considération conduit à l'observation du deuxième critère à remplir pour qu'une modification ne nécessite pas l'approbation de la Commission : résulter d'un « *affinement des données* ». La correction que la région Wallonne demandait

⁷⁴⁷ *Ibid*, pt. 23.

⁷⁴⁸ Règlement (CE) n° 2216/2004 de la Commission du 21 décembre 2004 concernant un système de registres normalisé et sécurisé conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et à la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L* 386 du 29/12/2004, p. 1-77.

d'insérer dans le journal n'apportait pas une modification significative au plafond total d'allocation pour la période 2008-2012, la quantité attribuée étant effectivement « *nettement inférieure* »⁷⁵⁰ au plafond prévu par le plan. La Cour a ainsi conclu en accueillant la demande d'annulation de la région Wallonne : la Commission ne pouvait pas rejeter la requête consistant à modifier les données dans le JTCl.

Un parallèle dans la logique de la Cour entre cet arrêt et ceux illustrés précédemment, nous conduit à mettre en relief deux éléments communs : une interprétation stricte de la directive et des actes européens de mise en œuvre du SCEQE ; une tendance à privilégier le pouvoir discrétionnaire des Etats membres plutôt qu'à élargir la marge d'appréciation de la Commission dans le contrôle du bon fonctionnement du système.

Sous-section 2 : la troisième phase du SCEQE

Lors de ses deux premières phases, l'efficacité environnementale et économique du SCEQE avait été mise en péril par la sur-allocation de quotas d'émissions de GES. A l'origine de cette sur-allocation se trouvaient certainement des raisons contingentes, mais aussi les difficultés d'assurer le fonctionnement global du marché face à une forte décentralisation de sa mise en œuvre. Deux éléments à l'origine de cette fragmentation, comme nous l'avons vu dans l'analyse de la jurisprudence, étaient l'absence d'un plafond d'émissions fixé au niveau européen et la méthode d'allocation des quotas, fondée sur les choix des Etats membres.

Le fait de ne pas établir un plafond européen d'émissions de GES et de laisser chaque Etat membre libre de fixer son plafond national lors de la première phase du SCEQE est en lien direct avec l'allocation excessive de quotas. A titre d'exemple, en 2006, dans seulement six Etats⁷⁵¹ sur vingt-sept les installations soumises au SCEQE ont émis une quantité de GES supérieure aux plafonds que les mêmes Etats avaient établis, ce qui implique que l'incitation à réduire les émissions était très faible ou absente. Cette sur-allocation a eu des effets très graves sur le prix du CO₂ dans la première période du SCEQE. Elle a été par ailleurs aggravée par le fait que durant la première phase les installations ne pouvaient pas garder les quotas résiduels pour

⁷⁴⁹ *Ibid.*, pt. 50.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, pt. 65.

⁷⁵¹ L'Autriche, l'Irlande, l'Italie, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni. Voir, à ce propos, Sharon LONG et Giedre KAMINSKAITE-SALTERS, « The EU ETS – Latest Developments and the Way Forward », in *Carbon & Climate Law Review*, vol. 1, 2007, p. 65.

les années à venir, ce qui dissuadait les entreprises d'acheter des quotas en surplus, même à un prix très faible⁷⁵². Par conséquent, les prix ont connu des variations très importantes lors de la première phase, en montrant une grande volatilité. Entre janvier 2005 et avril 2006, par exemple, le prix de quotas a augmenté fortement. Cette instabilité du marché s'est vérifiée sans que les opérateurs aient de véritables informations sur la disponibilité des quotas : il n'y avait pas de données sur le rapport entre quotas alloués et émissions effectivement produites. La publication des données du marché de la part de la Commission en mai 2006 a montré une sur-allocation de 4%⁷⁵³. La prise de conscience qu'il n'y avait pas de pénurie de quotas sur le marché a conduit à une chute de prix d'environ 54%⁷⁵⁴. Enfin, la première phase s'est conclue en 2007 avec un prix du carbone proche de 0 €⁷⁵⁵.

Le choix de la Commission de procéder à des évaluations plus strictes des PNA afin de limiter la sur-allocation, choix qui, comme on l'a vu, a été sanctionné par le Tribunal et par la Cour, était motivé par la volonté de faire face à ces défaillances du marché.

Dans une logique d'apprentissage par la pratique⁷⁵⁶, les modifications apportées par le législateur européen pour la troisième phase ont concerné la répartition des compétences dans la mise en œuvre du SCEQE, en modifiant les attributions des autorités nationales et européennes. Nous consacrons cette sous-section à l'étude des principales modifications apportées au SCEQE, toujours en gardant comme perspective la centralisation ou décentralisation de la mise en œuvre par rapport aux périodes précédentes. Nous verrons que sur certains points-clés la Commission a pu obtenir une plus grande centralisation (A), alors que sur d'autres points la compétence reste principalement nationale (B).

⁷⁵² Frank CONVERY, Denny ELLERMAN, Christian de PERTHUIS, *The European Carbon Market in Action: Lessons from the first trading period, Interim report*, March 2008, p. 14 et 15.

⁷⁵³ Commission européenne, Communiqué de presse, *Le système communautaire d'échange de quotas d'émission publie les premières déclarations vérifiées en ce qui concerne les émissions des installations*, IP/06/612, 15/06/2006.

⁷⁵⁴ Emilie ALBEROLA, Julien CHEVALLIER, Benoit CHEZE, « Price drivers and structural breaks in European Carbon Market », *Energy Policy*, vol. 36, February, 2008, p. 787 ss.

⁷⁵⁵ Julien CHEVALLIER, *Carbon Price during the EU ETS Phase II: Dynamic and Volume Analysis*, February 2010, http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/45/91/40/PDF/chevallier_phaseII.pdf (08/03/2012).

⁷⁵⁶ L'objectif d'« adapter et améliorer le SCEQE à la lumière de l'expérience acquise » est indiqué parmi les « grands objectifs » par la Commission dans sa proposition de réforme du SCEQE : Commission européenne, Proposition de Directive du Parlement et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, 23 janvier 2008, COM (2008) 16 final, Introduction, p. 3.

A. Vers une centralisation du SCEQE

Les modifications apportées par le législateur européen concernant la fixation d'un plafond d'émission commun (A.1) et le système des registres (A.2) représentent une réponse aux difficultés rencontrées par le SCEQE lors de ses deux premières phases et que les recours devant la Cour de justice de l'Union européenne avaient mises en lumière.

A.1. Le plafond européen d'émission

La nécessité d'établir un plafond « *unique applicable à l'ensemble de l'UE* » avait été soulignée dans la proposition de directive⁷⁵⁷. Ce plafond devrait aider l'Union à parvenir à la réduction de 20% des émissions de GES à laquelle elle s'était engagée en préparation de la Conférence de Copenhague.

En suivant la proposition de la Commission, le législateur européen a remplacé l'ex article 9 par la disposition suivante : « *la quantité de quotas délivrée chaque année pour l'ensemble de la Communauté à compter de 2013 diminue de manière linéaire à partir du milieu de la période 2008-2012. Cette quantité diminue d'un facteur linéaire de 1,74 % par rapport au total annuel moyen de quotas délivré par les Etats membres conformément aux décisions de la Commission relatives à leurs Plans Nationaux d'Allocation de quotas pour la période 2008-2012* » (article 9(1) de la nouvelle directive SCEQE⁷⁵⁸). Dans sa proposition, la Commission avait considéré que l'application de ce facteur linéaire devrait permettre à l'Union de parvenir en 2020 à une réduction de 21% d'émissions par rapport à l'année 2005, choisie comme année de référence. Tous les acteurs du processus législatif se sont montrés favorables tant à la fixation d'un plafond unique, qu'à l'utilisation d'un facteur linéaire de réduction annuelle⁷⁵⁹. Les Etats membres se sont également montrés

⁷⁵⁷ *Ibid.* La Proposition dédie l'entière section 4 à ce sujet, p. 8.

⁷⁵⁸ Nous utilisons l'expression « nouvelle directive SCEQE » pour indiquer la directive 2003/87/CE comme modifiée par la directive 2009/29/CE.

⁷⁵⁹ Voir, *inter alia*, le résumé des débats au sein du Conseil : débat du 03/03/2008, 2008/0013(COD) ; Parlement européen, Commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire, Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, rapporteur Avril DOYLE, COM(2008)0016 – C6-0043/2008 – 2008/0013(COD), Document de séance, 15 octobre 2008, A6-00406/2008.

favorables à l'abandon d'un système de plafonds nationaux et à l'instauration d'un plafond commun à l'Union⁷⁶⁰.

Le plafond tel qu'établi par la directive pourrait faire l'objet de révisions dans l'hypothèse de la conclusion d'un accord international pour le post-Kyoto⁷⁶¹. Le cas échéant, le Conseil européen pourra augmenter l'objectif de réduction des émissions de 20% à 30% (art. 1(3) et art. 28(1) de la directive SCEQE, tels que modifiés par la dir. 2009/29/CE).

En faisant le choix de passer de vingt-sept plafonds nationaux décidés par chaque Etat membre selon leurs propres calculs, à un seul plafond européen, la directive 2009/29/CE opère un changement majeur dans l'équilibre de l'exercice des compétences entre les Etats et la Commission. L'obligation de déterminer, « *au plus tard le 30 juin 2010, la quantité totale de quotas pour l'ensemble de la Communauté pour 2013* » (art. 9(2) de la nouvelle directive SCEQE) comporte pour la Commission une attribution importante de compétences notamment en ce qui concerne la collecte des données.

Ce passage à un système harmonisé a été motivé non seulement par des raisons environnementales, mais aussi par des raisons économiques. La Commission a en effet considéré que la prévision d'un plafond unique et une réduction selon un facteur déjà établi offrirait aux investisseurs la sécurité nécessaire pour faire confiance au bon fonctionnement du SCEQE, la prévisibilité étant un élément apprécié dans les décisions des marchés⁷⁶².

Avec sa décision 2010/634/UE du 22 octobre 2010, adoptée conformément aux articles 9 et 9 *bis*, paragraphe 3 de la nouvelle directive, la Commission a fixé le

⁷⁶⁰ Parmi les plus favorables nous trouvons l'Espagne et le Royaume-Uni. Respectivement : Ministerio de la Presidencia, el Secretario de Estado, Francisco CAAMANO DOMINGUEZ, Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el Regimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emision de gases de efecto invernadero, Madrid, 11/06/2008 ; UK Parliament, Environment, Food and Rural Affairs, Select Committee on European Scrutiny, Fifteenth Report, Review of the Emissions Trading Scheme, Draft Directive amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading system in the Community, 7/03/2008.

⁷⁶¹ Le débat sur la modification de l'objectif de réduction de 20% à 30% suite à un éventuel accord international a été très animé. Le Parlement européen avait envisagé, le cas échéant, une modification « *de manière automatique et prévisible* » pour adapter le plafond à un objectif de 30% de réduction. Parmi les Etats membres, la France s'est fortement opposée à l'« *automaticité d'un passage de 20 à 30% de la réduction des émissions de gaz à effet de serre en cas de signature d'un accord international et demande que le Conseil et le Parlement européen soient préalablement consultés pour vérifier que les autres pays développés s'engagent à réaliser des réductions d'émissions comparables et que les pays émergents apportent une contribution adaptée à leurs responsabilités et à leurs capacités* ». Assemblée Nationale, Commission chargée des affaires européennes, Compte rendu n° 74, mardi 18 novembre 2008, Examen du rapport d'information de MM. Bernard DEFLESSES et Jérôme LAMBERT, sur le « paquet énergie-climat », Présidence M. Pierre LEQUILLER, p. 9.

⁷⁶² *Ibid*, p. 8. Pour ces observations d'ordre économique voir aussi : Sanja BOGOJEVIC, « The EU ETS Directive revisited: yet another stepping stone », in *Environmental Law Review*, n. 11, 2009, pp. 279-285.

plafond européen d'émissions pour la période 2013-2020⁷⁶³. Les équilibres délicats entre les rôles de la Commission et des Etats membres ont cependant limité la liberté de choix de la Commission : la méthodologie de calcul, établie par la directive, repose sur les quantités totales de quotas indiquées par les Etats membres dans leurs PNA au cours de la deuxième période⁷⁶⁴.

A.2. Le Registre Européen

Nous avons vu que lors des deux premières phases, le système de registre des échanges de quotas d'émissions était structuré en deux niveaux : national et européen. La nouvelle directive modifie le système en le centralisant (article 19) : il existe désormais un seul registre européen, le « *European Union Transaction Log* » (EUTL), qui succède au JTCL. L'EUTL remplace aussi les vingt-sept registres nationaux des Etats membres et fonctionne aussi comme registre des échanges pour les pays qui se sont liés au SCEQE (Islande, Lichtenstein, Norvège)⁷⁶⁵.

Le législateur européen a décidé de modifier le système pour deux raisons. La première est que la structure en deux niveaux et la multiplication des registres avaient excessivement compliqué le système, en le rendant peu efficace. Les difficultés qu'un Etat pouvait rencontrer dans la mise en place et dans la gestion de son registre avaient en effet des impacts sur le bon fonctionnement du système dans son ensemble⁷⁶⁶. En outre, l'interprétation des compétences et responsabilités attribuées respectivement aux registres nationaux et au registre européen n'était pas toujours claire et la Cour de justice de l'UE avait été appelée à la clarifier⁷⁶⁷. La seconde raison qui a conduit le législateur à opter pour un système centralisé était liée à la nécessité de créer des

⁷⁶³ Le plafond a été fixé par la Commission à 2 039 152 882 quotas. Décision 2010/634/UE de la Commission du 22 octobre 2010 adoptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE, *JO L 279*, 23/10/2010, p. 34-35. En suivant le facteur linéaire de 1,74% établi par l'article 9(1) de la nouvelle directive SCEQE, le plafond décroîtra chaque année de 37 435 387.

⁷⁶⁴ Décision 2010/634/UE, considérant 2.

⁷⁶⁵ A ces trois pays, il faut ajouter la Croatie, jusqu'au moment de son entrée dans l'UE.

⁷⁶⁶ Les effets des difficultés de mise en œuvre des registres au niveau national sur le système entier s'étaient manifestés déjà lors de la première phase du SCEQE. L'Italie, la France, l'Espagne et la République Tchèque n'avaient pas respecté les délais pour la registration et annulation des quotas et par conséquent le système dans son ensemble a dû subir des ralentissements importants. Ces Etats n'ont pas été les seuls à avoir des difficultés de mise en œuvre des dispositions sur les registres nationaux : Malte, par exemple, a adopté son registre avec deux ans de retard et ses deux installations visées par le SCEQE n'ont pas pu participer à des échanges de quotas avec des installations ou d'autres opérateurs situés dans les autres Etats membres. La Pologne aussi a activé son registre avec retard. Raphael TROTIGNON et Denny ELLERMAN, « Compliance Behavior in the EU-ETS: Cross Border Trading, Banking and Borrowing », *Center for Energy and Environmental Policy Research*, 08-012, September 2008.

⁷⁶⁷ Voir : CJUE, 22 décembre 2010, *Ville de Lyon c. CDC*, *cit.* La Cour de justice de l'UE a été appelée pour définir un certain type d'information afin de savoir quel registre était compétent pour la divulguer et à quel moment.

liens plus simples entre le SCEQE et les systèmes d'échange de quotas d'émissions étrangers. Dans le Chapitre 8, lorsque nous nous intéresserons à l'utilisation du SCEQE dans la politique climatique extérieure de l'Union, nous verrons que la constitution d'un registre européen central était l'une des conditions posées par l'Australie pour lier son système au SCEQE⁷⁶⁸.

Conformément à l'article 19(3) de la nouvelle directive SCEQE, la Commission a arrêté un premier règlement relatif au système de registre normalisé et sécurisé dès novembre 2011⁷⁶⁹. La raison de la rapidité de l'adoption de cet acte d'exécution est révélée dans ses considérants : le registre ainsi établi ne sert pas seulement pour la troisième phase du SCEQE, qui a débuté le 1^{er} janvier 2013, mais il devait aussi être utilisé à partir du 1^{er} janvier 2012 pour les échanges des quotas visés par la directive 2008/101/CE dans le secteur de l'aviation⁷⁷⁰.

Le Règlement n° 1193/2011 a été abrogé par le Règlement n°389/2013 du 3 mai 2013, qui a établi les nouvelles règles pour l'EUTL⁷⁷¹.

En dépit de cette centralisation, le système reste encore complexe et pour son bon fonctionnement il nécessite une collaboration étroite entre les autorités européennes et nationales. Pour cette raison, il mérite d'être pris en considération dans ses grandes lignes.

L'article 20 de la nouvelle directive SCEQE établit que le registre européen est géré par un administrateur central désigné par la Commission.

⁷⁶⁸ Le Règlement (UE) n° 389/2013 de la Commission du 2 mai 2013 établissant un registre de l'Union, dans son considérant 19, illustre la nécessité de rendre possible aux pays tiers ou à leurs entités sous-fédérales ou régionales d'être en mesure d'ouvrir des comptes dans l'EUTL, dans le cas où subsiste un lien entre le SCEQE et leur propre système d'échange de droits d'émissions. Il est intéressant de noter que dans ce considérant, la Commission ne s'est pas limitée à prévoir le cas d'un lien avec un pays, mais aussi avec des unités sous-fédérales. Nous verrons que des liens avaient été envisagés avec le « cap and trade » californien. Règlement (UE) n° 389/2013 de la Commission du 2 mai 2013 établissant un registre de l'Union conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et aux décisions n° 280/2004/CE et n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les règlements (UE) n° 920/2010 et (UE) n° 1193/2011 de la Commission, *JO L 122* du 3/05/2013, p. 1-59.

⁷⁶⁹ La procédure à suivre pour l'adoption du Règlement était imposée par la nouvelle directive SCEQE : la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 23, paragraphe 3, qui discipline l'utilisation de la comitologie dans la mise en œuvre de la directive SCEQE. L'analyse de l'utilisation de la comitologie pour la mise en œuvre de la nouvelle directive SCEQE sera abordée dans le Chapitre 7. Règlement (UE) n° 1193/2011 de la Commission du 18 novembre 2011 établissant le registre de l'Union pour la période d'échanges débutant le 1^{er} janvier 2013 et pour les périodes d'échanges suivantes du système d'échange de quotas d'émission de l'Union conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et à la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil et modifiant les règlements de la Commission (CE) n° 2216/2004 et (UE) n° 920/2010, *JO L 315* du 29/11/2011, p. 1-54.

⁷⁷⁰ Considérant 2 du règlement.

⁷⁷¹ Règlement (UE) n° 1193/2011 de la Commission du 18 novembre 2011, *cit.* Le nouveau Règlement a été adopté par la Commission sur la base d'une double délégation qui lui a été accordée. La première est contenue dans l'article 20 de la nouvelle directive SCEQE, tandis que la deuxième se trouve dans l'article 11(3), quatrième alinéa de la décision n° 406/2009/CE. Cette deuxième disposition porte notamment sur le registre européen et sur les registres nationaux, en charge des différents types d'échanges, y compris les transferts des droits d'émission dérivant des projets flexibles du Protocole de Kyoto.

Le EUTL enregistre les données suivantes : le nombre initial de quotas alloués par chaque Etat membre, communiqué par l'Etat à l'autorité centrale ; les comptes des personnes physiques et morales qui détiennent les quotas ; les transferts effectués d'un compte à un autre ; la vérification des émissions de CO₂ réellement produites annuellement ; la vérification des rapports entre le nombre de quotas des installations visées par la directive et les émissions effectivement produites. A cette fonction de registre, il est nécessaire d'ajouter que l'EUTL tient « également lieu de registre du Protocole de Kyoto » dans la mesure où l'UE est elle-même partie au Protocole (art. 5 Règlement n° 389/2013 de la Commission européenne).

La lecture de ces fonctions principales de l'EUTL nous montre la nécessité pour l'autorité centrale de maintenir un rapport direct et constant avec les Etats membres⁷⁷². D'une part, parce que même si l'établissement du plafond est désormais centralisé, l'allocation reste de la responsabilité des Etats membres (comme nous le verrons par la suite, B). Il appartient donc aux Etats membres de transmettre toute information nécessaire à l'autorité centrale, afin qu'elle enregistre les quantités de quotas détenues par chaque installation. Pour cette raison, chaque Etat membre doit désigner un administrateur national qui puisse se charger de ces échanges⁷⁷³. D'autre part, comme il a été précisé, l'EUTL tient également lieu de registre du Protocole de Kyoto pour l'UE. Si le système des registres pour le SCEQE a pu être simplifié avec l'abolition des registres nationaux, cela ne peut pas concerner les registres du Protocole : toutes les parties au Protocole doivent en effet tenir un registre et par conséquent chacun des Etats membres de l'Union doit à ce titre disposer d'un registre. Conformément à l'article 8 du Règlement n° 389/2013 de la Commission, l'administrateur national en charge des rapports avec l'autorité centrale européenne est aussi responsable du registre national pour le Protocole de Kyoto. En outre, aussi bien les registres nationaux que le registre européen doivent être liés au registre international du Protocole de Kyoto.

⁷⁷² D'une lecture approfondie du règlement de la Commission, il est possible d'identifier tous les échanges d'informations imposés aux autorités nationales et à l'administrateur central de l'EUTL. Nous nous limitons à illustrer ici seulement les deux principales, qui donnent la mesure de la complexité de la mise en œuvre et de la nécessité d'une coopération étroite entre les deux niveaux.

⁷⁷³ En général, les administrateurs nationaux préposés à cette fonction par les Etats membres, coïncident avec les administrateurs nationaux en charge du registre national lors des deux premières périodes du SCEQE. S'agissant de la France, par exemple, l'administration nationale en charge des rapports avec l'EUTL est la Caisse des Dépôts et Consignation (CDC), responsable du registre national lors des deux premières phases du SCEQE.

L'article 8(4) du Règlement n° 389/2013 établit enfin qu'il appartient à la Commission de coordonner « *la mise en œuvre des dispositions du présent règlement avec les administrateurs nationaux de chaque État Membre et l'administrateur central* ».

B. L'allocation des quotas : un système encore décentralisé

Si l'établissement d'un plafond d'émissions et le système des registres ont subi une centralisation lors de l'adoption du troisième SCEQE, la mise aux enchères des quotas d'émissions a conservé un caractère décentralisé, avec un rôle central joué par les Etats membres. Après avoir présenté les principaux éléments du nouveau système de mise aux enchères des quotas d'émission et l'avoir comparé avec le précédent (B1), nous prendrons en compte les modalités d'allocation des quotas (B2).

B.1. La mise aux enchères des quotas d'émission

Le système d'allocation des quotas établi par la nouvelle directive SCEQE et concrétisé par les actes d'exécution de la Commission constitue l'un des aspects les plus innovants par rapport au SCEQE des deux premières phases et fait l'objet de nombreuses études de la part d'autres pays du monde.

Si le système de fixation d'un plafond commun pour l'UE est désormais centralisé, le système d'allocation de quotas reste de la compétence des Etats membres. Les Etats membres doivent cependant suivre des règles strictes pour la détermination des modalités d'allocation des quotas. Ces règles sont fixées par la Commission dans ses actes d'exécution.

La principale différence entre le nouveau système et le précédent réside dans le fait que lors des deux premières phases la grande majorité des quotas était attribuée à titre gratuit tandis que la norme pour la troisième phase dévient la mise aux enchères. Rappelons d'abord que la volonté d'utiliser la mise aux enchères avait déjà été envisagée dans les débats précédant l'adoption de la directive 2003/87/CE et que cette possibilité avait finalement été exclue faute de temps pour la mise en place d'un mécanisme complexe. Il avait été décidé que, lors de la première phase du SCEQE (2005-2007), les Etats membres pouvaient vendre aux enchères jusqu'à 5% de leur plafond d'émission. Ce pourcentage avait été élevé à 10% lors de la deuxième phase du SCEQE (2008-2012). La possibilité de recourir à la vente aux enchères avait été

peu utilisée par les Etats membres, à l'exception de l'Allemagne et du Royaume-Uni qui ont utilisé cette modalité d'allocation lors de la deuxième phase⁷⁷⁴.

L'allocation gratuite avait été critiquée par les économistes, qui la considéraient comme négative pour le bon fonctionnement du SCEQE car elle ne fournissait aux industries aucune mesure d'incitation à réduire leurs émissions.

La Commission a épousé cette vision des économistes et a expliqué la raison pour laquelle la mise aux enchères devrait garantir une meilleure efficacité économique⁷⁷⁵.

Le point de départ du raisonnement de la Commission est l'affirmation selon laquelle l'efficacité d'un système d'échange de quotas d'émission « *repose sur un signal clair du prix de carbone pour réduire les émissions de gaz à effet de serre à moindre coût* »⁷⁷⁶. La mise aux enchères devrait « *étayer* » et « *renforcer* » ce signal du prix de carbone. La chute du prix de quotas lors des deux premières phases à cause de la mauvaise gestion des allocations et la conséquente inefficacité du système du point de vue économique ont conduit la Commission à considérer comme prioritaires les mécanismes de formation du prix.

La nouvelle directive SCEQE impose la mise aux enchères des quotas comme règle générale pour l'allocation⁷⁷⁷. Elle admet cependant les trois exceptions suivantes.

La première exception répond à la difficulté des Etats membres de mettre en place dans une période relativement brève un système très complexe. Le législateur a donc prévu une harmonisation graduelle. Cette progression dans le passage d'un système d'allocation gratuit à un système d'allocation par enchères est prévue par l'article 10 *bis* de la nouvelle directive. Son paragraphe 11, deuxième alinéa, précise en effet que l'allocation de quotas gratuits diminuera progressivement en quantité égale chaque année après 2013, pour atteindre 30% à compter de 2020, « *en vue de parvenir à la*

⁷⁷⁴ Guillaume CHEVALEYRE et Nicolas BERGHMANS, « Une nouvelle ressource publique à partir du 1^{er} janvier 2013, la vente aux enchères devient une nouvelle ressource publique », *CDC Climat Recherche, Point Climat, Eclairage sur l'économie du changement climatique*, n° 25, janvier 2013.

⁷⁷⁵ Même la Cour de Justice a repris ces arguments dans son arrêt du 17 octobre 2013. CJUE, 17 octobre 2013, *Iberdrola SA et autres, cit.* Dans cette affaire, des sociétés productrices d'électricité en Espagne considéraient que la réglementation fiscale espagnole, imposant le paiement d'une taxe correspondante aux bénéfices obtenus grâce aux quotas d'émission alloués gratuitement, était en violation de l'allocation gratuite établie par la directive 2003/87/CE. La Cour a retenu que l'allocation à titre gratuit visait seulement à « *atténuer l'impact économique de l'introduction immédiate et unilatérale par l'Union européenne d'un marché des quotas d'émission* » (pt. 39), et que les bénéfices exceptionnels réalisés par les producteurs d'électricité grâce à l'allocation gratuite n'étaient pas supportés par la finalité de la directive. La Cour remarque aussi que « *c'est d'ailleurs pour exclure ces bénéfices exceptionnels que, à compter de 2013, les quotas d'émission sont alloués en recourant à un mécanisme de mise aux enchères intégrale* » (pt. 40).

⁷⁷⁶ Règlement (UE) n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, *JO L 302* du 18/11/2010, p. 1-41, considérant n. 1.

suppression des quotas gratuits en 2027 ». Conformément à l'article 10 *bis*, paragraphe 2, la Commission a adopté des mesures établissant les modalités d'allocation à titre gratuit qui doivent être respectées par les Etats. Ces dispositions sont contenues dans une décision hautement technique de la Commission⁷⁷⁸. Dans cette décision, la Commission a déterminé les référentiels de chaque secteur, utilisés comme point de départ pour calculer la performance moyenne des 10% d'installations les plus efficaces d'un secteur donné pendant les années 2007-2008. Ces référentiels, établis *ex-ante* par la Commission, permettent de calculer le nombre de quotas d'émission à allouer à titre gratuit à partir de 2013 à chaque installation concernée. L'idée centrale dans le choix de cette méthodologie pour établir le nombre et les destinataires d'allocations gratuites est de ne pas privilégier les industries les plus polluantes, ce qui avait été le cas avec certaines méthodes appliquées par les Etats membres lors des deux premières phases. Cela évite que les industries les plus émettrices de GES soient favorisées par rapport à celles qui ont mis en place des technologies plus propres. La difficulté technique de cette décision a conduit le législateur européen à prévoir la consultation par la Commission des « *parties intéressées, y compris les secteurs et sous-secteurs concernés* » (art. 10 *bis*, paragraphe 2, première alinéa).

Cette première exception a récemment fait l'objet d'un arrêt du Tribunal, appelé par la Pologne à annuler la décision en question⁷⁷⁹. Dans son recours, la Pologne attaquait notamment le choix de la Commission d'utiliser le rendement du gaz naturel pour calculer les indices d'émission et de prendre le gaz naturel comme combustible de référence. La première branche du deuxième moyen du recours de la Pologne nous intéresse particulièrement dans ce contexte, car il se fonde sur la prétendue violation du principe d'égalité de traitement. La Pologne affirme qu'en déterminant de manière uniforme, dans la décision attaquée, les référentiels *ex ante* pour calculer le nombre de quotas à attribuer gratuitement, la Commission a favorisé de manière arbitraire les installations qui ont recours au gaz naturel plutôt qu'à d'autres sources d'énergie telles que le charbon, beaucoup plus polluantes. Selon la Cour de justice de l'UE, le

⁷⁷⁷ Art. 10(1) de la nouvelle directive SCEQE.

⁷⁷⁸ Décision n° 2011/278/UE de la Commission du 27 avril 2011 définissant des règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit conformément à l'article 10 *bis* de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, C(2011) 2772.

principe d'égalité de traitement, principe général du droit de l'UE, impose que « *des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié* »⁷⁸⁰.

Le Tribunal, en accord avec la position de la Commission, n'a pas exclu qu'il y avait effectivement un traitement différent des installations sur la base du combustible qu'elles utilisent, mais il l'a considéré comme objectivement justifié. Le Tribunal a pris en considération les effets qu'une différenciation de référentiels aurait eus sur le système économique et sur l'environnement. Ce choix, envisagé par la Pologne, non seulement n'aurait pas encouragé les industries les plus polluantes à rechercher des solutions permettant de réduire leurs émissions, mais aurait même incité les moins polluantes à utiliser des combustibles plus forts en émissions de GES afin d'obtenir un plus grand nombre de quotas gratuits⁷⁸¹.

La Pologne a aussi considéré que la différence de traitement des installations se répercute négativement sur certains Etats membres, conduisant ainsi à une violation du principe d'égalité entre Etats. La Pologne fait valoir qu'en choisissant le gaz naturel comme combustible de référence pour définir les référentiels, la Commission a favorisé de manière arbitraire les Etats dont la structure énergétique se fonde principalement sur le gaz naturel, en défavorisant par conséquent les Etats dont la structure énergétique diffère significativement. La Pologne serait notamment très défavorisée car son bouquet énergétique est composé en grande partie de la houille et du lignite, couvrant 57% de la consommation d'énergie primaire en 2009, la part de gaz naturel et d'énergie renouvelables étant largement inférieures, respectivement 14% et 5% de la consommation d'énergie primaire. Dans l'analyse du choix de la Commission, le Tribunal prend d'abord en compte l'impact de l'allocation gratuite de quotas sur la protection de l'environnement. Privilégier le gaz naturel plutôt que d'autres combustibles tel que le charbon implique l'allocation d'un moindre nombre de quotas à titre gratuit. Pour éviter d'acheter aux enchères les quotas correspondants aux émissions qui dépassent les quotas gratuits, les industries sont contraintes

⁷⁷⁹ CJUE, 7 mars 2013, *République de Pologne c. Commission européenne*, aff. T-370/11, *Rec. général*. La Pologne avec ce recours a demandé l'annulation de la décision 2011/278/UE de la Commission. Nous verrons dans le prochain paragraphe que la Commission a rejeté sa demande.

⁷⁸⁰ *Ibid.* pt. 30. Dans sa définition du principe d'égalité de traitement, le Tribunal cite *in primis*, l'arrêt *Arcelor c. Commission*, C-127/07 que nous avons analysé dans la section 1 de ce chapitre.

⁷⁸¹ *Ibid.*, pt. 39.

d'adopter de nouvelles technologies pour réduire leurs émissions. La Commission a donc essayé d'utiliser l'outil économique pour obtenir une meilleure protection de l'atmosphère. Ensuite, le choix d'un autre combustible pour calculer les référentiels aurait conduit de toute manière à une différence de traitement entre installations. Enfin, il est opportun de souligner la différence entre les deux premières phases du SCEQE et la troisième. La Pologne ne peut pas s'appuyer sur le fait que la Cour avait laissé une certaine marge d'appréciation aux Etats membres pour la poursuite de l'objectif de la directive SCEQE lors des deux premières phases du système. En effet, cette jurisprudence portait notamment sur les PNA, et la nouvelle directive a modifié substantiellement le système d'allocation pour la troisième phase.

Le Tribunal a rejeté tous les moyens de recours de la Pologne et n'a donc pas annulé la décision de la Commission établissant les règles pour l'harmonisation progressive de la mise aux enchères des quotas d'émissions. Cette affaire est intéressante car elle illustre bien la situation des industries des Etats, essentiellement de l'Europe de l'Est, qui ont privilégié l'utilisation de sources d'énergie plus polluantes. Les industries de ces Etats seront ainsi davantage exposées à la nécessité d'acheter des quotas par rapport aux industries des Quinze, car la quantité qui leur sera allouée gratuitement sera minime par rapport à leurs émissions. Nous verrons cependant que les nouveaux Etats, pénalisés par la délimitation de cette première exception, ont pu obtenir l'exclusion temporaire de la vente aux enchères dans le cadre de la deuxième exception établie par la décision de la Commission.

La deuxième exception concerne le secteur électrique. L'article 10 *bis*, paragraphe 1, alinéa 3, de la nouvelle directive SCEQE exclut le secteur de la production d'électricité de la livraison de quotas à titre gratuit, sauf dans deux situations : dans le cas d'électricité produite à partir de gaz résiduels et dans les cas relevant de l'article 10 *quater*, concernant l'allocation transitoire de quotas gratuits pour la modernisation de la production d'électricité. Les Etats membres, conformément à cette disposition, peuvent en effet allouer gratuitement des quotas d'émissions aux producteurs d'électricité qui répondent à certains critères. L'Etat membre qui décide d'utiliser cette possibilité doit présenter à la Commission un plan national d'investissement dans la réadaptation et la mise à niveau de ces installations. La Commission peut accepter ou rejeter la requête et opère un contrôle annuel sur les investissements faits par les Etats. Jusqu'à présent, la Commission a accueilli favorablement toutes les demandes faites par les nouveaux Etats membres de l'Union

européenne⁷⁸². L'exclusion des installations de production d'électricité de la vente aux enchères peut être réalisée au plus tard jusqu'en 2020.

Enfin, la dernière exception concerne les secteurs à risque de « fuites de carbone ». L'article 10 *bis* (12) prévoit, sous réserve de l'article 12 *ter*, l'exclusion totale de la vente aux enchères de quotas d'émissions pour les industries à forte intensité d'énergie qui sont soumises au risque de fuite de carbone. La Commission a adopté une décision en établissant les secteurs et sous-secteurs concernés par ce phénomène⁷⁸³. La deuxième disposition est l'article 10 *ter*. La Commission, sur la base des rapports publiés sur la mise en œuvre de l'article 12 *bis*, peut proposer des ajustements portant sur l'attribution des quotas à titre gratuit aux secteurs ou sous-secteurs concernés par un risque de fuite de carbone et qui n'avaient pas bénéficié de cette allocation auparavant.

Il est intéressant de mettre en évidence le fait que le Tribunal, dans l'affaire de la Pologne contre la Commission, qui a fait l'objet d'une analyse dans le cadre de la première exception, a utilisé l'article 10 *bis* (12) pour rejeter un des arguments de la Pologne. La Pologne avait en effet considéré que la violation du principe d'égalité par la Commission dans le choix du gaz naturel pour le référentiel utilisé dans l'attribution des quotas à titre gratuit avait pour effet d'exposer un large nombre d'industries polonaises à une fuite de carbone. Le Tribunal avait motivé le rejet de ce moyen par le fait que l'article 10 *bis* (12) permet de bénéficier d'une exclusion de la mise aux enchères pour les secteurs à risque de fuites de carbone. Donc, sur ce moyen, des traitements différents sont effectivement prévus pour des situations différentes⁷⁸⁴.

B.2. Les modalités de la mise aux enchères

Une fois établi le plafond commun, les Etats membres mettent aux enchères l'intégralité des quotas qui ne sont pas concernées par l'une des trois exceptions de gratuité. L'article 10 de la nouvelle directive SCEQE établit les modalités de répartition des quotas parmi les Etats membres. 88% des quotas totaux sont alloués

⁷⁸² http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/cap/auctioning/documentation_en.htm#transitional (30/5/2015)

⁷⁸³ Pour les années 2013 et 2014 : Décision n° 2010/2 de la Commission du 24 décembre 2009 établissant, conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone, *JO L 1* du 05/01/2010 pp. 10-18.

⁷⁸⁴ CJUE, *République de Pologne c. Commission européenne*, aff. T-370/11, *cit.*, pt. 57.

sur la base des émissions vérifiées pour chaque Etat lors de la première phase du SCEQE. Sur les 12% restants, 10% sont distribués entre certains Etats membres « *aux fins de la solidarité et de la croissance dans la Communauté* » (art. 10(2), lettre b) de la nouvelle directive SCEQE). Ensuite, les 2% restants sont répartis entre les Etats membres « *dont les émissions de gaz à effet de serre, en 2005, étaient d'au moins 20% inférieures aux niveaux de leurs émissions de l'année de référence qui leur sont applicables en vertu du Protocole de Kyoto* » (art.10(2) lettre c) de la nouvelle directive SCEQE).

Afin de procéder à la mise aux enchères des quotas ainsi attribués, chaque Etat membre « *devrait désigner un adjudicateur, qui serait chargé de la mise aux enchères des quotas pour le compte de cet Etat membre* »⁷⁸⁵. Le règlement permet aux Etats membres de désigner le même adjudicateur, en créant ainsi une plate-forme commune pour la mise aux enchères des quotas correspondants à chaque Etat membre. La plate-forme commune, comme les plateformes étatiques pour les Etats qui décident de ne pas y participer, doit être un marché réglementé. Vingt-quatre Etats membres et la Commission européenne ont choisi de désigner comme adjudicateur pour administrer la plate-forme commune des enchères le *European Energy Exchange* (EEX), déjà en charge de différents marchés de l'énergie⁷⁸⁶. A un système décentralisé de mise aux enchères, la plupart des Etats ont donc préféré une organisation commune, en profitant ainsi d'infrastructures organisationnelles déjà existantes⁷⁸⁷.

En dépit du fait qu'il soit en commun, l'adjudicateur désigné doit agir séparément pour le compte de chaque Etat membre désignateur. Il incombe à l'adjudicateur de mettre aux enchères les quotas de chaque Etat membre, puis « *de percevoir et de reverser à chaque Etat membre désignateur le produit des enchères lui revenant* »⁷⁸⁸.

En ce qui concerne l'utilisation des produits de la mise aux enchères, les Etats membres sont contraints par la nouvelle directive SCEQE d'en allouer 50% à différents projets et activités de réduction des émissions de GES au niveau national,

⁷⁸⁵ Règlement n° 1031/2010, *cit.*, considérant 27.

⁷⁸⁶ Pour un suivi de la procédure de nomination de la EEX de la part des vingt-quatre Etats membres et de la Commission, voir les actes suivants : Contract for the joint procurement of a transitional common auction platform, 24/03/2012, 2012/S 59-095297, Contract Notice, <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:095297-2012:TEXT:EN:HTML> (26/03/2013) ; contract for the joint procurement of a transitional common auction platform, 8/09/2012, 2012/S 173-285290, Contract award notice, <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:285290-2012:TEXT:EN:HTML> (26/03/2013).

⁷⁸⁷ Règlement n° 1031/2010, *cit.*, considérant 29.

⁷⁸⁸ *Ibid*, considérant 27.

européen ou international, ainsi qu'à des projets d'adaptation au changement climatique⁷⁸⁹.

Conclusions de la section

Nous avons vu dans cette section les évolutions du SCEQE. Le principal problème qui a émergé lors des deux premières phases réside dans la sur-allocation des quotas qui a conduit à un mauvais fonctionnement du système. Les raisons du déséquilibre entre quotas alloués et émissions réelles étaient aussi bien structurelles que contingentes. La réforme du SCEQE en 2009 a essayé de résoudre les aspects structurels en centralisant, au moins partiellement, la fixation du plafond européen d'émissions et la méthode d'affectation. Cette intervention sur les quotas alloués n'a cependant pas eu, pour l'instant, les effets espérés : si la question structurelle a été abordée, la période de crise économique et financière a maintenu une différence importante entre nombre de quotas alloués et émissions effectivement produites. Pour la deuxième phase, la Commission a mis en évidence le fait que la crise qui frappe l'Europe depuis 2008 a eu pour conséquence que « *le nombre de quotas qui a été mis en circulation a augmenté chaque année, ainsi que l'offre et l'utilisation de crédits internationaux. Fin 2011 (...) 8720 millions d'unités (...) étaient disponibles à des fins de mise en conformité pour la période 2008-2011. En revanche, les émissions vérifiées pour la période 2008-2011 n'étaient que de 7 765 millions équivalent CO₂* »⁷⁹⁰. A cette occasion, la Commission a relevé que pendant la période 2008-2012, les prix ont baissé. Elle relève également que cette baisse est devenue plus importante depuis le second semestre 2011. La grave récession économique a impliqué une réduction de l'activité industrielle et une baisse conséquente des émissions réelles, tandis que le nombre de quotas à allouer n'a pas été ajusté en fonction de la crise⁷⁹¹.

Cette situation continue au cours de la phase qui vient de débiter, ce qui a conduit la Commission à proposer des mesures correctives exceptionnelles, notamment le « gel » de certaines enchères de quotas, afin de remonter le prix du CO₂, toujours

⁷⁸⁹ Pour la liste complète des projets, voir l'article 10(3) de la directive SCEQE.

⁷⁹⁰ Commission européenne, Rapport au Parlement européen et au Conseil, Etat des lieux du marché européen du carbone en 2012, COM(2012) 652 final, 14 novembre 2012.

⁷⁹¹ *Ibid*, pp. 4-5.

excessivement bas⁷⁹². L'idée était de réduire l'offre de quotas face à une demande plus faible que prévu à cause de la crise. Le Parlement européen a cependant voté contre ce projet, d'une part pour ne pas affaiblir le SCEQE par des interventions extraordinaires, d'autre part pour ne pas risquer de limiter ultérieurement la croissance économique par un prix du carbone trop élevé⁷⁹³.

Conclusions du Chapitre

Dans ce Chapitre, nous avons commencé l'examen de la mise en œuvre de la politique climatique européenne au travers du SCEQE. Cet instrument est prédominant au sein de l'action climatique de l'Union, comme l'affirment les institutions mêmes, mais a aussi une pertinence mondiale dans la mesure où il représente le plus grand aboutissement de la tendance récente à appliquer les principes du marché à la protection de l'environnement.

Dans le cadre de notre étude, le champ d'action multisectoriel du SCEQE nous a fourni d'une part un exemple concret de la transversalité du changement climatique, d'autre part une illustration du pragmatisme utilisé par l'Union européenne pour faire face à cette caractéristique du domaine, en abordant notamment les gaz et les secteurs plus significatifs et simples à contrôler. Le SCEQE nous a aussi permis d'illustrer un certain nombre de caractéristiques propres à l'action climatique, en particulier l'apprentissage par la pratique et l'exemplarité. Si nous reviendrons ultérieurement sur ce dernier point, particulièrement dans le Chapitre 8, s'agissant du premier, nous pouvons déjà formuler des observations sur la base des éléments que nous avons analysés dans ce Chapitre.

L'apprentissage par la pratique est motivé par l'évolution des connaissances concernant le changement climatique, et par le besoin de développer un instrument complexe, multisectoriel et à une échelle continentale. L'avantage de cette approche est de tester, dans le temps, des options alternatives de fonctionnement des différents instruments, permettant ainsi de développer une connaissance approfondie des

⁷⁹² Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin de clarifier les dispositions relatives au calendrier des enchères de quotas d'émission de gaz à effet de serre, du 25/07/2012, COM(2012) 416 final.

⁷⁹³ Décision du Parlement, 1^{ère} lecture/lecture unique, 16/04/2013, 2012/0202 (COD). Le Parlement a rejeté la proposition de décision par 334 voix contraires, 315 pour et 63 abstentions.

difficultés qui se posent dans la mise en œuvre du système et des solutions potentielles.

Cependant, l'analyse que nous avons réalisée a fait apparaître les limites de cette approche. Nous avons successivement abordé les principes économiques qui régissent le SCEQE, ses prédécesseurs (d'une relative simplicité), ses caractéristiques et ses phases successives. Ce parcours, de la théorie à la mise en œuvre, nous a montré une complexité toujours croissante, avec une multitude de ramifications, d'exceptions et de cas particuliers qui se superposent. Si un certain degré de complexité est justifié par la transversalité du changement climatique (i.e. plusieurs secteurs doivent être régis), par les spécificités de l'organisation européenne et par la diversité des Etats membres, une part non négligeable de cette complexité découle des stratifications successives dues à l'apprentissage par la pratique. L'exemple le plus marquant, parmi les éléments que nous avons étudiés, est celui de l'établissement du plafond des émissions : en réponse au dysfonctionnement des plafonds étatiques durant les deux premières phases, la directive 2009/29/CE a attribué à la Commission la responsabilité de cette fixation. Or, en réalité, cette nouvelle attribution ne se limite qu'à des ajustements, alors que les valeurs de référence restent celles – largement critiquées – établies par les Etats précédemment. Nous pouvons supposer que, si la fixation du plafond avait été attribuée à la Commission dès la première phase, sa marge de manœuvre aurait été plus étendue, tandis que le transfert de compétence qui a été réalisé a produit une défense des acquis de la part des Etats. De façon plus générale, si l'apprentissage par la pratique permet donc de corriger les « erreurs » par des ajustements successifs, la portée de ces ajustements est limitée par la nécessité de garantir une continuité entre les modifications apportées et les choix précédemment accomplis, ce qui alourdit progressivement le système. Nous verrons, dans les prochains chapitres, comment cette complexification progressive s'étend aussi aux mécanismes de coordination de la politique climatique européenne.

Chapitre 6. Des instruments classiques : le paquet énergie-climat

Avec le paquet énergie-climat de 2009, l'Union européenne a voulu donner une cohérence à l'ensemble de ses efforts de réduction des émissions. Elle a donc réuni dans un seul paquet législatif la réforme de plusieurs instruments existants et la création de nouveaux instruments, ainsi qu'une révision des objectifs à poursuivre. Le SCEQE réformé, avec ses mécanismes de marché, est considéré comme l'instrument phare du paquet, mais d'autres instruments plus « classiques » y sont associés.

Le paquet énergie-climat est constitué de quatre actes principaux, trois directives et une décision. La première directive est la directive 2009/28/CE relative à l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables⁷⁹⁴. La deuxième est celle qui régit la troisième phase du SCEQE : la directive 2009/29/CE, qui a fait l'objet d'une analyse approfondie dans le Chapitre précédent. La troisième directive est la directive 2009/31/CE sur le stockage géologique du dioxyde de carbone⁷⁹⁵. Enfin, la décision 406/2009/CE concerne les objectifs de réduction des émissions des Etats membres dans les secteurs non couverts par le SCEQE⁷⁹⁶.

Dans ce Chapitre, nous présenterons ces actes, à l'exception du nouveau SCEQE, en continuant à garder au centre de notre attention, d'une part, la continuité ou la discontinuité entre le paquet énergie-climat et les instruments préexistants dans les différents secteurs, ce qui nous permet d'apprécier l'expérience murie par le législateur, d'autre part, la répartition des compétences entre Union européenne et Etats membres dans la mise en œuvre de ces instruments. Cette dernière approche

⁷⁹⁴ Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 16–62.

⁷⁹⁵ Directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au stockage géologique du dioxyde de carbone et modifiant la directive 85/337/CEE du Conseil, les directives 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE et 2008/1/CE et le règlement (CE) n. 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 114–135. A ces actes, il serait possible ajouter un règlement et une directive adoptés au même moment et portant respectivement sur les émissions de CO₂ des voitures particulières neuves et sur les carburants des bateaux de navigation intérieure. Règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 1–15. Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 98/70/CE en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre, modifiant la directive 1999/32/CE du Conseil en ce qui concerne les spécifications relatives aux carburants utilisés par les bateaux de navigation intérieure et abrogeant la directive 93/12/CEE, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 88–113.

⁷⁹⁶ Décision 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les Etats membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 136–148.

nous permettra d'avancer nos observations sur la dynamique entre centralisation et décentralisation que nous avons déjà identifiée lors de l'analyse du SCEQE. En outre, la vue d'ensemble du paquet énergie-climat qui se dégagera à la fin de ce Chapitre nous servira comme point de départ pour analyser, dans le Chapitre 7, les mécanismes de coordination qui ont été utilisés dans la mise en œuvre de la politique climatique européenne.

La première section est consacrée à la directive sur les énergies renouvelables. La seconde porte sur la directive relative au stockage géologique du CO₂, et sur la décision 406/2009/CE relative aux secteurs hors SCEQE.

Section 1 : La directive sur les énergies renouvelables et les biocarburants

Trois secteurs sont concernés par les sources d'énergie renouvelables : l'électricité, le chauffage et le refroidissement, les transports. Dans l'usage courant, le terme « biocarburants » fait référence au seul secteur des transports ; l'expression « énergies renouvelables », plus générale, indique, selon le contexte, l'ensemble des secteurs ou, en opposition aux biocarburants, seulement les deux premiers. Nous allons suivre cette terminologie dans la suite de ce Chapitre.

L'approche suivie par le législateur européen dans la réglementation des sources renouvelables a grandement évolué au fil des années et des expérimentations législatives. Retracer les étapes de cette évolution (sous-section 1), nous permettra d'apprécier le choix des instruments de mise en œuvre opérés dans la directive 2009/29/CE (sous-section 2), instruments également conçus à la lumière de l'expérience des deux premières périodes du SCEQE.

Sous-section 1 : les énergies renouvelables avant le paquet énergie-climat

Le développement d'une politique de promotion des énergies renouvelables contribue à la politique énergétique de l'Union, davantage d'ailleurs qu'à la politique climatique. Les objectifs dans le domaine de la production d'énergie à partir des sources nouvelles ou renouvelables ont fait l'objet d'une réflexion importante à partir des années 1980 et ont été définis au fil des années dans plusieurs actes européens :

d'abord dans de nombreux actes non législatifs (A), ensuite dans deux directives sectorielles (B).

A. Les premiers pas de la politique européenne des énergies renouvelables

Dans les années 1970, la promotion des énergies renouvelables était uniquement implicite dans les politiques de la Communauté européenne : le soutien au développement de ces énergies était laissé à la volonté des Etats membres. Les institutions européennes se limitaient à constater l'impact négatif de la consommation d'énergie sur l'environnement. Dans ce contexte, le Conseil avait incité les Etats membres à prendre en considération dans leurs stratégies énergétiques « *les exigences de la protection de l'environnement, en prévoyant des mesures concrètes* »⁷⁹⁷, sans pour autant faire expressément référence à la possibilité de développer des énergies renouvelables.

Au fil des années, la Communauté européenne a commencé à prendre en considération l'existence de ce type d'énergies dans le cadre du développement d'une politique énergétique européenne. Les premiers actes mentionnant les énergies renouvelables sont des actes non législatifs des années 1980, qui définissaient dans les grandes lignes les objectifs à poursuivre, tout en laissant aux Etats membres la compétence pour développer leur propre politique.

Dans une résolution de 1986, parmi les objectifs de la politique énergétique européenne à l'horizon 1995, le Conseil a énoncé le développement des énergies renouvelables et a souhaité la convergence des politiques étatiques⁷⁹⁸. Au cours des deux années suivantes, le Conseil, d'un côté, a invité la Commission à faire des propositions en vue d'un développement majeur de ces énergies et, de l'autre, a appelé les Etats membres à « *inventorier leurs potentiels, à favoriser l'investissement public, à permettre un accès facilité et non discriminatoire de ces énergies au réseau électrique, à poursuivre les programmes de recherche et de démonstration, enfin à faciliter les transferts de technologies et la coopération entre petites et moyennes entreprises* »⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Résolution du Conseil du 3 mars 1975 sur l'énergie et l'environnement, *JO C 168* du 25/07/1975, p. 2-3.

⁷⁹⁸ Résolution du Conseil du 16 septembre 1986 concernant de nouveaux objectifs de politique énergétique communautaire pour 1995 et la convergence des politiques des Etats membres, *JO C 241* du 25/09/1986, p. 1-3.

⁷⁹⁹ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, Isabelle MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, éditions Le Moniteur, 2^{ème} édition, Paris, 2012, p. 396.

Les années 1990 sont caractérisées par la publication d'une série d'actes importants pour la définition de la stratégie européenne dans le domaine des énergies renouvelables, et qui ont déterminé les rôles respectifs des institutions européennes et des Etats membres dans sa mise en œuvre. Une première série de réflexions s'est conclue par la publication en 1997 d'un livre blanc dédié aux énergies renouvelables et à leur rôle au sein de la future politique énergétique de l'Union européenne⁸⁰⁰. Parmi les raisons qui expliquent la nécessité de développer une politique commune en matière d'énergies renouvelables, la Commission identifie la lutte contre le changement climatique. En se substituant à la production d'énergie dérivant des carburants fossiles, la production d'énergie à partir de sources renouvelables réduit directement les émissions nettes de GES vers l'atmosphère. Dans son livre blanc de 1997, la Commission prévoit l'établissement d'un plan global de promotion des énergies renouvelables, ayant pour fonction d'assurer la coordination entre les niveaux européen, étatique et local.

Dans ce livre blanc, la Commission établit le cadre pour le développement des énergies renouvelables et fixe les objectifs principaux en la matière, notamment celui de parvenir à la production de 12% d'énergies renouvelables en 2010⁸⁰¹. Aucun objectif spécifique n'était cependant imposé aux Etats membres. Ces derniers étaient en effet libres de décider aussi bien des mesures à adopter que des résultats à atteindre sur la base de considérations géographiques, économiques et techniques. Si le livre blanc n'imposait aucune obligation aux Etats membres, il déterminait le cadre européen visant à faciliter et à soutenir leurs actions. La coordination et le suivi nécessaires à la promotion des énergies renouvelables dans les Etats membres étaient garantis par les institutions communautaires, Commission en tête. A ce propos, le livre blanc ne s'est pas limité à rappeler l'obligation de coopération loyale qui lie les Etats membres et la Communauté européenne, mais a également élaboré des cadres spécifiques de coordination. Un rôle important était attribué au groupe de travail sur les énergies renouvelables. Composé de représentants de la Commission et des Etats membres, ce groupe avait pour objectif principal d'assurer le suivi des mesures

⁸⁰⁰ Livre vert de la Commission, Pour une politique énergétique de l'Union européenne, janvier 1995, COM(94) 659 final ; Livre blanc de la Commission, Une politique énergétique pour l'Union européenne, décembre 1995, COM(95) 682 final ; Résolution du Conseil du 8 juillet 1996 sur le livre blanc intitulé « Une politique énergétique pour l'Union européenne », JO C 224 du 1/08/1996, p. 1-2. Communication de la Commission, L'énergie pour l'avenir: les sources d'énergie renouvelables - Livre blanc établissant une stratégie et un plan d'action communautaires, du 26/11/1997, COM(97) 599 final.

relatives aux énergies renouvelables, en faisant le point sur les programmes, actions, mesures et plans nationaux dans ce domaine⁸⁰².

Afin de comprendre les aboutissements de cette politique, il faut rappeler que le principal obstacle à la diffusion des énergies renouvelables est leur coût, supérieur à celui des sources conventionnelles. Les Etats membres ont donc utilisé trois moyens principaux afin de rendre compétitive l'énergie produite à partir de sources renouvelables : prix d'achat garanti, appels d'offre et marchés de certificats verts⁸⁰³. La politique étatique en la matière a ainsi souvent été caractérisée par la mise en œuvre d'incitations économiques et par une approche que Monsieur Patrick THIEFFRY a définie comme la substitution du « principe du protecteur payeur » au principe pollueur-payeur⁸⁰⁴. En outre, la coexistence de ces mécanismes mis en œuvre par les Etats membres dans le but de parvenir aux objectifs européens était susceptible d'entraver les échanges, en générant de véritables distorsions de concurrence. Les risques pour le bon fonctionnement du marché intérieur ont conduit la Communauté européenne à adopter des actes législatifs et notamment les directives 2001/77/CE⁸⁰⁵ et 2003/30/CE⁸⁰⁶.

B. Les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE

En adoptant ces deux directives, le législateur européen avait choisi de suivre une approche sectorielle pour parvenir à une harmonisation partielle de deux secteurs concernés par les énergies renouvelables : la production d'énergie électrique (directive 2001/77/CE) et les transports (directive 2003/30/CE sur la promotion de l'utilisation des biocarburants ou autres carburants renouvelables). Ces deux directives nous intéressent particulièrement, dans la mesure où elles constituent le

⁸⁰¹ Dans le calcul de l'objectif la Commission avait pris en compte les objectifs fixés au niveau international par le Protocole de Kyoto.

⁸⁰² Les fonctions de ce groupe de travail ont été clarifiées par le Commissaire l'énergie Christos PAPOUTSIS en réponse à une question écrite posée par Anita POLLACK (PSE). Question écrite E-3855/98 posée à la Commission, Anita POLLACK, le 4 janvier 1999. Réponse de Christos PAPOUTSIS, Commissaire à l'énergie. A ce groupe de travail s'est ajouté par la suite un comité consultatif qui opère dans le cadre de la comitologie et qui sera pris en compte dans le Chapitre 7.

⁸⁰³ Sandrine ROUSSEAU, « L'emprise de la logique marchande sur la promotion des énergies renouvelables au niveau communautaire », *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 19, 3, 2005, p. 231.

⁸⁰⁴ Patrick THIEFFRY, « Les nouvelles mesures communautaires de promotion des énergies renouvelables. Un appel au marché du plan d'action-climat adopté dans la perspective de la Conférence de Copenhague. Eléments d'une politique européenne en matière de changements climatiques : les nouvelles mesures de promotion des énergies renouvelables », *RMCE*, n° 536, mars 2010, p. 148.

⁸⁰⁵ Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, *JO L 283* du 27/10/2001, p. 33-40.

point de départ du législateur européen pour la rédaction de la directive de 2009/29/CE, qui les a abrogées.

Deux aspects fondamentaux de ces directives sont liés à notre analyse sur la répartition des compétences dans la mise en œuvre : la fixation des objectifs et la définition de l'objet des directives.

En ce qui concerne le premier aspect, la directive 2001/77/CE relative à l'énergie électrique renouvelable se limitait à inviter les Etats membres à parvenir à un « *objectif indicatif* » de 21% de consommation intérieure brute d'électricité issue de sources renouvelables pour l'échéance 2010. La directive n'imposait donc pas aux Etats membres des quantités fixes de production électrique à partir de ces sources : les quantités proposées n'étaient pas contraignantes mais indicatives. Cependant, la directive établissait en annexe des valeurs de référence pour les objectifs nationaux de chaque Etat membre⁸⁰⁷. La vérification des résultats atteints par ces derniers dans la production d'énergie à partir des sources renouvelables se fondait sur un système d'échange de rapports entre Etats membres et Commission européenne. Le caractère indicatif des objectifs nationaux indiqués à l'Annexe I avait pour conséquence principale de ne pas autoriser la Commission à enclencher une procédure d'infraction contre les Etats qui n'avaient pas atteint leurs objectifs. Cependant, l'article 3(4) prévoyait un moyen de pression : si la Commission constatait qu'un Etat n'était pas en mesure d'atteindre ses objectifs, elle pouvait rendre ces objectifs obligatoires. Toutefois, le passage à des objectifs contraignants était soumis à la condition d'incompatibilité avérée entre les mesures prises par l'Etat et l'objectif fixé par la Communauté⁸⁰⁸.

La directive 2003/30/CE suivait la même logique, en établissant qu'il appartenait aux Etats membres de fixer « *des objectifs nationaux indicatifs* » de production d'énergie à partir des biocarburants. La directive établissait en outre que les Etats membres « *devraient veiller à ce qu'un pourcentage minimal de biocarburants et autres carburants renouvelables soit mis en vente sur leur marché* » (art. 3(1), lettre a). Les objectifs restaient très modestes : l'article 3 de la directive fixait la part des

⁸⁰⁶ Directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003 visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports, *JO L 123* du 17/05/2003, p. 42-46.

⁸⁰⁷ Par exemple, la France devait passer de 15% en 1997 à 21% en 2010 et le Royaume-Uni de 1,7% en 1997 à 10% en 2010 ; la Belgique de 1,1% en 1997 à 6% en 2010 ; l'Autriche de 70% en 1997 à 78,1% en 2010. Ces valeurs sont indiquées dans le tableau contenu dans l'Annexe I de la directive.

⁸⁰⁸ Directive 2001/77/CE, art. 3, par. 4.

biocarburants à 2% de la quantité totale d'essence et de gazole mis en vente pour le 31 décembre 2005 et à 5,75% pour le 31 décembre 2010.

La Cour de justice de l'UE s'est prononcée sur la nature des objectifs nationaux, notamment à propos de la directive sur les biocarburants⁸⁰⁹. La Cour a établi qu'« *il y a lieu de relever d'emblée que, si la directive 2003/30 vise, selon son article 1^{er}, à promouvoir l'utilisation de biocarburants pour remplacer le gazole ou l'essence à des fins de transport dans chaque État Membre, elle n'impose à ces derniers aucun objectif contraignant en ce qui concerne la mise sur le marché d'une part minimale de biocarburants* »⁸¹⁰.

Enfin, concernant les objectifs établis par les deux directives, nous pouvons remarquer qu'en retenant l'année 2010 comme date butoir pour atteindre les objectifs indiqués, le législateur européen suivait la même approche d'apprentissage par la pratique utilisée pour le SCEQE. Le fait de fixer des limites de moyen terme permettait en effet au législateur européen de modifier les objectifs au fur et à mesure, selon les résultats obtenus et selon les évolutions du contexte scientifique, technique et politique.

Le deuxième aspect qui nous intéresse concerne la définition de l'objet des deux directives, qui n'était pas clairement formulé : dans les deux cas il était difficile de savoir dans quelle mesure les Etats membres pouvaient choisir les sources énergétiques ou les carburants dont l'utilisation permettait de parvenir aux objectifs fixés.

S'agissant de la directive 2001/77/CE, la question était de savoir si l'énumération des sources d'énergie renouvelables inscrites dans la directive obligeait les autorités nationales à utiliser l'ensemble des sources énumérées ou si elles pouvaient n'utiliser que certaines d'entre elles pour parvenir à leur objectif. De la même manière, s'agissant de la directive 2003/30/CE, la nomenclature que le législateur européen avait utilisée pour les différents biocarburants obligeait-elle les Etats membres à utiliser tous les biocarburants indiqués pour atteindre leurs objectifs ?

⁸⁰⁹ CJCE, 10 septembre 2009, *Plantanol GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, aff. C-201/08, *Rec.* 2009 I-8343.

⁸¹⁰ *Ibid.*, par. 33.

En France, le Conseil d'Etat avait été saisi de la question de savoir si la directive imposait l'introduction des huiles végétales pures sur le marché français⁸¹¹. Les huiles végétales pures étaient en effet mentionnées dans la liste des biocarburants de la directive. Le Conseil d'Etat a établi que la liste n'imposait aux Etats membres, pour atteindre les objectifs européens, « *ni l'usage direct comme carburants des produits énumérés (...) ni d'autoriser l'usage, direct ou mélange, de la totalité des produits* »⁸¹². Cette interprétation du Conseil d'Etat sur les obligations des Etats membres a été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un arrêt du 10 septembre 2009, la Cour s'est prononcée sur une question préjudicielle allemande en établissant que la directive 2003/30/CE laissait aux autorités nationales compétentes « *une large marge d'appréciation afin de tenir compte notamment, ainsi qu'il ressort du vingtième considérant de cette directive, de la disponibilité en ressources et en matières premières ainsi que de la politique nationale relative à la promotion des biocarburants* »⁸¹³.

Le bilan de ces deux directives a été dressé par la Commission dans la feuille de route pour les sources d'énergie renouvelables de janvier 2007⁸¹⁴. Ce bilan est décevant : peu d'Etats membres sont parvenus à atteindre leurs objectifs de production à partir de sources renouvelables⁸¹⁵ et dans certains cas la part de ces sources a même baissé⁸¹⁶. A la lumière de ce constat et en préparation des ajustements qui seront introduits en 2009, les réflexions de la Commission se sont concentrées sur trois aspects.

D'abord sur l'opportunité de ne plus faire de distinction entre politique climatique et politique énergétique, mais de les intégrer de manière cohérente. Cette proposition dépasse apparemment le cadre des énergies renouvelables, mais demeure

⁸¹¹ Les huiles végétales pures les plus utilisés comme carburant sont produits à partir des graines d'arachide, colza, ricin, soja et tournesol. CIRAD, *Guide technique pour une utilisation énergétique des huiles végétales*, 2008.p. 211, consultable sur le site internet : http://www.ademe-guyane.fr/pdf/guide_technique_final.pdf (4/07/2013).

⁸¹² Conseil d'Etat, 21 décembre 2007, *Ministère de l'Economie c. Communauté de Villeneuve*, n° 300041 et n° 300056. LE BAUT-FERRARESE et MICHALLET rappellent également l'affaire présentée devant le Tribunal Administratif de Bordeaux, 6 juin 2006, Préfet de Lot-en-Garonne, req n° 0600484 : les directives européennes « *n'ont pas un caractère suffisamment précis pour être normatives (...) et laissent aux Etats membres un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les mesures propres à atteindre leurs objectifs* ».

⁸¹³ CJCE, *Plantanol GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, cit., par. 35.

⁸¹⁴ Communication de la Commission, feuille de route pour les énergies renouvelables. Les sources d'énergie renouvelables au 21^e siècle : construire un avenir plus durable, du 10/01/2007, COM(2006) 848 final.

⁸¹⁵ Entre l'année 2000 et l'année 2006 seuls le Danemark, la République Tchèque, l'Allemagne et la Slovaquie ont augmenté la production de leur énergie de sources renouvelables de plus de 2 points. Tom HOWES, « The EU's New Renewable Energy Directive (2009/28/EC) », in Sebastian OBERTHÜR et Marc PALLEMAERTS (dir), *The New Climate Policies of the European Union, Internal Legislation and Climate Diplomacy*, Brussels University Press, 2010, p. 122.

particulièrement importante pour ces dernières : une politique énergétique intégrant un objectif de réduction des émissions favorise nécessairement le développement de certaines sources renouvelables. Sur cet aspect, la Commission s'est également interrogée sur l'opportunité de lier les objectifs quantitatifs de réduction des émissions de GES aux objectifs d'augmentation de production d'énergie à partir des sources renouvelables. Si le lien entre ces différents objectifs n'a pas abouti dans le paquet énergie-climat, la relation étroite entre les deux politiques y est centrale.

Ensuite, la Commission a réfléchi à la nature des objectifs fixés par les deux directives de 2001 et 2003. La Commission montre que le fait d'avoir fixé des objectifs uniquement indicatifs et non contraignants est une des principales raisons expliquant la faible implication des Etats. La feuille de route a donc proposé d'établir des objectifs contraignants de production à partir des énergies renouvelables.

Enfin, la feuille de route proposait d'abandonner l'approche fortement sectorielle qui conduisait à un nombre excessif d'objectifs. La Commission suggérait de définir un seul objectif pour chaque Etat membre, couvrant l'ensemble des secteurs intéressés par les énergies renouvelables.

Cette feuille de route, avec la communication de la Commission intitulée « Une politique de l'énergie pour l'Europe »⁸¹⁷, est à la base de la réflexion ayant abouti à l'adoption du paquet énergie-climat, et notamment de la directive 2009/28/CE, qui abroge et remplace les deux directives de 2001 et 2003.

Sous-section 2 : la directive 2009/28/CE : une nouvelle approche dans la mise en œuvre de la politique européenne des énergies renouvelables

L'adoption de cette directive marque un changement d'approche du législateur européen s'agissant de la réglementation des énergies renouvelables, abandonnant une logique sectorielle pour adopter un seul acte régissant l'ensemble de la problématique⁸¹⁸ : les trois secteurs concernés par les énergies renouvelables sont désormais régulés par un même acte.

⁸¹⁶ Ces Etats membres dont le rapport entre énergie produite de sources renouvelables et celle produite par d'autres sources non renouvelables a baissé sont les suivants : Lituanie, Slovaquie, Lettonie, France et Finlande. *Ibid.*

⁸¹⁷ Communication de la Commission au Conseil européen et au Parlement européen, Une politique de l'énergie pour l'Europe, du 10/01/2007, COM(2007) 1 final.

⁸¹⁸ Rappelons que le fait de régir les énergies renouvelables et les biocarburants dans le même acte avait conduit le législateur européen à utiliser deux différentes bases juridiques pour la directive 2009/28/CE. Chapitre 3, page 177 et suivantes.

Après avoir focalisé notre attention sur la nature des objectifs fixés par la directive 2009/28/CE (A), nous examinerons les compétences des Etats membres et de l'Union européenne dans sa mise en œuvre (B).

A. La nature des objectifs de la directive

La directive 2009/28/CE impose des objectifs contraignants pour l'Union européenne dans son ensemble à l'horizon 2020 : 20% d'énergie produite à partir des sources renouvelables dans la consommation totale d'énergie et un minimum de 10% de biocarburants dans la consommation totale d'essence et de gazole destinés au transport⁸¹⁹. Au-delà des raisons déjà mentionnées concernant l'inefficacité des objectifs non-contraignants au cours des années précédentes, le choix d'adopter des objectifs contraignants répondait à la nécessité de garantir une sécurité juridique aux opérateurs économiques du secteur et une harmonisation essentielle pour le bon fonctionnement du marché commun.

Au-delà du caractère contraignant des deux objectifs qui sont fixés, leur nature est très différente : si pour les biocarburants le législateur européen a introduit un certain nombre de contraintes, établissant un objectif que nous pouvons qualifier de « rigide » (A.1), pour l'ensemble des énergies renouvelables l'approche est plus flexible, avec des mécanismes inspirés du Protocole de Kyoto (A.2).

A.1. Un objectif « rigide » pour les biocarburants

Pour parvenir à l'objectif de 20% d'énergie produite à partir de sources renouvelables, la directive impose à chaque Etat membre des objectifs spécifiques, contenus dans l'Annexe I de la directive. Chaque Etat pourra librement décider des instruments à mettre en œuvre et des secteurs concernés pour atteindre cet objectif. Au contraire, l'objectif minimal de 10% de biocarburants est égal pour tous les Etats membres. Cela représente une contrainte dans les choix de l'Etat membre pour atteindre son objectif général d'utilisation d'énergies renouvelables. Concrètement, un Etat membre est libre de choisir les secteurs dans lesquels il souhaite développer

⁸¹⁹ Ces objectifs avaient déjà été envisagés dans plusieurs actes de la Commission et notamment dans sa « feuille de route pour les sources d'énergie renouvelables – construire un avenir plus durable ». Ces objectifs ont fait l'objet du paquet énergie climat. La directive 2009/28/CE les réaffirme, inter alia, dans les considérants 8 et 9.

les énergies renouvelables, mais le secteur des transports doit nécessairement contribuer à une utilisation de biocarburants de 10%⁸²⁰.

Le choix de traiter de manière différente l'objectif concernant les biocarburants a été motivé par la volonté de « *garantir l'uniformité des spécifications applicables aux carburants destinés aux transports et leur disponibilité* »⁸²¹. Le secteur des transports en effet n'a pas atteint le même degré d'intégration que le marché des utilisateurs d'énergie en général. La Commission a développé d'autres argumentations dans sa proposition de directive. Le coût important des biocarburants par rapport à d'autres sources renouvelables aurait pu conduire les Etats à les négliger en l'absence d'une contrainte spécifique, ce qui aurait été problématique dans le long terme car le secteur des transports est le secteur économique dans lequel les émissions de GES augmentent le plus rapidement en Europe. A ces considérations environnementales et économiques s'ajoutait la question sécuritaire et politique de l'approvisionnement énergétique de l'UE : la dépendance européenne au pétrole constitue « *l'un des problèmes les plus graves qui touchent l'UE en matière d'insécurité de l'approvisionnement énergétique* »⁸²², et l'usage des biocarburants peut contribuer à diversifier les sources et les pays fournisseurs.

Ces caractéristiques propres aux biocarburants ont aussi conduit le législateur européen à définir de manière très restrictive, par rapport à la législation précédente, quels carburants devaient être pris en compte afin d'atteindre l'objectif établi. Les biocarburants visés par la directive 2003/30/CE étaient les produits qui dérivait de la biomasse, c'est-à-dire « *la fraction biodégradable des produits, déchets et résidus provenant de l'agriculture (...), de la sylviculture (...) ainsi que de la fraction biodégradable des déchets industriels et municipaux* »⁸²³. Cette liste a fait l'objet d'une réflexion importante lors des discussions qui ont précédé l'adoption de la directive 2009/28/CE. Le principal problème était l'absence de prise en compte de l'impact des différents produits sur l'environnement. Le risque était d'obtenir la

⁸²⁰ Notons que les valeurs par rapport auxquelles sont calculés les deux objectifs sont différents : l'objectif de production à partir de sources renouvelables, spécifique pour chaque Etat et indiqué dans l'Annexe I de la directive, est calculé sur la base du totale de la production énergétique de l'Etat, tandis que l'objectif de 10% de biocarburants est calculé par rapport à la consommation dans le seul secteur des transports. Cela signifie que la contribution minimale des biocarburants à l'objectif général dépend du poids du secteur des transports sur la consommation énergétique totale du pays, et reste toujours inférieure à 10%.

⁸²¹ Considérant 16.

⁸²² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23/01/2008 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM(2008) 19 final, p. 9.

réduction des émissions de GES en remplaçant les carburants fossiles par les biocarburants, au prix d'une série d'effets négatifs sur l'environnement dans son ensemble. Trois problèmes principaux étaient à prendre en compte⁸²⁴. Le premier concerne l'impact environnemental de la culture des matières agricoles nécessaires pour produire les biocarburants, dans la mesure où l'implantation de cultures modifie la qualité de l'utilisation du sol. Par exemple, les cultures extensives lancées dans certaines zones de l'Amérique latine ont souvent remplacé des zones de forêt. Cette modification de l'usage du sol a des impacts néfastes sur la biodiversité, sur le changement climatique même, en raison de la destruction de puits de carbone, et sur toute utilisation des produits de la forêt. Même la conversion de sols déjà agricoles en cultures énergétiques peut avoir des conséquences négatives sur l'économie et les populations locales. Le deuxième problème, encore une fois lié aux cultures, concerne les méthodes de production : l'usage d'engrais, de pesticides, la consommation d'eau et de ressources, ont des impacts majeurs sur l'environnement et doivent être comptabilisés dans le bilan des biocarburants. *In fine*, l'utilisation des biocarburants peut avoir des effets directs sur l'environnement. Par exemple, certaines études semblent montrer que l'utilisation de l'éthanol comme biocarburant afin de réduire les émissions de GES, pourrait entraîner des effets négatifs sur la couche d'ozone⁸²⁵. Ces considérations ont conduit le législateur européen à introduire un nouveau concept dans la directive 2009/28/CE : la durabilité des biocarburants. Celle-ci est évaluée sur la base de trois critères, énoncés à l'article 17 de la directive. Le premier critère est que l'utilisation de biocarburants doit permettre une réduction de GES d'au moins 35% par rapport à des produits similaires conventionnels (art. 17(2), premier alinéa). Ce seuil de réduction est élevé à 50% à partir du 1^{er} janvier 2017, et à 60% pour les installations qui commencent leur activité après cette date (art. 17(2), deuxième alinéa). Les deux autres critères portent sur les terres sur lesquelles les biocarburants ne doivent pas être cultivés. Le deuxième critère concerne les terres « *de grande valeur en termes de diversité biologique* »⁸²⁶. Dans le cadre de ce critère,

⁸²³ Art. 2 de la directive 2003/30/CE. En suivant cette définition, on considère biocarburants, entre autres : le bioéthanol, le biodiesel, le biogaz, les huiles végétales pures etc.

⁸²⁴ Ces impacts sont illustrés dans le manuel : Bernadette LE-BAUT FERRARESE et Isabelle MICHALLET, *Traité de droit des énergies renouvelables*, op. cit., pp. 52 et ss.

⁸²⁵ Harro VON BLOTTNITZ et Mary Ann CURRAN, « A review of assessments conducted on bio-ethanol as a transportation fuel from a net energy, greenhouse gas, and environmental life cycle perspective », *Journal of cleaner production*, 2007, vol. 15, no 7, p. 607-619.

⁸²⁶ Ces terres doivent avoir un des statuts indiqués par l'art. 17(3) de la directive.

il est opportun de souligner le rôle de la Commission dans l'exécution de la directive. Cette dernière dispose en effet qu'il appartient à la Commission d'établir les critères servant à définir certaines qualités des terres, et notamment la notion de prairie. L'acte d'exécution doit être adopté selon la procédure de la comitologie et plus précisément avec la procédure de réglementation avec contrôle⁸²⁷. Le troisième critère concerne les terres qui constituent un important stock de carbone⁸²⁸.

A.2. Un objectif « flexible » pour les énergies renouvelables

Si la directive est extrêmement contraignante concernant l'objectif de 10% de biocarburants, ce qui ne permet aucun ajustement vers le bas de la part des Etats membres, elle introduit pour l'autre objectif – concernant le montant total de consommation d'énergies renouvelables que chaque pays doit atteindre – trois mécanismes de coopération permettant aux Etats membres d'adapter les objectifs que l'Union leur a imposés. L'idée à l'origine de ces trois mécanismes peut être rapprochée de celle qui était à la base des trois mécanismes flexibles du Protocole de Kyoto.

Le premier mécanisme proposé est celui des « transferts statistiques entre Etats membres », établi par l'article 6 de la directive. Un Etat membre qui a des difficultés pour atteindre les objectifs fixés en matière d'énergies renouvelables peut s'accorder avec un autre Etat membre qui, au contraire, ne rencontre pas les mêmes difficultés. Le deuxième Etat vendra au premier de l'énergie renouvelable en l'aidant ainsi à atteindre ses objectifs. Le transfert devient effectif pour les deux Etats au moment de la notification du transfert à la Commission. Cette dernière joue ainsi un rôle de garant du bon fonctionnement du système. Ce mécanisme peut être assimilé, dans sa conception, à celui de l'échange de crédits d'émission établi par le Protocole de Kyoto.

Le deuxième mécanisme, établi par les articles 7 et 8 de la directive, porte sur la possibilité de mettre en œuvre des projets communs entre Etats membres : « *deux Etats membres ou plus peuvent coopérer sur tous types de projets communs concernant la production d'énergie électrique, de chauffage ou de refroidissement à*

⁸²⁷ Aucun acte n'a pour l'instant été adopté (janvier 2015). L'utilisation de la comitologie fera l'objet d'analyse dans le Chapitre 7.

partir de sources renouvelables » (art. 7(1)). L'énergie renouvelable ainsi produite, au lieu d'être attribuée, au sens de la directive, à l'Etat destinataire du projet, peut être partagée parmi les Etats participants pour remplir les objectifs fixés à l'Annexe I. Comme dans le cas précédent, les effets de ces projets communs sont uniquement reconnus après leur notification à la Commission. Ce système peut être apparenté au MOC du Protocole de Kyoto.

Enfin, les articles 9 et 10 prévoient la possibilité pour les Etats membres de mettre en place des projets avec des pays tiers. Ce système s'apparente au MDP du Protocole de Kyoto. « *Un ou plusieurs Etats membres peuvent coopérer avec un ou plusieurs pays tiers sur tous types de projets communs concernant la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables* » (art. 9(1)). L'énergie renouvelable ainsi produite peut être utilisée par les Etats membres participants pour remplir les objectifs fixés par la directive. Pour ce dernier système la directive prévoit plusieurs conditions strictes afin d'éviter que les Etats membres exercent un nombre trop élevé d'activités en dehors de l'Union.

B. Les compétences dans la mise en œuvre de la directive

Nous examinons ici l'équilibre délicat que la directive 2009/28/CE a instauré entre Union européenne et Etats membres dans la fixation de l'objectif relatif aux énergies renouvelables (B.1) et dans la phase de contrôle de la mise en œuvre de la directive (B.2).

B.1. Le partage des compétences dans la fixation des objectifs

Si l'Union fixe elle-même les objectifs pour chaque Etat en ce qui concerne les énergies renouvelables, elle a cependant laissé une certaine marge de manœuvre aux Etats membres, qui doivent établir leurs propres Plans d'Action Nationaux pour parvenir à ces résultats⁸²⁹. La prise en compte du fonctionnement de ces Plans est intéressante dans une perspective d'équilibre des compétences dans la mise en œuvre de la directive. Il appartient aux Etats membres d'établir dans ces Plans un certain nombre d'aspects fondamentaux. Les Plans en effet « *fixent les objectifs nationaux*

⁸²⁸ Les différents types de terres qui sont considérés comme des stocks de carbone sont énoncés par l'art. 17(4) de la directive.

⁸²⁹ Art. 4 de la directive 2009/28/CE : Plans nationaux en matière d'énergies renouvelables.

aux Etats membres concernant la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et consommée dans les transports et dans la production d'électricité, de chauffage et de refroidissement en 2020 ». Les Plans doivent inclure les dispositions sur la coopération entre différents niveaux de l'Etat (Etat, régions, autorités locales). Il est important de souligner que c'est aussi dans le Plan d'Action National que les Etats établissent les politiques nationales nécessaires pour développer les ressources de biomasse existantes et pour explorer de nouvelles sources. La difficulté de conception de ces Plans, à cause notamment de ces aspects très techniques, et le risque que les Etats, élaborant chacun une méthodologie différente, mettent en péril la cohérence de la stratégie européenne comme cela avait été le cas lors des deux premières phases du SCEQE, avait conduit le législateur européen à déléguer à la Commission l'élaboration d'un modèle pour les Plans d'Action Nationaux. La Commission joue donc un rôle fondamental dans l'élaboration même de ces Plans, en dépit du fait qu'il appartient aux Etats de les élaborer *in primis*. Conformément à l'article 4(1), deuxième alinéa, la Commission a ainsi adopté la décision 2009/548/CE, qui a servi de modèle à l'élaboration des Plans d'Action Nationaux par les Etats membres⁸³⁰.

Le fonctionnement de ces plans est en partie similaire à celui des PNA des deux premières phases du SCEQE. Le point commun est qu'il appartient aux Etats membres de les établir et à la Commission de les évaluer. Cependant, la Commission peut uniquement émettre des recommandations pour les améliorer (art. 4(5)), et ne peut pas les refuser comme dans le cas du SCEQE. En outre, le Parlement européen joue aussi un rôle, bien que limité, dans le fonctionnement du système. En effet, conformément à l'article 4(6), la Commission transmet au Parlement européen les Plans d'Action Nationaux et tous les documents relatifs.

Le rôle de la Commission dans la mise en œuvre de la directive est également essentiel en ce qui concerne les différentes modalités de calcul que les Etats membres doivent appliquer pour déterminer la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables. A ce propos, l'article 5(4), en lien avec l'Annexe VII, a délégué à la

⁸³⁰ Décision de la Commission 2009/548/CE du 30 juin 2009 établissant un modèle pour les Plans d'Action Nationaux en matière d'énergies renouvelables conformément à la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil, C(2009) 5174, *JO L 182* du 15/07/2009, p. 33–62. Comme exemple de Plan National d'Action, voir : France, Plan National d'Action en faveur des énergies renouvelables. Période 2009-2020. En application de l'article 4 de la directive 2009/28/CE de l'Union européenne, http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/0825_plan_d_action_national_ENRversion_finale.pdf (30/05/2013).

Commission la tâche de fixer les lignes directrices concernant les modalités à partir desquelles les Etats membres estiment les valeurs pour différentes technologies et applications⁸³¹.

B.2. Le partage de compétences dans la vérification et le contrôle

Le bon fonctionnement du système repose sur un échange constant et complexe entre les Etats membres et l'Union européenne, établi par la directive. Des rapports doivent être rédigés par les Etats et communiqués à la Commission, qui en assure le suivi. La Commission doit aussi mettre en place une plate-forme en matière de transparence, qui doit promouvoir la coopération entre Etats membres et mettre à disposition toutes les informations nécessaires pour les aider à parvenir aux objectifs fixés.

Au-delà de cet échange d'informations, il est intéressant de souligner que plusieurs tâches fondamentales, surtout en matière de biocarburants, reviennent à la Commission.

D'abord, en ce qui concerne le calcul de l'impact des biocarburants sur les gaz à effet de serre, étape fondamentale dans le suivi et la vérification du respect de l'objectif de 10%. Encore une fois, la méthode de calcul est extrêmement complexe et la directive établit que si la Commission estime nécessaire de modifier des paramètres de calcul, elle peut adopter un acte en suivant la procédure de réglementation avec contrôle⁸³².

Ensuite, la vérification du respect des critères de durabilité imposés par l'article 17 de la directive incombe également à la Commission. D'un côté, les Etats membres « *font obligation aux opérateurs économiques* » de prouver que les critères de durabilité de l'article 17 ont été respectés (art. 18(1) de la directive). Le rôle principal des Etats membres consiste à vérifier que les opérateurs « *soumettent des informations fiables et mettent à la disposition de l'Etat Membre, à sa demande, les données utilisées pour établir les informations* »⁸³³. L'extrême technicité des aspects demandés aux opérateurs a conduit le législateur à prévoir l'adoption, par la Commission, d'un acte

⁸³¹ Conformément à cet article, en lien avec l'Annexe VII, la Commission a adopté la décision 2013/114/UE du 1^{er} mars 2013 établissant les lignes directrices relatives au calcul, par les Etats membres, de la part d'énergie renouvelable produite à partir des pompes à chaleur pour les différentes technologies de pompes à chaleur conformément à l'article 5 de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil, C(2013) 1082, JO L 62 du 6/03/2013, p. 27-35.

⁸³² Le système de calcul est établi par l'article 19 et par l'Annexe V de la directive. Différentes modifications peuvent se révéler nécessaires afin d'améliorer le fonctionnement du système. L'article 19 prévoit différents cas où la Commission pourra être appelée à adopter des actes en suivant la comitologie et plus précisément la procédure de réglementation avec contrôle. Voir art. 19(5) ; 19(7) ; 19(8) de la directive.

⁸³³ Art. 18(3). L'article établit le système utilisé par les opérateurs dans la vérification. Nous ne sommes pas en mesure de développer cet aspect ici car il est extrêmement technique.

contenant les informations appropriées et pertinentes qui doivent être fournies, en suivant la procédure de la comitologie (art. 18(3) de la directive)⁸³⁴.

La directive précise aussi qu'il est possible que les biocarburants ne soient pas produits sur le territoire européen mais qu'ils soient seulement consommés en Europe. Ces biocarburants doivent de toute manière respecter les critères de durabilité imposés par la directive (art. 18(3), quatrième alinéa). Les compétences de mise en œuvre du système de contrôle des critères de durabilités sont attribuées à la Commission européenne (art. 18(4) de la directive). La directive dispose à ce propos que l'UE peut conclure « *des accords bilatéraux ou multilatéraux avec des pays tiers contenant des dispositions relatives aux critères de durabilité (...)* » (art. 18(4) de la directive). Il appartient à la Commission de décider si les accords conclus sont conformes aux critères de durabilité au sens de la directive. Dans ce cas, la Commission adopte une décision selon les règles de la comitologie, conformément aux articles 18(4), 18(6) et 25(3)⁸³⁵. Depuis 2009, la Commission a adopté un grand nombre de décisions concernant la conformité des biocarburants produits par des Etats tiers avec les critères de durabilité⁸³⁶, décisions sur lesquelles nous reviendrons

⁸³⁴ La Commission a adopté l'acte suivant : Décision 2011/13/UE de la Commission du 12 janvier 2011 concernant certains types d'information sur les biocarburants et les bioliquides à soumettre par les opérateurs économiques aux Etats membres, C(2011) 36, *JO L 9* du 13/01/2011, p. 11–12. Le comité responsable de l'adoption de l'acte a été le comité sur la durabilité des biocarburants et des bioliquides, en conformité avec l'article 25(5) de la directive.

⁸³⁵ Le comité en charge est le comité de durabilité des biocarburants et des bioliquides.

⁸³⁶ La liste des actes adoptés est la suivante : Décision d'exécution 2012/452/UE de la Commission du 31 juillet 2012 portant reconnaissance du système «NTA 8080» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives du Parlement européen et du Conseil 98/70/CE et 2009/28/CE, *JO L 205* du 01/08/2012 p. 17–18 ; Décision d'exécution 2012/432/UE de la Commission du 24 juillet 2012 portant reconnaissance du système «REDcert» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives du Parlement Européen et du Conseil 98/70/CE et 2009/28/CE, *JO L 199* du 26/07/2012, p. 24–25 ; Décision d'exécution 2012/722/UE de la Commission du 23 novembre 2012 portant reconnaissance du système Roundtable on Sustainable Palm Oil RED pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 98/70/CE et 2009/28/CE du Parlement Européen et du Conseil, *JO L 326* du 24/11/2012, p. 53–54 ; Décision d'exécution 2012/427/UE de la Commission du 24 juillet 2012 portant reconnaissance du système «Scottish Quality Farm Assured Combinable Crops Limited» pour établir la conformité aux critères de durabilité des directives du Parlement européen et du Conseil 98/70/CE et 2009/28/CE, *JO L 198* du 25/07/2012, p. 17–18 ; Décision d'exécution 2012/395/UE de la Commission du 16 juillet 2012 portant reconnaissance du système «Red Tractor Farm Assurance Combinable Crops & Sugar Beet» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 98/70/CE et 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 187* du 17/07/2012, p. 62–63 ; Décision d'exécution 2012/210/UE de la Commission du 23 avril 2012 portant reconnaissance du système «Ensus voluntary scheme under RED for Ensus bioethanol production» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives du Parlement européen et du Conseil 2009/28/CE et 98/70/CE, *JO L 110* du 24/04/2012, p. 42–43 ; Décision d'exécution 2011/441/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système «Greenery Brazilian Bioethanol verification programme» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 2009/28/CE et 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 190* du 21/07/2011, p. 85–86 ; Décision d'exécution 2011/440/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système «Round Table on Responsible Soy EU RED» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 2009/28/CE et 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 190* du 21/07/2011 p. 83–84 ; Décision d'exécution 2011/439/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système «Bonsucro EU» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 2009/28/CE et 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 190* du 21/07/2011 p. 81–82 ; Décision d'exécution 2011/438/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système ISCC (International Sustainability and Carbon Certification) pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives du Parlement européen et du Conseil 2009/28/CE et 2009/30/CE, *JO L 190* du 21/07/2011 p. 79–80 ; Décision

lorsque nous nous intéresserons à la fonction de la mise en œuvre dans le rayonnement extérieur de l'Union, dans le Chapitre 8.

Conclusions de la section

Nous avons retracé, dans cette section, les origines de la directive 2009/28/CE à partir des premiers actes adoptés dans les secteurs qu'elle régit. A la lumière de notre analyse de la directive et de sa mise en œuvre, force est de reconnaître que ses origines se trouvent aussi bien dans les directives qu'elle abroge que dans les expériences muries lors des deux premières phases du SCEQE.

En effet, derrière le choix du législateur d'imposer des objectifs contraignants pour les énergies renouvelables, nous avons retrouvé l'expérience tirée du bilan décevant de la directive 2001/77/CE. Mais nous avons aussi observé comment ces objectifs sont accompagnés de mécanismes flexibles inspirés des systèmes de marché. La portée des enseignements du SCEQE touche aussi à d'autres aspects : les Plans d'Action Nationaux, par exemple, sont tributaires des PNA du SCEQE, mais en évitent un certain nombre de problèmes, par exemple grâce à l'établissement d'un modèle commun par la Commission. Même dans une perspective qui dépasse les aspects de mise en œuvre, le fait de définir un seul objectif pour plusieurs secteurs, ce qui permet à chaque Etat de trouver l'équilibre entre secteurs qui lui est plus favorable, reprend la conception du SCEQE où la possibilité de transférer des quotas entre secteurs différents permet de parvenir aux objectifs de la manière la plus efficace. L'existence d'une exception à l'idée d'un objectif unique pour le secteur des biocarburants ne contredit pas le principe général, mais montre plutôt une prise de conscience très nette des limites des mécanismes flexibles, qui obligent à « protéger » un secteur particulièrement stratégique des aléas du marché.

Ce processus d'échange de bonnes pratiques entre instruments différents, que nous pourrions qualifier de « transversalité de l'apprentissage par la pratique », est une

d'exécution 2011/437/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système «Biomass Biofuels Sustainability voluntary scheme» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 2009/28/CE et 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 190* du 21/07/2011, p. 77-78 ; Décision d'exécution 2011/436/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système «Abengoa RED Bioenergy Sustainability Assurance» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 2009/28/CE et 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 190* du 21/07/2011, p. 75-76 ; Décision d'exécution 2011/435/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système «Round Table on Sustainable Biofuels EU RED» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 2009/28/CE et 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 190* du 21/07/2011, p. 73-74.

illustration claire des enjeux de la coordination entre tous les éléments de la politique climatique européenne, que nous aborderons dans le Chapitre 7.

Section 2 : Les autres actes du paquet énergie-climat

Le paquet énergie-climat se compose de deux derniers actes : la directive 2009/31/CE sur le stockage géologique du dioxyde de carbone et la décision n° 406/2009/CE sur l'effort que les Etats membres doivent fournir dans la réduction des émissions de GES dans les secteurs non visés par le SCEQE. Ces actes sont examinés respectivement dans la sous-section 1 et dans la sous-section 2.

Sous-section 1 : la directive 2009/31/CE : la capture et le stockage de CO₂

Avec l'expression « capture et stockage de CO₂ », généralement abrégée par l'acronyme anglais CCS (*Carbon Capture and Storage*), nous faisons référence à plusieurs techniques qui ont comme objectif de capturer, transporter et stocker le dioxyde de carbone dans un site géologique. Cette technologie est très récente et se trouve encore en phase d'expérimentation. D'abord, nous retracerons les raisons qui ont conduit le législateur européen à adopter un acte qui encadre cette technologie (A) et ensuite nous concentrerons notre attention sur la répartition des compétences dans la mise en œuvre de cette directive (B).

A. La nécessité de fournir un cadre législatif clair

L'adoption de la directive 2009/31/CE sur la capture et le stockage de CO₂ a eu pour fonction première de remplir un vide juridique qui entravait le développement d'une technologie considérée comme intéressante pour lutter contre le changement climatique. Par rapport aux autres mesures qui ont été adoptées au fil des années, la directive 2009/31 est la seule proposant un remède direct aux émissions de GES. Avec cette technologie en effet les émissions de gaz sont capturées, transformées à l'état liquide et transportées dans un site de stockage géologique (par exemple, dans les gisements épuisés de gaz naturel) dans lequel elles resteront pendant plusieurs milliers d'années. La différence avec les autres mesures réside donc dans le fait que l'homme n'agit pas en réduisant les émissions, mais il se limite à les stocker. Cette

caractéristique constitue l'aspect distinctif de cette technologie, et la rend attractive dans les cas où il s'avérerait impossible de limiter la consommation de combustibles fossiles. Elle permettrait en effet de continuer à produire du CO₂ dans certaines installations industrielles, sans que celui-ci soit émis dans l'atmosphère et contribue au changement climatique.

Malgré cet intérêt de principe, les technologies permettant de réaliser le stockage du CO₂ dans des sites géologiques sont encore en phase d'expérimentation. Les critiques adressées à cette technologie sont nombreuses et elles ont contribué à en ralentir le développement. D'un point de vue scientifique, il y a des incertitudes concernant l'efficacité réelle de cette technologie. Considérant que l'intérêt principal du CCS réside dans le fait que le CO₂ devrait rester immobilisé pendant des milliers d'années, il est nécessaire de garantir l'étanchéité des sites de stockage pendant des périodes extrêmement longues. L'argument des défenseurs de cette technologie est que les sites géologiques où le stockage devrait avoir lieu ont retenu des gaz pendant des périodes comparables à celles souhaitées pour le stockage du CO₂. Cependant, la nouveauté de la technique ne permet pas de donner de garantie en ce qui concerne la capacité de retenir dans le sous-sol le gaz sans le laisser s'échapper. Ensuite, d'un point de vue éthique, il pourrait sembler peu opportun de réduire les ressources financières allouées à la recherche sur des technologies propres, permettant de prévenir les émissions, au profit de recherches sur le stockage du carbone qui vise à perpétuer les activités polluantes.

Ces doutes décourageaient tout effort législatif de la part des Etats. De plus, le type d'actions nécessaires pour conduire une expérimentation impliquait l'installation sur le territoire d'activités ne pouvant pas être assimilées à d'autres activités déjà existantes. L'absence d'une référence réglementaire rendait quasiment impossible tout essai en l'absence d'un cadre juridique.

La directive 2009/31/CE a été adoptée suite à un long débat au sein des institutions européennes et étatiques. Lors de la deuxième phase du Programme Européen pour le Changement Climatique, la nécessité de donner un cadre législatif à cette nouvelle technologie avait conduit à la création d'un groupe de travail *ad hoc* pour la capture et le stockage de CO₂. Le travail de ce groupe s'est concrétisé dans un rapport publié

en 2006 et adressé à la Commission européenne⁸³⁷. Dans ce rapport, le groupe a soulevé des points clés qui ont guidé l'action européenne dans les années suivantes, dont, entre autres : la définition des responsabilités en cas de fuite de carbone des sites de stockage pendant les opérations de stockage ou après la fermeture du site ; la définition juridique du rôle du CCS par rapport à d'autres secteurs tel que la gestion de l'eau et des déchets ; l'intégration du CCS dans le SCEQE. Parallèlement, nous pouvons signaler la création, toujours en 2006, d'une plate-forme consacrée au développement du CCS : la « *technology platform for Zero Emission fossil fuel Power Plants* » ou ZEP⁸³⁸. Cette plate-forme réunit les secteurs de l'industrie, de la recherche et des organisations non gouvernementales, avec deux rôles principaux : réunir dans un même forum plusieurs acteurs intéressés aux enjeux du CCS ; opérer en qualité de consultant pour les institutions européennes.

Le CCS constitue l'un des éléments fondamentaux du Programme Européen connu sous le nom de SET-Plan : « *European Strategic Energy Technology Plan* ». Ce programme est le fruit d'une initiative de la Commission européenne lancée en janvier 2007 et reconnaît le CCS comme l'un des piliers de la future politique intégrée sur le climat et l'énergie.

Le législateur européen a donc adopté la directive 2009/31/CE afin de répondre aux questions et sollicitations qui s'étaient multipliées au fil des années, dans un contexte où la Commission et le secteur privé étaient fortement mobilisés pour développer l'expérimentation de cette technologie. Au contraire, la transposition de la directive par les Etats membres montre leur faible implication dans cette perspective : l'échéance prévue pour la transposition, le 25 juillet 2011, n'a pas été respectée par 26 Etats membres, ce qui a conduit la Commission à leur envoyer des lettres de mise en demeure⁸³⁹. En 2014, seuls six Etats membres n'avaient pas encore transposé complètement la directive, mais il faut signaler que onze Etats parmi ceux qui l'ont fait ont restreint ou interdit complètement le stockage du CO₂ sur leur territoire, prérogative qui, comme nous le verrons, leur est attribuée par la directive⁸⁴⁰.

⁸³⁷ A ce propos, voir : Commission staff working document, accompanying document to the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Sustainable power generation from fossil fuels: aiming for near-zero emissions from coal after 2020. Impact assessment, 10/01/2007, COM(2006) 843 final.

⁸³⁸ <http://www.zeroemissionsplatform.eu/> (07/06/2014).

⁸³⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2009/31/CE relative au stockage géologique du dioxyde de carbone, du 25/02/2014, COM(2014) 99 final, p.3.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p.4

Les réticences de la part des Etats peuvent s'expliquer en partie par les nécessités inhérentes au développement du CCS, qui le rendent peu intéressant sur le court terme, et par l'opposition des populations locales aux sites expérimentaux existants, constituant un frein politique important.

B. La répartition des compétences dans la mise en œuvre de la directive 2009/31/CE

Dans la continuité de notre approche qui vise à mettre en lumière les rapports entre Etats membres et Union européenne dans la mise en œuvre des actes climatiques, nous commencerons par mettre en exergue la façon dont le législateur européen a articulé ces relations dans les différentes phases de l'existence d'un site de stockage de CO₂ (B.1). La difficulté principale dans la mise en œuvre de la directive 2009/31/CE reste cependant liée aux aspects scientifiques et techniques : pour y faire face, la Commission a développé une série d'instruments d'incitation, avec pour le moment des résultats peu encourageants (B.2).

B.1. Les différentes phases d'existence d'un site de stockage de CO₂

La répartition des compétences entre l'UE et les Etats membres dans la mise en œuvre de la directive attribue à la Commission le rôle de fixer des référentiels techniques et de centraliser l'information sur les projets en cours, en laissant aux Etats membres une marge de manœuvre importante en ce qui concerne le choix d'effectuer ou non de tels projets, ainsi que l'intégralité de l'exécution. Nous pouvons observer cette logique dans toutes les phases de la vie du site de stockage de CO₂ : son projet initial, l'exploitation du site et son démantèlement.

S'agissant de la phase de projet du site de stockage géologique, il appartient aux Etats membres de « *déterminer les régions au sein desquelles des sites de stockage peuvent être sélectionnés* » (art. 4(1) de la directive). Cette détermination doit se fonder sur deux éléments principaux. Le premier consiste pour l'Etat à vérifier la conformité des caractéristiques des régions sélectionnées aux critères énumérés par l'article 8 de la directive. Le second élément consiste à vérifier que la formation géologique qui sert de site de stockage ainsi que ses environs correspondent aux critères énoncés par

l'Annexe I de la directive⁸⁴¹, ce qui peut requérir une exploration autorisée. A cette vérification suit, le cas échéant, la livraison d'un permis d'exploiter le site, qui conclut une procédure complexe caractérisée par des contrôles au niveau national et européen. Au niveau national, l'acteur principal est l'autorité compétente désignée par l'Etat même, conformément à l'article 23 de la directive⁸⁴². Cette autorité doit vérifier que la demande d'exploitation contient toutes les informations imposées par l'article 7 de la directive et qu'elle remplit tous les critères imposés par l'article 8. Au niveau européen, le rôle principal est joué par la Commission européenne. Elle reçoit de la part des Etats membres tous les projets de permis de stockage⁸⁴³. La Commission peut émettre son avis dans un délai de quatre mois à compter de la réception du projet. Cet avis n'est pas contraignant, mais l'autorité nationale compétente est obligée de justifier toute décision finale qui diffère de l'avis de la Commission.

S'agissant de la phase d'exploitation du site, la directive a établi expressément les aspects techniques liés aux flux de CO₂ qui doivent être respectés lors de l'utilisation du site (art. 12). La Commission est compétente pour adopter les lignes directrices nécessaires pour faire respecter ces critères⁸⁴⁴. La surveillance du bon fonctionnement des exploitations de stockage est assurée par les Etats membres sur la base des plans préalablement établis par chaque exploitant conformément aux critères fixés par l'Annexe II de la directive. La surveillance est effectuée par l'autorité compétente, désignée par chaque Etat, par le biais d'un système de communications avec l'exploitant (art. 14) et d'inspections (art. 15). Les quantités de GES stockés peuvent être insérées dans le cadre de la comptabilité relative au SCEQE.

S'agissant, enfin, de la phase de fermeture et post-fermeture, il appartient aux autorités compétentes des Etats membres de mettre en œuvre les procédures établies par la directive. Cette phase est particulièrement complexe, car même si un site n'est

⁸⁴¹ L'Annexe établit les critères qui doivent être remplis pour chaque étape du processus qui conduit à qualifier un site comme apte à stocker le CO₂.

⁸⁴² Cet article impose aux Etats d'établir une ou plusieurs autorités compétentes pour exécuter les différentes tâches imposées par la directive. Il établit aussi que, dans le cas où il désigne plusieurs autorités comme compétentes pour les diverses tâches, l'Etat membre doit également fixer leurs modalités de coordination. Le rapport de 2014 sur la mise en œuvre de la directive remarque que « *la plupart des Etats membres ont assigné des responsabilités à plusieurs autorités, la capture et le stockage du carbone recoupant plusieurs domaines réglementaires différents. Les autorités compétentes le plus souvent désignées sont les instances chargées de l'environnement (18 Etats membres), suivies des institutions responsables dans les domaines de l'économie, de l'énergie et de l'extraction minière* ». *Ibid.*, p. 3.

⁸⁴³ La directive impose en effet à l'autorité nationale compétente pour la livraison des permis d'exploitation l'obligation de transmettre à la Commission tous projets dans un délai d'un mois de la réception de la demande d'exploitation. Le projet transmis à la Commission doit être accompagné de tous les documents complémentaires.

plus utilisé pour recevoir et stocker de nouvelles quantités de CO₂, il doit garantir que le gaz déjà stocké ne s'échappe pas, en provoquant des dommages à l'environnement. La directive établit donc de façon claire la responsabilité des opérations qui suivent la fermeture d'un site et elle l'attribue notamment à l'exploitant. Ces opérations se déroulent sur la base d'un plan qui a été établi par l'exploitant et approuvé par l'autorité nationale compétente. La procédure est similaire à celle concernant l'adoption du projet d'exploitation : l'autorité compétente transmet à la Commission le plan de post-fermeture. La Commission peut émettre un avis, encore une fois non contraignant, et l'autorité compétente est obligée de motiver son choix dans le cas où elle ne le suit pas.

La responsabilité de la surveillance des exploitations incombe à l'exploitant pour une période non inférieure à vingt ans et elle est par la suite transférée à l'autorité compétente. La grande complexité de ce transfert de compétences et les risques qui y sont associés ont conduit le législateur européen à déléguer à la Commission l'adoption de lignes directrices.

Toutes les informations relatives aux différentes phases de vie des sites de stockage géologique (projet, exploitation, fermeture et post-fermeture) sont enregistrées dans des registres *ad hoc*, tenus par l'autorité compétente désignée par chaque Etat membre (art. 25). En outre, les Etats membres sont tenus de présenter à la Commission des rapports sur la mise en œuvre de la directive tous les trois ans. Afin d'aider les Etats à élaborer ces rapports, la Commission a adopté une décision établissant les questions auxquelles les Etats doivent répondre⁸⁴⁵. Ces rapports servent à la Commission pour organiser un échange d'informations entre les autorités compétentes des Etats membres, en favorisant ainsi la circulation des bonnes pratiques et des améliorations à effectuer (art. 27).

Les sanctions imposées en cas de violation des dispositions nationales de transposition de la directive sont infligées par les Etats membres et sont communiquées à la Commission.

⁸⁴⁴ La Commission n'a pas encore adopté d'acte à ce sujet.

⁸⁴⁵ Décision 2011/92/UE de la Commission du 10 février 2011 établissant le questionnaire à utiliser pour le premier rapport sur la mise en œuvre de la directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative au stockage géologique du dioxyde de carbone, C(2011) 657, *JO L 37* du 11/02/2011, p. 19–24. Cet acte a été adopté avec la procédure de comitologie, conformément à l'article 6 de la directive 91/692. Le comité compétent était le comité changement climatique.

B.2. Les initiatives de la Commission pour une meilleure mise en œuvre de la directive

La nouveauté de la technologie du CCS et les difficultés liées à son développement ont conduit la Commission à mettre en place des initiatives afin d'assurer une meilleure cohérence dans sa mise en œuvre, au-delà de l'adoption des actes d'exécution conformément au texte de la directive.

Pour améliorer les échanges d'information entre les autorités compétentes des Etats membres et pour remplir l'objectif de coordination qui lui est attribué par l'article 27, la Commission a institué un Groupe d'Echange d'Informations, qui se réunit plusieurs fois par an. Ce groupe a assumé le travail de la Commission dans la rédaction d'une série de documents qui devraient aider les Etats membres à mettre en œuvre la directive⁸⁴⁶. Ces documents sont le fruit de discussions entre la Commission et les experts des Etats membres, des représentants de la communauté scientifique, des industries et des ONG. Ces actes, bien qu'ils représentent le point de vue de la Commission, ne constituent pas sa position officielle et ne sont pas contraignants. Leur objectif est de proposer des lignes directrices pour une mise en œuvre cohérente de la directive dans l'ordre juridique des Etats membres.

Afin d'aider le développement de cette technologie coûteuse, l'Union européenne a aussi mis en place deux instruments spécifiques de financement de projets de capture et de stockage de CO₂ : le Programme Energétique Européen pour la Relance (PEER) et le programme NER300. L'objectif principal de ces systèmes de financement est de développer des projets de démonstration à grande échelle⁸⁴⁷.

En dépit des efforts importants de la part de l'Union européenne pour développer la technologie de capture et de stockage de CO₂, avec l'adoption de la directive qui a garanti un cadre législatif clair pour les investisseurs et les programmes de financements pour soutenir directement les expérimentations, tous les projets en cours sont encore en phase initiale. Le développement de cette technologie est surtout ralenti par deux obstacles. Le premier est que les financements européens, étatiques et privés n'atteignent pas le niveau nécessaire. S'agissant des financements européens,

⁸⁴⁶ Commission européenne, DG Climate Action, Implementation of Directive 2009/31/EC on the Geological Storage of Carbon Dioxide, Guidance Document n° 1, CO₂ Storage Life Cycle Risk Management Framework, 2011 ; Guidance Document n° 2, Characterisation of the Storage Complex, CO₂ Stream Composition, Monitoring and Corrective Measures, 2011 ; Guidance Document n° 3, Criteria for Transfer of Responsibility to the Competent Authority, 2011 ; Guidance Document n° 4, Financial Security (Art. 19) and Financial Mechanism (Art. 20), 2011.

le NER300, créé *ad hoc* pour le CCS, n'est pas à la hauteur des attentes initiales. Ce programme est financé par les quotas d'émissions de GES du SCEQE et les faibles coûts des quotas d'émissions (environ 5 € et non entre 20 et 30 € comme prévu) ne sont pas suffisants pour aider de façon déterminante l'avancement des projets. Les Etats n'ont pas la même situation économique et sociale qu'en 2007-2008, quand la directive 2009/31/CE avait été discutée. Enfin, les industries, frappées elles aussi par la crise économique, n'ont pas investi les sommes prévues lors de la discussion du paquet énergie-climat. Le second obstacle est l'acceptation de tels projets par le public. Les citoyens européens s'opposent souvent à toute forme de projet de stockage du CO₂ sur le territoire de leur région⁸⁴⁸.

En 2012, dix projets étaient pris en considération pour un financement européen, mais pour aucun d'entre eux ce financement ne s'est concrétisé : lors de la validation des projets, les Etats concernés n'ont pas été en mesure de les confirmer, soit parce que le montant de financement national ou privé qui devait intégrer le financement européen n'était pas suffisant pour couvrir les dépenses liées au projet, soit à cause des retards considérables dans la mise en œuvre des dispositions de délivrance des permis nécessaires.

Sous-section 2 : la régulation des secteurs hors SCEQE

Le dernier acte qui constitue le paquet énergie-climat est la décision n° 406/2009/CE, qui fixe les objectifs de réduction des émissions pour chaque Etat membre dans l'ensemble des secteurs qui ne sont pas couverts par le SCEQE (A). Cependant, l'importance de ces secteurs, représentant 60% environ des émissions européennes, a conduit le législateur à adopter d'autres actes afin d'encadrer et de soutenir l'action des Etats dans la lutte contre le changement climatique (B).

⁸⁴⁷ L'état des lieux du CCS est proposé par la Communication que la Commission a dédié à cette technologie en mars 2013, *op. cit.*

⁸⁴⁸ Ludwig KRAMER remarque comme, en Allemagne, le CCS a été le premier cas où la transposition d'une directive environnementale européenne a suscité une véritable opposition de l'opinion publique. Ludwig KRAMER, « Case studies on the implementation of directive 2009/31/EC on the geological storage of carbon dioxide - Germany », University College London, November 2011. Ce rapport fait partie d'une série d'études sur la mise en œuvre de la directive CCS dans différents pays européens. Voir : <http://blogs.ucl.ac.uk/law-environment/2012/11/14/carbon-capture-legal-programme-eu-case-studies/> (17/01/2015).

A. La décision n° 406/2009/CE

Après avoir présenté les objectifs de la décision (A.1), nous examinerons les mécanismes flexibles établis par le législateur dans la continuité de l'utilisation des instruments de marché pour résoudre les problèmes environnementaux (A.2).

A.1. Les objectifs

La décision n° 406/2009/CE se situe dans la droite ligne de la décision n° 2002/358/CE connue sous le nom de « *burden sharing agreement* » ou « bulle communautaire »⁸⁴⁹. La décision de 2002 fixait les objectifs de réduction des émissions que les Etats membres devaient atteindre afin de contribuer à la réduction globale de 8% imposée à l'Union européenne par le Protocole de Kyoto. La logique sous-jacente à la décision n° 406/2009 est la même que celle régissant la décision de 2002 : une fois établi un objectif de réduction des émissions global pour l'Union européenne, il est nécessaire de préciser la contribution que chaque Etat doit fournir afin d'y parvenir.

Cependant, deux différences principales subsistent entre la décision de 2002 et celle de 2009. La première est que la décision de 2002 ne concernait que les quinze Etats qui appartenaient à la Communauté européenne au moment de la conclusion du Protocole de Kyoto, tandis que la décision de 2009 concerne tous les Etats membres, éliminant ainsi les différenciations introduites par le Protocole et qui étaient une source supplémentaire de complexité suite à l'élargissement.

La seconde différence porte sur les secteurs visés par la décision. S'agissant de la décision de 2002, les objectifs concernaient l'ensemble des émissions de chaque Etat, et le SCEQE était donc un des instruments permettant de les atteindre. La décision de 2009 au contraire concerne seulement les secteurs non visés par le SCEQE. En effet, l'adoption de la directive SCEQE de 2009 a centralisé la fixation des plafonds nationaux de quotas (Chapitre 5), ne laissant plus aux Etats membres la possibilité de réaliser des ajustements entre les secteurs SCEQE et non SCEQE. Concrètement, avant 2009, un Etat membre pouvait agir pour réduire ses émissions indifféremment sur tous les secteurs d'activité : pour parvenir à son objectif fixé par la décision de

⁸⁴⁹ Pour une analyse approfondie des différences qui subsistent entre le « *burden sharing agreement* » de 2002 et celui de 2009 du paquet énergie-climat voir : Nuno LACASTA, Sebastian OBERTHUR, Eduardo SANTOS et Pedro BARATA,

2002, il pouvait utiliser le SCEQE à un degré variable selon ses souhaits, en l'indiquant dans son PNA, et réaliser les réductions manquantes par des interventions dans les autres secteurs. Après 2009, la réduction des émissions générée par le SCEQE ne relève plus de la compétence étatique, et le législateur européen a donc jugé utile de ne pas inclure dans les nouveaux objectifs de la décision n° 406/2009/CE des secteurs pour lesquels les Etats n'ont plus de possibilité d'action.

Pour comprendre l'importance relative des secteurs concernés, nous pouvons rappeler que le SCEQE ne couvre qu'environ 40% des émissions de GES produites dans l'Union. Les 60% d'émissions restantes trouvent leur origine principalement dans les secteurs suivants : transports (urbain, extra-urbain, terrestre, maritime)⁸⁵⁰, efficacité énergétique des bâtiments (consommation par les bâtiments, mais aussi émissions liées à la construction et à la démolition) ; utilisation de terres (agriculture, forêts etc.).

Pour atteindre l'objectif global de 20% de réduction des émissions avant l'année 2020 que l'Union européenne s'est imposée, la décision n° 406/2009 fixe pour les secteurs hors SCEQE une réduction contraignante des émissions de GES de 10% par rapport au niveau d'émissions de 2005. Cette réduction à l'échelle européenne s'obtiendra grâce à l'ensemble des résultats nationaux. Pour résumer, la prévision du législateur est que la réduction de 10% dans les secteurs hors SCEQE, conjointement avec la réduction de 20% des émissions dans les secteurs couverts par le SCEQE et les autres mesures engagées (par exemple le développement des énergies renouvelables), devraient permettre à l'Union de parvenir enfin à une réduction globale de 20% des émissions, sans distinction de secteurs.

Les objectifs que chaque Etat membre doit atteindre pour permettre la réduction globale de 10% dans les secteurs non visés par le SCEQE sont contenus dans l'Annexe II de la décision et varient considérablement selon les Etats. Certains Etats doivent réduire leurs émissions jusqu'à 20% (le Danemark, l'Irlande, le Luxembourg), tandis que d'autres peuvent les augmenter jusqu'à un niveau maximum de 20% (la Bulgarie).

« From Sharing the Burden to Sharing the Effort: Decision 406/2009/EC on Member State Emission Targets for non-ETS Sectors », in Sebastian OBERTHÜR et Marc PALLEMAERTS, *op. cit.*, pp. 93-116.

⁸⁵⁰ Nous ne prenons pas ici en considération le secteur de l'aviation, car il a été inclus dans le SCEQE par la directive 2008/101/CE, que nous aborderons dans le Chapitre 8.

La décision n'impose pas seulement des objectifs contraignants que les Etats membres doivent atteindre à l'horizon 2020. En effet, la décision établit aussi que les émissions de GES produites dans chaque Etat doivent décroître chaque année « *de manière linéaire* » pour faire en sorte qu'elles ne dépassent pas la limite imposée pour l'année 2020 (art. 3(2), troisième alinéa de la décision). La décision a laissé à la Commission européenne le rôle de déterminer la quantité précise d'émissions de GES que les Etats membres étaient autorisés à produire chaque année et par conséquent les réductions annuelles entre 2013 et 2020. Conformément à l'article 3(2) quatrième alinéa, la Commission a adopté une décision déterminant « *les quotas annuels d'émissions pour la période 2013-2020* » en mars 2013⁸⁵¹.

Afin d'atteindre leur objectif final imposé par l'Annexe II de la décision n° 406/2009/CE ainsi que les objectifs transitoires établis par la décision de la Commission de mars 2013, les Etats membres peuvent mettre en œuvre les mesures qu'ils considèrent les plus opportunes. Les Etats ont en effet une obligation de résultat qui leur est imposée par la décision, mais la décision n'impose pas les mesures qui doivent être adoptées. Nous verrons que le législateur a cependant établi un certain nombre de mécanismes que les Etats peuvent utiliser afin de parvenir à leur objectif. En outre, le législateur européen a adopté une série d'actes législatifs qui imposent aux Etats membres une réduction quantitative d'émissions dans certains secteurs spécifiques (B).

S'agissant du contrôle des résultats, il se fonde encore une fois sur un système complexe d'échange de rapports entre Etats membres et Union européenne. Conformément à l'article 6, les Etats membres doivent en effet rédiger et communiquer à la Commission des rapports périodiques. Si les progrès ne sont pas conformes aux objectifs annuels imposés, la Commission peut imposer des mesures de correction, en conformité avec l'article 7 de la décision⁸⁵². Dans cette optique, la décision établit que les Etats membres, dans un délai de trois mois, présentent à la Commission « une évaluation et un plan correctif », qui inclut les éléments listés par l'article 7(2) de la décision. La Commission peut alors présenter directement un avis

⁸⁵¹ Décision 2013/162/UE de la Commission du 26 mars 2013 relative à la détermination des allocations annuelles de quotas d'émission des Etats membres pour la période 2013-2020 conformément à la décision n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil, C(2013) 1708, *JO L 90* du 28/03/2013, p. 106–110. Conformément à la lettre de l'article 3(2), cinquième alinéa, cette décision a été adoptée en suivant la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 13, paragraphe 2. Le comité en charge était le comité des changements climatiques.

⁸⁵² Pour la liste d'action de correction que la Commission peut imposer aux Etats membres, voir l'article 7(1) de la décision.

ou soumettre d'abord le plan national au comité changement climatique pour qu'il formule des observations.

L'introduction d'objectifs annuels constitue un élément novateur par rapport aux mesures que nous avons considérées jusqu'à présent, élément particulièrement significatif dans notre analyse des équilibres entre Commission et Etats membres dans la mise en œuvre de la politique climatique européenne. Si la fonction de ces objectifs annuels est de garantir que les Etats membres agissent progressivement vers la réduction souhaitée pour 2020, en évitant ainsi des mesures de dernière minute peu efficaces, ces objectifs permettent également à la Commission d'obtenir une capacité de contrôle significative sur l'ensemble de la mise en œuvre. En effet, en l'absence d'objectifs annuels, elle n'aurait pu que signaler des risques de ne pas atteindre les objectifs au fil des années, mais elle n'aurait pu intervenir qu'après 2020. La présence des objectifs annuels, accompagnés de sanctions spécifiques établies par l'article 7(1) de la décision, permet à la Commission, au contraire, de contrôler systématiquement les progrès des Etats et d'en orienter les actions.

A.2. Les mécanismes flexibles prévus par la décision

Pour aider les Etats membres à réduire leurs émissions sans porter préjudice à leur situation économique, la décision n° 406/2009 prévoit plusieurs mécanismes flexibles. Le législateur a ainsi suivi la même approche que celle utilisée pour la directive sur les énergies renouvelables.

Le premier mécanisme flexible est prévu à l'article 3(3) de la décision. Si sur la période 2013-2020 un Etat produit au cours d'une année plus d'émissions que celles autorisées, il peut prélever sur l'année suivante jusqu'au 5% de son quota annuel d'émissions. Si au contraire l'Etat membre produit moins d'émissions que celles consenties, il peut « *reporter la partie de son quota annuel d'émissions pour une année donnée qui dépasse ses émissions de gaz à effet de serre pour cette année, aux années suivantes jusqu'en 2020* » (art. 3(3), première alinéa, deuxième phrase). Ce premier mécanisme est donc interne à l'Etat membre même. Le taux de 5% en 2013 et en 2014 peut être élevé sur requête de l'Etat membre en cas « *de conditions météorologiques extrêmes ayant mené à une augmentation substantielle des émissions*

de gaz à effet de serre au cours de ces années par rapport aux années bénéficiant de conditions météorologiques normales »⁸⁵³.

Le deuxième et le troisième mécanismes diffèrent du premier dans la mesure où ils sont liés à des échanges interétatiques : au moins deux Etats sont donc concernés. Le deuxième mécanisme est prévu à l'article 3(4) de la décision. Un Etat membre peut « transférer à d'autres Etats membres jusqu'à 5 % de son quota annuel d'émissions relatif à une année donnée (...) », à condition qu'il respecte les exigences de la décision. L'Etat destinataire peut utiliser la quantité reçue afin de parvenir à son objectif. Le troisième mécanisme, prévu à l'article 3(5), permet à un Etat émettant sur une année moins d'émissions que celles fixées par son objectif de céder le quota excédentaire même au-delà de la limite de 5%.

Dans le souci de faciliter les transferts ainsi que la transparence des mouvements de quotas annuels d'émissions, la décision prévoit l'adoption de la part de la Commission de mesures pour le deuxième et le troisième mécanismes. Ces mesures ont été arrêtées dans le Titre IV du règlement n° 389/2013 de la Commission du 2 mai 2013 en suivant la procédure de réglementation avec contrôle⁸⁵⁴.

Enfin, l'article 5 de la décision prévoit l'utilisation de crédits résultant d'activités de projet et notamment les Mécanismes d'Œuvre Conjointe, le Mécanisme de Développement Propre ainsi que d'autres mécanismes issus des projets développés dans des pays tiers. L'utilisation de ces mécanismes ne doit pas dépasser la limite de 3% par an (art. 5, par. 4). Dans le cas où un Etat ne fait pas usage de ces crédits dans la mesure consentie par le paragraphe 4 (3% par an), l'Etat peut reporter la partie non utilisée de cette quantité sur les années suivantes⁸⁵⁵.

⁸⁵³ Pour obtenir cette dérogation, l'Etat doit soumettre à la Commission un rapport étayant sa demande. « Dans un délai de trois mois, la Commission décide si un report supérieur peut être accordé ». Il est opportun de souligner que cette prévision a fait récemment l'objet d'une modification. En effet, la disposition précédente établissait que l'Etat Membre puisse demander « un taux de report supérieur de 5% en 2013 et 2014 dans le cas de conditions météorologiques extrêmes (...) », tandis que le nouvel article prévoit que dans ces cas l'Etat Membre puisse demander « un taux de prélèvement supérieur de 5% en 2013 et 2014 (...) ». Rectificatif à la décision n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les Etats membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020 (JO L 140 du 5/06/2009), JO L 135 du 22/05/2013, p. 23–23.

⁸⁵⁴ Règlement (UE) n° 389/2013 de la Commission du 2 mai 2013 établissant un registre de l'Union conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et aux décisions n° 280/2004/CE et n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les règlements (UE) n° 920/2010 et (UE) n° 1193/2011 de la Commission, JO L 122 du 3/05/2013, p. 1–59.

⁸⁵⁵ Ce système est généralement indiqué avec son nom anglais : *banking*. Art. 5(6) de la décision.

B. Les actes sectoriels : l'intégration des objectifs climatiques dans les autres politiques européennes

Afin d'atteindre les objectifs fixés par la décision n° 406/2009, les Etats membres adoptent les mesures qu'ils considèrent comme étant les plus opportunes. Cependant, le législateur européen a adopté au fil des années des actes d'harmonisation dans des secteurs significatifs pour le changement climatique, et dont la mise en œuvre peut aider les Etats à atteindre les objectifs de réduction imposés. Même si ces actes ne font pas partie du paquet énergie-climat à proprement parler, ils sont intéressants pour notre analyse de la politique climatique européenne dans la mesure où ils illustrent l'intégration de cette politique au sein d'autres domaines. Dans notre perspective, consistant à avoir la vision la plus exhaustive possible de la mise en œuvre de la politique climatique, nous devons prendre en compte au moins quelques exemples. Nous analysons donc ici deux sous-secteurs, tous les deux concernant les transports, dont la réglementation a été modifiée en lien avec l'adoption du paquet énergie-climat : la qualité des carburants et l'imposition de règles sur la quantité d'émissions par kilomètre des véhicules particuliers. S'agissant des carburants, le législateur européen a notamment adopté la directive 2009/30/CE sur les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles⁸⁵⁶. Sur les émissions des véhicules, le règlement n° 443/2009 établit des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves⁸⁵⁷.

La directive 2009/30/CE modifie la directive 1998/70/CE. Elle s'applique à plusieurs types de moyens de transport : véhicules routiers, engins mobiles non routiers, tracteurs agricoles et forestiers et bateaux de plaisance lorsqu'ils ne sont pas en mer. Avec les modifications de 2009, la directive ajoute à ses objectifs de protection de l'environnement et de la santé un objectif spécifique de réduction des GES, en l'intégrant aux spécifications environnementales que les carburants doivent respecter afin de pouvoir être mis sur le marché. Il appartient aux Etats membres de veiller à ce que les carburants vendus sur le marché étatique respectent ces spécifications. Dans

⁸⁵⁶ Directive 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 98/70/CE en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre, modifiant la directive 1999/32/CE du Conseil en ce qui concerne les spécifications relatives aux carburants utilisés par les bateaux de navigation intérieure et abrogeant la directive 93/12/CEE, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 88–113.

⁸⁵⁷ Règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, *JO L 140* du 5/06/2009, p. 1–15.

la proposition de directive, la Commission a expliqué que, tout en gardant fixe l'aspect contraignant de l'objectif de réduction des GES, et donc la nécessité d'adopter un règlement ou une directive, elle considérait plus approprié le choix d'une directive, parce qu'il « *faut contrôler uniquement les spécifications définitives relatives au carburant, et non la manière dont le respect des spécifications est assuré* »⁸⁵⁸.

Concernant l'autre exemple que nous prenons ici en compte, les émissions des voitures particulières neuves, le législateur a adopté en 2009 le règlement n° 443/2009. Les émissions en provenance de voitures particulières représentent une part importante des émissions de GES. Pour cette raison, elles ont fait l'objet de plusieurs mesures au cours des vingt dernières années. Déjà en 1994, le Conseil Environnement avait souligné la nécessité d'adopter des limitations des émissions de CO₂ des voitures particulières⁸⁵⁹. A cette occasion, l'Allemagne avait proposé un objectif de 120g CO₂/km. Dans les années suivantes, le débat s'est élargi à la Commission et au Parlement européen. Si toutes les institutions étaient favorables à cette limitation, elles n'étaient pas d'accord sur les instruments à adopter, un choix restant notamment à faire entre un acte législatif qui imposait des limites d'émissions contraignantes et des accords volontaires. Les fortes oppositions des producteurs d'automobiles et de certains Etats membres⁸⁶⁰ à l'imposition de limites contraignantes ont finalement conduit l'Union européenne à opter pour des accords volontaires. En 1999 et 2000, la Commission européenne considérait ces accords comme l'un des trois fondements de la réduction des émissions en provenance des voitures particulières. Les deux autres fondements étant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et sur les émissions de CO₂, qui faisait l'objet d'une directive européenne⁸⁶¹, et les mesures fiscales adoptées au niveau étatique. Les

⁸⁵⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 31 janvier 2007 modifiant la directive 98/70/CE en ce qui concerne les spécifications relatives à l'essence, au carburant diesel et aux gazoles ainsi que l'introduction d'un mécanisme permettant de surveiller et de réduire les émissions de gaz à effet de serre provenant des carburants utilisés dans le transport routier, modifiant la directive 1999/32/CE du Conseil en ce qui concerne les spécifications relatives aux carburants utilisés par les bateaux de navigation intérieure et abrogeant la directive 93/12/CEE, COM/2007/0018 final, p.11.

⁸⁵⁹ Conclusions du Conseil Environnement du 15 et 16 décembre 1994, PRES/94/273. Patrick ten BRINK, « Mitigating CO₂ Emissions from Cars in the EU (Regulation (EC) n° 443/2009) », in Sebastian OBERTHÜR and Marc PALLEMAERTS, *op. cit.*, p. 181.

⁸⁶⁰ Notamment des Etats de provenance des grandes industries automobiles.

⁸⁶¹ Ces informations ont fait l'objet de la Directive 1999/94/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation des voitures particulières neuves, JO L 12 du 18/01/2000, p. 16–23.

résultats peu satisfaisants des accords volontaires ont conduit la Commission à proposer le règlement n° 443/2009.

Ce règlement impose aux constructeurs des émissions spécifiques moyennes. Ils peuvent se grouper afin de respecter leurs obligations. Les groupes doivent informer la Commission européenne de leur constitution, conformément à l'article 6 du règlement. Les Etats membres désignent les autorités compétentes pour recueillir les données imposées par le règlement et veiller à ce que les constructeurs, leurs importateurs ou mandataires désignés s'acquittent de leur obligation d'information de manière transparente, en conformité avec l'article 8 du règlement. Ces données sont par la suite communiquées à la Commission selon les échéances établies par le règlement. La Commission tient un registre central qui rassemble les données reçues par les Etats membres (art. 8, par. 4) et communique aux constructeurs les informations qui les concernent. Les constructeurs peuvent préciser à la Commission les erreurs éventuelles. Le système de surveillance se fonde donc, au-delà de l'activité des Etats membres, sur des échanges directs entre la Commission et les opérateurs économiques. Ce système peut être modifié par la Commission en suivant la procédure de réglementation visée à l'article 14(2) du règlement, en conformité avec l'article 8(9), premier alinéa⁸⁶².

En outre, la Commission peut aussi apporter des modifications à l'Annexe II qui précise les aspects techniques de surveillance et de communication concernant les données qui font l'objet de ces procédures. Pour modifier cette Annexe, la Commission doit adopter des mesures selon la procédure de réglementation avec contrôle, visé à l'article 14(3), en conformité avec l'article 8(9), deuxième alinéa⁸⁶³. Le comité en charge de l'adoption d'actes selon les procédures établies par ces articles était le comité changement climatique.

⁸⁶² La Commission a adopté les règlements suivants, toujours conformément à l'avis du Comité Changement Climatique. Règlement d'exécution (UE) n° 396/2013 de la Commission du 30 avril 2013 modifiant le règlement (UE) n° 1014/2010 en ce qui concerne certaines exigences relatives à la surveillance des émissions de CO₂ provenant des voitures particulières neuves, *JO L 120* du 1/05/2013, p. 1–3. Règlement d'exécution (UE) n° 429/2012 de la Commission du 22 mai 2012 modifiant le règlement (UE) n° 1014/2010 dans le but de prévoir une présentation commune pour la notification des erreurs par les constructeurs de voitures particulières, *JO L 132* du 23/05/2012, p. 11–12. Règlement (UE) n° 1014/2010 de la Commission du 10 novembre 2010 concernant la surveillance et la communication des données relatives à l'immatriculation des voitures particulières neuves en application du règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 293* du 11/11/2010, p. 15–20.

⁸⁶³ Règlement (UE) n° 397/2013 de la Commission du 30 avril 2013 modifiant le règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la surveillance des émissions de CO₂ des voitures particulières, *JO L 120* du 1/05/2013, p. 4–8.

Au-delà des questions spécifiques de mise en œuvre de ces actes dans le secteur des transports, il nous importait de montrer par ces exemples que, en dehors du paquet énergie-climat, il existe un grand nombre d'autres actes législatifs européens dont la lutte contre le changement climatique n'est pas l'objectif principal mais qui participent à la poursuite des objectifs de réduction des émissions. La mise en œuvre de ces actes de la part des Etats membres leur permet de réduire leurs émissions, qui doivent être comptabilisées au sens de leurs objectifs spécifiques contenus dans la décision 460/2009. La nécessité d'assurer la coordination entre différents instruments s'étend donc même en dehors du paquet énergie-climat.

Pour compléter ce cadre, nous pouvons aussi rappeler que, à côté des objectifs de 20% de réduction des émissions de GES et de 20% d'utilisation d'énergie de sources renouvelables, il existe un troisième objectif européen de 20% d'augmentation de l'efficacité énergétique⁸⁶⁴. De nombreux actes ont été adoptés sur des aspects différents, comme les bâtiments, les systèmes de chauffage et refroidissement ou le fonctionnement des ampoules, qui s'insèrent tant dans l'objectif de réduction des émissions que dans celui de l'efficacité énergétique. La nécessité de coordination ne se limite donc pas à l'intégration entre instruments différents, mais s'étend aussi à la superposition d'objectifs coexistants.

Conclusions du Chapitre

Nous avons conclu, dans ce Chapitre, l'analyse du paquet énergie-climat. Ce groupe d'actes nous a permis d'apprécier concrètement l'ampleur de la politique climatique européenne, ainsi que la complexité qui dérive de la variété des secteurs impliqués.

Nous avons vu que le législateur européen a fait face à cette diversité en recourant à tous les instruments législatifs que le Traité met à sa disposition. Si le paquet en tant que tel est constitué de trois directives et d'une décision, nous avons vu que des règlements ont été ponctuellement adoptés en fonction de différentes nécessités. Si le choix de la forme de l'acte devrait être motivé par le niveau d'intégration souhaité dans le secteur régi, nous voyons que d'autres considérations ont parfois guidé le législateur européen, dans un souci de pragmatisme. Le meilleur exemple parmi ceux

⁸⁶⁴ Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Bruxelles du 8-9 mars 2007, 7224/1/07, 2/05/2007 ; Communication de la Commission : Efficacité énergétique : atteindre l'objectif de 20%, du 13/11/2008, COM(2008) 772 final.

que nous avons vu est la directive 2009/28/CE sur les sources d'énergie renouvelables et les biocarburants. Si le choix de réunir ces secteurs a été dicté par des raisons de cohérence technique, et donc d'efficacité dans la lutte contre le changement climatique, nous avons vu que les niveaux d'harmonisation imposés aux Etats pour ce qui concerne les biocarburants est bien plus important que pour la production électrique, conduisant même la Commission à qualifier l'objectif pour les biocarburants d'« *harmonisation totale* »⁸⁶⁵ et à utiliser comme base juridique pour la partie de la directive les concernant l'ex article 95 TCE (marché intérieur). Nous voyons donc que les exigences de réduction des émissions sont privilégiées aux exigences formelles du choix des actes les plus adaptés, qui auraient conduit à adopter deux actes distincts, dont une directive et un règlement. Même s'il y a une tendance croissante, également en dehors du domaine environnemental, à adopter des directives laissant peu de marge aux Etats membres quant à la forme et aux moyens à mettre en œuvre, nous pouvons voir dans le choix du législateur une expression du pragmatisme qui anime l'action climatique européenne.

Ce pragmatisme dans la recherche d'un compromis entre, d'une part, la volonté de réduire efficacement les émissions à l'échelle continentale et, d'autre part, la nécessité de laisser la plus grande autonomie aux Etats membres quant aux moyens à mettre en œuvre se retrouve dans l'ensemble du paquet, aussi bien dans l'organisation des objectifs que dans les instruments prévus. En poursuivant notre exemple de la directive 2009/28/CE, nous pouvons rattacher l'agrégation de secteurs auparavant régis par des actes distincts à une tentative de donner aux Etats membres une plus grande marge de manœuvre pour atteindre leurs objectifs. Toutefois, la nécessité stratégique de développer les biocarburants à l'échelle européenne a conduit à limiter cette marge de manœuvre par la fixation d'un objectif « rigide » pour ces derniers. La recherche d'un compromis a donc donné lieu à cette solution hybride, non seulement dans la forme mais aussi dans la fixation de deux objectifs pour deux secteurs qui se voulaient réunis. Un autre exemple est illustré par la décision n° 406/2009/CE : d'une part elle laisse complètement libres, en principe, les Etats sur les instruments à utiliser pour parvenir aux objectifs fixés à l'horizon 2020, d'autre part elle impose la trajectoire des réductions par les objectifs annuels surveillés par la Commission.

⁸⁶⁵ Proposition de directive relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables. *cit.*, p. 10.

Le pragmatisme a obligé à conserver dans le paquet énergie-climat, idéalement transversal, une approche sectorielle, la seule adaptée au niveau d'intégration actuel de l'Union. Ce constat nous conduit à une observation plus générale sur la politique climatique européenne : le paquet énergie-climat ne répond pas à la transversalité du changement climatique par la transversalité des instruments, mais plutôt par l'intégration ; la politique climatique européenne, qui est une politique nouvelle, n'est pas seulement une politique de nouveaux instruments (le SCEQE, le CCS) mais aussi et surtout une politique d'intégration de l'objectif de réduction des émissions dans les autres politiques de l'Union.

Conclusions du Titre

Nous avons commencé ce Titre en observant qu'une des caractéristiques principales de la politique climatique européenne est l'utilisation conjointe d'instruments de marché et d'instruments classiques du droit environnemental. Nous avons placé, dans un premier temps, la ligne de démarcation entre ces deux groupes d'instruments en distinguant le SCEQE du reste du paquet énergie-climat. A la lumière de notre analyse, nous pouvons reconsidérer cette distinction.

Nous avons vu que la logique des mécanismes de marché ne peut pas être réduite au SCEQE. En effet, l'idée qu'un objectif globalement fixé puisse être atteint de manière plus efficace si les opérateurs peuvent moduler leurs objectifs respectifs en fonction de leurs possibilités en échangeant entre eux des quotas ou crédits a été étendue à tous les objectifs du paquet énergie-climat. Nous pouvons voir dans cette extension un résultat de l'apprentissage par la pratique et de la transmission des expériences acquises d'un instrument à l'autre. D'ailleurs, dans des actes comme la directive sur les énergies renouvelables ou la décision pour les secteurs hors SCEQE, le législateur fixe pour ces mécanismes des limites bien précises, ce qui illustre une prise de conscience claire des possibilités et des risques associés à chacun.

La distinction entre le SCEQE et les autres instruments du paquet énergie-climat ne peut donc s'établir en fonction de la présence ou de l'absence de mécanismes de marché, mais demande une analyse plus approfondie. La véritable différence se situe au niveau des acteurs concernés par le marché. Dans le paquet énergie-climat, à l'exception du SCEQE, le marché est instauré entre les Etats membres : comme dans les mécanismes flexibles du Protocole de Kyoto, les Etats ont des objectifs contraignants – de réduction des émissions ou autres – et adoptent, pour parvenir à ces objectifs, des instruments divers qui s'appliquent aux émetteurs nationaux. Si un Etat souhaite modifier son objectif, il peut le faire par des échanges avec d'autres Etats. Avec le SCEQE, au contraire, l'opérateur du marché est l'installation directement responsable des émissions : le simple recours au SCEQE permet ainsi de réduire les émissions, sans l'adoption de nouvelles mesures de la part des Etats. Alors que les autres actes du paquet énergie-climat fixent des objectifs européens mais demandent des instruments nationaux (adoption de nouveaux instruments ou mise en œuvre d'actes européens), le SCEQE est véritablement un instrument européen. Si le

SCEQE des deux premières phases maintenait un rôle des Etats dans la fixation du plafond des quotas, et dépendait donc encore entièrement des choix nationaux, lors de la troisième phase ce rôle a été centralisé. Les Etats restent uniquement en charge de l'allocation à titre gratuit, qui a vocation à disparaître⁸⁶⁶.

Par rapport aux autres instruments qui peuvent être qualifiés d'« européens », dans la mesure où ils n'exigent pas l'adoption ultérieure d'instruments étatiques pour réduire effectivement les émissions, tel le règlement sur les émissions des voitures particulières neuves, le SCEQE a une spécificité qui justifie sa qualification de « pierre angulaire » de la politique climatique européenne : il est un instrument constitutivement transversal. Le SCEQE est destiné à s'étendre non seulement à plusieurs GES, mais aussi à un nombre croissant de secteurs d'activités.

Au-delà des distinctions entre les actes du paquet énergie-climat que nous venons de souligner, le paquet considéré dans son ensemble reste le noyau de la politique climatique européenne. De ce point de vue, il est important de souligner comment, tout au long de ce Titre, nous avons observé une recherche constante d'équilibre entre secteurs, entre compétences de l'Union européenne et compétences des Etats membres dans la mise en œuvre, et entre action intérieure et rapports avec les Etats tiers. En ce qui concerne l'équilibre entre secteurs, il nous suffit de rappeler la directive sur les énergies renouvelables, qui réunit dans un même cadre production d'électricité et transports ; l'équilibre entre compétences est très bien illustré par la dynamique de centralisation progressive du SCEQE, mais des processus similaires peuvent être identifiés pour tous les instruments ; quant à la dimension extérieure, elle ne peut jamais être ignorée dans le domaine de la lutte contre le changement climatique : si le SCEQE est la conséquence directe de l'introduction des mécanismes de marché dans le Protocole de Kyoto, le paquet énergie-climat a été adopté comme « carte de visite » de l'UE à Copenhague. Dans le prochain Titre, nous analyserons les instruments qui sont à la disposition de l'UE pour parvenir à ces équilibres.

⁸⁶⁶ Evidemment, les Etats doivent transposer la Directive dans leurs droits nationaux et peuvent, en principe, élargir le champ d'application du SCEQE à d'autres secteurs et gaz. Cependant, aucun Etat membre n'a pour l'instant effectué un tel choix.

TITRE 2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE CLIMATIQUE EUROPEENNE A L'ÉPREUVE DE LA TRANSVERSALITE ET DE LA GLOBALITE

Maintenant que nous avons examiné les instruments du paquet énergie-climat, nous pouvons aborder la question que nous nous sommes posée au début de cette Partie : quels mécanismes l'Union européenne peut-elle utiliser dans la mise en œuvre de sa politique pour faire face à la transversalité et à la globalité du changement climatique ?

Nous avons vu que le principal problème posé par la transversalité au niveau de la politique climatique est celui de la coordination : entre politiques, entre instruments et entre institutions européennes et nationales. Par exemple, nous pouvons rappeler l'objectif « 20-20-20 en 2020 » : malgré son apparente simplicité, il rassemble des finalités qui se recouvrent partiellement. Les 20% d'énergie renouvelables et d'augmentation de l'efficacité énergétique contribuent, dans une partie non négligeable mais difficilement quantifiable *a priori*, à l'objectif de réduction des émissions de 20%. Ces mêmes objectifs, plurisectoriels, demandent une coordination forte entre instruments : le SCEQE se limite, pour des raisons pratiques, à un nombre limité de secteurs, d'autres étant couverts par la décision n° 406/2009. Les deux instruments, *a priori* autonomes, ont pour objectif unique de réduire le total des émissions de 20%. Pour atteindre cet objectif, et cela de manière efficace, ils doivent être, dans la pratique, strictement coordonnés dans leur mise en œuvre. Au-delà de la nécessité de coordination dérivant de la plurisectorialité de la politique climatique, d'autres facteurs déterminent la complexité de son système d'exécution : notamment, les secteurs concernés par cette politique sont souvent sensibles dans la mesure où ils touchent des intérêts nationaux forts (énergie, industrie automobile,...). Nous avons vu dans le Titre 1 que pour ces secteurs la coordination entre action étatique et européenne est particulièrement délicate.

S'agissant de la globalité, nous avons vu depuis le début de cette thèse que l'Union utilise ses mesures internes pour alimenter son action internationale. La politique de l'exemplarité des premières négociations climatiques a cependant connu au cours de ces dernières années des revers importants, en obligeant l'UE à l'adapter au contexte

international en mutation et à trouver des solutions nouvelles pour étendre son action à l'extérieur de ses frontières.

En reprenant l'organisation que nous avons déjà utilisée dans le second Titre de la première Partie à propos du système d'attribution des compétences, nous examinerons la question de la mise en œuvre selon une perspective d'abord interne, puis externe. Dans le Chapitre 7 nous nous intéresserons aux mécanismes à la disposition de l'UE pour coordonner sa politique climatique ; dans le Chapitre 8 nous reviendrons sur la notion d'exemplarité pour comprendre comment l'Union utilise aujourd'hui ses mesures internes dans sa politique climatique externe.

Chapitre 7. Des mécanismes complexes de coordination

L'analyse du paquet énergie-climat que nous avons développée dans le Titre précédent nous a montré que la construction de la gouvernance climatique européenne s'articule autour de deux enjeux principaux : la recherche d'un équilibre efficace entre centralisation et décentralisation - et donc entre mise en œuvre étatique et mise en œuvre européenne - et l'utilisation d'instruments différents pour parvenir à un objectif unique. Ce dernier enjeu est d'autant plus important que le paquet énergie-climat n'est qu'une des composantes de la stratégie climatique de l'Union, stratégie qui concerne de nombreuses politiques, dont certaines ressortent de la compétence européenne, d'autres de la compétence étatique. Encore une fois, nous sommes confrontés à la question de savoir comment le fonctionnement de l'Union permet de coordonner ces différents acteurs et mécanismes : les institutions européennes et les Etats membres, les instruments, les politiques. Notre analyse de la mise en œuvre de la politique climatique se concentrera donc sur la question de la coordination.

Tout en gardant comme perspective l'étude de la construction d'une politique climatique européenne, nous remarquons qu'elle peut fournir des éléments intéressants pour la réflexion sur l'évolution du droit administratif européen. En effet, la politique climatique constitue un exemple de la logique d'abandon de la dichotomie « administration directe » et « indirecte », en faveur d'une convergence vers des mécanismes de mise en œuvre fondés sur une coopération intense entre autorités étatiques et européennes, mécanismes complexes et par conséquent difficiles à inscrire dans une répartition binaire⁸⁶⁷. L'intérêt de la lutte contre le changement climatique dans ce contexte est renforcé par l'ampleur du domaine, qui permet d'observer la mise en œuvre non seulement d'une mesure au sein d'un secteur précis, mais d'un ensemble de dispositions, d'instruments et de politiques très important. Cette diversité permet d'apprécier toute la variété des mécanismes de la mise en œuvre européenne.

C'est donc dans la triple dimension de coordination entre Etats membres et Union européenne, entre instruments et entre politiques, que nous analysons les mécanismes

⁸⁶⁷ Edoardo CHITI, « The administrative implementation of European Union Law: a taxonomy of its implications », in Herwig HOFMANN, Alexander TURK, *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, p. 9 ss.

de mise en œuvre de la politique européenne de lutte contre le changement climatique. Trois mécanismes en particulier nous permettent d'éclairer au mieux l'enjeu de la coordination : le recours à la comitologie (section 1), l'action des agences européennes et l'utilisation de la méthode ouverte de coordination (section 2). L'analyse de la comitologie se limitera à la mise en œuvre du paquet énergie-climat, tandis que pour l'étude des agences et de la méthode ouverte de coordination nous adopterons une vision plus large qui concernera l'ensemble de la politique climatique européenne.

Section 1 : La comitologie dans le paquet énergie-climat

La naissance de la comitologie est liée au fait que, en règle générale, l'exécution du droit de l'Union européenne relève de la compétence des Etats membres. Cependant, au cours des années, l'opportunité de confier l'exécution de certains actes à la Commission a conduit au développement de ce mécanisme⁸⁶⁸. Dans ce cadre, la Commission adopte des actes d'exécution, mais est assistée dans cette tâche par des comités composés de représentants des Etats membres. Les procédures de comitologie, qui se sont constituées au fil du temps et qui n'ont été reconnues que tardivement par l'Acte Unique Européen, représentent une solution pragmatique au problème des actes qui se situent à la frontière du législatif et de l'exécutif⁸⁶⁹.

La doctrine fournit deux interprétations principales du rôle de la comitologie⁸⁷⁰. Dans la première, elle est considérée comme une forme de contrôle de la part des Etats membres de l'action exécutive de la Commission. Selon cette interprétation, les Etats se voient obligés, par les nécessités contingentes, de déléguer la mise en œuvre à un agent supranational, la Commission, mais souhaitent conserver leurs prérogatives en exprimant leur position et en exerçant un contrôle plus ou moins fort sur les décisions. Selon la seconde interprétation, les comités constituent non pas un instrument de surveillance, mais plutôt des *fora* de discussions entre experts, permettant de trouver des solutions efficaces aux problèmes posés par la mise en œuvre. La première interprétation a permis pendant de longues années d'inscrire la

⁸⁶⁸ Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, Second edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 113.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 109-110.

⁸⁷⁰ Pour une analyse des fonctions des comités et de leurs interprétations, voir, *inter alia* : Mario SAVINO, *I comitati dell'Unione Europea, la collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Giuffrè editore, Milano, 2005, pp. 161 ss.

comitologie dans le cadre des formes d'administration directe du droit européen. La seconde se situe dans la droite ligne du dépassement de la distinction rigide entre administration directe et indirecte pour considérer la comitologie comme un instrument de co-administration.

Ces deux interprétations ne s'excluent pas réciproquement car la fonction de contrôle et celle de lieu de discussions coexistent, comme nous le verrons, dans la plupart des cas où l'on a recours à la comitologie. Nous ne chercherons pas, par conséquent, à séparer nettement ces deux lectures, même si à certains moments de notre analyse l'une ou l'autre pourra être plus présente. Notre propos consistera à examiner comment la comitologie constitue un nœud fondamental dans la trame de l'action climatique européenne, ce qui nous conduira à analyser d'abord son rôle de coordination entre Etats membres et Commission, puis entre instruments et politiques.

Dans le Titre I, nous avons constaté que la tension entre centralisation et décentralisation constitue un élément clé des actes du paquet énergie-climat. Nous allons donc reprendre dans la sous-section 1 cette dynamique pour illustrer la coordination, que nous pouvons qualifier de « verticale », entre Etats et Union. La fonction de *fora* d'experts jouée par certains comités sera au centre de la sous-section 2 sur la coordination « horizontale » des instruments et politiques.

Sous-section 1 : la coordination « verticale »

Dans cette sous-section nous considérerons les actes de mise en œuvre comme un indicateur d'une plus forte ou plus faible centralisation des différents aspects du paquet énergie-climat. L'introduction par le Traité de Lisbonne de la distinction entre actes délégués et actes d'exécution nous conduit à intégrer cette classification dans notre analyse. Nous commencerons par présenter ces deux types d'actes, en incluant, pour les actes d'exécution, les différentes procédures de comitologie (A). Puis, nous passerons en revue les actes adoptés dans le cadre de la mise en œuvre du paquet énergie-climat jusqu'en 2014, afin d'examiner l'équilibre entre Commission et Etats membres (B).

A. La comitologie comme indicateur du niveau de centralisation

Le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne distingue, parmi les actes non législatifs, les actes délégués (art. 290 TFUE) et les actes d'exécution (art. 291 TFUE). Les premiers sont adoptés par la seule Commission européenne, tandis que pour les seconds la Commission est assistée par des comités selon les procédures de comitologie. La distinction entre les deux types d'actes fait l'objet d'un vif débat au sein de la doctrine, qui s'est enrichi suite aux arrêts récents de la Cour de Justice de l'UE⁸⁷¹. Nous tenterons ici de comprendre les équilibres entre Etats membres et Commission européenne. Ces équilibres sont déterminés par la distinction entre actes délégués et actes d'exécution d'une part (A1), et par les différentes procédures de comitologie de l'autre (A2).

A.1. Les actes délégués

L'innovation principale introduite par la nouvelle classification des actes issue du Traité de Lisbonne est la création des actes délégués. Ce sont des « *actes de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif* » (art. 290(1) TFUE), adoptés par la Commission européenne. Les actes d'exécution se situent au contraire dans la continuité de la pratique de la comitologie. Le Traité de Lisbonne, en établissant *via* les actes délégués des instruments de mise en œuvre dont l'adoption revient à la Commission, ce qui n'existait pas auparavant, a créé un support pour une centralisation des actes secondaires.

La centralisation réalisée au profit de la Commission par le recours aux actes délégués ne dépend pas seulement de l'absence des comités de comitologie dans leur adoption, mais aussi de la forme donnée au contrôle que le Conseil et le Parlement européen peuvent exercer sur l'action de la Commission. Ce contrôle ne peut pas intervenir sur l'élaboration de l'acte, mais seulement *ex ante* et *ex post*. *Ex ante*, dans la mesure où la compétence pour adopter les actes délégués est attribuée à la Commission par l'acte législatif, qui fixe « *explicitement les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir* » (art. 290(1) TFUE). *Ex post*, sous la forme d'un pouvoir de révoquer la délégation ou d'un veto sur l'acte (art. 290(2)

⁸⁷¹ CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-355/10, *Rec. général*. CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, *Rec. général*.

TFUE). Selon Paul CRAIG, ces formes de contrôle ne constituent pas une limitation de la centralisation, et cela pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, parce que le contrôle *ex post* est facultatif, dans la mesure où il doit être expressément établi dans l'acte législatif déléguant. L'article 290(2) TFUE prévoit en effet que les actes doivent fixer explicitement les conditions de la délégation, qui « peuvent » être celles que nous avons mentionnées. La version anglaise du Traité est encore plus ambiguë sur la nécessité de fixer des conditions au sein de l'acte législatif⁸⁷².

Ensuite, Paul CRAIG remarque que, généralement, la portée réelle d'un acte, parfois d'une grande technicité, se manifeste seulement au moment même de sa rédaction. Il existe donc une difficulté d'ordre pratique s'agissant de l'exercice du contrôle *ex ante* établi par l'article 290(1) TFUE, dans la mesure où la détermination dans l'acte législatif des éléments non essentiels qui peuvent être délégués à la Commission ne peut pas être réalisée avec une certitude absolue.

Enfin, la limitation du contrôle *ex post* à la seule possibilité d'un veto, sans pouvoir participer à la rédaction de l'acte, demande aux contrôleurs une compréhension technique suffisante pour pouvoir apprécier la portée des dispositions de l'acte. L'importance réelle des détails techniques et la difficulté pour l'ensemble des contrôleurs de disposer d'une expertise dans des secteurs hautement spécialisés – à l'origine, par ailleurs, de la création de la comitologie – limite donc la portée effective du pouvoir de contrôle.

Lorsque nous analyserons la mise en œuvre du paquet énergie-climat, nous pourrons donc considérer que le recours aux actes délégués constitue le plus haut niveau de centralisation.

A.2. Les actes d'exécution et la comitologie

Les actes d'exécution sont adoptés par la Commission qui est assistée de comités composés de représentants des Etats membres. Ils sont destinés à mettre en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union « *lorsque des conditions uniformes d'exécution* » sont nécessaires (art. 291(2) TFUE). En prévoyant ce type d'actes, le

⁸⁷² La version en anglais du Traité établi en effet que « Legislative acts *shall* explicitly lay down the conditions to which the delegation is subject ». La version en français est : « Les actes législatifs fixent explicitement les conditions auxquelles la délégation est soumise ».

Traité de Lisbonne se situe dans la continuité de la pratique antérieure : même si l'appellation « actes d'exécution » est nouvelle, la possibilité pour la Commission d'adopter des actes de mise en œuvre avec l'assistance de comités était déjà prévue dans les Traités européens depuis l'Acte Unique. Au moment de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, quatre procédures de comitologie étaient prévues et elles étaient contenues dans les décisions 87/373/CEE⁸⁷³ et 1999/468/CE⁸⁷⁴, telles que modifiées et complétées par la décision 2006/512/CE⁸⁷⁵. En 2011, conformément à la lettre de l'article 291(3) TFUE, le Conseil et le Parlement ont adopté un règlement modifiant les procédures existantes⁸⁷⁶. Nous analysons ici brièvement les différentes procédures, avant et après l'adoption du règlement n° 182/2011, afin de déterminer le niveau de centralisation qu'elles impliquent.

Les décisions de 1999 et de 2006 prévoyaient quatre procédures de comitologie, dont trois concernent le paquet énergie-climat : la procédure consultative, la procédure de réglementation et la procédure de réglementation avec contrôle⁸⁷⁷.

La procédure consultative était la procédure principale, conformément à l'article 2 de la décision de 1999. Cette procédure était celle qui laissait le plus d'autonomie à la Commission, qui disposait d'un pouvoir d'exécution *de facto* complet. Même si la consultation du comité préposé était obligatoire, la Commission restait libre d'adopter l'acte d'exécution qu'elle estimait opportun, indépendamment de l'avis exprimé par le comité.

La procédure de réglementation était plus complexe. Comme pour les autres, le comité préposé devait formuler un avis sur une proposition soumise par la Commission. Si le comité n'exprimait pas d'avis ou exprimait un avis négatif, le Conseil était saisi⁸⁷⁸. A partir de 1999, le Parlement était aussi informé de la

⁸⁷³ Décision 87/373/CEE du Conseil du 13 juillet 1987 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JO L 197* du 18/07/1987, p. 33–35.

⁸⁷⁴ Décision 1999/468/CE du Conseil, du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JO L 184* du 17/07/1999, p. 23–26.

⁸⁷⁵ Décision 2006/512/CE du Conseil du 17 juillet 2006 modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JO L 200* du 22/07/2006, p. 11–13.

⁸⁷⁶ Règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les Etats membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *JO L 055* du 28/02/2011, p. 13–18. Ce Règlement est entré en vigueur le 1^{er} mars 2011, conformément à son article 16.

⁸⁷⁷ A ces trois procédures s'ajoutait la procédure de gestion, qui ne fait pas l'objet de notre étude car son utilisation dans le paquet énergie-climat est extrêmement limitée, ayant conduit à l'adoption d'un seul acte.

⁸⁷⁸ La procédure de réglementation a subi plusieurs modifications au fil des années. Avant l'entrée en vigueur de la décision cadre de 1999, en effet, deux variantes étaient prévues. La première, connue sous le nom de « filet », relevait du cas où le Conseil ne parvenait pas à une décision à la majorité qualifiée dans un délai de 3 mois. Dans ce cas la Commission acquérait à nouveau le pouvoir de décision. La deuxième variante était celle dite du « contre-filet », plus complexe. Si le Conseil ne

procédure et pouvait faire connaître sa position au Conseil. Si le Conseil rejetait la proposition à la majorité qualifiée, la Commission était obligée de réexaminer le projet. Dans les autres cas (approbation ou absence de décision), la Commission pouvait adopter sa proposition.

La procédure de réglementation avec contrôle était une variante de la procédure précédente. Elle a été prévue par la décision de 2006 dans un souci d'attribuer davantage de pouvoir au Parlement européen. L'utilisation de cette procédure était expressément prévue en cas d'adoption d'actes ayant une nature « quasi législative », ce qui se traduisait par trois conditions qui devaient être remplies : l'acte de base avait été adopté selon la procédure de codécision ; l'acte soumis à la procédure de réglementation avec contrôle modifiait seulement les éléments non essentiels de l'acte de base ; la mesure avait une portée générale. Quand l'avis du comité compétent était positif, cette procédure prévoyait un droit de veto de la part du Conseil et du Parlement, pouvant être exercé si la mesure excédait les compétences d'exécution conférées par le Conseil à la Commission, si la proposition n'était pas compatible avec l'objectif ou le contenu de l'acte de base ou si la proposition violait les principes de subsidiarité et de proportionnalité. En cas d'avis négatif ou d'absence d'avis du comité préposé, le Conseil pouvait bloquer ou adopter l'acte d'exécution, sauf avis négatif du Parlement européen.

Dans la droite ligne des nouveautés introduites par le Traité de Lisbonne concernant la classification des actes, le règlement n° 182/2011 a modifié les procédures de la comitologie, en prévoyant deux procédures principales : la procédure consultative et la procédure d'examen. La première se situe dans la continuité de la décision de 1999 et la Commission reste libre de suivre ou non l'avis du comité, tout en tenant « le plus grand compte » de cet avis (art. 4(2) règlement n° 182/2011). S'agissant de la procédure d'examen, si le comité préposé n'émet pas d'avis ou adopte un avis favorable, la Commission peut adopter l'acte, tandis qu'en cas d'avis négatif exprimé à la majorité qualifiée, la Commission ne peut pas l'adopter. Dans les deux procédures, l'intervention du Parlement européen et du Conseil a disparu, les deux institutions conservant seulement un « *droit de regard* » dans le cas où l'acte de base est adopté selon la procédure législative ordinaire (art. 11 règlement n° 182/2011).

parvenait pas à une décision à la majorité qualifiée dans le délai prévu mais on comptait une majorité simple d'Etats en opposition au projet de la Commission, la Commission ne pouvait pas adopter la décision. Cette deuxième variante portait

Pour l'analyse des mesures d'exécution du paquet énergie-climat, la prise en compte des mesures transitoires prévues par le règlement de 2011 pour régir les actes de base adoptés avant le règlement est nécessaire. Si l'acte de base prévoyait le recours à la procédure consultative, cette procédure continuera à être utilisée (art. 13(1), lettre a). Si l'acte de base faisait référence à la procédure de réglementation, la procédure d'examen est désormais utilisée. Si la procédure de réglementation avec contrôle était prévue, cette procédure sera maintenue, conformément à l'article 12, troisième alinéa du règlement. Cette dernière procédure a cependant vocation à disparaître avec l'adoption de nouveaux actes législatifs, et sera remplacée par l'adoption d'actes délégués.

Les actes d'exécution du paquet énergie-climat peuvent être analysés en fonction du niveau de centralisation déterminé par la procédure de comitologie imposée, en prenant ainsi en compte le rôle de la Commission et les limites qui peuvent lui être imposées par les Etats membres réunis dans les comités. La procédure consultative représente certainement le degré de centralisation le plus élevé, la Commission ayant dans ce cas une marge de manœuvre très importante. Quant aux deux versions des procédures de réglementation, la procédure « simple » et la procédure « avec contrôle », elles représentent deux niveaux croissants de limitation du pouvoir d'exécution de la Commission. Si dans la première l'adoption de l'acte était soumis à la décision du Conseil dans les seuls cas d'avis négatif ou d'absence d'avis du comité préposé, dans la seconde le Conseil et le Parlement s'exprimaient aussi en cas d'avis favorable du comité : le contrôle sur l'action de la Commission était ainsi étendu. Toutefois, dans une logique d'identification du niveau de centralisation ou de décentralisation associé aux procédures, il est nécessaire de rappeler que l'avis du comité – et donc des représentants des Etats membres – a un poids moindre dans le cas de la réglementation avec contrôle : le Conseil et le Parlement, des institutions européennes, sont en effet appelés à se prononcer également en cas d'avis favorable du comité. Par conséquent, la réglementation avec contrôle peut être considérée comme plus centralisée que la réglementation « simple », bien que la marge de manœuvre de la Commission y soit plus limitée. La procédure d'examen, qui succède à la procédure de réglementation, maintient un rôle essentiel pour les Etats membres

ainsi à la paralysie du système.

réunis au sein du comité, en conservant ainsi un niveau comparable de centralisation par rapport à son prédécesseur.

Dans notre grille de lecture des actes non législatifs, le niveau de centralisation de la mise en œuvre se décline alors entre un degré maximal associé aux actes délégués, suivis par la procédure consultative, et un niveau minimal représenté par la procédure de réglementation et la procédure d'examen qui lui succède. Entre ces deux niveaux, nous trouvons la procédure de réglementation avec contrôle. Cette lecture n'est cependant pas la seule possible, une variante intéressante étant, par exemple, de prendre en compte les équilibres interinstitutionnels⁸⁷⁹. Toutefois, cet ordonnancement en fonction du niveau de centralisation est cohérent avec la perspective que nous avons adoptée tout au long de cette thèse, depuis les Chapitres 3 et 4 sur la répartition des compétences entre UE et Etats membres dans le domaine du changement climatique.

B. Le niveau de centralisation du paquet énergie-climat

Grâce à la grille de lecture que nous avons constituée dans le paragraphe précédent, nous pouvons maintenant examiner les actes que la Commission a adoptés pour mettre en œuvre le paquet énergie-climat.

A l'adoption de la directive 2009/28 sur les énergies renouvelables et les biocarburants ont suivi un grand nombre d'actes de mise en œuvre de la part de la Commission européenne. Les lignes guide que les Etats doivent suivre dans l'établissement des plans nationaux⁸⁸⁰ ou pour le calcul d'aspects hautement techniques tels que ceux relatifs à la part d'énergie renouvelable produite à partir des pompes de chaleur⁸⁸¹ ont fait l'objet d'actes délégués. Les informations techniques que les opérateurs économiques doivent transmettre aux Etats membres ou la

⁸⁷⁹ Par exemple, sur le rôle du Parlement européen dans les procédures de comitologie voir, *inter alia* : Michael KAEDING et Alan HARDACRE, « The European Parliament and the Future of Comitology after Lisbon », *European Law Journal*, Vol. 19, no. 3, May 2013, pp. 382–403.

⁸⁸⁰ Décision 2009/548/CE de la Commission du 30 juin 2009 établissant un modèle pour les plans d'action nationaux en matière d'énergies renouvelables conformément à la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 182* du 15/07/2009, p. 33–62.

⁸⁸¹ Décision 2013/114/UE de la Commission du 1er mars 2013 établissant les lignes directrices relatives au calcul, par les Etats membres, de la part d'énergie renouvelable produite à partir des pompes à chaleur pour les différentes technologies de pompes à chaleur conformément à l'article 5 de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 62* du 6/03/2013, p. 27–35. Mais aussi la décision 2010/335/UE de la Commission du 10 juin 2010 relative aux lignes directrices pour le calcul des stocks de carbone dans les sols aux fins de l'annexe V de la directive 2009/28/CE, *JO L 151* du 17/06/2010, p. 19–41.

reconnaissance des critères de durabilité⁸⁸² que les carburants doivent remplir pour être pris en compte parmi les sources d'énergie renouvelables⁸⁸³ ont fait l'objet d'actes d'exécution adoptés par la Commission avec l'assistance des comités, en suivant la procédure consultative. Dans tous les cas, le niveau de centralisation choisi pour la mise en œuvre de cette directive est élevé. En ce qui concerne l'objet des actes délégués, en fournissant aux Etats membres un modèle pour les plans nationaux contenant les exigences minimales établies par la directive, la Commission s'est assurée que tous les Etats membres élaborent des plans comparables, établis selon une procédure commune. Ce choix peut s'inscrire dans la continuité de l'expérience acquise avec les Plans Nationaux d'Allocation du SCEQE des deux premières périodes. En effet, nous avons vu que l'élaboration de ces plans en conformité avec les critères de la directive 2003/87/CE avait été extrêmement difficile pour les Etats membres en l'absence d'un modèle commun (Chapitre 5). Cette expérience préalable explique donc le choix d'un niveau de centralisation important.

La nécessité d'assurer la comparabilité des actions nationales peut également constituer un argument pour l'adoption d'actes délégués dans le cadre des lignes directrices pour le calcul d'aspects hautement techniques. En effet, une uniformité des méthodes est indispensable pour ces calculs. En outre, pour ces aspects techniques, l'absence éventuelle d'expertise auprès de chaque Etat membre pourrait produire des incohérences parmi les chiffres fournis par les Etats, rendant ainsi difficile une vérification des résultats des actions entreprises.

En ce qui concerne les actes d'exécution de cette directive, la majorité des actes a été adoptée par la Commission pour reconnaître les systèmes volontaires de contrôle de la durabilité des biocarburants. Ces systèmes se composent d'un ensemble de procédures proposées par des acteurs privés permettant de vérifier la conformité des biocarburants avec les critères établis par la directive. Cette reconnaissance de la part

⁸⁸² Décision 2011/13/UE de la Commission du 12 janvier 2011 concernant certains types d'information sur les biocarburants et les bioliqides à soumettre par les opérateurs économiques aux Etats membres, C(2011) 36, *JO L 9* du 13/01/2011, p. 11–12.

⁸⁸³ Voir à titre d'exemple : Décision d'exécution 2011/438/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système ISCC (International Sustainability and Carbon Certification) pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives du Parlement européen et du Conseil 2009/28/CE et 2009/30/CE, *JO L 190* du 21/07/2011 p. 79–80 ; Décision d'exécution 2011/439/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système «Bonsucro EU» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 2009/28/CE et 2009/30/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 190* du 21/07/2011 p. 81–82 ; Décision d'exécution 2011/440/UE de la Commission du 19 juillet 2011 portant reconnaissance du système «Round Table on Responsible Soy EU RED» pour l'établissement de la conformité avec les critères de durabilité des directives 2009/28/CE et 2009/30/CE du Parlement

de la Commission a concerné un nombre limité de systèmes de contrôle par rapport à ceux qui lui ont été soumis. L'utilisation de la procédure consultative permet d'associer les Etats membres à ces évaluations techniques, tout en laissant à la Commission une marge de manœuvre complète dans l'appréciation des procédures proposées. Les actes de reconnaissance des systèmes pour le contrôle des critères de durabilité ont également été adoptés en exécution de la directive 2009/30 sur les spécifications relatives à l'essence (rappelons que cette directive est l'un des actes complémentaires du paquet énergie-climat). S'agissant de la mise en œuvre de cette dernière directive, il est intéressant de remarquer que si les systèmes pour la vérification de la durabilité ont été reconnus en utilisant la procédure consultative, le règlement concernant la définition des « *critères et des zones géographiques pour les prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité* »⁸⁸⁴ a été adopté selon la procédure de réglementation avec contrôle. Cet acte concerne encore une fois les critères de durabilité et définit des zones d'exclusion pour la production de biocarburants, mais cette fois seulement à l'intérieur du territoire de l'Union. Nous constatons que pour cet acte la procédure de comitologie choisie garantit un rôle plus important aux Etats membres. En effet, l'impact de cette mesure sur l'économie et l'aménagement du territoire des Etats est important, ce qui peut justifier la volonté de ces derniers de conserver un moyen de contrôle direct sur les décisions. Par ailleurs, le seul acte d'exécution adopté pour la directive 2009/31/CE (capture et stockage du CO₂) illustre bien la même logique⁸⁸⁵ : il s'agit d'un support pour la rédaction des rapports nationaux de mise en œuvre de la directive, ce qui semble être assimilable au modèle pour les Plans de la directive énergies renouvelables. Or, dans ce dernier cas, l'établissement du modèle était caractérisé par l'utilisation de la procédure la plus centralisatrice (acte délégué), tandis qu'ici, où l'aménagement du territoire est en jeu, la procédure utilisée est la moins centralisée (réglementation).

européen et du Conseil, *JO L 190* du 21/07/2011 p. 83–84. Pour une présentation des critères de durabilité et du système de reconnaissance, voir : Commission européenne, Memo : Certification Schemes for Biofuels, Memo/11/522 du 19/07/2011.

⁸⁸⁴ Règlement (UE) n° 1307/2014 de la Commission du 8 décembre 2014 concernant la définition des critères et des zones géographiques pour les prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité aux fins de l'article 7 ter , paragraphe 3, point c), de la directive 98/70/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et de l'article 17, paragraphe 3, point c), de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, *JO L 351* du 9/12/2014, p. 3–5.

⁸⁸⁵ Décision 2011/92/UE de la Commission du 10 février 2011 établissant le questionnaire à utiliser pour le premier rapport sur la mise en œuvre de la directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative au stockage géologique du dioxyde de carbone, C(2011) 657, *JO L 37* du 11/02/2011, p. 19–24.

Le règlement n° 443/2009, concernant les émissions des voitures particulières neuves a été suivi par l'adoption de nombreux actes, notamment plusieurs actes délégués. Ces derniers portent principalement sur des questions très spécifiques, notamment sur l'approbation de différentes technologies en tant que méthodes permettant de réduire les émissions des voitures⁸⁸⁶. Au contraire, tous les aspects les plus sensibles de la mise en œuvre ont été définis en utilisant des procédures ayant un niveau de centralisation peu élevé. Même la définition des critères régissant l'approbation des technologies par la Commission a été établie selon la procédure de réglementation⁸⁸⁷. De la même manière, les dérogations⁸⁸⁸ ou les modalités de perception des compensations financières⁸⁸⁹ ont été précisées selon la procédure de réglementation avec contrôle. Le système de surveillance et rapports, qui établit un échange direct entre producteurs de voitures et Commission européenne et donne ainsi un rôle important à cette dernière, a été défini par la procédure de réglementation⁸⁹⁰. Le secteur automobile, très sensible pour certains pays mais ayant un niveau d'intégration élevé dans le marché intérieur, illustre le compromis entre la nécessité de centralisation de la mise en œuvre et la volonté de contrôle de la part des Etats membres.

Dans notre analyse du SCEQE (Chapitre 5), nous avons signalé une centralisation importante lors de la troisième phase, notamment concernant la fixation du plafond global des quotas. Nous pouvons maintenant vérifier si cette tendance qui caractérise les actes législatifs se retrouve dans les actes de mise en œuvre. Les directives 2003/87/CE et 2009/29/CE (modifiant la directive 2003/87/CE) ont été complétées par un nombre important d'actes, dont la plupart ont été adoptés après 2009. Parmi ceux-ci, on compte plusieurs actes délégués, qui concernent deux aspects principaux : l'aviation et la fixation du plafond des émissions et des modalités d'attribution des

⁸⁸⁶ Par exemple : Décision d'exécution (UE) 2015/158 de la Commission du 30 janvier 2015 relative à l'approbation de deux alternateurs à haut rendement de Robert Bosch GmbH en tant que technologies innovantes permettant de réduire les émissions de CO₂ des voitures particulières, conformément au règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 26* du 31/01/2015, p. 31–33.

⁸⁸⁷ Règlement d'exécution (UE) n° 725/2011 de la Commission du 25 juillet 2011 établissant une procédure d'approbation et de certification des technologies innovantes permettant de réduire les émissions de CO₂ des voitures particulières, conformément au règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 194* du 26/07/2011, p. 19–24.

⁸⁸⁸ Règlement (UE) n° 63/2011 de la Commission du 26 janvier 2011 établissant les modalités d'introduction d'une demande de dérogation aux objectifs d'émissions spécifiques de CO₂ conformément à l'article 11 du règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 23* du 27/01/2011, p. 16–28.

⁸⁸⁹ Décision de la Commission 2012/100/UE du 17 février 2012 relative à une méthode pour la perception des primes sur les émissions excédentaires de CO₂ par les voitures, *JO L 47* du 18/02/2012, p. 71–72.

quotas. S'agissant de l'aviation, pour laquelle le plus grand nombre d'actes délégués a été adopté, il est possible de remarquer que seuls certains aspects ont été définis en suivant la procédure des actes délégués, comme par exemple la détermination des quotas à allouer à titre gratuit aux exploitants⁸⁹¹ ou la définition pour chaque exploitant d'un Etat membre responsable au sens de la directive⁸⁹². En effet, d'autres éléments concernant l'aviation ont été mis en œuvre selon des procédures ayant un degré de centralisation plus faible, comme la procédure de réglementation⁸⁹³. Quant à la fixation du plafond, elle fait exclusivement l'objet d'actes délégués⁸⁹⁴. Nous pouvons nous interroger sur l'opportunité d'établir le montant total des émissions pour l'Union par le biais d'un acte non législatif : ce chiffre constitue en effet la clé de voute du système, et nous avons déjà montré comment le dysfonctionnement initial du SCEQE est unanimement attribué à une mauvaise fixation de cette valeur (page 321 et suivantes). Il semblerait donc peu pertinent de considérer la fixation du plafond comme un élément « non essentiel » de l'acte législatif, ce qui est une condition pour la délégation. Si le choix de recourir malgré tout à la délégation est cohérent avec la volonté de centraliser l'objectif du SCEQE et de le soustraire à la disponibilité des Etats membres, il peut paraître contraire à la lettre du Traité : cet aspect aurait probablement dû faire l'objet d'un acte législatif.

Au-delà de cet aspect fortement centralisé du SCEQE, les autres actes sont des actes d'exécution, et pour la plupart suivent des procédures faiblement centralisées, principalement la réglementation avec contrôle⁸⁹⁵. En effet, nous retrouvons un

⁸⁹⁰ Règlement (UE) n° 1014/2010 de la Commission du 10 novembre 2010 concernant la surveillance et la communication des données relatives à l'immatriculation des voitures particulières neuves en application du règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 293* du 11/11/2010, p. 15–20.

⁸⁹¹ Décision de la Commission 2011/638/UE du 26 septembre 2011 relative aux référentiels à utiliser pour allouer à titre gratuit des quotas d'émission de gaz à effet de serre aux exploitants d'aéronefs conformément à l'article 3 sexies de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 252* du 28/09/2011, p. 20–21.

⁸⁹² Par exemple : Règlement (UE) n° 815/2013 de la Commission du 27 août 2013 modifiant le règlement (UE) n° 748/2009 concernant la liste des exploitants d'aéronefs ayant exercé une activité aérienne visée à l'annexe I de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil à compter du 1^{er} janvier 2006 et précisant l'Etat membre responsable de chaque exploitant d'aéronef afin de tenir compte de l'adhésion de la Croatie à l'Union européenne, *JO L 236* du 4/09/2013, p. 1–188.

⁸⁹³ Par exemple : Décision de la Commission 2009/450/CE du 8 juin 2009 relative à l'interprétation précise des activités aériennes visées à l'annexe I de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 149* du 12/06/2009, p. 69–72.

⁸⁹⁴ Décision de la Commission 2010/384/UE du 9 juillet 2010 relative à la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de la Communauté pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne, *JO L 175* du 10/07/2010, p. 36–37, et Décision 2010/634/UE de la Commission du 22 octobre 2010 adoptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE, *JO L 279*, 23/10/2010, p. 34–35. La modification de la première décision à quelques mois de distance est attribuée à la disponibilité de nouvelles données (considérant 2).

⁸⁹⁵ La principale exception est représentée par l'utilisation de la procédure consultative dans le cas de la reconnaissance de la durabilité des carburants que nous avons déjà analysée plus haut, étant des actes en commun avec les directives 2009/28/CE et 2009/30/CE.

certain nombre de secteurs et de questions hautement sensibles pour les Etats, qui souhaitent donc maintenir un contrôle fort. Pour citer un exemple, nous pouvons prendre en considération la question des secteurs exposés aux « fuites de carbone », c'est-à-dire à la délocalisation des activités de production hors de l'UE pour éviter d'être soumises au SCEQE. Parmi les actes d'exécution prévus à ce sujet, nous pouvons en signaler un pour lequel la directive prévoit une procédure peu usuelle : selon l'article 10 bis (13) de la directive SCEQE, la Commission doit établir une liste des secteurs concernés par les « fuites », selon la procédure de réglementation avec contrôle, et cette liste doit être élaborée « après un échange de vues au sein du Conseil européen ». Mis à part l'intérêt que cette disposition pourrait avoir dans le cadre d'une analyse du rôle croissant du Conseil européen en dehors de ses attributions, elle montre comment la sensibilité d'un aspect principalement technique pour les tissus productifs étatiques a conduit à renforcer la position des Etats même au-delà de ce qui est prévu par la procédure de réglementation avec contrôle.

L'étude de la mise en œuvre du SCEQE nous montre donc que, si la fixation du plafond a bien été centralisée, peut-être même en forçant les procédures, pour le reste le niveau de centralisation reste faible. En ce qui concerne les actes adoptés pour les secteurs hors-SCEQE (en exécution de la décision 406/2009), il n'y a qu'un seul acte délégué, adaptant les quotas d'émissions maximales en fonction de l'inclusion ou de l'exclusion de certains secteurs ou installations dans le SCEQE⁸⁹⁶. Pour le reste, c'est la procédure de réglementation avec contrôle qui a été la plus utilisée, même lorsqu'il s'agissait de fixer les émissions totales par Etats⁸⁹⁷. Cet aspect, qui est centralisé pour le SCEQE, ne l'est pas au même degré pour les autres secteurs. La centralisation du plafond des émissions pour le SCEQE constitue donc une « anomalie » dans l'ensemble de la mise en œuvre du paquet énergie-climat : en règle générale, dans le SCEQE comme ailleurs, le contrôle exercé par les Etats sur l'action de la Commission est strict, et la sensibilité des activités concernées demeure la principale variable qui explique le poids attribué aux comités.

⁸⁹⁶ Décision d'exécution 2013/634/UE de la Commission du 31 octobre 2013 relative aux adaptations des allocations annuelles de quotas d'émission des États membres pour la période 2013-2020 conformément à la décision n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L* 292 du 1/11/2013, p. 19–22.

⁸⁹⁷ Décision 2013/162/UE de la Commission du 26 mars 2013 relative à la détermination des allocations annuelles de quotas d'émission des États membres pour la période 2013-2020 conformément à la décision n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil, C(2013) 1708, *JO L* 90 du 28/03/2013, p. 106–110.

Notre analyse des actes d'exécution et des actes délégués du paquet énergie-climat nous permet donc de mettre en lumière comment le besoin d'uniformité dans la mise en œuvre de la politique climatique à l'échelle européenne ne se concrétise pas par une délégation massive à la Commission, mais au contraire par une recherche d'équilibre constante entre centralisation et contrôle des Etats, mettant au centre de la coordination verticale de cette politique les comités de comitologie.

Sous-section 2 : la coordination « horizontale »

Maintenant que nous avons analysé le rôle des comités en tant que lien entre exigences étatiques et décisions centralisées, nous nous concentrons sur leur fonction de coordination des différents instruments de la politique climatique européenne. Nous allons donc cartographier les différents comités concernés pour ensuite examiner leur capacité de constituer des *fora* de discussions.

En ce qui concerne la mise en œuvre du paquet énergie-climat, quatre comités sont concernés : le comité des changements climatiques (C13600) ; le comité sur la qualité des carburants (C37800) ; le comité sur la durabilité des biocarburants et des bioliquides (C37500) et le comité sur les sources renouvelables (C37300).

Le comité changement climatique n'a pas été institué par le paquet énergie-climat, mais à l'époque de la Convention-cadre par l'article 8 de la décision 93/389/CEE pour la mise en œuvre des dispositions sur la surveillance des émissions de GES⁸⁹⁸. Au moment de l'adoption de la décision n° 2002/358/CE (qui approuve le Protocole de Kyoto au nom de la Communauté européenne) ainsi que de la directive 2003/87/CE établissant le SCEQE, le législateur européen a décidé d'associer ce comité à la Commission pour l'adoption d'actes d'exécution. Le comité bénéficiait d'une expérience de longue durée dans la lutte contre le changement climatique, ce qui constituait une ressource importante. Le nom de comité des changements climatiques lui a été attribué formellement en 2004 par l'article 9 de la décision n° 280/2004/CE.

Le comité des changements climatiques assiste la Commission européenne dans la mise en œuvre de la plupart des actes du paquet énergie-climat : la directive SCEQE,

⁸⁹⁸ Décision 93/389/CEE du Conseil, du 24 juin 1993, relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO₂ et des autres gaz à effet de serre dans la Communauté, *JO L 167* du 9/07/1993, p. 31-33.

la décision sur les secteurs hors SCEQE, la directive sur le stockage de CO₂ et le règlement sur les performances des voitures neuves. Seules la directive sur les énergies renouvelables et celle sur la qualité des carburants sont, en principe, exclues de son activité. Cette activité s'étend, cependant, à l'exécution d'autres actes législatifs qui ne font pas partie du paquet, notamment le règlement n° 510/2011 sur les normes de performance en matière d'émissions pour les véhicules utilitaires légers neufs⁸⁹⁹ et le règlement n° 525/2013 sur la surveillance des émissions de GES⁹⁰⁰. Notons que, même si la directive 2009/28/CE ne confère aucun rôle à ce comité, la décision de la Commission 2010/670/UE⁹⁰¹, sur laquelle nous reviendrons par la suite, lui attribue une fonction significative dans le financement de projets relatifs aux énergies renouvelables.

La base légale du comité sur la qualité des carburants se trouve dans la directive 2009/30/CE sur la qualité des carburants, mais il avait été créé dix ans plus tôt par la directive 1999/32/CE⁹⁰², ce qui lui donne une expérience préalable dans ce domaine. A la différence du comité précédent, celui-ci est compétent pour la mise en œuvre des seuls actes d'exécution de la directive 2009/30/CE.

Le comité sur la durabilité des biocarburants et d'autres bioliquides assiste la Commission dans la mise en œuvre de la directive 2009/28/CE sur les énergies renouvelables et les biocarburants. Nous avons vu cependant que certains actes ont été adoptés conjointement en exécution de cette dernière directive et en exécution de la directive 2009/30/CE sur la qualité des carburants, notamment les actes de reconnaissance des critères de durabilité des biocarburants. Pour ces actes, ce n'est pas le comité sur la qualité des carburants qui est en charge de la procédure, mais celui sur la durabilité des biocarburants et d'autres bioliquides. Malgré l'apparente similitude des domaines couverts par les deux comités, d'un point de vue technique

⁸⁹⁹ Règlement (UE) n° 510/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les véhicules utilitaires légers neufs dans le cadre de l'approche intégrée de l'Union visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, *JO L 145* du 31/05/2011, p. 1–18.

⁹⁰⁰ Règlement (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif à un mécanisme pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre et pour la déclaration, au niveau national et au niveau de l'Union, d'autres informations ayant trait au changement climatique et abrogeant la décision n° 280/2004/CE, *JO L 165* du 18/06/2013, p. 13–40. La décision 280/2004/CE abrogeait, à son tour, la décision 93/389/CEE.

⁹⁰¹ Décision de la Commission 2010/670/UE du 3 novembre 2010 établissant les critères et les mesures pour le financement de projets commerciaux de démonstration axés sur le captage et le stockage géologique du CO₂ sans danger pour l'environnement, ainsi que de projets de démonstration de technologies innovantes liées aux énergies renouvelables, dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté établi par la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, *JO L 290* du 6/11/2010, p. 39–48.

⁹⁰² Directive 1999/32/CE du Conseil, du 26 avril 1999, concernant une réduction de la teneur en soufre de certains combustibles liquides et modifiant la directive 93/12/CEE, *JO L 121* du 11/05/1999, p. 13–18.

les évaluations de la qualité des carburants ou de la durabilité des biocarburants sont très différentes : la qualité d'un carburant est purement liée aux caractéristiques physico-chimiques du produit, indépendamment de son origine, tandis que sa durabilité dépend surtout du lieu et des procédures de production⁹⁰³, ce qui explique que l'évaluation de la durabilité soit attribuée à un comité spécialisé créé *ad hoc*.

Le dernier comité, le comité sur les sources renouvelables, trouve aussi sa base légale dans la directive 2009/28/CE.

Chaque comité étant associé à une Direction Générale, nous pouvons examiner leur DG de rattachement : le comité changement climatique et celui sur la qualité des carburants étaient associés à la DG Environnement jusqu'à la création de la DG Action pour le climat. Les deux autres comités, créés par la directive énergies renouvelables, sont sous l'égide de la DG Energie. Ce choix peut paraître surprenant dans la mesure où le comité sur la qualité des carburants est associé à la DG Climat alors que celui sur la durabilité des biocarburants est associé à la DG Energie. Néanmoins, ce choix est intéressant pour notre analyse de la coordination entre instruments, puisque deux DG sont associées dans la mise en œuvre du paquet énergie-climat. La réorganisation de la Commission en 2014 a d'ailleurs traduit la volonté de recomposer cette dichotomie en réunissant la DG énergie et la DG climat sous un même commissaire, Miguel Arias CAÑETE. Toutefois, dans le cadre de la création des vice-présidences, a été nommé un vice-président pour l'Union de l'énergie, Maroš ŠEFČOVIC, avec des responsabilités explicites de coordination dans le domaine climatique. L'appréciation des conséquences de cette nouvelle structure reste difficile.

De cette analyse des attributions des quatre comités qui interviennent dans la mise en œuvre du paquet énergie-climat, émerge une distinction nette entre deux types de comités : des comités « techniques », ayant un haut degré de spécialisation sur des thèmes extrêmement ciblés, et un comité, celui du changement climatique, dont l'action s'étend à de nombreux domaines. Nous avons vu comment ce dernier comité est associé à la Commission pour l'exécution de quatre des six actes du paquet, et comment une décision ultérieure lui a également confié un rôle dans l'attribution de

⁹⁰³ Dr. Guido PETRUCCI, Vrije Universiteit Brussel, Department of Analytical, Environmental Geo-chemistry, *comm. pers.*, 6/1/2015.

financements pour les projets innovants en exécution de la directive énergies renouvelables. Si cet aspect peut être considéré comme accessoire dans la mise en œuvre de la directive, il constitue cependant un élément essentiel compte tenu de l'importance de l'innovation technologique dans ce secteur et du rôle primordial du financement pour la recherche et l'innovation.

Nous retrouvons une distinction entre le comité des changements climatiques et les autres en ce qui concerne leurs activités, qui peuvent être analysées grâce aux rapports que la Commission publie annuellement. Depuis l'adoption du paquet énergie-climat, nous pouvons consulter quatre rapports, de 2010 à 2013⁹⁰⁴. Le comité des changements climatiques a eu une activité très intense par rapport aux autres, tant en termes de réunions que d'actes adoptés. Il s'est réuni dix à onze fois par an, alors que les autres ne se sont réunis au plus que quatre fois (comité qualité des carburants en 2012), voire ne se sont jamais réunis en un an. A l'extrême, le comité sur les sources renouvelables ne s'est jamais réuni en quatre ans. En termes d'adoption d'actes, le comité des changements climatiques en a finalisé jusqu'à 30 en 2010, contre les 12 du comité sur la durabilité des biocarburants en 2011. Par rapport aux autres comités, dont l'activité effective est limitée et épisodique, au point que des années peuvent passer sans réunion, le comité des changements climatiques est très régulièrement sollicité.

Au sein de l'ensemble des comités concernés par la politique climatique européenne nous en identifions donc un qui, tout en restant un comité d'experts, participe à la mise en œuvre de cette politique de manière beaucoup plus transversale et active que les autres. C'est par le moyen de ce comité que la comitologie assume un rôle de coordination horizontale entre les différents instruments et politiques sectorielles. Le fait que ce groupe d'experts ait commencé ses activités il y a plus de vingt ans et que ses attributions n'ont cessé d'augmenter semble témoigner d'une reconnaissance de l'expertise accumulée plus que de la volonté de contrôle des Etats membres sur l'action de la Commission. Dans cette fonction de coordination horizontale, nous retrouvons ainsi la seconde vision de la comitologie, qui met en valeur son rôle de forum de discussions.

⁹⁰⁴ Respectivement : Commission Staff Working Document, Presentation of committee activities in 2010 by policy sectors, accompanying document to the Report from the Commission on the working of the Committees during 2010, du 12/12/2011, COM(2011) 879 final ; Commission Staff Working Document, Presentation of committee activities in 2011 by policy

Conclusions de la section

Dans cette première section nous avons présenté le rôle de la comitologie dans la mise en œuvre de la politique climatique européenne. Nous avons décomposé ce rôle selon deux fonctions de coordination : l'une verticale, entre Commission et Etats membres, l'autre horizontale, entre instruments différents. Cette lecture ne doit pas masquer la caractéristique principale de la mise en œuvre à l'aide des comités : la recherche d'une solution pragmatique permettant de faire progresser la politique climatique.

La coordination verticale exercée par les comités permet de résoudre les conflits – et les blocages qui peuvent en résulter – pouvant émerger entre les Etats et l'Union sur des aspects sensibles à l'échelle nationale et primordiaux pour l'efficacité de la politique climatique à l'échelle européenne. La coordination horizontale, que nous avons vu se matérialiser dans l'attribution à un seul comité de plusieurs instruments dans des secteurs différents, a pour objectif d'éviter que ces instruments soient mis en œuvre de manière cloisonnée, sans une vision d'ensemble des contributions respectives et des synergies possibles.

C'est dans cette vision pragmatique que la comitologie peut être interprétée comme un mécanisme de co-administration.

Nous avons également remarqué que la volonté de faire progresser la politique climatique européenne incite à étendre le pragmatisme au-delà de la comitologie. Un cas exemplaire est l'utilisation d'un acte délégué pour la fixation du plafond des émissions dans le SCEQE : l'efficacité de l'instrument a ici primé sur l'application stricte des Traités.

Section 2 : D'autres mécanismes de coordination dans la politique climatique

Afin de compléter notre panorama des mécanismes de coordination dans la mise en œuvre de la politique climatique européenne, nous allons désormais analyser les

sectors, accompanying document to the Report from the Commission on the working of the Committees during 2011, du 23/11/2012, COM(2012) 685 final.

agences européennes (sous-section 1) et la méthode ouverte de coordination (sous-section 2). Les agences jouent un rôle crucial dans la coordination entre Etats membres et Union européenne, mais aussi entre instruments et politiques. La méthode ouverte de coordination est particulièrement intéressante puisque, même si elle n'a jamais été utilisée dans le domaine climatique, elle constitue une possibilité pour l'Union d'intervenir dans des domaines qui relèvent de la compétence des Etats membres. Elle pourrait ainsi constituer un mécanisme particulièrement utile pour réaliser une mise en cohérence de l'action des Etats membres dans des secteurs où la méthode communautaire n'est pas envisageable.

Dans cette analyse, nous n'allons pas nous limiter au paquet énergie-climat, ce qui nous permettra de rappeler que la portée de la politique climatique européenne s'étend bien au-delà de ce groupe d'instruments législatifs sectoriels, certes important mais qui ne constitue pas la seule réponse européenne à la transversalité du changement climatique.

Sous-section 1 : les agences européennes

Les premières agences européennes ont été créées en 1975 et leur nombre n'a cessé de croître au fil des années⁹⁰⁵. La classification des différents types d'agences est particulièrement complexe, car elles ont des statuts, des niveaux de sophistication structurelle, des fonctions et des pouvoirs très différents⁹⁰⁶. Nous utilisons ici la distinction en deux groupes proposée par la Commission⁹⁰⁷, tout en restant conscients que cette répartition a été fortement critiquée par la doctrine⁹⁰⁸. Le premier groupe est celui des agences dites « de régulation », qui assistent les institutions européennes et

⁹⁰⁵ Les deux premières agences créées étaient : le CEDEFOP (Centre Européen pour le Développement de la Formation Professionnelle) et le EUROFOUND (Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail), créées en 1975.

⁹⁰⁶ Le Professeur Edoardo CHITI, dans un article récent, classe les agences en trois grandes familles, sur la base de leurs fonctions et des pouvoirs qui leur sont attribués pour les exercer. Ces trois familles identifiées par le Professeur CHITI sont : les agences ayant des véritables pouvoirs décisionnels ; les agences qui fournissent des consultations et une assistance technique aux institutions étatiques et nationales et, enfin, les agences en charge de coordonner des systèmes communs et responsables pour la production d'information de haut niveau dans certains secteurs spécifiques de l'action européenne. Edoardo CHITI, « European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment », *European Law Journal*, vol. 19, n° 1, January 2013, pp. 93–110. Les Professeurs Herwig HOFMANN et Alexander TÜRK ont classifié les agences de la façon suivante : agences de régulation, agences avec pouvoir décisionnel, agences de quasi-régulation et agences d'information et coordination. Herwig HOFMANN et Alexander TÜRK, *Legal Challenges in EU Administrative Law, Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, 416 p.

⁹⁰⁷ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Agences Européennes – Orientations pour l'avenir », du 11 mars 2008, COM (2009) 135 final.

⁹⁰⁸ Voir, *inter alia*, Herwig C.H. HOFMANN, Gerard C. ROWE, Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 292.

étatiques en effectuant des tâches de nature technique, scientifique et opérationnelle nécessaires pour la mise en œuvre des différentes politiques européennes. Le second est celui des agences « exécutives », qui sont en charge de la gestion d'un ou de plusieurs programmes européens.

L'activité des agences de régulation peut être inscrite dans le cadre de la co-administration, l'exécution du droit européen dont elles sont en charge étant « *axée sur l'action commune des autorités nationales et communautaires, souvent assistée par des organismes mixtes, composés par des « représentants » de deux ordres d'autorités œuvrant de concert* »⁹⁰⁹. Les agences exécutives peuvent en revanche représenter une forme particulière d'exécution directe, qui a été prévue pour la première fois par l'article 55 du règlement financier (règlement n° 165/2002)⁹¹⁰.

Les agences de régulation constituent un univers beaucoup plus varié que celui des agences exécutives, car chaque agence a une base juridique différente et jouit d'un statut, d'une structure opérationnelle et de pouvoirs extrêmement variés⁹¹¹. Les agences exécutives trouvent leur base juridique dans le règlement n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 et leurs modalités en matière de gestion ont été arrêtées par la Commission en accord avec le Parlement européen⁹¹².

Dans le domaine climatique, deux agences sont particulièrement sollicitées : l'Agence Européenne de l'Environnement (AEE), appartenant au premier type d'agences (A) ; l'Agence Exécutive pour la Compétitivité et l'Innovation (AECI), devenue récemment l'Agence Exécutive pour les Petites et Moyennes Entreprises (connue sous l'acronyme anglais EASME), faisant partie du second type (B)⁹¹³. L'analyse de ces deux agences nous permettra de mettre en évidence leur fonction de coordination verticale entre Etats membres et institutions européennes, et leur rôle dans la

⁹⁰⁹ Edoardo CHITI, « Les agences et l'administration directe dans l'Union européenne », in Jean-Bernard AUBY et Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE, *Droit Administratif Européen*, deuxième édition, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 149 ss.

⁹¹⁰ Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, *JO L 248* du 16/09/2002, p. 1-48.

⁹¹¹ La diversité et complexité des différents types d'agences que la Commission a qualifiées de régulation a fait l'objet, depuis de nombreuses années, d'étude et de systématisation. Pour une analyse de leur développement et de leur apport au processus d'intégration européenne voir, entre autres : Alexander KREHER, « Agencies in the European Community – a step towards administrative integration in Europe », *Journal of European Public Policy*, 4 : 2, 1997, p. 225-245.

⁹¹² Lettre du 16/10/2007 de Mme GRYBAUSKAITE, membre de la Commission européenne, adressée à M. BÔGE, président de la commission des budgets, DGE/ef(2007)585.

⁹¹³ A ces deux agences, on pourrait ajouter l'Agence de Coopération des Régulateurs de l'Energie (ACER), qui assiste les autorités nationales dans ce secteur. En dépit du fait que son activité peut aider la réduction des émissions de GES, nous n'analyserons pas son rôle car sa contribution est pour l'instant indirecte. L'ACER n'a en effet pas de compétences spécifiquement prévues dans le domaine.

coordination horizontale, entre instruments et politiques⁹¹⁴, tout en fournissant des éléments intéressants dans une perspective d'évolution du droit administratif européen.

A. L'Agence Européenne pour l'Environnement

L'Agence Européenne pour l'Environnement (AEE), créée en 1990, est une agence indépendante ayant la personnalité juridique⁹¹⁵. Parmi les objectifs poursuivis par l'AEE, deux d'entre eux nous intéressent dans le cadre de la mise en œuvre de la politique climatique européenne : fournir aux institutions européennes et aux Etats membres « *des informations objectives, fiables et comparables au niveau européen* » qui leur permettent d'évaluer la mise en œuvre des mesures environnementales ; fournir le « *support technique et scientifique nécessaire* »⁹¹⁶. Afin d'atteindre ces objectifs, l'AEE remplit de nombreuses fonctions, dont la collecte, le traitement et l'analyse des données ; l'établissement de programmes de durée variable (annuels ou pluriannuels) ; l'établissement de méthodes de mesure assurant la comparabilité des données environnementales ; l'assistance à la Commission dans le processus d'échange des différents types d'informations.

Pour assurer ces fonctions, l'AEE est caractérisée par un haut degré de sophistication structurelle, dont la prise en compte est essentielle pour apprécier son rôle dans la mise en œuvre de la politique climatique européenne.

L'AEE est gouvernée par un conseil d'administration et est assistée d'un comité scientifique. Le conseil d'administration est composé d'un représentant de chaque Etat membre, généralement un haut fonctionnaire du Ministère de l'Environnement, de deux représentants de la Commission européenne et de deux « *personnalités scientifiques particulièrement qualifiées dans le domaine de la protection de*

⁹¹⁴ Nous continuons à utiliser les notions de coordination verticale et horizontale dans la continuité de la section 1. Il est toutefois opportun de souligner que généralement dans le contexte des agences européennes, la notion de coordination horizontale soit plutôt associée aux relations interinstitutionnelles. Par exemple, Alexander KREHER, *op. cit.*

⁹¹⁵ L'idée de créer une agence européenne pour l'environnement avait été lancée par des membres du Parlement européen déjà en 1987 et elle avait fait l'objet d'un discours du Président de la Commission Jacques DELORS le 17 janvier 1989. Pour une étude de la naissance et évolution de l'AEE, voir : Anthony R. ZITO, « European Agencies as agents of governance and EU learning », *Journal of European Public Policy*, 16 : 8, 2009, p. 1224-1243.

⁹¹⁶ Règlement (CE) n. 401/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relatif à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, article 2. *JO L 126*, 21/05/2009, p. 13-22. Ce règlement a codifié le règlement (CEE) n° 1210/90 du Conseil du 7 mai 1990 relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, *JO L 120* du 11/05/1990, p. 1-6, qui avait subi des nombreuses modifications au fil des années.

l'environnement »⁹¹⁷ désignées par le Parlement européen. Le comité scientifique est composé au maximum de vingt « *membres particulièrement qualifiés dans le domaine de l'environnement* »⁹¹⁸, provenant généralement des universités et des instituts de recherche des Etats membres. Parmi ses fonctions principales, le comité scientifique doit émettre un avis sur le programme pluriannuel et sur les programmes annuels, adoptés par le conseil d'administration. Dans ces programmes, structurés en plusieurs « thèmes », le changement climatique occupe un rôle de premier plan, et cela dans deux types de thèmes différents : les thèmes strictement environnementaux et les thèmes transversaux. En ce qui concerne le premier type de thèmes, le changement climatique est surtout pris en compte sous l'angle des politiques de réduction des émissions de GES, tandis que pour les thèmes transversaux, il apparaît avant tout sous l'angle de ses conséquences, et donc particulièrement en prenant en compte les politiques d'adaptation.

Pour parvenir aux objectifs établis dans les programmes annuels et pluriannuels, l'Agence est structurée en huit programmes distincts, classés en trois catégories : programmes opérationnels, programmes de support aux groupes opérationnels et programmes de service. L'importance du changement climatique au sein des missions de l'AEE est illustrée par le fait que l'un des programmes opérationnels est entièrement dédié à l'air et au changement climatique. Ce groupe est à son tour organisé en trois sous-groupes dont tous s'occupent, d'une manière plus ou moins importante, de l'action climatique. Parmi les programmes de support, il faut signaler le Système de Partage d'Informations sur l'Environnement, connu sous son acronyme anglais SEIS. Ce groupe a été mis en place par une communication de la Commission de 2008⁹¹⁹, afin de « *moderniser et simplifier la collecte, l'échange et l'utilisation des données et informations nécessaires à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique environnementale* ». Ce groupe fournit les lignes directrices que les institutions étatiques et européennes doivent suivre en matière d'échange d'informations environnementales, ce qui est, comme nous l'avons vu, un aspect fondamental de la mise en œuvre du paquet énergie-climat.

⁹¹⁷ Règlement (CE) n. 401/2009, *cit.*, article 8((1)). A ces membres, il est nécessaire d'ajouter les représentants des autres Etats qui, même sans appartenir à l'Union européenne, participent à l'Agence (i.e. l'Islande, le Lichtenstein, la Norvège, la Suisse et la Turquie).

⁹¹⁸ Art. 10 du règlement (CE) n° 401/2009 régissant le fonctionnement de l'Agence.

L'importance de l'activité de collecte, de traitement et d'analyse des données a conduit à attribuer à l'AEE, en coopération avec les Etats membres⁹²⁰, l'établissement et la coordination du Réseau Européen d'Information et d'Observation pour l'Environnement, connu sous son acronyme anglais Eionet. Ce réseau a pour objectif principal d'alimenter l'échange d'informations et de pratiques parmi les Etats membres et les institutions européennes. L'efficacité d'Eionet est principalement assurée par sa structure en « toile d'araignée », construite autour de trois nœuds : les six centres thématiques européens, les points focaux nationaux et les principaux éléments composant les réseaux nationaux (art. 4 du règlement de 2009). Au début de 2015, 555 organisations faisaient partie d'Eionet. Les centres thématiques facilitent la collecte de données et d'informations dans tous les Etats membres et les transmettent à l'Agence et à l'Eionet. Encore une fois, l'importance accordée par l'AEE au changement climatique est illustrée par le fait que deux des six centres thématiques européens sont dédiés à ce thème : l'un s'occupe des questions de pollution de l'air et d'atténuation du changement climatique, l'autre d'adaptation.

La description sommaire que nous avons faite de l'organisation de l'AEE met en lumière une structure complexe, stratifiée et ramifiée. Cela permet à l'Agence d'accomplir ses fonctions de raccordement du travail des différentes administrations et institutions nationales et européennes. Elle peut ainsi non seulement poursuivre la collecte, le traitement et l'analyse des données environnementales dans les différents secteurs, mais aussi surveiller la réalisation des objectifs fixés au niveau européen ou international⁹²¹. Ce rôle de suivi du bon fonctionnement du système donne souvent lieu à la publication de rapports d'analyse des acquis et des limites de la mise en œuvre des différentes mesures. Cette fonction est particulièrement précieuse pour l'évolution de la politique climatique européenne, comme cela a été le cas pour la réforme du SCEQE. L'évaluation de la mise en œuvre des deux premières phases de la directive 2003/87/CE et l'étude des modifications à envisager pour les périodes

⁹¹⁹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des régions du 23 janvier 2008 intitulée «Vers un système de partage d'informations sur l'environnement (SEIS)», COM(2008) 46 final, *JO C 118* du 15/05/2008.

⁹²⁰ En conformité avec l'article 2 du règlement n° 401/2009.

⁹²¹ Conformément au règlement n° 401/2009, les autres fonctions de l'AEE sont celles de donner une contribution à la comparabilité des données environnementales, à stimuler le développement et l'application des techniques de prévision environnementale qui permettent de prendre des mesures préventives adéquates ou afin de prévenir ou réduire les dommages causés à l'environnement. L'AEE est aussi en charge de relations avec les organisations internationales préposées à la protection de l'environnement et avec la Commission européenne en ce qui concerne les informations sur le développement de méthodes et de meilleures pratiques ou la diffusion d'informations sur les résultats de la recherche environnementale.

suivantes présentées par la Commission dans sa communication « Création d'un marché mondial du carbone » se sont fondées, entre autre, sur le travail de l'AEE⁹²².

Malgré l'absence de compétences d'exécution du droit européen, l'AEE joue un rôle fondamental dans la mise en œuvre de la politique climatique de l'Union européenne, et cela pour plusieurs raisons.

En premier lieu, sa fonction de récolte et d'analyse des informations de tous les Etats membres est nécessaire pour vérifier si les différentes mesures adoptées dans le domaine du changement climatique atteignent les objectifs fixés par le législateur européen. Cette fonction est facilitée par la structure ramifiée de l'Agence, assistée par Eionet, qui représente ainsi un véritable réseau permettant de collecter les informations de manière décentralisée et de les faire remonter jusqu'à l'AEE.

En deuxième lieu, grâce à sa structure qui réunit au sein d'une même institution les représentants des pouvoirs exécutifs des Etats membres et de la Commission européenne, l'AEE permet un échange de connaissances, d'informations et de pratiques essentiel pour le développement des mesures climatiques. Cette aptitude à échanger au sein des agences de régulation, et notamment au sein de l'AEE, se situe dans la droite ligne de nos observations sur la capacité des comités de comitologie à constituer un forum de discussions et d'échange d'avis et des pratiques entre les experts des Etats membres et les experts de la Commission. Les comités, qui se réunissent de manière non systématique et uniquement lorsqu'ils doivent intervenir dans le processus d'adoption d'actes d'exécution, ne peuvent pas à eux seuls contribuer à la formation d'une « *communauté des vues* » et encore moins à la formation d'une « *communauté d'action* », communautés pour lesquelles la structuration et la stabilité d'un réseau semblent nécessaires⁹²³. Les agences de régulation telles que l'AEE peuvent remplir cette fonction : par le biais de l'échange d'informations et de bonnes pratiques et par l'apprentissage mutuel, elles permettent de parvenir à ce que Renaud DEHOUSSE a défini comme la « *fertilisation croisée horizontale entre administrations nationales* »⁹²⁴. Même en l'absence d'une exécution centralisée, il est possible d'aboutir, grâce à une régulation par l'information, à une

⁹²² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social Européen et Comité des Régions, Création d'un marché mondial du carbone – rapport en vertu de l'article 30 de la directive 2003/87/CE, COM(2006) 676 final du 13/11/2006, p. 7, pt. 3.2.

⁹²³ Renaud DEHOUSSE, « Regulation by networks in the European Community : the role of European Agencies », *Journal of European Public Policy*, 4:2, 1997, p. 254.

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 255.

uniformité de fait. Cette constatation avait d'ailleurs conduit Giandomenico MAJONE à affirmer que la régulation par l'information peut être plus efficace que l'exécution directe⁹²⁵. La capacité de l'AEE à fournir un cadre pour l'uniformité de la mise en œuvre de la politique climatique européenne est également alimentée par sa capacité à réunir dans un même *forum* non seulement les représentants des Etats membres et de la Commission européenne, mais aussi les scientifiques des différents Etats membres. Cela facilite les échanges nécessaires dans un domaine, comme celui de la lutte contre le changement climatique, caractérisé par son émergence récente et par ses incertitudes scientifiques.

En troisième lieu, en charge de l'Environnement dans son ensemble, l'AEE permet de réinsérer la politique climatique dans un cadre plus vaste. Cela facilite l'observation des interactions entre secteurs et politiques différentes, nécessaire d'une part pour rendre efficaces les instruments mis en œuvre et d'autre part pour les rendre cohérents avec les autres objectifs européens.

L'AEE constitue ainsi un mécanisme de coordination entre Etats membres et UE, mais aussi entre instruments et politiques.

B. L'Agence Exécutive pour la Compétitivité et l'Innovation

Nous poursuivons l'analyse du rôle des agences européennes dans la mise en œuvre de la politique climatique par l'étude des agences exécutives et notamment de l'Agence Exécutive pour la Compétitivité et l'Innovation (AECI), qui a été transformée en Agence pour les Petites et Moyennes Entreprises (connue sous l'acronyme anglais EASME) à partir du 1^{er} janvier 2014⁹²⁶. La contribution de l'AECI à la mise en œuvre de la politique climatique européenne découle principalement de l'exécution du programme « Energie Intelligente – Europe ». Ce programme a été mis en place de 2007 à 2013, et a contribué à la poursuite de la politique climatique européenne, sans pour autant participer directement à la mise en œuvre du paquet énergie-climat. L'EASME, qui poursuit le travail de l'AECI, contribue à l'action climatique par l'exécution de deux programmes : « Horizon

⁹²⁵ Giandomenico MAJONE, « The new European agencies : regulation by information », *Journal of European Public Policy*, 4:2, 1997, p. 262-275.

⁹²⁶ Décision d'exécution 2013/771/UE de la Commission du 17 décembre 2013 instituant l'Agence exécutive pour les petites et moyennes entreprises et abrogeant les décisions 2004/20/CE et 2007/372/CE, *JO L 341* du 18/12/2013, p. 73-76.

2020 », qui a débuté le 1^{er} janvier 2014, et LIFE, un programme qui existe depuis vingt ans et auquel a été ajouté un volet « action climat » pour la période 2014-2020. La prise en compte de l'évolution de l'AECI nous fournit un exemple de la complexité de coordonner des instruments différents. Nous examinerons surtout le programme « Energie Intelligente – Europe » qui, ayant pris fin en 2013, permet de dresser un bilan plus complet de sa mise en relation avec l'exécution des mesures du paquet énergie-climat. Pour les deux nouveaux programmes, « Horizon 2020 » et « LIFE », il est encore trop tôt pour réaliser une telle analyse.

Avant d'étudier l'apport de l'AECI à la lutte contre le changement climatique (B.2), nous rappellerons brièvement la notion d'agence exécutive (B.1).

B.1. La notion d'agence exécutive

Lorsque la Commission européenne est en charge de l'exécution budgétaire de manière centralisée, elle a le choix entre deux modalités d'exercice de ses pouvoirs d'exécution, conformément à l'article 53(2) du règlement financier n° 1605/2002⁹²⁷. Soit la Commission exerce ses pouvoirs directement, par le biais de ses services, soit elle le fait de manière indirecte, en attribuant ce pouvoir à des tiers⁹²⁸. La Commission peut uniquement recourir à cette deuxième option si les critères fixés par l'article 54(1) du règlement financier sont respectés. En particulier, elle « *ne peut pas confier à des tiers les pouvoirs d'exécution qu'elle détient en vertu des traités lorsqu'ils impliquent une large marge d'appréciation de nature à traduire des choix politiques* ». Les tâches d'exécution peuvent être confiées aux agences exécutives (art. 54(1) du règlement financier), définies par l'article 55(1) du règlement : les agences exécutives sont « *des personnes morales de droit communautaire créées par décision de la Commission, auxquelles il est possible de déléguer tout ou en partie la mise en œuvre, pour le compte de la Commission et sous sa responsabilité, d'un programme ou d'un projet communautaire* ». Conformément à ce qui a été prévu à l'article 55(1) du règlement financier, le Conseil a adopté un règlement régissant l'action des agences exécutives : le règlement n° 58/2003⁹²⁹.

⁹²⁷ Règlement n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, *JO L 248* du 16/09/2002, p. 1–48.

⁹²⁸ Edoardo CHITI, « Les agences et l'administration directe dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 100.

⁹²⁹ Règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, *JO L 11* du 16/01/2003, p. 1–8.

La *ratio* qui fonde ce choix du législateur européen est d'améliorer l'efficacité de l'action administrative européenne et notamment la mise en œuvre des nombreux programmes européens qui ont été constitués pendant des années⁹³⁰.

Il appartient à la Commission de mettre en place les agences exécutives car elle est « *la mieux à même d'apprécier si, et dans quelle mesure, il convient de charger une agence exécutive des tâches de gestion relatives à un ou plusieurs programmes communautaires déterminés* » (considérant n. 9 du règlement n° 52/2003). Les agences peuvent être appelées à gérer intégralement ou partiellement les phases du cycle d'un projet ; elles peuvent adopter les actes budgétaires nécessaires et collecter les informations à transmettre à la Commission. Les agences exécutives peuvent aussi élaborer des recommandations sur requête de la Commission européenne. Conformément au considérant 19 du règlement n° 58/2003, elles doivent coopérer « *de manière intense et constante avec les services de la Commission responsables du programme communautaire* ».

Les liens étroits entre les agences exécutives et la Commission européenne se manifestent par plusieurs autres aspects, notamment en ce qui concerne le contrôle. Le contrôle appartient au réviseur interne de la Commission, et les actes qui font grief à un tiers peuvent être déférés par un Etat membre, ou par toute personne directement et individuellement concernée, à la Commission, qui en vérifie la légalité⁹³¹.

En termes de financement, les recettes de l'agence exécutive sont inscrites directement au budget général de l'UE. Ces recettes sont déterminées par l'autorité budgétaire et prélevées sur les fonds de dotation financière des programmes communautaires de compétence de l'agence⁹³². Les agences exécutives ont une durée limitée fixée par la Commission au moment de l'institution de l'agence.

C'est en raison de ces liens étroits avec la Commission européenne que les agences exécutives sont souvent considérées comme un type particulier d'administration directe.

⁹³⁰ Considérants 1 et 4 du règlement n° 58/2003. Pour une analyse de l'évolution historique qui a conduit à réécrire les activités de la Commission dans une optique d'externalisation de l'action d'exécution voir, entre autres : Edoardo CHITI et Claudio FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, 200 p.

⁹³¹ Edoardo CHITI, « Les agences et l'administration directe dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 104.

⁹³² *Ibid*, p. 105.

B.2. L'Agence Exécutive pour la Compétitivité et l'Innovation et l'Agence pour les Petites et Moyennes Entreprises

Parmi les six agences exécutives qui existent actuellement⁹³³, l'Agence pour les Petites et Moyennes Entreprises (EASME), qui a succédé à l'Agence Exécutive pour la Compétitivité et l'Innovation (AECI), est la seule directement concernée par la lutte contre le changement climatique⁹³⁴.

La contribution de l'AECI est liée à l'exécution du programme « Energie Intelligente – Europe », dont elle a été en charge depuis 2007. La vie de ce programme reflète l'évolution du lien entre politique énergétique et politique climatique, lien qui a subi des modifications importantes au fil des années.

Le programme « Energie Intelligente – Europe » a été adopté par la Commission en 2003. Ce programme avait deux objectifs principaux : premièrement, créer un cadre unique pour la poursuite des programmes qui depuis les années 1990 étaient en charge de différents aspects de la politique énergétique de l'Union et, deuxièmement, créer un cadre pour le développement de nouveaux programmes afin d'assurer une plus grande intégration entre aspects énergétiques et préoccupations environnementales⁹³⁵. Le programme « Energie Intelligente – Europe » se développait autour de quatre axes : l'amélioration de l'efficacité énergétique et l'utilisation rationnelle de l'énergie ; la promotion des énergies renouvelables ; le soutien aux initiatives portant sur les aspects énergétiques des transports ; le soutien au développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique dans les pays en développement. Le lien entre ce programme et la politique climatique européenne n'était pas, au début, expressément établi. Cependant, il était évoqué par les considérants de la décision n° 1230/2003/CE instituant ce programme, qui

⁹³³ On compte actuellement : l'Agence exécutive «Éducation, audiovisuel et culture» (EACEA) ; l'Agence exécutive du Conseil européen de la recherche (CER) ; l'Agence exécutive « Innovation et réseaux », qui gère des projets d'infrastructure et de recherche dans les domaines des transports, de l'énergie et des télécommunications (INEA) ; l'Agence exécutive pour la compétitivité et l'innovation (EACI) ; l'Agence exécutive pour la recherche (REA) ; l'Agence exécutive pour la santé et les consommateurs (AESC).

⁹³⁴ Parmi les autres agences exécutives, la REA et la INEA peuvent contribuer de façon indirecte à la lutte contre le changement climatique, étant donné qu'elles sont en charge de programmes dans des secteurs importants pour le domaine : la recherche et les transports. Compte tenu de l'incertitude scientifique liée à tous les aspects du changement climatique, le financement de projets de recherche reste essentiel pour le développement d'une politique efficace. S'agissant des transports, l'amélioration des réseaux européens peut réduire de façon importante les émissions de GES liées à des longs parcours, en facilitant les moyens de transports le moins émetteurs.

⁹³⁵ Ce programme a été lancé par la : décision 1230/2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 arrétant un programme pluriannuel pour des actions dans le domaine de l'énergie: « Énergie intelligente — Europe » (2003-2006), *JO L 176* du 15/07/2003, p. 29–36.

soulignaient notamment l'importance du développement des énergies renouvelables afin de réduire les énergies « conventionnelles » fortes émettrices de CO₂⁹³⁶.

La Commission avait prévu pour ce programme une durée de quatre ans : de 2003 à 2006. Afin d'en améliorer la gestion, la Commission a institué en 2004 une agence exécutive chargée de tous les aspects d'exécution du programme, à l'exception de l'évaluation, du monitoring législatif et des études stratégiques qui restent de la compétence de la Commission⁹³⁷. Cette Agence a été instituée pour une période de cinq ans, allant du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2008.

En 2006, lors de la préparation de la deuxième phase du programme « Energie Intelligente – Europe » (2007-2013), la Commission a choisi de l'intégrer dans un autre programme : le Programme cadre pour l'Innovation et la Compétitivité (PIC). Ce dernier avait pour objectif principal de promouvoir la compétitivité des entreprises, surtout petites et moyennes, afin de soutenir tout type d'innovation, y compris l'éco-innovation, ce qui a conduit à y inclure les objectifs propres au domaine de l'énergie.

Le programme « Energie Intelligente – Europe » présentait aussi des aspects communs avec d'autres programmes européens, particulièrement avec le Programme Marco Polo II⁹³⁸, avec lequel il partageait les objectifs d'amélioration de l'efficacité énergétique des transports et la réduction de leur impact sur l'environnement. La Commission a ainsi opté pour une réorganisation des différents programmes, afin d'améliorer la gestion des ressources et la diffusion des connaissances transversales. Pour cette raison, en 2007, l'Agence Exécutive Energie Intelligente a été transformée en une nouvelle agence : l'Agence Exécutive pour la Compétitivité et l'Innovation (AECI). Les domaines de compétence de l'AECI étaient au nombre de trois, dans la droite ligne des axes du programme « Energie Intelligente – Europe » : l'efficacité énergétique et l'utilisation rationnelle des ressources énergétiques ; la promotion des sources d'énergie nouvelles et renouvelables et la diversification énergétique ; la promotion de l'efficacité énergétique et l'utilisation des énergies renouvelables dans

⁹³⁶ *Considerata* n. 2.

⁹³⁷ Décision de la Commission n° 2004/20/CE du 23 décembre 2003 instituant une agence exécutive, dénommée « Agence exécutive pour l'énergie intelligente » pour la gestion de l'action communautaire dans le domaine de l'énergie en application du règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil, *JO L 85* du 9/01/2004, p. 85-86.

⁹³⁸ Marco Polo est un programme européen qui a comme objectif principal la réduction de la congestion routière afin de diminuer la pollution. Rappelons que les polluants émis par les transports routiers incluent, en plus que les GES, aussi un grand nombre de substances ayant des effets négatifs sur l'environnement et la santé, faisant l'objet d'autres politiques européennes.

les transports⁹³⁹. L'action de l'AECI aurait dû prendre fin le 31 décembre 2015⁹⁴⁰, mais elle a été remplacée, un an plus tôt, par l'EASME⁹⁴¹.

La période pendant laquelle le programme « Energie Intelligente – Europe » a été attribué à l'AECI correspondait à celle où le lien entre énergie et lutte contre le changement climatique se précisait et se consolidait : à la même époque l'objectif « 20-20-20 en 2020 » était élaboré. Le programme « Energie Intelligente – Europe » devait, depuis ce moment, contribuer à la poursuite de l'objectif « 20-20-20 » par le biais du financement de projets spécifiques dans les trois domaines qu'il englobait⁹⁴². Le programme coexistait donc avec les mesures adoptées et exécutées dans le cadre du paquet énergie-climat, ainsi qu'avec les autres initiatives pouvant être adoptées tant au niveau européen qu'au niveau étatique. Dans cette superposition d'instruments, l'évaluation de l'efficacité du programme – comme l'évaluation de tout autre instrument spécifique – pose le problème de distinguer sa contribution de celles des autres instruments. Comment mettre en évidence la réduction des émissions produite par un programme donné, alors que d'autres instruments sont à l'œuvre dans les mêmes secteurs comme dans d'autres au même moment et que des facteurs externes – la crise économique entre autres – interviennent dans le calcul ? L'analyse des données et l'utilisation des indicateurs disponibles ne permettent pas d'être précis sur ce point⁹⁴³. La DG Energie, dans son rapport final d'évaluation du programme, a toutefois tenté une telle reconstruction, non sans difficultés. Le programme et l'action d'exécution de l'AECI ont été considérés comme l'un des « *piliers de la stratégie européenne à l'horizon 2020* »⁹⁴⁴, et la DG Energie estime que la contribution de cette agence au programme « Energie Intelligente – Europe » a permis d'atteindre des résultats importants en ce sens⁹⁴⁵. Dans cette optique, la DG Energie a proposé une

⁹³⁹ Un seul axe du Programme « Energie Intelligente – Europe » a ainsi été éliminé des compétences de cette agence, celui lié à la promotion des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique dans les pays en développement.

⁹⁴⁰ Décision de la Commission 2007/372/CE du 31 mai 2007 modifiant la décision 2004/20/CE pour transformer « l'Agence exécutive pour l'énergie intelligente en Agence exécutive pour la compétitivité et l'innovation », *JO L 140* du 1/06/2007, p. 52-54.

⁹⁴¹ Décision d'exécution 2013/771/UE de la Commission du 17 décembre 2013 instituant l'Agence exécutive pour les petites et moyennes entreprises et abrogeant les décisions 2004/20/CE et 2007/372/CE, *JO L 341* du 18/12/2013, p. 73-76, article 8.

⁹⁴² Sur la contribution du Programme aux objectifs « 20-20-20 en 2020 » voir : Commission européenne, DG Energie, Final Evaluation of the Intelligent Energy – Europe II Programme within the Competitiveness and Innovation Framework Programme, 8/06/2011, pp. 28 ss.

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 29.

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ Afin de comprendre l'impact de chaque programme à la poursuite de la stratégie « 20-20-20 en 2020 », nous renvoyons le lecteur à la présentation et à l'analyse des données dans le rapport mentionné.

prolongation du programme « Energie Intelligente – Europe » pour sept ans : de 2014 à 2020.

Malgré cette recommandation, nous avons déjà indiqué que l’AECI a été transformée en une autre Agence : l’EASME. Cette transformation s’est faite au même moment que la fin du programme « Energie Intelligente – Europe » (2013), avant même la fin de la durée initialement prévue pour l’Agence (2015). Le décalage entre la fin du programme en 2013, celle prévue pour l’AECI en 2015 et l’horizon des objectifs climatiques en 2020 a été résolu par un remaniement général de l’architecture des programmes et des agences exécutives correspondantes.

En conclusion, ces observations nous permettent de révéler deux aspects problématiques de la coordination entre instruments : la « transversalité » et la « temporalité » des instruments.

En ce qui concerne la transversalité, nous avons à plusieurs reprises remarqué que le changement climatique est un enjeu relevant d’une multitude de domaines. Pour réduire efficacement les émissions de GES, une action multisectorielle est nécessaire. Pour cette raison, il n’y a pas d’alternative au recours à des instruments spécifiques à chaque secteur, chacun ayant sa dimension technique et administrative propre. Il faut rappeler que nous nous sommes concentré sur le secteur de l’énergie, en raison de sa prédominance en Europe en ce qui concerne les émissions de GES, mais que nous aurions pu observer la même complexité de mise en œuvre dans d’autres domaines tels que l’agriculture. En outre, nous n’avons abordé que les aspects d’atténuation du changement climatique sans approfondir l’adaptation, très différente en termes d’instruments et d’échelle de mise en œuvre. L’exemple du programme « Energie Intelligente – Europe » montre bien la présence de cette transversalité même à une échelle relativement réduite (un programme spécifique dont la mise en œuvre dépend uniquement d’une agence), bien que nous ayons déjà observé des manifestations de la transversalité à tous les niveaux au fil des différents chapitres. Cette transversalité fonde la nécessité d’une coordination entre les instruments et les institutions, qui permet de parvenir aux objectifs fixés. Les restructurations périodiques des programmes et des agences, dont nous avons aperçu quelques exemples, sont une manifestation de la recherche constante d’un mode de coordination plus efficace.

En ce qui concerne la temporalité des instruments, elle constitue un compromis entre l’apprentissage par la pratique et la stabilité nécessaire à la coordination. En effet, l’apprentissage par la pratique demande une évolution constante des instruments,

tandis que la coordination est facilitée par la stabilité des structures (institutions, instruments). Le cas du programme « Energie Intelligente – Europe » montre bien cette tension⁹⁴⁶. D'une part ses adaptations ont permis d'en améliorer le fonctionnement au fil du temps, de l'autre elles ont complexifié la coordination en rendant peu claires les attributions et la durée de chaque instrument : un objectif ne correspond pas à un seul instrument, l'horizon des objectifs n'est pas le même que celui des instruments.

Sous-section 2 : la méthode ouverte de coordination

Nous consacrons cette dernière sous-section à la possibilité d'étendre la méthode ouverte de coordination à la lutte contre le changement climatique. Jusqu'ici nous nous sommes concentré sur la mise en œuvre des actes que le législateur européen a adoptés afin de contribuer de manière efficace à réduire les émissions de GES sur la base des compétences de l'Union en matière d'environnement, d'énergie et de rapprochement des législations. Cependant, comme nous l'avons constaté dès la première Partie de cette thèse, la transversalité du changement climatique a pour principale conséquence l'obligation de solliciter plusieurs secteurs. Si dans certains de ces secteurs la compétence est partagée, dans d'autres la compétence reste attribuée aux Etats membres. Le problème se pose de savoir comment l'Union peut coordonner les politiques étatiques dans ces secteurs avec l'ensemble de l'action climatique européenne.

C'est en réponse à cette question qu'il est intéressant d'envisager l'utilisation de la méthode ouverte de coordination. Pour illustrer cette éventualité, nous allons prendre en considération un secteur fondamental dans la lutte contre le changement climatique mais pour lequel la compétence n'a pas été transférée à l'Union européenne : le secteur forestier. Cette sous-section examine la possibilité d'étendre la méthode ouverte de coordination à ce secteur, comme cela a été envisagé par la doctrine. Cette analyse peut également représenter un exemple intéressant dans une optique d'extension de la méthode ouverte de coordination à d'autres secteurs qui relèvent du changement climatique.

⁹⁴⁶ D'autres exemples que nous avons présentés auraient permis d'illustrer ce point. Le SCEQE en premier lieu. Cependant, le programme a l'avantage d'être un instrument relativement simple, ce qui permet de montrer plus clairement le processus en question.

Nous présenterons d'abord les caractères principaux de cette méthode (A). Ensuite, nous mettrons en évidence les raisons qui pourraient conduire à son application au secteur des forêts ainsi que la faisabilité de cette option (B).

A. La méthode ouverte de coordination

Nous retracerons les caractéristiques essentielles de la méthode ouverte de coordination et ses phases (A.1), avant d'en évaluer la portée et les possibilités d'application dans le domaine climatique (A.2).

A.1. L'élaboration d'une nouvelle méthode de gouvernance européenne

La méthode ouverte de coordination a été conçue au cours des années 1990 et formalisée par le Conseil européen en mars 2000 afin de mettre à disposition un nouvel outil pour parvenir aux objectifs fixés par la stratégie de Lisbonne⁹⁴⁷. Ce mécanisme peut compléter la méthode communautaire « classique » ou même s'y substituer.⁹⁴⁸ Rappelons que les caractéristiques principales de la méthode communautaire sont : le transfert de pouvoirs des Etats membres à l'Union européenne ; l'adoption d'actes européens par le biais du triangle institutionnel (Commission, Conseil, Parlement) ; le rôle fondamental de la Commission dans la phase d'impulsion législative, de contrôleur du bon fonctionnement du système et de mise en œuvre des mesures adoptées ; le caractère contraignant des actes adoptés et, enfin, le rôle de la Cour de justice en cas de violation du droit européen.

La méthode ouverte de coordination se différencie toutefois de la méthode communautaire « classique ». En premier lieu, la méthode ouverte de coordination ne présuppose pas un transfert de compétences des Etats membres à l'Union européenne. En deuxième lieu, elle a un caractère décentralisé : l'initiative n'est plus censée venir des institutions européennes, mais « *d'un travail collectif associant l'Union, les Etats membres, les collectivités régionales et locales, ainsi que les partenaires sociaux et*

⁹⁴⁷ Pour une présentation du contexte historique de la création de la méthode ouverte de coordination voir : Erika SZYSZCZAK, « Experimental Governance: The Open Method of Coordination », *European Law Journal*, vol. 12, n° 4, July 2006, pp. 486-502 ; Nicholas JABKO, « Les critères de Maastricht : préhistoire de la MOC », in Renaud DEHOUSSE (dir.), *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, L'Harmattan, 2004, pp. 20-34 ; Janine GOETSCHY, « L'apport de la méthode ouverte de coordination à l'intégration européenne. Des fondements au bilan », in Paul MAGNETTE, *La Grande Europe*, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 2004, pp. 141-166.

⁹⁴⁸ Anastasia ILIOPOULOU, « La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance de l'Union européenne », *Cahiers de Droit Européen*, vol. 43, n° 3-4, 2007, pp. 421-422.

la société civile »⁹⁴⁹. En troisième lieu, la méthode n'implique pas l'adoption d'actes législatifs, mais la mise en place de différents types de pratiques procédurales. Les acteurs clés de la méthode ne sont donc pas les institutions européennes, mais plutôt les administrations nationales. Enfin, au caractère contraignant des actes adoptés dans le cadre de la méthode communautaire « classique » s'oppose le caractère souple des lignes directrices propres à la méthode ouverte de coordination.

Lors de l'élaboration de la stratégie de Lisbonne, le Conseil européen a précisé les éléments essentiels de la méthode ouverte de coordination :

- « *définir des lignes directrices pour l'Union, assorties de calendriers spécifiques pour réaliser les objectifs à court, moyen et long termes fixés par les Etats membres ;*
- *établir, le cas échéant, des indicateurs quantitatifs et qualitatifs et des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales, qui soient adaptés aux besoins des différents Etats membres et des divers secteurs, de manière à pouvoir comparer les meilleures pratiques ;*
- *traduire ces lignes directrices européennes en politiques nationales et régionales en fixant des objectifs spécifiques et en adoptant des mesures qui tiennent compte des diversités nationales et régionales ;*
- *procéder périodiquement à un suivi, une évaluation et un examen par les pairs, ce qui permettra à chacun d'en tirer des enseignements* »⁹⁵⁰.

Conformément à ces caractéristiques, la méthode ouverte de coordination est constituée de trois phases principales, dont une brève description permettra d'analyser, par la suite (B), l'applicabilité de la méthode au secteur des forêts.

Le début de la procédure consiste à définir, au sein du Conseil européen, des objectifs qui doivent guider l'action étatique. Pour cela, il est nécessaire de développer des « *lectures communes de la réalité, de valeurs et de techniques communes grâce à un processus itératif d'apprentissage* »⁹⁵¹. Le long travail demandé à cette fin est plus précisément réalisé par les comités d'experts de haut niveau qui assistent l'activité du

⁹⁴⁹ Renaud DEHOUSSE, « Introduction : la stratégie de Lisbonne », in Renaud DEHOUSSE (dir.), *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, L'Harmattan, 2004, p. 15. Le Professeur Renaud DEHOUSSE cite dans ce passage : Maria Joao RODRIGUEZ, *The New Knowledge Economy in Europe – A Strategy for International Competitiveness and Social Cohesion*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2002.

⁹⁵⁰ Conseil européen de Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, Conclusions de la Présidence, par. 37.

⁹⁵¹ Renaud DEHOUSSE, « Le bon usage de la méthode ouverte de coordination », dans *L'Europe sans Bruxelles, op. cit.* p. 163.

Conseil de l'UE selon ses différentes formations⁹⁵². Le comité de haut niveau devient ainsi le centre d'agrégation et d'élaboration des notions, des conceptions et des expériences qui proviennent des différents Etats membres et de leurs collectivités infra-étatiques⁹⁵³. L'importance du rôle joué par ces comités dans le fonctionnement de la méthode ouverte de coordination met en lumière la logique de réseau sous-jacente à cette méthode.

Puis, la procédure se poursuit par l'adoption de plans nationaux conformes aux objectifs et aux lignes guides élaborés par le Conseil européen.

La dernière phase consiste à évaluer les plans nationaux adoptés et leur efficacité. Cette évaluation est faite périodiquement par les pairs et donc par les autres Etats membres. Cependant, la Commission joue un rôle important, car elle est la mieux placée pour effectuer un travail complexe de suivi, d'analyse et de synthèse des plans nationaux, compte tenu de son expérience dans cette pratique et des outils dont elle dispose.

A.2. Une évaluation de cette méthode

La méthode ouverte de coordination a été appliquée jusqu'à présent à un nombre limité de secteurs et notamment à l'emploi, la protection sociale, l'inclusion sociale, l'éducation, la jeunesse et la formation. Ces secteurs sont considérés comme particulièrement sensibles pour les Etats membres.

Les années qui ont suivi l'adoption de la stratégie de Lisbonne ont été caractérisées par un grand intérêt de la doctrine et des institutions européennes pour la méthode ouverte de coordination. Ont notamment été analysés les avantages et les désavantages de cette méthode. Sa force principale réside dans sa nature même : un processus collectif et continu d'apprentissage⁹⁵⁴. Les Etats membres sont incités à confronter leurs pratiques, difficultés et solutions. Ce processus a pour conséquence la circulation des meilleures pratiques et la diffusion des solutions techniques novatrices. Cet aspect rend, comme nous le verrons, cette méthode particulièrement

⁹⁵² Même si, en principe, le rôle de guide dans cette procédure est attribué au Conseil européen, la technicité des questions traitées porte à y associer le Conseil selon ses différentes formations. Renaud DEHOUSSE, « The Open Method of Coordination : A New Policy Paradigm », *Les Cahiers Européens de Sciences po*, n° 3/2002, Sciences Po, Paris.

⁹⁵³ Sabrina REGENT, « The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance ? », *European Law Journal*, vol. 9, n° 2, April 2003, p. 207.

⁹⁵⁴ Anastasia ILIOPOULOU, *op. cit.*, p. 325.

adaptée aux secteurs liés au changement climatique, caractérisés par des découvertes et des évolutions scientifiques et techniques constantes.

La principale difficulté de la méthode ouverte de coordination porte sur le caractère non contraignant des mesures adoptées par le Conseil européen⁹⁵⁵. Cependant, il est nécessaire de rappeler que les instruments de droit mou (*soft law*), dont la méthode ouverte de coordination fait partie, ne sont pas complètement dépourvus d'effets.

Tout d'abord, en acceptant qu'un secteur qui relève de leur compétence soit régi par cette méthode, les Etats membres se situent volontairement dans une logique de convergence avec les autres Etats. Si les autres Etats sont plus performants qu'eux, ils pourront bénéficier des exemples disponibles et se trouveront soumis à une pression qui les conduira à mettre en œuvre les instruments nécessaires pour parvenir aux objectifs. Ensuite, il est nécessaire de prendre en considération la pression de l'opinion publique, particulièrement sensible aux secteurs sociaux qui ont été jusqu'à présent régis par cette méthode. Enfin, la doctrine soutient qu'il est possible de considérer les lignes directrices comme une source d'obligation de coopération loyale pour les Etats membres. Cette obligation peut au fil du temps se transformer en un « réflexe naturel » des Etats conduisant à se conformer aux lignes directrices. Les Etats seraient ainsi conduits à mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires à la lumière des dispositions élaborées au niveau européen, en renforçant ainsi la crédibilité de la méthode ouverte de coordination⁹⁵⁶.

Les différentes critiques qui ont été adressées à la méthode ouverte de coordination ont freiné son extension à un nombre plus élevé de secteurs. Nous considérons cependant que cette méthode pourrait représenter un outil précieux dans le cadre de la gestion des forêts en Europe.

B. L'extension de la méthode ouverte de coordination à la politique forestière

Notre analyse est constituée de deux points. Le premier concerne les raisons qui nous poussent à réfléchir à l'extension de la méthode ouverte de coordination à la politique forestière (B.1). Le second porte sur l'étude de cette extension au regard des trois phases du processus de la méthode ouverte que nous venons de présenter (B.2).

⁹⁵⁵ Sur ces aspects, voir, entre autres : Renaud DEHOUSSE, « The Open Method of Coordination : A New Policy Paradigm », *op.cit.*

B.1. Les raisons pour l'application de cette méthode à la gestion des forêts

L'intérêt d'appliquer la méthode ouverte de coordination à la gestion des forêts réside dans une double complexité : les relations entre institutions et les politiques concernées.

Si ces deux sources de complexité étaient déjà à l'origine des mécanismes de coordination que nous avons analysés dans les sections précédentes, elles sont amplifiées par l'absence d'une compétence partagée en matière de gestion des forêts. La gestion forestière reste en effet de la compétence des Etats membres, en dépit du fait que l'UE, au fil des années, ait adopté des actes en la matière en se fondant sur d'autres compétences, telles que l'environnement⁹⁵⁷ ou l'agriculture⁹⁵⁸.

En ce qui concerne les relations entre institutions, il faut ajouter aux niveaux étatique et européen le niveau infra-étatique (régional, départemental, communal, selon les Etats) auquel les Etats membres attribuent souvent la gestion des forêts situées sur le territoire de la collectivité.

En ce qui concerne les politiques à coordonner, rappelons que, comme nous l'avons constaté dans la première Partie de la thèse, la gestion des forêts s'inscrit dans le domaine du changement climatique, mais également dans des domaines aussi divers que l'agriculture, l'énergie, le commerce et la protection de l'environnement dans une perspective plus large. S'agissant du changement climatique, la gestion des forêts revêt une grande importance tant pour l'atténuation que pour l'adaptation. En effet, la contribution des forêts à la réduction des émissions de GES est double : d'un côté les forêts constituent des puits importants pour la séquestration de CO₂, de l'autre elles peuvent constituer une source de production d'énergie plus propre que les combustibles fossiles. Le changement climatique a en outre plusieurs conséquences sur les forêts en termes d'adaptation : nouvelles infestations exotiques causées par des organismes ; ampleur accrue des dommages causés par les organismes pathogènes et les parasites forestiers, modification des dynamiques des populations⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ Anastasia ILIOPOULOU, *op. cit.*, p. 325.

⁹⁵⁷ Par exemple, le règlement (CEE) n° 3528/86 du Conseil du 17 novembre 1986 relatif à la protection des forêts dans la Communauté contre la pollution atmosphérique, *JO L 326* du 21/11/1986, pp. 2-4.

⁹⁵⁸ Règlement (CEE) n° 2080/92 du Conseil, du 30 juin 1992, instituant un régime communautaire d'aides aux mesures forestières en agriculture, *JO L 215* du 30/07/1992, p. 96-99.

⁹⁵⁹ Livre Vert de la Commission du 1^{er} mars 2010 concernant la protection des forêts dans l'Union européenne : préparer les forêts au changement climatique, COM(2010) 66 final. Rappelons que ce Livre Vert a fait suite au Livre Blanc de la Commission du 1^{er} avril 2009, *Adaptation au changement climatique : vers un cadre d'action européenne*, COM(2009)147. Le Livre Vert a l'objectif de lancer un débat sur les différentes approches possibles pour l'UE en ce qui concerne la

Dans la première Partie de la thèse, nous avons mentionné les tentatives de l'Union européenne de coordonner la politique forestière des Etats membres. La nécessité de faire face de manière efficace à des enjeux tels que le changement climatique et la perte de biodiversité a conduit au fil des années les institutions européennes à réfléchir à la manière de construire une politique commune des forêts⁹⁶⁰. C'est dans cette optique que la Commission a financé des études de groupes d'experts sur le sujet. Parmi les études présentées, un rapport de 2009 sur les options possibles pour la protection des forêts, financé par la DG Environnement⁹⁶¹, a avancé l'hypothèse d'une extension de la méthode ouverte de coordination à ce secteur. Selon le groupe d'experts, cette méthode devrait avoir deux objectifs principaux⁹⁶². Le premier est celui de comprendre la perception que chaque région et chaque secteur a des risques menaçant les forêts et analyser les politiques existantes, européennes et nationales. Le second objectif consiste à améliorer l'approche de la politique européenne des forêts, en identifiant les besoins et les opportunités pour les actions européennes et nationales. Le groupe développe ces objectifs en sous-objectifs parmi lesquels nous trouvons le renforcement de l'engagement de la communauté scientifique et des parties intéressées aux différents niveaux ainsi que l'identification des meilleures pratiques mises en place par les Etats membres dans la gestion de leurs forêts.

En reprenant nos observations précédentes, l'extension de la méthode ouverte de coordination au secteur des forêts présenterait de nombreux avantages pour la lutte contre le changement climatique, tant en ce qui concerne la coordination interinstitutionnelle que la coordination entre la politique forestière et les autres politiques.

En ce qui concerne la coordination interinstitutionnelle, un premier avantage serait la création d'un réseau entre les institutions des vingt-huit Etats, qui ont chacun un niveau de développement différent dans leur politique forestière suivant la place occupée par la forêt non seulement en termes géographiques, mais aussi en termes

protection des forêts et les systèmes d'informations sur les forêts. Nous ne prenons pas ici en compte les questions strictement liées à l'adaptation au changement climatique, qui sort du cadre de notre recherche.

⁹⁶⁰ Dans cette section nous allons employer l'expression « politique forestière européenne » suivant l'usage fait par la Commission pour indiquer l'ensemble des actions à l'échelle européenne concernant les forêts. Nous sommes conscients que cet usage ne correspond pas à un transfert de compétence dans ce domaine (Chapitre 3). Faute d'une expression synthétique plus précise nous préférons admettre cette ambiguïté plutôt qu'alourdir le texte.

⁹⁶¹ Commission européenne, DG Environnement, Georg WINKEL, Timo KAPHENGST, Sophie HERBERT, Zoe ROBAEY, Lydia ROSENKRANZ, Metodi SOTIROV, *Final Report EU policy options for the protection of European forests against harmful impacts as part of the tender: Implementation of the EU Forestry Strategy: "How to protect EU Forests against harmful impacts?"* ENV.B.1/ETU/2008/0049: OJ 2008/S 112 - 149606, Septembre 2009.

d'activité économique et de perceptions de la forêt par la société. Les différentes réflexions en matière d'intégration des considérations climatiques dans les politiques forestières pourraient ainsi être partagées. De plus, la méthode ouverte de coordination favoriserait la circulation des bonnes pratiques. En outre, la circulation des connaissances scientifiques serait facilitée par le réseau entre les Etats et par le rôle de la Commission dans le suivi des rapports établis au niveau étatique.

En ce qui concerne la coordination de la politique forestière avec d'autres politiques, deux avantages peuvent être évoqués. Tout d'abord, le fait d'établir les objectifs et les lignes guides au niveau du Conseil européen permettrait à cette institution de prendre en compte toutes les autres politiques et enjeux liés à la politique forestière. L'importance et la sensibilité des enjeux liés au changement climatique et aux forêts pour les Etats membres font du Conseil européen un *forum* approprié pour la prise en compte des aspects significatifs, tel que ceux liés à la production d'énergie ou à la transformation des forêts en sols agricoles. Ensuite, la définition d'objectifs et l'élaboration de lignes guides au niveau européen plutôt qu'étatique permettent de mieux prendre en compte les objectifs qui sont discutés au sein des organisations internationales, comme les aspects liés à la durabilité de l'exploitation forestière ou à la protection de la biodiversité. La coordination entre politique étatique et réglementation internationale serait ainsi facilitée.

B.2. Les phases d'application de la méthode ouverte de coordination au secteur forestier

La doctrine, au cours de la réflexion sur l'opportunité d'appliquer la méthode ouverte de coordination au secteur forestier, a décliné le processus dans ses différentes étapes⁹⁶³.

Avant même le début de la procédure, il serait nécessaire que le Conseil européen établisse que le secteur forestier est soumis à la méthode ouverte de coordination. Du point de vue pratique, cela pourrait signifier que le Conseil devrait expressément décider que la méthode puisse s'appliquer aux forêts. Un premier problème serait ici constitué par le choix de la formation du Conseil de l'UE apte à décider dans ce domaine. En effet, il n'existe pas une formation *ad hoc* pour les forêts et il devrait

⁹⁶² *Ibid*, p. 92.

probablement revenir au Conseil Environnement ou au Conseil Agriculture de prendre de telles décisions. Une fois décidée l'applicabilité de la méthode ouverte de coordination aux forêts, la première phase débiterait avec la fixation de lignes guides pour la politique forestière européenne. La doctrine a mis en évidence que cette étape pourrait être constituée de deux éléments : le premier plus descriptif et le second visant des aspects plus opérationnels. L'élément descriptif ne nécessiterait probablement pas l'adoption de nouvelles lignes, car la Commission a déjà adopté la Stratégie Forestière Européenne en 1998⁹⁶⁴, qui devrait tout de même intégrer des considérations et des objectifs qui ont émergés récemment. L'élément opérationnel devrait être rédigé sur la base de ces éléments et pourrait s'inspirer des différentes mesures qui ont été adoptées au fil des années dans les domaines liés aux forêts. La coordination des différentes politiques est au cœur de cet élément opérationnel.

La première phase du processus serait ainsi complexe du point de vue de la coordination des différentes institutions européennes. S'il appartiendrait au Conseil européen et au Conseil de l'UE de fixer les objectifs et les lignes guides, la méthodologie utilisée ne pourrait omettre de prendre en compte la Stratégie Forestière Européenne déjà adoptée par la Commission.

La deuxième phase du processus consisterait à mettre en œuvre des plans nationaux et des mesures étatiques afin de suivre les lignes directrices fixées et d'atteindre ainsi les objectifs européens. Cette étape présuppose un échange constant d'informations entre les Etats membres. Durant cette phase, l'outil principal pour les Etats serait probablement les Programmes Forestiers Nationaux dont ils disposent. L'élaboration de ces Programmes par les Etats membres a fait suite à l'adoption des principes en matière de gestion des forêts qui ont été fixés au niveau international lors du Sommet de la Terre en 1992. La lecture de ces Programmes Forestiers Nationaux montre une attention particulière portée au phénomène du changement climatique et à la nécessité d'une gestion efficace des forêts pour réduire les émissions de GES⁹⁶⁵. La reprise de ces Programmes au sein d'une politique forestière européenne élaborée dans le cadre de la méthode ouverte de coordination pourrait aider les Etats membres non

⁹⁶³ Helga PÜLZL, Marius LAZDINIS, « May the Open Method of Coordination be a new instrument for forest policy deliberations in the European Union? », *Forest Policy and Economics* 13(2011), p. 411-418.

⁹⁶⁴ Résolution du Conseil du 15 décembre 1998 relative à une stratégie forestière pour l'Union européenne, *JO C 56* du 26/02/1999, pp. 1-4.

seulement à se conformer aux objectifs et aux lignes directrices établis par le Conseil européen, mais aussi à prendre en compte d'une façon plus simple les perspectives internationales.

Dans cette deuxième phase de la méthode ouverte de coordination, le rôle principal serait attribué aux Etats membres. Cependant, comme nous l'avons mis en évidence dans le paragraphe A, la Commission européenne peut aussi avoir une implication importante dans la coordination entre les Etats et entre les groupes d'experts de tout niveau. Cette implication serait favorisée par l'expérience acquise par la Commission dans le suivi de la mise en œuvre des politiques européennes et par le fait qu'elle dispose déjà d'un comité consultatif et d'un groupe d'experts dans le domaine forestier.

Le premier est le comité sur les forêts, un comité consultatif composé de fonctionnaires des Etats membres et de représentants de la Commission. Le second est le Groupe Consultatif « Forêts, y inclus liège ». L'activité de consultation de ce groupe d'experts nous conduit au cœur du problème de la coordination entre acteurs et politiques différents. Ce groupe consultatif a été créé en 2004⁹⁶⁶ avec pour objectif de recueillir l'avis des groupes socio-économiques, des consommateurs et de tous les acteurs concernés par les aspects liés à la gestion des forêts dans la Politique Agricole Commune (PAC). La composition du comité reflète cet objectif : il réunit les représentants des organisations de propriétaires forestiers (publiques et privées), de la filière bois, des ONG environnementales, des syndicats forestiers et des associations de négociants et de consommateurs⁹⁶⁷.

La troisième et dernière phase concerne le suivi des différents plans nationaux afin de définir les meilleures pratiques dans le secteur. La coopération entre les Etats membres et la Commission est, dans cette étape, fondamentale. Les Etats membres auraient le devoir de publier périodiquement des rapports sur la mise en œuvre de leurs plans nationaux afin de vérifier s'ils sont aptes à atteindre les objectifs fixés par le Conseil. La Commission jouerait un rôle essentiel dans le suivi des rapports, dans la comparaison entre les avancées des différents Etats et dans la définition des

⁹⁶⁵ A titre d'exemple voir : Ministère de l'Agriculture et de la Pêche (France), Le Programme Forestier National, qui présente l'enjeu climatique comme premier point de discussion, à la p. 4 du programme. Ce Programme est consultable sur le site internet : http://agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/pfn_010606.pdf (12/07/2013).

⁹⁶⁶ Il a remplacé le comité « Forêts, y inclus liège » en mai 2004: Décision de la Commission n° 2004/391/CE du 23 avril 2004 relative au fonctionnement des groupes consultatifs dans le domaine de la politique agricole commune, *JO L 120* du 24/04/2004, p. 50–60.

meilleures pratiques, qui devraient être prises en compte par les Etats qui rencontreraient des difficultés. Dans cette phase de suivi et de vérification, la Commission devrait être assistée des deux groupes que nous avons mentionnés. Compte tenu du rôle que ces deux groupes joueraient probablement dans la mise en œuvre de la méthode ouverte de coordination, il serait opportun d'en préciser les compétences au moment où serait fait le choix d'appliquer cette méthode au secteur des forêts.

Conclusions de la sous-section

L'efficacité de la politique climatique européenne pourrait être entravée par le fait que l'Union ne dispose pas d'une compétence dans tous les secteurs qui relèvent de ce domaine. Certaines matières restent en effet de la compétence des Etats membres. Dans cette sous-section, nous avons présenté la possibilité d'utiliser dans ces secteurs la méthode ouverte de coordination. Les avantages liés à cette extension pourraient être nombreux. D'abord, en fixant les objectifs et les lignes guides au niveau européen, les secteurs concernés bénéficieraient d'une grande cohérence interétatique. Ensuite, l'application de cette méthode permettrait une meilleure circulation des bonnes pratiques qui conduirait les Etats membres rencontrant plus de difficultés à trouver des solutions pragmatiques pour y faire face. Enfin, cette méthode, grâce à sa structure, permettrait à l'Union européenne de coordonner les secteurs visés avec les autres politiques européennes, en assurant le suivi nécessaire pour en vérifier la cohérence effective.

Nous avons utilisé comme exemple la politique forestière de l'Union européenne. Ce choix a été motivé par l'importance du secteur des forêts dans la réduction des émissions de GES et par le fait que cette option a été évoquée par plusieurs auteurs, ainsi que dans des cadres institutionnels. Cependant, l'extension de la méthode ouverte de coordination pourrait également concerner les autres secteurs qui relèvent du changement climatique et dont la compétence reste attribuée aux Etats membres. Cette extension pourrait notamment être bénéfique pour les nombreux secteurs qui sont concernés par l'adaptation au changement climatique.

⁹⁶⁷ http://ec.europa.eu/agriculture/fore/agfc_fr.htm (12/07/2013).

Conclusions du Chapitre

Dans ce Chapitre, nous avons analysé les mécanismes que l'Union européenne a à sa disposition pour faire face aux nombreuses difficultés de coordination posées par la lutte contre le changement climatique. Cela nous a aussi permis d'aborder, par exemple au travers des agences, des éléments de la politique climatique européenne qui sont complémentaires au paquet énergie-climat.

Nous avons identifié trois types différents de coordination : entre Union et Etats membres, entre instruments et entre politiques. Si cette distinction était utile pour formuler notre problématique, l'analyse nous a montré qu'il est difficile d'associer un seul type de coordination à chaque mécanisme.

Nous avons vu que les comités de comitologie ont une fonction qui dépasse le simple contrôle de l'action exécutive de la Commission : ils permettent de résoudre les conflits et les blocages qui peuvent émerger dans des secteurs sensibles pour les Etats. Outre cette coordination entre Etats et Union, l'existence du comité changement climatique et son activité transversale témoignent du rôle de la comitologie dans la coordination entre instruments et politiques.

Nous avons pris en considération une agence européenne de régulation, l'AEE, et une agence exécutive, l'AECI. Pour l'AEE, nous avons identifié des fonctions très larges qui concernent les trois types de coordination par le biais de la « régulation par l'information » : la collecte d'informations par le réseau Eionet permet de rendre cohérente l'évaluation des actions étatiques mais aussi l'évaluation des instruments européens et des politiques sectorielles. L'AECI et le programme « Energie Intelligente – Europe » nous ont fourni un exemple de la façon dont la Commission utilise les agences et les programmes pour coordonner des instruments et des politiques différentes.

Enfin, nous avons examiné la méthode ouverte de coordination qui permet, même en l'absence d'une compétence européenne dans un secteur, de créer une dynamique de coordination. Cette coordination agit de deux façons : entre Etats et UE, et entre politique climatique et politiques sectorielles hors des compétences de l'Union.

Dans une perspective limitée à l'analyse de l'action européenne de lutte contre le changement climatique, ce Chapitre nous a permis d'identifier les mécanismes de mise en œuvre à disposition de l'UE. Dans une perspective plus large de droit administratif européen, cet ensemble de mécanismes constitue un exemple du

dépassement progressif du dualisme administration directe – indirecte, en faveur d’une logique d’administration par réseau : le trait commun à la plupart, voire à la totalité des instruments analysés, est que la coordination dans l’exécution de la politique climatique passe par une multiplication des *fora* de discussions, d’échanges, de prise de décisions, etc., où les institutions étatiques et européennes sont incitées à se réunir et à coopérer.

Chapitre 8. La politique climatique européenne entre unilatéralisme et exemplarité

Dans le Chapitre précédent nous avons analysé la mise en œuvre du paquet énergie-climat dans une perspective purement interne et nous avons vu quels instruments l'UE a à sa disposition pour faire face à la complexité de la lutte contre le changement climatique. Dans ce cadre, nous avons donc pu apprécier, entre autres, comment l'UE a fait face à la première des caractéristiques du changement climatique, la transversalité.

A présent, nous allons reprendre l'un des thèmes récurrents qui ont émergé tout au long de cette thèse et analyser comment l'UE utilise ses instruments internes dans son action extérieure. Cette analyse, complémentaire de la précédente, nous révélera les instruments à disposition de l'UE pour faire face à la seconde caractéristique du phénomène climatique que nous avons identifiée, la globalité.

L'usage extérieur de mesures internes, de la même manière que la politique climatique européenne et que le contexte international, a subi des évolutions importantes au fil des années : nous verrons qu'aujourd'hui l'utilisation d'instruments internes sur la scène mondiale va bien au-delà de la seule exemplarité telle que nous l'avons observée dans la première Partie (Titre I). A partir des mesures que nous avons analysées dans les Chapitres précédents, notamment le paquet énergie-climat, nous allons donc prendre en considération différentes actions européennes sur la scène internationale. Tout d'abord, nous examinerons un phénomène nouveau dans le domaine climatique qui est l'adoption unilatérale par l'UE de normes dont la mise en œuvre a des effets dans les pays tiers (section 1). Ensuite, nous allons revenir sur la politique de l'exemplarité pour comprendre ses formulations les plus récentes (section 2).

Section 1 : Les mesures climatiques unilatérales de l'UE : l'extraterritorialité

Le domaine climatique a été caractérisé durant les dernières années par l'adoption croissante de la part de l'Union de mesures unilatérales ayant des effets au-delà des frontières européennes. Les deux principaux exemples de mesures unilatérales sont

l'inclusion par la directive 2008/101/CE de l'aviation dans le SCEQE et l'établissement de critères de durabilité pour les biocarburants par la directive 2009/28/CE. A ces mesures, nous pouvons en ajouter une troisième dans le cadre du SCEQE : la directive 2003/87/CE, telle que modifiée par la directive 2009/29/CE, qui a soumis l'utilisation des crédits en provenance des mécanismes flexibles du Protocole de Kyoto (mécanisme de Mise en Œuvre Conjointe – MOC – et Mécanisme de Développement Propre – MDP) à l'engagement des pays concernés par les projets dans des accords internationaux. Les options mentionnées par la directive sont l'adhésion à un éventuel accord multilatéral post-Kyoto ou l'existence d'un lien entre le SCEQE et un marché de crédit d'émission dans le pays tiers concerné par le projet⁹⁶⁸.

Lors des dernières révisions du SCEQE, le législateur européen a en outre posé les fondements pour l'adoption d'autres mesures unilatérales qui n'ont pas été développées à ce jour : l'intégration dans le SCEQE des importateurs de produits fabriqués par les secteurs à risque de fuite de carbone (art. 10(1)b dir. 2003/87/CE) et l'extension du SCEQE au secteur des transports maritimes⁹⁶⁹.

Dans cette section, nous concentrerons cependant notre attention sur les seuls cas de l'aviation et des biocarburants. Les autres exemples, n'ayant pas eu d'application concrète, ne peuvent pas fournir pour l'instant des éléments de support à notre analyse. Nous commencerons par examiner dans quelle mesure les dispositions européennes sur l'aviation et les biocarburants peuvent être considérées comme ayant des effets en dehors du territoire européen (sous-section 1), puis nous réinsérerons cette analyse dans une réflexion plus vaste sur l'utilisation de mesures unilatérales dans la politique climatique internationale de l'Union (sous-section 2).

⁹⁶⁸ Nous examinerons ces liens entre marchés d'émissions dans la seconde section de ce chapitre.

⁹⁶⁹ L'inclusion des transports maritimes dans le système fait l'objet de la Communication de la Commission du 28 juin 2013, Integrating maritime transport emissions in the EU's greenhouse gas reduction policies, COM (2013) 479. Sur la possibilité d'inclusion des transports maritimes dans le SCEQE voir, entre autres : Mariella KREMLIS, « The Inclusion of the Shipping Industry in the EU ETS », *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 19, issue 3, juin 2010, pp. 145-156.

Sous-section 1 : l'extension des dispositions climatiques au-delà des frontières européennes.

Afin d'apprécier comment l'Union européenne utilise ses mesures climatiques internes sur la scène internationale, nous examinerons les deux principaux secteurs qui ont été concernés par ce phénomène : l'aviation (A) et les biocarburants (B).

A. L'extension du SCEQE au secteur de l'aviation

L'élargissement du SCEQE à des secteurs autres que ceux établis par la directive 2003/87/CE était déjà prévu par l'article 30 de la directive elle-même⁹⁷⁰. L'inclusion de l'aviation a été envisagée par les institutions européennes dès 2005⁹⁷¹. Parmi les différents moyens de transport, le choix s'est porté sur l'aviation dans la mesure où, même si l'impact du trafic aérien sur le changement climatique est encore modeste (environ 3% des émissions globales), une croissance très importante de ce mode de transport a conduit, entre 1990 et 2003, à une augmentation des émissions de GES par les aéronefs de 73% malgré des améliorations techniques remarquables⁹⁷².

La directive 2008/101/CE, modifiant la directive 2003/87/CE, a étendu la portée du SCEQE aux vols au départ et à destination d'aérodromes situés sur le territoire européen, selon des modalités qui ont soulevé des questions sur la dimension extraterritoriale de cette norme européenne (A.1), sur laquelle s'est également prononcée la Cour de Justice de l'UE (A.2).

A.1. l'extension du SCEQE aux pays tiers

Avec la directive 2008/101/CE, les émissions de CO₂ des vols au départ ou à destination de tout aéroport situé sur le sol européen doivent être comptabilisées au sens du SCEQE, et la compagnie aérienne effectuant le vol doit restituer des quotas

⁹⁷⁰ Cet article demandait à la Commission d'établir un rapport d'évaluation du fonctionnement du SCEQE pouvant être accompagné, le cas échéant, de propositions pour l'inclusion « *d'autres secteurs pertinents, comme l'industrie chimique, la métallurgie de l'aluminium et les transports, d'autres activités et les émissions d'autres gaz à effet de serre* ».

⁹⁷¹ Voir : Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, Réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique, du 27/09/2005, COM(2005) 459 final. Voir aussi les Conclusions du Conseil européen du 15 et 16 décembre 2006, *cit.* par. VII, p. 5, pt. 16.

⁹⁷² Amélioration du rendement énergétique des avions de 70% au cours des quarante dernières années. Pour une étude sur les différents types de GES dérivés de l'aviation voir : Jakob GRAICHEN et Bernd GUGELE, « Greenhouse Gas Emissions from Aviation », *ETC/ACC* (The European Topic Centre on Air and Climate Change) *Technical Paper 2006/3*, Décembre 2006.

d'émissions correspondant aux GES effectivement émis⁹⁷³. L'application de cette directive implique trois éléments dont le caractère extraterritorial a été suggéré par les opérateurs aériens extracommunautaires et par une partie de la doctrine⁹⁷⁴. Le premier est que pour le calcul des émissions la totalité du vol est comptabilisée : même si une partie seulement du trajet a lieu dans l'espace aérien européen, toutes les émissions sont soumises au SCEQE, même si elles ont lieu en haute mer ou sur des territoires étrangers. Les compagnies aériennes s'opposant à la mesure soulèvent l'exemple d'un vol de San Francisco à Londres, pour lequel 29% des émissions ont lieu dans l'espace aérien des Etats-Unis, 37% dans l'espace canadien, 25% en haute mer et moins de 9% dans l'espace aérien de l'UE⁹⁷⁵. Cependant, la compagnie aérienne sera obligée de restituer des quotas à hauteur de l'ensemble du trajet. Le deuxième élément est que l'Union peut décider d'exclure du SCEQE des compagnies dont le pays a adopté des mesures comparables de réduction des émissions de GES (directive 2003/87/CE, art. 25 bis (1) deuxième alinéa). L'UE devra ainsi évaluer des réglementations adoptées par des pays tiers. Le troisième élément est que la directive demande à être amendée en cas d'adoption d'un accord international dans le secteur (directive 2003/87/CE, art. 25 bis (2)), ce qui fait dépendre la norme européenne de l'évolution du cadre international.

Les raisons de la volonté européenne d'introduire ces éléments dans la directive 2008/101/CE peuvent être comprises à la lumière des débats internes et internationaux en la matière.

Du point de vue intérieur la discussion sur la possibilité de ne pas se limiter aux vols intra-communautaires a été animée. La Commission⁹⁷⁶, dès 2005, avait souligné

⁹⁷³ Pour une présentation des options que la Commission a pris en compte pour le calcul des émissions pour les aéronefs ainsi que pour une analyse du choix de la Commission, voir : Commission staff working document, Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community - Impact Assessment of the inclusion of aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community, du 20 décembre 2006, COM(2006) 818 final. Martin STANILAND, « Air Transport and the EU's Emissions Trading Scheme », *Policy Paper No. 13*, European Union Center of Excellence, European Studies Center, University of Pittsburgh, June 2009.

⁹⁷⁴ Nous utilisons ici le mot « extraterritorial » dans son sens courant et très large de « ayant un lien avec des territoires en dehors des frontières ». Par la suite nous serons portés parfois à l'utiliser dans un sens beaucoup plus étroit mais, afin de ne pas alourdir excessivement le texte, nous n'allons pas introduire deux expressions différentes. Le contexte rendra clair le sens attribué à ce mot dans chaque cas.

⁹⁷⁵ Nancy N. YOUNG, Vice President of Environmental Affairs, Air Transport Association of America, Inc. (ATA) before the Subcommittee on Aviation of the House Transportation and Infrastructure Committee, « The European Union's Emissions Trading Scheme: A Violation of International Law » (27 July 2011) : <http://republicans.transportation.house.gov/media/file/testimonyaviation/2011-07-27-%20young.pdf> (28/04/2013).

⁹⁷⁶ Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, Réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique, du 27/09/2005, COM(2005) 459 final.

l'importance d'appliquer le SCEQE à tous les vols au départ de l'UE, indépendamment de la nationalité de la compagnie aérienne effectuant le vol. Cette préférence trouvait son origine dans des raisons environnementales – l'inclusion dans le SCEQE des seuls vols internes à l'Union aurait conduit à couvrir moins de 40% des émissions de tous les vols au départ de l'Union⁹⁷⁷ – et de concurrence⁹⁷⁸. D'autres positions existaient au sein des institutions : le Comité économique et social européen, qui était d'accord pour l'inclusion de l'aviation dans le SCEQE, avait cependant envisagé une application initialement limitée aux vols intra-communautaires⁹⁷⁹. Au contraire, le Parlement européen en juillet 2006 a assumé une position plus avancée que celle de la Commission en proposant, *inter alia*, l'inclusion dans le SCEQE non seulement de tous les vols au départ des aéroports situés sur le territoire d'un Etat membre mais aussi ceux à l'arrivée et ceux se limitant à survoler l'espace aérien de l'Union⁹⁸⁰. La directive 2008/101/CE a partiellement intégré les observations du Parlement européen. Tous les vols intra-européens et les vols au départ (comme proposé par la Commission) ou à destination (comme suggéré par le Parlement) d'aéroports sur le territoire européen sont soumis au SCEQE, conformément à l'Annexe I de la directive.

Du point de vue extérieur, la possibilité pour le législateur européen de modifier la directive dans le cas d'un accord international dans la matière est liée à la stagnation des discussions sur la réduction des émissions du secteur aérien. Le forum principal pour la négociation d'instruments internationaux concernant l'aviation civile est l'OACI, l'Organisation Internationale pour l'Aviation Civile créée en 1947 et ayant le statut d'institution spécialisée des Nations-Unies⁹⁸¹. Suite à des études sur l'impact du secteur aérien sur le changement climatique, en 2001, l'Assemblée de l'OACI

⁹⁷⁷ *Ibid*, p. 10. La Commission dans son estimation fait référence à des données d'Eurocontrol, l'Organisation Européenne pour la Sécurité de la navigation aérienne.

⁹⁷⁸ *Ibid*, p. 11.

⁹⁷⁹ Avis du Comité Européen Economique et Social du 21 avril 2006 sur la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, « Réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique », NAT/299, pt. 4.7.

⁹⁸⁰ Résolution du Parlement européen sur la réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique, du 4/07/2006, P6_TA(2006)0296, pt. 31. Au Royaume-Uni, la *House of Lords* s'est opposée fermement à cette extension du SCEQE, considérée comme allant bien au-delà du contrôle des émissions de CO₂ sous la responsabilité de l'Union européenne. UK House of Lords European Union Committee, 21st Report of Session 2005-06, « Including the Aviation Sector in the European Union Emissions Trading Scheme », HL Paper, 9/02/2006, pp. 31 ss.

⁹⁸¹ Pour une présentation de l'OACI, de son évolution, de ses fonctions et relations avec d'autres agences des Nations-Unis, voir, entre autre, Ludwig WEBER, *International Civil Aviation Organisation (ICAO)*, Wolters Kluwer ed, AH Alphe aan den Rijn, The Netherlands, 2012. Rappelons que les trois objectifs principaux de l'OACI sont : la sûreté, la sécurité et la protection de l'environnement. Pour une brève présentation de ces objectifs : Gilbert GUILLAUME, « ICAO at the

avait envisagé l'adoption d'un système d'échange de quotas d'émissions pour le secteur de l'aviation civile⁹⁸². Malgré cette impulsion initiale⁹⁸³, les négociations au sein de l'OACI se sont enlisées et, en 2008, les 188 Etats membres de l'OACI n'étaient pas parvenus à « *s'entendre sur des normes internationales ou des redevances applicables aux émissions de CO₂ et une tentative visant à adopter un indicateur d'efficacité pour les aéronefs a échoué* »⁹⁸⁴. Les difficultés de parvenir à un accord sont notamment dues à l'opposition de deux groupes de pays : les pays en développement et un groupe de pays industrialisés regroupés autour des Etats-Unis. Les premiers ont notamment fondé leur opposition sur le principe des responsabilités communes mais différenciées, qu'ils considéraient enfreint par l'établissement d'un système d'échange de quotas d'émissions applicable à tous les Etats. Les Etats-Unis restaient en opposition à tout engagement contraignant de réduction des émissions de GES.

A.2 L'extraterritorialité du SCEQE à l'épreuve de la Cour de Justice de l'UE

L'extension du SCEQE aux vols effectués seulement en partie dans l'espace aérien européen, avec la seule condition d'atterrir ou de décoller du territoire d'un Etat membre, a conduit à de vives réactions des compagnies aériennes non européennes et de leurs associations. Un groupe de compagnies américaines et associations de compagnies aériennes ayant leur siège aux Etats-Unis ou au Canada a attaqué la transposition de la directive au Royaume-Uni devant la High Court of Justice of England and Wales. La Cour de Justice a ensuite été appelée à se prononcer par la voie d'une décision à titre préjudiciel sur la validité de la directive 2008/101/CE⁹⁸⁵ (arrêt ATA). Au cœur des questions pour lesquelles la Cour a été saisie réside la

Beginning of the 21st Century. The 8th Beaumont Memorial Lecture, 5 February 2008 », *Air and Space Law*, Issue 4-5, August-September 2008, pp. 313-317.

⁹⁸² OACI, Résolution, A33-7, « Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection », 2001, Appendix H, « Environmental impact of civil aviation on the atmosphere », p. 28.

⁹⁸³ L'Assemblée de l'OACI a demandé au Conseil de développer des lignes directrices ayant l'objectif d'établir les aspects juridiques et pratiques d'un système d'échange de quota d'émission pour l'aviation civile. En 2004, le Comité pour la Protection de l'Environnement de l'OACI a constitué une équipe (connue sous le nom de *Emissions Trading Task Force*) ayant l'objectif de fournir un guide sur les aspects suivants : quels sujets soumettre à un éventuel système d'échange d'émissions ; quelles sources et quels types d'émission de GES prendre en compte ; comment distribuer les droits d'émissions et, enfin, le champ d'application du système (*i.e.* la zone géographique à couvrir). Voir : Andreas HARDEMAN, « A Common Approach to Aviation Emission Trading », *Air and Space Law*, Issue 1, February 2007, pp. 10-11.

⁹⁸⁴ Communication de la Commission « Réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique », *cit.*, pt. 4.2, p. 5.

⁹⁸⁵ CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, *Rec* 2011 I-13755.

vérification de la conformité de la directive 2008/101/CE au regard des conventions internationales et du droit international coutumier.

L'affaire, comme il a été souligné par l'Avocat Général Madame Juliane KOKOTT, a revêtu une grande importance « *non seulement pour la configuration future de la politique climatique européenne, mais aussi sur un plan plus général pour les rapports entre le droit de l'Union et le droit international public* »⁹⁸⁶. Nous n'examinons toutefois pas cet arrêt dans cette deuxième perspective, celle concernant l'évolution des rapports entre le droit de l'UE et le droit international public, mais nous focalisons notre analyse sur l'appréciation de l'extraterritorialité de la directive⁹⁸⁷. L'interprétation de la Cour nous servira par la suite pour analyser l'exercice unilatéral du pouvoir réglementaire européen (sous-section 2).

S'agissant de l'examen de la validité de la directive 2008/101/CE au regard des conventions internationales, la Cour a considéré que seul l'accord Ciel Ouvert était invocable⁹⁸⁸. Des trois dispositions de l'accord qui ont fondé l'examen de validité, seule l'invocation des articles 7 et 15(3) a conduit à une appréciation de l'extraterritorialité de la directive.

L'article 7 de l'accord Ciel Ouvert disposait que « *les lois et dispositions édictées par une partie contractante sur son territoire valent aussi pour les aéronefs (...) de l'autre partie et doivent être respectées par ceux-ci* »⁹⁸⁹. Selon les parties requérantes la directive 2008/101/CE violerait cette disposition dans la mesure où elle ne se limite

⁹⁸⁶ CJUE, aff. C-366/10, *cit.*, conclusions de l'Avocat Général Mme Juliane KOKOTT, présentées le 6 octobre 2011, pt. 4. L'importance de l'arrêt pour les rapports entre droit de l'Union et droit international a été souligné aussi par les commentateurs, par exemple : Pablo MENDES de LEON, « ATA and others c. U Secretary of State for Energy and Climate Change (2009) », *Air and Space Law*, no. 2(2010), pp. 199-200.

⁹⁸⁷ Pour cette raison nous ne prenons pas ici en compte la première question préjudicielle proposée à la Cour, portant sur l'invocabilité de conventions internationales et de principes du droit international coutumier comme critères du contrôle de légalité de la directive 2008/101.

⁹⁸⁸ La Cour de Justice s'est en effet prononcé sur l'invocabilité de trois conventions internationales : la Convention de Chicago, le Protocole de Kyoto et l'accord Ciel Ouvert. Seul l'accord Ciel Ouvert remplissait les critères d'invocabilité d'un accord international comme critère de contrôle sur la directive 2008/101/CE. Rappelons que pour pouvoir être invoquées, les conventions internationales doivent remplir deux critères : l'UE doit être liée par la convention invoquée et les dispositions de la convention doivent être, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises. Dans l'affaire C-366/10, la Cour a considéré que la Convention de Chicago ne remplissait pas le premier critère, car seuls les Etats sont parties à la Convention de Chicago, tandis que le Protocole de Kyoto ne remplissait pas le second critère. Du Protocole de Kyoto, la disposition invoquée par les requérantes était l'article 2(2) qui établit : « *Les parties visées à l'Annexe I cherchent à limiter ou réduire les émissions de gaz à effet de serre non réglementés par le Protocole de Montréal provenant des combustibles de soute utilisés dans les transports aériens et maritimes, en passant par l'intermédiaire de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale et de l'Organisation Maritime Internationale, respectivement* ». En s'appuyant sur cet article pour le contrôle de validité de la directive 2008/101, les parties requérantes soulignaient leur critique à la méthodologie choisie par l'Union européenne dans l'inclusion de l'aviation dans la lutte contre le changement climatique. Elles interprétaient les mots « *cherchent à poursuivre* » comme une source d'obligation pour les parties à l'Annexe I du Protocole de Kyoto à ne pas prendre des décisions unilatérales en matière d'instruments de réduction des émissions dans le secteur de l'aviation. Interprétant de manière littérale le texte de l'article, la Cour a considéré que la disposition n'a pas un contenu suffisamment précis et inconditionnel pour être invoqué dans le cadre d'une demande en annulation d'un acte européen.

⁹⁸⁹ Conclusions de l'Avocat Général, pt. 103.

pas à appliquer le SCEQE lors de l'entrée ou de la sortie de l'aéronef de l'espace aérien européen, mais également aux parties de vols réalisées au-dessus de la haute mer et des territoires des pays tiers. La Cour a considéré que la directive 2008/101/CE ne viole pas cette disposition dans la mesure où les aéronefs ne sont pas soumis au SCEQE en tant qu'aéronefs immatriculés dans les Etats tiers et survolant le territoire européen ; ils sont soumis au SCEQE seulement s'ils choisissent d'exploiter des lignes aériennes commerciales au départ ou à l'arrivée des aéroports situés sur le territoire d'un Etat membre de l'UE. L'application du SCEQE à ces aéronefs est motivée par l'utilisation d'aéroports sur le territoire européen.

Pour l'examen de la validité de la directive au regard de l'article 7 de l'accord Ciel Ouvert, la Cour a apprécié ce que nous avons précédemment (A1) considéré comme le premier élément d'extraterritorialité de la directive 2008/101/CE, c'est-à-dire la comptabilisation des parties de trajet hors-UE. Pour l'examen au regard de l'article 15(3) de l'accord Ciel Ouvert, la Cour a fait référence au second élément : la possibilité d'exclure de l'application de la directive les compagnies en provenance de pays ayant adopté des mesures de réduction des émissions comparables aux mesures européennes. L'article 15(3), deuxième phrase de l'accord Ciel Ouvert, lu en combinaison avec les articles 2 et 3(4) de l'accord, invoqué par les compagnies aériennes, concerne l'engagement des parties à l'application de mesures de protection de l'environnement. La Cour a d'abord constaté que l'Air Transport Association of America n'avait pas indiqué quelle norme avait été méconnue par la directive 2008/101/CE. Ensuite, conformément à la lettre de l'article 15(3), elle a vérifié si les règles adoptées par l'OACI en matière d'environnement avaient été respectées, notamment l'Annexe à la résolution A/37-19 qui prévoit les principes directeurs relatifs à l'élaboration et à la mise en œuvre de mécanismes basés sur un système de marché. La Cour met en évidence le fait que l'Annexe n'indique pas que ces instruments sont contraires aux règles OACI mais plutôt que les instruments de marchés devraient favoriser la limitation des émissions de GES de l'aviation civile internationale et que les émissions de CO₂ de ce secteur ne peuvent pas être prises en compte deux fois⁹⁹⁰. La directive 2008/101/CE est conforme à ces dispositions : elle

⁹⁹⁰ CJUE, aff. C-366/10, *cit.*, pt. 150. S'agissant de l'Annexe à la résolution A/37-19 de l'OACI, les lettres b) et f) affirment respectivement que : « *Market Based Measurements (MBM) should support the mitigation of GHG emissions from international aviation* » et « *MBMs should not be duplicative and international aviation CO₂ emissions should be accounted for only once* ».

introduit dans la directive 2003/87/CE l'article 25 *bis*, établissant qu'à l'adoption par des pays tiers de « *mesures en vue de réduire l'impact sur le climat des vols partant de ce pays et atterrissant dans la Communauté* » devra suivre une consultation entre la Commission, ces pays et les Etats membres pour assurer « *une interaction optimale entre le système communautaire et les mesures prises par ces pays tiers* ». L'article 25 *bis* permet notamment de ne pas imposer aux compagnies étrangères une double prise en compte des émissions effectuées. Il n'existe donc pas de violation de l'article 15(3) de l'accord Ciel Ouvert par la directive 2008/101.

L'examen de l'extraterritorialité de la directive a été poursuivi par la Cour lors de l'appréciation de sa validité au regard du droit international coutumier et notamment de trois principes⁹⁹¹. Le premier affirme la souveraineté complète et exclusive d'un Etat sur son propre espace aérien⁹⁹². Le deuxième établit qu'aucun Etat ne peut prétendre soumettre légitimement une part quelconque de la haute mer à sa souveraineté. Le troisième garantit la liberté de survol de la haute mer. La compatibilité de la directive avec ces trois principes est donc liée à la définition du champ d'application de la directive *ratione loci*. Le premier élément de l'extraterritorialité de la directive – la prise en compte du vol entier pour la soumission au SCEQE – a donc été contesté par les requérantes. L'interprétation de ces principes constitue le cœur des critiques que les Etats tiers et les compagnies aériennes extra-européennes ont avancées contre la directive 2008/101/CE.

La différence fondamentale entre la position des parties et celle de la Cour réside dans la caractérisation du SCEQE. Les compagnies aériennes américaines considèrent que le SCEQE est un système de régulation de la conduite des compagnies aériennes étrangères. Le SCEQE serait illégal dans la mesure où il impose aux compagnies

⁹⁹¹ En l'absence d'une jurisprudence claire permettant d'apprécier à quelles conditions les principes de droit international coutumier peuvent être utilisés dans l'appréciation de la validité des actes de l'Union, la Cour applique par analogie les deux conditions prises en compte lors de l'examen de validité au regard des accords internationaux. La première est le fait qu'il doit exister un principe de droit international coutumier qui lie l'Union. La deuxième porte sur la nature et l'économie du principe de droit international coutumier identifié : il doit être inconditionnel et suffisamment précis. En se prononçant sur l'utilisation de ces deux critères, la Cour, à cette occasion, a souligné qu'il faut prendre en compte qu'un « *principe de droit international coutumier ne revêt pas le même degré de précision qu'une disposition d'un accord international* » (pt. 110). Par conséquent, le contrôle juridictionnel doit nécessairement « *se limiter au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ces principes* » (pt. 110). Notons que dans l'examen de l'invocabilité des principes de droit coutumier évoqués par les requérantes, seulement un n'a pas été considéré par la Cour comme remplissant le premier critère. Il s'agissait du principe selon lequel les aéronefs survolant la haute mer sont soumis à la juridiction exclusive du pays dans lequel ils sont immatriculés, sauf expressément prévu par un traité international. La non invocabilité de ce principe est motivée par le constat qu'il existe un principe selon lequel les moyens de transport en haute mer sont soumis exclusivement à la souveraineté de l'Etat d'immatriculation, mais ce principe existe uniquement pour les navires et ne peut pas être appliqué par analogie aux aéronefs (Conclusions de l'Avocat Général, pt. 128. Arrêt de la Cour, pt. 106).

aériennes une certaine conduite non seulement à l'intérieur des frontières européennes, mais aussi en dehors de ces frontières : au-dessus de la haute mer et même dans l'espace aérien des pays tiers⁹⁹³. Le raisonnement de la Cour et celui de l'Avocat Général, qui diffèrent légèrement mais sur des aspects importants pour notre analyse, méritent d'être considérés dans leur entièreté.

Le point de départ des deux raisonnements pour la vérification du respect des principes de droit coutumier est le même que celui concernant l'examen de l'accord Ciel Ouvert : le SCEQE s'applique en raison du fait qu'un aéronef décolle d'un Etat membre ou atterrit sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne. Il ne s'applique pas aux vols qui ne se posent pas sur le sol européen et se contentent de le survoler. La raison de la soumission au SCEQE est l'utilisation d'aérodromes dans l'Union et donc de services qui y sont fournis. Chaque compagnie aérienne, dans l'établissement de ses stratégies commerciales, peut librement décider d'effectuer ou non des trajets à l'arrivée ou au départ de l'Union européenne. L'exploitant qui a décidé de décoller ou d'atterrir dans un Etat membre se soumet, conformément au premier principe de droit coutumier invoqué et à l'article 7 de l'accord Ciel Ouvert, au droit de l'Etat sur lequel il se trouve et, donc, à l'application du SCEQE. Le fait que l'exploitant d'un aéronef immatriculé dans un pays tiers décollant ou atterrissant en Europe soit tenu de respecter le SCEQE relève des choix de politique environnementale propres à l'Union. La Cour remarque que, conformément à l'article 191 TFUE, le législateur européen peut conditionner l'exercice d'une activité commerciale sur son territoire, en l'occurrence le transport aérien, au respect de certaines conditions de protection de l'environnement. La Cour, en outre, a souligné que l'Union a inséré l'aviation dans le SCEQE non seulement dans le cadre de sa politique environnementale, mais aussi dans le cadre du prolongement d'un accord international auquel l'Union a souscrit : le Protocole de Kyoto⁹⁹⁴. Le fait que les

⁹⁹² Ce principe a été inclut dans le premier article de la Convention de Chicago.

⁹⁹³ « *Let there be no mistake about it, ETS does and will regulate conduct outside the EU. It is astonishing that a US airline must acquire an EU licence to cover its emissions at a US airport, or in US airspace, but this is precisely what the ETS requires. This is incompatible with the exclusive jurisdiction of the United States to regulate such emissions. If exclusive jurisdiction means anything, it means – in this context – that if any authority is to require permits for emissions by US airlines at US airports or in US airspace, that authority must be a competent US authority* », Claimants Oral Submissions, cité dans Steven M. DEJONG, « Hot Air and Hot Heads: An Examination of the Legal Arguments Surrounding the Extension of the European Union's Emissions Trading Scheme to Aviation », *Asian Journal of International Law*, vol. 3, issue 1, janvier 2013, p. 170.

⁹⁹⁴ *Ibid*, pt. 128.

émissions se soient produites en dehors de l'Union ne peut en aucun cas préjuger la pleine applicabilité du SCEQE.

Une fois établi que l'exploitant de l'aéronef est tenu de respecter le SCEQE, le fait de considérer le trajet entier qu'il parcourt ne devient qu'un élément du calcul pour établir le nombre de quotas à restituer. Sur ce point, l'analyse de l'Avocat Général diffère de celle de la Cour : pour Mme KOKOTT, même s'il « *est vrai que l'on prend (...) en considération des événements se produisant au-dessus de la haute mer ou du territoire de pays tiers* » et que « *les compagnies aériennes peuvent se voir indirectement incitées à se comporter, lors du survol de la haute mer ou du territoire de pays tiers, de manière à consommer le moins possible de carburant et à émettre le moins possible de gaz à effet de serre (...) il n'existe (...) pas de réglementation concrète de leur comportement dans l'espace aérien extérieur à l'Union européenne* »⁹⁹⁵. La prise en compte du trajet entier, même en dehors des frontières européennes, ne peut en aucun cas être considérée comme un élément d'extraterritorialité. La Cour ne mentionne pas expressément l'extraterritorialité éventuelle de la norme, mais se limite à indiquer que la directive « *ne méconnaît pas le principe de territorialité ni la souveraineté des États tiers, (...) dès lors que les aéronefs se trouvent physiquement sur le territoire de l'un des États membres de l'Union et sont ainsi soumis à ce titre à la pleine juridiction de l'Union* ». Nous verrons dans la prochaine sous-section que la doctrine a donné des interprétations divergentes sur ce point.

Au-delà de cette appréciation de l'extraterritorialité de la directive, nous estimons utile de reprendre brièvement l'examen de la validité de la directive 2008/101/CE par rapport à une autre disposition de l'accord Ciel Ouvert, car la Cour s'est prononcée sur des aspects essentiels du SCEQE. L'article 11 (1) et (2) sous c) de l'accord Ciel Ouvert prévoit une exemption de taxes, droits de douanes, redevances et prélèvement sur les carburants, lubrifiants et fournitures techniques des aéronefs des parties contractantes. Pour motiver la compatibilité de la directive 2008/101/CE avec cette disposition, la Cour distingue les mesures énoncées par l'article 11 de l'accord Ciel Ouvert des mécanismes de marché. En incluant l'aviation dans le SCEQE, le législateur européen a créé une incitation pour les compagnies aériennes à produire moins d'émissions par rapport à celles qui leur sont allouées afin de pouvoir vendre le

surplus et obtenir ainsi des bénéfices économiques. La différence fondamentale entre le SCEQE et les mesures prévues par l'article 11 est que ces dernières constituent des prélèvements obligatoires sur la détention et la consommation de carburants, tandis que dans le SCEQE, « *il n'y a pas de lien direct et indissociable entre la quantité de carburant détenue ou consommée par un aéronef et la charge pécuniaire incombant sur l'exploitant d'un tel aéronef* »⁹⁹⁶. En effet, le coût effectif qui pèserait sur l'exploitant correspond à la quantité de quotas à restituer⁹⁹⁷. La différence essentielle réside donc, selon la Cour, dans le fait que pour le SCEQE le lien entre coût subi et consommation de carburant n'est pas direct comme dans les cas prévus par l'article 11. La Cour conclut en estimant que le SCEQE n'a pas vocation à créer une recette en faveur des autorités publiques comme dans le cas des droits, taxes ou redevances.

B. Les biocarburants

Le second secteur concerné par l'utilisation de normes unilatérales ayant des effets au-delà des frontières européennes est celui des biocarburants. La directive 2009/28/CE fixe pour tous les Etats membres un objectif d'utilisation de 10% de biocarburants dans les transports à l'horizon 2020. Toutefois, en considérant les effets négatifs que la production de biocarburants peut avoir sur la biodiversité, sur l'environnement en général et sur les modes de vie des populations locales (voir Chapitre 6), le législateur européen a exigé que les biocarburants respectent des caractéristiques les qualifiant de « durables », en remplissant les critères imposés par la directive. L'accès au marché européen des carburants n'est donc pas interdit aux produits qui ne correspondent pas aux critères imposés, mais l'intérêt des Etats membres à promouvoir l'utilisation de biocarburants « durables » devrait inciter les producteurs à se conformer à ces critères pour augmenter leur chances de se positionner sur le marché européen.

Les critères qui doivent être remplis pour considérer un biocarburant comme durable sont au nombre de trois. Le premier critère est la capacité de ce biocarburant à réduire les émissions de GES d'au moins 35% par rapport à des produits similaires

⁹⁹⁵ Conclusions de l'Avocat Général, pt. 147.

⁹⁹⁶ ECJ, arrêt, pt. 142.

⁹⁹⁷ « *Le coût concret incombant à cet exploitant et résultant de la quantité de quotas à restituer, laquelle est calculée notamment sur la base de la consommation de carburant, dépend, s'agissant d'une mesure fondée sur le marché, non pas directement du nombre de quotas qui doivent être restitués, mais bien du nombre de quotas initialement alloués à cet*

conventionnels (art. 17(2), premier alinéa)⁹⁹⁸. Le deuxième critère impose que les biocarburants ne soient pas produits sur des « *terres de grande valeur en termes de diversité biologique* » (art. 17(3) dir. 2009/28/CE) et le troisième qu'ils ne soient pas produits sur des terres « *présentant un important stock de carbone* » (art. 17(4) dir. 2009/28/CE). Ces trois critères comportent des évaluations de la part de l'Union européenne sur les choix et les méthodes de production des pays tiers et leurs effets sur la biodiversité, la société et l'économie locales. Ces évaluations comportent une vérification de la part de la Commission européenne qui, sur une base biannuelle, présente au Conseil et au Parlement européen un rapport concernant le respect des critères de durabilité par les pays producteurs de biocarburants, ainsi que la « *protection des sols, de l'eau et de l'air* » (art. 17(7) dir. 2009/28/CE).

La volonté du législateur européen de produire des effets au-delà des frontières de l'Union se manifeste également dans la possibilité de conclure des accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux entre l'UE et les pays producteurs de biocarburants. Ces accords, que « *la Communauté s'efforce de conclure* » (art. 18(4) dir. 2009/28/CE), peuvent inclure des critères de durabilité qui correspondent à ceux fixés par la norme européenne. Suite à la conclusion de ces accords, la Commission européenne peut décider qu'ils « *servent à établir que les biocarburants (...) à partir des matières premières cultivées dans ces pays sont conformes au critère de durabilité* » (art. 18(4) dir. 2009/28/CE).

Dans notre analyse du caractère extraterritorial des mesures européennes, il est utile de remarquer, comme il a été souligné par la doctrine⁹⁹⁹, que le choix de soumettre les biocarburants produits à l'étranger au critère de durabilité répond à plusieurs considérations. Les traités disposent effectivement, comme nous l'avons vu dans le Chapitre 1, que l'action de l'Union, tant interne qu'extérieure, doit contribuer au développement durable de l'Europe et de la planète (art. 3(3) et (5) TUE, art 21(2) d) TUE). Au niveau international, la durabilité des biocarburants est uniquement abordée dans des lignes guides sectorielles ou des propositions de valeurs standard

exploitant ainsi que de leur prix sur le marché lorsque l'acquisition de quotas supplémentaires s'avère nécessaire pour couvrir les émissions dudit exploitant ». *Ibid.*, pt. 143.

⁹⁹⁸ Ce seuil de réduction est porté à 50% à partir du 1^{er} janvier 2017 et à 60% pour les installations qui commenceront leur activité après cette date (art. 17(2), deuxième alinéa).

⁹⁹⁹ Ellen Margrethe BASSE, « The legal design of sustainability criteria on biofuels used by the European Union », *Environmental reviews and case studies, Environmental practice*, vol. 15, issue 1, 2013, pp. 50-61. Elisa MORGERA, « Ambition, Complexity, and Legitimacy of Pursuing Mutual Supportiveness Through the EU's External Environmental

produites par des organisations comme la FAO ou le GIEC, ne recouvrant pas entièrement l'étendue de la question. Par exemple, la FAO a élaboré un système de classification des forêts permettant d'établir une valeur de biodiversité, mais ne prenant pas en compte le rôle de puits de carbone des zones non forestières (e.g. les prairies). En outre, il n'existe pas d'accord multilatéral pour les biocarburants. La création d'un critère de durabilité par le législateur européen et sa promotion à l'extérieur par le biais du marché répond donc à un vide juridique mais elle reprend autant que possible les propositions existantes (dir. 2009/28/CE, considérants 69 et 71). Enfin, des considérations économiques sur la concurrence dans le marché intérieur interviennent dans le choix d'imposer les critères à tous les opérateurs indépendamment de leur nationalité : si les seuls Etats membres devaient respecter les critères de durabilité, les biocarburants en provenance de pays tiers auraient un avantage compétitif au détriment des conditions environnementales.

Sous-section 2 : l'unilatéralisme comme moyen, le multilatéralisme comme fin

A. Extraterritorialité ou extension territoriale

Nous avons vu, en particulier à propos de l'extension du SCEQE à l'aviation, que l'extraterritorialité des normes climatiques européennes est une question sensible. Même les arguments que la Cour de Justice et l'Avocat General ont utilisés pour soutenir l'absence d'extraterritorialité de la directive 2008/101/CE ne fournissent pas une réponse complètement satisfaisante. Ces considérations nous conduisent donc à nous interroger sur la notion d'extraterritorialité et à reconsidérer la conclusion de la Cour à la lumière de la doctrine. Nous souhaitons en particulier comprendre si l'extension du SCEQE à l'aviation peut effectivement avoir une dimension extraterritoriale et si cette dimension coïncide ou non avec celle du critère de durabilité des biocarburants.

Action », in Bart VAN VOOREN, Steven BLOCKMANS et Jan WOUTERS (dir), *The EU's Role in Global Governance, the Legal Dimension*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 195-208.

La notion d'extraterritorialité a largement été débattue par la doctrine et par la jurisprudence¹⁰⁰⁰. De manière générale, l'application d'une norme peut être considérée comme extraterritoriale quand « *tout ou partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire de l'Etat qui l'a émise* »¹⁰⁰¹. Si le plus souvent le terme « extraterritorialité » est utilisé dans ce sens très étendu et recoupant un nombre très important de situations possibles, de nombreux auteurs ont proposé des distinctions plus fines au sein de ce concept. Nous pouvons prendre en compte deux exemples.

Brigitte STERN opère plusieurs distinctions¹⁰⁰² : d'abord, entre extraterritorialité « au sens procédural », si la mise en œuvre d'une norme est effectuée par une autorité extérieure à l'Etat qui l'a adoptée, et « au sens matériel », quand la norme « *s'applique à des situations qui ont lieu en dehors de l'Etat qui l'a émise* ». Cette seconde catégorie, qu'elle qualifie aussi d' « extraterritorialité directe », peut à son tour être décomposée en « application extraterritoriale *stricto sensu* », lorsque l'application de la norme suppose l'exécution d'actes extérieurs au territoire de l'Etat auteur de celle-ci, et en « imputation extraterritoriale » dans le cas où l'Etat considère « *des faits extérieurs à son territoire pour imposer un certain comportement sur son territoire* ».

Joanne SCOTT, en examinant le recours par l'UE à des normes ayant un effet extraterritorial, propose une distinction fondée sur le lien territorial déclenchant l'application d'une disposition en dehors des frontières européennes¹⁰⁰³. Elle qualifie d'« extraterritoriale » uniquement une mesure qui impose des obligations en l'absence d'un lien territorial significatif avec l'Etat qui adopte la norme, et d'« extension territoriale » l'application d'une mesure prenant en compte des circonstances extérieures à l'Etat mais en présence d'un lien territorial solide avec celui-ci.

Les deux auteurs ont des perspectives différentes dans la mesure où elles identifient des traits distinctifs divers dans leurs classifications et mettent la barre de

¹⁰⁰⁰ Voir, entre autres, Lydia LEBON, *La territorialité et l'Union Européenne. Approches de droit public*, thèse de doctorat de l'Université Montesquieu – Bordeaux IV, sous la direction de M. Olivier DUBOS et de M. Denys SIMON, soutenue le 5 juillet 2013, 745 p.

¹⁰⁰¹ Brigitte STERN, « L'extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *Annuaire français de droit international*, volume 38, 1992. pp. 242.

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ Joanne SCOTT, « Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, No. 1, 2014.

l'extraterritorialité à des niveaux différents (pour J. SCOTT, l'extension territoriale ne constitue pas une forme d'extraterritorialité). Le point commun entre les deux propositions réside dans l'identification de deux « degrés d'extraterritorialité » : une extraterritorialité « forte », lorsque l'application d'une norme a lieu sur le territoire d'un Etat différent de celui qui l'a adoptée (ou pour l'UE, dans un pays tiers), et une extraterritorialité « faible », où l'application se limite à l'Etat d'adoption de la mesure mais prend en compte des circonstances externes à celui-ci. Par la suite, nous allons adopter la terminologie proposée par Joanne SCOTT, développée à partir de cas européens et mieux adaptée à l'analyse de l'arrêt ATA, mais nous allons garder à l'esprit que son interprétation de l'extension territoriale, distincte de l'extraterritorialité, n'est pas la seule possible : elle peut être considérée comme une forme d'extraterritorialité « faible ».

Nous pouvons maintenant reconsidérer l'extension du SCEQE au secteur de l'aviation et l'arrêt ATA à la lumière de ces considérations. L'élément « clé » dans l'appréciation de l'extraterritorialité éventuelle de la directive 2008/101/CE est la prise en compte de l'ensemble du trajet effectué par l'aéronef, y compris à l'extérieur des frontières européennes, dans le calcul des émissions soumises au SCEQE.

La Cour considère que l'élément essentiel dans l'application de la directive est l'utilisation d'aérodromes situés dans des Etats membres, et estime que la prise en compte de l'intégralité du trajet ne constitue qu'une règle de calcul n'affectant pas directement la conduite des avions en dehors du territoire européen. Elle affirme donc que le principe de territorialité des pays tiers n'est pas enfreint. L'Avocat Général, sur la base de la même considération relative à l'utilisation des aérodromes européens, estime qu'il existe un lien territorial fort entre l'action régie (le vol) et le territoire de l'Union. En lien avec la jurisprudence de la Cour¹⁰⁰⁴, elle affirme que « *ce qui importe du point de vue du droit international, c'est que les faits présentent un lien suffisant avec l'État ou l'organisation internationale concernés* »¹⁰⁰⁵ et que le SCEQE n'a pas d'effet extraterritorial.

La principale critique formulée par la doctrine est que l'existence d'un lien territorial fort permet de justifier la juridiction mais ne permet pas pour autant d'exclure

¹⁰⁰⁴ CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemyndigheden c. Poulsen et Diva Navigation*, aff. C-286/90, Rec. p. I-6019.

¹⁰⁰⁵ Conclusions de l'Avocat Général, pt. 149.

l'extraterritorialité¹⁰⁰⁶. Puisque la directive règle effectivement une conduite en dehors des frontières européennes¹⁰⁰⁷, elle a une dimension extraterritoriale, qui n'affecte pas cependant sa validité au regard du droit international public.

Une lecture différente est avancée par Joanne SCOTT, qui reprend intégralement les arguments de l'Avocat Général pour fonder la distinction déjà mentionnée entre extraterritorialité – absente à son avis dans ce cas – et extension territoriale. Cette dernière est présente dans le cas de la directive 2008/101/CE en raison du lien territorial fort déterminé par l'usage des aéroports européens¹⁰⁰⁸.

Si nous comparons ces différentes positions, nous pouvons observer que le point de divergence se fonde sur l'appréciation de la notion d'extension territoriale : s'agit-elle d'une absence d'extraterritorialité, comme l'affirment Joanne SCOTT et l'Avocat Général, ou plutôt d'une forme « faible » d'extraterritorialité¹⁰⁰⁹, acceptée par le droit international et la jurisprudence européenne ? Dans notre analyse des mesures unilatérales de l'Union ayant des effets en dehors de son territoire, le point qui nous intéresse est que la directive peut influencer la conduite des opérateurs à l'extérieur de l'UE. Il nous semble donc opportun de préférer, ici, la seconde interprétation, selon laquelle la directive a un effet que nous pouvons qualifier d'extraterritorial.

Avant de passer aux biocarburants, une dernière remarque sur l'aviation doit être faite à propos de la référence à l'arrêt C-188/07¹⁰¹⁰ faite par l'Avocat Général et par la Cour. Dans cette affaire, concernant le déversement en mer d'hydrocarbures à la suite du naufrage du navire pétrolier Erika, la Cour a établi que l'effet de la pollution constitue un lien territorial suffisant pour l'application extraterritoriale de normes européennes. Dans l'arrêt ATA, sans en faire un point fondamental de son raisonnement, la Cour affirme que « *dans le cadre de l'application de la réglementation de l'Union en matière d'environnement, (le fait que) certains éléments contribuant à la pollution de l'air, de la mer ou du territoire terrestre des États membres trouvent leur origine dans un événement qui se déroule en partie en dehors de ce territoire n'est pas de nature, au regard des principes du droit international coutumier (...), à remettre en cause la pleine applicabilité du droit de*

¹⁰⁰⁶ Tomasz KOZIEL, « Extraterritorial application of EU environmental law – Implications of the ECJ's Judgment in Air Transport Association of America », *The Columbia Journal of European Law Online*, 2012, 7 p.

¹⁰⁰⁷ Notons que les émissions réalisées par un avion au cours d'un vol dépendent entre autres de facteurs tels la vitesse, l'altitude, le poids transporté. Les compagnies peuvent effectivement modifier leur conduite pour réduire leurs émissions.

¹⁰⁰⁸ Joanne SCOTT, *ibid.*

¹⁰⁰⁹ L' « imputation territoriale » selon la terminologie de Brigitte STERN.

l'Union sur ledit territoire »¹⁰¹¹. Les conséquences d'une application de cette jurisprudence aux émissions de GES pourraient être très larges¹⁰¹². En considérant l'échelle globale du changement climatique, il est possible de soutenir que toute émission de GES sur la planète a un effet global et contribue, par conséquent, à la modification du climat européen. La conséquence, paradoxale, de ce raisonnement est que l'Union pourrait adopter des mesures régissant toutes les activités émettant des GES où qu'elles se trouvent.

Pour conclure notre étude de l'extraterritorialité des mesures climatiques européennes, nous pouvons évaluer si le critère de durabilité que la directive 2009/28/CE établit pour les biocarburants constitue ou non une forme d'extraterritorialité et si celle-ci est du même « degré » que dans le cas de l'aviation. Nous ne pouvons ici faire référence à une jurisprudence spécifique car la seule controverse portant sur le critère de durabilité a fait l'objet d'une demande de consultation devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC de la part de l'Argentine qui n'a pas eu de suites¹⁰¹³.

Les éléments clés à prendre en compte dans cette évaluation sont au nombre de deux : le premier est le fait que le critère s'applique à tous les produits indépendamment de leur lieu de production ; le second est que ce critère détermine seulement la possibilité de comptabiliser l'utilisation d'un biocarburant afin de parvenir à l'objectif de 10% de consommation d'ici 2020. Le premier élément permet d'affirmer que la directive a un effet extraterritorial dans la mesure où elle s'applique dans des pays tiers¹⁰¹⁴ et peut déterminer la conduite des opérateurs. Le second élément semble exclure l'existence d'un lien fort entre la production dans un pays tiers et le territoire européen : si la directive interdisait la vente de biocarburants « non durables » sur le marché intérieur le lien fort aurait pu subsister, mais s'agissant uniquement d'une participation à l'objectif fixé par la directive, ce lien semble manquer. En suivant la classification que nous avons adoptée, nous pouvons admettre qu'il s'agit d'un cas d'extraterritorialité et non pas d'extension territoriale comme pour l'aviation.

¹⁰¹⁰ CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer c. Total France SA et Total International Ltd.*, aff. C-188/07 Rec. 2008 I-4501.

¹⁰¹¹ Arrêt ATA, pt. 129.

¹⁰¹² Cette observation est brièvement évoquée par Tomasz KOZIEL, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰¹³ OMC, Règlement des différends, *affaire DS459*, Demande de consultation présentée par l'Argentine le 15 mai 2013.

¹⁰¹⁴ Par ailleurs, les principaux producteurs de biocarburants sont des pays tiers, tels le Brésil, l'Argentine, l'Indonésie et les Etats-Unis.

Pourquoi une mesure ayant un caractère extraterritorial faible a-t-elle suscité plus d'oppositions dans les pays tiers qu'une autre mesure ayant un caractère extraterritorial fort ? La diversité des secteurs régulés peut répondre en partie à cette question, mais d'autres facteurs interviennent. Dans le cas de l'aviation, par exemple, la participation au SCEQE est une condition pour l'accès au marché, tandis que pour les biocarburants, le non-respect du critère de durabilité n'implique pas une exclusion du marché européen. Nous verrons, à la fin de cette sous-section, un élément de réponse ultérieur prenant en compte les rapports entre l'UE et les pays tiers.

B. La finalité multilatérale de l'inclusion de l'aviation dans le SCEQE

Nous avons mentionné qu'une des raisons de l'élargissement du SCEQE aux vols internationaux était la stagnation des négociations internationales sectorielles. Cela se reflète dans les dispositions de la directive 2008/101/CE, à travers ce que nous avons appelé les deuxième et troisième éléments d'extraterritorialité : l'Union peut exempter des compagnies aériennes du système si le pays d'immatriculation a adopté des mesures de réduction des émissions, et doit reconsidérer l'inclusion de l'aviation dans le SCEQE en fonction de la conclusion d'un accord international en la matière. Nous allons maintenant nous intéresser à l'utilisation par l'UE de cette mesure unilatérale comme instrument de sa politique extérieure. Après avoir présenté les réactions d'opposition des pays tiers à cette mesure unilatérale de l'UE (B.1), nous examinerons les évolutions des négociations internationales (B.2).

B.1. L'opposition à la directive 2008/101/CE

L'opposition des pays tiers à l'inclusion de l'aviation dans le SCEQE a donné lieu à deux types de réactions¹⁰¹⁵, les unes visant à poursuivre les actions légales contre l'UE, se fondant principalement sur la violation de la souveraineté des pays tiers, les autres incitant au boycott de la mesure européenne en raison d'une prétendue violation du principe des responsabilités communes mais différenciées affirmé par la Convention-cadre des Nations-Unies sur le changement climatique¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁵ Les deux types de réactions sont examinés dans : Pietro MANZINI et Anna MASUTTI, « The Application of the EU ETS System to the Aviation Sector: From Legal Dispute to International Retaliations? », *Air & Space Law*, vol. 37, issue 4/5, août-septembre 2012, pp. 306-324.

¹⁰¹⁶ En 2012, vingt-trois pays non-européens se sont réunis à Moscou pour débattre des actions possibles contre l'application du SCEQE aux vols intercontinentaux (l'Argentine, l'Azerbaïdjan, la République de Biélorussie, le Brésil, le Cameroun, la Chine, Cuba, le Chili, l'Inde, le Japon, la République de la Corée, le Mexique, la Malaisie, le Nigeria, le Paraguay, la

S'agissant d'une nouvelle action légale contre l'Union européenne, la principale option identifiée fut un recours conformément à l'article 84 de la Convention de Chicago¹⁰¹⁷ : « *si un désaccord entre deux ou plusieurs Etats contractants à propos de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention et de ses Annexes ne peut être réglé par voie de négociation, le Conseil statue à la requête de tout État impliqué dans ce désaccord. (...) Tout État contractant peut (...) appeler de la décision du Conseil à un tribunal d'arbitrage ad hoc établi en accord avec les autres parties au différend ou à la Cour permanente de Justice Internationale* ». Le souci principal dans la poursuite d'une telle action serait de déterminer si le défendeur peut être l'Union européenne ou si, plutôt, il devrait s'agir de chacun de ses Etats membres. L'Union européenne n'étant pas partie à la Convention de Chicago et n'ayant pas succédé aux Etats, il ne semblerait pas possible d'intenter une action directement contre elle¹⁰¹⁸. Le Conseil de l'OACI, organe compétent pour décider dans les différends conformément à l'article 84 de la Convention de Chicago, ne pourrait donc pas statuer¹⁰¹⁹. L'alternative consistant à attirer chaque Etat membre serait également difficile : le Conseil de l'OACI devrait en effet tenir compte du fait que l'acte faisant l'objet de la procédure a été adopté par l'Union européenne¹⁰²⁰. S'agissant d'un boycott du SCEQE, la Chine et l'Inde ont envisagé l'adoption de mesures nationales entravant le bon fonctionnement du système d'échange de quotas, incitant les compagnies aériennes de leurs pays visées par la directive 2008/101/CE à

Fédération Russe, l'Arabie Saoudite, les Seychelles, Singapour, l'Afrique du Sud, l'Uganda et les Etats-Unis). Voir : <http://climate-l.iisd.org/news/moscow-meeting-adopts-declaration-on-inclusion-of-international-civil-aviation-in-the-eu-ets/> (20/04/2013). La déclaration que ces pays ont publié est disponible seulement en Russe, cependant les commentaires sont nombreux et fiables (IISD, Greenair, BBC...). Cette déclaration de Moscou avait été anticipée par une déclaration jointe de l'Administration Civile de l'Aviation Chinoise et du Département des Transports Russe du 7 juillet 2007 à laquelle avait fait suite une déclaration de 21 compagnies aériennes non-européennes réunies à Beijing le 1^{er} août 2011. Verki Michael TUNTENG (dir.), « Legal analysis on the inclusion of civil aviation in the European Union Emissions Trading System », *Centre for International Sustainable Development Law*, Faculty of Law, McGill University, May 2012, p. 18. Deux points de la directive 2008/101/CE ont été fortement critiqués : la violation du principe de souveraineté et l'imposition d'une mesure unilatérale à la place d'une mesure commune. Les participants ont aussi envisagé la poursuite d'un discours de réduction des émissions de GES au sein de l'OACI, considéré comme forum compétent.

¹⁰¹⁷ Rappelons que la Convention de Chicago a été signée en 1944 et elle est entrée en vigueur en 1947. Elle a créé le OACI.

¹⁰¹⁸ Nous avons déjà mentionné que cette considération avait conduit la Cour de justice de l'UE dans l'arrêt ATA à exclure la possibilité d'invoquer la Convention de Chicago pour l'examen de validité de la directive 2008/101/CE.

¹⁰¹⁹ Brian F. HAVEL et John Q. MULLIGAN, « The Triumph of Politics: Reflections on the Judgment of the Court of Justice of the European Union Validating the Inclusion of Non-EU Airlines in the Emission Trading Scheme », *3 Air and Space Law*, issue 3(12), 2012, pp. 3-33.

¹⁰²⁰ Pietro MANZINI et Anna MASUTTI étudient la possibilité que le Conseil de l'OACI procède dans l'action contre les Etats membres de l'UE. Ils rappellent la procédure intentée par les Etats-Unis contre les Etats membres de la Communauté européenne conformément à l'article 84 de la Convention de Chicago concernant la violation par le Règlement 925/1999/CE de la Convention de Chicago. Dans ce cas, portant sur l'interdiction de nouveaux enregistrements d'avions très bruyants, les Etats membres de la Communauté européenne avaient décidé de ne pas opposer l'absence de *locus standi*. Les auteurs considèrent toutefois que dans le cas d'une procédure devant le Conseil de l'OACI contre la directive 2008/101/CE il serait fortement improbable que les Etats membres n'opposent pas l'absence de *locus standi*. *Op cit.* p. 313.

ne pas respecter les règles européennes. La Chine a particulièrement insisté sur le fait que l'inclusion de vols entre son territoire et le territoire européen dans le SCEQE constitue une violation du principe des responsabilités communes mais différenciées. Selon ce pays, l'UE n'a pas pris en compte le fait que la Convention-cadre et le Protocole de Kyoto le considèrent comme un pays en développement et donc non soumis à des engagements contraignants de réduction des émissions. Selon les autorités chinoises, l'obligation de participer au SCEQE, mais également la méthodologie utilisée pour attribuer les quotas d'émissions alloués aux compagnies chinoises, constituent une violation de ce principe¹⁰²¹. Pour ce calcul, la directive 2008/101/CE a en effet utilisé les émissions produites en moyenne entre les années 2004 et 2006. La conséquence de ce système de calcul est que les compagnies aériennes qui ont désormais une activité relativement constante, comme les compagnies des pays industrialisés, ne subiront pas les mêmes conséquences que les compagnies aériennes des pays en développement qui connaissent dans cette phase historique une forte croissance et qui seront ainsi pénalisées.

Si les gouvernements des pays en développement, notamment la Chine, décident d'inciter les compagnies aériennes de leurs pays à ne pas respecter les règles du SCEQE, les conséquences sur le bon fonctionnement du système de sanctions établi par la directive 2008/101/CE seraient importantes. La directive établit que les compagnies aériennes doivent payer une amende pour chaque tonne de CO₂ pour laquelle ils n'ont pas restitué de quota. L'amende est imposée par l'Etat membre concerné par le vol de la compagnie aérienne en violation de la directive. La directive prévoit en outre que dans le cas où la compagnie aérienne ne paye pas l'amende qui lui a été imposée, l'Etat membre concerné par le vol peut demander à la Commission européenne de l'interdire. Si la Commission européenne accepte, la compagnie aérienne ne peut plus accéder au territoire d'aucun Etat membre¹⁰²². Cette procédure complexe, demandant un double contrôle et une action coordonnée entre Etat membres et Commission, pourrait ne pas avoir l'effet dissuasif souhaité et réduire la crédibilité du système en son entier.

La doctrine s'est intéressée à l'argument de la Chine concernant le non-respect du principe des responsabilités communes mais différenciées par la directive

¹⁰²¹ Hung LAN, « Comments on EU Aviation ETS Directive and EU –China Aviation Emission Dispute », *Revue juridique Thémis*, n. 45, 2011, pp. 589-607.

2008/101/CE¹⁰²³. L'argument semble justifié en raison de l'absence d'une discrimination positive au profit des pays en voie de développement dans la directive, qui devrait être le résultat de la prise en compte du principe en question. L'UE a suggéré que le principe ne doit pas s'appliquer car ce dernier concerne les pays tandis que la directive vise les compagnies aériennes¹⁰²⁴. SCOTT et RAMAJANI opposent à cet argument, entre autres, que l'exemption de la participation au SCEQE dépend des mesures étatiques adoptées (deuxième élément d'extraterritorialité de la directive, selon notre usage) et que la directive ne vise donc pas exclusivement les compagnies mais aussi les pays. Toutefois, la directive laisse ouverte, par ce même élément d'extraterritorialité, la possibilité de concilier le SCEQE avec le principe de responsabilités communes mais différenciées : à partir du moment où une exemption peut être accordée aux pays qui ont adopté des mesures de réduction des émissions dans le secteur de l'aviation, il serait possible d'opérer à ce niveau une discrimination positive au profit des pays en voie de développement. Les critères appliqués par la Commission pour déterminer si les mesures adoptées par un pays sont suffisantes pour octroyer une exemption ne sont pas explicités par la directive. Si ces critères étaient choisis de manière différente selon le degré de développement du pays, le principe des responsabilités communes mais différenciées pourrait ainsi être respecté. Cette solution reste cependant à l'état d'hypothèse, car aucune exemption du système n'a pour l'instant été discutée.

B.2. La relance des négociations internationales

Suite à l'adoption de la directive 2008/101/CE et dans l'attente de la décision de la Cour de justice de l'UE sur sa validité, les Etats membres de l'OACI ont intensifié le débat sur la nécessité de parvenir à des instruments de réduction des émissions de GES. Lors d'une assemblée en 2010¹⁰²⁵, les Etats ont adopté une résolution dédiée entièrement au changement climatique¹⁰²⁶. La lecture de cette résolution en termes de progrès réels vers la réglementation des émissions de GES est mitigée. D'un côté, elle

¹⁰²² Dir. 2003/87/CE comme modifiée par la dir. 2008/101/CE, art. 16.

¹⁰²³ Voir, en particulier : Joanne SCOTT et Lavanya RAJAMANI, « Contingent unilateralism – International aviation in the European Emission Trading Scheme », in *The EU's role in global governance*, *op. cit.*, p. 209 ss.

¹⁰²⁴ Arthur RUNGE-METZGER, « Aviation and Emission Trading », *ICAO Council briefing* du 29/09/2011, http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/presentation_icao_en.pdf (01/05/2014).

¹⁰²⁵ 37^{ème} assemblée qui s'est tenue à Montréal, Canada, du 28 septembre au 8 octobre 2010.

¹⁰²⁶ OACI, Résolution A37-19, « Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement — Changements climatiques », 2010. .

peut être saluée comme un pas en avant, compte tenu du fait qu'elle dessine un cadre pour l'établissement d'instruments de marché au niveau global qui puissent aider à réduire les émissions de GES¹⁰²⁷. De l'autre côté, la résolution pourrait constituer une avancée seulement apparente. En effet, la résolution envisage un système de reconnaissance mutuelle et consensuelle entre des instruments de marché constitués par chaque Etat. Cela a été fortement critiqué par les Etats européens car un tel système, fondé sur le consensus des parties, ne donne pas de garantie sur son étendue effective en raison du risque de fragmentation associé à la discrétion de chaque Etat. Par ailleurs, l'adoption de la résolution a été accompagnée d'une série de déclarations de la part des Etats participants qui l'ont sérieusement compromise¹⁰²⁸. Les observations présentées par l'Argentine au nom des pays en développement, incluant la Chine, le Brésil et l'Inde, manifestaient une vive opposition dans la mesure où ces pays ne voulaient pas limiter la croissance de l'aviation à cause des problèmes environnementaux causés par les pays industrialisés. Ces positions sont celles des grands pays émergents, car un grand nombre de pays en développement, surtout les plus menacés par le changement climatique, se sont dissociés de ces déclarations. A cette résolution de 2010 a fait suite, en novembre 2012, la création de la part du Conseil de l'OACI d'un groupe de travail sur ce thème. La constitution de ce groupe a conduit à une réaction rapide de la part de l'Union européenne. Le Commissaire pour le Climat de l'époque, Mme Connie HEDEGAARD, a immédiatement annoncé la volonté d'« arrêter les montres » de l'application du SCEQE aux vols intercontinentaux pendant un an, dans l'attente des évolutions au sein de l'OACI¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ *Ibid*, pt. 17 et Annexe. Ce dernier présente la liste des principes qui doivent guider à la construction et à la mise en œuvre des mécanismes de marché dans le secteur. Pour un commentaire de cette résolution ainsi que pour une analyse de ses liens avec le contexte des négociations climatiques et notamment la Conférence de Cancun : Steven TRUXAL, « The ICAO Assembly Resolutions on International Aviation and Climate Change : An Historic Agreement, a Breakthrough Deal and the Cancun Effect », *Air and Space Law*, vol. 36, issue 3, 2011, pp. 217–242.

¹⁰²⁸ Michel ADAM, « ICAO Assembly's Resolution on Climate Change: A « Historic » Agreement? », *Air and Space Law*, vol.36, issue 1, 2011, pp. 23-29.

¹⁰²⁹ Commission européenne, Stopping the clock of ETS and aviation emissions following last week's International Civil Aviation Organisation (ICAO) Council, MEMO/12/854, 12/11/2012. Il est intéressant de citer certains passages du discours de la Commissaire pour l'Action Climat Mme HEDEGAARD en réaction à l'annonce de l'OACI de constituer un Groupe d'Experts pour soutenir la réflexion sur l'adoption d'instruments de marché au niveau international pour la réduction de GES dans le secteur de l'aviation. « *The EU has always been very clear : nobody wants an international framework tackling CO₂-emissions from aviation more than we do. Our EU legislation is not standing in the way of this. On the contrary, our regulatory scheme was adopted after having waited many years for ICAO to progress. Now it seems that because of some countries' dislike of our scheme many countries are prepared to move in ICAO, and even to move towards a Market Based Mechanism (MBM) at global level (...). In short, finally we have a chance to get an international regulation on emissions from aviation. This is a long sought for opportunity that we must use. This is progress! But actually to get there, a lot of tough negotiations lie ahead of us. In order create a positive atmosphere around these negotiations, I've just recommended in a telephone conference with the 27 Member States that the EU "stops the clock" when it comes to enforcement of the inclusion of aviation in the EU ETS to and from non-European countries until after the ICAO General Assembly next autumn* ».

Cette annonce a rétabli un climat plus serein entre l'OACI et l'UE, confirmé par une communication de l'agence internationale qui a montré sa satisfaction pour ce choix de l'Union¹⁰³⁰. Le 20 novembre 2012, la Commission a publié une proposition de directive visant à la suspension de l'application du SCEQE aux vols intercontinentaux¹⁰³¹. La Commission a mis en évidence, dans l'exposé des motifs de la proposition, sa volonté d' « *accroître les chances que l'assemblée OACI de 2013 débouche sur des résultats en ce qui concerne l'élaboration d'un mécanisme de marché mondial et l'adoption d'un cadre facilitant l'application, pour les Etats, de mesures fondées sur le marché à l'aviation internationale* »¹⁰³².

Les commentaires qui ont accompagné la proposition de la Commission ont souligné que l'« arrêt des montres » était limité à un an et que l'Union n'aurait pas dérogé à l'application du SCEQE aux vols intercontinentaux en l'absence d'un accord international en 2013. Le Parlementaire Européen Peter LIESE, rapporteur de la proposition au Parlement européen, avait souligné la difficulté de parvenir à un accord global avant l'année 2014¹⁰³³. Il considérait que pour pouvoir envisager une nouvelle extension de la dérogation, l'OACI devait proposer de façon claire les délais pour l'adoption d'un instrument global. Effectivement, un accord n'a pas été trouvé en 2013 mais de nouveaux délais ont été fixés : la 38^{ème} assemblée de l'OACI (2013) a convenu qu'un système mondial d'échange de quotas d'émission sera adopté en 2016.

Suite à cette décision le législateur européen a prolongé la suspension de l'application du SCEQE aux vols intercontinentaux jusqu'en 2016, en considérant qu'« *il est (...) souhaitable, afin de conserver la dynamique obtenue lors de la 38e session de l'assemblée de l'OACI qui s'est tenue en 2013 et de faciliter les progrès à l'occasion de la 39e session prévue en 2016, de considérer provisoirement comme satisfaites,*

¹⁰³⁰ OACI, Un nouveau Groupe de Haut Niveau du Conseil de l'OACI se consacrera aux défis en matière de politique environnementale, COM 20/12, Communiqué de Presse du 15 novembre 2012.

¹⁰³¹ Commission européenne, Proposition de Décision du Parlement européen et du Conseil dérogeant temporairement à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, du 20/11/2012, COM(2012) 670 final.

¹⁰³² *Ibid*, par. 2.

¹⁰³³ Parlement européen, Actualités : L'exemption, pas l'abandon, du système d'échange d'émissions pour l'aviation, 4 mars 2013, REF : 20130225STO06075,

<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/content/20130225STO06075/html/L%27exemption-pas-l%27abandon-du-syst%C3%A8me-d%27%C3%A9change-d%27%C3%A9missions-pour-l%27aviation> (28/04/2013).

pour la période allant jusqu'au 31 décembre 2016, les exigences fixées dans la directive 2003/87/CE »¹⁰³⁴.

La réouverture du dialogue avec la communauté internationale pourrait sembler pour l'instant un succès important de la politique climatique européenne. L'Union, imposant son système aux autres pays sans attendre leur accord, a ainsi forcé les Etats tiers à accélérer les débats pour conclure un accord conjoint au sein de l'organisation internationale. La suspension de l'application du SCEQE aux vols intercontinentaux peut être lue dans cette optique. Cependant, il ne sera possible de savoir si la stratégie européenne a effectivement atteint l'objectif souhaité que dans un futur proche. Le risque qui existe est une suspension prolongée dans l'attente d'un accord qui ne sera pas conclu dans un temps effectivement bref.

Conclusions de la section

Nous avons examiné dans cette section deux exemples de mesures unilatérales adoptées par l'Union européenne dans le domaine climatique, les biocarburants et l'aviation.

Nous avons analysé le degré d'extraterritorialité de ces mesures, en concluant sur le fait, apparemment paradoxal, que celle dotée d'un plus haut degré d'extraterritorialité – le critère de durabilité pour les biocarburants – était celle qui avait suscité le moins de réactions, ou du moins des réactions moins vives, au sein de la communauté internationale. En examinant le rôle de l'inclusion de l'aviation dans le SCEQE, nous avons vu que l'objectif principal était de relancer les négociations internationales, ce qui n'était pas le cas pour les biocarburants. Il est donc possible que l'opposition particulièrement forte des pays tiers face à la directive 2008/101/CE ne soit pas exclusivement déterminée par le contenu de la norme, mais reflète une prise de position de ces pays face à la volonté affichée par l'UE de relancer la négociation.

Pour poursuivre cette négociation, la posture assumée par l'UE est révélatrice de son engagement consistant à favoriser « *des solutions multilatérales à des problèmes communs* » (art. 21 TUE). Dans la directive 2008/101/CE, le législateur européen

¹⁰³⁴ Règlement (UE) n° 421/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, en vue de la mise en œuvre, d'ici 2020, d'une convention internationale portant application d'un mécanisme de marché mondial aux émissions de l'aviation internationale. *JO L 129* du 30/04/2014, p. 1–4, considérant 3.

avait prévu en effet deux options pour relancer les négociations : l'une bilatérale, passant par l'adoption de mesures similaires par des pays tiers, l'autre multilatérale, nécessitant un accord international sur les émissions de GES de l'aviation civile. La solution bilatérale aurait probablement été plus simple à mettre en place, au moins avec certains pays, que la solution multilatérale au sein de l'OACI. Nous avons vu que cette dernière option doit concilier des positions très différentes et risque de s'enliser à nouveau. Cependant, l'UE a fait le choix de privilégier, au moins jusqu'à ce jour, le parcours du multilatéralisme à celui du bilatéralisme.

Section 2 : L'exemplarité revisitée

Nous avons vu que l'Union européenne a récemment introduit, dans sa politique climatique internationale, l'usage de mesures unilatérales. Il ne s'agit certes pas d'une nouvelle approche dans les relations de l'Union avec les pays tiers : dans de nombreux secteurs, l'Europe impose ses propres standards à l'extérieur, principalement grâce au levier de l'accès au marché¹⁰³⁵. Dans le secteur environnemental, par exemple, la directive 2002/95/CE sur l'utilisation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques¹⁰³⁶ a *de facto* imposé des standards élevés pour les produits vendus sur le marché européen. Les principaux pays producteurs, dont la Chine, le Japon et la Corée du Sud, ont rapidement adopté des standards comparables ou identiques, de manière à assurer l'exportation vers l'Europe. La Californie a même adopté un acte interdisant la vente de produits non conformes aux standards européens sur son territoire, en prévoyant aussi que les amendements à la directive européenne seront intégrés à sa loi¹⁰³⁷.

Même si les mesures unilatérales ayant des effets au-delà des frontières européennes sont depuis longtemps utilisées par l'Union, dans le secteur de la lutte contre le changement climatique nous avons vu que les premières mesures de ce type ne remontent qu'à 2008 et 2009. Depuis le début de cette thèse nous avons vu en effet que la stratégie de l'Union européenne dans le domaine climatique se fondait sur

¹⁰³⁵ Voir, par exemple, l'analyse réalisée par Anu BRADFORD, « The Brussels effect », *Northwestern University Law Review*, Vol. 107, n. 1, 2012, p. 1-68.

¹⁰³⁶ Directive 2002/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la limitation de l'utilisation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques. *JO L 037* du 13/02/2003 p. 19-23.

¹⁰³⁷ Electronic Waste Recycling Act, State of California, 2003.

l'exemplarité : des mesures internes avancées étaient utilisées pour soutenir la position de l'Europe lors des négociations internationales. Les limites de cette méthode, apparentes depuis le début des années 2000 (après les accords de Marrakech) ont été évidentes lors de la Conférence de Copenhague en 2009. Nous pouvons maintenant nous interroger sur la persistance et la forme prise par la stratégie de l'exemplarité après que sa formulation classique a, en substance, échoué, et que de nouveaux moyens d'action internationale ont vu le jour. Cette question nous permettra de conclure nos réflexions sur les instruments du pouvoir réglementaire européen à l'œuvre dans le domaine climatique.

Pour répondre à cette question, nous allons prendre en compte des exemples liés au rayonnement international du SCEQE, d'abord proposé comme modèle aux pays tiers (sous-section 1), puis utilisé comme noyau d'agrégation pour des instruments similaires (sous-section 2). Le choix de revenir sur le SCEQE n'est pas seulement motivé par l'abondance d'exemples qu'il fournit, mais aussi par sa nature volontaire. En effet, mise à part l'exception remarquable de l'aviation civile, la possibilité pour les pays tiers d'adopter des mesures comparables n'a pas d'implications sur les échanges commerciaux avec l'Union. Il se situe donc à l'opposé de la fixation de standards conditionnant l'accès au marché intérieur.

Sous-section 1 : un modèle pour les pays tiers

À l'approche de la Conférence de Copenhague de 2009, le SCEQE semblait pouvoir constituer un modèle important pour la création d'un système multilatéral d'échange de quotas d'émissions de GES¹⁰³⁸. La doctrine s'était interrogée sur la possibilité pour le système européen de constituer un « *prototype* » pour l'accord international pour la période post-Kyoto¹⁰³⁹. Le SCEQE a été considéré comme un modèle intéressant à proposer à la table des négociations internationales en particulier pour deux caractéristiques fondamentales, liées à la structure constitutionnelle et à la situation économique de l'Union européenne.

¹⁰³⁸ Joseph E. ALDY et Robert N. STAVINS, « Introduction: International policy architecture for global climate change », in Joseph E. ALDY et Robert N. STAVINS (dir.), *Architectures for Agreement : Addressing Global Climate Change in the Post-Kyoto World*, Cambridge University Press, 2008 Cambridge.

¹⁰³⁹ Denny ELLERMAN, « The EU's Emissions Trading Scheme : a proto-type global system ? », *EUI Working Papers*, 2009/02, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Loyola de Palacio Programme on Energy Policy, 2009/02. Nous fondons nos observations sur cette étude sur les caractéristiques du SCEQE pouvant le rendre approprié pour la construction d'un accord international dans la matière.

S'agissant de la structure constitutionnelle, le point de départ était que pour ses deux premières phases, le SCEQE reflétait dans sa conception l'équilibre délicat entre compétences des Etats membres et compétences européennes (notamment de la Commission) dans la fixation du plafond et dans la mise en œuvre du système. Cette caractéristique, même en l'envisageant différemment, pouvait se retrouver également dans la conception d'un nouvel accord international. Une institution centralisée, au sein probablement de la Convention-cadre, aurait pu s'assurer du bon fonctionnement du marché tandis que les Etats parties à la Convention auraient été en charge de la mise en œuvre du système. Un système global, selon Denny ELLERMAN, présenterait donc un degré de décentralisation analogue aux deux premières phases du SCEQE. S'agissant de la situation économique, des similitudes importantes subsisteraient entre le rapport Ouest-Est en Europe et le rapport Nord-Sud dans le monde¹⁰⁴⁰.

L'impossibilité de parvenir à un accord lors de la Conférence de Copenhague et des conférences suivantes a conduit à abandonner pour le moment l'utilisation du SCEQE pour un accord international futur. Cependant, le SCEQE a continué de représenter un modèle fondamental pour les Etats tiers qui, en l'absence d'un système international, ont adopté ou ont proposé des systèmes d'échange de quotas d'émissions de GES.

Parmi ces nombreux pays nous prendrons deux exemples : les Etats-Unis (A) et la Chine (B). La compréhension du rôle que le modèle européen joue pour la construction du système d'échange de quotas d'émissions dans ces deux pays est rendue encore plus intéressante dans la mesure où ce sont ces deux pays qui ont le plus freiné les négociations internationales en rendant impossible, à ce jour, la conclusion d'un accord pour la période post-Kyoto.

A côté de ces deux pays, de nombreux autres Etats ont adopté ou prévoient d'adopter des systèmes d'échange de quotas : le Canada, le Kazakhstan, la Nouvelle-Zélande, la Corée du Sud et la Suisse ont mis en place des marchés nationaux ; le Japon, sur le modèle de la Chine que nous examinerons, a réalisé deux pilotes à l'échelle d'une

¹⁰⁴⁰ Selon le Prof. ELLERMAN, « *The difference in per capita income between the richest and the poorest nations in the EU spans a significant part of the difference that would exist among major emitting countries of the world. The per capita income of Romania and Bulgaria is only a third higher than that of China and one-fifth that of Europe's most well-off European nation, Ireland, which has per capita income five percent higher than that of the United States* », *ibid*, p. 1.

ville. Seize autres marchés sont en phase de préparation, dont plusieurs en Amérique Latine et en Asie¹⁰⁴¹.

A. La mise en place des systèmes d'échange de quotas d'émissions aux Etats-Unis

Les Etats-Unis représentent aujourd'hui le deuxième plus grand émetteur de GES en termes d'émissions totales et le premier en termes d'émissions *per capita* (Chapitre 2, page 97 et suivantes) ; ils ont été les premiers à concevoir la protection de l'environnement par le biais d'instruments de marché. En dépit d'une préférence affichée pour ces derniers, les Etats-Unis n'ont pas adopté un système fédéral en raison de la constante opposition du Sénat à toute proposition présentée. L'impossibilité de parvenir à un système fédéral d'échange de quotas d'émission de GES a eu pour principale conséquence de conduire plusieurs Etats de la Fédération à bâtir leurs propres systèmes d'échange.

L'un des modèles précurseurs de ces systèmes d'échange fut le « *Chicago Climate Exchange* », qui a fonctionné de 2003 à 2010. La caractéristique principale de ce système, très différent par rapport aux autres, était d'être une « bourse des émissions » qui permettait aux plus grandes industries, fournisseurs de services et instituts financiers des Etats-Unis, du Canada et du Mexique d'échanger des quotas d'émission en prévision de l'instauration de marchés futurs¹⁰⁴². Le Chicago Climate Exchange avait deux objectifs principaux : aider les participants à se préparer à de futurs systèmes d'échange de quotas d'émissions au niveau international, national ou local et faciliter les échanges de quotas afin de soutenir les participants dans une démarche de réduction des émissions des GES couverts par le système¹⁰⁴³. Ce système s'est arrêté en 2010 en l'absence d'une adoption généralisée de systèmes de marché mais constitue toujours, entre autres, une bourse d'échange des quotas du SCEQE.

¹⁰⁴¹ En particulier, au 1^{er} Mai 2015, en Amérique Latine, le Mexique, le Brésil et le Chili ont des projets à différentes échelles. En Asie, la Thaïlande et le Vietnam. Le Japon et la Chine envisagent de passer d'expérimentations « à petite échelle » à des systèmes nationaux. Aux frontières de l'Europe, l'Ukraine, la Russie et la Turquie étudient aussi la mise en place de marchés de quotas. D'autres cas existent parmi les Etats américains et canadiens. L'Australie méritera un discours à part dans la prochaine sous-section. La *International Carbon Action Partnership*, un forum international regroupant des gouvernements et des autorités publiques ayant développé des instruments de marché de quotas d'émission, diffuse des informations sur ces projets. <https://icapcarbonaction.com/> (3/5/2015).

¹⁰⁴² InterContinental Exchange (ICE), Chicago Climate Exchange, *Fact Sheet*, December 2011, consultable sur le site https://www.theice.com/publicdocs/ccx/CCX_Fact_Sheet.pdf (3/05/2013).

¹⁰⁴³ Pour une brève illustration de ce système : Jonathan DONEHOWER, « Analyzing Carbon Emissions Trading: a potential cost efficient mechanism to reduce carbon emissions », *Environmental Law*, vol. 38, 2008, p. 202.

S'agissant des Etats, deux systèmes ont été créés : le « *Regional Greenhouse Gas Initiative* » (RGGI) et le « *cap and trade* » de la Californie. Le RGGI, conçu au même moment que le SCEQE, en 2003, a été formellement proposé trois ans plus tard (2006), et son fonctionnement a débuté le 1er janvier 2009¹⁰⁴⁴. Le RGGI est imposé aux centrales électriques des Etats suivants : Connecticut, Delaware, Maine, Maryland, New Hampshire, New York, Rhode Island, Massachusetts et Vermont¹⁰⁴⁵.

Le système qui nous intéresse ici est celui de la Californie car pour sa mise en place le législateur n'a pas uniquement utilisé l'exemple américain du RGGI, mais a également pris en compte le SCEQE, qui a fait l'objet d'une étude attentive¹⁰⁴⁶. Le système de la Californie présente trois similitudes structurelles principales avec le SCEQE. D'abord, ils ont en commun une approche par phases successives qui impliquent un élargissement progressif des secteurs visés. Ensuite, ils sont tous les deux caractérisés par un plafond fixe qui diminue chaque année pour permettre la réduction des émissions. Enfin, ils ont instauré un système d'allocation mixte qui associe l'allocation gratuite à la mise aux enchères, avec une progression vers la mise aux enchères complète.

La Californie a aussi bénéficié de l'exemple européen pour établir la quantité de quotas à allouer aux industries visées par le système. Rappelons que dans la première phase du SCEQE, pour déterminer la quantité de quotas à allouer, on avait utilisé les estimations des émissions plutôt que des mesures d'émissions effectivement produites au cours d'une période précise. Ce choix avait conduit à une sur-allocation des quotas, qui avait été corrigée par l'Union européenne pour la deuxième phase du SCEQE avec la prise en compte de données réelles d'émissions. La Californie a profité de l'expérience européenne en adoptant directement cette dernière procédure¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ Toutes les informations sur son fonctionnement peuvent être consultées sur le site du système : <http://www.rggi.org/> (2/05/2013).

¹⁰⁴⁵ Le New Jersey a fait partie du système jusqu'en 2011, quand le gouverneur républicain Christopher CHRISTIE a décidé la sortie du programme. Juliet EILPERIN, « New Jersey Gov. Chris Christie pulls out of greenhouse gas effort », *Washington Post*, May 26, 2011, consultable sur le site : http://articles.washingtonpost.com/2011-05-26/national/35264136_1_greenhouse-gas-emissions-chris-christie-rggi (2/05/2013).

¹⁰⁴⁶ Dans tous les documents officiels dédiés au système de la Californie, l'exemple constitué par le SCEQE est toujours explicite. Center for Climate and Energy Solutions, « *Building on lessons from the SCEQE...* » <http://www.c2es.org/us-states-regions/key-legislation/california-cap-trade> (2/05/2013). Une charte de comparaison explicite les points communs et les différences entre le système californien et celui européen au sujet des aspects techniques des systèmes.

¹⁰⁴⁷ Environmental Defense Fund, *Lessons from California from the EU Emissions Trading System*. Plusieurs documents de comparaison des deux systèmes et sur l'influence de l'étude du SCEQE pour l'élaboration du Cap and Trade Californien sont

A partir de l'observation du SCEQE, et notamment de son mauvais fonctionnement qui a conduit à la chute des prix de quotas, la Californie a adopté l'une des différences majeures avec le système européen. La Californie a établi un « prix plancher » pour les quotas afin d'éviter que le prix ne tombe excessivement bas en portant préjudice au bon fonctionnement du système¹⁰⁴⁸. Cette différence pourrait constituer une entrave importante à la possibilité d'introduire dans le futur une reconnaissance mutuelle des quotas entre le système californien et le SCEQE. L'éventualité de la constitution d'un tel lien entre les deux systèmes serait en outre rendue difficile par une deuxième différence qui porte sur le type des crédits internationaux reconnus. De son côté, l'UE reconnaît les crédits dérivant des mécanismes flexibles instaurés par le Protocole de Kyoto, alors qu'ils ne sont pas reconnus par le système Californien ; la Californie, en revanche, reconnaît les crédits dérivant du secteur des forêts que l'Union européenne n'inclut pas dans le SCEQE¹⁰⁴⁹.

B. La mise en place d'un système d'échange de quotas d'émission en Chine

La Chine est actuellement le premier pays en termes d'émissions de gaz à effet de serre ainsi que l'un des plus exposés aux risques liés au changement climatique.

Les premières expérimentations de systèmes d'échange de quotas d'émission en Chine datent de 2001, quand la province de Shanxi a adopté un système d'échange de quotas pour Taiyan City. Depuis, sept systèmes provinciaux ont été mis en place et en septembre 2012 les premiers échanges ont commencé pour la région industrielle de Guangdong, concernant huit-cents installations et incluant les secteurs de la production d'acier et d'électricité¹⁰⁵⁰.

disponibles sur le site : <http://www.edf.org/climate/lessons-california-eu-emissions-trading-system> (2/05/2013). Pour une analyse des différences entre l'allocation dans les deux systèmes, ainsi que sur d'autres aspects de comparaison, voir, entre autres : Gianni LO SCHIAVO, « The EU Emission Trading Scheme in Phase III and the New Californian Cap-and-Trade System: A Comparative Assessment », *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 21, issue 3, 2012 no. 3, pp. 106 ss.

¹⁰⁴⁸ Pour une analyse des mécanismes de ce système voir : PEAR Project Team, *Investigation of the Effects of Emission Market Design on the Market-Based Compliance of the California Cap on Greenhouse Gas Emissions*, University of Virginia, 18 février 2013, 63 p.

¹⁰⁴⁹ Lars ZETTERBERG, « Linking the Emissions Trading Systems in EU and California », *Report*, Mistra Indigo Program, 2012.

¹⁰⁵⁰ WANG Qiang, « China has the capacity to lead in carbon trading », *Nature*, 17 January 2013, p. 273. Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que le marché pilote de la ville de Shanghai inclut, sur le modèle européen, les émissions de tous les vols commerciaux réalisés par des compagnies chinoises reliant Shanghai à d'autres villes de la Chine. Les vols internationaux et ceux à destination ou en provenance de Macao, Taiwan et Hong Kong sont exclus. Nous retrouvons donc l'exemple européen, modifié en cohérence avec la position chinoise sur la directive 2008/101/CE. HU Jing, Conférence « Global Climate Policy (EU vs China). Design and development of low carbon economy », Shanghai, 17 décembre 2014.

Le gouvernement chinois a prévu de lancer un système d'échange pour l'ensemble du pays avant la fin de la décennie. La mise en place d'un tel système présente différents problèmes¹⁰⁵¹, certains spécifiques au cas chinois, d'autres montrant des similitudes avec ceux posés par le SCEQE. Une spécificité chinoise découle de sa structure économique caractérisée par un grand nombre d'entreprises étatiques et par des interventions très fortes de la part du gouvernement. Dans un tel contexte, l'introduction d'instruments de marché dont l'efficacité théorique dépend de la libre concurrence entre les opérateurs semble difficile. En outre, le bon fonctionnement d'un système d'échange d'émissions se fonde sur la fiabilité des données et du système de vérification : jusqu'à présent, la Chine n'a pas été très engagée sur ces aspects, avec un manque significatif de transparence vis-à-vis de la communauté internationale.

La principale similitude avec le SCEQE émerge de l'observation du système constitutionnel chinois. La volonté d'inclure les régions à administration spéciale de Hong Kong et de Macao dans le système d'échange de la RPC pourrait rencontrer de véritables difficultés du point de vue juridique. En effet, les deux régions jouissent d'un régime spécial, en dépit de leur appartenance à la RPC. Notamment, elles conservent une compétence exclusive pour la protection de l'environnement¹⁰⁵². Cette structure constitutionnelle spécifique a conduit la doctrine et le législateur chinois à analyser de plus près le fonctionnement du SCEQE, et notamment les répercussions de la répartition des compétences entre la Commission et les Etats membres dans la mise en œuvre du système. La doctrine a élargi la comparaison au fonctionnement du programme américain pour les pluies acides, qu'elle considère comme plus efficace du point de vue économique et environnemental par rapport au SCEQE¹⁰⁵³. L'objectif était de comparer les effets d'un système décentralisé comme celui des deux premières phases du SCEQE par rapport à un système centralisé comme celui du

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² En effet, la loi établit que les deux régions gardent leurs compétences dans tout les domaines à l'exception des : 1) affaires étrangères ; 2) affaires entre la République Populaire et les régions mêmes ; 3) autres matières de compétence exclusive de la République Populaire Chinoise. L'environnement reste une compétence exclusive des deux régions. Il est intéressant de mettre en évidence que Hong Kong négocie la mise en place d'un système d'échange de quotas d'émissions de dioxyde de soufre (SO₂) avec la province de Guangdong, compte tenu de la proximité géographique qui les a obligés à mettre souvent en œuvre des politiques conjointes de protection de l'environnement. Linden J. ELLIS et Jennifer L. TURNER, « Environmental Cooperation Between Hong Kong and Guangdong », 29 April 2008, <http://www.wilsoncenter.org/event/environmental-cooperation-between-hong-kong-and-guangdong> (3/05/2008).

¹⁰⁵³ Lin FENG and Jason BUHI, « Emissions trading across China : incorporating Hong Kong and Macau into an urgent needed air pollution control regime under "One Country, two systems" », *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 19, issue 1, 2009-2010, p. 126.

programme américain. A la lumière de l'expérience européenne, et en soulignant le fait que l'UE, au fil des années, est passée d'une fixation du plafond décentralisé à un plafond déterminé au niveau européen par la Commission, la Chine en a conclu qu'il serait plus opportun d'établir une centralisation du plafond pour permettre une meilleure efficacité du système et éviter les sur-allocations.

L'intérêt de la Chine pour le SCEQE ne s'est pas uniquement limité au niveau de la doctrine, mais il s'est également manifesté par une réelle collaboration avec l'UE pour la construction de son système d'échange de quotas d'émissions. En 2012, la Commission européenne et le gouvernement chinois ont signé un accord de financement portant sur la protection de l'environnement, la transition vers une économie sobre en carbone et une réduction des émissions de GES en Chine¹⁰⁵⁴. Parmi les points clés de l'accord, l'UE s'est engagée à soutenir la Chine dans la construction de son système d'échange de quotas, afin de parvenir à la mise en place d'un système pilote chinois à l'échelle nationale¹⁰⁵⁵.

Sous-section 2 : un noyau d'agrégation

Si le SCEQE joue un rôle de référence mondiale pour tout pays qui veut mettre en place un système d'échange de quotas, il permet aussi un niveau d'intégration supérieur par la constitution de liens directs avec les systèmes étrangers (A). Plusieurs exemples illustrent ce type de processus (B).

A. La constitution de liens entre le SCEQE et d'autres marchés de quotas

Lier des systèmes d'échange de droits d'émission signifie que le droit ou quota acquis dans le cadre d'un système d'échange donné peut être utilisé, directement ou indirectement, dans les autres systèmes. Les arguments en faveur de telles liaisons sont essentiellement économiques : un marché unique est plus efficace que des marchés autrement isolés, en permettant de diminuer les coûts de réduction des

¹⁰⁵⁴ Commission européenne, Communiqué de Presse, L'Union européenne et la Chine unissent leurs forces face aux problèmes d'environnement, d'urbanisation et de changement climatique, 20 septembre 2012, IP/12/989.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.* La volonté de mettre son expérience au service de la construction d'autres systèmes et donc d'utiliser le SCEQE comme modèle pour les autres pays, a été exprimée par le Commissaire au Développement Andris PIEBALS: «L'UE possède une solide expérience en matière de lutte contre le changement climatique et de transition vers une économie verte et nous sommes heureux de la partager. Les résultats de ces projets seront bénéfiques pour chacun de nous et contribueront à notre objectif commun : le développement durable de la planète ». Les commentaires de la Commissaire pour l'action pour le climat, Mme Connie HEDEGAARD, allaient dans la même direction : «La convention signée ce jour marque une étape importante d'une coopération sans cesse plus étroite vers le développement d'un marché international solide du carbone ».

émissions. En outre, si tous les opérateurs participent au même marché d'émissions, le risque de « fuites de carbone » est réduit. En effet, les coûts associés à la réduction des émissions pourraient conduire des opérateurs économiques à délocaliser les activités à plus fortes émissions dans des pays où les contraintes sont moins fortes. Dans un marché unique des émissions, cette délocalisation ne produirait aucun bénéfice.

L'utilité de la création de liens pour une meilleure efficacité économique et environnementale avait été reconnue par la directive 2003/87/CE, qui dans son considérant 18 affirmait que « *le fait de lier le système communautaire à des systèmes d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre dans des pays tiers permettra de réaliser avec un meilleur rapport coût-efficacité l'objectif communautaire de réduction des émissions* ». L'article 25 de cette directive prévoyait déjà la possibilité de lier le SCEQE à d'autres systèmes établis dans des pays tiers. L'importance de la possibilité de constituer ces liens se reflétait dans les échanges entre Commission et Parlement européen qui ont conduit à la formulation finale de cette disposition : « *des accords devraient être conclus avec les pays tiers (...)* ». En effet, la Commission avait prévu une expression moins ambitieuse : « *La Communauté peut conclure des accords avec des pays tiers* »¹⁰⁵⁶. Lors de la procédure d'adoption de l'acte, le Parlement européen a cependant préféré opter pour l'expression « *devraient* ».

Nous voyons donc que l'Union fait explicitement référence à la diffusion de son système hors de ses frontières. Cependant, il ne s'agit pas ici d'une forme d'unilatéralisme comme celles que nous avons pu analyser dans la première section. Concernant ces dernières, l'accès au marché européen pour des biens ou des services « non climatiques » était conditionné par des considérations climatiques : l'Union utilisait son marché intérieur pour imposer une réduction des émissions aux pays tiers ; ici, le marché européen des quotas constitue une possibilité, pour les pays tiers qui veulent réduire leurs propres émissions, de le faire à des coûts réduits. L'aspect économique du marché de quotas est toujours fondamental dans la mesure où il constitue le levier qui peut porter des pays tiers à s'associer au SCEQE, mais il présuppose que ces pays aient une volonté de participer à la lutte contre le changement climatique.

¹⁰⁵⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *JO C 75E* du 26/03/2002, p. 33-44.

Pour que la reconnaissance mutuelle des crédits entre systèmes d'échanges différents soit possible, il est nécessaire que ces systèmes soient compatibles¹⁰⁵⁷. Cette compatibilité est parfois difficile à atteindre, comme nous l'avons vu dans le cas de la Californie¹⁰⁵⁸. La volonté européenne de créer des liens avec des systèmes étrangers l'a conduite au fil des années à modifier de manière significative les conditions qui doivent être remplies pour l'établissement de tels liens. Ces conditions étaient rigides pendant les deux premières phases du SCEQE. L'article 25 de la directive 2003/87/CE imposait en effet deux conditions : (1) le pays tiers devait être une partie à l'Annexe B du Protocole de Kyoto ; (2) il devait avoir ratifié le Protocole. La première condition conduisait à l'impossibilité de lier le SCEQE avec des pays non Annexe B (donc des pays en développement) ainsi qu'avec des Etats ou Régions faisant partie d'Etats Fédéraux, comme les Etats des Etats-Unis. La deuxième condition excluait les liens avec les Etats-Unis, partie à l'Annexe B du Protocole mais ne l'ayant pas ratifié.

La modification de ces conditions a été envisagée en 2006 par la Commission¹⁰⁵⁹. A cette occasion, la Commission proposait des modifications du SCEQE dont une portant expressément sur les « *liens avec les systèmes d'échange de droits d'émission des pays tiers, et moyens disponibles pour faire participer les pays en développement et les pays à économie en transition* ». La directive 2009/29 a intégré dans la directive SCEQE les propositions faites par la Commission en élargissant les conditions pour établir des liens. Désormais, outre les pays visés à l'article 25(1), des liens peuvent être créés avec des entités sous-fédérales ou régionales, à condition que leur système d'échange de droits d'émission remplisse trois conditions (art. 25(1bis) de la directive) : (1) il doit être contraignant ; (2) il doit être assorti de plafonds d'émission absolus ; (3) il doit être compatible avec le SCEQE.

Nous retrouvons dans ces nouvelles conditions des éléments que nous avons déjà examinés lors de l'analyse du SCEQE, mais ce qui nous intéresse ici est que la

¹⁰⁵⁷ Sur les conditions qu'un système doit avoir pour être lié au SCEQE voir, *inter alia* : Javier de CENDRA de LARRAGAN, « From EU ETS to a Global Carbon Market: An Analysis and Suggestions for the Way Forward », *European Energy and Environmental Law*, February 2010, vol. 19, issue 1, p. 2-17.

¹⁰⁵⁸ Rappelons que la volonté initiale de lier le SCEQE au système d'échange californien a été entravée par deux incompatibilités principales : la présence d'un « prix plancher » dans le système californien et une incohérence dans la reconnaissance des crédits entre les deux systèmes.

¹⁰⁵⁹ Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Sociale Européen et au Comités de Régions, Création d'un marché mondial du carbone – rapport en vertu de l'article 30 de la directive 2003/87, du 21/11/2006, COM(2006) 676 final.

possibilité d'établir des liens avec des pays tiers dépend maintenant de la forme du marché étranger, indépendamment des accords internationaux conclus.

B. Les premières tentatives de lien

Au cours des dernières années, la reconnaissance mutuelle entre le SCEQE et d'autres systèmes d'échange s'est concrètement développée avec plusieurs pays, et notamment l'Australie, la Suisse et la Corée du Sud¹⁰⁶⁰.

Le lien entre SCEQE et système d'échange de droits d'émissions australien a fait l'objet d'une négociation intense. La prise en compte de ces négociations entre l'UE et l'Australie permet de mesurer la capacité de l'UE à proposer avec succès son exemple et à influencer la formation de nouveaux systèmes.

En 2006, le gouvernement australien a commencé à étudier l'opportunité de mettre en place un système fédéral d'échange de quotas d'émission afin de contribuer de manière économiquement efficace à la réduction des émissions de GES en Australie. En 2007, un rapport a été publié, constituant ainsi le premier noyau de travail pour la création du futur système d'échange. Dès ce rapport, l'Australie s'est tournée vers le SCEQE pour en analyser le fonctionnement et pour en comprendre les forces et les faiblesses. Dans le rapport, il n'est pas encore expressément prévu de liens directs avec le SCEQE, mais la nécessité de lier son propre système avec celui d'autres pays est reconnue. Un dialogue entre l'Australie et l'UE a ensuite été développé afin de lier les deux systèmes.

Le « *Clean Energy Act* », adopté par l'Australie en 2011, établissait un système d'échange de droits d'émission¹⁰⁶¹. Ce système présentait deux problèmes principaux qui entravaient la possibilité de le lier avec le SCEQE. Le premier concernait la fixation du prix minimum des quotas d'émission. L'Australie, craignant l'instabilité excessive des prix qui avait caractérisé le SCEQE lors de ses deux premières phases, avait opté pour la même mesure adoptée par la Californie. La présence d'un prix minimum pour les quotas a rendu le système australien incompatible avec le système

¹⁰⁶⁰ A ces pays nous aurions pu ajouter le lien qui a été créé avec les systèmes des pays de l'Espace Economique Européen. Ce dernier présente cependant pour nous un intérêt mineur, car le SCEQE a été étendu à la Norvège, à l'Islande et aux Lichtenstein par incorporation des actes du SCEQE dans l'EEE, établi le 26 octobre 2007, Décision du Comité mixte de l'EEE n° 146/2007 du 26 octobre 2007 modifiant l'annexe XX (Environnement) de l'accord EEE, JO L 100 du 10/04/2008, pp. 92-98. Parmi les trois pays, seule la Norvège avait déjà développé un propre système d'échange de quotas, qui était très proche du SCEQE, en prévision d'un lien rapide.

¹⁰⁶¹ Australian Government, Clean Energy Act 2011, « An Act to encourage the use of clean energy, and for other purposes », Act n. 131 of 2011.

européen, comme cela a été le cas pour la Californie. L'autre entrave à la constitution d'un lien entre le SCEQE et le système australien portait sur la contribution des crédits provenant de mécanismes de projet tel le MOC ou le MDP¹⁰⁶². A la différence du SCEQE, qui prévoyait des plafonds pour l'usage de ces crédits, le système australien n'y posait pas de limites. Nous avons vu à propos de la Californie que des choix différents sur la reconnaissance de certains crédits peuvent entraver la création de liens. Mais la proportion différente que chaque système donne à l'utilisation des crédits peut aussi être problématique. En effet, si un pays reconnaît les crédits en provenance d'un certain type de projets en quantité illimitée, cela pourrait inciter les acteurs économiques à développer ce type de projets principalement dans ce pays, pour vendre ensuite les crédits acquis dans un autre pays dans lequel ces projets sont limités. Cela constituerait une distorsion de la concurrence.

Afin de dépasser ces deux obstacles principaux, en 2011, le Premier Ministre Australien et le Président de la Commission européenne ont lancé une négociation bilatérale. A la différence de la Californie, l'Australie a privilégié l'importance d'établir un lien avec le SCEQE plutôt que de maintenir son système d'échange de quotas tel qu'elle l'avait envisagé. Le *Clean Energy Act* de 2011 a donc été soumis à une procédure de modification afin d'éliminer les deux dispositions qui constituaient une entrave à la création d'un lien avec le SCEQE¹⁰⁶³. L'abolition d'un prix minimal pour les quotas d'émission et l'introduction de limites à l'utilisation de crédits dérivant des projets internationaux a permis une réouverture des négociations entre l'UE et l'Australie. Dans un échange de lettres d'intention, le Ministre pour le Changement Climatique et l'Efficacité Énergétique Australien et la Commissaire pour l'Action pour le Climat se sont engagés à conclure un accord international pour lier les deux systèmes¹⁰⁶⁴. En réponse aux modifications que l'Australie a faites pour établir ce lien, la Commissaire Européenne a accepté d'anticiper le fonctionnement du

¹⁰⁶² Rappelons que la directive 2004/101/CE, connue sous le nom de « *linking directive* », reconnaissait la possibilité de comptabiliser, aux fins du SCEQE, les crédits d'émissions en provenance des MOC et MDP. La directive n'imposait pas à l'échelle européenne une limite quantitative totale aux crédits provenant des mécanismes de projet. Au contraire, elle laissait la décision aux Etats membres censés mieux connaître non seulement les actions de réduction des émissions déjà entreprises au niveau national, mais aussi les potentialités économiques et technologiques du pays. Le pourcentage de crédits provenant de MDP et de MOC qui était permis aux exploitants était alors inséré dans les Plans d'Allocation Nationaux.

¹⁰⁶³ The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, Clean Energy Amendment (International Emissions Trading and Other Measures) Bill 2012.

¹⁰⁶⁴ Les lettres d'engagement datent du 27 août 2012. Elles peuvent être consultées sur le site internet suivant : <http://www.climatechange.gov.au/en/government/international/linking-ets.aspx#combet> (6/05/2013). Le cœur de l'accord se situe dans l'Annexe A de la lettre du Ministre Australien. Cet Annexe contient, *inter alia*, les sujets techniques sur lesquels les négociations devront se poursuivre.

système commun. Si la reconnaissance mutuelle complète marquant le lien entre les systèmes était censée commencer le 1^{er} janvier 2018, la Commissaire a consenti à un lien partiel qui devait débiter dès 2015¹⁰⁶⁵. Toutefois, ce projet est actuellement suspendu, en raison d'un changement de gouvernement en Australie qui a modifié l'approche de la question climatique et bloqué la constitution même du marché national des émissions. Il est impossible de savoir aujourd'hui si ce projet de lien aboutira effectivement, mais l'état d'avancement des discussions, les pressions exercées par des parties de l'opinion publique australienne et surtout le développement de marchés d'émissions dans les pays voisins de l'Australie permettent de prévoir que le projet sera retardé mais pas complètement abandonné.

L'importance que l'UE avait quand même accordée au projet de lien allait au-delà de l'établissement d'un vaste marché euro-australien. Mme Connie HEDEGAARD considérait cet accord comme un pas important vers l'établissement d'un système d'échange de droits d'émission international. Selon la Commissaire et le Ministre australien de l'époque, l'accord pouvait être perçu comme un signal fort envoyé aux autres pays sur la nécessité d'un élargissement du marché. L'Australie envisageait surtout d'élargir le système à la Chine et à la Corée du Sud.

Si le projet australien est actuellement à l'arrêt, l'effet catalyseur des négociations s'est quand même avéré : la Corée du Sud a mis en place depuis le 1^{er} Janvier 2015 le deuxième plus grand marché d'émissions après le SCEQE, et la possibilité de le lier avec ce dernier, qui lui a servi de modèle, est envisagée.

A ce jour, la Suisse, dont le marché des droits d'émission fonctionne depuis 2008, est dans une phase de négociation avancée avec l'UE pour lier les marchés respectifs¹⁰⁶⁶.

En conclusion, nous pouvons voir dans la volonté européenne de construire des liens autour du SCEQE une approche différente dans son action climatique extérieure. Cette approche ne relève pas de l'unilatéralisme mais ne correspond pas non plus à la position toujours défendue par l'Union au sein des négociations onusiennes, centrée sur le multilatéralisme et, surtout, sur la coordination « par le haut »¹⁰⁶⁷. Comme lors de l'accord post-Kyoto permettant de maintenir les mécanismes flexibles pour la

¹⁰⁶⁵ Dans sa lettre, Mme Connie HEDEGAARD affirme qu'elle demandera un mandat au Conseil pour les négociations de l'accord bilatéral sur la constitution du lien entre les deux systèmes.

¹⁰⁶⁶ L'Office fédéral de l'environnement suisse souligne d'ailleurs les avantages de participer à un marché le plus large possible, notamment pour un système qui, autrement, serait de très petite taille. <http://www.bafu.admin.ch/klima/13877/14510/14882/index.html?lang=en> (31/03/2015).

¹⁰⁶⁷ Sur les approches « top-down » et « bottom-up » dans les négociations climatiques, voir page 86.

période 2013-2020, pour lequel l'Union avait essayé de constituer un groupe de pays, même peu nombreux mais partageant sa volonté d'engagement, ici l'UE veut utiliser le SCEQE comme « point de rassemblement » pour tous les pays souhaitant contribuer à la lutte contre le changement climatique. Par rapport aux cas des Etats-Unis et de la Chine que nous avons pris en considération dans la sous-section précédente, l'exemplarité prend ici une dimension plus ambitieuse : l'Union ne se limite pas à montrer le chemin mais, par le levier d'un avantage réciproque, invite les autres pays à la rejoindre sur ses propres instruments.

Conclusions du Chapitre

Depuis le début des négociations climatiques, l'UE a utilisé des mesures internes pour influencer les décisions internationales. Les changements d'équilibres sur la scène internationale d'une part, et la maturation de la politique climatique européenne qui est devenue véritablement transversale avec des ramifications dans de très nombreux secteurs d'autre part, ont eu des conséquences majeures sur cette pratique de l'Union. Dans ce Chapitre nous avons essayé d'en saisir le cadre actuel.

D'abord nous nous sommes concentré sur la principale nouveauté de la politique climatique extérieure de l'Union : l'adoption de mesures unilatérales ayant des effets hors de ses frontières. Le fondement de ces mesures est la restriction ou l'interdiction de l'accès au marché intérieur. Notre analyse de l'extraterritorialité nous a montré que les cas dans lesquels l'UE impose des contraintes fortes en dehors de sa juridiction ne sont pas nécessairement ceux qui suscitent le plus d'opposition de la part des pays tiers. L'usage de mesures extraterritoriales pour agir unilatéralement sur les négociations multilatérales semble constituer une explication plus pertinente de ces réactions.

Ensuite, nous avons reconsidéré le statut de l'exemplarité dans la politique climatique européenne. Nous avons vu, en prenant l'exemple du SCEQE, que cette pratique a joué deux rôles distincts. D'une part, l'Europe essaie de diffuser le plus largement possible l'expérience qu'elle a acquise dans le domaine climatique. Le fait d'avoir réalisé un nombre important d'expérimentations législatives et de mises en œuvre lui confère un rôle de chef de file dans les innovations climatiques. D'autre part, l'Union essaie d'utiliser le SCEQE comme noyau d'agrégation pour les pays souhaitant

s'engager dans la réduction des émissions. Toujours en mettant en jeu le poids de son propre marché, mais cette fois-ci avec une adhésion volontaire de la part des pays tiers, l'Europe essaie de constituer une voie alternative à l'approche onusienne, actuellement en stagnation, en mettant au centre de son action la pierre angulaire de sa politique climatique.

Nous pouvons reconsidérer, à la lumière de ces observations, la position européenne sur la scène internationale. Nous constatons que dans l'impossibilité de poursuivre de manière efficace sa politique de l'exemplarité initiale, par laquelle les mesures internes servaient à donner une crédibilité à l'UE dans le cadre onusien, l'Union a diversifié son action. L'exemplarité au sens strict ne joue plus un rôle significatif à la table des négociations multilatérales : elle sert à aider les pays tiers ou alimente des négociations bilatérales. L'instrument que l'Union semble privilégier aujourd'hui pour donner une impulsion aux négociations et y affirmer son point de vue est son principal moyen de pression : la dimension de son marché intérieur.

Conclusions du Titre

Si tout au long de cette Partie nous avons mis en lumière la capacité de l'Union européenne à réaliser des expérimentations innovantes tant législatives que de mise en œuvre, dans le dernier Chapitre nous avons vu que ces expérimentations n'ont pas pour seul but d'améliorer l'efficacité de la politique climatique européenne, mais aussi celui de fournir des exemples pour les pays tiers.

Nous pouvons maintenant essayer d'élargir notre regard à l'ensemble de la mise en œuvre de la politique climatique : est-il possible de repérer dans l'exemple européen un modèle pour la gouvernance internationale dans la lutte contre le changement climatique ?

Examiner dans les détails la « translation » possible des instruments et mécanismes européens au niveau international sort de la portée de notre recherche mais nous pouvons formuler des observations sur la base de notre examen de la mise en œuvre de la politique climatique européenne. Ces réflexions peuvent s'inscrire dans le débat qui émerge, depuis une dizaine d'années, sur la possibilité d'identifier un « droit administratif global ». Ce débat est né du constat qu'un nombre croissant de problèmes surgissent au niveau global et peuvent ainsi être traités de manière efficace uniquement à cette échelle. Par ailleurs, le caractère planétaire du changement climatique en fait un domaine privilégié par la doctrine pour étudier l'existence d'un droit administratif global¹⁰⁶⁸, et l'intégration européenne a toujours été considéré comme un laboratoire propice à ces recherches¹⁰⁶⁹.

Sabino CASSESE, entre autres, attribue au droit global¹⁰⁷⁰ un certain nombre de caractéristiques qui peuvent se retrouver dans la gouvernance climatique internationale. Le droit global doit faire face à une pluralité de niveaux : il doit prendre en compte dans un cadre uniforme les différences qui existent entre les

¹⁰⁶⁸ Voir, par exemple, les articles de Benedict KINGSBURY : Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH et Richard B. STEWART, « The emergence of global administrative law », *Law and contemporary problems*, vol. 68, 3-4, 2005, pp. 15-62 et Benedict KINGSBURY, « The concept of 'law' in global administrative law », *International law and justice working papers* 2009/1, NYU School of Law, 46 p.

¹⁰⁶⁹ A ce sujet, voir, entre autres, Delphine DOGOT et Arnaud VAN WAEYENBERGE, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in Jean-Yves CHEROT et Benoît FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 251-273. Les auteurs, sans vouloir formuler une définition du droit global, remarquent qu'il « possède en commun avec le droit européen de produire des normes qui résultent d'une collaboration très large entre une série d'acteurs aux statuts variables (et parfois peu clairs) parmi lesquels on retrouve systématiquement des Etats » (p. 251).

¹⁰⁷⁰ Sabino CASSESE, « *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato* », Einaudi, Torino, 2009, chapitre 1.

pays¹⁰⁷¹, ce qui dans le domaine climatique est énoncé par le principe des responsabilités communes mais différenciées. En outre, le droit global demande une exécution par les acteurs nationaux et un contrôle au niveau supranational, fonctionnement identique à celui envisagé pour la gouvernance climatique. Sabino CASSESE souligne aussi qu'un système juridique global *stricto sensu* n'existe pas et qu'il y a une coexistence de systèmes juridiques sectoriels concernant des domaines spécifiques. Si, apparemment, la gouvernance climatique ne concerne qu'un seul secteur – le changement climatique – en réalité nous avons vu que la transversalité de ce dernier oblige à une action fortement multisectorielle. De la multiplicité des secteurs, et donc des organismes de régulation qui en sont en charge, Sabino CASSESE voit aussi poindre une faiblesse importante du droit global, qui est une extrême fragmentation. La nécessité de coordonner les mesures adoptées par les différents organismes dans les différents secteurs est donc une préoccupation essentielle dans la construction du droit global. Dans le domaine climatique nous avons montré, dès les premiers Chapitres, le problème de la multiplication des *fora* de négociations, avec l'exemple, entre autres, des forêts (page 100 et suivantes).

Lorsque nous examinons les mécanismes de fonctionnement que la doctrine propose dans le cadre du droit global, nous retrouvons des logiques que nous avons vues appliquées dans la mise en œuvre de la politique climatique européenne. Notamment, Edoardo CHITI met l'accent sur l'administration par réseaux¹⁰⁷², et Martin SHAPIRO utilise précisément les exemples des comités de comitologie et des Agences européennes pour illustrer les « briques » du droit global¹⁰⁷³.

Si nous resituons notre analyse des mécanismes de coordination européens dans ce cadre, l'utilisation de la Méthode Ouverte de Coordination, dont nous avons montré l'utilité dans une perspective purement interne, acquiert une valeur particulière dans la mesure où elle permet une action de coordination dans des domaines pour lesquelles les compétences restent étatiques. Dans le cadre de la gouvernance

¹⁰⁷¹ Rappelons toutefois que le rôle toujours fondamental joué par les états, que CASSESE insère parmi les caractéristiques du droit global, est considéré par d'autres auteurs comme un argument conduisant à relativiser la portée même de la notion de droit global. Voir, entre autres : Thierry RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Presses Universitaires de France, Paris, 2014, pp. 232 ss.

¹⁰⁷² Edoardo CHITI, « EU and global administrative organizations », in Edoardo CHITI et Bernardo G. MATTARELLA, *Global Administrative Law and EU administrative Law*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 13-40.

¹⁰⁷³ Martin SHAPIRO, « 'Deliberative', 'independent' technocracy v. democratic politics: will the globe echo the EU? », *Law and contemporary problems*, vol. 68, 3-4, 2005, p. 341-356.

internationale, et de la gouvernance climatique tout particulièrement, un tel instrument pourrait avoir une application très large.

Des différences importantes subsistent cependant entre la politique climatique européenne et la gouvernance climatique internationale. Par exemple, une limite fondamentale au parallélisme qui peut être établi entre les deux est que, au niveau européen, existe une institution, la Commission, représentant les intérêts supranationaux de l'Union et dotée de prérogatives importantes pour l'adoption et l'exécution de mesures climatiques. Au contraire, au niveau international les institutions climatiques sont des lieux de négociations entre les intérêts des Etats parties aux accords¹⁰⁷⁴.

Malgré ces différences, les expériences réalisées par l'UE au cours des dernières années, notamment en termes de méthodes de coordination entre l'Union et les Etats membres et entre les différents instruments de lutte contre le changement climatique, peuvent constituer un modèle intéressant pour les évolutions de la gouvernance climatique mondiale.

¹⁰⁷⁴ Edoardo CHITI, *op.cit.*

CONCLUSIONS DE LA PARTIE

Dans cette seconde Partie de la thèse nous avons analysé les mesures constituant la politique climatique européenne en nous focalisant principalement sur le paquet énergie-climat. Nous avons d'abord examiné le contenu de ce groupe d'actes, concernant différents secteurs, en mettant en valeur le caractère expérimental de certaines des mesures qu'il contient. Nous avons notamment constaté que l'utilisation de mécanismes de marché pour régir des politiques environnementales est omniprésente dans le paquet : elle ne concerne pas seulement le SCEQE, qui se fonde exclusivement sur la constitution d'un marché, mais aussi les autres mesures, apparemment plus « classiques », concernant par exemple les carburants. Nous avons considéré l'extension de mécanismes développés pour des mesures spécifiques à la régulation d'autres secteurs comme le fruit d'une approche fondée sur l'expérimentation et l'apprentissage par la pratique. Un exemple que nous avons approfondi est celui des Plans Nationaux d'Allocation (PNA) du SCEQE : dans les plans analogues établis par la Directive sur les énergies renouvelables, nous avons retrouvé les traces des leçons tirées des inconvénients propres aux deux premières phases du SCEQE.

En construisant notre analyse du paquet énergie-climat, nous nous sommes ensuite penché sur les implications internes et externes de la mise en œuvre de la politique climatique européenne. Du point de vue interne, nous avons examiné les mécanismes complexes de coordination qu'une politique aussi transversale et variée que la politique climatique l'exige. Du point de vue externe, nous avons analysé les méthodes utilisées par l'UE pour étendre l'effet de ses mesures internes de lutte contre le changement climatique au-delà de ses frontières. Dans les deux cas, nous avons retrouvé une approche expérimentale de la question climatique qui conduit l'UE à tester une variété de solutions parfois alternatives, parfois s'intégrant. Par exemple, lorsque nous avons de nouveau analysé la notion de politique de l'exemplarité, nous avons vu qu'aujourd'hui l'Union exporte les résultats qu'elle a obtenus avec le SCEQE tant par des mesures extraterritoriales sectorielles, ce qui est nouveau dans le domaine climatique, que par le simple partage de son expérience, mais aussi par la construction d'un marché commun des quotas d'émission avec des pays tiers.

Notre choix de fond a été celui de dessiner un panorama le plus large possible de la politique climatique européenne. Même si nous avons dû, en raison de l'ampleur du sujet, faire une sélection en nous concentrant essentiellement sur le paquet énergie-climat, nous sommes parvenus à saisir la complexité et la variété des mesures adoptées et des mécanismes de mise en œuvre qu'elles sollicitent.

Dans cette diversité le seul dénominateur commun qu'il semble possible d'identifier, à côté de l'expérimentation de mesures innovantes, est celui du pragmatisme : l'Union semble chercher, en toute situation, la solution la plus efficace du point de vue de la réduction des émissions. Nous avons vu de très nombreux exemples de cette recherche de l'efficacité, dont nous pouvons rappeler quelques-uns. La Directive 2009/28/CE essaie d'établir des règles communes pour toutes les énergies renouvelables, y compris les biocarburants. Toutefois, à ce souci de simplification s'oppose la spécificité des biocarburants et le risque que ceux-ci, malgré leur importance, ne se développent pas à cause de la concurrence des autres sources. Pour cette raison, la Directive 2009/28/CE, tout en regroupant l'ensemble des sources, fixe des objectifs et des critères différents pour les biocarburants (pages 348-351). Dans un autre cadre, nous avons vu qu'au dysfonctionnement du SCEQE des deux premières phases, la Directive 2009/29/CE a répondu non seulement en centralisant le plafond des quotas d'émissions, mais aussi en déléguant sa fixation à la Commission. Si, comme nous l'avons souligné, cette délégation semble contraire à la lettre du traité, nous voyons ici combien le souci d'efficacité des instruments est au cœur des choix de l'Union (page 393). Ce même souci était à la base du choix initial des gaz et des secteurs couverts par le SCEQE (page 289). Lors de l'extension de ce dernier à l'aviation, l'objectif immédiat de réduire les émissions de ce secteur a été subordonné à la possibilité de relancer les négociations internationales qui, dans le long terme, peuvent avoir un impact bien plus important dans la lutte contre le changement climatique (pages 448-451).

Conclusions générales

Le parti pris de cette thèse a été d'étudier la lutte contre le changement climatique en tant qu'objet du droit européen. Ce choix nous a placés dans une position différente de la doctrine juridique sur ce sujet, qui a préféré jusqu'à présent se concentrer sur des secteurs ou des instruments spécifiques. Les difficultés auxquelles nous avons dû faire face sont venues en premier lieu de l'étendue de l'objet d'étude, ce qui nous a conduit tout d'abord à restreindre notre analyse à la seule réduction des émissions, sans développer le volet de l'adaptation au changement climatique, puis à nous concentrer, dans la seconde Partie, essentiellement sur le paquet énergie-climat. En deuxième lieu, la nouveauté et la rapidité de l'évolution du domaine nous ont par moment privé du support de la doctrine et de la jurisprudence, comme dans le cas de l'établissement des mandats à négocier ou lorsque nous avons examiné la dimension extraterritoriale des critères européens de durabilité des biocarburants. En troisième lieu, des interrelations très fortes existent entre le droit européen, le droit international et la dimension politique, tant interne qu'externe à l'UE, dans le domaine climatique. Cela a rendu très délicat le maintien du cap sur le droit européen tout en assurant la compréhension des enjeux et des questions auxquels il doit répondre.

Toutefois, nous pensons que malgré ces difficultés l'approche choisie est valable : elle nous a permis de conjuguer des analyses extrêmement variées, allant de la négociation d'accords internationaux à l'attribution des compétences, de l'utilisation d'instruments de marché dans le droit de l'environnement à la comitologie, tout en conservant une cohérence donnée par l'objectif unique de limiter les émissions de GES. Une étude du droit européen à une telle échelle permet de saisir la capacité d'adaptation de la construction européenne face à des nouveaux enjeux, surtout en considérant que la question climatique ne préexistait pas à l'Union.

Pour apprécier les perspectives que ce travail peut offrir à l'étude du droit européen, nous pouvons retracer brièvement le parcours logique que nous avons suivi.

En reconnaissant que le changement climatique a d'abord été un objet scientifique et de politique internationale, nous avons commencé notre analyse en examinant les négociations onusiennes qui ont mené à la conclusion de la Convention-cadre et du Protocole de Kyoto, ainsi que leur blocage au cours des dernières années. Nous avons mis en évidence les principes qui fondent l'action climatique internationale : le principe de précaution, le développement durable et le principe des responsabilités communes mais différenciées. Nous avons vu que la crise des négociations était due, au moins en partie, aux différentes interprétations de ces principes, et notamment à la manière dont le principe des responsabilités communes mais différenciées avait été inclus dans la Convention-cadre et dans son Protocole, les rendant peu adaptables aux évolutions des équilibres internationaux. Le rôle de l'Europe dans les négociations a été dès le début très actif, avec une volonté d'être le *leader* de la communauté internationale. Pour incarner cette volonté, la politique de l'exemplarité, fondée sur l'utilisation extérieure des normes internes, voit le jour. Nous avons situé le tournant de l'action climatique internationale européenne en 2009 : avec la conférence de Copenhague, la position de l'Union, revue à la baisse du fait des divisions internes, devient secondaire dans les débats et sa politique de l'exemplarité se révèle inefficace. A la lumière de cet échec, nous nous sommes demandé si, au-delà des causes géopolitiques et économiques, la structure constitutionnelle de l'UE pouvait constituer un frein à ses ambitions dans le domaine climatique.

Partant du constat que le Traité de Lisbonne a intégré la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs extérieurs de la politique environnementale européenne, la question était de savoir si le système de répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres, fondé sur le principe d'attribution, permet à l'UE de se confronter à des problèmes transversaux de manière efficace, tant par l'élaboration d'une politique interne cohérente, que par une représentation adaptée sur la scène internationale. Au niveau interne, nous nous sommes interrogé sur la possibilité d'affirmer qu'il existe une politique climatique malgré l'absence d'une compétence expressément attribuée à l'Union. Nous avons conclu que, comme cela s'est passé pour l'environnement et l'énergie, une politique climatique se développe avec un degré d'autonomie important par rapport aux autres politiques et, dans des révisions futures des Traités, une compétence spécifique pourrait être attribuée. Au niveau externe, nous avons recherché les raisons des difficultés de l'Union de parler d'une seule voix lors des négociations et du nivellement vers le bas de la position

européenne lors des dernières conférences internationales. Cela nous a conduits à étudier la notion d'accord mixte et à vérifier si une telle forme d'accord, utilisée jusqu'à présent pour la conclusion des accords climatiques, est toujours nécessaire. Notre conclusion a été que, même s'il est possible d'identifier une compétence externe exclusive de l'Union dans le domaine climatique, ce qui porterait à une simplification de la représentation internationale de l'UE, le risque de nivellement vers le bas de sa position ne serait toutefois pas complètement exclu.

Une fois établi que le système d'attribution des compétences est, certes, une source de complexité et de fragmentation de la politique climatique, mais n'empêche pas sa construction, nous nous sommes concentré sur les éléments constitutifs de cette politique et de sa mise en œuvre. Nous avons voulu, en particulier, mettre en valeur la volonté européenne d'expérimenter des solutions législatives innovantes pour faire face au changement climatique. Nous avons examiné en particulier le paquet énergie-climat. Ce groupe d'actes, et notamment le SCEQE qui en constitue le pilier, marque en effet pour l'Union un changement d'approche des questions environnementales, avec l'introduction d'instruments flexibles fondés sur les logiques de marché. Nous avons suivi les développements de cette approche à partir des premières phases du SCEQE. Cela, avec d'autres considérations comme celles sur le niveau de centralisation ou de décentralisation de la mise en œuvre, nous a permis de saisir comment l'UE utilise ses expérimentations législatives : non seulement elle réalise un « apprentissage par la pratique », lui permettant d'améliorer chaque instrument, mais elle transfère aussi les acquis d'un instrument pour améliorer l'efficacité des autres.

L'analyse du paquet énergie-climat nous a aussi montré l'organisation sectorielle de la politique climatique européenne, répondant à la transversalité du phénomène mais aussi à l'attribution des compétences dans les secteurs concernés par le changement climatique. L'approche sectorielle, ainsi que les autres éléments de fragmentation propres à la politique climatique, nous ont conduit, lorsque nous avons approfondi l'étude de la mise en œuvre de cette politique, à nous poser, comme première question, celle de la coordination.

Dans notre analyse, nous avons examiné l'éventail des mécanismes complexes de coordination que l'Union met en place pour donner une cohérence à la mise en œuvre de sa politique climatique. Encore une fois, le souci de l'efficacité des mesures conduit l'Union à tester toutes les solutions à sa disposition. Nous avons pu également remarquer le passage progressif d'une logique dualiste « administration

directe – indirecte » à une logique d'« administration par réseau », avec la création d'une multitude de *fora* où se réunissent les représentants des institutions européennes et étatiques, non seulement pour trouver un terrain d'entente entre intérêts divergents, mais aussi pour assurer une cohérence de vision et d'action dans la politique climatique.

Enfin nous avons repris, à la lumière de toute l'analyse de la politique climatique européenne, l'un des fils conducteurs de notre étude : la relation étroite entre politique interne et action internationale. Ce lien était dicté en principe par le caractère global du changement climatique et par l'émergence des premières réponses à l'échelle internationale. Nous avons vu qu'au début la politique climatique européenne dépendait des choix internationaux : les objectifs européens découlaient des négociations internationales et, malgré les ambitions exprimées par la politique de l'exemplarité, les mesures internes constituaient une mise en œuvre des accords. Aujourd'hui le schéma semble s'inverser : l'émancipation progressive de la politique climatique européenne l'a rendue indépendante des choix internationaux. Les objectifs européens de réduction des émissions subsistent en l'absence de tout accord contraignant. La notion d'exemplarité a aussi muté. Certes, l'Europe poursuit son action dans le cadre onusien, car la globalité du changement climatique rend nécessaire un engagement de tous les pays. Toutefois, le développement des mesures internes permet maintenant à l'Union de tester des approches alternatives, dont nous avons vu plusieurs exemples : l'utilisation du SCEQE comme noyau d'agrégation pour un marché international des quotas d'émission ; le partage de l'expérience acquise avec les pays tiers ; l'utilisation du marché intérieur pour imposer des standards basés sur des critères climatiques ; le développement d'accords internationaux sectoriels que l'Union peut solliciter par l'adoption de mesures unilatérales.

Nous voyons donc que le pragmatisme que nous avons identifié comme guide de l'action interne européenne à tous les niveaux, et qui se traduit par une multiplication des instruments et des mécanismes afin de trouver à chaque situation la solution la plus adaptée, se transpose aujourd'hui dans l'action climatique extérieure.

Ce regard d'ensemble sur le développement de la politique climatique permet de montrer son intérêt pour l'étude du droit européen. Elle fournit notamment un terrain d'étude dont les caractéristiques très spécifiques mettent à l'épreuve le

fonctionnement et la résilience de la construction européenne. D'abord, comme nous l'avons mentionné, l'Union préexistait à la question climatique et, en raison de la globalité de cette dernière, l'action européenne a immédiatement devancé celle des Etats membres. Cette politique ne peut donc pas être considérée, « constitutivement », comme une politique d'harmonisation. Il ne faut pas penser, toutefois, que l'harmonisation n'a aucune place dans l'action climatique, car la diversité des secteurs concernés et le souci d'efficacité ont conduit le législateur européen à utiliser, dès que possible, ce levier.

Ensuite, nous avons vu que la politique climatique est un laboratoire privilégié pour l'expérimentation d'instruments innovants, avec des transferts de bonnes pratiques entre les différents instruments. Nous nous sommes borné, cependant, aux transferts internes au paquet énergie-climat. Une perspective intéressante serait d'évaluer si, comment et à quel degré les innovations introduites dans la sphère climatique peuvent trouver application dans d'autres domaines tels la protection de la biodiversité où, en dehors des questions environnementales, dans les politiques sociales.

En outre, du point de vue du droit administratif, nous avons vu en quoi le changement climatique constitue un test de l'ensemble des mécanismes d'exécution disponibles. La nature technique de la question, la variété des secteurs et la sensibilité de certains d'entre eux constituent trois sources de complexité qu'il est difficile de trouver réunies dans un seul domaine. Si notre analyse a permis de mettre en lumière les notions d'administration par réseau et de régulation par l'information, il est clair qu'une étude sur ces aspects pourrait trouver dans le domaine climatique un terrain fertile. D'ailleurs, si la doctrine sur le droit global a souvent évoqué la gouvernance climatique internationale comme exemple, une analyse approfondie de la mise en œuvre de la politique climatique européenne dans cette perspective serait pertinente.

La question de l'adaptation, que nous n'avons traitée que de manière marginale, peut aussi ouvrir des perspectives de recherche intéressantes. Nous pouvons imaginer que les mécanismes que nous avons vus à l'œuvre dans le cadre de la réduction des émissions seront appliqués à l'adaptation selon une logique de transfert de bonnes pratiques. Cependant, la spécificité de l'adaptation réside dans le fait que les conséquences du changement climatique, à la différence de ses causes, peuvent avoir une dimension locale importante : les pays scandinaves ne subiront pas les mêmes dérégulations climatiques que les pays méditerranéens, les villes côtières seront impactées différemment que les villes alpines. A côté des trois échelles – globale,

européenne, nationale – dont nous avons examiné les interactions dans notre analyse sur la réduction des émissions, l'adaptation fait intervenir aussi les échelles régionales et subrégionales, ce qui posera nécessairement de nouveaux défis, par exemple, s'agissant du système d'attribution des compétences de l'UE et de ses mécanismes de mise en œuvre.

Bibliographie et sources documentaires

L'Union Européenne et le changement climatique : aspects juridiques

Le changement climatique a acquis, durant ces cinquante dernières années, une dimension politique et juridique. En 2009, le Traité de Lisbonne a intégré la lutte contre le changement climatique parmi les objectifs prioritaires de la politique environnementale internationale de l'Union européenne, en reconnaissant la volonté de l'Europe de jouer un rôle de leader mondial dans ce domaine. Cette thèse porte sur la lutte contre le changement climatique en droit de l'Union européenne. Dans la première Partie, nous analyserons tout d'abord l'ambition européenne dans le cadre des négociations internationales, lieu d'émergence de la gouvernance climatique. Puis, nous examinerons le système des compétences de l'UE pour évaluer si ce dernier permet de répondre efficacement aux défis que le changement climatique pose. La seconde Partie porte sur la mise en œuvre de la politique climatique européenne, en présentant les principaux instruments – notamment le paquet énergie-climat – et en montrant les mécanismes à la disposition de l'Union européenne pour mettre en cohérence cette politique transversale et pour influencer l'action climatique globale par ses mesures internes. Cette analyse aide à la compréhension des apports européens, passés et présents, à la construction d'une gouvernance climatique mondiale efficace. Les caractéristiques spécifiques du changement climatique en font en outre un point d'observation privilégié pour l'étude de certaines dynamiques propres à la construction européenne.

Descripteurs : Changement climatique, droit de l'UE, compétences internes, compétences externes, accords mixtes, paquet énergie-climat, politique de l'exemplarité, mise en œuvre, politique transversale, politique climatique européenne.

The European Union and Climate Change: Legal Aspects

Over the last fifty years, climate change has acquired a political and a legal dimension. In 2009, the Lisbon Treaty included combating climate change among the objectives of the European Union's international environmental policy, demonstrating the will of the EU to play a leading global role in this domain.

This thesis studies the development of the fight against climate change in EU law. In Part I we analyse European ambitions within the framework of international negotiations, where climate governance originally emerged. Then, we examine the European system of competence in order to better understand whether or not it actually serves as the most effective approach to tackling climate change issues. Part II concerns the implementation of the EU climate change policy. Here, we present its main instruments, i.e. the climate and energy package, and examine the mechanisms that the EU uses to give coherence to this cross-cutting policy and influence global climate action by way of internal measures taken.

Our analysis furthers the understanding of European contributions, both past and present, to the construction of effective international climate governance. Moreover, the subject of climate change, a major global challenge with an array of specific characteristics, provides us with a privileged point of view to examine several dynamics of the construction of European integration.

Keywords: Climate change, EU law, internal competences, external competences, mixed agreements, climate and energy package, "leading by example" strategy, implementation, cross-cutting policy, European climate policy.