



Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires

Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Unité Mixte de Recherche 7318 CNRS – Aix Marseille Université
Droit Public Comparé - Droit International et Droit Européen

CERIC

RAPPORT D'EXPERTISE

LE CONTENTIEUX EUROPÉEN D'ALLOCATION DES QUOTAS ET L'INCLUSION DE L'AVIATION CIVILE DANS LE SEQUE

**EXPERTISE REALISEE PAR LES ETUDIANTES ET ETUDIANTS DU
MASTER 2 DROIT INTERNATIONAL ET EUROPEEN DE
L'ENVIRONNEMENT**

**POUR LA CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS -
CLIMAT**

9 AVRIL 2012

SOMMAIRE

LISTE DES ABREVIATIONS	P. 3
INTRODUCTION	P. 7
PARTIE I. CONTENTIEUX EUROPEEN DES ALLOCATIONS DE PHASE II	P. 13
I/ <u>Contentieux des allocations suite à des recours en manquement</u>	P. 14
II/ <u>Contentieux des allocations suite à des recours en annulation</u>	P. 17
III/ <u>Confirmation des décisions du Tribunal par la CJUE</u>	P. 27
 PARTIE II. STRATEGIES CONTENTIEUSES DUES A L'INCLUSION DE L'AVIATION CIVILE DANS LE SYSTEME D'ECHANGE DE QUOTAS DE L'UNION EUROPEENNE	 P. 32
I/ <u>L'existence apparente de fondements juridiques solides</u>	P. 36
A. <i>La directive 2008/101 et le droit international aérien</i>	P. 36
1. La position de la CJUE sur le droit international coutumier (principes coutumiers de droit aérien et maritime)	P. 36
2. La position de la CJUE sur le droit international conventionnel (droit de l'OACI et Convention de Chicago de 1944)	P. 40
B. <i>La directive 2008/101 et les relations juridiques transatlantiques</i>	P. 43
1. La conformité éclatante avec l'accord ciel ouvert entre les Etats-Unis et l'Union européenne	P. 44
2. Les procédures contentieuses envisageables contre la loi américaine en cours d'adoption	P. 52
II/ <u>La persistance de fondements juridiques incertains</u>	P. 55
A. <i>La directive 2008/101 et le droit international du climat</i>	P. 55
1. La persistance de doutes sur la conformité de la directive 2008/101 au Protocole de Kyoto : la réponse parcellaire de la Cour de justice de l'Union européenne	P. 56
2. La conformité fuyante de la directive avec le principe des responsabilités communes mais différenciées	P. 59
B. <i>La directive 2008/101 et le droit international économique</i>	P. 62
1. Le champ proprement économique	P. 63
2. Le champ environnemental	P. 66
 INDEX DE JURISPRUDENCE	 P. 72
 BIBLIOGRAPHIE	 P. 73

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

AIE	Agence internationale de l'énergie
IEA	International energy agency
AGCS	Accord général sur le commerce des services
GATS	General Agreement on Trade in Services
AND	Autorité nationale désignée
DNA	Designated National Authorities
AOD	Autorité opérationnelle désignée
DOE	Designated National Authorities
AWG-LCA	Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention
AWG-KP	Ad Hoc Working Group on Further Commitments from Annex I Parties under the Kyoto Protocol
CAREV	Contrat d'Achat de Réductions d'Emissions Vérifiées
ERPA	Emissions Reduction Purchase Agreement
CCNUCC	Convention Cadre des Nations Unies sur le Changement Climatique
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change
CDP	Conférence des parties
COP	Conference of the parties
CDP-RDP	Conférence des parties à la Convention réunies comme parties au protocole
COP-MOP	Conference of the Parties serving as Meetings of Parties of the Kyoto Protocol
CIJ	Cour internationale de justice
ICJ	International Court of justice
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne

ECJ	European Court of justice
CSC	Captage et stockage géologique du carbone
CCS	Carbon Capture and Storage
EPER	Registre européen des émissions de polluants
EUA	European Union Allowance en français quotas européen de carbones
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GES	Gaz à effet de serre
GHG	Green House Gas
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
IPPC	Intergovernmental Panel on Climate Change
ITL	International Transaction Log - registre international des transactions
JTC	Journal des transactions communautaires
CITL	Community Independent Transaction Log
MDP	Mécanisme pour un développement propre
CDM	Clean Development Mechanism
MOC	Mise en oeuvre conjointe
JI	Joint implementation
OACI	Organisation de l'aviation civile Internationale
ICAO	International Civil Aviation Organization
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OECD	Organisation for Economic Co-operation Development
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
WTO	World Trade Organization

OMI	Organisation maritime internationale
IMO	International Maritime Organization
OSMA	Organe Subsidaire pour la Mise en application
SBI	Subsidiary Body for Implementation
OSCST	Organe Subsidaire de Conseil Scientifique et technologique
SBSTA	Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice
OTC	Accord sur les Obstacles techniques au commerce
TBT	Technical Barriers to Trade
PEN	Permis d'Emissions Négociables
ET	Emissions Trading
PNAQ	Plan national d'allocation des quotas
NAP	National Allocation Plan
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
UNDP	United Nations Development Programme
PNUE	Programme des Nations-Unies pour l'environnement
UNEP	United Nations Environment Programme
REDD	Accord sur la réduction des émissions résultant de la déforestation et de la dégradation des forêts dans les pays en développement
REDD	Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation in Developing Countries
SEQA	Système d'échange de quotas d'aviation
ATS	Aviation Trading Scheme
SEQE	Système européen d'échanges de quotas d'émission
EU ETS	European Union Emissions Trading Scheme
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TFEU	Treaty on the functioning of the European Union
UAB	Unité d'absorption
RMU	Removal Unit
URCE	Unité de Réductions Certifiées d'Emissions
CER	Certified Emissions Reductions
URE	Unités de réduction d'émission
ERU	Emissions Reduction Unit
UQA	Unité de Quantité Attribuée
AAU	Assigned Amount Unit

INTRODUCTION

Répondant aux objectifs chiffrés de réduction des émissions de GES posés par le Protocole de Kyoto pour la bulle européenne, le Conseil de l'Union européenne encourage un effort de réduction ambitieux, passant de 20 à 30 %, dans l'hypothèse d'un accord international assurant un effort « *comparable* » des pays industrialisés, et une « *contribution adaptée à leurs responsabilités et à leurs capacités respectives* » des pays émergents¹. Dans un contexte de récession économique, l'Union européenne réaffirme ainsi sa volonté d'être leader sur les questions climatiques².

Pour mettre en œuvre cet objectif à l'échelle régionale, l'Union européenne a mis en place depuis 2005 un marché d'échange de quotas : le système européen d'échange de quotas d'émission de GES, qui s'articule en trois phases.

La première phase débute en 2005 et prend fin en 2007³. Il s'agit d'une période pilote, de familiarisation aux mécanismes du marché d'échanges de quotas de gaz à effet de serre. En 2005, cinq secteurs industriels sont concernés : l'énergie, la production et la transformation des métaux ferreux, l'industrie minérale, la fabrication de pâte à papier, et la fabrication de papier et de carton.

La deuxième phase du SEQE s'étend pour sa part de 2008 à 2012. Au cours de cette phase, les quotas sont alloués gratuitement aux opérateurs économiques concernés. Pour respecter le quota qui lui a été attribué, chaque opérateur économique peut adapter son système de production pour réduire les émissions de GES ou acheter des quotas supplémentaires à un autre opérateur ayant émis moins de gaz à effet de serre que prévu. Notons que depuis le 1^{er}

¹COLOMBIER (M.), LOISEL (C.), GALHARET (S.), GUERIN (E.), RIOLLET (R.) et WEMAERE (M.), « Passage de 20 % à 30 % de réduction des émissions de GES en cas d'accord international : conséquences pour le secteur SEQE », *Policy brief*, Iddri, Paris, n° 05/2008, p. 2

² TABAU (A. S.), « Le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, instrument du leadership de la communauté européenne dans la lutte globale contre les changements climatiques », publication sur le site de l'International Union for Conservation of Nature - IUCN, prix Alexandre Kiss 2008, http://www.iucn.org/about/union/commissions/cel/cel_resources/.

³ 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, pp. 32-46

janvier 2012, le transport aérien a fait son entrée dans le cadre du SEQE⁴ en soulevant toutefois plusieurs difficultés juridiques⁵.

Enfin, la troisième période s'étendra de 2013 à 2020. Il s'agit d'une phase de renforcement du système de quotas, l'objectif étant d'obtenir une réduction de 20 % des émissions de GES en 2020. Cette phase prévoyant la mise aux enchères des quotas verra le champ d'application du SEQE s'étendre à de nouveaux pans de l'économie.

Au-delà de la directive 2003/87 et du système d'échange de quotas d'émission, l'Union européenne a développé une politique climatique optimiste et ambitieuse. Le paquet énergie-climat adopté en décembre 2008 constitue le socle normatif principal de l'Union en termes de lutte contre les changements climatiques.

Le législateur de l'Union souhaite mettre en œuvre une politique associant le climat et l'énergie⁶. Ceci conformément au Traité de Lisbonne qui est venu inscrire à l'article 191 TFUE que « *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* ».

Dès le 10 janvier 2007, la Commission européenne a publié une communication énonçant les priorités d'une politique énergétique européenne permettant de répondre aux défis du changement climatique, ainsi qu'à ceux de la dépendance accrue à l'égard des importations d'une part et de l'augmentation des prix de l'énergie d'autre part⁷. Le même jour, elle a présentée une « *feuille de route pour les sources d'énergie renouvelables* »⁸ et insisté sur le fait que l'adoption d'une politique sur les énergies renouvelables est un élément central de la politique globale de l'Union pour réduire les émissions de gaz à effet de serre.

Si le SEQE constitue indéniablement la pierre angulaire de la politique climatique européenne, d'autres composantes juridiques du paquet énergie-climat viennent compléter le

⁴ Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre

⁵ CJUE, Grande Chambre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et a. c/ Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, recueil de jurisprudence 2011, voir commentaire détaillé dans la partie II du rapport.

⁶ ROCHE (C.), « La politique communautaire de lutte contre le changement climatique entre utopie et réalité », in Cournil (C.), Colard-Frageboule (C.) (Dir.), *Changements climatiques et défis du droit*, Bruylant, 2010, p. 75.

⁷ COM(2007) 1 final, « Politique de l'énergie pour l'Europe ».

⁸ COM(2006) 848 final, « Les sources d'énergie renouvelables au XXI^e siècle : construire un avenir plus durable ».

marché du carbone. La décision 406/2009⁹ relative à l'effort à fournir par les Etats membres pour réduire leurs émissions de GES énonce les règles ainsi déterminant la contribution des Etats membres en matière de réduction des émissions de GES provenant des secteurs ne relevant pas du SEQUE. La directive 2009/31¹⁰, relative au stockage géologique du dioxyde de carbone, vient, quant à elle, réglementer l'injection et le stockage du CO₂ dans les formations géologiques souterraines afin de prévenir ou de limiter les effets néfastes sur l'environnement et les risques pour la santé humaine, par un confinement permanent¹¹, faisant du CSC est une technologie de transition qui contribuera à atténuer le changement climatique. Le paquet énergie climat vise encore, par le biais de la directive 2009/30¹², à favoriser une augmentation de la production de biocarburants au niveau mondial, tout en limitant simultanément les émissions de GES sur l'ensemble du cycle de vie de ces carburants et en évitant une dégradation incidente de la biodiversité sur les territoires de l'Union. Parallèlement, la directive 2009/33¹³ entend assurer la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie. Cette directive intervient plus concrètement pour répondre à la nécessité d'aider les Etats membres à promouvoir l'achat de tels véhicules.

Lorsque l'Union européenne a été appelée à imaginer un système de fonctionnement du SEQUE à l'échelle des Etats membres, elle a tout d'abord dû prendre en compte les capacités de ceux-ci à appliquer cette politique. Le plafond des émissions concerne plus de 11 500 opérateurs économiques les plus émetteurs répartis dans les domaines de la production d'énergie, de la métallurgie, du papier, des industries minérales, des entreprises de stockage géologique du CO₂ et du secteur aérien. Ce plafond se matérialise par la distribution chaque année de quotas aux différents opérateurs. Un quota (*European Union Allowance*) correspond

⁹ Décision n° 406/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les États 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 5.6.2009, pp. 136–148*.

¹⁰ 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 5.6.2009, pp. 114–135*.

¹¹ ROCHE (C.), « La politique communautaire de lutte contre le changement climatique entre utopie et réalité », *préc.*, p. 91.

¹² 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 5.6.2009, pp. 88–113*.

¹³ Directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie ; *JO L 120 du 15.5.2009, pp. 5–12*.

à une tonne de CO₂. Le plafond européen n'est connu que lorsque tous les Etats membres ont déterminé leurs plans nationaux d'allocations. La méthode d'allocation est ainsi détaillée pour chaque pays dans un Plan national d'allocation de quotas, validé *in fine* par la Commission européenne. Le mécanisme est donc décentralisé. La directive « quotas » définit le PNAQ comme un plan national élaboré par chaque Etat membre, « *précisant la quantité totale de quotas qu'il a l'intention d'allouer pour la période considérée et la manière dont il se propose de les attribuer* »¹⁴. Il permet donc de distribuer les quotas aux opérateurs situés sur le territoire de l'Etat et qui relèvent du champ d'application des plafonnements d'émissions de CO₂.

Le plan d'allocation d'un Etat membre contribue à l'objectif commun défini par le protocole de Kyoto visant la bulle européenne, et évolue en fonction de la progression réelle dans la réalisation de cet objectif. Il doit par ailleurs être fondé sur des critères objectifs et transparents, et tenir compte des observations formulées par le public. L'objectivité requise ayant été difficile à respecter pour les deux premières périodes, des corrections ont été apportées au fur et à mesure de la mise en œuvre et en vue de la période *post 2012*¹⁵. Enfin, depuis la phase 2, les PNAQ sont publiés et notifiés à la Commission et aux autres Etats membres au moins dix-huit mois avant le début de la période concernée.

Les quotas peuvent être distribués aux installations gratuitement en fonction des émissions passées, par application de facteurs d'émission standardisés aux niveaux de production attendus (le *benchmarking*), ou encore par mise aux enchères. Pour les deux premières périodes, la plupart des Etats membres ont choisi de ne pas mettre de quotas aux enchères. Enfin, la directive de 2003 oblige les Etats membres à mettre en place un registre national de quotas d'émission de GES, afin de tenir une comptabilité précise des quotas délivrés, détenus, transférés et annulés. Ces registres nationaux sont reliés au Journal des transactions communautaire indépendant.

Pour sa part, la France a décidé de l'attribution gratuite des quotas d'émission. Le système français d'allocation est prévu au niveau national par les lois Grenelle 1¹⁶, et au niveau local, par les plans climat-énergie territoriaux. L'Etat français a fait le choix d'une démarche en deux étapes : il a tout d'abord déterminé les besoins dans chaque secteur

¹⁴ Directive 2003/87, *op. cit.*

¹⁵ De GÉRANDO (B.), *Quotas d'émission de gaz à effet de serre, Système d'échange de quotas - Entreprises et collectivités bénéficiaires - Outils de gestion des quotas*, Lamy, 2010, p. 66.

¹⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement et Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

d'activité, puis a envisagé les besoins pour chaque opérateur à l'intérieur de chacun des secteurs.

S'agissant des opérateurs économiques et collectivités concernés par l'allocation des quotas, l'article L.229-5 du Code de l'environnement dispose que sont soumises au marché des quotas les « *installations classées rejetant un gaz à effet de serre dans l'atmosphère lorsqu'elles exercent une des activités dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat. Ce même décret tient compte en outre de la capacité de production ou du rendement de l'installation* ». Il y a donc deux conditions à l'assujettissement aux quotas : d'une part, l'opérateur économique doit être répertorié par la réglementation en tant qu'installation soumise au système communautaire d'échange de quotas d'émission, et d'autre part rejeter des gaz à effet de serre. Les « *catégories d'activités et d'installations* » soumises à des quotas sont visées par l'article R.229-5 du Code de l'environnement. Enfin, le registre national de quotas d'émission de GES est tenu par la Caisse des Dépôts et Consignations, pour le compte de l'Etat.

L'allocation des quotas dans l'Union européenne se fait donc par le système de vingt-sept plafonds d'émission nationaux, mis en œuvre par les PNAQ. Cependant, ce système doit changer à partir de 2013, en vertu de la directive du 17 décembre 2008 qui prévoit la mise en place d'un plafond unique européen, afin d'harmoniser le système et d'améliorer son fonctionnement¹⁷. De même, le nombre total de quotas d'émissions sera progressivement revu à la baisse selon un facteur déterminé à partir d'un niveau donné. Le passage progressif à un système de vente aux enchères des quotas d'émission est prévu, remplaçant ainsi le système consistant à allouer gratuitement la majorité des quotas. Les ventes aux enchères seront organisées par les gouvernements nationaux mais seront ouvertes à tous les acheteurs de l'Union européenne¹⁸.

L'importance des Etats membres dans la mise en œuvre du SEQE ne doit pas toutefois faire oublier le rôle primordial des institutions de l'Union européenne. La Commission européenne joue un rôle central. En effet, la directive qui établit le SEQE oblige chaque Etat membre à élaborer et communiquer son PNAQ à cette institution. Celui-ci doit répondre à certains critères fixés par la directive SEQE à l'annexe III et par les communications émises

¹⁷ Une restructuration des procédures de détermination du plafond et de la répartition de celui-ci aux installations sera ainsi opérée. Le plafond sera désormais déterminé par la Commission selon une formule définissant à l'avance la trajectoire de réduction des émissions de manière à rendre prévisibles les effets du système. Cela doit ainsi permettre aux opérateurs du marché d'avoir une vision à long terme et de bénéficier d'une certaine prévisibilité pour prendre des décisions d'investissements

¹⁸ Jusqu'en 2020, une certaine part de quotas continuera néanmoins d'être attribuée à titre gratuit au secteur industriel

par la Commission, ainsi que les commentaires du public. La Commission a dû dans différentes communications expliquer la mise en œuvre des critères énoncés par l'annexe¹⁹ et a ainsi donné une grille de lecture de celle-ci. La Commission européenne s'assure ensuite que les quotas ont été alloués de manière conforme à la directive²⁰. Enfin, concernant la phase de vérification de l'utilisation des quotas par la Commission européenne, la conformité des établissements est vérifiée chaque année. Chacun d'eux restitue à la Commission le nombre de quotas équivalent à ses émissions de CO₂ de l'année passée.

Le Tribunal de l'Union européenne et Cour de justice de l'Union européenne ont pour rôle de veiller au respect du droit de l'Union et de l'interpréter. Les procédures qui relèvent de la compétence du juge de Luxembourg sont les demandes en renvoi préjudiciel, les recours en manquement, les recours en annulation et les recours en carence. Les trois premières voies contentieuses ont connu des litiges concernant l'allocation des quotas de phases I et II.

L'objectif de ce rapport est double. Il s'agit d'une part de déterminer l'orientation prise par la jurisprudence de l'Union européenne liée au système d'allocation des quotas de phase II, et d'autre part d'analyser les stratégies contentieuses liées à l'intégration de l'aviation civile dans le SEQE.

Sur le premier pan de l'analyse, si le nombre de jurisprudences rendues reste limité, la position des juges européens est néanmoins bien établie. On peut résumer le résultat de l'analyse en deux points : une grande marge de manœuvre est laissée aux Etats dans la répartition des émissions entre les acteurs économiques privés, tandis que le rôle joué par la Commission dans l'ajustement *a posteriori* des PNAQ semble accru.

Concernant l'aviation civile maintenant, la jurisprudence laisse irrésolues de nombreuses questions juridiques dans les domaines spécifiques impactés et de nombreuses zones d'ombres subsistent également sur les questions transversales, jusqu'à l'incertitude du fondement juridique même de la directive SEQE.

¹⁹ Communication de la Commission COM(2003)830 final et Communication de la Commission COM(2005) 703 final

²⁰ Le plan national d'allocation des quotas doit être notifié à la Commission qui, dans les trois mois, peut rejeter le plan ou tout aspect de celui-ci s'il est en incompatibilité avec les critères établis dans la directive. Elle doit en préciser la raison et n'apparaît non pas comme une autorité d'approbation du plan, mais comme une simple autorité de révision et de rejet. Des modifications ont souvent été requises, surtout concernant la première période, en particulier la réduction du nombre total de quotas alloués. Une fois que la Commission a approuvé un plan national, la quantité de quotas alloués ne peut être modifiée

Le rapport se divise en deux parties, la première porte sur le bilan du contentieux de l'Union européenne lié au système d'allocation des quotas de phase II, et la seconde analyse les stratégies contentieuses liées à l'intégration de l'aviation civile dans le SEQE.

PARTIE I

CONTENTIEUX EUROPEEN DE L'ALLOCATION DE PHASE II

Notre analyse va se concentrer sur la jurisprudence européenne concernant les allocations de quotas de phase II. Sans revenir sur les trois phases du SEQE décrites en introduction, nous préciserons ici simplement que la phase 2 s'étend du 1^{er} janvier 2008 au 31 décembre 2012 et coïncide avec la première période d'engagement du protocole de Kyoto – période de cinq ans pendant laquelle l'UE et ses États membres doivent atteindre les objectifs d'émission définis dans le protocole.

La Commission s'est basée sur les émissions vérifiées de la phase 1 pour réduire les quotas d'émission de la phase 2 de 6,5 % par rapport au niveau de 2005 et permettre ainsi une baisse réelle des taux d'émission. Lors de cette phase, les émissions d'oxyde nitreux issues de la production d'acide nitrique ont également été incluses. De plus, depuis le 1^{er} janvier 2008, la portée géographique du SEQE a été étendue au-delà des 27 États membres pour inclure l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège. La phase 3 s'étalera sur huit ans, du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2020 et doit contribuer à améliorer la prévisibilité, ce qui encouragera l'investissement dans la réduction des émissions sur le long terme. Le SEQE devrait ainsi être renforcé et étendu de façon substantielle à partir de 2013 et devenir un outil central dans la réalisation des objectifs climatiques et énergétiques de l'UE à l'horizon 2020.

Nous passons ici en revue l'ensemble des affaires du contentieux d'allocation de phase II en fonction des types de recours qui ont été avancés.

I Contentieux des allocations suite à des recours en manquement

Les Etats européens sont responsables de la mise en œuvre des normes européennes dans leurs lois nationales. S'ils ne respectent pas cette obligation, la Cour de justice de l'Union européenne peut être saisie soit par la Commission européenne et soit par les Etats membres : c'est **le recours en manquement**.

Une procédure d'infraction menée par la Commission contre un Etat permet à ce dernier de se conformer volontairement et d'éviter la traduction en justice. La procédure débute avec une mise en demeure de l'Etat fautif suivie d'un **avis motivé** qui définit l'infraction.

La directive 2003/87 prévoit des PNAQ qui doivent être élaborés par chaque Etat membre selon certains critères pour une première période de 2005 à 2008, puis pour une seconde période, de 2008 à 2012.

Après que les PNAQ aient été publiés et notifiés à la Commission et aux autres Etats (article 9 §1 de la directive), la Commission peut, dans les trois mois suivants, rejeter le PNAQ dans son intégralité ou bien certains de ses aspects en cas d'incompatibilités avec les critères avancés par la directive dans son article 10 ou son Annexe III (article 9 §3).

Dans le cas où la Commission ne se prononcerait pas dans le délai imparti, le PNAQ est considéré approuvé ; il ne peut cependant pas être modifié sans son approbation préalable.

Durant la phase I, les recours en manquement ont été plutôt rares. Effectivement, dans l'ensemble, les Etats membres ont transposé la directive correctement et dans le délai imparti (31 décembre 2003). Seules quelques procédures en manquement ont été enclenchées par la Commission mais sans que les saisines de la CJUE ne soient excessives²¹. Seules l'Italie et la Finlande ont été condamnées en 2004 pour manquement à l'obligation de transposition de la directive dans le délai imparti, tandis que le Luxembourg a été condamné pour manquement à l'obligation de transmission

21 KROMAREK (P.), « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *Recueil Dalloz*, n°35, 2009, p. 2.

des rapports sur les politiques de réduction des émissions de GES et sur les projections nationales (décision 280/2004 du 11 février 2004 relative à un mécanisme de surveillance des émissions de GES)

Concernant la phase II, les procédures en manquement engagées par la Commission se sont également faites rares à l'égard des Etats n'ayant pas transmis dans les délais leurs propositions de PNAQ pour la deuxième période. De plus, à ce jour, aucune n'a fait l'objet d'une saisine de la CJUE.

Un premier avertissement a été adressé à huit Etats membres (l'Autriche, l'Espagne, la République tchèque, le Danemark, la Hongrie, l'Italie, le Portugal et la Slovaquie) pour défaut de communication des PNAQ, le 12 octobre 2006, lesquels étaient primordiaux pour la mise en œuvre de la deuxième période²². Bien qu'étant en cours d'élaboration, ils n'avaient toujours pas été transmis à la Commission, ce qui aurait dû être fait depuis le 30 juin 2006.

La procédure s'inscrit dans le cadre de l'article 226 du Traité habilitant la Commission à entamer une procédure contre un Etat membre manquant à ses obligations.

Le 12 décembre 2006, la Commission a adressé un dernier avertissement écrit à l'Autriche, au Danemark, à la Hongrie et à l'Italie, afin qu'ils présentent dans les meilleurs délais leur PNAQ sous peine de saisine de la CJUE²³.

Par ailleurs, une procédure d'infraction a également été engagée à l'encontre de sept Etats membres (premier avertissement écrit pour l'Allemagne, la France, la Pologne et la Slovaquie; dernier avertissement écrit pour l'Espagne, l'Estonie et le Luxembourg) n'ayant pas transmis de rapport complet concernant les progrès accomplis dans la limitation ou la réduction des émissions de GES.

Le 16 janvier 2007, la Commission a rappelé que le Danemark et la Hongrie n'avaient toujours pas présenté leurs PNA (donc les six autres Etats se seraient conformés à l'obligation entre temps)²⁴.

Les PNAQ de la Belgique et des Pays-Bas ont été acceptés sous réserve de modification du total des montants proposés (soit les plafonds établis) pour la période d'échange 2008-2012 qui est incompatible avec l'objectif de l'Etat membre au regard du Protocole de Kyoto.

22 Information trouvée sur EUROPA - Press Releases :
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1364&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>

23 Information trouvée sur EUROPA - Press Releases :
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1763&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>

24 Information trouvée sur EUROPA - Press Releases :
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/51&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=fr>

Modifications également demandées dans le cas où les montants ne sont pas conformes aux émissions prévues et au potentiel technologique de réduction des émissions, par rapport aux émissions vérifiées par des experts indépendants pour l'année 2005 et par rapport à l'évolution attendue de la croissance économique et de l'intensité de carbone de l'économie. Modifications enfin, au regard de la limite proposée pour l'utilisation par les entreprises de crédits au titre de projets de réduction des émissions dans des pays tiers mis en œuvre en application des mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto qui ne serait pas conforme à la règle selon laquelle le recours à des mécanismes doit s'inscrire en complément d'actions nationales de réduction des émissions.

La Pologne, la République tchèque et la Slovaquie se sont vues imposer la même décision sans pour autant générer de conflits, ce qui a permis d'afficher la détermination de l'UE à lutter contre les changements climatiques. Le dernier PNAQ à avoir été accepté est celui de la Pologne, le 19 avril 2010 suite à la décision de rejet de la Commission du PNAQ initial compte tenu de l'arrêt d'annulation du TPI du 23 septembre 2009.

Chaque Etat membre a fini par livrer son PNAQ sans que la Cour n'ait été saisie, ce qui traduit dans l'ensemble un bon fonctionnement du système, bien que la Hongrie soit entrée en conflit avec la Commission après que celle-ci ait décidée de réduire fortement le montant des allocations de carbone que l'Etat prévoyait d'accorder aux entreprises dans son PNAQ.

Nous pouvons observer que l'essentiel des recours qui ont été portés devant le Tribunal au cours de la seconde période sont des recours en annulation. Ces différents recours nous donnent les éléments nécessaires à la bonne compréhension de la Directive²⁵ *in concreto* et de ces mécanismes.

²⁵ Directive 2003/87 du 13 octobre 2003 relative au marché de quotas d'émission de gaz à effet de serre

II Contentieux des allocations suite à des recours en annulation

En ce qui concerne la procédure décisionnelle d'allocations des quotas, il incombe à chaque Etat membre de décider de la quantité de quotas qu'il affectera et délivrera à chaque installation située sur son territoire national, conformément à l'article 11 § 2 et 3 de la directive de 2003/87. Pour cela, l'Etat membre élabore, en application de l'article 9 de cette même directive, un PNAQ et le notifie à la Commission européenne. Celle-ci contrôle que le PNAQ est compatible avec les critères figurant à l'annexe III de la directive. Les quantités de quotas qu'un Etat envisage d'allouer à certaines installations dans le cadre du PNAQ notifié à la Commission n'ont qu'une valeur indicative pour l'exploitant²⁶. En revanche, l'exploitant est juridiquement détenteur d'une quantité précise de quotas en raison du PNAQ qu'adopte l'Etat membre, au sens de l'article 11 de la directive. Il apparaît ainsi que la décision de rejet ou de validation du PNAQ par la Commission européenne n'affecte pas directement et individuellement la situation de l'exploitant. Ce point-là est primordial dans le cadre des recours en annulation que nous allons observer autour d'arrêts rendus à propos des allocations de phase I (A) et au cours de la seconde période (B). Il est intéressant de revenir sur les quelques décisions qui ont été rendues au cours de la première période en raison de leurs influences sur les décisions de justice qui seront rendues ensuite entre 2008 et 2012.

A. Contentieux en annulation relevant de la première période

Le recours en annulation est une action en justice devant la Cour de justice de l'Union Européenne qui vise à annuler un acte juridique communautaire non conforme au droit communautaire. Il vérifie la légalité des actes de l'union. Le recours peut être entrepris par une institution, un Etat membre et un particulier. Il est plus difficile pour un particulier de justifier son recours en annulation à la Cour. Il doit prouver que son action remplit les conditions requises.

L'intérêt à agir est une des conditions requises pour saisir la cour. Il représente l'intérêt personnel et légitime d'une personne à agir en justice et il doit être prouvé afin que le recours soit déclaré recevable par la Cour.

L'affectation directe et individuelle est une condition de l'intérêt à agir. Un particulier tel qu'une entreprise doit avoir un lien direct et individuel avec l'acte juridique attaqué.

²⁶ *Ibid.*, p. 203

Nous allons examiner différents recours relatifs à des demandes en annulation de décisions de la Commission. Le premier recours que nous allons observer est double²⁷. Il s'agit du recours du Gouvernement du Royaume-Uni puis celui d'une entreprise anglaise, ceux-ci vont nous aider à comprendre les décisions qui seront rendues ultérieurement. Nous observerons ensuite le recours des personnes morales : celui d'une entreprise italienne puis le recours d'une entreprise allemande qui confirme la position du Tribunal en ce qui concerne l'interprétation de la directive.

a. Le recours du gouvernement anglais

Il ressort de cette décision qu'avant que l'Etat ne décide de la quantité totale de quotas qu'il allouera à ses entreprises et qu'avant qu'il ne procède aux allocations selon les articles 11 et 9 § 3, l'Etat a la faculté de modifier son PNAQ et les allocations individuelles qu'il entend allouer ainsi que la quantité globale des quotas.

Cette possibilité laissée à l'Etat concerne la révision du montant global des quotas à la baisse, mais également la révision du montant global des quotas à la hausse. Cet élément est particulièrement intéressant pour les affaires qui vont suivre. *In casus*, l'Etat va décider d'augmenter les montants globaux de quotas.

*b. Le recours de l'entreprise Drax Power*²⁸

L'irrecevabilité d'un recours signifie que le recours ne satisfait les conditions requises pour être admis par la cour de justice

L'exception d'irrecevabilité est un argument juridique opposé à une partie lorsque celle-ci ne respecte pas les conditions requises pour procéder à un recours en justice. Dans ce cas, le juge n'examinera pas le fond de l'affaire, c'est-à-dire la situation juridique envisagée.

²⁷ Affaire T-178/05, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et Irlande du Nord c/ Commission*, 23 novembre 2005, Rec. CJCE p. II-4807

²⁸ Affaire T-130/06, *Drax Power & al*, Ord. Tribunal du 25 juin 2007

La solution apportée par le Tribunal dans l'affaire précédente est à relativiser. En effet, « *ces positions sont cependant nuancées, voire partiellement remises en question dans l'ordonnance rendue dix-huit mois plus tard, et refusant pour irrecevabilité des recours d'entreprises contre une nouvelle décision de la Commission rejetant le PNA anglais* »²⁹.

Dans cette affaire, sept sociétés du secteur des centrales électriques, dont l'entreprise Drax Power, ont introduit un recours en annulation contre une décision de la Commission le 3 mai 2006. Celles-ci faisaient valoir qu'elles avaient reçu 19,8 millions de tonnes de CO₂ de quotas en moins que ce qu'elles auraient dû percevoir pour la période 2005-2007. Ces entreprises se considéraient « *directement et individuellement concernées par la décision de la Commission, car le différentiel de quotas ne concernait qu'elles seules, exploitantes de centrales de production électrique. La Commission a alors soulevé une exception d'irrecevabilité* »³⁰. Les entreprises ne pouvaient donc pas, d'après la Commission, contester sa décision qui ne concernait pas directement les entreprises en l'espèce. Alors même qu'il est indéniable de constater que cette modification des quotas à allouer est particulièrement importante, pour le Tribunal il ne s'agit que d'une intention d'allouer des quotas de la part de l'Etat.

Conformément à sa jurisprudence, le Tribunal va examiner l'intérêt à agir des sept sociétés à l'aune des critères énoncés à l'article 230-4 du traité, à savoir : le critère de l'affectation directe et individuelle, qui sont deux critères cumulatifs. Il s'agit pour le Tribunal d'examiner si la situation juridique des entreprises était affectée par la décision de la Commission ou bien par la décision de l'Etat dont elles sont ressortissantes.

Ainsi, pour le Tribunal il est clair que « *La décision définitive concernant la quantité totale de quotas à allouer, et l'allocation de ces quotas aux installations, doit être prise par chaque Etat en application de l'article 11 § 1 et sur la base des PNA établis en application de l'article 9* ». C'est bien « *la décision des autorités nationales qui affecte directement la situation juridique des opérateurs en leur attribuant des quotas* »³¹, en conséquence ce n'est donc pas la décision de la Commission mais bien celle de l'Etat. Le Tribunal va également profiter de cette affaire pour énoncer certains mécanismes. Un Etat peut toujours modifier sa position sur les quotas et soumettre une proposition de modification du PNAQ à la Commission. Dans cette affaire, contrairement à l'affaire précédente, il ne fait allusion qu'à des cas de diminution et reste muet quant aux possibilités d'augmentation, dès lors la seule possibilité serait une redistribution des quotas entre entreprises en prenant aux unes pour redistribuer aux autres³². Ainsi, même si la Commission approuve la modification d'un PNAQ l'Etat peut toujours

²⁹ KROMAREK (P.), « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *Recueil Dalloz*, n°35, 2009, p.5.

³⁰ *Ibid.*, p.6.

³¹ Points 52, 53 et 60 de l'ordonnance

³² KROMAREK (P.), « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *Recueil Dalloz*, n°35, 2009, p.7.

renoncer à ces modifications et décider finalement d'exécuter le PNAQ initial. Il lui est également toujours possible de prendre des mesures de protection renforcée et donc d'attribuer finalement moins de quotas que prévus.

Il semblerait que la position adoptée par le Tribunal dans l'affaire T-178/05 selon laquelle un Etat a la faculté de modifier la quantité totale de quotas qu'il entend allouer soit remise en question par cette nouvelle décision.

c. Le recours d'une entreprise italienne

L'arrêt de 2007, *Buzzi Unicem Spa c/Commission*³³, est intéressant puisque qu'il illustre la non recevabilité du recours en annulation contre une décision de la Commission Européenne entrepris par une personne morale. En l'espèce, une société italienne Buzzi Unicem SpA contestait la décision de la Commission du 15 mai 2007 obligeant l'Italie à modifier son PNAQ. La Commission a demandé à l'Italie de supprimer la possibilité, prévue par ce plan, qu'un exploitant d'une installation garde une partie des quotas qui lui ont été attribués en cas de « *fermeture de l'installation en vue d'une rationalisation de la production* ». Cette possibilité était selon la Commission incompatible avec le critère 10 de l'annexe III de la directive 2003/87.

La société italienne faisait valoir qu'étant la principale société de production et distribution de ciment et de béton en Italie, et que, parmi ses installations, deux étaient particulièrement obsolètes, il lui fallait rationaliser sa production et par conséquent pouvoir les fermer, sans toutefois devoir rendre les quotas attribués pour ces installations³⁴.

Le juge communautaire examine, au préalable, conformément à l'article 230 alinéa 4 du TCE, si la décision de la Commission, affecte directement et individuellement la situation de la personne morale qui a formé le recours contre la décision. Le tribunal s'emploie à rechercher ce qui pourrait caractériser cette entreprise par rapport à toute autre personne morale et par la même rendre l'entreprise destinataire de l'acte. L'entreprise serait dans ce cas-là individuellement affecté par la décision de la Commission Européenne.

Le Tribunal va juger irrecevable le recours de la société italienne au motif qu'elle est affectée par la décision comme tous les autres exploitants d'installation visée par le PNA. Le Tribunal rappelle

³³ Affaire T-241/07, *Buzzi Unicem Spa c/Commission*, Ord. 27 octobre 2008

³⁴ KROMAREK (P.), « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *Recueil Dalloz*, n°35, 2009, p.16

qu'il ne suffit pas que certains opérateurs soient économiquement plus affectés par un acte que d'autres opérateurs du même secteur pour pouvoir être considérés comme individuellement concernés par l'acte en cause.

Par ailleurs, la société requérante avait considéré que la conclusion du juge communautaire selon laquelle les requérants privés ne sont pas directement et individuellement liés par une décision de rejet ou de validation du PNAQ par la Commission et ne peuvent, par conséquent, introduire un recours en annulation, devrait être remise en cause du fait de l'exigence d'une protection juridictionnelle effective. Le Tribunal vérifie en outre que le principe général de protection juridictionnelle effective est respecté et que la requérante peut effectuer un recours en annulation. Il rappelle, à cet égard, que la requérante conserve le droit de contester devant des juridictions nationales des mesures nationales fondées sur la décision attaquée en excipant de l'illégalité de celles-ci, et amener le tribunal italien à poser une question préjudicielle devant la CJCE.

La protection juridictionnelle effective est le droit pour chaque citoyen de l'Union Européenne à un système juridique complet et effectif. Il est un des droits fondamentaux constitutifs de la notion même d'Etat de droit. Les traités européens établissent un système complet de voies de recours et de procédures, dont la coopération étroite entre la Cour de justice et les juridictions nationales, organisée par la procédure de renvoi préjudiciel, constitue un élément essentiel.

Il ressort de cet arrêt qu'un exploitant ne peut pas constituer un recours en annulation devant la CJUE contre la décision de rejet ou de validité du PNA d'un Etat membre prise par la Communauté. Néanmoins, il peut contester la décision du PNAQ qui méconnaîtrait les dispositions de la directive établissant le SEQE en saisissant la juridiction interne. Celle-ci doit alors surseoir à statuer et former un renvoi préjudiciel auprès du juge communautaire pour que celui-ci se prononce sur l'interprétation de la disposition invoquée de la directive et par voie de conséquence sur la validité de l'acte national en cause³⁵.

³⁵ De GERANDO (B.), *Quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Lamy, Paris, 2010, p. 204.

La question préjudicielle ou le renvoi préjudiciel est une procédure qui permet aux juges nationaux de questionner la cour de justice internationale sur l'interprétation ou la validité d'un point de droit communautaire.

d. Le recours d'une entreprise allemande :

Etudions maintenant le recours dirigé par l'entreprise allemande ENBW³⁶ contre une décision de la Commission. Dans cette affaire très similaire au contentieux Drax Power, le Tribunal va s'appuyer sur les positions qu'il a lui-même dégagées dans l'Affaire Drax Power. En l'espèce, et sans surprise en raison de sa précédente décision, le Tribunal va conclure le 30 avril 2007 à l'irrecevabilité du recours de la société allemande à l'encontre de la décision de la Commission rejetant partiellement le PNAQ allemand. Ici encore, c'est la décision nationale et non la décision de la Commission qui cause préjudice à la société requérante. Pour le Tribunal, l'intérêt à agir n'est pas démontré, ceci prive le recours de tout fondement et l'affaire est déclarée irrecevable.

B. Contentieux en annulation relevant de la phase II

Pour la seconde période 2008-2012, un certain nombre d'entreprises a introduit des recours en annulation contre des décisions de la Commission européenne relatives aux plans nationaux d'allocation de quotas élaborés par les gouvernements des pays où elles sont implantées³⁷. Il est intéressant d'examiner la réaction du juge face à ce recours en annulation présenté par des personnes morales.

³⁶ Affaire T-387/04, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c/ Commission*, Ord. 30 avril 2007

³⁷ KROMAREK (P.), La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87, *Recueil Dalloz*, n°35, 2009, p.15

e. Les recours polonais

Un référé est une action en justice d'urgence dont la procédure est simplifiée et rapide.

Un sursis à l'application d'une décision est la suspension de l'exécution d'une décision.

Dans cette affaire, la décision contestée est celle de la Commission demandant une réduction du nombre total de quotas prévu par le PNAQ polonais pour la période 2008-2012. Celle-ci a eu pour conséquence de très nombreux recours en annulation à la fois de la part de plusieurs entreprises et du gouvernement polonais.

En ce qui concerne les entreprises, il s'agit de sociétés qui ont intenté un recours en annulation devant le Tribunal à l'encontre de la décision de la Commission le 5 juin 2007.

La décision de la Commission du 26 mars 2007 à 208,5 millions de tonnes le montant total de quotas et diminue ainsi le nombre total de quotas de 76 millions de tonnes par rapport à la quantité notifiée par le gouvernement polonais dans son PNAQ.

Le Tribunal confirmera la décision de la Commission en ce qui concerne l'exception d'irrecevabilité de la requête. Pour cela le Tribunal va s'appuyer sur les principes qu'il a lui-même posés dans son ordonnance Drax Power. Ainsi, le Tribunal considère que la décision déterminante relative à la quantité totale de quotas qu'il allouera à ces entreprises et bien celle de l'Etat et qu'en conséquence c'est bien la décision de l'Etat qui impacte la situation juridique de ses opérateurs.

Dans cette affaire, les sociétés polonaises ont étayé leur argumentation par le fait que le gouvernement s'était vu privé de sa propre marge d'appréciation pour fixer la quantité totale de quotas et les allocations individuelles. Cet élément a permis au Tribunal de déterminer les contours de la marge d'appréciation laissée aux Etats pour appliquer la Directive climat et le PNAQ. Suivant son raisonnement, « *Un Etat membre peut toujours modifier son PNA, soit à la demande de la Commission, soit de sa propre initiative aussi longtemps que la Commission n'a pas approuvé ces modifications. Le plan notifié précise la quantité de quotas que l'Etat a l'intention d'allouer et la*

manière dont il se propose de les attribuer. L'Etat peut ainsi se contenter d'une allocation inférieure de quotas à condition de respecter les critères de la directive. Par ailleurs, un Etat n'est pas strictement lié par le PNA qu'il a notifié à la Commission ; il conserve une marge de manœuvre dans la mise en œuvre du PNA notamment dans la répartition des quotas individuels d'émission »³⁸. Ainsi l'Etat peut modifier son PNAQ pendant une période déterminée. Les quotas qu'il se propose d'allouer à chaque entreprise ne l'engagent pas de manière ferme, il s'agit d'un projet. Comme le Tribunal l'a énoncé dans l'affaire Drax Power, l'Etat peut toujours renoncer à ces modifications et finalement exécuter le PNAQ initial. Il lui est également permis de prendre des mesures de protection renforcée. De plus, l'Etat est le seul à décider du nombre de quotas qu'il attribuera effectivement aux entreprises.

Le Tribunal va poursuivre son étude de la marge de manœuvre laissée aux Etats et conclure « *qu'un Etat peut toujours modifier son PNA dans certaines circonstances, après l'avoir notifié et jusqu'à la décision finale d'allocation individuelle, pour augmenter ou diminuer la quantité totale de quotas alloués* »³⁹. Ceci est intéressant car on retrouve ici une allusion du Tribunal à ce qu'il avait énoncé dans l'affaire du 23 novembre 2005 et où il évoquait la possibilité de réviser la quantité totale des quotas à la hausse.

Parallèlement à ce recours, le 28 mai 2007 le gouvernement polonais lui-même a intenté un recours en annulation contre la même décision de la Commission, décision de rejet du PNAQ. Dans l'attente de la décision il a formé une demande en référé⁴⁰ afin d'obtenir le sursis à l'application de cette décision qui lui causait un préjudice. Le préjudice résidait dans le fait que dans l'attente de la décision judiciaire les entreprises vont devoir acheter des quotas supplémentaires et ceci est d'autant plus préjudiciable car cela se fera sans doute à des coûts très élevés en raison de la situation d'urgence. Cette demande de référé ne pouvait être ordonnée qu'à condition que l'urgence soit établie et que les moyens de fait et de droit le justifient⁴¹. Pour le Tribunal la situation d'urgence n'est pas prouvée et il ne s'agit finalement que d'une crainte de la part du gouvernement. Le Tribunal poursuit son raisonnement en affirmant qu'il reste au gouvernement la possibilité « *de redistribuer aux entreprises plus de quotas pour les premières années du PNA que ne le prévoit le plan polonais, à condition de rester dans les limites de la quantité totale quinquennale* »⁴². Ainsi, le Tribunal n'a pas jugé nécessaire d'accorder le référé.

³⁸ *Ibid.*, p.17.

³⁹ *Ibid.*, p.17.

⁴⁰ Affaire du 23 sept. 2009, T-183/07 R, *République de Pologne c/ Commission*, Ord. 9 nov. 2007

⁴¹ Articles 242, 243 et 225 du traité CE

⁴² KROMAREK (P.), « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *Recueil Dalloz*, n°35, 2009, p.17.

f. Le recours d'une entreprise anglaise

Toujours dans la même lignée d'affaires, le recours de l'entreprise Cemex UK Cement⁴³ contre la décision de la Commission de 2006 n'a pas non plus joué en faveur de la société requérante. Cette dernière contestait le montant de l'allocation qui lui avait été attribué par le Royaume Uni car il était, compte tenu de sa situation, trop peu important.

Sans surprise et à l'aune de sa jurisprudence, le Tribunal a constaté que le montant de l'allocation a été fixé par le gouvernement anglais dès la notification du plan d'allocation et que ce montant n'a pas été décidé par la Commission mais bien par l'Etat lui-même. La décision qui impacte négativement la société est donc celle de l'autorité nationale. Dans cette affaire le Tribunal va se pencher sur les possibilités qui sont offertes à un requérant non satisfait du montant qui lui a été alloué et précise qu'il est possible au requérant de demander à l'autorité nationale de modifier son PNAQ. Pour cela il lui suffit de faire valoir les modifications de sa situation économique. Néanmoins, l'Etat conserve sa marge d'appréciation et n'est pas dans l'obligation de donner droit à la demande d'un requérant car il lui est toujours possible d'appliquer des mesures de protection renforcée⁴⁴.

Force est de constater qu'il est très difficile, voire impossible en pratique, pour une entreprise d'intenter un recours fructueux contre le montant d'une allocation devant la Commission ou le Tribunal. Le constat s'impose que même si les gouvernements essaient de faire valoir les intérêts de leurs entreprises, ces tentatives sont finalement vouées à l'échec. La principale raison à l'origine des échecs des recours vise l'intérêt à agir⁴⁵. C'est l'absence de l'effet direct et personnel des décisions de la Commission qui explique pourquoi que ces recours soient jugés irrecevables. Toutefois, il reste possible pour un exploitant de contester des décisions relatives aux quotas de GES, il ne s'agira pas de la décision de validité ou de rejet mais bien de la décision prise par l'Etat. L'exploitant peut contester les décisions d'affectation ou de délivrance des quotas de GES devant la juridiction nationale, administrative dans le cas français.

Rappelons que ces décisions d'affectation ou de délivrance sont de nature administrative affectent directement la situation de l'exploitant puisqu'elles lui octroient un nombre de quotas.

⁴³ Affaire T-13/07, *Cemex UK Cement Ltd c/ Commission*, Ord. 6 nov. 2007

⁴⁴ KROMAREK (P.), « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *Recueil Dalloz*, n°35, 2009, p.18.

⁴⁵ Voir la définition de ce concept juridique

La décision d'affectation des quotas est prise par le ministre chargé de l'environnement, en vertu des articles L. 229-11 et R. 229-9 du code de l'environnement, et fixe annuellement le montant total des quotas d'émission alloués à chaque exploitant sur la période (exemple phase II). C'est un arrêté ministériel pris par le Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement qui fixe la liste des exploitants auxquels sont affectés des quotas d'émission pour la période couverte par le plan⁴⁶. Quant aux décisions de délivrance des quotas, elles sont relatives aux mouvements de quotas, de transfert d'activités, de nouvelle répartition annuelle des quotas ou interdiction de transfert de quotas et peuvent affecter individuellement l'exploitant⁴⁷.

La procédure administrative de contestation de ces décisions est prévue aux articles R. 229-27 et suivants du code de l'environnement : « *Préalablement à tout recours contentieux à l'encontre d'une décision d'affectation ou de délivrance de quotas d'émission de gaz à effet de serre prise au bénéfice d'un exploitant ou d'une décision de limitation des émissions de gaz à effet de serre prise en application du I de l'article L. 229-12, l'exploitant saisit le ministre chargé de l'environnement qui statue après avis d'une commission constituée ainsi qu'il est dit à l'article R. 229-28. La commission instruit les réclamations portées devant le ministre. Elle rend un avis motivé au plus tard dans un délai de six semaines à compter de sa saisine. Le ministre notifie sa décision à l'exploitant, assortie de l'avis de la commission* ».

Un exemple de contestation de ces décisions est donné avec l'arrêt du Conseil d'Etat, du 30 mai 2007, *société Lesaffre Frères*. Une société avait formé un recours administratif contre l'arrêté du 25 février 2005 du ministre de l'écologie et du développement durable fixant la liste des exploitants auxquels sont affectés des quotas d'émission de GES et le montant des quotas affectés. A la suite de l'examen de ce recours administratif par la Commission, le ministre a rejeté la demande de la société. Le Conseil d'Etat a jugé le 30 mai 2007⁴⁸ que si ces dispositions avaient « *institué un recours administratif préalable obligatoire à la saisine du juge, la décision prise à la suite de ce recours se substitu[ait] nécessairement à la décision initiale* ». Dès lors, ce sera cette décision prise à la suite du recours qui pourra être déférée devant le juge de la légalité.

⁴⁶ Article R. 229-9 du Code de l'environnement

⁴⁷ De GERANDO (B.), Quotas d'émission de gaz à effet de serre, *op. cit.* note 1, p. 205.

⁴⁸ Conseil d'Etat, 1^{re} et 6^e sous-section, 30 mai 2007, *société Lesaffre Frères*.

III Confirmation des décisions du Tribunal par la CJUE

Dans la 2^{ème} phase de 2008 à 2012, les Etats membres doivent baisser leur plafond de quotas alloués dans le cadre de la présentation de leur PNAQ 2. De même, il a fallu intégrer complètement les objectifs du Protocole de Kyoto qui ne laissaient plus la possibilité d'une mauvaise évaluation des plafonds de quotas.

Afin de mettre en œuvre le système d'échange de quotas d'émission de GES, la directive impose à chaque Etat membre de transmettre à la Commission un plan national précisant la « *quantité totale de quotas qu'il a l'intention d'allouer pour la période considérée et la manière dont il se propose de les attribuer* »⁴⁹.

La directive stipule également que le plan d'allocation précise la quantité de quotas que chaque Etat membre « *a l'intention d'allouer* »⁵⁰.

En effet le plan d'allocation ne constitue pas en lui-même une décision contraignante quant à la quantité de quotas allouée à chaque exploitant. Il est donc semblable à une « *déclaration d'intention dépourvue d'effets juridiques directs à l'égard des exploitants et qui requiert une décision expresse de l'autorité pour conférer une portée juridique aux prescriptions qu'il contient* »⁵¹.

Cependant les décisions d'approbation du plan, par le Gouvernement et par la Commission européenne, figent définitivement le cadre défini par le plan d'allocation et arrêtent la marge de manœuvre des autorités des Etats membres. Il y aurait donc lieu d'y voir un « *acte interlocutoire annulable, dès lors qu'il est susceptible de léser définitivement un exploitant* »⁵². C'est le cas en l'espèce pour deux affaires, slovaque et allemande.

⁴⁹ La première période de référence couvre une période de 3 ans et a débuté le 1er janvier 2005. Les périodes suivantes couvriront des périodes de cinq ans (art. 11.1 et 2. de la directive)

⁵⁰ Art. 9.1. de la directive

⁵¹ BROUHNS (I.-S.) « Aspects juridiques du commerce de quotas d'émission de CO2 », p.7
http://www.energy-law.be/documents/knowhow/article_co2.pdf

⁵² *Ibid.*, p.7

Dans ces deux affaires, la Cour de justice vient confirmer l'interprétation adoptée par le Tribunal relative à l'irrecevabilité des recours d'entreprises contre des décisions de la Commission concernant les PNA. La société slovaque US Steel Kosice et la société allemande St Gobain ont fait appel des ordonnances du Tribunal qui rejetaient leurs recours contre les décisions de la Commission. Celles-ci imposaient aux Etats dans lesquels lesdites sociétés sont établies de modifier leurs Plans Nationaux d'Allocation pour la seconde période. Ces décisions rappellent les principes juridiques qui gouvernent l'accès des particuliers aux juridictions communautaires.

g. Le cas allemand

Une filiale allemande de Saint Gobain, exploitante d'une installation de production de verre, estimait être affectée par la décision de la Commission concernant le second PNA allemand, pour la période constituant la 2^{ème} phase, soit la période allant de 2008 à 2012⁵³

La Commission rejetait en effet partiellement ce PNA puisque l'application d'un « *facteur d'exécution* » permettant de calculer la quantité de quotas alloués pour la première période du PNA (2005-2007) à des catégories d'installations nouvellement entrées en production n'était plus justifiée pour la seconde période 2008-2012, ces mêmes installations ne pouvant plus être considérées comme « *nouveaux entrants* ». ⁵⁴

L'entreprise allemande intenta un recours considéré comme irrecevable par ordonnance du 11 septembre 2007 (T-28/07). En effet, elle se trouvait affectée au même titre que tous les autres exploitants d'installations soumises au système communautaire d'échange de quotas et aux PNA en découlant. En particulier, il a été reproché à l'entreprise qu'elle ne démontrait pas en quoi elle ferait partie d'un « cercle fermé » d'exploitants particulièrement concernés. De même qu'elle ne peut pas non plus prétendre bénéficier d'une garantie de se voir appliquer une certaine méthode d'allocation pour obtenir une certaine quantité de quotas, sur plusieurs périodes d'allocation⁵⁵.

La société Saint Gobain se pourvoit alors en annulation de l'ordonnance du Tribunal⁵⁶ permettant à la Cour de confirmer la décision du Tribunal en constatant que la décision litigieuse revêtait une portée

⁵³ Décision C (2006)5609 du 26 novembre 2006.

⁵⁴ KROMAREK (P.), La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87, *op. cit.*, p.19

⁵⁵ *Ibid.*, p.19

⁵⁶ Affaire de la CJUE C-503/07, *Saint-Gobain Glass Deutschland/Commission*, Ordonnance de la Cour du 8 avril 2008

générale et n'affectait pas individuellement la requérante. Celle-ci ne peut prétendre être individuellement affectée par la décision de la Commission et aucune disposition de la directive ne lui accordait de garantie « *de se voir appliquer une certaine méthode d'allocation, voire d'obtenir une certaine quantité de quotas d'émission de GES* »⁵⁷

Ainsi il convient de constater que, selon la Cour « *la possibilité de déterminer, avec plus ou moins de précision, le nombre ou même l'identité des sujets de droits auxquels s'applique une mesure n'implique nullement que ces sujets doivent être considérés comme étant concernés individuellement par cette mesure, tant il est constant que, comme en l'espèce, cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte en cause* »⁵⁸ (voir, notamment, arrêt Antillean Rice Mills/Conseil, précité, point 52, ainsi que les ordonnances du 24 mai 1993, *Arnaud e.a./Conseil*, C-131/92, Rec. p. I-2573, point 13, et du 21 juin 1993, *Chiquita Banana e.a./Conseil*, C-276/93, Rec. p. I-3345, point 8).

h. Le cas slovaque

Le cas du recours de l'entreprise slovaque, US Steel Kosice est similaire. Il concerne le seul producteur intégré d'acier en Slovaquie, ce qui aurait pu inciter à admettre plus facilement la recevabilité de la requête.⁵⁹

En 2004 puis 2007 l'entreprise a demandé l'annulation de la décision de la Commission relative au premier puis au second PNA.⁶⁰

Le Tribunal constate lors du premier recours que « *la décision de la Commission n'impose pas de réduction de la quantité totale de quotas, ni a fortiori de la quantité de quotas individuels, mais se borne à ne pas émettre d'objections à l'encontre du PNA, et n'affecte pas individuellement ni directement la requérante* ». Celle-ci critiquait aussi les « *négociations bilatérales* » entre le gouvernement slovaque et la Commission, alors que pour le Tribunal « *rien n'interdit à la Commission, après la notification d'un PNA, d'entamer des discussions avec ce dernier dans le but d'exercer une influence sur le contenu du texte* ». Cette décision vient préciser que le PNA peut être modifié sans acceptation préalable de la Commission, si la modification consiste en des changements

⁵⁷ *Ibid.*, point 76

⁵⁸ *Ibid.*, point 70

⁵⁹ KROMAREK (P.), La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87, *op. cit.*, p.19

⁶⁰ Affaire T-489/04, *US Steel Košice/Commission*, Ord. 1er octobre 2007.

apportés à l'allocation de quotas dans les limites de la quantité totale à allouer ⁶¹ (cette quantité à allouer est celle qu'indique la décision de la Commission).

Selon la requérante, à partir d'une quantité globale inférieure à celle mentionnée dans le PNA, elle se verrait allouer une quantité inférieure de quotas. Le Tribunal relève qu'il ne s'agit que d'une crainte qui « *visé un événement purement hypothétique* » et que le gouvernement slovaque « *n'est pas tenu de modifier le nombre de quotas qu'il allouera à la requérante, ni que, s'il y a une réduction de ce nombre, celle-ci sera proportionnelle à la diminution de la quantité globale* ».

La même entreprise a ultérieurement intenté une requête contre la décision de la Commission du 29 novembre 2006 imposant une réduction de 10 millions de la quantité totale de quotas évaluée à 40 millions dans le PNA lors du second PNA slovaque.

Une nouvelle ordonnance est alors venue constater l'irrecevabilité de la demande, que la requérante a déférée en appel devant la Cour de Justice.

Conformément à l'article 11 § 2 et 3 de la directive « *il incombe à chaque Etat membre, et non à la Commission, de décider de la quantité totale de quotas qu'il allouera pour la période en cause, de lancer le processus d'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation ainsi que de statuer sur l'allocation desdits quotas* ». Ainsi, d'après la Cour, la République slovaque aurait pu décider de procéder à des allocations individuelles de quotas à des niveaux différents de ceux exposés dans son PNA puisque l'Etat destinataire de la décision était uniquement tenu de respecter les plafonds globaux d'émission et les méthodes d'allocation contenues dans son PNA tel qu'accepté par la Commission.

Le pouvoir d'appréciation dont disposent les Etats a pour conséquence que la décision de la Commission ne peut pas affecter directement la situation juridique d'un opérateur économique. La quantité de quotas octroyée peut être inférieure auxdits plafonds, si bien que, l'Etat conserve une marge d'appréciation faisant obstacle à ce que la décision litigieuse puisse être considérée comme affectant directement la requérante.⁶²

⁶¹ KROMAREK (P.), La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87, *op. cit.*, p.19

⁶² *Ibid.*, p.20

Cette décision témoigne de la fausse indépendance des Etats vis-à-vis de la Commission : le Tribunal vient affirmer l'existence d'une marge autonome de décision des Etats sur la quantité totale de quotas qu'ils peuvent allouer alors qu'ils restent soumis à la Commission pour toute modification de leur PNA, fonction des demandes de celle-ci. Les demandes de la Commission ont véritablement un caractère obligatoire et s'imposent aux Etats.

PARTIE II

STRATEGIES CONTENTIEUSES DUES A L'INCLUSION DE L'AVIATION CIVILE DANS LE SYSTEME D'ECHANGE DE QUOTAS DE L'UNION EUROPEENNE

A l'échelle mondiale, le secteur des transports représente le deuxième émetteur de GES avec 7 Gigatonnes (Gt) de dioxyde de carbone émises en 2005. L'Agence internationale de l'énergie⁶³, dans le scénario de référence de son rapport *Energy Technology Perspectives 2008*, estimait que ces émissions continueront à augmenter annuellement atteignant jusqu'à 18 Gt en 2050⁶⁴. Ce secteur, domaine en constante croissance depuis les années 1950 et, plus récemment, grâce à la démocratisation du transport aérien en raison des compagnies *low cost*, est ainsi l'un des secteurs le plus émetteur de GES au niveau mondial. En effet, depuis les années 1990 les émissions de GES de ce secteur ont augmenté de 87 %⁶⁵ et risquent encore de progresser, fragilisant simultanément les efforts des autres secteurs industriels tels que le secteur de l'énergie, soumis aux engagements de réduction des émissions de GES résultants du Protocole de Kyoto en 1997.

Conscient de l'importance des enjeux mondiaux liés aux émissions de dioxyde de carbone, le secteur de l'aviation civile a été le premier à demander au GIEC⁶⁶ d'effectuer une évaluation complète de l'incidence de ses activités sur l'atmosphère planétaire. C'est ainsi qu'à la demande de l'Organisation de l'aviation civile internationale⁶⁷ a été produite en 1999 une évaluation exhaustive de l'incidence des activités aéronautiques sur l'atmosphère et le climat. Néanmoins, ce rapport laissant encore place à des incertitudes importantes quant aux effets réels des émissions produites par les aéronefs sur le climat et l'ozone, d'autres recherches ont été effectuées dès sa publication. C'est ainsi que fut publié en 2007 le quatrième rapport d'évaluation du GIEC constatant que le total des émissions

⁶³ L'Agence Internationale de l'Energie est un organe autonome dont la mission première est la promotion d'une énergie propre, sûre et accessible pour tous. Initialement fondée afin de faire face au choc pétrolier survenue au début des années 1970, l'AIE a depuis évolué et propose aujourd'hui des études d'experts, des statistiques, des analyses et des recommandations indépendantes pour tenter de répondre aux problèmes globaux liés à l'approvisionnement d'énergie.

⁶⁴ Agence Internationale de l'Energie, « Energy Technology Perspectives 2008 – Scenarios and Strategies to 2050 », 2008, 650 p.

⁶⁵ VINOT (S.) et COUSSY (P), Innovation Energie Environnement, *Panorama 2009 : le point sur les émissions de gaz à effet de serre des transports*, 2008, Lyon, 7 p.

⁶⁶ Groupe de travail I et III du GIEC en collaboration avec le Groupe d'experts d'évaluation scientifique du Protocole de Montréal, *Rapport spécial du GIEC : L'aviation et l'atmosphère planétaire*, « Résumé à l'attention des décideurs », 1999, 25 p.

⁶⁷ L'Organisation Internationale de l'Aviation Civile est une institution spécialisée des Nations Unies créée en 1944. Etablie comme l'instrument de coopération entre les 191 Etats membres, elle vise à promouvoir le progrès du secteur de l'aviation civile conformément aux exigences du développement mondial. Ainsi, elle veille non seulement à la sécurité, la sûreté, l'efficacité et la régularité de l'aviation mais aussi à la protection de l'environnement en établissant des normes et des règles régissant le secteur de l'aviation.

de CO₂ du secteur de l'aviation représentait 2 % des émissions de GES à l'échelle mondiale. Plus alarmant encore, ce même rapport prévoyait que bien que l'amélioration du rendement des carburants pourrait éventuellement produire une atténuation à moyen terme des émissions de CO₂, le volume des émissions de GES provenant du secteur de l'aviation connaîtrait vraisemblablement une augmentation annuelle d'environ 3 à 4 %⁶⁸. Le GIEC considérait plus exactement dans son rapport que ces améliorations de rendement ainsi que la reconversion vers des carburants alternatifs ne permettraient qu'une compensation partielle face à l'augmentation des émissions de GES du secteur de l'aviation. En effet, tandis que certains secteurs de transports, tels que le transport ferroviaire, sont actuellement en phase de reconversion vers une électrification du réseau, le transport aérien pose, quant à lui, un problème de taille car ce secteur, en plein essor, ne semble pas prêt à intégrer des évolutions technologiques suffisamment importantes pour freiner l'augmentation constante des émissions⁶⁹. Aussi, les émissions de CO₂ provenant du secteur aérien représentent désormais 3 % des émissions mondiales, ce qui ne laisse aucun doute quant à l'incidence considérable dudit secteur sur le système climatique mondial.

Consciente des enjeux environnementaux globaux liés aux augmentations constantes des émissions de GES, l'Union européenne a fait preuve de beaucoup de détermination, aussi bien lors des négociations de la CCNUCC en 1992 que lors de l'adoption du Protocole de Kyoto, en 1997. Il est d'ailleurs ici important de rappeler que l'Union a ratifié cet accord malgré la défection des Etats-Unis. Se dessinant comme le « bon élève » sur la scène internationale des négociations sur le climat, l'Union européenne a, de manière anticipée, mis en œuvre ses engagements de réduction de GES, deux ans avant l'entrée en vigueur du Protocole de Kyoto. En effet, dès le 13 octobre 2003 la directive 2003/87⁷⁰ est venue instaurer l'instrument principal de la politique de l'Union en matière de réduction des émissions de GES. Cette directive a effectivement établi le SEQE afin d'assurer la réduction des émissions sur les territoires des Etats membres. En se fondant sur le système du *cap and trade*, le SEQE « *garantit la réduction des émissions polluantes au moindre coût pour la société, et représente donc l'un des principaux outils de l'Union pour réduire ses émissions* »⁷¹. Il constitue aujourd'hui encore « *la mesure phare de la politique communautaire de lutte contre les changements climatiques* »⁷².

⁶⁸ Site web officiel de l'Organisation de l'aviation civile internationale, consulté le 10 janvier 2012, URL : http://legacy.icao.int/icao/fr/env2010/ClimateChange_f.htm.

⁶⁹ VINOT (S.) et COUSSY (P), *op.cit.*, 7 p.

⁷⁰ 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, pp. 32-46.

⁷¹ Communication de la Commission au PE et au Conseil, *Vers une surveillance renforcée du marché relatif au système européen d'échange de quotas d'émission*, COM(2010) 796 final, 2010, p.3.

⁷² TABAU (A.-S.), « *Le système communautaire d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre, instrument du leadership de la communauté européenne dans la lutte globale contre les changements climatiques* », 2008, 34 p., article sélectionné pour publication dans le cadre du prix annuel de recherche sur la

Au vu de l'importante part du secteur de l'aviation dans les émissions de GES au niveau global, et de son incidence certaine sur le système climatique mondial dans la mesure où elle est à l'origine d'importantes émissions de dioxydes de carbone, d'oxydes d'azote ou encore de particules de sulfate et de suie, la Commission européenne a envisagé dès 2005 de procéder à l'intégration de l'aviation dans le marché carbone de l'Union. Dans une communication du 27 septembre 2005 relative à la réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique⁷³, la Commission a ainsi exposé une stratégie en vue de réduire l'empreinte des activités aériennes sur le climat. La directive 2008/101 du 19 novembre 2008⁷⁴ vient, dans ce cadre, modifier la directive 2003/87, en prévoyant l'intégration des activités aériennes dans le SEQE. Avec cette initiative, le législateur de l'Union est alors venu apporter une consistance juridique concrète à la stratégie initiale proposée par la Commission en 2005.

Plus concrètement, la directive 2008/101 énonce que le SEQE doit couvrir les émissions de tous les vols à l'arrivée ou au départ des aéroports se trouvant sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne à compter de janvier 2012, y compris les vols réalisés par les compagnies aériennes de pays tiers. Ce système prévoit en pratique une réduction de 3 % pour 2012 des émissions historiques du secteur de l'aviation⁷⁵, et par la suite d'une réduction annuelle de 5 % par rapport à l'année précédente. Ainsi, ce plafond d'émissions doit être abaissé à 95 % à partir de 2013. Aussi, la directive prévoit que des quotas correspondants au plafond sont distribués par les Etats membres aux compagnies aériennes, à raison de 15 % aux enchères et de 85 % à titre gratuit. Ce dernier pourcentage est réduit à 82 % à partir de 2013 en raison d'une réserve spéciale de 3 % de quotas distribués gratuitement aux nouveaux exploitants ou à ceux qui auraient eu une croissance supérieure ou égale à 18 % par an depuis 2010. A partir d'avril 2013, et à la fin du mois d'avril de chaque année suivante, les exploitants devront remettre des quotas en quantité égale à leurs émissions déclarées de l'année précédente. Ces quotas peuvent être des quotas aériens ou des quotas ordinaires, reçus gratuitement ou achetés aux enchères ou sur le marché. Une amende de cent euros par quota manquant peut être prononcée à l'encontre d'un exploitant qui ne satisfait pas à ses obligations. En dernier recours, une interdiction d'exploiter pourra être requise au niveau de l'Union européenne, à l'encontre d'un exploitant récalcitrant, ceci sur demande d'un Etat membre. Entrée en vigueur le 2 février 2009, la directive 2008/101 a été vivement critiquée par de nombreux pays et organismes externes à l'Union. Ainsi, une contestation massive a été formulée sur le fondement de la prétendue illégalité des dispositions de la directive, en rapport à de nombreux textes et coutumes internationaux. Le problème général que pose en pratique cette directive est de savoir si l'Union européenne peut contraindre un

législation de l'environnement « Alexandre Kiss », édition 2008. Thème n°1 : cadre juridique pour contrer les changements climatiques – réponses nationales et régionales à un défi mondial.

⁷³ COM/2005/0459 final.

⁷⁴ Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

⁷⁵ En l'espèce, les émissions historiques sont la moyenne des émissions de GES entre 2004 et 2006.

Etat tiers à appliquer une de ses directives, dès lors que l'activité de l'Etat en cause touche directement l'Union. Par ailleurs, se pose la question de savoir comment cette directive peut s'articuler avec les ordres juridiques extérieurs à l'Union européenne et s'il existe des recours contentieux envisageables et prometteurs.

En effet, il apparaît que la directive 2008/101 repose sur des fondements juridiques dont la conformité avec le droit international est dans certains cas solide (I) et dans d'autres, plus incertaine (II). Nous verrons que l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 décembre 2011, rendu dans l'affaire C-366/10⁷⁶, apporte de nombreux éclaircissements concernant la validité de cette directive au regard du droit international.

Comment par le jeu de la question préjudicielle, une compagnie américaine peut-elle remettre en question une directive européenne ? Comme cela a déjà été précisé, une question préjudicielle est une question posée « de juge à juge ». Dans le cas présent, les compagnies aériennes ont effectué un recours contre la transposition anglaise de la directive 2008/101 par le biais de leurs activités avec l'Europe, et en particulier le Royaume-Uni. Ce recours ne s'est pas dirigé contre la directive en tant que telle, mais contre le ministère anglais de l'énergie et du changement climatique. Une compagnie américaine ne pouvant intenter de façon effective un recours en annulation sur la directive 2008/101, ce n'est qu'à l'occasion du litige interne qu'est invoquée une non conformité de cette dernière au droit international aérien, qu'il soit coutumier ou conventionnel. Le contrôle de la CJUE est ainsi effectué conformément à l'obligation qu'a la High court of England de surseoir à statuer sur la question de la conformité.

Contrôle de la validité d'un acte de droit dérivé : l'action du législateur de l'Union européenne peut être contrôlée par la Cour de justice de Luxembourg. Les actes de droit dérivé (surtout les directives, les règlements et les décisions) doivent en effet respecter les normes de l'Union hiérarchiquement supérieures du droit primaire (c'est-à-dire les traités : le TUE et le TFUE depuis le Traité de Lisbonne entré en vigueur 1^{er} décembre 2009). Lorsqu'une question portant sur la validité d'un acte de droit dérivé au regard du droit primaire est posée devant une juridiction nationale, dans le cadre d'une instance, celle-ci peut, en vertu de l'article 267, opérer un renvoi préjudiciel et demander à la Cour de justice de statuer sur la validité de la norme contestée.

La Cour de justice, par un arrêt *Foto-Frost* (CJCE, 22 oct. 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost*, Rec. CJCE 1987, p. 4199), a énoncé un principe d'interdiction, pour les juges nationaux, de constater eux-mêmes l'invalidité d'un acte de droit dérivé. La Cour dispose ainsi d'un monopole d'appréciation de l'invalidité des dispositifs adoptés par le législateur de l'Union. Si des juges nationaux ont des doutes sur la validité d'un acte de droit dérivé, ils doivent opérer un renvoi préjudiciel et ne peuvent en aucun cas freiner l'applicabilité d'un tel acte.

⁷⁶ CJUE, Grande Chambre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et a. c/ Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, recueil de jurisprudence 2011.

I. L'existence apparente de fondements juridiques solides

La solidité des fondements juridiques de la directive 2008/101 apparaît nettement lors de l'examen de la conformité de cette dernière aux règles du droit international aérien (A.). De même, la directive semble encore respecter les dispositions conventionnelles liant l'Union européenne et les Etats-Unis.

Ces derniers envisageant cependant l'édiction d'une législation nationale censée contrer les effets juridiques du texte européen, une étude particulière peut conséquemment être réservée au particularisme des relations juridiques transatlantiques, à l'aune de la directive 2008/101 (B.).

A. La directive 2008/101 et le droit international aérien

L'arrêt préjudiciel de la CJUE du 21 décembre 2011 est ici fondamental. Afin d'évaluer adéquatement la portée de la présente partition jurisprudentielle des juges de Luxembourg, il est nécessaire de s'intéresser en premier lieu à la position de la Cour sur la conformité du dispositif européen au droit international coutumier (1.) avant d'envisager sa conformité au droit international conventionnel aérien (2.).

1. La position de la CJUE sur le droit international coutumier (principes coutumiers de droit aérien et maritime)

La Cour, dans son arrêt du 21 décembre 2011, va identifier quelles sont les coutumes de droit international applicables pour exercer le contrôle de validité de la directive 2008/101. Au sein de la question préjudicielle formulée par la *High court of England*, sont invoqués par les compagnies et associations de compagnies aériennes quatre principes dont ces derniers présument la valeur de coutume internationale aux fins d'établir une non-conformité de la directive 2008/101. Ainsi, l'examen de la conformité de la directive 2008/101 au droit coutumier international devra être appréhendé précisément sous les dispositions de quatre principes :

- Tout d'abord, par rapport au principe de souveraineté complète et exclusive de chaque Etat sur son propre espace aérien,
- Ensuite, le fait qu'aucun Etat ne peut légitimement prétendre soumettre une partie

quelconque de la haute mer à sa souveraineté,

- En troisième lieu, le principe de liberté de survol de la haute mer,
- Enfin, le principe selon lequel les aéronefs survolant la haute mer sont soumis à la juridiction exclusive de l'État dans lequel ils sont immatriculés.

La Cour va étudier chacun de ces principes en trois temps en se basant tout d'abord sur la nécessité de l'Union de respecter le droit international coutumier, puis sur la valeur coutumière des principes invoqués et enfin sur la conformité de la directive 2008/101 auxdits principes. La première phase, préliminaire, lui permet de réaffirmer le fait que l'article 3 § 5 du TUE, en ce qu'il dispose que « *l'Union contribue au strict respect et au développement du droit international* », implique que celle-ci se doit de respecter les règles de droit international coutumier liant les institutions de l'Union⁷⁷. La Cour avait déjà affirmé sur le même fondement ce principe auparavant⁷⁸, elle ne verra donc aucune objection préliminaire à l'examen des coutumes internationales.

La seconde phase consiste, pour la Cour, à examiner la valeur coutumière des principes invoqués. Elle distingue alors les trois premiers principes du quatrième. Ainsi, la souveraineté exclusive des Etats sur leur espace aérien, l'impossibilité de soumettre une partie quelconque à la haute mer et enfin le principe de liberté de survol de la haute mer sont considérés par la Cour « *comme l'expression de l'état actuel du droit international maritime et aérien coutumier* »⁷⁹. Les juges citent alors, à titre d'exemple, la codification de ces principes au sein de la Convention de Chicago, à son article premier (concernant précisément la souveraineté d'un Etat sur son espace aérien)⁸⁰, ainsi que l'article 2 de la Convention de Genève de 1958⁸¹ consacrant explicitement les deux autres principes et, enfin, la Convention de Montego Bay⁸².

⁷⁷ Aff. C-366/10, pt 101.

⁷⁸ CJCE, 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, aff. C-286/90, Rec. p. I-6019, pts 9 et 10.

⁷⁹ Aff. C-366/10, pt. 104.

⁸⁰ Convention de Chicago du 7 décembre 1944, article 1 : « *Souveraineté - Les États contractants reconnaissent que chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire* ».

⁸¹ Convention de Genève du 29 avril 1958, article 2 : « *La haute mer étant ouverte à toutes les nations, aucun Etat ne peut légitimement prétendre en soumettre une partie quelconque à sa souveraineté. La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions que déterminent les présents articles et les autres règles du droit international. Elle comporte notamment, pour les Etats riverains ou non de la mer :*

- 1) *La liberté de la navigation;*
- 2) *La liberté de la pêche;*
- 3) *La liberté d'y poser des câbles et des pipelines sous-marins;*
- 4) *La liberté de la survoler.*

Ces libertés, ainsi que les autres libertés reconnues par les principes généraux du droit international, sont exercées par tous les Etats en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de la haute mer présente pour les autres Etats ».

⁸² Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982, article 87 : « *1. La haute mer est ouverte à tous les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral. La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions prévues par les*

La Cour évoque également les consécutions jurisprudentielles, à la fois par la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'arrêt des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* du 27 juin 1986⁸³, mais également par son prédécesseur la Cour permanente de justice internationale (CPJI) au sein de l'arrêt du 7 septembre 1927, affaire du « *Lotus* »⁸⁴. Qui plus est, la Cour consacre l'applicabilité des coutumes en se fondant sur le fait qu'aucun Etat membre de l'Union ni institution européenne n'a formulé d'opposition sur la possibilité d'appliquer ces coutumes en l'espèce⁸⁵.

Néanmoins, quant à l'analyse du dernier point, la Cour juge que « *le principe selon lequel les aéronefs survolant la haute mer sont soumis à la juridiction exclusive de l'État dans lequel ils sont immatriculés* »⁸⁶ n'a pas de valeur coutumière. Elle argumente sa position en se basant sur le fait qu'à la différence des éléments essentiels formant la coutume, ce principe ne s'est jamais vu appliquer de façon uniforme par les Etats pendant une certaine durée, celle-ci n'apparaissant aucunement au sein de conventions internationales ni de jurisprudences⁸⁷ en tant que tel, et qu'aucun élément ne démontrerait que « *le principe du droit international coutumier, reconnu en tant que tel, selon lequel un navire qui se trouve en haute mer est en principe soumis exclusivement à la loi de son pavillon s'appliquerait par analogie aux aéronefs survolant la haute mer* »⁸⁸.

Dans un troisième et dernier temps, les juges de Luxembourg en viennent à constater la possibilité, pour les particuliers, d'invoquer ces coutumes à l'appui de l'examen de la validité de la directive 2008/101 du fait de la possibilité revêtue par ces coutumes de remettre en cause la compétence de l'Union pour l'adoption d'un tel acte, ainsi que l'intérêt de ces derniers démontré « *par le fait que l'acte en cause est susceptible d'affecter des droits que le justiciable tire du droit de l'Union ou de créer dans son chef des obligations au regard de ce droit* »⁸⁹.

La Cour peut alors passer à l'examen de la conformité de la directive 2008/101 à chacune de ces

dispositions de la Convention et les autres règles du droit international. Elle comporte notamment pour les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral :

- a) la liberté de navigation;*
 - b) la liberté de survol;*
 - c) la liberté de poser des câbles et des pipelines sous-marins, sous réserve de la partie VI;*
 - d) la liberté de construire des îles artificielles et autres installations autorisées par le droit international, sous réserve de la partie VI;*
 - e) la liberté de la pêche, sous réserve des conditions énoncées à la section 2;*
 - f) la liberté de la recherche scientifique, sous réserve des parties VI et XIII.*
- 2. Chaque Etat exerce ces libertés en tenant dûment compte de l'intérêt que présente l'exercice de la liberté de la haute mer pour les autres Etats, ainsi que des droits reconnus par la Convention concernant les activités menées dans la Zone ».*

⁸³ CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua/Etats-Unis), p.111, point 212.

⁸⁴ CPJI, 7 septembre 1927, *Lotus* (France/Turquie).

⁸⁵ Aff. C-366/10, pt 105.

⁸⁶ Aff. C-366/10, pt. 111.

⁸⁷ Aff. C-366/10, pt. 106.

⁸⁸ *Ibid.* Voir ici l'arrêt *Poulsen et Diva Navigation*, préc., pt. 22.

⁸⁹ *Ibid.* point 107.

coutumes. Tout d'abord par rapport au principe de liberté de survol de la haute mer, la Cour juge que la directive 2008/101 étant elle-même limitée dans son champ d'application à la directive 2003/87, elle ne s'applique qu'au sein du territoire que représente l'Union et, par conséquent, ne cible en aucun cas la liberté de survol de la haute mer⁹⁰. De plus, la directive ne s'appliquant qu'aux aéronefs au départ ou à la destination de l'un des pays de l'Union, la liberté de survol de la haute mer n'est en aucun cas violée dans le cas où un avion ne fait que survoler le territoire de l'Union sans s'y poser, car ce dernier n'entre alors pas dans le champ du système d'échange de quotas⁹¹.

Concernant la coutume de souveraineté de l'Etat sur son espace aérien, la Cour rappelle tout d'abord que, par ce fondement, tout avion au départ ou à la destination de son espace aérien est soumis de plein droit à sa juridiction et, de ce fait, lui permet de réglementer les conditions dans lesquelles s'appliqueront les directives 2003/87 et 2008/101 sans pour autant léser la souveraineté des Etats tiers, du fait que les compagnies ont le choix de s'y soumettre en effectuant des vols vers les Etats membres de l'Union⁹². Enfin, la Cour répond au fait que la directive 2008/101 ne prétend aucunement soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté en se fondant sur trois points. Elle se fonde encore sur la possibilité de choix que les compagnies aériennes font d'exploiter une ligne à destination d'un Etat membre de l'Union. Egalement, elle rappelle que les avions survolant la haute mer et n'atterrissant pas au sein de son espace aérien ne sont pas soumis au SEQE conformément à ce principe. Elle ajoute que la directive 2008/101 fait partie intégrante de la politique de l'Union en matière d'environnement, et exclut le fait que « *certaines éléments contribuant à la pollution de l'air, de la mer ou du territoire terrestre des Etats membres trouvant leur origine dans un événement qui se déroule en partie en dehors de ce territoire ne puisse pas être de nature, au regard des principes du droit international coutumier pouvant être invoqués dans l'affaire au principal, à remettre en cause la pleine applicabilité du droit de l'Union sur ledit territoire* »⁹³. Cette argumentation n'est pas nouvelle et résulte d'une jurisprudence constante de la Cour⁹⁴.

⁹⁰ *Ibid.* point 122 et 123.

⁹¹ *Ibid.* pt. 126.

⁹² *Ibid.* pts 125 et 127.

⁹³ *Ibid.* pt. 129.

⁹⁴ CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission*, aff. jtes 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85, pts 15 à 18 et CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, aff. C-188/07, pts 60 à 62.

2. La position de la CJUE sur le droit international conventionnel (droit de l'OACI et Convention de Chicago de 1944)

OACI : l'organisation de l'aviation civile internationale a été créée par la convention de Chicago en 1944 par son article 43, et se place sous le contrôle des Nations Unies. Cette organisation compte aujourd'hui 190 Etats membres et a pour objectif de « *développer d'une manière sûre et ordonnée* » l'aviation civile internationale ainsi que d'établir celle-ci « *sur la base de l'égalité des chances en exploitant d'une manière saine et économique* »⁹⁵.

Au sein de cette partie, nous traiterons tout d'abord de l'analyse dressée par la CJUE de la Convention de Chicago, puis nous effectuerons un rapprochement avec la possible invocabilité de cette dernière au sein d'une instance à l'OACI.

Invocabilité : l'invocabilité correspond au droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer des normes. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, s'ils sont extérieurs à l'ordre juridique interne, quelle que soit la législation du pays dont il relève. Il s'agit donc de la capacité d'une norme à être une source de légalité en vigueur dans l'ordre juridique national.

a. La Convention de Chicago devant la Cour de justice

Avant d'analyser la Convention de Chicago par rapport à la conformité de la directive 2008/101 la Cour, dans son arrêt du 21 décembre 2011, effectue l'analyse de son invocabilité en l'espèce et conclut en écartant cette dernière. En effet, la Cour constate que l'Union n'est pas partie à la Convention de Chicago ni directement, ni indirectement, que l'on fasse application de l'article 351 § 1 TFUE ou non, car si « *l'Union ne doit pas faire obstacles aux conventions conclues antérieurement par ses Etats membres* »⁹⁶, elle n'y est pas liée pour autant et n'a pas à adapter le droit de l'Union à ces conventions⁹⁷.

⁹⁵ Convention relative à l'aviation civile internationale, 7 décembre 1944 -Préambule

⁹⁶ Aff. C-366/01, pt. 71.

⁹⁷ Conclusions de l'avocat général Juliane KOKOTT, pt. 58.

La Cour relève également qu'en se basant sur le système de répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres, la Convention de Chicago n'est pas fondée à lier celle-ci. En effet, la Convention de Chicago se base sur la libéralisation et la non-discrimination des aéronefs. Ainsi, la remise en question effectuée au sein de la question préjudicielle prend pour base des compétences que ne possède pas l'Union, mais ses Etats membres, à savoir « *l'attribution des droits de trafic, à la fixation de redevances aéroportuaires ou encore à la détermination des zones d'interdiction de survol de leur territoire* »⁹⁸.

Ainsi, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur la teneur des articles de la Convention de Chicago, la Cour écarte d'emblée l'examen de la conformité de la directive 2008/101 à ce dispositif conventionnel⁹⁹. On peut néanmoins constater que les conclusions de l'avocat général envisageaient la possibilité d'un examen de ces dispositions, eu égard au principe de bonne foi dans la conduite des affaires de l'Union. A cet effet, cette dernière a examiné les trois articles de la Convention en litige et démontre leur inapplicabilité en l'espèce.

Tout d'abord, l'avocat général démontre la conformité de l'article 1^{er} sur le respect de la souveraineté des Etats membres, dont la démonstration s'est vue précédemment au sein de l'examen du respect de la directive 2008/101 à la coutume internationale. L'article 11 quant à lui concerne l'interdiction de discriminations des aéronefs en raison de leur Etat d'appartenance. Or, la directive 2008/101 concerne justement les aéronefs à l'entrée et à la sortie de l'Union européenne dans un système d'échanges de quotas d'émissions et non pas des règles pour des vols effectués en dehors du territoire européen¹⁰⁰. Enfin l'article 12 de la Convention de Chicago concerne les règles de l'air, règles qui ne font aucunement l'objet des dispositions de la directive 2008/101. Néanmoins, la vision des juges de Luxembourg ne semble pas faire l'unanimité, notamment au sein de l'OACI.

b. Les recours envisageables devant l'OACI

Ici, il nous faut rappeler en premier lieu que le Conseil de l'OACI ne partage pas la position de la Cour de justice de l'Union européenne concernant la directive 2008/101. En effet, le 2 novembre 2011 une résolution de l'OACI effectuée par 26 Etats Parties à la Convention de Chicago est venue demander aux Etats tiers à l'Union européenne de s'abstenir d'inclure les compagnies aériennes visées

⁹⁸ Aff. C-366/01, pt. 70.

⁹⁹ *Ibid.* pt. 72.

¹⁰⁰ *Ibid.* pt. 168.

à l'annexe I¹⁰¹. La polémique ne s'est pas arrêtée là. Il est envisagé qu'un recours soit formulé, conformément aux dispositions de l'article 84 de la Convention de Chicago, qui prévoit la résolution des conflits éventuels par l'intervention du Conseil de l'OACI¹⁰².

Il est indispensable de noter ici que les voies de recours ouvertes à l'OACI sont de deux ordres différents : la voie dite « normale » entre Etats ; et celle issue du Protocole de coopération établi entre l'Union européenne et l'OACI paru au journal officiel au 9 septembre 2011. Ainsi, la première voie de recours ouverte sous l'OACI concerne l'utilisation de l'article 84 du protocole. Ce dispositif a été en pratique déjà utilisé à plusieurs reprises (à titre d'exemple : saisine du conseil par l'article 84 sur un différend entre le Royaume-Uni et l'Espagne le 26 septembre 1967 / sur un différend entre le Pakistan et l'Inde le 3 mars 1971).

Ici, du fait que l'Union ne fait pas partie de la Convention de Chicago, les différends soulevés ne pourraient être fondés que sur les mesures de transpositions de la directive par un Etat membre, et le refus d'autres Etats parties de l'appliquer.

L'inconvénient pour l'Union d'un tel dispositif de règlement des différends en l'espèce est que le conseil est aujourd'hui ouvertement hostile au règlement 2008/101. Ainsi, il semble peu probable que ces derniers écartent l'applicabilité de la convention de Chicago sur les mêmes fondements que ceux utilisés par le juge de Luxembourg, notamment du fait des tensions internationales déjà existantes concernant les accords mixtes signés de l'Union et des Etats membres, et dont la répartition des compétences est source de discordes et d'incompréhension ; ainsi que du fait qu'ici ce seront directement les Etats qui seront ciblés.

Qui plus est, sur le fondement même des articles invoqués, on peut noter que l'OACI risque de considérer différemment la question du respect de la souveraineté des Etats membres, ainsi que du principe de non discrimination des aéronefs, sur le fondement de l'assimilation du système SEQE à une taxe, et non à un mécanisme de marché, comme le démontre pourtant les dispositions du règlement. Dans l'éventualité d'un désaccord, la seule option pour les Etats de l'Union restera la Cour internationale de justice, et dans ce cas précis se posera encore la question de l'articulation des ordres

¹⁰¹ Actu-environnement, le 04/11/2011 – Aviation : les opposants au marché carbone européen affichent un front uni – <http://www.actu-environnement.com/ae/news/aviation-eu-ets-quotas-oaci-14030.php4>.

¹⁰² Convention de Chicago du 7 décembre 1944, article 84 : « Si un désaccord entre deux ou plusieurs États 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. Aucun membre du Conseil ne peut voter lors de l'examen par le Conseil d'un différend auquel il est partie. Tout État contractant peut, sous réserve de l'article 85, 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 internationale de justice. Un tel appel doit être notifié au Conseil dans les soixante jours à compter de la réception de la notification de la décision du Conseil ».

juridiques. La seconde voie, quant à elle, cible l'utilisation du récent accord de coopération entre l'Union européenne et l'OACI. Il prévoit un mécanisme de règlement des différends qui n'est pas similaire au mécanisme prévu par la Convention de Chicago. En effet, ce dernier prévoit l'établissement d'un comité mixte¹⁰³ permettant une représentation équitable de l'Union et de l'OACI en cas de différend et dont le but serait de trouver par voie diplomatique une solution satisfaisante pour les deux parties au litige¹⁰⁴. Notons que cette solution serait dans l'optique d'une opposition persistante entre l'OACI et l'Union la solution ayant le plus de chances de déboucher sur un résultat en faveur de l'Union. Qui plus est, l'un des objectifs affichés du Protocole de coopération, dans son article 1^{er}, est bien la protection de l'environnement.

B. La directive 2008/101 et les relations juridiques transatlantiques

La directive 2008/101 apparaît actuellement comme un sujet particulièrement délicat dans le cadre des relations transatlantiques. Dans l'affaire C-366/10, les compagnies aériennes arguaient notamment de la non-conformité de ladite directive à l'accord bilatéral dit de « ciel ouvert » de 2007. Avec l'arrêt du 21 décembre 2011, la Cour vient cependant consacrer la pleine conformité du texte européen aux dispositions internationales de l'accord ciel ouvert (1.). Parallèlement, les Etats-Unis envisageant l'édiction d'une législation fédérale interdisant aux compagnies aériennes américaines de participer au SEQE. Il apparaît dès lors nécessaire de s'interroger, à l'aune de la solution rendue par la CJUE, et au regard des voies contentieuses américaines existantes, sur la conformité d'une telle législation à l'accord ciel ouvert (2.).

¹⁰³ Protocole de coopération entre l'Union européenne et l'Organisation de l'aviation civile internationale fournissant un cadre de coopération renforcée du 9 septembre 2011, article 7.1 : « *il est institué un comité mixte composé de représentants de chaque partie. Le comité mixte est coprésidé par un représentant de chaque partie. Le comité mixte est chargé de veiller au bon fonctionnement des annexes du présent protocole de coopération, y compris leur adoption* ».

¹⁰⁴ *Ibid.*, article 8.2 et 8.3 « *les parties mettent tout en œuvre pour régler, par des consultations au niveau technique le moins élevé possible, les différends qui pourraient les opposer en ce qui concerne leur coopération au titre du présent protocole de coopération* » et « *si un différend ne peut être réglé conformément au point 8.2 du présent article, chacune des parties peut soumettre le différend au comité mixte, qui engage une consultation sur la question, conformément à l'article 7 du présent protocole de coopération, en vue de le régler par voie de négociation* ».

1. La conformité éclatante avec l'accord ciel ouvert entre les Etats-Unis et l'Union européenne

Effet direct : il s'agit ici de l'enrichissement du patrimoine juridique des particuliers que les dispositions d'une norme internationale peuvent engendrer. Un traité international peut ainsi contenir des droits en faveur des particuliers. L'effet direct correspondra alors à la possibilité pour ces particuliers de se prévaloir directement desdits droits devant les juridictions nationales, à l'encontre de normes internes, pour en exiger, par exemple, l'application. En conséquence un traité peut-être doté d'un effet direct sans être directement applicable. En définitive, l'effet direct peut être analysé comme la capacité d'une norme externe à devenir un paramètre de la légalité. Cette notion traduit donc non seulement l'invocabilité d'une norme directement applicable mais aussi sa propension à enrichir ou à grever le patrimoine juridique de personnes privées.

Applicabilité directe : l'applicabilité directe renvoie aux exigences de l'exécution d'une norme dans un ordre juridique. Il s'agit de l'intégration directe de la norme dans le droit d'un Etat. Celui-ci n'a pas à prendre de mesures nationales d'adaptation. La norme extérieure pénètre directement dans l'ordre juridique sans nécessiter l'intermédiation d'un dispositif national d'exécution. En acceptant l'applicabilité directe d'une norme externe, l'Etat renonce à mettre en œuvre une procédure nationale d'adaptation de son droit.

L'accord ciel ouvert des 25 et 30 avril 2007 est un accord bilatéral de libéralisation du secteur de l'aviation civile entre les Etats-Unis et l'Union européenne. Dans son arrêt du 21 décembre 2011, la Cour de justice rappelle d'emblée que cet accord est notamment destiné à favoriser l'essor du transport aérien international en ouvrant les marchés et en maximisant les avantages pour les consommateurs, les transporteurs aériens, les travailleurs et les populations des deux côtés de l'Atlantique¹⁰⁵. Il s'agit plus concrètement de permettre aux transporteurs aériens des parties contractantes d'offrir aux passagers et aux expéditeurs des prix et des services compétitifs sur les marchés ouverts.

La décision 2007/339/CE du 25 avril 2007¹⁰⁶ du Conseil de l'Union et des représentants des Etats membres entérine la signature et l'application provisoire de cet accord. Le protocole

¹⁰⁵ Aff. C-366/10, pt. 13.

¹⁰⁶ Décision 2007/339/CE du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part.

du 25 mars 2010 est ensuite venu modifier l'accord ciel ouvert et a été intégré dans le droit de l'Union par la décision 2010/465/UE du 24 juin 2010¹⁰⁷.

Il est intéressant de noter ici que le cinquième considérant de la décision 2010/465/UE dispose que « *le protocole est pleinement conforme à la législation de l'Union, notamment au système d'échange de droits d'émission de l'Union* ». Les articles 7 § 1, 11 et 15 § 3 de l'accord ciel ouvert étaient en cause en l'espèce. La Cour, avant de contrôler la conformité de la directive 2008/101 à ces dispositions, s'est d'abord attachée à déterminer leur invocabilité. Dans ce cadre, les piliers de l'édifice jurisprudentiel de la Cour de justice en matière d'articulation entre le droit international et le droit de l'Union sont à mobiliser. Plus exactement sur la base des arrêts *Kadi*¹⁰⁸, *FIAMM*¹⁰⁹ et *Intertanko*¹¹⁰, la Cour dégage trois conditions permettant d'établir l'invocabilité d'une disposition internationale conventionnelle pour le contrôle de la validité d'un acte de droit dérivé de l'Union, comme la directive déferée. Tout d'abord, l'Union doit être liée par le traité invoqué. La nature et l'économie de ce traité ne doivent ensuite pas s'opposer à l'exercice d'un tel contrôle. Enfin, les dispositions conventionnelles invoquées doivent apparaître, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises.

Concernant l'accord ciel ouvert, les décisions 2007/339/CE et 2010/465/UE lient indéniablement l'Union. Les dispositions de cet accord forment partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique de l'Union¹¹¹. Avant de se prononcer sur l'invocabilité des articles 7 § 1, 11 et 15 § 3, la Cour devait encore s'interroger sur la nature et l'économie de l'accord ciel ouvert. En s'appuyant sur les conclusions de l'avocat général rendues dans l'affaire dont elle est saisie¹¹², la Cour considère que les transporteurs aériens américains et européens sont spécifiquement visés par l'accord ciel ouvert qui est destiné à leur permettre de pleinement exploiter les avantages découlant de la libéralisation du secteur aérien. Les juges ajoutent encore, pour parachever leur raisonnement syllogistique, que « *dès lors que l'accord « ciel ouvert » met en place certaines règles destinées à s'appliquer*

¹⁰⁷ Décision 2010/465/UE du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil du 24 juin 2010 concernant la signature et l'application provisoire du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part.

¹⁰⁸ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351.

¹⁰⁹ CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, Rec. p. I-6513.

¹¹⁰ CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, aff. C-308/06, Rec. p. I-4057.

¹¹¹ Aff. C-366/10, pt. 79.

¹¹² Conclusions de l'avocat général KOKOTT sur l'affaire C-366/10, présentées le 6 octobre 2011.

*directement et immédiatement aux transporteurs aériens et à leur conférer ainsi des droits ou des libertés, susceptibles d'être invoqués à l'encontre des parties à cet accord, et que la nature et l'économie de cet accord ne s'y opposent pas, il peut en être conclu que la Cour peut apprécier la validité d'un acte du droit de l'Union, tel que la directive 2008/101, au regard des dispositions d'un tel accord »*¹¹³. Il appartenait dès lors à la Cour de Luxembourg d'examiner la conformité de la directive en cause aux articles 7 § 1 (a.), 11 (b.) et 15 § 3 (c.) de l'accord bilatéral.

a. La conformité de la directive 2008/101 à l'article 7 § 1

L'article 7 § 1 de l'accord ciel ouvert énonce explicitement que « *les dispositions législatives et réglementaires d'une partie régissant sur son territoire l'entrée et la sortie des aéronefs assurant la navigation aérienne internationale, ou régissant l'exploitation et la navigation desdits aéronefs lorsqu'ils se trouvent sur son territoire, s'appliquent aux aéronefs utilisés par les transporteurs aériens de l'autre partie et sont observées par lesdits aéronefs lorsqu'ils entrent sur le territoire de la première partie, lorsqu'ils y séjournent ou lorsqu'ils le quittent* ».

Comme le relevait l'avocat général dans ses conclusions, cet article 7 § 1 prévoit ainsi une obligation conventionnelle précise et inconditionnelle, à destination des compagnies aériennes d'une partie, de respecter le droit de l'autre partie. La Cour reprend expressément cette interprétation en considérant que « *lorsque ces aéronefs assurant la navigation aérienne internationale entrent, séjournent ou quittent le territoire de l'une des parties contractantes, ils se voient appliquer et doivent observer les dispositions législatives et réglementaires de cette partie, qu'il s'agisse de dispositions régissant l'entrée et la sortie des aéronefs sur le territoire de cette dernière ou celles régissant l'exploitation et la navigation desdits aéronefs* ».¹¹⁴ Cet article est donc directement invocable.

L'une des compagnies aériennes requérantes prétendait que la directive 2008/101 n'était pas conforme à l'article 7 § 1 en ce qu'elle appliquerait le système d'échange de quotas de l'Union non seulement lors de l'entrée des aéronefs dans le territoire des Etats membres ou lors de la sortie de celui-ci, mais également aux parties de vols réalisées au-dessus de la haute mer et du territoire des Etats tiers.

¹¹³ Aff. C-366/10, pt. 84.

¹¹⁴ *Ibid.* pt. 86.

La Cour balaie ce raisonnement et rappelle la position qu'elle avait précédemment développé concernant la conformité de la directive 2008/101 au droit international coutumier et selon laquelle « *ce n'est que si les exploitants [d']aéronefs font le choix d'exploiter une ligne aérienne commerciale à l'arrivée ou au départ d'aérodromes situés sur le territoire des États membres que, parce que leurs aéronefs utilisent de tels aérodromes, lesdits exploitants sont soumis au système d'échange de quotas* »¹¹⁵. De fait, l'article 7 § 1 ne rentre pas en conflit avec la directive 2008/101.

b. La conformité de la directive 2008/101 à l'article 11

L'article 11 est, quant à lui, relatif aux droits de douanes et taxations. Il dispose, dans son paragraphe premier qu'« *à leur arrivée sur le territoire de l'autre partie, les aéronefs utilisés par les transporteurs aériens d'une partie (...) sont exemptés, sur une base de réciprocité, de toutes restrictions à l'importation, taxes sur la propriété, de tout prélèvement sur le capital, de tous droits de douane et d'accises* ». L'article 11 § 2 dispose notamment que le carburant utilisé à bord des aéronefs doit également être exempté de tout impôt, droit, taxe et redevance.

La Cour rappelle ici que, concernant justement le carburant embarqué pour les vols internationaux, « *l'Union a expressément prévu une exonération de la taxation pour les produits énergétiques fournis en vue d'une utilisation comme carburant ou combustible pour la navigation aérienne, et ce afin notamment de se conformer aux obligations internationales existantes résultant de la Convention de Chicago (...)* »¹¹⁶. Cet article 11 pose une condition de réciprocité mais les juges considèrent qu'elle ne constitue pas un obstacle à ce que l'obligation d'exonération de droits, de taxes et de redevances en ce qui concerne le carburant embarqué puisse être directement invoquée dans le cadre du contrôle de conformité de la directive 2008/101 à l'accord ciel ouvert.

Les parties plaignantes analysaient le système d'échange de quotas comme une forme de taxation et considéraient conséquemment que la directive méconnaissait l'article 11. Les juges rappellent alors la finalité de la directive 2008/101 qui est notamment de poursuivre « *l'objectif d'une meilleure protection de l'environnement* »¹¹⁷. Ils reviennent ensuite sur les caractéristiques fondamentales d'un système de permis d'émission de gaz à effet de serre. Un tel système « *encourage et favorise la recherche des coûts les plus bas pour atteindre une*

¹¹⁵ *Ibid.* pt. 133.

¹¹⁶ *Ibid.* pt. 90.

¹¹⁷ *Ibid.* pt. 138.

réduction desdites émissions à un niveau précis »¹¹⁸. En conséquence, « *l'avantage pour l'environnement dépend de la rigueur avec laquelle est établie la quantité totale de quotas octroyés, qui constitue la limite globale des émissions autorisées par ledit système* »¹¹⁹. De façon très pédagogique la Cour explique qu'ainsi, « *la logique économique du système d'échange de quotas consiste à faire en sorte que les réductions d'émissions de gaz à effet de serre nécessaires à l'obtention d'un résultat environnemental prédéterminé aient lieu au coût le plus faible* »¹²⁰. Elle reprend ici les mêmes termes que dans sa jurisprudence préjudicielle rendue dans l'affaire *Arcelor* de 2008¹²¹.

Les juges exposent ici l'intérêt des outils économiques dans les politiques environnementales. Il s'agit précisément de tirer avantage de l'ensemble des potentiels de réduction pour un coût donné. En effet le système d'échange de quotas d'émission présente un avantage par rapport à une réglementation plus classique, celui de laisser aux agents économiques la décision de l'ajustement de leur comportement. L'outil réglementaire traditionnel se révèle moins incitatif dans la mesure où il possède un caractère statique et uniforme. Les permis d'émission sont en revanche à même de prendre en compte les disparités existantes entre les opérateurs économiques dans la répartition des efforts de réduction. Leur flexibilité permet la fixation d'un signal-prix indépendant de l'action des pouvoirs publics.

Concernant la qualification juridique de « système de permis d'émission » pour un outil économique utilisé en matière environnementale, la Cour montre qu'elle entend bien distinguer entre la fiscalité et les permis. Elle considère certes que l'approche est équivalente dans les deux cas, mais met parallèlement en exergue le fait que les modalités de mise en œuvre sont différentes. Plus exactement, l'équilibre économique que permettent d'atteindre la taxe et les permis d'émission est obtenu de façon différente dans chaque cas. La nature de la contrainte pesant sur les opérateurs économiques privés, en l'espèce les compagnies aériennes, n'est pas identique selon que le droit prévoit une imposition ou un nombre de quotas. Des études ont déjà été effectuées sur le sujet. Il est par exemple intéressant de citer les travaux du *Groupe de travail sur l'utilisation des instruments économiques au service du développement durable*, mis en place par le Gouvernement français en février 2006, selon lesquels « *la fiscalité permet de plafonner – au niveau de la taxe – le coût marginal*

¹¹⁸ *Ibid.* pt. 139.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*, pt. 140.

¹²¹ CJCE, 16 déc. 2008, *Société Arcelor, Atlantique et Lorraine et a.*, aff. C-127/07, pt. 32.

d'abattement supporté par les entreprises. Mais elle introduit une incertitude sur le résultat environnemental (niveau final de pollution par exemple). Par contraste, dans le cas d'un marché de permis d'émission, l'enveloppe de quotas initialement allouée détermine le plafond global d'émission de polluant et in fine le degré de contrainte quantitative qui pèsera sur les agents. Il laisse en revanche au marché le soin de déterminer ex post le prix d'équilibre du quota, donc de révéler les coûts d'abattement des acteurs. Dans ce cas, c'est donc le prix des quotas et le coût de réduction des atteintes à l'environnement que l'on ne connaît pas a priori »¹²². La taxe constitue ainsi un « instrument-prix », alors que le marché d'échange de quotas est un « instrument-quantité ».

Avec le système de permis d'émission, il y a une forte incitation obligeant les exploitants d'aéronefs à restituer un nombre de quotas égal au total de leurs émissions de l'année civile précédente. Contrairement à une taxation ou tout autre instrument de fiscalité écologique, il n'existe pas ici de lien direct et indissociable entre la quantité de carburant détenue ou consommée par un aéronef et la charge pécuniaire incombant à l'exploitant d'un tel aéronef. La distinction entre permis d'émission et taxe est nette puisque *« le coût concret incombant à [l']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 exploitant ainsi que de leur prix sur le marché lorsque l'acquisition de quotas supplémentaires s'avère nécessaire pour couvrir les émissions dudit exploitant »*¹²³.

Les juges rappellent encore qu'une compagnie aérienne soucieuse de la protection de l'environnement peut même faire des bénéfices avec le système de l'Union, en revendant sur le marché carbone ses quotas surnuméraires. Le point 143 de l'arrêt du 21 décembre 2011 est particulièrement éloquent sur la conclusion de la Cour. Il indique effectivement qu'*« à la différence d'un droit, d'une taxe ou d'une redevance frappant la consommation de carburant, le système mis en œuvre par la directive 2003/87, telle que modifiée par la directive 2008/101, au-delà du fait qu'il n'a pas vocation à créer une recette en faveur des autorités publiques, ne permet nullement d'arrêter, sur la base d'une assiette et d'un taux définis a priori, un montant devant être dû par tonne de carburant consommé pour l'ensemble des vols réalisés sur une année civile »*. La directive 2008/101 ne met donc pas en place des

¹²² Groupe de travail présidé par LANDAU (J.-P.), « les instruments économiques du développement durable », juillet 2007, 85 p. (v. p. 10-11).

¹²³ Aff. C-366/10, pt. 142.

prélèvements obligatoires étant donné que le système d'échange de quotas de l'Union est « *une mesure fondée sur le marché et non pas un droit, une taxe ou une redevance frappant le carburant embarqué* »¹²⁴.

Enfin la Cour devait examiner l'article 15 de l'accord ciel ouvert, expressément consacré à l'environnement. Il énonce, dans son premier paragraphe, que « *les parties entendent collaborer pour limiter ou réduire, de façon économiquement raisonnable, les incidences de l'aviation internationale sur l'environnement* ». Surtout, l'article 15 § 3 dispose que « *lorsque des mesures de protection de l'environnement sont adoptées, les normes sur la protection de l'environnement adoptées par l'[OACI] dans les annexes à la convention [de Chicago] sont respectées, sauf dans les cas où des différences par rapport à ces normes ont été notifiées* ». Cette disposition doit être lue en combinaison avec les articles 2 et 3 § 4 de l'accord ciel ouvert. L'article 2 dispose que « *chaque partie offre aux transporteurs aériens des deux parties la possibilité de se livrer à une concurrence loyale et équitable pour la fourniture des services aériens internationaux* ». L'article 3 § 4 énonce, quant à lui, « *qu'aucune des deux parties ne limite unilatéralement le volume du trafic, la fréquence ou la régularité des services (...) sauf pour des motifs douaniers, techniques, d'exploitation ou d'environnement* ».

c. La conformité de la directive 2008/101 à l'article 15 § 3

Finale­ment chargée d'examiner l'invocabilité éventuelle de l'article 15 § 3, la Cour rappelle d'abord que la première phrase de cet article « *tend à imposer aux parties contractantes l'obligation de respecter les normes sur la protection de l'environnement figurant dans les annexes de la convention de Chicago* »¹²⁵. Cette obligation apparaît, selon les juges, inconditionnelle et suffisamment précise pour opérer sur ce fondement le contrôle de validité de la directive 2008/101.

Quant à la seconde phrase de l'article 15 § 3, qui prévoit que toute mesure de protection de l'environnement ayant une incidence sur les services aériens doit être appliquée par les parties, en conformité avec les articles 2 et 3 § 4, la Cour considère que, « *si l'Union adopte des mesures de protection de l'environnement revêtant la forme de redevances aéroportuaires ayant pour effet de limiter le volume de trafic ou encore la fréquence ou la régularité des*

¹²⁴ *Ibid.* pt. 147.

¹²⁵ *Ibid.* pt. 95.

services aériens transatlantiques, de telles redevances imposées aux transporteurs aériens établis aux États-Unis ne doivent pas être supérieures à celles mises à la charge des transporteurs aériens de l'Union et, ce faisant, du point de vue de leur éventuelle soumission à de telles redevances, ces deux catégories de transporteurs aériens doivent se voir offrir par l'Union la possibilité de se livrer à une concurrence loyale et équitable»¹²⁶. Tout désavantage concurrentiel injustifié et toute discrimination sont ainsi prohibés et l'obligation découlant de l'article 15 § 3 apparaît inconditionnelle et suffisamment précise.

Les requérants prétendaient que la directive 2008/101 instituait une mesure relative à l'environnement incompatible avec les normes déjà prévues par l'OACI en la matière. De surcroît, la directive constituerait une mesure limitant notamment le volume de trafic et la fréquence des services, en violation de l'article 3 § 4 de l'accord ciel ouvert. Finalement, la directive serait encore constitutive d'une redevance incompatible avec l'article 15 de la Convention de Chicago, que les parties à l'accord ciel ouvert se sont engagées à respecter.

La Cour rejette les moyens soulevés ici. Elle relève tout d'abord que les requérants n'ont pas apporté la preuve que la directive 2008/101 aurait méconnu une norme relative à la protection de l'environnement adoptée par l'OACI au sens de l'article 15 § 3 de l'accord ciel ouvert. Aucun texte de l'OACI ne prévoit qu'un mécanisme de marché comme le système d'échange de quotas d'émission serait contraire aux normes environnementales adoptées par cette organisation internationale. Les juges de Luxembourg constatent ensuite que rien ne permet d'affirmer que l'article 15 § 3 puisse avoir pour effet d'empêcher les parties à l'accord ciel ouvert de prendre des mesures limitant le volume du trafic, la fréquence ou la régularité des services ou encore le type d'aéronefs exploités par les transporteurs aériens établis sur les territoires de ces parties, lorsque de telles mesures sont liées à la protection de l'environnement¹²⁷. En effet, et la Cour le précise à juste titre, l'article 3 § 4 prévoit explicitement que les parties ne peuvent procéder à de telles limitations « *sauf pour des motifs (...) d'environnement* ». De plus, le système d'échange de quotas d'émission ne limite ni la fréquence ni la régularité des services aériens. La Cour est très claire, « *l'obligation essentielle incombant aux exploitants d'aéronefs est uniquement de restituer des quotas correspondant à leurs émissions réelles* »¹²⁸. Et cette obligation ne saurait être considérée comme une redevance aéroportuaire. Enfin, la directive 2008/101 ayant expressément prévu une application uniforme du système d'échange de quotas à l'ensemble des exploitants

¹²⁶ *Ibid.* pt. 99.

¹²⁷ *Ibid.* pt. 152.

¹²⁸ *Ibid.* pt. 153.

d'aéronefs assurant des liaisons aériennes au départ et à l'arrivée de l'Union, elle n'est pas venue instaurer un régime discriminatoire. La Cour en déduit la conformité pleine et entière de la directive 2008/101 aux dispositions de l'accord ciel ouvert.

Pourtant, un projet de loi fédérale est actuellement en cours d'élaboration au Congrès américain. Il prévoit l'interdiction pure et simple, pour les compagnies aériennes des Etats-Unis, de participer au marché carbone européen. Au regard de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 décembre 2011, ce texte en cours de discussion parlementaire pourrait revêtir certains vices d'inconventionnalité. Il apparaît dès lors intéressant d'étudier les procédures contentieuses qui pourraient permettre de contester ledit projet de loi, s'il venait à être définitivement adopté.

2. Les procédures contentieuses envisageables contre la loi américaine en cours d'adoption

Le projet de loi américain sur le SEQE¹²⁹ a été présenté dans le cadre du 112^{ème} Congrès des Etats-Unis¹³⁰, lors de la première session (qui s'est terminée en janvier 2012). Il a pour objectif explicite d'interdire aux compagnies aériennes des Etats-Unis de participer au système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne. Il n'a pour le moment été adopté que par la Chambre des Représentants, le lundi 24 octobre 2011. Un projet de loi similaire a été présenté au Sénat américain en décembre 2011 mais doit encore être adopté par ce dernier avant d'être ultérieurement soumis à l'approbation du Président des Etats-Unis. Le projet de loi se dénomme « *European Union Emissions Trading Scheme Prohibition Act of 2011* ». Les députés y constatent en premier lieu que l'Union européenne a unilatéralement imposé un système d'échange de quotas d'émission aux aéronefs des compagnies européennes et non européennes. Ils considèrent que cette « action extraterritoriale »¹³¹ n'est pas conforme à la Convention de Chicago de 1944 ni à l'accord ciel-ouvert de 2007 et qu'il porte directement atteinte à la souveraineté des Etats-Unis¹³².

Les parlementaires considèrent ensuite que l'Union européenne devrait renoncer à l'intégration de l'aviation civile internationale dans le SEQE et, au contraire, négocier avec

¹²⁹ 112th Congress, 1st Session, H.R. 2594, Union Calendar No. 151, Report No. 112-323, Part I.

¹³⁰ i.e. la législature fédérale américaine débutant du 3 janvier 2011 et se concluant le 3 janvier 2013.

¹³¹ European Union Emissions Trading Scheme Prohibition Act of 2011, HR 2594, p. 3.

¹³² *Ibid.*

les autres Etats Parties de l'OACI, afin de parvenir à une solution multilatérale pour la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre du secteur aérien. Surtout, le texte législatif enjoint au Secrétaire d'Etat américain aux Transports d'interdire explicitement aux compagnies aériennes nationales de participer à un système d'échange de quotas d'émission établi unilatéralement par l'Union européenne¹³³. Ledit Secrétaire d'Etat devrait, toujours selon le texte, utiliser ses prérogatives pour conduire des négociations internationales et prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les compagnies aériennes des Etats-Unis ne sont pas soumises au système européen d'échange de quotas.

L'inconventionnalité d'une telle disposition législative fédérale pourrait résulter de sa non-conformité avec l'article 7 § 1 de l'accord ciel ouvert, duquel il ressort expressément que les transporteurs aériens doivent respecter les réglementations fixées par les Parties audit accord¹³⁴. Il apparaît dès lors indispensable, dans le cadre de l'élaboration d'une stratégie contentieuse, de déterminer quelle est la place accordée aux traités internationaux en droit interne américain. En droit constitutionnel américain, l'effet des traités dans l'ordre juridique interne est défini par l'article VI section 2 de la Constitution fédérale selon lequel « *la présente Constitution, et les lois des Etats-Unis qui seront prises pour son application, et tous les traités conclus, ou qui seront conclus, sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque Etat seront liés de ce fait, nonobstant toute disposition contraire dans la Constitution ou les lois de l'un quelconque des Etats* ».

Ainsi l'article VI section 2 de la Constitution confère aux traités conclus un effet direct. Les traités entrent directement dans l'ordre interne avec pour première conséquence qu'ils l'emportent sur les lois des Etats. Ce principe est toutefois à nuancer avec la doctrine du traité *self-executing* (c'est-à-dire le traité directement applicable par les cours et tribunaux)¹³⁵. Cette

¹³³ HR 2594, Sec. 3.

¹³⁴ Ainsi dans son arrêt du 21 décembre 2011, la CJUE avait considéré que « *la directive 2008/101 prévoit que la directive 2003/87 s'applique aux vols à l'arrivée ou au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre. Ainsi, dans la mesure où cette réglementation régit sur le territoire des Etats membres l'entrée et la sortie des aéronefs assurant la navigation aérienne internationale, tant européenne que transatlantique, il ressort expressément de l'article 7 § 1, de l'accord «ciel ouvert» qu'une telle réglementation s'applique à tout aéronef utilisé par les transporteurs aériens de l'autre partie à cet accord et qu'un tel aéronef est tenu d'observer cette réglementation* » (affaire C-366/10, pt. 134).

¹³⁵ Le caractère *self-executing* d'un traité correspond au fait qu'il est directement applicable. Cela signifie qu'il pénètre directement dans l'ordre juridique interne de l'Etat et ne nécessite pas de mesures nationales d'application complémentaires de la part des autorités législatives ou administratives (synonyme d'« applicabilité directe », notion exposée dans l'encadré en début de partie). L'effet direct d'un traité a des conséquences différentes. Il s'agit ici de l'enrichissement du patrimoine juridique des particuliers que les dispositions du traité peuvent engendrer. Un traité peut plus exactement contenir des droits en faveur des particuliers. L'effet direct correspondra alors à la possibilité pour ces particuliers de se prévaloir directement desdits droits devant les juridictions nationales, à l'encontre de normes internes, pour en exiger, par exemple, l'application.

doctrine a été avancée par le Président Marshall dans l'affaire *Foster v. Neilson* en 1829. Elle oblige à distinguer entre l'effet direct du traité et son applicabilité directe par les cours et tribunaux. En 2008 la Cour a revisité cette doctrine avec l'affaire *Medellin v. Texas*¹³⁶. La Cour précise d'abord la notion de traité directement applicable. Dans l'arrêt *Medellin v. Texas*, elle refuse toute présomption d'applicabilité directe ou d'absence d'applicabilité directe. Elle considère que tout dépend du texte du traité. Or la Cour de justice de l'Union a considéré que les obligations de l'accord ciel ouvert pertinentes étaient d'applicabilité directe. Il reste donc à savoir si le dialogue des juges sera ici fructueux ou non.

Un traité réputé *self-executing* ne confère pas systématiquement à l'individu des droits privés qu'il peut faire valoir en justice. L'applicabilité directe confère au justiciable le droit de se plaindre de sa violation devant les tribunaux internes. Dès lors il est impératif de déterminer des critères permettant d'établir la nature directement applicable d'un traité. Dans quelles conditions un traité liant les Etats-Unis peut-il être déclaré *self-executing* ? L'analyse exégétique du traité est ici fondamentale. Une autre méthode mobilisable est celle du faisceau d'indices, qui amène à rechercher des facteurs multiples. Il s'agit pour les juges internes saisis d'interpréter les dispositions du traité pour savoir si elles ont un effet direct. L'arrêt *Medellin v. Texas* semble préférer une conception restrictive de l'applicabilité directe des accords et traités internationaux en droit interne.

Si la clause de suprématie de l'article VI § 2 de la Constitution tend à donner un effet direct dans l'ordre interne aux traités conclus par les Etats-Unis, elle ne leur donne pas une autorité supérieure à celle des lois. Plus exactement, les traités conclus et *self-executing* (regardés par les cours de justice comme étant directement applicables) l'emportent sur les lois d'Etats, mais pas sur les lois du Congrès. Les rapports entre traités et lois du Congrès sont des rapports de stricte équivalence. La solution à un conflit de normes est réglée par application du principe *lex posterior derogat priori*, selon lequel la loi postérieure se substitue à la loi antérieure. Selon l'arrêt *Whitney v. Robertson*, de 1888¹³⁷, les dispositions d'une loi du Congrès adoptée après un traité international contraire l'emportent sur les dispositions de ce dernier. Si les dispositions du traité international sont d'applicabilité directe, c'est-à-dire qui n'appellent pas de dispositions législatives d'application pour prendre effet, parce qu'elles ont la même force et le même effet qu'une disposition législative, le Congrès peut modifier ces dispositions dans ce qu'elles ont d'obligatoires pour les Etats-Unis, ou choisir de les

¹³⁶ Cour suprême fédérale, 25 mars 2008, *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491.

¹³⁷ 124 U.S. 190 (1888).

remplacer en totalité. Selon la Cour, la Constitution place le traité au même niveau hiérarchique que la loi fédérale dans la hiérarchie des normes et impose la même d'obligation qu'un acte du législateur. Le traité et la loi sont déclarés, par ce même instrument, comme le droit suprême du pays, et aucune supériorité n'est conférée à l'un plutôt qu'à l'autre. Si les deux textes sont contradictoires, le dernier en date l'emporte sur l'autre, à condition, bien entendu, que la disposition du traité soit directement applicable. La Constitution n'interdit donc pas au Congrès de voter une loi directement contraire à un traité dûment ratifié, pas plus qu'elle ne donne au juge le moyen de redresser la violation en la privant d'effet dans un cas particulier.

Peut-on remettre en cause la compétence du Congrès pour adopter une loi sur l'intégration de l'aviation dans le marché carbone de l'Union ? La réponse semble, au regard des précédents développements, négative puisque la politique environnementale américaine est largement définie par le Congrès et parce que la directive 2008/101 affecte l'ensemble des compagnies américaines, pour peu qu'elles utilisent des lignes aériennes européennes. Ceci rend juridiquement légitime l'adoption d'une législation fédérale.

II. La persistance de fondements juridiques incertains

Des doutes persistent quant à la conformité de la directive de 2008 à certaines normes de droit international, car la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas eu à examiner ces questions dans le cadre de l'arrêt du 21 décembre 2011. Ainsi, il convient ici de s'interroger sur la validité de la directive au regard des engagements internationaux portant, d'une part sur les changements climatiques et les émissions de GES (CCNUCC et Protocole de Kyoto) (A.), et, d'autre part, sur les relations commerciales internationales (droit de l'OMC) (B.).

A. La directive 2008/101 et le droit international du climat

L'Union européenne est partie à la CCNUCC ainsi qu'au Protocole de Kyoto¹³⁸. Il convient alors de rappeler qu'en vertu de l'article 216 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), lorsque des accords internationaux sont conclus par l'Union, ses institutions sont liées par de

¹³⁸ Décisions 94/69 et 2002/358.

tels accords et, par conséquent, ceux-ci priment sur les actes de l'Union européenne¹³⁹. Nous examinerons donc dans quelle mesure peut être contestée la conformité de la directive au Protocole de Kyoto et à la CCNUCC, au regard en premier lieu de l'article 2 § 2 dudit protocole, puis du principe des responsabilités communes mais différenciées reconnu par ces deux textes.

1. La persistance de doutes sur la conformité de la directive 2008/101 au Protocole de Kyoto : la réponse parcellaire de la Cour de justice de l'Union européenne

L'une des questions préjudicielles posées à la Cour était tout d'abord de savoir si les dispositions du Protocole de Kyoto étaient invocables pour contester la validité de la directive, et plus particulièrement son article 2 § 2. Celui-ci dispose que « *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* ».

Les compagnies aériennes américaines arguaient alors que cette disposition donne seule compétence à l'OACI pour réduire les émissions de GES du secteur aérien. Mais la Cour va en premier lieu se prononcer sur l'invocabilité de la disposition (a.), avant de pouvoir examiner si celle-ci entre en contradiction avec la directive 2008/101 (b.).

a. Sur l'invocabilité de la disposition

Concernant l'effet direct des dispositions d'accords internationaux conclus par la Communauté avec des Etats tiers, la Cour considère de manière constante qu'une telle disposition « *doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ces termes et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée dans son exécution ou ses effets à l'intervention d'aucun acte ultérieur* »¹⁴⁰. En l'espèce, il s'agit donc de vérifier que les dispositions sont claires, précises et inconditionnelles, ces conditions étant cumulatives.

La Cour constate alors en premier lieu que, même si le Protocole de Kyoto prévoit des engagements chiffrés en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre, il laisse aux parties

¹³⁹ Voir notamment *Intertanko* e.a. du 12 janvier 2006, affaire C-308/06, ainsi que *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, du 3 septembre 2008, affaire C-402/05 P et C-415/05 P.

¹⁴⁰ CJUE, *Demirel*, 30 septembre 1987, affaire 12/86.

contractantes un vaste pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les politiques à mettre en œuvre concrètement et les mesures matérielles à prendre, en fonction de leur situation nationale. Les obligations résultant du Protocole de Kyoto ont toutes besoin de mesures d'application et ne sont pas assez précises pour pouvoir produire des effets directs au profit ou à la charge des particuliers. Le caractère inconditionnel fait donc défaut. En particulier, l'article 2 § 2 du Protocole de Kyoto prévoit que les parties à celui-ci cherchent à limiter ou à réduire les émissions de certains gaz à effet de serre provenant des combustibles de soute utilisés dans les transports aériens en passant par l'intermédiaire de l'OACI. Cette disposition, quant à son contenu, ne peut être selon la Cour de justice considérée comme revêtant un caractère inconditionnel et suffisamment précis de manière à engendrer pour le justiciable le droit de s'en prévaloir en justice. Elle en conclut par conséquent que le Protocole de Kyoto ne peut être invoqué dans le cadre du renvoi préjudiciel aux fins d'apprécier la validité de la directive 2008/101.

b. Sur la conformité à la disposition en cause

Il convient à ce titre d'examiner les conclusions de l'Avocat général, M^{me} Juliane KOKOTT, qui s'est prononcée sur le contenu de cette disposition. Les requérantes estiment que l'article 2 § 2 du Protocole de Kyoto, interdit à l'Union européenne de chercher à limiter ou réduire les GES provenant des transports aériens en dehors du cadre de l'OACI. Or, l'Avocat général rappelle que « *comme l'ont souligné de nombreux gouvernements et institutions ayant pris part à la procédure, cette disposition ne fait pas relever la limitation et la réduction des gaz à effet de serre provenant des transports aériens de la compétence exclusive de l'OACI. Cela se déduit tant du libellé de cette disposition que de son contexte et de sa finalité* ». Ainsi, le libellé de l'article 2 § 2 ne comporte aucune référence à une quelconque exclusivité de ce type. En effet, les efforts pour réduire ou limiter les gaz à effet de serre résultant des activités aériennes ne doivent pas être poursuivis « exclusivement » ou « seulement » dans le cadre de l'OACI. Si les parties au Protocole de Kyoto avaient voulu conférer à l'OACI une compétence exclusive, cela aurait dû se retrouver dans la formulation de la disposition.

En outre, le Protocole de Kyoto s'inscrit dans le giron de la convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques, en exécution de laquelle il a été conclu et à la lumière de laquelle il doit donc s'interpréter. Cette convention-cadre n'autorise pas seulement des politiques et mesures multilatérales pour réduire ou limiter les GES, mais aussi les actions nationales et régionales selon son article 4. Or, rien n'indique que les parties aient voulu déroger, avec l'article 2 § 2 du Protocole de Kyoto, aux principes énoncés à l'article 4 de la Convention-cadre. Il apparaît par ailleurs que la compétence exclusive de l'OACI, en matière de limitation des gaz à effet de serre résultant des activités aériennes, serait contraire aux objectifs de la CCNUCC et du Protocole de Kyoto. Car les

membres de l'OACI qui ne sont pas eux-mêmes liés par le Protocole de Kyoto pourraient alors faire obstacle à la réalisation des objectifs de ce protocole. Et, à l'inverse, les parties au Protocole de Kyoto auraient plus de mal à contribuer à la réalisation des objectifs de Kyoto si elles ne sont pas elles-mêmes, comme l'Union européenne, membres de l'OACI.

Il convient donc de considérer, selon l'avocat général, que *« les parties au Protocole de Kyoto ne se sont pas engagées, dans le cadre de l'article 2, paragraphe 2, de ce protocole, à poursuivre leurs efforts de réduction ou limitation des gaz à effet de serre provenant des transports exclusivement dans le cadre de l'OACI »*. Elle estime que cet article *« reflète la préférence des parties pour que la limitation ou réduction des gaz à effet de serre provenant du transport aérien trouve une solution multilatérale dans le cadre de l'OACI »*, mais que cette préférence n'a été transposée, à l'article 2 § 2, du Protocole de Kyoto, que par une obligation de moyens. Or, à défaut d'accord trouvé au sein de l'OACI en temps raisonnable, les parties au Protocole de Kyoto doivent rester libres d'adopter les mesures nécessaires à la réalisation des objectifs de Kyoto au niveau national ou régional. Dans le cas contraire, il y aurait un risque sérieux que ces objectifs ne soient jamais atteints. L'Avocat général estime finalement que *« le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne n'ont donc pas excédé les limites du pouvoir d'appréciation qui leur est reconnu au regard de l'article 2, paragraphe 2, du Protocole de Kyoto, en adoptant la directive 2008/101 »*.

On note en définitive que si la CJUE a pu éviter de se prononcer sur les dispositions du Protocole de Kyoto, grâce à l'argument de leur non-invocabilité, il n'en demeure pas moins de sérieux doutes quant à la conformité de la directive à cet accord, et notamment au regard du principe des responsabilités communes mais différenciées.

2. La conformité fuyante de la directive avec le principe des responsabilités communes mais différenciées

Principe de responsabilités communes mais différenciées : la Déclaration de Rio¹⁴¹ de 1992 affirme qu'« étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les Etats ont des responsabilités communes mais différenciées »¹⁴². Des régimes plus souples peuvent donc être mis en place pour les pays en développement, qui doivent concourir à l'objectif universel de préservation de l'environnement sans pour autant freiner leur développement économique. Le principe de responsabilités communes mais différenciées a alors été la condition *sine qua non* de la ratification de la CCNUCC par les pays en développement. En effet, ceux-ci ne pouvaient participer à l'effort de réduction des gaz à effet de serre alors qu'ils se trouvent à l'aube de leur industrialisation, et alors que la pollution causée par ces émissions résultait historiquement des seuls pays industrialisés. La convention-cadre instaure par conséquent un traitement différencié, en prévoyant des obligations applicables à toutes les Parties en « *tenant compte de leurs responsabilités communes mais différenciées* » (article 4§1), et d'autres seulement pour les pays développés, listés à l'annexe I (article 4§2). Il s'agit principalement d'obligations de *reporting* et d'atténuation des émissions, particulièrement renforcées pour les Etats développés. En outre, les pays de l'annexe II sont tenus d'apporter une assistance financière aux autres Etats (article 4§3). Le principe sera réaffirmé dans tous les textes fondamentaux du régime international du climat, et notamment dans le protocole de Kyoto qui lui donnera encore plus de portée. Celui-ci reprend tout d'abord les obligations différenciées de l'article 4 de la Convention (articles 10 et 11 du protocole), et instaure en outre un réel traitement différencié en n'obligeant que les Etats industrialisés, listés à l'annexe I, à des engagements chiffrés de réduction de leurs émissions (article 3 du protocole).

Bien que l'on parle communément de « principe », il convient cependant de noter que ce terme n'est jamais employé clairement par les textes. Les interprétations quant à sa portée juridique divergent grandement entre les pays industrialisés et les Etats en développement. On comprend aisément les enjeux qui sont attachés, et pourquoi cette notion a soulevé tant de difficultés lors des négociations climatiques. Le problème principal est qu'elle repose sur la distinction entre Parties visées ou non visées à l'annexe I, alors même que cette distinction semble dépassée car les grands pays émergents et particulièrement consommateurs de carbone n'y sont pas visés (ainsi le Brésil, l'Afrique du Sud, l'Inde et la Chine¹⁴³). Ces derniers utilisent donc le principe, dont ils bénéficient car leur économie est

¹⁴¹ Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 1992.

¹⁴² Principe 7 de la Déclaration de Rio, 1992.

¹⁴³ Ensemble de pays appelés « BASIC » depuis la réunion des ministres de l'écologie juste avant le sommet de Copenhague, en novembre 2009.

encore fragile, pour s'exonérer des engagements chiffrés de réduction des émissions. Dès lors, les pays du Nord tenteront d'atténuer sa portée durant les différentes Conférences des Parties, et l'on remarque un recul de la distinction Parties visées / non visées à l'annexe I au profit de celle de pays développés / en développement, ainsi qu'un effacement du principe de responsabilités communes mais différenciées pour lui préférer des notions telles que l'« équité », les « circonstances » ou « capacités nationales », les « besoins spécifiques des pays en développement », etc. Cela signifie indéniablement que l'on passe d'une dichotomie dans le régime climatique international entre pays industrialisés (responsables) et pays en développement (non responsables), à une prise en compte de la situation de chaque Etat, au cas par cas.

La directive 2008/101 soumet les exploitants d'aéronefs au régime du système d'échange communautaire de quotas de GES, et s'applique pour tous les vols au départ ou à l'arrivée dans l'un des Etats membres de l'UE quelque soit l'Etat de nationalité de l'exploitant. Or, les pays en développement estiment que cela est contraire au principe de responsabilités communes mais différenciées, prévu par l'article 10 du protocole de Kyoto et mis en œuvre dans l'article 3.

Toutefois, il faut tout d'abord noter que si les pays en développement avaient été exclus du champ d'application géographique de la directive européenne, cette dernière aurait instauré un régime juridique contraire aux dispositions de la Convention de Chicago de 1944 qui consacre un principe de non-discrimination, et institué un avantage concurrentiel injustifié pour certaines compagnies aériennes. En outre, si l'Union européenne a toujours rappelé son attachement au principe des responsabilités communes mais différenciées, notamment en vertu de la responsabilité historique des pays développés, elle milite en faveur de l'intégration progressive de tous les Etats dans le marché carbone. En effet, la mise en œuvre de ce principe doit avant tout passer par une coopération et un soutien accrus de la part des pays développés aux pays en développement, et non pas par une exemption systématique de ces derniers du système de réduction de GES¹⁴⁴. Il semble enfin que ce

¹⁴⁴ Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2009 sur la stratégie de l'Union européenne dans la perspective de la Conférence de Copenhague sur le changement climatique (COP 15) : « *Souligne que l'accord international devrait reposer sur le principe de la "responsabilité commune mais différenciée", les pays industrialisés devant donner l'exemple en réduisant leurs émissions; est d'avis que, étant donné leur poids économique, la Chine, l'Inde et le Brésil devraient toutefois s'engager à des objectifs similaires à ceux des pays industrialisés, à la différence des autres pays émergents qui, conformément au plan d'action de Bali, devront adopter des mesures d'atténuation appropriées sur le plan national dans le contexte d'un développement durable, avec un soutien mesurable, notable et vérifiable des pays développés au renforcement des capacités et aux transferts technologiques, tout en respectant la protection des droits de propriété industriels et les besoins spécifiques des pays les moins avancés dans le cadre de ces transferts de technologie. (...).* »

Souligne la responsabilité historique des pays développés quant au caractère irréversible du changement climatique et rappelle que ceux-ci sont tenus d'assister les pays en développement et les pays les moins avancés pour leur permettre de s'adapter à ces changements;

principe des responsabilités communes mais différenciées n'ait pas réellement vocation à être pérennisé. Ainsi, l'accord de Durban du 11 décembre 2011 prévoit l'élaboration ultérieure d'un traité global de réduction des émissions intégrant tous les grands Etats émetteurs de gaz à effet de serre, sans distinction fondée sur le niveau de développement. Une refonte du principe des responsabilités communes mais différenciées apparaît indispensable pour l'établissement d'un régime juridique international du climat pleinement efficace. La directive 2008/101 apparaît alors en accord avec les nouvelles orientations de la lutte contre le changement climatique et anticipe en définitive le futur régime international des émissions de gaz à effet de serre.

Pour autant, ce principe demeure applicable tant que le protocole de Kyoto reste en vigueur, ainsi jusqu'à ce que les Etats parties se mettent d'accord sur un nouvel accord instaurant un régime unique de responsabilité. Dans ces conditions, la directive 2008/101 pourrait être contestée au regard des articles 3 et 10 du protocole. Les compagnies aériennes américaines, requérantes devant les juridictions anglaises, n'ont pas soulevé cette non-conformité bien que les Etats-Unis soit une Partie non visée à l'annexe I, car le principe de responsabilités communes mais différenciées ne saurait être invoqué par ce pays. Or ces dispositions pourraient valablement être invoquées devant des juridictions nationales par des compagnies aériennes issues de pays en développement, dès lors qu'elles sont considérées comme claires, précises et inconditionnelles. L'article 10 du Protocole de Kyoto dispose en effet que « *toutes les Parties, tenant compte de leurs responsabilités communes mais différenciées et de la spécificité de leurs priorités nationales et régionales de développement, de leurs objectifs et de leur situation, sans prévoir de nouveaux engagements pour les Parties qui ne sont pas visées à l'annexe I mais en réaffirmant ceux qui sont déjà énoncés au paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention et en continuant à progresser dans l'exécution de ces engagements afin de parvenir à un développement durable* ». Et l'article comporte ensuite plusieurs obligations assez détaillées en matière d'élaboration de plans nationaux et de coopération notamment. Celles-ci semblent donc claires et précises, et ne sont pas soumises à conditions. De même, l'article 3 du protocole ne prévoit d'engagements chiffrés que pour les Parties visées à l'annexe I et ce de manière claire. En définitive, même si l'effet direct de ces dispositions pourrait ne pas être retenu, il semble difficilement écartable. Mais encore faudrait-il que la directive 2008/101 soit déclarée contraire à ces dispositions, ce qui n'est pas évident étant donné qu'elle ne vise que les émissions issues de l'aviation sur le territoire des Etats

Demande à l'Union et à ses Etats membres d'assister les pays en développement au chapitre du renforcement des capacités pour leur permettre de s'adapter au changement climatique, et de fournir un soutien technologique suffisant aux pays les plus affectés par un environnement en mutation. (...)

***Relève qu'un marché du carbone mondial fonctionnel est indispensable à l'économie de l'Union afin d'honorer les engagements ambitieux de l'Union en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2020; souligne la nécessité de conclure un accord international global pour l'après-2012 exigeant de la part des autres pays développés des efforts comparables afin d'écarter le risque de fuite de carbone, en particulier dans la perspective d'objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre à long terme; insiste à cet égard sur le rôle clé d'une coopération étroite entre les économies émergentes et les économies développées* ».**

membres de l'Union européenne, ces Etats étant soumis aux obligations de réduction de leurs émissions en vertu de l'annexe I. La non conformité de la directive aux articles 3 et 10 du Protocole de Kyoto pourrait donc être soulevée, et ce tant qu'un nouvel accord contraignant supprimant le principe des responsabilités communes mais différenciées ne sera pas entré en vigueur, néanmoins les chances de succès de cet argument sont incertaines notamment en raison des divergences d'interprétation du principe.

B. La directive 2008/101 et le droit international économique

L'OMC, la principale organisation internationale régissant le commerce entre les Etats, créée le 1^{er} janvier 1995 et destinée à protéger le libre-échange au niveau international, compte aujourd'hui 153 Etats membres. Les principaux objectifs de l'OMC consistent à assurer la liberté, l'équité et la prévisibilité des échanges en administrant les accords commerciaux de l'OMC (par exemple l'interprétation des accords), en réglant les différends commerciaux surgissant entre les Membres de l'OMC et en suivant également les politiques commerciales nationales¹⁴⁵.

Nous pouvons à cet effet légitimement nous poser la question de la possible invocabilité de la directive européenne 2008/101, prévoyant l'intégration des activités aériennes dans le système européen d'échanges de quotas d'émission, devant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. En effet, cette directive énonce que le système européen d'échanges de quotas va couvrir les émissions de tous les vols à l'arrivée ou au départ des aéroports de l'Union européenne. Par conséquent, cela s'applique également aux vols réalisés par les compagnies aériennes des pays tiers d'où la réaction immédiate de la Chine ou des Etats-Unis à l'encontre de la directive. Or, les vols internationaux qui représentent en l'occurrence deux tiers du trafic aérien dans l'Union européenne ne sont pas couverts par le Protocole de Kyoto¹⁴⁶. Il n'existe donc pas de contrainte internationale sur leurs émissions d'où une contestation déjà présente pour certains pays extracommunautaires comme les Etats-Unis avec l'adoption d'une loi par la Chambre des représentants interdisant aux compagnies aériennes nationales de participer au système d'échange de quotas. Une opposition à l'encontre ce système se renforcera certainement à l'avenir. Il est donc important de s'intéresser à l'éventualité d'un différend devant le système de règlement des différends de l'OMC.

Ainsi il semble que deux fondements différents pourraient être invoqués devant l'OMC. Dans le champ proprement économique d'une part, qui peut être opposé par les Etats tiers de l'Union européenne sur la base du principe du libre-échange et de l'interdiction de mise en place d'obstacles

¹⁴⁵ http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/who_we_are_f.htm

¹⁴⁶ ELLERMAN (A.), CONVERY (F. J) et DE PERTHUIS (C.), *Le prix du carbone - les enseignements du marché européen du CO₂*, Paris, Pearson, 2010, p. 243.

au commerce (1) et d'autre part dans le champ environnemental, opposé très certainement par l'Union européenne pour appuyer la mise en place d'un tel système (2).

1. Le champ proprement économique

Au niveau des accords de l'OMC, le transport aérien est régi par un accord spécial (a). Il faut alors examiner la compétence du juge de l'OMC en la matière. Concernant les dispositions de cet accord spécial régissant le transport aérien il faut nous intéresser à leur applicabilité en l'espèce et leur conséquence (b).

a. L'accord général sur le commerce et les services (AGCS) et le transport aérien

Contrairement à l'accord du GATT, ne régissant alors que le commerce des marchandises, l'OMC et ses accords visent bien d'autres domaines, comme les droits de propriété intellectuelle liés au commerce mais aussi le commerce des services régi par l'Accord général sur le commerce des services qui a été négocié lors du Cycle d'Uruguay¹⁴⁷. Pour la première fois depuis 1947, un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services a été établi¹⁴⁸. Cet accord est composé de trois piliers : le premier qui est l'accord cadre proprement dit où est énoncé les obligations fondamentales visant les Etats, le second pilier concerne la liste des engagements spécifiques et le troisième pilier concerne les annexes. Le service de transport aérien est l'un des services visés par ces annexes. C'est cette annexe que nous analyserons ici. Il est important de noter préalablement que le transport aérien est pratiquement étranger à l'OMC et à l'AGCS. En effet, de nombreuses exclusions sont énoncées dans l'annexe de l'AGCS. Ainsi les relations entre les Etats concernant le transport aérien ne reposent pas essentiellement sur une base multilatérale mais avant tout sur des accords bilatéraux¹⁴⁹.

Examinons d'un peu plus près les dispositions de l'annexe relative au transport aérien. L'annexe sur les services de transport aérien couvre seulement trois types de services: ainsi l'article 3 dispose que « *l'accord s'appliquera aux mesures qui affectent: a) les services de réparation et de maintenance des aéronefs; b) la vente ou la commercialisation des services de transport aérien; c) les services de systèmes informatisés de réservation* »¹⁵⁰. *A contrario*, il est établi que l'annexe exclut tout ce qui

¹⁴⁷ Le cycle d'Uruguay est l'un des cycles de négociations internationales ayant eu lieu dans le cadre du GATT entre 1986 et 1994. Il a permis d'aboutir à la création de l'OMC mais aussi des accords de Marrakech.

¹⁴⁸ Organisation Mondiale du Commerce, Pratique du GATT/ de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994, WT/CTE/W/203, 8 mars 2002, p. 4.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/9-anats_f.htm.

affecte les droits de trafic et les services directement liés à l'exercice de ces droits ce qui est exactement la problématique se posant pour l'instauration du marché carbone à l'aviation civile¹⁵¹.

À côté de ces exclusions, l'annexe contient aussi une obligation non négligeable qui est faite au Conseil du commerce des services d'examiner, au moins tous les cinq ans, l'évolution possible dans le secteur du transport aérien¹⁵². Actuellement, les Membres réexaminent l'annexe et nous pouvons penser que la liste des exclusions concernant le champ d'application de l'accord est susceptible de se réduire. En effet, l'examen amorcé depuis les années 2000, a pour objet principal de déterminer si l'AGCS devrait inclure les services de transport aérien qui sont pour le moment exclus. Ainsi une véritable négociation a lieu et dans le cas d'un changement validé lors de cette négociation par les Etats, un amendement à l'accord serait alors intégré¹⁵³. Revenons désormais sur la qualification du système d'échange de quotas.

b. L'instauration d'une taxe carbone ou la création d'un marché d'échanges de quotas, une question susceptible d'être portée devant l'OMC ?

À présent, il s'agit d'examiner l'applicabilité des dispositions de l'AGCS dans un différend opposant l'UE aux Etats contestant la directive d'allocation des quotas. Concernant l'AGCS, il pourrait être invoqué au titre des obligations incombant aux Etats et donc à l'Union européenne le principe du traitement national qui est inscrit à l'article XVII § 1 de l'AGCS. Selon ce principe, il est interdit à tout Etat d'appliquer un traitement fiscal ou réglementaire différent aux services étrangers par rapport aux services des nationaux. Or, à travers cette directive l'Union européenne ne viole pas ce principe puisque cette dernière ne fait aucune distinction entre les compagnies aériennes européennes et celles relevant de pays tiers. Ce fondement ne peut donc pas être soulevé devant le système de l'OMC puisqu'aucune discrimination n'est établie de manière directe ou indirecte dans la directive¹⁵⁴.

Un autre point doit être examiné, celui de l'article XVI de l'AGCS relatif à l'accès aux marchés¹⁵⁵. Ainsi il ne peut être avancé que les compagnies aériennes des pays tiers sont soumises à un régime différent des compagnies aériennes européennes ayant pour effet une difficulté d'accès au marché. En effet en aucun cas, la directive ne crée une concurrence déloyale à l'encontre des compagnies

¹⁵¹ Article 2 de l'Annexe « *l'Accord, y compris les procédures de règlement des différends qui sont prévues, ne s'appliquera pas aux mesures qui affectent: a) les droits de trafic, quelle que soit la façon dont ils ont été accordés; ou b) les services directement liés à l'exercice des droits de trafic, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 3 de la présente annexe* ».

¹⁵² IATA, *La libéralisation du transport aérien et l'accord général sur le commerce des services* - Une analyse de l'Association du Transport aérien international, Genève, octobre 1999.

¹⁵³ http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm6_f.htm.

¹⁵⁴ http://www.brookings.edu/opinions/2012/0123_aviation_international_trade_meltzer.aspx.

¹⁵⁵ Article XVI §1 « *En ce qui concerne l'accès aux marchés suivant les modes de fourniture identifiés à l'article premier, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste* ».

aériennes relevant des pays tiers à l'Union européenne. Éventuellement, les Etats tiers peuvent invoquer l'article XIX de l'AGCS, sur la négociation des engagements spécifiques. En effet, L'article XIX § 1 dispose que « *les Membres engageront des séries de négociations successives (...) en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation. Ces négociations viseront à réduire ou à éliminer les effets défavorables de certaines mesures sur le commerce des services, de façon à assurer un accès effectif aux marchés* ». Nous pouvons alors envisager l'hypothèse où, lorsque des compagnies aériennes de pays tiers ne respectant pas le système EU ETS, se voient interdites de vol sur le territoire de l'Union¹⁵⁶ conformément aux dispositions de la directive, cela a pour conséquence logique de former lesdites compagnies un obstacle à l'accès au marché aérien européen. Ainsi c'est peut-être sur ce moyen que le différend pourrait être porté devant l'OMC, avec pour élément sous-jacent le fait que l'Union européenne n'ait en aucun cas engagé de négociations avec les autres Membre de l'OMC concernant l'adoption de cette directive¹⁵⁷.

Sur ce fondement, le groupe spécial¹⁵⁸ chargé d'instruire l'affaire devrait certainement se pencher sur la qualification du système européen entre taxe carbone ou marché d'échanges de quotas. En effet, le marché d'échanges de quotas n'a pas la même logique que la taxe. En effet, un tel marché fonctionne sur la base qu'un « *Etat fixe une quantité maximale de pollution et attribue aux entreprises des permis d'émission. Ces permis sont négociables, chaque entreprise pouvant vendre ses quotas à une autre entreprise* »¹⁵⁹. Contrairement au système de la taxe où l'Etat fixe le prix, le signal prix dans le système des permis résulte de la confrontation de l'offre et de la demande. Même si la taxe et le marché d'échanges de quotas ont une approche équivalente, leurs modalités de mises en œuvre les distinguent particulièrement et fondamentalement. Ainsi comme l'a bien résumé M. Jean-Pierre LANDAU, ancien haut fonctionnaire français, « *l'enveloppe des quotas initialement allouée détermine le plafond global d'émission de polluant et in fine le degré de contrainte quantitative qui pèsera sur les agents* » alors que le système de la taxe « *introduit une incertitude sur le résultat environnemental* » et en l'occurrence sur le niveau final de pollution des GES¹⁶⁰.

Finalement, est-ce que le groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC adopteraient la même définition que la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 22 décembre 2011 ? Rien n'est moins sûr car, comme nous allons le voir ci-après, même face à la prévention des changements climatiques, le libre-échange prévaut de manière fréquente sur la protection de l'environnement.

¹⁵⁶ Procédure instaurée dans la directive 2008/101 article 15 « *au cas où un exploitant d'aéronef ne se conforme pas aux exigences de la présente directive et si d'autres mesures visant à en assurer le respect n'ont pas permis de l'y contraindre, son Etat membre responsable peut demander à la Commission d'adopter une décision imposant une interdiction d'exploitation à l'encontre de l'exploitant d'aéronef concerné* ».

¹⁵⁷ http://www.brookings.edu/opinions/2012/0123_aviation_international_trade_meltzer.aspx

¹⁵⁸ Dans le cadre de la procédure de l'OMC, il y a l'établissement d'un groupe spécial qui rend un rapport et c'est seulement après l'adoption du rapport final que les parties peuvent faire appel devant l'Organe d'appel.

¹⁵⁹ KELLER (F.), Rapport du Sénat français n°542 sur le fonctionnement et la régulation des marchés de quotas, session extraordinaire 2008-2009, juillet 2009, p. 32.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 37.

Néanmoins, dans le cas où le groupe spécial ou l'Organe d'appel arriverait à la conclusion que la directive 2008/101 instaure une taxe alors il y aurait comme conséquence directe la violation de l'obligation de négociation et également la violation de l'interdiction de limiter l'accès au marché. Mais cette hypothèse reste actuellement peu probable.

A contrario, l'Union européenne pourrait opposer l'article XIV de l'accord AGCS¹⁶¹ qui est relatif à la possibilité pour un Etat de justifier l'adoption d'une mesure pouvant restreindre la libéralisation du commerce comme pour des motifs de protection de la santé ou de l'environnement. Cependant, des conditions doivent être remplies. Ainsi ces mesures ne doivent pas constituer des mesures arbitraires et discriminatoires ce qui n'est pas le cas pour la directive européenne (voir ci-dessus). De plus, les mesures ne doivent pas constituer une restriction déguisée au commerce des services. Or, l'instauration de l'EU-ETS a pour objectif la réduction des GES et non l'instauration d'une dynamique commerciale. Cependant, il faut garder à l'esprit que l'aviation n'étant pas prise en compte ni par la CCNUCC ni par le Protocole de Kyoto, l'OMC n'ira jamais au-delà de ce que prévoit ces deux textes¹⁶².

Finalement, l'annexe à l'AGCS relative au service de transport aérien est, de plus, et comme nous l'avons constaté précédemment, vraiment très légère. En effet, elle ne régit pas les droits de trafic donc sa portée est fortement réduite et par conséquent la compétence de l'OMC l'est également. Ce n'est donc pas sur le fondement que l'OMC pourrait appréhender un litige relatif à l'intégration de l'aviation civile dans le marché carbone. Ainsi la directive 2008/101 paraît difficilement contestable au regard du droit de l'OMC. Dans une seconde partie, l'étude va porter sur la protection du climat au regard du droit de l'OMC et de l'incidence de la directive européenne à l'égard de ce corpus juridique.

2. Le champ environnemental

Dans un premier temps, il nous faut revenir sur l'inclusion de la question climatique par le système de l'OMC (a), puis dans un second temps se concentrer sur la prise en compte ou non par l'OMC de cette considération environnementale (b).

¹⁶¹ Article XIV AGCS « *Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures: (...) b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux* ».

¹⁶² COUNIL (C.) et COLARD-FABREGOULE (C.) (Dirs.), *Changements climatiques et défis du droit*, Bruxelles, BRUYLANT, 2010 p. 66.

a. La contribution de l'OMC à la prévention des changements climatiques

Le débat sur l'interaction entre le commerce et l'environnement n'est pas nouveau. Déjà à l'époque du GATT, aucun consensus n'avait été trouvé pour intégrer la protection de l'environnement mais la donnée environnementale n'en reste pas moins inscrite puisque l'environnement apparaît comme une exception au libre échange dans l'article XX b) de l'accord du GATT. Ainsi même au niveau du « système OMC » les préoccupations environnementales n'ont pas été davantage prises en compte¹⁶³ même si le préambule de l'OMC affirme clairement que l'un des objectifs est *«leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique»*¹⁶⁴ mais toujours en conciliation avec l'aspect économique. Même si le préambule n'a pas de valeur contraignante il peut se révéler être un outil important et décisif dans l'interprétation des règles de l'OMC. En effet, n'oublions pas que le préambule permet de connaître les intentions des négociateurs de l'Accord sur l'OMC et ainsi il permet d'éclairer et nuancer l'interprétation des juges de l'OMC. Il faut noter que l'article XX est resté inchangé depuis 1947. Ainsi les considérations environnementales ne sont en aucun cas un élément de compétence de l'OMC mais seulement des motifs de dérogation au libre échange. Quelques changements sont tout de même à noter comme la création lors de la conférence de Marrakech du Comité du commerce et de l'environnement.

En résumé, l'environnement n'est alors appréhendé que de manière négative sous l'angle de l'article XX b) et g) du GATT¹⁶⁵, comme de simples exceptions au principe général de libre échange.

Concernant la construction de cet article, il y a tout d'abord un chapeau introduisant les conditions communes à ces différentes hypothèses et après les différents alinéas. Ces conditions sont cumulatives et correspondent à la condition de non-discrimination donc une mesure n'étant pas arbitraire ou injustifiable et la condition de sincérité ou de non protectionnisme ce qui signifie que la mesure ne doit

¹⁶³ CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^e Edition, 2007, p. 370.

¹⁶⁴ COUNIL (C.) et COLARD-FABREGOULE (C.) (Dir.), *op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁵ Article XX GATT « *Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures: (...) b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales; (...)* ».

pas en réalité être une restriction déguisée¹⁶⁶. Concernant l'alinéa qui nous intéresse le XX b) il y a une dimension de protection de la santé des personnes, animaux et plantes ainsi l'environnement n'est pas mentionné, ce qui paraît cohérent au regard du peu de cas fait de sa nécessaire protection à l'époque (1947). Le critère posé par l'alinéa est celle de la nécessité de la mesure ce qui est difficile à démontrer.

Dans le cadre du GATT, six procédures de groupes spéciaux comprenant un examen de mesures relatives à l'environnement ou de mesures relatives à la santé des personnes prises au titre de l'article XX ont été menées à terme. Depuis sous l'égide de l'OMC, trois procédures ont été menées à terme¹⁶⁷. Cependant, dans ces diverses affaires, la liberté commerciale triompha de manière fréquente sur la protection de l'environnement. Une des seules affaires qui a pu donner réellement satisfaction aux défenseurs de l'environnement¹⁶⁸ est la célèbre affaire *Amiante* de 2001¹⁶⁹. Il est vrai que d'autres affaires devant le système de règlement des différends ont mis en avant la protection de l'environnement mais de façon plus tempérée et moins tranchée.

En l'espèce, les Communautés européennes ont interdit la mise sur le marché et l'utilisation de l'amiante et des produits en contenant sur le fondement qu'il y avait la poursuite de la protection de la santé des personnes conformément à l'article XX b) du GATT. Le Canada, second pays exportateur d'amiante, a argué que cette interdiction allait à l'encontre de nombreuses dispositions du GATT mais ni le groupe spécial ni l'Organe d'appel ne l'ont suivi. Ainsi dans cet arrêt, il y a l'application par l'OMC du principe selon lequel les Membres peuvent assurer, en vertu des Accords de l'OMC, le niveau de protection de la santé et de la sécurité des personnes qu'ils jugent approprié¹⁷⁰. Cette affaire est importante car c'est la première application positive de l'article XX b). En effet, l'Organe d'appel prend en compte la singularité du risque en cause.

Point sur la jurisprudence de l'OMC en matière d'environnement.

La jurisprudence de l'OMC a longtemps été peu favorable à l'environnement mais a fortement évolué. En effet, depuis la célèbre *Affaire Corée viande de bœuf* (rapport de l'Organe d'appel du 10 janvier 2001), il y a eu un assouplissement du test de nécessité et consécration du test de proportionnalité. Pour l'expliquer, il s'agit de parvenir à un équilibre entre les valeurs défendues et les impacts économiques. Plus les valeurs défendues sont vitales plus il sera facile d'admettre la nécessité de la mesure au sens de l'article XX b) du GATT. La première application du test sera d'ailleurs réalisée

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/edis00_f.htm.

¹⁶⁸ CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *op. cit.*, p. 371.

¹⁶⁹ Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel et rapport du Groupe spécial, adoptés le 5 avril 2001, WT/DS135.

¹⁷⁰ Organisation Mondiale du Commerce, Pratique du GATT/ de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994, WT/CTE/W/203, 8 mars 2002.

dans l'*Affaire Amiante*¹⁷¹. La jurisprudence qui a suivi l'*Affaire Amiante* a apporté quelques précisions concernant ce critère de nécessité comme l'*Affaire Brésil - Pneus réchappés*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a pu expliciter les conditions posées par le chapeau introductif de l'article XX correspondant à la non discrimination de la mesure et au fait que ladite mesure ne constitue pas une restriction déguisée. De plus, l'Organe d'appel a constaté que « *certaines problèmes complexes liés à l'environnement peuvent être traités uniquement au moyen d'une politique globale comprenant de multiples mesures interdépendantes. Il a souligné que les résultats obtenus grâce à certaines actions — par exemple des mesures adoptées en vue de lutter contre le réchauffement de la planète et le changement du climat — peuvent uniquement être évalués avec le recul* »¹⁷².

D'autres instruments dans le cadre des accords de l'OMC appréhendent la protection de l'environnement, comme cela est le cas avec l'OTC, l'accord plurilatéral relatif aux obstacles techniques au commerce, considéré comme un « *code de normalisation destiné à harmoniser l'élaboration, l'adoption et l'application de règlements techniques, de normes et de procédures d'évaluation* »¹⁷³. Cet accord va plus loin que l'article XX du GATT puisqu'il permet à une Partie contractante d'introduire des mesures appropriées pour réaliser un « *objectif légitime (...) entre autres, la protection de l'environnement* »¹⁷⁴. Les membres peuvent adopter des mesures environnementales en vertu du régime juridique de l'OMC. Toutefois, cet accord ne s'applique pas dans le cadre des services mais seulement aux produits et ne peut donc être invoqué en l'espèce. Ainsi, l'OMC n'intègre de préoccupations environnementales qu'au titre d'exceptions ou de dérogations au libre-échange. Quand est-il alors de l'instauration par l'Union européenne d'un marché carbone incluant l'aviation civile ?

b. L'OMC et le marché européen du carbone

Comme nous avons pu le constater, la jurisprudence de l'OMC est peu favorable à l'environnement et dans le cas où l'OMC se déclarerait compétente pour traiter de la conformité de la directive, elle serait très certainement en contradiction avec les conclusions adoptées par la CJUE. Une affaire qui a

¹⁷¹ LANFRANCHI (M.-P.) et TRUILHE-MARENGO (E.), *op. cit.* note 97.

¹⁷² http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/envt_rules_exceptions_f.htm

¹⁷³ COUNIL (C.) et COLARD-FABREGOÛLE (C.) (Dir.), *op. cit.*, pp. 138-139.

¹⁷⁴ Article 2. 2 Accord OTC « *Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits* ».

été portée devant l'OMC a concerné directement la question des risques de pollutions atmosphériques à travers l'appréciation de l'article XX g) du GATT relatif aux ressources naturelles épuisables¹⁷⁵. Il a été retenu en faveur des Etats l'autorisation « *d'établir leurs propres objectifs écologiques mais ils sont tenus de chercher à les atteindre par le biais de mesures compatibles avec les dispositions de l'accord de l'OMC, notamment celles qui concernaient le traitement relatif aux produits nationaux et des produits importés* »¹⁷⁶. Ainsi même si l'Union poursuit un but louable et nécessaire qui est la réduction des GES, elle se heurte devant l'OMC au principe de libre échange et au commerce. Ainsi l'intérêt économique prévaut, comme on l'a vu précédemment, fréquemment sur l'intérêt environnemental.

Il faut noter cependant que l'environnement a été inclus dans le programme de travail de Doha depuis 2001. En effet, lors de la déclaration ministérielle de Doha il a été mis en avant la nécessité de l'approfondissement de la relation commerce et environnement (point 31 de la déclaration)¹⁷⁷. Plus particulièrement, il est convenu de clarifier les relations entre les règles OMC et les obligations commerciales spécifiques contenues dans les grands accords environnementaux (point 31/i)¹⁷⁸. Cependant, l'OMC étant une organisation internationale, et conformément au principe de spécialité, l'organisation a des compétences spécialisées, attribuées par la volonté des Etats, elle ne peut donc exercer sa personnalité juridique que dans ce cadre. Ainsi apparaît peu probable que l'OMC s'empare de l'environnement de manière directe et incidemment de la question de la prévention des changements climatiques.

¹⁷⁵ Affaire Essence (WT/DS2/R, Etats-Unis- Normes concernant l'essence nouvelle et nouvelles formules, 20 mai 1996).

¹⁷⁶ COURNIL (C.) et COLARD-FABREGOULE (C.) (Dir.), *op.cit.*, p. 150.

¹⁷⁷ Extraits de la Déclaration de Doha article 31 « *Afin de renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement, nous convenons de négociations, sans préjuger de leur résultat, concernant:*

i) la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux (AEM). La portée des négociations sera limitée à l'applicabilité de ces règles de l'OMC existantes entre les parties à l'AEM en question. Les négociations seront sans préjudice des droits dans le cadre de l'OMC de tout membre qui n'est pas partie à l'AEM en question;

ii) (...)

iii) la réduction ou, selon qu'il sera approprié, l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires visant les biens et services environnementaux ».

¹⁷⁸ CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *op. cit.*, p. 372.

INDEX DE JURISPRUDENCE

Décisions du Tribunal de l'Union européenne

Affaire T-387/04, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c/ Commission*, Ord. 30 avril 2007

Affaire T-178/05, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et Irlande du Nord c/ Commission*, 23 novembre 2005, Rec. CJCE p. II-4807

Affaire T-130/06, *Drax Power & al*, Ord. Tribunal du 25 juin 2007

Affaire T-13/07, *Cemex UK Cement Ltd c/ Commission*, Ord. 6 nov. 2007

Affaire T-489/04, *US Steel Košice/Commission*, Ord. 1er octobre 2007

Affaire du 23 sept. 2009, T-183/07, *République de Pologne c/ Commission*, Ord. 9 nov. 2007

Affaire T-241/07, *Buzzi Unicem Spa c/Commission*, Ord. 27 octobre 2008

Décisions de la Cour de justice de l'Union Européenne

CJUE, Grande Chambre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et a. c/ Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, recueil de jurisprudence 2011.

CJCE, 16 déc. 2008, *Société Arcelor, Atlantique et Lorraine et a.*, aff. C-127/07, pt. 32.

CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, Rec. p. I-6513.

CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351.

CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, aff. C-188/07.

CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, aff. C-308/06, Rec. p. I-4057.

CJUE Ordonnance de la Cour, 8 avril 2008, *Saint-Gobain Glass Deutschland/Commission*, C-503/07,

CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osaakeyhtiö e.a./Commission*, aff. jtes 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85.

CJUE, 30 septembre 1987, *Demirel*, affaire 12/86.

Décision du Conseil d'Etat

Conseil d'Etat, 1^{re} et 6^e sous-section, 30 mai 2007, *société Lesaffre Frères*.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^{ème} Edition, 2007, 744 p.

COURNIL (C.) et COLARD-FABREGOULE (C.) (Dir.), *Changements climatiques et défis du droit*, Bruxelles, BRUYLANT, 2010, 450 p.

DE GERANDO (B.), *Quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Lamy, Paris, 2010.

ELLERMAN (A.), CONVERY (F. J) et DE PERTHUIS (C.), *Le prix du carbone - les enseignements du marché européen du CO₂*, Paris, Pearson, 2010, 325 p.

ARTICLES

BROUHNS (I.-S.) « Aspects juridiques du commerce de quotas d'émission de CO₂ », 17p.
http://www.energy-law.be/documents/knowhow/article_co2.pdf

COLOMBIER (M.), LOISEL (C.), GALHARET (S.), GUERIN (E.), RIOLLET (R.) et WEMAERE (M.), « Passage de 20 % à 30 % de réduction des émissions de GES en cas d'accord international : conséquences pour le secteur SEQE », *Policy brief*, Iddri, Paris, n° 05/2008.

De GÉRANDO (B.), *Quotas d'émission de gaz à effet de serre, Système d'échange de quotas - Entreprises et collectivités bénéficiaires - Outils de gestion des quotas*, Lamy, 2010.

KROMAREK (P.), « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *Recueil Dalloz*, n°35, 2009, 2357p.

LANFRANCHI (M.-P.) et TRUILHE-MARENGO (E.), *Droit de l'organisation mondiale du commerce (OMC) et protection de l'environnement*, Jurisclasseur Environnement et développement durable, fascicule 2300, juin 2007.

ROCHE (C.), « La politique communautaire de lutte contre le changement climatique entre utopie et réalité », in COURNIL (C.), COLARD-FRAGEBOULE (C.) (Dir.), *Changements climatiques et défis du droit*, Bruylant, 2010.

TABAU (A. S.), « Le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, instrument du leadership de la communauté européenne dans la lutte globale contre les changements climatiques », publication sur le site de l'International Union for Conservation of Nature - IUCN, prix Alexandre Kiss 2008, http://www.iucn.org/about/union/commissions/cel/cel_resources/.

Documents officiels

KELLER (F.), *Rapport du Sénat français n°542 sur le fonctionnement et la régulation des marchés de quotas*, session extraordinaire 2008-2009, juillet 2009.

IATA, *La libéralisation du transport aérien et l'accord général sur le commerce des services - Une analyse de l'Association du Transport aérien international*, Genève, octobre 1999.

Organisation Mondiale du Commerce, *Pratique du GATT/ de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994*, WT/CTE/W/203, 8 mars 2002.

Code de l'environnement français

Directive 2003/87 du 13 octobre 2003 relative au marché de quotas d'émission de gaz à effet de serre

Webographie

Site officiel de L'union Européenne :

[http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/10&format=HTML&aged=0
&language=FR&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/10&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en)

OMC et l'environnement (chronique jurisprudence):

http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/edis00_f.htm

Service de transports aériens dans l'OMC:

http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/transport_f/transport_air_f.htm

Annexe sur les services de transport aérien:

http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/9-anats_f.htm

Conséquences de l'intégration des activités aériennes dans le marché carbone au niveau du commerce international :

http://www.brookings.edu/opinions/2012/0123_aviation_international_trade_meltzer.aspx

Conclusions Kokott – arrêt C366/01 – règlement 2008/101 – Convention de Chicago – protocole de coopération :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:232:0002:0007:FR:PDF>

La Cour de justice de l'UE valide l'intégration des activités aériennes dans le marché carbone :

[http://www.actu-environnement.com/ae/news/ETS-SCEQE-aviation-integration-CJUE-
decision-14492.php4#xtor%3dEPR-1](http://www.actu-environnement.com/ae/news/ETS-SCEQE-aviation-integration-CJUE-decision-14492.php4#xtor%3dEPR-1)

Site de la Cour internationale de Justice : <http://www.icj-cij.org/>

