

Le mécanisme d'observance du protocole de Kyoto : un mécanisme de contrôle dur au sein d'un instrument flexible

Ana Peyró Llopis*

1. Introduction

L'incorporation d'un mécanisme de contrôle dans le protocole de Kyoto mérite une analyse approfondie dans la mesure où ce mode de contrôle diffère des systèmes de garantie inclus jusqu'alors dans des accords internationaux pour la protection de l'environnement.

L'objectif de cette présentation est de répondre à une série de questions que soulève le mécanisme de contrôle tel qu'il a été envisagé dans un premier temps à Kyoto, et par la suite lors des Conférences des parties ayant donné lieu aux Accords de Bonn¹ et de Marrakech². Bien que la nature du mécanisme demeurera incertaine jusqu'à ce qu'il ne voit le jour, elle peut néanmoins être déjà profilée. Il s'agit notamment d'examiner dans quelle mesure ce mécanisme constitue un mode de contrôle du non-respect d'engagements internationaux réellement novateur dans le domaine de la protection de l'environnement. A cet égard, sa comparaison avec d'autres mécanismes de contrôle devient nécessaire afin d'identifier, le cas échéant, où réside sa spécificité.

A Kyoto, les Etats signataires se limitèrent à prévoir, en matière de contrôle du non-respect des dispositions du protocole, qu'il revenait à la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au présent protocole (COP/MOP) d'approuver, lors de sa première session— qui se déroulera entre le 28 novembre et le 9 décembre 2005 à Montréal, « des procédures et mécanismes appropriés et efficaces pour déterminer et étudier les cas de non-respect des dispositions du présent Protocole, notamment en dressant une liste indicative des conséquences, compte tenu de la cause, du type et du degré de non-respect et de la fréquence des cas »³. Ce n'est que lors des Conférences des Parties (COP) qui se sont tenues en 2001, d'abord à Bonn puis à Marrakech, que les Etats devaient préciser les caractéristiques de ce mécanisme de contrôle. Celui-ci, de prime abord, peut être qualifié de mécanisme « dur », dans la mesure où il prévoit l'imposition de sanctions en cas de non-respect des obligations découlant du protocole.

L'inclusion d'un tel mécanisme invite à une réflexion plus large : pourquoi se décider pour un mécanisme de contrôle dur alors que des mécanismes plus souples ont démontré leur efficacité dans d'autres domaines du droit international de l'environnement ? Il n'est possible d'ébaucher une réponse à cette question qu'au regard du protocole de Kyoto dans son ensemble. En effet, les mécanismes de flexibilité qui y sont prévus (articles 6, 12 et 17 du protocole) ainsi que la nature particulière des obligations définies dans le protocole permettent de mieux comprendre le passage d'une approche basée sur la coopération et l'assistance entre Etats (« *managerial approach* ») à une approche reposant cette fois-ci sur la contrainte (« *enforcement approach* »).

Dans les conventions environnementales, les moyens de sanction du non-respect proprement dit sont en effet peu nombreux et encore moins utilisés. Le Protocole de Kyoto, fondé

* Docteur en droit (Universités Paris I et Jaume I, Castellón). Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise.

¹ *Conférence des parties*, Sixième session, deuxième partie. Bonn, 16-27 juillet 2001.

² *Conférence des parties*, Septième session. Marrakech, 20 octobre-10 novembre 2001.

³ *Protocole de Kyoto*, adopté le 11 décembre 1997, article 18.

sur des mécanismes économiques et marqué par une dimension commerciale, est à la base d'un système élaboré d'incitations pour la réduction des gaz à effet de serre et de sanction du non-respect des engagements. Tout semble donc indiquer qu'il s'agisse là d'un nouveau mode de contrôle. Après avoir déterminé dans quelle mesure une telle affirmation est vraie (I), une réflexion plus large sur la nécessité d'un tel mécanisme dans une convention internationale déjà suffisamment riche en spécificités sera menée (II).

2. Le mécanisme d'observance du protocole de Kyoto : un nouveau mode de contrôle ?

Le droit international connaît les mécanismes de contrôle depuis longue date. Ainsi, en dehors du droit de l'environnement, ils se retrouvent notamment dans le cadre de l'Organisation internationale du travail (OIT), dans le domaine de la protection internationale des droits de l'Homme, en matière de désarmement, au sein de l'Organisation pour la coopération et le développement en Europe (OCDE) ou encore de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Dans le domaine du droit international de l'environnement, ce n'est que récemment que l'établissement de mécanismes de contrôle a été intégré dans des traités. A cet égard, le mécanisme de contrôle du protocole de Montréal sur la couche d'ozone demeure encore à ce jour exceptionnel, bien qu'il puisse être rapproché des mécanismes pour le contrôle des protocoles à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontalière à longue distance, adoptée en 1979 à Genève, ou encore de celui de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, adoptée en 1989, et dans la Convention de 1992 pour la protection de l'environnement marin de l'Atlantique du Nord-Est.

En ce qui concerne le mécanisme d'observance du protocole de Kyoto, il a été avancé qu'il s'agissait d'un mécanisme contentieux, avec mise en place d'une instance quasi-juridictionnelle, le Comité de contrôle. Afin de déterminer s'il en va ainsi, une opération de « repérage » des éléments qui caractérisent les modes contentieux et juridictionnels de règlement des différends mérite d'être effectuée pour évaluer dans quelle mesure le mécanisme d'observance du protocole de Kyoto s'en rapproche ou, au contraire, s'en éloigne. Les modes juridictionnels de règlement des différends consistent « en l'intervention dans le différend d'un organe tiers ayant pour fonction de le trancher par une solution fondée en droit et obligatoire pour les parties »⁴. Deux éléments du mécanisme d'observance méritent d'être analysés au regard de ces définitions. Le fonctionnement du mécanisme d'observance révèle d'abord un système qui va au-delà des mécanismes traditionnels de surveillance (« *monitoring* ») et de vérification (« *reporting* ») (A). En outre, les conséquences qui résultent de l'exercice d'un tel contrôle pourraient être des solutions fondées en droit et obligatoires pour les parties. La dimension « assistance » du contrôle serait ainsi dénaturée, dans la mesure où il existerait une menace réelle de sanction du non-respect des engagements (B).

A. Le fonctionnement du mécanisme

Autant l'édifice institutionnel bicéphale que les règles de procédure strictes révèlent la spécificité du mécanisme d'observance par rapport aux autres mécanismes de contrôle dans le domaine du droit international de l'environnement.

⁴ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 5^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 570.

1. Les institutions du contrôle

L'étude des institutions en charge des procédures de contrôle et de réaction au non-respect est fondamentale dès lors que le mécanisme d'observance est une procédure de contrôle institutionnalisée et collectivisée. Celui-ci repose en effet sur l'existence d'un Comité de contrôle. En 2001, il a été décidé qu'il serait composé « de 20 membres élus par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole ; 10 d'entre eux siègent au groupe de la facilitation et 10 au groupe de l'exécution »⁵. Le Comité devrait donc compter deux groupes, mais il pourra également se réunir en une Plénière composée des membres des deux groupes. Le Comité de contrôle se présente comme un véritable organe administratif, composé d'experts. Il n'en demeure pas moins que ce dernier ne détient pas le monopole du contrôle et qu'il va devoir composer avec les organes politiques.

(a) Un contrôle exercé par des organes administratifs ?

Le contrôle que pourra exercer le Comité de contrôle du respect des dispositions peut être rapproché du contrôle administratif exercé par certains organes dans le domaine des droits de l'Homme, et notamment du contrôle sur rapports qu'effectue le Comité des droits de l'Homme, tel qu'il est prévu à l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶. L'une des spécificités du contrôle exercé par le Comité des droits de l'Homme réside en « l'examen par un organe indépendant des rapports fournis par les Etats »⁷. Or, les accords de Marrakech précisent pour leur part que « [I]es membres du Comité et leurs suppléants siègent à titre personnel »⁸. Ainsi, l'indépendance des membres du Comité de contrôle du protocole de Kyoto

⁵ FCCC/CP/2001/13/Add.3, Décision 24/CP.7, « Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto », *annexe*, II.3, p. 69.

⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté le 16 décembre 1966, article 40 : « 1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le présent Pacte et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits : a) Dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du présent Pacte, pour chaque Etat partie intéressé en ce qui le concerne ; b) Par la suite, chaque fois que le Comité en fera la demande. 2. Tous les rapports seront adressés au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qui les transmettra au Comité pour examen. Les rapports devront indiquer, le cas échéant, les facteurs et les difficultés qui affectent la mise en oeuvre des dispositions du présent Pacte. 3. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies peut, après consultation du Comité, communiquer aux institutions spécialisées intéressées copie de toutes parties des rapports pouvant avoir trait à leur domaine de compétence. 4. Le Comité étudie les rapports présentés par les Etats parties au présent Pacte. Il adresse aux Etats parties ses propres rapports, ainsi que toutes observations générales qu'il jugerait appropriées. Le Comité peut également transmettre au Conseil économique et social ces observations accompagnées de copies des rapports qu'il a reçus d'Etats parties au présent Pacte. 5. Les Etats parties au présent Pacte peuvent présenter au Comité des commentaires sur toute observation qui serait faite en vertu du paragraphe 4 du présent article ».

⁷ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, coll. Droit international, 1997, p. 385.

⁸ FCCC/CP/2001/13/Add.3, Décision 24/CP.7, *annexe*, II.6, p. 70.

est également reconnue et les experts qui le composent seront choisis en raison de leur compétence dans des domaines pertinents.

Toutefois, une importante carence du Comité de contrôle en matière d'indépendance subsiste. En effet, l'un des éléments permettant d'identifier le degré d'indépendance d'un organe est de déterminer qui sera chargé de l'adoption des dispositions régissant son fonctionnement. A cet égard, il convient de rappeler que le Comité des droits de l'Homme adopte son propre règlement. En revanche, les Comités mis en place pour le contrôle des obligations découlant de conventions pour la protection de l'environnement ne possèdent pas une telle compétence. Il revient en effet aux Etats parties, dans le cadre des Conférences des parties (COP) ou des Conférences des parties agissant en tant que réunion des parties (COP/MOP), d'adopter les règles de fonctionnement des Comités. La plénière du Comité de contrôle pourra néanmoins « [c]ompléter, selon que de besoin, le règlement intérieur »⁹.

Il convient enfin de souligner que, de par la spécificité du droit international de l'environnement, la composition géographique des Comités créés dans ce domaine diffère de celle des Comités dans le domaine de la protection internationale des droits de l'Homme. Ainsi, dans le cadre du protocole de Kyoto, autant le groupe de la facilitation que celui de l'exécution sont composés de la manière suivante :

- « a) Un membre pour chacun des cinq groupes régionaux de l'Organisation des Nations Unies et un membre pour les petits États insulaires en développement, compte tenu des groupes d'intérêt, comme il est d'usage actuellement au Bureau de la Conférence des Parties ;
- b) Deux membres pour les Parties visées à l'annexe I ;
- c) Deux membres pour les Parties non visées à l'annexe I »¹⁰.

En effet, se fondant sur la tradition des Nations Unies, les Parties sont organisées en six groupes dont cinq régionaux, essentiellement dans le but d'élire les Bureaux, à savoir l'Afrique, l'Amérique latine et Caraïbe, l'Asie, l'Europe Centrale et Orientale et, l'Europe de l'Ouest, et un groupe composé d'autres Etats (les « Autres » incluent l'Australie, le Canada, l'Islande, la Nouvelle Zélande, la Norvège, la Suisse et les États-Unis d'Amérique, mais pas le Japon qui fait partie du groupe Asie).

Il en résulte que le groupe d'Etats de l'annexe I devrait compter, en plus des deux membres qu'il a d'office, deux ou trois autres membres, en fonction du membre représentant le groupe régional asiatique. Ainsi, il serait soit en infériorité soit en égalité au sein du Comité. Si la composition résulte en une égalité entre parties-annexe I et parties-non-annexe I, les intérêts des Etats qui seront les destinataires du mécanisme de contrôle seront mieux préservés. La composition du Comité serait alors représentative du lien que le protocole de Kyoto établit entre l'existence d'obligations et la sanction de leur non-respect. Quoi qu'il en soit, si les parties-annexe I venaient à n'avoir que quatre membres dans chaque groupe, le mode d'adoption des décisions au sein du groupe de l'exécution, qui est chargé précisément de la sanction de l'inexécution, viendrait compenser une possible infériorité numérique¹¹.

Ainsi, bien que présentant des ressemblances avec ce qui dans le domaine de la protection internationale des droits de l'Homme est considéré être un organe administratif, le Comité de

⁹ *Ibid.*, III.2.d, pp. 70-71.

¹⁰ *Ibid.*, IV.1, p. 71 et V.1, p. 72.

¹¹ V. *infra*.

contrôle prévu à Marrakech s'en éloigne. En outre, le contrôle exercé par des organes politiques demeure déterminant et se présente en tant qu'ultime recours.

(b) La permanence d'un contrôle politique

Un contrôle politique est prévu dans le cadre du mécanisme d'observance, dans la mesure où il fait appel à l'intervention d'organes intergouvernementaux. Les accords de Marrakech se réfèrent en effet explicitement au rôle réservé à la COP/MOP vis-à-vis du Comité de contrôle. Ainsi, la COP/MOP :

« a) Lorsqu'elle examine les rapports établis par les équipes d'examen composées d'experts au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 8 du Protocole, met en évidence tout problème d'ordre général qui devrait être traité dans les directives générales visées à l'alinéa c ci-dessous ; b) Examine les rapports de la plénière sur l'état d'avancement de ses travaux ; c) Donne des directives générales, notamment sur toute question de mise en œuvre susceptible d'avoir des incidences sur les travaux des organes subsidiaires relevant du Protocole ; d) Se prononce sur les propositions concernant les questions administratives et budgétaires ; e) Examine les recours et statue sur ces recours conformément à la section XI »¹².

En ce qui concerne les recours, « [l]a Partie à l'égard de laquelle une décision finale a été prise peut former un recours devant la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole contre une décision du groupe de l'exécution prise en vertu du paragraphe 1 de l'article 3 si elle estime qu'elle n'a pas bénéficié d'une procédure régulière »¹³. La COP/MOP pourra alors décider, à la majorité des trois quarts des Parties présentes et votantes, d'annuler la décision du groupe de l'exécution. Dans ce cas, elle renverra devant le groupe de l'exécution la question faisant l'objet du recours.

2. La procédure du contrôle

Trois éléments de la procédure au sein du Comité de contrôle méritent d'être soulevés afin de mettre en exergue les spécificités du mécanisme d'observance par rapport à d'autres conventions, autant en matière environnementale que dans d'autres domaines.

(a) Les modalités de la saisine

Un problème potentiel de respect des dispositions—connu comme une « question de mise en œuvre »—peut être soulevé soit par l'équipe d'experts ou par une Partie à propos de son propre respect des engagements—par exemple, si elle souhaite demander l'assistance du groupe de la facilitation, soit par une Partie qui soulève des problèmes concernant une autre Partie. Il a en effet été décidé à Marrakech que :

« [l]e Comité est saisi, par l'intermédiaire du secrétariat, des questions de mise en œuvre indiquées dans les rapports présentés par les équipes d'examen composées

¹² *Ibid.*, XII, pp. 78-79.

¹³ *Ibid.*, XI.1, p. 78.

d'experts au titre de l'article 8 du Protocole, ainsi que de toute observation écrite émanant de la Partie faisant l'objet du rapport, ou des questions de mise en œuvre soumises :

- a) Par toute Partie à l'égard d'elle-même;
- b) Par toute Partie à l'égard d'une autre Partie, informations probantes à l'appui »¹⁴.

La saisine du Comité de contrôle est donc exclusivement étatique¹⁵. Après un examen préliminaire, la question de la mise en œuvre sera examinée par le groupe pertinent du Comité. Ce dernier devra fonder ses délibérations sur les rapports des équipes d'experts, des organes subsidiaires, des Parties et d'autres sources officielles. Il convient de comparer cette saisine exclusivement étatique avec le protocole de Montréal sur la couche d'ozone, où une saisine par le Secrétariat est possible.

En outre, les organisations intergouvernementales mais également non gouvernementales compétentes pourront soumettre des informations factuelles et techniques au groupe pertinent. A cet égard, il convient de rappeler la Convention de Berne de 1979 sur la vie sauvage en Europe, où un droit de pétition a été reconnu aux ONG. Le mécanisme d'observance est donc à certains égards moins avancé, bien que postérieur. Mais cela reflète en réalité l'importance politique accordée au mécanisme et la volonté de rester entre « pairs » (« *peer-review system* »).

(b) L'adoption des décisions

En ce qui concerne le mode d'adoption des décisions au sein du Comité de contrôle, la règle générale reste le consensus. Toutefois, si celui-ci n'est pas atteint, les décisions seront prises « à la majorité des trois-quarts au moins des membres présents et votants »¹⁶. Par « membres présents et votants », on entend les membres présents et se prononçant par un vote affirmatif ou négatif. En sus d'une adoption à la majorité des trois-quarts au moins des membres présents et votants, les décisions du groupe de l'exécution sont prises à une double majorité. En effet, l'adoption se fait « à la majorité des membres provenant des Parties visées à l'annexe I présents et votants ainsi

¹⁴ *Ibid.*, VI.1, p. 73. L'article 8.1 du protocole dispose pour sa part que « [[l]es informations communiquées en application de l'article 7 par chacune des Parties visées à l'annexe I sont examinées par des équipes composées d'experts comme suite aux décisions pertinentes de la Conférence des Parties et conformément aux lignes directrices adoptées à cet effet au titre du paragraphe 4 ci-après par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au présent Protocole. Les informations communiquées au titre du paragraphe 1 de l'article 7 par chacune des Parties visées à l'annexe I sont examinées dans le cadre de la compilation annuelle des inventaires des émissions et des quantités attribuées et de la comptabilité correspondante. En outre, les informations fournies au titre du paragraphe 2 de l'article 7 par chacune des Parties visées à l'annexe I sont étudiées dans le cadre de l'examen des communications ».

¹⁵ Cependant, il convient de souligner le rôle que les « experts » jouent dans le mécanisme d'observance de Kyoto. En effet, les informations que les Etats transmettent sont examinées par des équipes composées d'experts qui se réfèrent dans leurs rapports à la mise en œuvre des obligations découlant du protocole par les Etats parties.

¹⁶ FCCC/CP/2001/13/Add.3, Décision 24/CP.7, *annexe*, II.9, p. 70.

qu'à la majorité des membres provenant des Parties non visées à l'annexe I présents et votants »¹⁷.

L'existence d'un mode de vote spécial, aux majorités qualifiées, au sein du groupe de l'exécution met en exergue la spécificité de ce dernier. Etant donné que les Parties visées à l'annexe I risquent de se trouver soit en égalité, soit en infériorité au sein du Comité de contrôle, le mode d'adoption choisi confère aux Etats destinataires des décisions du groupe de l'exécution la possibilité de protéger, dans une certaine mesure, leurs intérêts. A cet égard, l'existence d'obligations pour certains Etats est alors non seulement unie à l'existence de sanctions mais également à la reconnaissance d'un pouvoir décisionnel.

(c) La transparence des procédures

Par ailleurs, le protocole de Kyoto, comme le protocole de Montréal, accorde une importance particulière à la transparence des procédures. Au sein du mécanisme d'observance, il est précisé que « [s]ous réserve de toute règle concernant la confidentialité, les informations retenues par le groupe sont également rendues publiques, sauf si le groupe décide, de son propre chef ou à la demande de la Partie concernée, que les informations communiquées par celle-ci ne doivent pas être rendues publiques tant qu'il n'a pas pris une décision définitive »¹⁸. En outre, l'audition qui a lieu pendant la procédure suivie par le groupe de l'exécution, « est publique à moins que le groupe de l'exécution ne décide, de son propre chef ou à la demande de la Partie concernée, que tout ou partie de celle-ci doit se dérouler à huis clos »¹⁹. A cet égard, il revient à la plénière du Comité de « [c]ompléter, selon que de besoin, le règlement intérieur, notamment par l'élaboration d'articles sur la confidentialité, les conflits d'intérêt, la communication d'informations par les organisations intergouvernementales et non gouvernementales »²⁰. De même, les décisions adoptées par le Comité de contrôle sont en général notifiées aux autres Parties et le texte en est publié²¹.

B. L'issue du contrôle : la menace de sanction du non-respect du protocole de Kyoto

La portée des moyens de réaction au non-respect du Protocole, est, de loin, la question la plus controversée. En effet, par ses spécificités, le Protocole de Kyoto offre de ce point de vue des possibilités inédites. Le contrôle du respect des conventions internationales de protection de l'environnement mêle généralement de manière assez étroite les aspects préventifs et incitatifs de *promotion* du respect du droit et les aspects de *sanction* de son non-respect. L'identification d'un manquement, par le biais des procédures de contrôle, ne débouche souvent pas sur une condamnation des États « fautifs », mais sur une assistance à la mise en œuvre, qu'elle soit financière, technique, juridique ou autre. La démarche est bien plus « coopérative » que « punitive ». Gardant à l'esprit le fait que les conventions ont été adoptées pour le « bien commun », sans que les États en retirent à court ou moyen terme de bénéfices, il importe en effet plus de promouvoir les obligations qu'elles contiennent, que d'en sanctionner le non-respect.

¹⁷ *Ibid.*, II.9, p. 70.

¹⁸ *Ibid.*, VIII.6, p. 75.

¹⁹ FCCC/CP/2001/13/Add.3, Décision 24/CP.7, *annexe*, IX.2, p. 75.

²⁰ *Ibid.*, III.2.d, pp. 70-71.

²¹ V., par exemple, *ibid.*, VII.6, pp. 74.

L'utilisation de sanctions risquerait d'ailleurs de ne pas servir l'objet de la convention et en particulier de décourager la participation des États. C'est ainsi qu'on ne parle plus de « violation », mais de « situation » de non-conformité, voire de « dossier ». Le choix d'un certain vocabulaire (« parties concernées » ou « intéressées » par une « situation », « parties contractantes »,...) témoigne bien de la volonté de se démarquer des procédures contentieuses traditionnelles, alors même qu'il s'agit clairement d'un mécanisme de réaction à l'illicite de nature contentieuse²².

A cet égard, le protocole de Kyoto se rapproche de celui de Montréal, qui évite également tout vocabulaire pouvant signifier l'existence d'une confrontation, en s'éloignant du vocabulaire de la procédure accusatoire. Tel que le souligne M. Ehrmann, le protocole de Montréal, « *[b]ased on the approach of assistance and encouragement toward non-complying parties instead of accusation and confrontation, parties agreed on the following principles for the non-compliance procedure: it should avoid complexity, be non-confrontational, transparent, flexible and simple* »²³.

Le mécanisme d'observance demeure ainsi un mécanisme contentieux, tout en évitant de l'affirmer clairement. Il est contentieux dans la mesure où non seulement il a pour but de s'assurer que les États respectent leurs engagements internationaux, mais qu'il a également le pouvoir d'émettre des appréciations juridiques dans lesquelles le non-respect par un État de ses obligations peut être établi. Cependant, sa nature juridictionnelle ne peut être établie à ce jour, dès lors qu'« [u]n acte n'est juridictionnel que s'il est revêtu de l'autorité de chose jugée »²⁴. A cet égard, si la nature obligatoire des décisions du Comité de contrôle venait à être établie lors de la première COP/MOP, il s'agirait, sinon d'un mécanisme juridictionnel, du moins d'un mécanisme quasi-juridictionnel. Ainsi, malgré l'établissement d'un système d'imposition de sanctions, la question du caractère obligatoire du mécanisme demeure incertaine.

1. L'imposition de sanctions

Dans le cadre du protocole de Kyoto, le groupe de l'exécution devra appliquer les « mesures consécutives » dans les cas de non-respect des dispositions. Ces mesures « visent à rétablir le respect des dispositions pour assurer l'intégrité de l'environnement et doivent inciter à ce respect »²⁵. Même si cela n'est pas automatique, elles peuvent prendre la forme de sanctions. La décision adoptée à Marrakech prévoit en effet que « [l]orsque le groupe de l'exécution a établi qu'une Partie ne respecte pas les dispositions du paragraphe 1 ou 2 de l'article 5 ou du paragraphe 1 ou 4 de l'article 7 du Protocole, il applique les mesures consécutives suivantes, en tenant compte de la cause du non-respect, de sa nature, de son ampleur et de sa fréquence : a) Constater le non-respect par une déclaration ; b) Élaborer un plan conformément aux paragraphes

²² V. sur ce point, L. Boisson de Chazournes, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de l'environnement : enjeux et défis », *RGDIP*, n°1, 1995, pp. 37-77 ; P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, n°4, 1997, pp 873-903.

²³ M. Ehrmann, « Compliance Control in International Environmental Treaties », *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, vol. 13, n°2, 2002, p. 395

²⁴ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 5^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 571.

²⁵ FCCC/CP/2001/L.1, VIII.2, p. 20.

2 et 3 ci-après »²⁶. Ainsi, comme le Comité des droits de l'Homme, le groupe de l'exécution réalise d'abord une constatation du non-respect d'une obligation conventionnelle découlant du protocole de Kyoto et ensuite se réfère aux mesures que l'Etat doit adopter afin d'être en conformité avec ses obligations.

A cet égard, la décision de Marrakech précise que la Partie défaillante doit soumettre au groupe de l'exécution un plan comprenant « a) Une analyse des motifs du non-respect ; b) Un exposé des mesures qu'elle entend prendre pour remédier à la situation ; c) Un calendrier d'application de ces mesures dans un délai maximal de 12 mois qui permet de mesurer les progrès réalisés dans l'exécution »²⁷. Elle doit en outre lui présenter régulièrement un rapport d'étape sur l'exécution du plan²⁸.

D'autres mesures sont également prévues pour les Etats qui violent leurs obligations conventionnelles. Celles-ci peuvent être qualifiées, contrairement aux antérieures, de véritables sanctions. Il s'agit de mesures qui sont adoptées lorsque le groupe de l'exécution établit qu'une Partie visée à l'annexe I ne remplit pas une ou plusieurs des conditions d'admissibilité au titre des articles 6, 12 et 17 du protocole. Dans cette hypothèse, il peut suspendre l'admissibilité de cette Partie conformément aux dispositions pertinentes de ces articles²⁹. En outre, si le groupe de l'exécution établit que les émissions d'une Partie ont dépassé la quantité qui lui a été attribuée, il pourra déclarer que la Partie est en situation de non-respect de ses engagements en vertu du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole et appliquer les mesures consécutives suivantes :

- « a) Déduction de la quantité attribuée à la Partie concernée pour la deuxième période d'engagement d'un nombre de tonnes égal à 1,3 fois la quantité de tonnes d'émissions excédentaires ;
- b) Élaboration d'un plan d'action pour le respect des dispositions conformément aux paragraphes 6 et 7 ci-après ;
- c) Suspension de l'admissibilité au bénéfice des cessions visées à l'article 17 du Protocole jusqu'à ce que cette mesure soit levée conformément aux dispositions du paragraphe 3 ou 4 de la section X »³⁰.

Le terme « sanctions » est bien entendu évité, d'autant plus que les « mesures consécutives » mélangent des aspects punitifs, comme la déduction des quantités attribuées, avec des mesures plus coopératives, comme l'élaboration d'un plan d'action.

Il convient de rappeler à cet égard le régime prévu dans le protocole de Montréal. En effet, celui-ci permet également, dans une certaine mesure, l'adoption de mesures qui se rapprochent des sanctions. Ainsi la Russie avait-elle notamment protesté, se voyant octroyer des sanctions commerciales à l'issue d'une procédure de non-conformité, alors qu'elle avait elle-même lancé la procédure, la pensant et souhaitant coopérative. De même, des sanctions ont été employées dans d'autres systèmes conventionnels (CITES par exemple). Cependant, dans ces cas, les mesures prévues n'étaient pas de la même nature que celles prévues dans le cadre du mécanisme d'observance et n'avaient pas la même portée.

²⁶ FCCC/CP/2001/13/Add.3, Décision 24/CP.7, *annexe*, XV.1, p. 80.

²⁷ *Ibid.*, XV.2, p. 80.

²⁸ *Ibid.*, XV.3, p. 80.

²⁹ *Ibid.*, XV.4, p. 80.

³⁰ *Ibid.*, XV.5, pp. 80-81.

2. Un règlement obligatoire

L'analyse du mécanisme au regard des travaux préparatoires du protocole de Kyoto et des différentes Conférences des parties ayant précédé l'adoption de la décision portant sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du protocole de Kyoto montre l'importance que les Parties accordent au caractère juridique, et non pas seulement politique, des procédures de non-conformité. Il s'agit notamment de pouvoir imposer des conséquences obligatoires sur les Parties qui se trouvent en non-conformité avec les obligations découlant du protocole.

A cet égard, deux questions méritent d'être soulevées. D'une part, il convient de se référer au mécanisme d'observance en tant que tel afin d'en déterminer la nature et la portée. D'autre part, la question de la forme que le mécanisme devrait adopter—à savoir un amendement au protocole de Kyoto ou simplement une décision de la COP/MOP—se pose.

(a) La nature et la portée du mécanisme d'observance

De prime abord, l'article 18 du protocole n'empêche pas les Parties de se mettre d'accord pour établir des conséquences contraignantes au non-respect de leurs engagements. Ainsi, l'inclusion du groupe de l'exécution au sein du mécanisme d'observance lui confère une nature plus complexe par rapport aux mécanismes de contrôle établis jusqu'alors dans le domaine du droit international de l'environnement. Le mécanisme instauré pour la protection des engagements pris à Kyoto a en effet été défini comme étant un mécanisme contentieux quasi-juridictionnel. A cet égard, déjà lors de la négociation du protocole, des discussions ont eu lieu en ce qui concerne les « [d]ispositions relatives à un *règlement obligatoire et contraignant* des différends [avec énoncé des conséquences précises d'une violation] entre les Parties visées à l'annexe A et les Parties visées à l'annexe B ainsi qu'entre celles-ci et d'autres Parties »³¹. A Marrakech, la question du caractère juridiquement contraignant du mécanisme—position soutenue par les pays de l'Union Européenne et par les groupes d'intérêts privés—fut reportée. Elle devrait être décidée à la première session de la COP/MOP en novembre 2005³².

Le mécanisme d'observance est un mécanisme contentieux dans la mesure où il respecte une série de règles, notamment pour assurer une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties. A cet égard, les dispositions qui régissent la recevabilité des questions de mise en œuvre, leur examen et l'existence d'un droit à un recours effectif vont dans cette direction. Ainsi, lorsque le bureau du Comité renvoie des questions de mise en œuvre au groupe de la facilitation ou de l'exécution, ce dernier réalise d'abord « un examen préliminaire des questions de mise en œuvre pour s'assurer que, sauf s'il s'agit d'une question soulevée par une Partie à l'égard d'elle-même : a) Les informations fournies à l'appui de la question sont suffisantes ; b) Il ne s'agit pas d'une question insignifiante ou sans fondement ; c) La question est fondée sur les prescriptions du Protocole »³³.

³¹ FCCC/AGBM/1997/3/Add.1, 22 avril 1997, *Rapport du groupe spécial du mandat de Berlin sur les travaux de sa sixième session*, Bonn, 3-7 mars 1997, Additif : Propositions relatives à un protocole ou à un autre instrument juridique, Texte de négociation du Président, Proposition 3, § 217, p. 86. Italiques ajoutés.

³² D.A.Wirth, « The Sixth Session (Part Two) and Seventh Session of the Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change », *AJIL*, vol. 96, 2002, pp. 648-660.

³³ FCCC/CP/2001/13/Add.3, Décision 24/CP.7, *annexe*, VII.2, pp. 73-74.

À l'issue de l'examen préliminaire de la question de mise en œuvre, la Partie concernée reçoit, par l'intermédiaire du secrétariat, une notification écrite de la décision prise ; s'il s'agit d'une décision d'entrer en matière, il est adressé à la Partie concernée une communication précisant la question à l'examen, les informations fournies à l'appui de celle-ci et le groupe qui l'examinera.

En ce qui concerne les décisions adoptées par les groupes du Comité, elles « contiennent des conclusions et un exposé des motifs. Le groupe compétent informe sans délai par écrit, par l'intermédiaire du secrétariat, la Partie concernée de sa décision, en précisant les conclusions auxquelles il est parvenu et les motifs qui les sous-tendent. Le secrétariat notifie ses décisions finales aux autres Parties et en publie le texte ».

De même, en matière de recours, il est prévu que « [l]a Partie à l'égard de laquelle une décision finale a été prise peut former un recours devant la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole contre une décision du groupe de l'exécution prise en vertu du paragraphe 1 de l'article 3 *si elle estime qu'elle n'a pas bénéficié d'une procédure régulière* »³⁴. Ainsi, la possibilité d'un recours effectif est envisagée, bien que face à un organe politique.

En outre, les droits de la défense ainsi que son corollaire, à savoir, le principe du contradictoire, sont préservés. Dans le cadre des procédures générales, il est établi que « [t]oute information examinée par le groupe compétent est communiquée à la Partie concernée. Le groupe indique à la Partie concernée les informations qu'il a retenues. Il est donné à la Partie concernée la possibilité de faire connaître par écrit ses vues au sujet de ces informations »³⁵. Il est également donné à la Partie concernée « la possibilité de faire connaître par écrit ses vues au sujet de toute décision du groupe compétent »³⁶. De même, dans la procédure du groupe de l'exécution, il est « donné à la Partie concernée la possibilité de faire connaître par écrit ses vues au sujet de toute information concernant la question de mise en œuvre et la décision d'entrer en matière »³⁷.

Cette question de la force obligatoire des décisions adoptées ne va pas sans rappeler celle qui s'est posée dans le domaine des droits de l'Homme, notamment dans le cadre du contrôle sur rapports exercé par le Comité des droits de l'Homme. A l'issue de l'examen sur rapports qu'exerce le Comité, celui-ci émet des « observations générales » qui n'ont en effet « aucune force obligatoire »³⁸.

Il est également intéressant de rappeler l'article 8 du protocole de Montréal. Il y avait été établi que les parties, lors de leur première réunion, examineraient et approuveraient « des procédures et des mécanismes institutionnels pour déterminer le non-respect des dispositions du présent Protocole et les mesures à prendre à l'égard des Parties contrevenantes ». Cependant, lors de la première Réunion, rien ne fut accordé, si ce n'est l'établissement d'un groupe de travail composé de juristes afin qu'il prépare un projet de procédure et d'institutions devant veiller au respect des dispositions du protocole de Montréal. Celui-ci devait notamment prévoir la mise en place d'un Comité de contrôle (« *Implementation Committee* ») qui aurait pour fonction de recevoir, examiner et établir des rapports concernant des situations qui lui auraient été soumises, soit par une partie au Protocole en ce qui concerne le respect par une autre partie de ses engagements, soit par le Secrétariat. Il devait cependant être clairement établi que ce Comité

³⁴ *Ibid.*, XI.1, p. 78. Italiques ajoutés.

³⁵ *Ibid.*, VIII.6, p. 75.

³⁶ *Ibid.*, VIII.8, p. 75.

³⁷ *Ibid.*, VII.7, pp. 74.

³⁸ F. Sudre, *Droit international et européen...*, *op. cit.*, p. 389.

n'aurait pas de pouvoirs juridictionnels. En revanche, les négociations du Comité de contrôle du protocole de Kyoto montrent au contraire la volonté d'assurer l'existence d'un mécanisme contentieux aux pouvoirs si non juridictionnels, du moins quasi-juridictionnels. En effet, le groupe de l'exécution, après avoir conduit ses investigations d'une manière contentieuse, conclurait son enquête par une appréciation juridiquement contraignante et l'imposition de sanctions.

(b) La forme du mécanisme d'observance

La question de savoir si le caractère obligatoire du mécanisme dépendrait de la forme suivie pour son adoption se pose également. A cet égard, deux conceptions se confrontent. Certains défendent que seul un amendement au protocole de Kyoto saurait imposer des conséquences obligatoires pour les Parties. D'autres estiment, en revanche, qu'une décision de la COP/MOP serait également susceptible d'imposer des obligations aux Etats et qu'un amendement ne serait alors plus indispensable.

L'article 18 du protocole de Kyoto dispose en effet que « [s]i des procédures et mécanismes relevant du présent article *entraînent des conséquences qui lient les Parties*, ils sont adoptés au moyen d'un amendement au présent Protocole »³⁹. Le protocole peut être amendé par consensus ou, si aucun accord n'intervient, par une majorité des trois quarts des Parties présentes et votantes⁴⁰. L'adoption d'un amendement posséderait l'avantage de conférer une légitimité certaine au Comité d'observance, dans la mesure où chaque Partie pourrait se prononcer explicitement en faveur du caractère juridiquement contraignant du mécanisme ou, au contraire, le refuser. Certains Etats pourraient alors se trouver dans l'obligation politique de respecter les décisions du groupe de l'exécution alors que d'autres seraient juridiquement liés. Cette question se pose d'autant plus que les mêmes difficultés rencontrées pour que le protocole de Kyoto entre en vigueur risquent fort de se représenter sur cette question.

Si la formule de l'amendement n'est pas suivie et que le mécanisme est incorporé dans une décision de la COP/MOP, le problème du caractère contraignant de celle-ci risque d'être soulevé. Le mécanisme d'observance serait alors considéré comme n'entraînant pas de conséquences liant les parties. En effet, il convient de déterminer s'il est possible d'attribuer à la COP/MOP une sorte de pouvoir législatif. L'article 13.4 du protocole dispose à cet égard que la COP/MOP « fait régulièrement le point de la mise en œuvre dudit Protocole et prend, dans les limites de son mandat, les décisions nécessaires pour en promouvoir la mise en œuvre effective ». Il ajoute par la suite que la COP/MOP « exerce les autres fonctions qui peuvent se révéler nécessaires aux fins de la mise en œuvre du présent Protocole et examine toute tâche découlant d'une décision de la Conférence des Parties »⁴¹. Il est cependant difficile de considérer qu'il s'agit là d'une carte blanche octroyée à la COP/MOP. En conséquence, si une simple décision adoptée par la COP/MOP ne permet pas d'établir un mécanisme contraignant, il sera alors difficile de reconnaître une force obligatoire aux décisions que le Comité de contrôle sera amené à adopter.

Ceci ne va pas sans rappeler les discussions qui ont eu à cet égard lors de la négociation du mécanisme de contrôle du protocole de Montréal. En effet, dès le début des négociations, les Etats décidèrent que le mécanisme ne prendrait pas la forme d'un amendement au protocole, mais qu'il serait inclus dans une décision de la Réunion des Parties. Cette option présentait l'avantage

³⁹ Italiques ajoutés.

⁴⁰ *Protocole de Kyoto*, article 20.3.

⁴¹ *Ibid.*, article 13.4.j.

d'être plus flexible, plus facilement modifiable au regard de l'expérience acquise par la pratique. En outre, une approche coopérative du contrôle ayant prévalu pendant les discussions, il n'était dès lors nullement nécessaire de lui accorder la force obligatoire propre aux dispositions d'une convention internationale. A cet égard, dans le cadre du protocole de Kyoto, suivre la forme du mécanisme de contrôle du protocole de Montréal risquerait d'ôter toute force obligatoire au mécanisme d'observance, alors même que l'approche souhaitée par les parties est cette fois-ci coercitive et que de véritables sanctions sont prévues. Cependant, il convient de rappeler que le mécanisme de non-conformité prévu dans le protocole de Montréal a donné lieu à une pratique ambivalente, comme le montre le cas de la procédure intentée à l'encontre de la Russie.

3. Un mécanisme de contrôle « dur » au sein d'un instrument « flexible »

A Marrakech, la Conférence des Parties a défini l'objectif des procédures et des mécanismes relatifs au respect des dispositions du protocole de Kyoto comme étant « de faciliter, de favoriser et de garantir le respect des engagements découlant du Protocole »⁴². Ce mode de contrôle poursuit-il simplement la fin de la violation de la règle ? L'objectif ultime d'un tel contrôle correspond-il plutôt à la réparation du dommage causé par le non-respect des obligations imposées en vertu du protocole ?⁴³ Dès lors que l'objectif du mécanisme est autant de *faciliter* que de *garantir* le respect des dispositions du protocole, il semble poursuivre ces deux objectifs. Pour les atteindre, les traits généraux du mécanisme ont été dessinés à Marrakech. J. Werksman rappelle à cet égard que « *[e]ffective means of addressing non-compliance will require rules, procedures, and mechanisms that are: - compulsory in their jurisdiction, in that parties must answer claims brought against them; - binding in their outcome, in that the compliance response must have the same legal character as the commitment is seeking to enforce; and - enforceable, in that a means is provided for ensuring that parties comply with the decisions of a non-compliance procedure* »⁴⁴.

L'approche coercitive des mécanismes de contrôle pour le respect des engagements s'est ainsi progressivement dessinée. Cette évolution ne peut cependant se comprendre sans se référer à l'introduction d'autres mécanismes novateurs dans le protocole de Kyoto.

A. Ratio d'une approche coercitive en droit international de l'environnement

Selon qu'il s'agisse d'un contrôle mené au sein de la branche de la facilitation ou de la branche de l'exécution, le contrôle acquiert une dimension différente. En effet, alors que le premier s'inscrit dans une approche de coopération, classique dans le domaine du droit international de l'environnement, le second constitue une tentative d'incorporation de méthodes coercitives. Le protocole de Kyoto, plus que prôner la substitution d'une approche à l'autre, défend la complémentarité des deux.

⁴² FCCC/CP/2001/13/Add.3, Décision 24/CP.7, *annexe*, I, p. 69.

⁴³ J. Werksman, « Compliance and the Kyoto Protocol : Building a Backbone into a 'Flexible' Regime », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 9, 1999, p. 56.

⁴⁴ Sur ce point, J. Werksman souligne en effet que « [t]he overarching criteria for assessing the means for responding to non-compliance will be the extent to which each of these approaches is likely to achieve one or both of the two main objectives of a compliance system: (1) to deter non-compliance (deterrence) and/or (2) to repair the effects of non-compliance once it has occurred (reparation) », *in* « Compliance and the Kyoto Protocol... », *op. cit.*, p. 56.

1. La permanence de l'approche coopérative en droit international de l'environnement : « management approach »

L'approche coopérative du droit international et notamment du droit international de l'environnement a été largement développée par Abram Chayes et Antonia Handler Chayes. Dans leur ouvrage *The New Sovereignty*, ils considèrent qu'une telle conception devrait primer sur une approche coercitive, afin de promouvoir le respect des engagements contractés. Pour arriver à une telle conclusion, ils partent du constat suivant : la violation par les Etats des obligations qu'ils ont contractées relève plus de l'exception que de la règle, contrairement à ce qui est souvent affirmé. Ceci n'est pas étonnant dès lors que le traité est conçu comme étant le résultat d'une négociation entre Etats au cours de laquelle ceux-ci ont déjà eu l'occasion de défendre leurs intérêts. Ainsi, en règle générale, les Etats ne s'engagent pas au-delà de leurs propres intérêts et n'ont alors plus vraiment de raisons de violer les engagements contractés. En outre, les Etats ont intérêt à voir le système établi par le traité fonctionner plutôt qu'à s'en dévier. Il en résulte que le non-respect des dispositions d'un traité par un Etat est souvent le résultat d'une incapacité des Etats à remplir certaines de leurs obligations et non pas un acte de volonté. Les Etats violent ainsi le droit international non pas parce qu'ils le veulent mais parce qu'ils ne peuvent faire autrement.

Dans le domaine du droit international de l'environnement, plusieurs éléments mettent en exergue l'existence, dans une certaine mesure, d'une approche coopérative. Les systèmes de prévention sont privilégiés par rapport à ceux qui visent la sanction du non-respect.

Les systèmes de prévention que connaît le droit international de l'environnement se rapprochent de ceux qui existent dans le domaine de la protection internationale des droits de l'Homme. En effet, dans le cadre des contrôles sur rapports, les Etats sont chargés de fournir des renseignements sur les mesures législatives, administratives ou judiciaires prises pour mettre en œuvre les dispositions internationales protectrices des droits de l'Homme. Le Comité des droits de l'Homme peut ainsi, dans les rapports qu'il émet, établir si les mesures adoptées sont suffisantes ou si, au contraire, il estime que des mesures additionnelles devraient être adoptées afin d'assurer la protection des droits de l'Homme. L'action du Comité est donc non seulement répressive, dans la mesure où elle déclare publiquement qu'un Etat n'est pas en conformité avec les règles internationales de protection des droits de l'Homme mais également préventive, étant donné qu'elle conseille les mesures à adopter.

En ce qui concerne le contrôle sur plaintes que réalise également le CDH, le protocole facultatif confère au Comité le pouvoir d'adresser des « constatations » à l'Etat intéressé et au particulier⁴⁵. Celles-ci « sont en principe dépourvues de toute portée juridique pour les Etats »⁴⁶. Cependant, « le Comité est investi par le Protocole de la mission d'examiner une communication relative à la violation d'un droit protégé par le pacte et de se prononcer sur cette violation »⁴⁷. Le Comité estime en outre que « l'Etat partie est tenu de prendre des mesures appropriées pour donner un effet juridique aux constatations du Comité concernant l'interprétation et l'application du Pacte dans des cas particuliers soumis au titre du Protocole facultatif »⁴⁸. Ainsi, le Comité constate des violations du Pacte. Comme le souligne F. Sudre, « il n'est pas excessif, à défaut de 'chose jugée', d'évoquer la 'chose constatée', d'autant que la constatation opérée par le Comité

⁴⁵ Article 5 § 4.

⁴⁶ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 378.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 378-379.

⁴⁸ *Denzil Roberts c/ Barbade*, n°504/1992, n°275.

est définitive et s'oppose à ce que la même affaire soit réexaminée par un autre organe international de contrôle »⁴⁹.

Le mécanisme d'observance du protocole de Kyoto mélange ainsi des éléments propres au contrôle sur rapports, de par sa dimension étatique, mais se rapproche du contrôle sur plaintes, dans la mesure où il contient des éléments qui permettent de le qualifier de contentieux. Toutefois, bien que coercitif, il contient des éléments propres à l'approche coopérative ayant prévalu jusqu'alors dans le domaine du droit international de l'environnement.

Au sein du mécanisme d'observance, la fonction de prévention est exercée par le groupe de la facilitation. Celui-ci a en effet pour but de promouvoir le respect des dispositions du protocole et « de déclencher rapidement l'alerte en cas de risque de non-respect »⁵⁰. Pour arriver à cette fin, il a pour tâche de fournir des conseils et « de mener une action de facilitation »⁵¹ en ce qui concerne :

« a) Engagements chiffrés concernant les émissions (art. 3.1) avant le commencement de la période d'engagement pertinente et durant cette période d'engagement ;

b) Les prescriptions en matière de méthode et d'établissement de rapports (art. 5.1, 5.2, 7.1 et 7.4) avant le commencement de la première période d'engagement »⁵².

Avant Kyoto, les instruments de contrôle environnementaux se limitaient à cette approche et ont renoncé de prévoir des sanctions. Il convient de soulever à cet égard les discussions sur l'approche à adopter en matière de contrôle des engagements qui ont eu lieu lors des négociations relatives au mécanisme de contrôle du protocole de Montréal. La Communauté européenne ainsi que les pays en voie de développement défendaient alors une approche coopérative (« *encouragement-based approach* ») tandis que les Etats-Unis préféraient l'imposition de sanctions commerciales en tant que réponse au non-respect des engagements. Malgré l'incorporation de certaines modifications, et notamment l'inclusion d'une liste indicative de mesures qui pourraient être adoptées par la Réunion des Parties à l'encontre des Etats qui ne respecteraient par leurs obligations en vertu du protocole, l'approche coopérative a toujours prévalu. Ainsi, l'option des sanctions commerciales fut constamment discutée mais toujours écartée⁵³.

2. *L'introduction de l'approche coercitive pour la protection de l'environnement : « enforcement approach »*

L'approche coopérative a cependant fait l'objet de nombreuses critiques. Ainsi, par exemple, l'argument suivant lequel les traités internationaux seraient, en règle générale, respectés doit être nuancé au regard du degré d'obligations qu'il contient. En effet, la pratique montre que la plupart de ces traités largement respectés ne contiennent que de faibles obligations. En effet, le résultat des négociations entraîne souvent une dénaturation des obligations ou, du moins, un engagement *a minima*.

Ce n'est que lorsque les obligations contenues dans un traité deviennent plus difficiles à respecter et plus coûteuses pour les Etats parties qu'il existe plus de risques de non-respect. Dès lors que la possibilité de violations d'obligations est plus élevée, un mécanisme de contrôle plus

⁴⁹ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 379.

⁵⁰ FCCC/CP/2001/L.1, VIII.1, p. 20.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ V. sur ce point les rapports de la Neuvième Réunion des Parties (1997) et de la Dixième (1998).

contraignant devient alors nécessaire. Ainsi, les partisans d'une telle approche précisent que l'existence de réelles obligations, allant au-delà des simples intérêts des Etats, nécessitent un système élaboré de sanctions, transposant une conception bien connue pour les ordres internes—la relation droit/obligation /sanction—au droit international.

Les partisans de l'incorporation du groupe de l'exécution, ayant pour fonction de réagir à la violation des engagements contractés par les Etats parties, estiment que l'efficacité de l'approche coopérative est clairement amoindrie dès lors qu'un nombre croissant d'Etats parties se trouvent face à des difficultés réelles pour mener à bien leurs engagements. Or, cela pourrait bien être le cas dans le cadre du protocole de Kyoto. En effet, les réductions des émissions de gaz à effet de serre auxquelles se sont engagés les Etats vont bien au-delà de leurs intérêts et représentent un investissement, autant technique que financier.

Ainsi, l'approche coercitive devient nécessaire dès lors que les engagements sont difficiles et onéreux pour les Etats parties. Aussi, face à des questions politiquement ou économiquement sensibles, la nécessité de mécanismes de contrôle externes, non gouvernementaux, reposant sur la structure administrative soulignée précédemment, s'impose. Le protocole de Kyoto est à cet égard un exemple paradigmatique de convention qui ne sera pas mise en œuvre juste en raison de l'intérêt particulier des Etats parties ou encore de par l'existence de pressions au sein des différents Etats. Bien au contraire, les pressions que les Etats dans l'obligation de réduire leurs émissions connaissent les pousseraient plutôt vers le non-respect de leurs engagements⁵⁴.

En conséquence, dans le mécanisme d'observance, il a été établi que le groupe de l'exécution aurait le pouvoir de déterminer une série de conséquences pour les Parties qui ne respecteraient pas leurs engagements. Celles-ci « ont pour but de remédier au non-respect pour assurer l'intégrité de l'environnement, et tendent à inciter au respect »⁵⁵. A cet égard, l'existence d'un tel système de sanctions permet de forger une confiance réciproque entre les Etats parties qui sont soumis à des obligations de réduction.

Toutefois, l'expérience du mécanisme de contrôle du protocole de Montréal montre que les mécanismes reposant sur une approche coercitive connaissent également des limites. En effet, de telles mesures ne seront efficaces et politiquement envisageables que si une majorité des Etats parties respecte néanmoins ses engagements. Le mécanisme de contrôle du protocole de Montréal a en effet fonctionné dans la mesure où il a été rarement employé, la majorité des Etats se trouvant en conformité avec leurs engagements. Il est cependant difficile d'affirmer pour l'instant qu'il en ira de même dans le cadre du protocole de Kyoto⁵⁶.

3. La difficile conciliation entre la logique juridictionnelle et la logique consensuelle

⁵⁴ A cet égard, D.G. Victor souligne que « [e]nforcement has been necessary in cases where countries have faced inconvenient commitments... Typically, the most politically sensitive tasks are performed by mechanisms that are formally external to the international legal institutions created to handle compliance problems. This experience shows that enforcement is necessary, especially as international agreements yield more stringent commitments that countries will not implement purely on the basis of internal pressure and self-interest », in « Enforcing International Law: Implications for an Effective Global Warming Regime », *Duke Envtl. L. & Pol.*, vol. 10, 1999-2000, p. 184.

⁵⁵ FCCC/CP/2001/L.1, VIII.2, p. 20.

⁵⁶ J. Werksman, « Compliance and the Kyoto Protocol... », *op. cit.*, p. 71.

Bien que se rapprochant des actes juridictionnels, le mécanisme d'observance conserve, comme cela vient d'être rappelé, d'importants éléments de consensualisme, restant ainsi en conformité avec la structure traditionnelle des mécanismes internationaux de règlement des différends.

Le mécanisme d'observance du protocole de Kyoto prévoit, dans sa branche exécutive, la possibilité d'imposer des sanctions. La procédure, au sein de cette branche, permet de qualifier le mécanisme de contentieux. Cependant, le mécanisme conserve une base multilatérale et préventive, qui évite, dans la mesure du possible, toute confrontation. A cet égard, il convient de noter que la partie qui enclenche le mécanisme d'observance ne détient pas la position de « plaignant » ou de « procureur ». Elle se limite à *déclencher* le processus qui sera par la suite pris en main par le Comité d'observance et ses deux branches.

Cette approche consensuelle privilégie l'engagement, bien que difficile à obtenir, par rapport à la sanction, qui s'avère toujours difficile à mettre en œuvre vis-à-vis des Etats qui s'y opposent. Au fur et à mesure que le protocole de Kyoto a pris forme, les négociateurs ont néanmoins privilégié chaque fois plus les mécanismes coercitifs pour la réaction à la violation des obligations contractées, et ce au détriment des instruments purement consensuels.

Le choix de la nature du contrôle que l'on veut instaurer dépend, comme le souligne Nicolas Valticos⁵⁷, du cadre institutionnel dans lequel le contrôle doit se situer ainsi que du degré de maturité politique de la question. Dans le domaine des droits de l'Homme, pour chaque catégorie de droits, un « nouveau texte international en vue d'en assurer la concrétisation »⁵⁸ a été adopté. Cette concrétisation est passée par l'adoption d'un texte conventionnel, ayant « vocation à avoir un caractère obligatoire et à traduire la volonté des États de s'engager de façon explicite dans le domaine des droits de l'homme »⁵⁹. Or, il existe une corrélation entre la proclamation d'un droit et la faculté de pouvoir contrôler son application. À la prolifération de textes définissant de nouveaux droits correspond ainsi une prolifération de mécanismes, destinés à en contrôler le respect. Ainsi, le droit international de l'environnement connaît, comme la protection internationale des droits de l'Homme, une prolifération des mécanismes de contrôle. Dans les deux cas, la spécificité des questions traitées explique la nécessité d'un contrôle adapté aux obligations qui découlent de l'instrument conventionnel. Il est alors difficile d'envisager un mécanisme de contrôle adaptable aux différents enjeux que la protection de l'environnement soulève dans des domaines différents.

Ainsi, dans le cadre du protocole de Kyoto, le nouveau mode de contrôle incorporé vise le respect d'un nouveau type d'obligations qui reposent essentiellement sur des instruments de nature commerciale (*market-based instruments*). C'est précisément en raison de cette spécificité et des enjeux économiques qui découlent des engagements des Etats parties que les sanctions ont été envisagées en tant que corollaire des obligations des Etats.

B. La sanction : un instrument au service de la flexibilité du système

L'établissement de ce mode inédit de contrôle n'est que le corollaire de l'établissement de mécanismes de flexibilité au sein du protocole. Bien que ceux-ci aient pour objectif d'aider les

⁵⁷ N. Valticos, « Les systèmes de contrôle non judiciaire des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme », *Mélanges offerts à Polys Modinos : Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 334.

⁵⁸ C. Sciotti, *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 9.

⁵⁹ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 117.

parties à remplir leurs engagements, ils entraînent l'établissement de nouvelles relations juridiques qui méritent d'être protégées pour assurer le bon fonctionnement de l'ensemble. En outre, de tels mécanismes reposent principalement sur la confiance mutuelle entre les membres. La menace de sanction pour celui qui s'écarte de ses engagements vient alors renforcer une telle confiance.

1. Les mécanismes de flexibilité : survol au regard du mécanisme d'observance

Les articles 6⁶⁰, 12⁶¹ et 17⁶² du protocole de Kyoto établissent trois mécanismes de flexibilité dont l'objectif est d'aider les pays industrialisés à atteindre leur objectif de réduction plus facilement et favoriser le transfert de technologies vers les pays en développement. Il s'agit, respectivement, de la mise en œuvre conjointe, du mécanisme pour un développement propre et de l'échange de droits d'émission.

De tels mécanismes ne sont viables que s'il existe une véritable confiance réciproque entre les Etats parties au protocole. Déjà à Marrakech, la Conférence des parties devait faire le lien entre les mécanismes de flexibilité et l'incorporation d'un mode de contrôle « solide ». En effet, les parties avaient alors souligné « que l'intégrité de l'environnement doit être assurée par des modalités, règles et lignes directrices rationnelles concernant les mécanismes, des principes et règles rationnels et solides régissant les activités liées à l'utilisation des terres, au changement d'affectation des terres et à la foresterie et un solide régime de contrôle du respect des dispositions »⁶³. Ainsi, le mécanisme d'observance se présente comme le corollaire des

⁶⁰ *Protocole de Kyoto*, article 6 : « Afin de remplir ses engagements au titre de l'article 3, toute Partie visée à l'annexe I peut céder à toute autre Partie ayant le même statut, ou acquérir auprès d'elle, des unités de réduction des émissions découlant de projets visant à réduire les émissions anthropiques par les sources ou à renforcer les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre dans tout secteur de l'économie ».

⁶¹ *Ibid.*, article 12 : « 2. L'objet du mécanisme pour un développement 'propre' est d'aider les Parties ne figurant pas à l'annexe I à parvenir à un développement durable ainsi qu'à contribuer à l'objectif ultime de la Convention, et d'aider les Parties visées à l'annexe I à remplir leurs engagements chiffrés de limitation et de réduction de leurs émissions prévus à l'article 3. 3. Au titre du mécanisme pour un développement 'propre' : a) Les Parties ne figurant pas à l'annexe I bénéficient d'activités exécutées dans le cadre de projets, qui se traduisent par des réductions d'émissions certifiées ; b) Les Parties visées à l'annexe I peuvent utiliser les réductions d'émissions certifiées obtenues grâce à ces activités pour remplir une partie de leurs engagements chiffrés de limitation et de réduction des émissions prévus à l'article 3, conformément à ce qui a été déterminé par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au présent Protocole ».

⁶² *Ibid.*, article 17 : « La Conférence des Parties définit les principes, les modalités, les règles et les lignes directrices à appliquer en ce qui concerne notamment la vérification, l'établissement de rapports et l'obligation redditionnelle en matière d'échange de droits d'émission. Les Parties visées à l'annexe B peuvent participer à des échanges de droits d'émission aux fins de remplir leurs engagements au titre de l'article 3. Tout échange de ce type vient en complément des mesures prises au niveau national pour remplir les engagements chiffrés de limitation et de réduction des émissions prévu dans cet article ».

⁶³ FCCC/CP/2001/13/Add.2, Décision 15/CP.7, Principes, nature et champ d'application des mécanismes prévus aux articles 6, 12 et 17 du Protocole de Kyoto, p. 2.

mécanismes de flexibilité, et permet non seulement d'assurer le respect des obligations qui en découlent, mais également de fomentier la confiance entre les Etats soumis à des obligations.

Ainsi, bien que la mise en œuvre des mécanismes d'échange prévus par le protocole s'écarte dans son principe des instruments classiques basés sur une approche du type réglementation/sanction (*command and control*), dans les deux cas, le contrôle de la mise en œuvre figure néanmoins comme un enjeu fondamental. En effet, l'approche *command and control*, est fondée sur l'utilisation des lois et des règlements, pour prescrire les comportements acceptables et en sanctionner les contraventions. De même, le mécanisme d'observance insiste sur la nécessité d'établir un mécanisme assurant un contrôle de la mise en œuvre par les parties des réductions de leurs émissions de gaz à effet de serre. A cet égard, les mécanismes de flexibilité sont intrinsèquement liés à l'existence de sanctions.

2. Pas de flexibilité sans sanction

Le champ de l'environnement a donné naissance à de nombreuses procédures d'examen périodique, dites aussi de *surveillance* et *vérification*. Elles permettent d'évaluer à la fois le comportement des parties, sachant que l'appréciation peut être générale et ne pas viser la mise en cause du comportement d'une partie déterminée, ou viser de façon précise les comportements individuels pour les connaître ou les corriger, et l'efficacité des normes convenues, ce qui peut éventuellement conduire à les adapter⁶⁴.

Le respect du droit par les sujets de droit international est traditionnellement présumé, de sorte qu'un État n'a pas à démontrer en principe qu'il agit conformément au droit⁶⁵. La mise en place d'organes multilatéraux auxquels seront confiées ces tâches et la définition de procédures appropriées est un élément nouveau de la vie internationale. Dans le passé, les hypothèses de violation du droit étaient très rarement prévues de façon explicite dans les instruments internationaux, les États étant en effet peu portés à se désigner eux-mêmes comme cibles des réactions possibles. Les engagements qu'ils acceptent sont généralement conformes à leurs intérêts et ils n'ont pas de raison de les méconnaître. Or, dans le domaine de l'environnement, souvent les États ne tirent pas d'avantage direct de l'adhésion à une convention ; cette adhésion est réalisée pour le bien commun ou pour les générations futures. Cette adhésion peut même heurter leurs intérêts et ils rencontrent souvent des difficultés importantes pour leur mise en œuvre. La problématique est donc inversée⁶⁶.

Les premières conventions environnementales ne prévoyaient pas de techniques de contrôle spécifiques et internalisées, pas plus qu'elles n'institutionnalisait la coopération entre parties contractantes, condition *sine qua non* de ce type de contrôle. Ces conventions ne prévoyaient cependant pas d'engagements trop « coûteux » pour les Etats parties.

À partir des années 90, les conventions environnementales se caractérisent par la réinvention, à côté et à l'appui des désormais classiques techniques de contrôle de deuxième génération, de la réaction à l'illicite, sous une forme plus souple. La procédure de non-conformité (« *non compliance* ») introduite dans le cadre du Protocole de Montréal sur les substances qui détruisent la couche d'ozone constitue le modèle initial, largement copié depuis lors. Une telle procédure, reprise dans le cadre de la Convention de Genève de 1979 sur la pollution

⁶⁴ Sur ce point, v. S. Maljean-Dubois, *La mise en œuvre du droit international de l'environnement, Les notes de l'IDDRI*, Paris, IDDRI, n°4, 2003, pp. 28-29.

⁶⁵ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public...*, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁶ S. Maljean-Dubois, *La mise en œuvre...*, *op. cit.* pp. 28-29.

atmosphérique transfrontière, vient par exemple d'être finalisée dans le cadre de la Convention de Bâle sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux, ou du Protocole de Carthagène sur le commerce international des organismes génétiquement modifiés⁶⁷.

En revanche, les négociations sur le changement climatique ont donné naissance de ce point de vue à un système de contrôle original, qui s'inspire des procédures de non-conformité expérimentées jusqu'alors tout en les dépassant largement. En effet, le fonctionnement des mécanismes de flexibilité institués par le Protocole de Kyoto repose sur la confiance et la crédibilité⁶⁸.

Les sanctions prévues dans le protocole sont donc, d'une part, le corollaire de l'existence d'obligations impliquant un réel changement du comportement des Etats⁶⁹. En effet, les obligations qui découlent du protocole se présentent cette fois-ci comme une charge allant au-delà des intérêts des Etats qui doivent réduire leurs émissions de gaz à effet de serre.

En outre, la mise en œuvre du protocole requiert la confiance des Etats parties. En effet, un Etat ne s'engagera dans la réduction coûteuse de ses émissions de gaz à effet de serre que s'il estime que les parties cocontractantes sont en train de faire de même. Ainsi, l'incorporation d'un système pouvant déboucher sur l'imposition de sanctions se présente comme un moyen de faire face à la méfiance réciproque qu'il peut exister entre les Etats : il permet d'asseoir la confiance et de limiter les comportements de « passager clandestin ». A cet égard, il doit être accompagné d'un degré élevé de transparence. Tel que le souligne J. Werksman, « *[c]ompetitiveness concerns in the context of ambitious targets demand a means for identifying and preventing parties from 'free-riding'* »⁷⁰.

Enfin, l'incorporation d'instruments reposant sur des considérations commerciales entraîne la nécessité d'assurer à ceux qui y interviennent un système de garanties. A cet égard, il est nécessaire de sanctionner ceux qui ne respecteront pas leurs engagements pour éviter le désengagement des parties ayant fourni des efforts considérables pour respecter leurs obligations⁷¹.

4. Conclusions

1. L'existence d'un mécanisme de contrôle au pouvoir punitif ne trouve sa raison d'être qu'en tant que corollaire des obligations particulières que le protocole établit. En effet, pour la première fois, une convention dans le domaine du droit international de l'environnement va au-delà des simples intérêts des Etats parties. Bien que de nombreuses conventions aient été souscrites auparavant pour le « bien commun », les Etats se sont en effet engagés cette fois-ci, parfois sans

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ Ainsi J. Werksman souligne-t-il que: « The legally binding character of the Kyoto Protocol's targets demands a compulsory and binding means of enforcing them », in « Compliance and the Kyoto Protocol... », *op. cit.*, p. 58.

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ J. Werksman indique ainsi que « the Kyoto Protocol negotiations revealed that strengthened commitments and more sophisticated means for implementing those commitments would require a correspondingly more elaborate system for identifying and responding to non-compliance », *ibid.*, p. 65.

connaissance de cause, au-delà de leurs capacités. Le protocole de Kyoto est, à cet égard, une convention dont le résultat de la négociation va souvent plus loin que la volonté des Etats parties.

2. A cet égard, l'existence d'une approche coercitive, venant compléter l'approche coopérative traditionnelle, trouve donc sa justification dans le degré d'obligations. Il s'agit là d'un aspect qui ne se retrouve pas dans d'autres domaines connaissant des modes de contrôle évolués. Par exemple, dans le domaine des droits de l'Homme, les mécanismes de contrôle « durs » n'apparaissent pas en tant que corollaires d'obligations plus exigeantes mais en tant que mécanismes pour assurer le respect des droits protégés.

3. En outre, l'une des spécificités du mécanisme d'observance du protocole de Kyoto repose sur l'importance qu'il accorde aux ressources économiques. En effet, le mécanisme d'observance du protocole de Kyoto reflète un changement de la raison d'être des mécanismes de facilitation. Dans Kyoto, la facilitation n'est appropriée que dès lors que l'absence de respect des dispositions du protocole est la conséquence d'un manque de ressources techniques ou financières. Mais si cela n'est pas la cause du non-respect des engagements, ce sont les mécanismes exécutifs qui seront enclenchés. Ainsi le protocole de Kyoto montre-t-il l'importance accordée autant à l'engagement en matière de prévention, qu'à la sanction du non-respect, en établissant néanmoins sa préférence pour l'assistance au détriment de la contrainte.

4. Afin d'asseoir la confiance des parties cocontractantes soumises à des obligations de réduction de leurs émissions de gaz à effet de serre, l'existence d'un mécanisme de sanction devient indispensable. Il s'agit donc d'une réponse à la méfiance réciproque entre Etats engagés dans des processus coûteux plus qu'un mécanisme punitif destiné à sanctionner l'inexécution d'un engagement.

5. Toutes les réflexions avancées permettent de clarifier la nature du mécanisme d'observance du protocole de Kyoto. Bien que s'agissant d'un mécanisme contentieux quasi-juridictionnel, il conserve une dimension politique importante. Il est contentieux dans la mesure où, à la fin de la procédure, un Etat peut être accusé de ne pas avoir respecté ses engagements de réduction de gaz à effet de serre. A ce jour, il n'est cependant pas possible d'affirmer que l'appréciation qui sera donnée sera juridiquement contraignante pour l'Etat cible. En outre, la rémanence d'un contrôle politique, avec en dernier recours, la possibilité de contester une décision auprès de la COP/MOP éloigne le mécanisme d'un contrôle judiciaire. Ainsi, la nature du mécanisme dépendra en grande partie de ce qui sera décidé lors de la première COP/MOP par rapport à son caractère contraignant, et le cas échéant, de la forme qu'une telle décision prendra. En effet, si la formule de l'amendement n'est pas adoptée, certains Etats ne se considéreront non pas juridiquement mais simplement politiquement liés. De ce point de vue, une comparaison avec l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dont les rapports sont adoptés par l'organe de règlement des différends, devrait être entreprise. D'autant plus que de nombreux débats ont eu lieu sur la nature juridictionnelle des mécanismes OMC.