



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Les mesures correctives des émissions aériennes de gaz à effet de serre :
contribution à l'étude des interactions entre les ordres juridiques en
droit international public**

Leclerc, T.P.A.

Citation

Leclerc, T. P. A. (2017, November 16). *Les mesures correctives des émissions aériennes de gaz à effet de serre : contribution à l'étude des interactions entre les ordres juridiques en droit international public*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/55329>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/55329>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/55329> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Leclerc, T.P.A.

Title: Les mesures correctives des émissions aériennes de gaz à effet de serre : contribution à l'étude des interactions entre les ordres juridiques en droit international public

Issue Date: 2017-11-16

Samenvatting

(Résumé en néerlandais)

EEN CORRIGERENDE BENADERING OM DE UITSTOOT VAN BROEIKASGASSEN DOOR DE LUCHTVAART TE VERMINDEREN. *Een bijdrage tot de studie van interacties tussen rechtsordes van internationaal recht*

Heden ten dage zien alle belanghebbenden wel in dat corrigerende maatregelen, gebaseerd op het principe 'de vervuiler betaalt', nodig zijn om de uitstoot van broeikasgassen van de internationale burgerluchtvaart te verminderen. Corrigerende maatregelen zijn dus nodig, bovenop preventieve maatregelen zoals technische en operationele maatregelen en alternatieve brandstoffen. De recente beslissing van de 39^{ste} Algemene Vergadering van de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (ICAO) toont de noodzaak van de corrigerende maatregelen aan, in de specifieke vorm van een op marktwerking gebaseerd wereldwijd emissiereductiesysteem (*global and market-based measure*, GMBM).

Klimaatverandering in het algemeen stond in de schijnwerpers tijdens de Algemene Vergadering gehouden in Montréal van 27 september tot 6 oktober 2016. Het onderhandelingsproces onder de auspiciën van ICAO mag gekwalificeerd worden als een succesverhaal als men het resultaat in ogenschouw neemt. ICAO slaagde erin het besluit te nemen "to implement a GMBM scheme in the form of the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA) to address any annual increase in total CO₂ emissions from international civil aviation".¹ De technische-, milieu- en economische aspecten van dit mondiale systeem zijn uitgebreid door ICAO bestudeerd en beleidsrichtlijnen zijn aangenomen in Resoluties van de Algemene Vergadering. Echter, in de ontwikkeling van een GMBM om uitstoot van broeikasgassen door de internationale burgerluchtvaart te verminderen is men de nodige juridische obstakels tegengekomen.

De juridische obstakels bestonden uit *conflict of norms* tussen internationaal luchtrecht, klimaatveranderingsrecht en Europees recht. De beste oplossing voor dit probleem was de evolutieve interpretatie van het Verdrag van Chicago om normen van materiële en institutionele aard te verenigen. Deze methode

1 See ICAO, General Assembly Resolution A39-3, Consolidated Statement of Continuing ICAO Policies and Practices Related to Environmental Protection – Global Market-Based Measure (MBM) Scheme, http://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Resolutions/a39_res_prov_en.pdf (accessed 9 May 2017).

bestendigt echter juridische onzekerheid en stelt de flexibiliteit en elasticiteit van het Chicagoregime – dat is het Verdrag van Chicago, de bijlagen bij het Verdrag en andere documenten die gebaseerd zijn op het Verdrag – voor een uitdaging met betrekking tot het klimaatveranderingsprobleem.

Onderhavige studie onderzoekt bovengenoemde problemen met betrekking tot de interactie tussen de verschillende rechtsregimes en doet aanbevelingen om de rechtszekerheid te herstellen die nodig is om de duurzame ontwikkeling van internationale burgerluchtvaart te beschermen. Verschillende vragen komen aan de orde: is een evolutieve interpretatie de enige methode om normen te verenigen, sinds het juridische onzekerheid brengt? De toepassing van een andere methode, die niet leidt tot aanpassing van het Verdrag van Chicago, zal inderdaad de juridisch hindernissen wegnemen en tegelijkertijd de huidige juridische onzekerheid uitbannen. Als een evolutieve interpretatie toch nodig is om de recente maatregel van de Algemene Vergadering van ICAO te rechtvaardigen, kan men zich afvragen of de veronderstelde flexibiliteit van het Verdrag van Chicago groot genoeg is zichzelf aan te passen zonder wijzigingen?

Naast de uiteenzetting van de huidige agenda met betrekking tot luchtvaartemissies, daarbij beleidsfactoren in ogenschouw nemend, en de methodologie gebruikt in dit onderzoek, vermeldt de introductie het hoofdidee van de auteur: het onderscheid tussen de juridische regimes van luchtnavigatie en internationaal luchtvervoer.

De rigoureuze toepassing van dit onderscheid, in samenhang met een adequate classificatie van de geprefereerde corrigerende maatregel – dat is de op marktwerking gebaseerde maatregel – in het licht van dergelijk onderscheid, is de sleutel in de zoektocht voor een mondiale en corrigerende oplossing voor de gevolgen van internationale burgerluchtvaart op klimaatverandering.

Een inleidend hoofdstuk heeft als doel dit onderscheid uit te leggen en de classificatie van *market-based measures* onder internationaal luchtrecht te rechtvaardigen. Het onderzoek wordt daarna in twee delen gesplitst: het eerste deel behandelt materieel recht van toepassing op de internationale burgerluchtvaart en het tweede gaat over de institutionele specifieke kenmerken van internationaal luchtrecht.

De twee eerste hoofdstukken van het eerste deel gaan over de hypothese van belastingen of heffingen op luchtvaartemissies. Een onderscheid moet gemaakt worden tussen deze hypothese en de bestaande *market-based measures*. Deze analyse is gerechtvaardigd door de initiële voorkeur voor emissieheffingen van de luchtrechtgemeenschap, daarbij in gedachten houdend dat deze voorkeur de bron was van een wetsconflict tussen het materiële recht van het internationale luchtrecht en de juridische basis van maatregelen om de uitstoot van broeikasgassen te corrigeren: het principe dat 'de vervuiler betaalt'. Dit *conflict of norms* kan worden uitgelegd door de progressieve consolidatie te onderstrepen van wat het gemeenschappelijk juridische regime van luchtvaart-

heffingen kan worden genoemd. Een evolutieve interpretatie van verschillende aspecten van dit gemeenschappelijk juridische regime van emissieheffingen kan een oplossing lijken voor deze normenstrijd maar het leidt tot juridische onzekerheid en verschillende interpretaties. Om rechtszekerheid te herstellen, bekritiseert dit onderzoek het bestaan van een gemeenschappelijk juridische regime om een onderscheid uit te werken tussen de categorie van heffingen in relatie met luchtnavigatie – gereguleerd onder artikel 15 en 24 van het Verdrag van Chicago – en *market-based measures*, die als heffing geïnclassificeerd gelinkt zijn aan het juridische regime van internationaal luchtvervoer. Vanuit deze bewering, en door de keuze van een op marktwerking gebaseerde maatregel om luchtvaartemissies te corrigeren, volgt dat het *conflict of norms* tussen specifieke artikelen van het Verdrag van Chicago en het ‘de vervuiler betaalt’-principe verdwijnt.

De twee andere hoofdstukken van het eerste deel gaan over de huidige spanning tussen het principe van het non-discriminatiebeginsel enerzijds en de concepten van *Common But Differentiated Responsibilities* van het UNFCCC/ Kyoto Protocol regime en de *Special Circumstances and Respective Responsibilities* (SCRC) van ICAO anderzijds. In deze context wordt de evolutieve interpretatie weer voorgesteld om het conflict te overwinnen, maar dit leidt weer tot juridische onzekerheid. Als we het non-discriminatiebeginsel principe onder het Verdrag van Chicago van dichtbij bekijken, komen we tot de conclusie dat de reikwijdte van dit principe beperkt is. Er is geen algemeen principe van non-discriminatie in het internationale luchtrecht, omdat dit principe wordt beperkt door het juridische regime van luchtnavigatie onder de voorwaarden als uiteengezet onder het Verdrag van Chicago. Daar *market-based measures* gebonden zijn aan het juridische regime van internationaal luchtvervoer, verdwijnt het *conflict of norms* en is evolutieve interpretatie niet nodig. Het betekent echter niet dat *market-based measures* kunnen worden geïmplementeerd zonder wettelijke beperkingen. Inderdaad, ze zijn onderhevig aan nieuwe principes van het juridische regime van de internationale burgerluchtvaart, i.e. een gelijk speelveld. In dat opzicht neemt ICAO, met steun van veel lidstaten en van IATA, het handhaven van een gelijk speelveld in acht om een hoge mate van gelijke behandeling van de internationaal opererende luchtvaartmaatschappijen te garanderen. Dit onderzoek leidt tot de conclusie dat SCRC equivalent zijn aan het CBDR principe om rekening te houden met de specifieke kenmerken van de internationale luchtvaartgemeenschap. Dit komt voort uit het feit dat de classificatie van Staten als ontwikkelde of ontwikkelingslanden in het juridische luchtvaartregime moet worden bijgesteld, aangezien Staten die onder het UNFCCC regime als ontwikkelingslanden geïnclassificeerd zijn niet noodzakelijkerwijs op dezelfde wijze geïnclassificeerd zijn onder het Chicagoregime.

Al met al, de keuze voor een *market-based measure* om luchtvaartemissies te corrigeren, gecombineerd met een adequate classificatie onder het juridische regime van de luchtvaart is gerechtvaardigd. Daarentegen zou het buiten dit regime treden de evolutieve interpretatie van het internationale luchtrecht

rechtvaardigen, hetgeen waarschijnlijk, op langere termijn, een noodzaak tot hervorming van het Chicagoregime met zich mee zou brengen.

Het tweede deel van dit onderzoek betreft institutionele uitdagingen die de luchtvaartgemeenschap tegemoet ziet bij het overeenkomen van een *market-based measure*. De onzekerheid over de geschikte institutie om de maatregel aan te nemen heeft aanleiding gegeven tot een confrontatie tussen de belanghebbenden en tot een *conflict of norms*, wanneer deze confrontaties de verschillende gezichtspunten weerspiegelden van deze belanghebbenden met betrekking tot hun competenties en respectievelijke normatieve bevoegdheden.

De eerste twee hoofdstukken richten zich op de kwestie van de bevoegdheid van ICAO en de nodige regelingen voor de succesvolle implementatie van een mondiale *market-based measure*. Degenen die het Kyoto Protocol van 1997 hebben opgesteld – dat de *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC) implementeert – vroegen aan de verdragspartijen in Annex 1 om broeikasgassen te beperken of te verminderen ‘working through’ ICAO.

Ik concludeer dat ICAO, volgens het principe van impliciete bevoegdheid, geleidelijk bevoegd werd op het gebied van milieubescherming, en bij uitbreiding, op het gebied van klimaatverandering. Zulke bevoegdheid impliceert niet automatisch dat ICAO-lidstaten niet bevoegd zijn. De conclusie laat dus de kwestie van unilaterale actie door de lidstaten open.

Voordat extraterritorialiteit wordt bestudeerd, zal dit onderzoek de wet-instrumenten die worden gebruikt voor de implementatie van een *global market-based measure*, bekijken, en dit in het kader van de recente beslissing van de 39^{ste} Algemene Vergadering van ICAO. Verschillende hypothesen moeten geanalyseerd worden. De eerste, die momenteel door ICAO wordt uitgeoefend, is gebaseerd op de ‘mixed approach’, een combinatie van ICAO ‘recommendatory’ Resoluties en een Standaard aangenomen door de ICAO Raad. Deze aanpak maakt het mogelijk om twee elementen te scheiden: de technische elementen van de maatregel – met gebruik van Standaarden aangenomen door ICAO voor opname in Bijlagen van het Verdrag van Chicago – en sommige economische aspecten van de maatregel – gekoppeld aan het juridische regime van internationale luchtvervoer – aangenomen in een ICAO Resolutie. Met het gebruik van deze ‘mixed approach’ vermijden belanghebbenden, in de wetenschap dat de normatieve bevoegdheden van ICAO voor economische aspecten van het internationale luchtvervoer beperkt zijn, een manifeste schending van het huidige onderscheid tussen de juridische regimes van luchtvaartnavigatie en internationaal luchtvervoer.

Als ICAO normen betreffende economische aspecten van de maatregel zou nemen, dan zou dat vraagtekens zetten bij de relevantie van het onderscheid tussen het juridische regime van luchtvaartnavigatie en internationaal luchtvervoer. Dit zou de vraag van een amendement van het Verdrag van Chicago oproepen. ICAO heeft tot nu toe deze hypothese uitgesloten. En eveneens heeft ICAO voorlopig de mogelijkheid van een nieuwe multilateraal verdrag voor de implementatie van een *global market-based measure* uitgesloten, ondanks de

vanzelfsprekende voordelen van zulk wetinstrument. Wij kunnen concluderen dat er op korte termijn geen noodzaak is voor een revolutie in de rechtsorde van de luchtvaart. De complexiteit van de institutionele regelingen, gecombineerd met de twijfels over het succes van het wereldwijde initiatief van de recente Resolutie van de 39^{ste} Algemene Vergadering, versterkt rechtsonzekerheid en geeft een interessante nuance aan het ogenschijnlijke succes van de Algemene Vergadering.

De twee laatste hoofdstukken zijn gewijd aan de beruchte unilaterale actie van de Europese Unie (EU): de *EU Emission Trading Scheme* (EU ETS). Milieubescherming blijft een hoofddoel van het beleid van de EU en de EU heeft vaak de leiding genomen in de mondiale inspanningen om klimaatverandering te beperken. Dit doel is neergelegd in artikel 191 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Een inleidend hoofdstuk is gewijd aan de rechtvaardiging van de competentie van de EU op het gebied van burgerluchtvaart en klimaatverandering. Op basis hiervan moet het onderscheid tussen reikwijdte van toepassing van de maatregel – *ratione materiae* – en *ratione loci*, vaak gekwalificeerd als extraterritorialiteit, worden opgemerkt. Extraterritorialiteit is inderdaad niet de enige manier om Richtlijn 2008/101/EC te bekijken en wij moeten een les trekken uit zijn *ratione materiae* toepassingsgebied van inkomende en uitgaande vluchten. Vanuit dit oogpunt concluderen wij een schending van een fundamentele voorwaarde van het internationale rechtstelsel van luchtvervoer zoals is vastgelegd in artikel 6 van het Verdrag van Chicago: de vereiste van een "*special permission or other authorisation*" voor het uitvoeren van vluchten "*over or into the territory of a contracting states*" en de vereiste om vluchten uit te voeren "*in accordance with the terms of such permission or authorization*". Met het aannemen van Richtlijn 2008/101/EC zonder vermelding van deze toestemming of autorisatie, heeft de EU het principe van *lex specialis* onder internationaal publiekrecht niet gerespecteerd. Deze conclusie leidt tot de vaststelling van het belang van luchtvaartovereenkomsten (*air services agreements* (ASA)) in de context van *market based measures*, en zelfs tot de hypothese van 'negotiated' eenzijdige maatregelen om buiten het toepassingsgebied van ICAO te handelen met respect voor het juridische regime van internationaal luchtvervoer. Na de analyse van het *ratione materiae* toepassingsgebied van eenzijdige actie van de EU, kunnen wij de kwestie van extraterritorialiteit in het internationale publiekrecht analyseren. Daartoe moet een adequate kwalificatie van Richtlijn 2008/101/EC worden verstrekt: de normatieve actie van de Unie in 2008 moet worden beschouwd als een extraterritoriale daad. De argumenten van de Europese wetgever en van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de bekende *ATAA case* om extraterritorialiteit te verdedigen zouden niet op dezelfde gronden geanalyseerd moeten worden. Als Richtlijn 2008/101/EC kan worden gerechtvaardigd onder een 'extraterritorial act of anticipation', moet het belangrijkste argument worden verbonden aan de toenemende invloed van de kwestie van klimaatverandering om een unilaterale actie van de EU te rechtvaardigen. Dit argument, impliciet

afgeleid van aan een evolutieve interpretatie van het Chicagoregime, kan bekritiseerd worden. De 'stop the clock' strategie die de EU had genomen om het vertrouwen in het ICAO-proces te herstellen, en die werd verlengd toen CORSIA werd aangenomen tijdens de 39^{ste} Algemene Vergadering, leidt slechts de aandacht van de kwestie van extraterritorialiteit af. De analyse van de specifieke kenmerken van Richtlijn 2008/101/EC blijft echter belangrijk voor de toekomst van het internationale luchtrecht in geval ICAO faalt om CORSIA te implementeren, en ook als ICAO op andere gebieden uitdagingen moet aangaan unilaterale acties van haar lidstaten.

De algemene conclusie is dat de zoektocht voor een mondiale *market-based measure* om broeikasgasemissies door de internationale burgerluchtvaart te verminderen, een aantal complexe juridische uitdagingen aantoont die gelinkt zijn aan het algemene probleem van interactie tussen verschillende rechtsordes onder het internationale publiekrecht. Met internationaal luchtrecht als de voornaamste bron van onderzoek heb ik geprobeerd de voortdurende relevantie van het onderscheid tussen de juridische regimes van luchtnavigatie en internationaal luchtvervoer om deze obstakels uit de weg te nemen, te benadrukken. Dit onderscheid te maken is heel belangrijk om rechtszekerheid te herstellen en om de duurzame groei van het internationale luchtvervoer te verzekeren.