



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

Chapitre préliminaire

La distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international

49. Appréhender le cadre juridique encadrant l'aviation civile internationale implique un retour à l'essence même de cette branche spécifique du droit international public. Une distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international est ainsi essentielle. Comme indiqué dans les propos introductifs, cette distinction constitue le fil directeur de ce travail de recherche. Ce chapeau introductif servira en ce sens de grille d'analyse tout au long de la réflexion entreprise afin de juger du degré de remise en cause de cette distinction lors de la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES, et donc de l'inclinaison du curseur vers la simple adaptation ou vers la nécessaire réforme du droit international de l'aviation civile.

50. Il s'agit donc d'identifier, dans un premier temps, cette spécificité intrinsèque au droit international de l'aviation civile (1) avant de se pencher sur les deux principales implications d'une telle spécificité, indispensables à appréhender avant d'entamer l'analyse des problématiques spécifiques à ce travail de recherche (2).

1. UNE DICHOTOMIE INTRINSÈQUE À L'ORDRE INTERNATIONAL DE L'AVIATION CIVILE

51. Posant les grands principes des échanges aériens internationaux et les règles communes au fonctionnement du droit international de l'aviation civile, la convention de Chicago est source d'une branche spécifique du droit international public qui s'est progressivement consolidée sous les traits d'un ordre juridique fonctionnel (1.1). Appréhender les spécificités *matérielles* et *institutionnelles* de cet ordre juridique implique d'appréhender une distinction encadrant toujours, bien que de manière parfois discrète et implicite, l'opération de transport aérien international¹. Cette distinction sépare ce qu'il convient de

1 Cette distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international semble aujourd'hui se limiter aux analyses liées à l'ordre international de l'aviation civile encadré par le droit de la convention de Chicago. Le dépassement d'une telle distinction pourrait en effet, et à l'inverse, être discuté dans le cadre des droits nationaux ou régionaux (et notamment dans le cadre du droit de l'Union européenne). Bien

nommer le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international. Elle implique ainsi l'existence de deux systèmes normatifs distincts au sein de cette même branche du droit international public (1.2).

1.1. Un ordre juridique fonctionnel : l'ordre international de l'aviation civile

52. L'essence du droit international de l'aviation civile pourrait se résumer à une logique du contrôle : cette branche du droit international public est apparue avant toute autre considération afin de contrôler le déplacement des aéronefs. Activité intrinsèquement internationale, l'aviation civile ne pouvait pourtant être efficacement contrôlée sans admettre la nécessité d'une coopération internationale. L'adoption à Paris, dès 1919, de la Convention relative à la régulation de la navigation aérienne (ci-après convention de Paris)², à peine dix ans après le premier vol au-dessus de la Manche³, reflète cette nécessité de coopération, tout en consolidant un principe coutumier⁴ reflet quant à lui de la logique du contrôle : le principe de souveraineté aérienne complète et exclusive⁵. Bien que fréquemment opposées, coopération internationale et souveraineté aérienne apparaissent donc comme les deux piliers du droit international de l'aviation civile, la coopération ne faisant à ce titre que composer avec la nécessité du principe souverain. Rien de surprenant, puisque le droit international de l'aviation civile ne fait que reprendre les

cela ne fasse pas l'objet de ce travail d'analyse, un lien pourra donc être effectué avec la question, abordée quant à elle au cours de ce travail, de la réforme du droit international de l'aviation civile. V. *infra*, n°379 à 387.

- 2 Convention relative à la régulation de la navigation aérienne, signée à Paris le 13 octobre 1919 (entrée en vigueur le 29 mars 1922), *RTSDN*, vol. 11, n° 173 (Convention de Paris)
- 3 Cette première traversée de la Manche fut réalisée par Louis Blériot le 25 juillet 1909.
- 4 Pour la justification d'une qualification du principe en tant que coutume internationale, v. CHENG (B.), 1962, *The Law of International Air Transport*, London, Stenvens & Sons Limited, p. 120 : "after the First World War, the principle of airspace sovereignty over national territory became so widely accepted both in municipal laws and in international treaties that it seems safe to conclude that it well recognized by States as part of international customary law. Article 1 of the Chicago Convention, 1944, is thus purely declaratory".
- 5 Pour une analyse spécifique de ce principe, v., notamment, HAANAPPEL (P.P.C.), 1995, "The Transformation of Sovereignty in the Air", *A&SL*, vol. 20, n° 6, p. 311 et s. ; MENDES DE LEON (P.), 2002, "The Dynamics of Sovereignty and Jurisdiction in International Aviation Law", in *State, Sovereignty and International Governance*, G. KREIJEN AND M. BRUS (dir.), Oxford, Oxford University Press, p. 483 et s. ; DUPONT (P.), 2004, "L'espace aérien entre souveraineté et liberté à l'aube du 21e siècle", *RFDAS*, vol. 58, n° 1, p. 11 et s. ; CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, *op. cit.*, p. 43 et s. Pour une critique liée aux implications de ce principe au sein du droit international de l'aviation civile, v. MATEESCO MATTE (N.), 1994, "The Chicago Convention: Where from and where to, ICAO?", *AASL*, vol. 24, n°1, p. 371 et s. (article également disponible en langue française : MATEESCO MATTE (N.), 1994, "La convention de Chicago – *Quo vadis*, OACI ?", *RFDAS*, vol. 48, n°3, p. 245 et s.).

fondements mêmes du droit international public moderne⁶, tout en se distinguant néanmoins très nettement d'une branche cousine de ce droit caractérisé quant à lui par un certain principe de liberté : le droit international de la mer⁷.

Intrinsèquement internationale, l'activité aérienne est ensuite devenue non seulement commerciale, mais également globale⁸, puisqu'elle a permis de relier courriers, marchandises puis passagers entre les différents continents de la planète. Prenant conscience d'une telle évolution, et lorsque l'horizon de la fin de la seconde guerre mondiale se dessinait, le droit international de l'aviation civile a réagi en se dotant d'une convention multilatérale à vocation universelle, signée à Chicago le 7 décembre 1944⁹. Cette convention de Chicago codifie à son tout premier article, en tant que "pierre angulaire" du droit international de l'aviation civile, le principe de souveraineté complète et exclusive de l'État sur l'espace aérien au-dessus de son territoire¹⁰. Ce principe est fondamental, puisque de son interprétation et de son application dépend l'ensemble des rapports juridiques en relation avec l'activité aérienne internationale. B. CHENG n'hésite d'ailleurs pas à remarquer que "*the starting point for all discussions is the principle of territorial sovereignty*"¹¹. Mais la convention de Chicago ne se limite pas à poser les grands principes encadrant le développement de l'activité aérienne internationale, elle constitue en outre le traité constitutif de l'OACI en tant qu'organisation internationale, devenue rapidement

6 Pour une justification à l'existence, en droit international, d'un principe ou devoir de coopération internationale, v. *infra*, n°270.

7 En droit international de la mer, le principe est le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale. V. Convention sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982 (entrée en vigueur le 16 novembre 1994), *RTNU*, vol. 1834, p. 3 (Convention de Montego Bay), Art. 14. À l'inverse, en droit international de l'aviation civile, la codification de principe de souveraineté aérienne complète et exclusive consolide le principe de l'interdiction de passage, permettant à tout État d'interdire ou de réglementer l'accès à son espace aérien. V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 1 et 6.

8 "*To call air transport a "global activity" is not just an ethereal statement of idealism, as expressed in the Preambles of multilateral aviation treaties such as the Chicago Convention, but also a matter of fact*". MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", in *Air and Space Law in the 21st Century*, M. BENKÖ AND W. KRÖLL (dir.), Köln, Carl Heymanns Verlag K.G., ?p. 141.

9 Convention de Chicago, 1944, préc.

10 L'article premier de la convention de Chicago affirme ainsi que "*les États contractants reconnaissent que chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire*". V. Convention de Chicago, préc., Art. 1. L'utilisation du verbe "reconnaître" souligne le caractère déclaratoire d'un tel article, ne faisant que reprendre un principe coutumier se trouvant déjà à l'article premier de la convention de Paris de 1919. V. Convention de Paris, 1919, préc., Art. 1.

11 CHENG (B.), 1993, "EEC Aviation Policy: An International Law Perspective", présentation effectuée à l'occasion de la 4^{ème} conférence annuelle de l'"European Air Law Association", 1992, Rome, p. 111.

onusienne¹², chargée d'assurer une coopération permanente entre ses États membres et d'adopter une réglementation détaillée et évolutive liée aux aspects techniques et opérationnels de l'activité aérienne internationale¹³.

Ici encore, contrôle souverain et coopération ont guidé les négociations de ce qui est progressivement devenu la charte de l'aviation civile internationale. Parler de "pierre angulaire" et de "charte" trahit d'ailleurs la conclusion recherchée au sein de ces développements préliminaires : celle de l'existence d'un ordre juridique fonctionnel encadrant le développement de l'aviation civile internationale¹⁴.

53. Dans le cadre du droit international public, la notion d'ordre juridique s'utilise dans des contextes différents, et bénéficie à ce titre de plusieurs acceptations¹⁵. Comme indiqué à titre liminaire¹⁶, il s'agit néanmoins de ne

12 Cette organisation se définit comme une "organisation internationale gouvernementale à vocation universelle" puisqu'elle exerce "ses compétences dans un domaine particulier d'ordre économique, social, culturel, technique, de la santé" et se trouve "reliée à l'Organisation des Nations Unies par un accord de liaison approuvé par l'Assemblée générale". V. SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 587. V., à ce sujet, Charte des Nations unies et statut de la Cour internationale de justice, signée à San Francisco le 26 juin 1945 (entrée en vigueur le 24 octobre 1945), RTNU, vol. 1, n° 16, Art. 57 et 63. Ces articles définissent de telles organisations comme des "institutions spécialisées créées par accords intergouvernementaux (...) pourvues, aux termes de leurs statuts, d'attributions internationales étendues" et "reliées à l'Organisation" des Nations Unies par l'intermédiaire du Conseil économique et social. Ce dernier peut en effet "conclure, avec toute institution visée à l'Article 57, des accords fixant les conditions dans lesquelles cette institution sera reliée à l'Organisation". Il s'agit donc d'une "organisation distincte de l'ONU, jouissant d'une personnalité juridique propre" et créée par une convention distincte. V. SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 587. Dans le cas spécifique de l'OACI, un accord entre l'OACI et l'ONU fut adopté, après approbation de l'Assemblée générale de l'ONU, en 1947. V. Accord entre les Nations Unies et l'Organisation de l'aviation civile internationale, signé à Montréal en 1947, ICAO Doc. 7970, 36 p.

13 Pour une explication de l'origine et des objectifs de cette organisation dont la charte constitutive n'est autre que la convention de Chicago, v., notamment, MACKENIE (D.), 2010, ICAO: A History of the International Civil Aviation Organization, Toronto, University of Toronto Press, Toronto, 560 p. ; WEBER (L.), 2007, *International Civil Aviation Organization: An Introduction*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 224 p. Pour une analyse des compétences et pouvoirs de cette institution spécialisée du système onusien face à la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien, v. *infra*, n°70 à 78. Pour une analyse de la compétence spécifique de l'OACI face à la question des émissions aériennes de GES, v. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

14 Pour une démonstration de la qualification du droit international de l'aviation civile en tant qu'ordre juridique spécifique, v., à titre d'exemple, CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 36 et s.

15 Il est possible à ce titre de définir un ordre juridique comme un "ensemble de règles de droit, constituant un système régissant une société ou un groupement donné. Ainsi, on parle d'ordre juridique interne, d'ordre juridique international, communautaire, etc." V. SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 786. Sur la notion d'ordre juridique, v., notamment, ROMANO (S.), 1975, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 214 p.

16 V. *supra*, n°4.

se référer qu'à la définition permettant d'assimiler un ordre juridique à un "ensemble de règles de droit régissant un domaine particulier des relations internationales"¹⁷. Le 5^{ème} alinéa du préambule de la Convention sur le droit de la mer (ci-après convention de Montego Bay) offre à ce titre une illustration particulièrement instructive du développement du droit international public en une pluralité d'ordres juridiques. Il reconnaît en effet

qu'il est souhaitable d'établir, au moyen de la Convention, compte dûment tenu de la souveraineté de tous les États, un *ordre juridique* pour les mers et les océans qui facilite les communications internationales et favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans, l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources biologiques et l'étude, la protection et la préservation du milieu marin¹⁸.

Dans le cadre du droit international de l'aviation civile, il est ainsi "largement admis aujourd'hui que le droit aérien réunit les éléments d'une discipline propre"¹⁹. Comme le souligne V. CORREIA, le droit international de l'aviation civile répond en outre aux critères de la coordination et de la cohérence²⁰. L'auteur indique ainsi que l'"ensemble des règles est orienté selon une [même] philosophie générale"²¹, et que la cohérence est assurée par la convention de Chicago et par le principe de souveraineté aérienne qui "conditionne et détermine l'ensemble des règles applicables à l'aviation civile"²². Entamer une analyse centrée sur le droit international de l'aviation civile exige ainsi de comprendre les particularités de l'activité encadrée – une activité intrinsèquement internationale reposant sur un moyen de transport passant rapidement d'une juridiction nationale à l'autre – expliquant et justifiant les spécificités et l'autonomie de la branche de droit international assurant un tel encadrement²³.

17 SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 786.

18 Convention de Montego Bay, 1982, préc., Préambule (souligné par nous).

19 NAVEAU (J.), et al., 2006, *Précis de droit aérien*, op. cit., p. 17. V., également, MATEESCO MATTE (N.), 1964, *Traité de droit aérien aéronautique (évolutions – problèmes spatiaux)*, Paris, Pedone, 2^{ème} éd., p. 60 : "l'aviation présente entre autres des caractéristiques internationales spéciales, quant à sa nature, à sa finalité, à sa généralité, à sa rapidité et quant au caractère dangereux de l'aviation".

20 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 38. A ce sujet, v., notamment, DUPUY (P.), 2002, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000)", préc., p. 59 et s. V. CORREIA évoque également, et comme condition à l'existence d'un ordre juridique, le "caractère de systématicité". V. CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 37. Cela permet de se référer aux ordres juridiques en tant que système juridique.

21 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 38.

22 Ibid.

23 Sur l'autonomie du droit international de l'aviation civile, v., notamment, MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 4.

Tout cela n'entraîne néanmoins qu'"une autonomie relative. Elle se situe dans l'interdépendance à l'égard d'autres branches du droit"²⁴. L'existence d'un ordre international de l'aviation civile, en tant que branche autonome du droit international public, est en ce sens largement reconnue lorsque cette notion reste comprise comme une simple branche du droit international public²⁵. Comme le souligne N. MATEESCO MATTE,

le droit aérien est vivant et évolutif et ne se borne pas à l'élaboration de certaines règles sans liaison avec les inventions mêmes qui le précèdent ; (...) il est un droit nouveau mais, comme la société internationale dont il tire l'existence, il se trouve dans un rapport de permanente interdépendance avec les autres branches de droit. C'est pourquoi le mot « autonomie » du droit aérien est plus juste que celui de science spéciale ou indépendante ; le fait d'utiliser parfois des principes généraux de droit international ou d'autres sources ne change rien au particularisme et à l'existence en soi de ce droit²⁶.

54. *In fine*, le droit international de l'aviation civile peut donc être considéré comme constitutif d'un ordre juridique si cette notion est comprise comme un "ensemble de normes coordonnées portant sur un domaine spécifique du droit et ayant un développement propre, mais non nécessairement indépendant de l'ordre juridique général ou d'autres ordres juridiques particuliers de cette discipline"²⁷. C'est d'ailleurs cette autonomie relative du droit international de l'aviation civile qui permet de qualifier l'ordre juridique créé de "fonctionnel". Il a pour fonction l'encadrement juridique du développement "d'une manière sûre et ordonnée"²⁸ de l'aviation civile internationale au sein d'un ensemble : le droit international public.

Il convient alors de rappeler l'émergence, soulignée à titre liminaire, de la branche climatique du droit international de l'environnement comme branche distincte du droit international public bénéficiant également du qualificatif d'ordre juridique fonctionnel²⁹. Cet ensemble de règles régissant l'objectif

24 NAVEAU (J.), et al., 2006, *Précis de droit aérien*, op. cit., p. 17.

25 Le débat de la qualification des sous-systèmes du droit international public en tant qu'ordre juridique dépasse le cadre de ce travail d'analyse. On se contentera donc de souligner l'importance d'un droit "commun" afin de régler certains problèmes généraux, ainsi que l'éventualité de branches spécifiques à l'intérieur même de cet ordre juridique. A ce titre, V. CORREIA souligne d'ailleurs que le "droit secrété" par l'OACI n'est pas "hermétique au droit international". V. CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 37. V., également, RIESE (O.), LACOUR (J.), 1951, *Précis de droit aérien*, Paris, LGDJ, p. 20.

26 MATEESCO MATTE (N.), 1980, *Traité de droit aérien aéronautique*, op. cit., p. 44.

27 VALTICOS (N.), 1996, "Pluralité des ordres juridiques internationaux et unité du droit international", in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, J. MAKARCZYK (dir.), La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law, p. 301.

28 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Préambule.

29 V. *supra*, n°4.

de la Communauté internationale d'une protection du climat mondial n'a ainsi pas manqué d'interagir avec les règles spécifiques à l'ordre international de l'aviation civile lorsque ce dernier s'est trouvé confronté à l'impact environnemental de l'activité aérienne internationale.

55. *Conclusion.* Le droit international de l'aviation civile peut ainsi être qualifié d'ordre juridique fonctionnel, un ordre juridique réunissant selon M. LEMOINE l'ensemble des normes relatives à la "*circulation et à l'utilisation des aéronefs, ainsi que les rapports qu'elles engendrent*"³⁰. Les spécificités de cet ordre juridique, au défi permanent de sa propre cohérence³¹, ne peuvent être comprises que par la mise en avant des caractéristiques mêmes de l'activité régulée³². L'activité aérienne ne peut en effet se concevoir que dans une perspective technique, internationale et globale par nature. L'une des spécificités normatives du droit international de l'aviation civile se trouve alors essentielle à établir afin de parvenir à la "*prise de hauteur*"³³ considérée comme nécessaire au succès de ce travail de recherche. Il s'agit en ce sens d'effectuer le constat d'une dichotomie entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international.

1.2. Un ordre juridique dual : le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international

56. Le droit international de l'aviation civile, fondé sur le principe coutumier de la souveraineté aérienne et l'ordre de Chicago, est divisé en deux catégories de normes primaires et secondaires. La première catégorie se rapporte aux

30 LEMOINE (M.), 1947, *Traité de droit aérien*, Paris, Sirey, p. 3. Le droit aérien est également défini, plus largement, comme "*a body of rules governing the use of airspace and its benefits for aviation, the travelling public, undertakings and the nations of the world*". V. MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 1.

31 Le droit aérien ne peut en effet se concevoir que comme un droit composite, puisqu'il regroupe non seulement des règles de droit privé et de droit public mais également des règles de droit national, régional et international. Participant à la richesse d'une telle discipline, cet aspect composite n'en est pas moins source de difficultés dans la recherche d'une cohérence générale de la matière. Cette cohérence est néanmoins assurée, comme le rappelle V. CORREIA, par une philosophie générale orientant l'ensemble des règles de cet ordre et, sur un "plan formel comme matériel, par la convention de Chicago qui fait office de charte fondatrice du droit international de l'aviation civile". V. CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 38.

32 Notons ici que l'industrie aérienne reste une industrie hautement régulée (exemple du droit des consommateurs, du droit de la concurrence), et ceci malgré le mouvement de libéralisation issu de la "dérégulation" américaine. La protection de l'environnement ajoute donc une pièce de plus à l'édifice réglementaire global de l'aviation civile internationale.

33 Expression utilisée par M. VIRALLY. V. *supra*, n°42.

normes relatives à la navigation aérienne³⁴. Elle se trouve constituée de règles techniques et opérationnelles et englobe une réglementation liée dès l'origine à l'exigence de sécurité³⁵. La seconde catégorie se rapporte quant à elle aux normes encadrant les aspects économiques et commerciaux de l'activité aérienne internationale. Cette branche spécifique du droit international de l'aviation civile s'intéresse ainsi à la régulation économique de l'activité aérienne internationale, et se résume parfois à la question des droits de trafic intégrant, dans sa définition la plus large³⁶, les règles déterminant l'attribution des routes, des tarifs, des capacités et des fréquences³⁷. Plus largement, la

-
- 34 Sur le droit de la navigation aérienne, v., notamment, MILDE (M.), 2016, *International Air Law and ICAO*, op. cit., p. 63 et s. ; ABEYRATNE (R.I.R.), 2012, *Air Navigation Law*, Verlag Berlin Heidelberg, Springer, 270 p. ; DEMPSEY (P.), 2008, *Public International Air Law*, Montreal, Institute and Center for Research in Air & Space Law McGill University, p. 164 et s. ; DE JUGLART (M.), 1989, *Traité de droit aérien*, Tome 1 et 2, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., p. 272 et s. Au sujet de la réglementation opérationnelle, et comme l'indique le site web de l'OACI, "en aviation, le mot "opération" désigne une grande variété d'activités : les vols d'aéronefs, le contrôle ou la surveillance des aéronefs par le système de gestion du trafic aérien, les diverses activités aéroportuaires, etc. Un vol est une opération qui commence par une planification longtemps avant l'embarquement des passagers et le chargement du fret et qui prend fin après le débarquement des passagers et le déchargement du fret. Il y a une constante qui s'applique chaque fois que l'on définit une procédure opérationnelle : la sécurité doit toujours avoir priorité". V. Site web de l'OACI, disponible à http://www.icao.int/environmental-protection/Pages/FR/operational-measures_FR.aspx (consulté le 15 juin 2016).
- 35 La distinction entre "sécurité" et "sûreté" aérienne s'avère ici centrale à maîtriser. En effet, alors que la sécurité aérienne – s'intéressant spécifiquement à la prévention des accidents d'origine involontaire et donc à la fiabilité des opérations et la navigabilité des aéronefs – se trouve être l'un des objectifs à l'origine même d'une coopération multilatérale dans le domaine de l'aviation civile internationale, la sûreté, ayant de son côté pour objectif de protéger l'aviation civile et ses installations contre les actes d'intervention illicite, a fait son entrée, dans l'enceinte de l'OACI, plus tardivement.
- 36 V., à titre exemple, Accord général sur le commerce des services, signé à Marrakech le 15 avril 1994 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995), RTNU, vol. 1869, Annexe sur les services de transport aérien, para. 6 : "l'expression "droits de trafic" s'entend du droit pour les services réguliers ou non de fonctionner et/ou de transporter des passagers, du fret et du courrier moyennant rémunération ou location en provenance, à destination, à l'intérieur ou au-dessus du territoire d'un Membre, y compris les points à desservir, les itinéraires à exploiter, les types de trafic à assurer, la capacité à fournir, les tarifs à appliquer et leurs conditions, et les critères de désignation des compagnies aériennes, dont des critères tels que le nombre, la propriété et le contrôle".
- 37 Pour une analyse de l'évolution de la régulation économique du transport aérien international, v., notamment, WASSENBERG (H.A.), 1996, "De-regulation of Competition in International Air Transport", A&SL, vol. 21, n° 2, p. 80 et s. ; DEMPSEY (P.), 1986-1987, "Turbulence in the "Open Skies": The Deregulation of International Air Transport", *Transportation Law Journal*, vol. 15, p. 305 et s. Pour une étude générale du droit du transport aérien international, v., également, ABEYRATNE (R.I.R.), 2013, "The Worldwide Air Transport Conference of ICAO and its Regulatory and Economic Impact", A&SL, vol. 28, n°4/5, p. 218 et s. ; HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practice of Aviation Law*, op. cit., p. 69 et s. ; 2009, *Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law international, 712 p. ; HAVEL (B.F.), 1997, *In Search of Open Skies – Law and Policy for a New Era in International Aviation*, The Hague, London, Kluwer Law International, 534 p. ; WASSENBERG (H.A.), 1993, *Principles and Practices in Air Transport*

notion de transport permet d'encadrer l'ensemble des aspects économiques et commerciaux liés à l'activité aérienne internationale et de regrouper sous l'appellation "droit du transport aérien international" cette seconde catégorie afin de la distinguer de la première prenant alors la dénomination de "droit de la navigation aérienne".

La convention de Chicago opère clairement cette distinction en séparant, dès son préambule³⁸, l'objectif d'un développement de l'aviation civile internationale "d'une manière sûre et ordonnée"³⁹ – renvoyant ainsi au régime juridique de la navigation aérienne – et l'objectif d'un établissement des services internationaux de transport aérien "sur la base de l'égalité des chances" et de leur exploitation "d'une manière saine et économique"⁴⁰ – renvoyant ici au régime juridique du transport aérien international. La structure de la convention invite elle aussi à cette distinction puisqu'elle sépare dans une première partie ce qui relève de la navigation aérienne – bien que certains articles présent dans cette première partie aient une incidence considérable dans le domaine du transport – et ne s'intéresse à la problématique du transport aérien international que dans une troisième partie. Les travaux préparatoires à la convention de Chicago confirment à ce titre que les chapitres 1 à 6 de la convention, intégrés à la 1^{ère} partie intitulée "Navigation aérienne", concernent les principes de la navigation aérienne⁴¹.

57. Mais au-delà de ces premiers indices justifiant l'existence de cette dichotomie normative au sein de l'ordre international de l'aviation civile, une analyse des dispositions de la convention de Chicago révèle surtout une asymétrie fondamentale dans l'encadrement juridique multilatéral de ces deux branches du droit international de l'aviation civile. Face à la réserve des États sur les questions relatives au droit du transport aérien international⁴² – les

Regulation, Paris, Presse de l'institut de transport aérien, 268 p. ; NAVEAU (J.), 1989, *International Air Transport in a Changing World*, Bruxelles, Bruylant, 225 p. ; NAVEAU (J.), 1980, *Droit du transport aérien international*, Bruxelles, Bruylant, 243 p. ; FOLLIOT (M.G.), 1977, *Le transport aérien international. Evolution et perspectives*, Paris, LGDJ, 301 p. ; CHENG (B.), 1962, *The Law of International Air Transport*, op. cit.

38 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Préambule.

39 Il s'agit ici de faire référence au droit de la navigation aérienne, et donc à l'aspect technique et opérationnel du droit international de l'aviation civile.

40 Il s'agit ici de faire référence au droit du transport aérien international, et donc à l'aspect économique du droit international de l'aviation civile.

41 Proceedings of the International Civil Aviation Conference, Chicago, Illinois, 1er novembre au 7 décembre 1944, vol. 1 et 2, disponible à https://www.icao.int/ChicagoConference/Pages/FR/proceed_FR.aspx (consulté le 22 mai 2017), p. 659 et 660.

42 "The Chicago Convention was unable to reach agreement on either of the two major economic issues facing international civil aviation - routes or rates. The economic regulatory environment was left for nations to define on an ad hoc basis. Routes, frequencies, and capacity were ordinarily prescribed in bilateral air transport agreements". DEMPSEY (P.), 1986-1987, "The Role of the International Civil Aviation Organization on Deregulation, Discrimination, and Dispute Resolution", *JALC*, vol. 52, pp. 529.

quelques articles, dont l'article 6, s'étant néanmoins révélés déterminants dans la construction juridique du régime du transport aérien international –, une grande partie des dispositions se concentre en effet sur les questions de navigation aérienne, et notamment sur les questions des opérations de navigation et de sécurité aérienne, créant et limitant dans cette perspective les pouvoirs de l'OACI⁴³. Comme le souligne R. LAWSON, *"the most important work accomplished by the Chicago Conference was in the technical field because the Conference laid the foundation for a set of rules and regulations regarding air navigation as a whole"*⁴⁴.

Chaque domaine relève ainsi de sa propre logique. Concernant tout d'abord la régulation de la navigation aérienne, et bien que soumise à l'acceptation souveraine des États membres de l'OACI, *"matters related to safety, immigrations and facilitation, infrastructure and security are regulated at world-wide level, and for very good reasons too"*⁴⁵. La convention de Chicago ne manque ainsi pas de poser certaines règles ou principes intemporels dans le domaine de la navigation aérienne⁴⁶, puis confie au soin de l'OACI d'adopter une réglementation détaillée et nécessairement évolutive afin de prendre en compte les améliorations technologiques accompagnant l'essor de l'activité aérienne internationale. Une telle réglementation, adoptée sous la forme de standards et pratiques recommandées (ci-après SARPs)⁴⁷ annexés à la convention de Chicago⁴⁸, pré-

43 V. infra, n°70 à 78.

44 V. High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court, 4 septembre 2007, R. (on the application of Federation of Tour Operators) v. HM Treasury, EWHC 2062. Pour un commentaire de cet arrêt, v., notamment, LAWSON (R.), 2008, "UK Air Passenger Duty Held to be Consistent with the Chicago Convention", *A&SL*, vol. 33, n°1, p. 1 et s.

45 MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", préc., ?p. 146.

46 Il ne serait d'ailleurs pas inutile de constater l'adhésion quasi-universelle des États souverains à ce texte fondateur de l'ordre international de l'aviation civile, un nombre d'adhésions confirmant la volonté de ces États de consolider, bien après l'objectif initial d'un "droit aérien de la paix", une règle du jeu commune pour la navigation aérienne internationale.

47 Pour une distinction entre la notion de "standard" et de "pratique recommandée", et une analyse à ce titre de la question du droit dérivé de l'OACI, v. infra, n°349 à 365. V. également, TRIGEAUD (B.), 2013, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, Paris 2, Thèse soutenue sous la direction du Prof. J. VERHOEVEN, 680 p. ; MENDES DE LEON (P.), 2013, "The legal force of SARPs in a multilevel jurisdictional context", *Journal Luchtrecht*, vol. 12, p. 11 et s. ; DOBELLE (J.), 2003, "Le droit dérivé de l'OACI et le contrôle du respect de son application", *AFDI*, vol. 49, p. 453 et s.

48 Traditionnellement, en droit international public, une présomption irréfragable implique que l'annexe d'un traité ait la même valeur juridique conventionnelle que le traité, sauf si le traité affirme le contraire. C'est dans cette dernière hypothèse que les annexes à la convention de Chicago se doivent d'être appréhendées, puisque l'analyse de l'article 54(I) de cette convention implique l'absence de valeur conventionnelle des annexes, nommées ainsi par simple "raison de commodité". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 54 (I). Ces annexes ont d'ailleurs une portée juridique variable en fonction de leur contenu, séparant notamment ce qu'il convient de nommer "standard" et "pratique recommandée".

sente ainsi l'avantage d'une adaptation permanente du droit de la navigation aérienne au développement de l'aviation civile internationale. A l'inverse, dans le domaine du transport aérien international,

the drafters of the Chicago Convention have not succeeded in setting up a universal system – based on non-discriminatory treatment – for all aspect of air transport. (...) the economics of the operation of air services are subject to a bilateral or regional rather than to a global regime⁴⁹.

Malgré la timidité de la convention de Chicago sur les aspects juridiques permettant l'encadrement des aspects économiques et commerciaux liés aux opérations de services aériens internationaux, la convention ne manque cependant pas de consacrer ce qui deviendra rapidement les pierres angulaires du droit du transport aérien international. Les articles 5 et 6 de la convention s'intéressent en effet, respectivement, aux services aériens non réguliers et aux services aériens réguliers⁵⁰. Ce travail de recherche étant limité aux services aériens réguliers⁵¹, il s'agit donc de s'intéresser tout particulièrement à l'interprétation et aux implications de l'article 6 de la convention de Chicago⁵².

58. L'article 6 se lit comme suit :

aucun service aérien international régulier ne peut être exploité au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant, sauf permission spéciale ou toute autre autorisation dudit État et conformément aux conditions de cette permission ou autorisation⁵³.

Par application de cet article, une opération de transport aérien international nécessite non seulement l'autorisation de l'État de départ et de l'État d'arrivée,

Sur l'autorité des annexes à la convention de Chicago, intégrant les SARPs, v. *infra*, n°351 à 357.

49 MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", *préc.*, p. 146. Dans le même article, l'auteur ajoute qu'"apart from the matter of airport charges (...) and a few matters with an economic dimension but with less practical value (...), the "economic" of air transport are addressed under bilateral regimes". V. MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", *préc.*, p. 142.

50 V. Convention de Chicago, 1944, *préc.*, Arts. 5 et 6.

51 V. *supra*, n°8.

52 "Aucun service aérien international régulier ne peut être exploité au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant, sauf *permission* spéciale ou toute autre *autorisation* dudit État et *conformément aux conditions* de cette permission ou autorisation". Convention de Chicago, 1944, *préc.*, Art. 6 (souligné par nous). Pour une description des travaux préparatoires à l'adoption de cet article, v., notamment, ABEYRATNE (R.I.R.), 2014, *Convention on International Civil Aviation. A Commentary*, New York, Springer International Publishing, p. 101 et s.

53 Convention de Chicago, 1944, *préc.*, Art. 6.

mais également l'autorisation de l'ensemble des États survolés. L'activité commerciale, dans le domaine aérien, est ainsi soumise à l'exigence d'une autorisation préalable⁵⁴. La place de l'article 6 au sein de la convention de Chicago peut alors surprendre. Pièce maitresse du droit du transport aérien international, l'article se trouve pourtant dans la première partie de la convention encadrant le droit de la navigation aérienne. Cette place spécifique s'explique néanmoins par la double nature d'un tel article⁵⁵. Reflet tout d'abord du principe de souveraineté "*complète et exclusive*" des États sur les espaces aériens au-dessus de leur territoire⁵⁶, il se rattache clairement au droit de la navigation aérienne. Associé à l'article 11 de la convention de Chicago, il reflète à ce titre les droits de police aérienne⁵⁷ et soumet ainsi l'exercice des deux premières libertés de l'air à l'autorisation de l'État survolé⁵⁸. Cet article 6 incarne néanmoins, et parallèlement, la pierre angulaire du droit du transport aérien international. La place de l'article 6 au sein de la convention de Chicago s'explique donc par une approche non exclusivement économique, bien que ses implications le soient très amplement.

59. Cette remarque préliminaire permet de souligner que le droit du transport aérien international s'est initialement développé, et continue actuellement son

54 Pour une analyse spécifique de cette exigence dans le cadre de la recherche d'une solution corrective aux émissions aériennes de GES, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

55 Cette double nature de l'article 6 s'observe d'ailleurs dans les travaux préparatoires à la convention de Chicago. Lorsque le comité en charge des principes de la navigation aérienne discute le contenu de l'article 6, il ne manque en effet pas d'effectuer une référence croisée à la troisième partie de la convention afin de souligner l'impact de l'article 6 dans le domaine du transport aérien international. Une version provisoire de l'article 6 se lisait d'ailleurs de la manière suivante : "*Cross reference. Each contracting State authorizes the flight into, over, or away from its territory of the scheduled international air services of other contracting States to the extent and under the terms and conditions of Part III, entitled 'Air Transport', of this Convention*". V. *Proceedings of the International Civil Aviation Conference*, vol. 1, préc., p. 661 (souligné par nous). L'analyse de ces travaux préparatoires confirme d'ailleurs la modification progressive de l'article 6 passant d'un article intégrant ce renvoi vers la troisième partie de la Convention de Chicago, à un article sans mention d'un tel renvoi. V. *Proceedings of the International Civil Aviation Conference*, vol. 1, préc. p. 1382.

56 V. Convention de Chicago, préc., Art. 1.

57 Comme l'indiquent B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ, "there is (...) a strong national security component to the Article. Given aviation's capacity to penetrate the territory integrity of a State as no mode of transportation had therefore allowed, governments understandably wanted to limit the access to the airspace over their territories to prevent unauthorized photographing or military installations". V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 42

58 Ces deux premières libertés ont néanmoins été accordées par une grande partie des États membres de l'OACI par l'intermédiaire de l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux. V. Accord relatif au transit des services aériens internationaux, signé à Chicago le 7 décembre 1944 (entré en vigueur le 30 juin 1945), RTNU, vol. 84, n° 389. Pour un classement des libertés de l'air en fonction de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, v. *infra*, n°68.

développement, dans le cadre juridique fixé par la convention de Chicago. Il n'y a à ce titre aucune imperméabilité entre les deux branches du droit international de l'aviation civile. Le succès d'un développement "sûr et ordonné"⁵⁹ de l'aviation civile internationale – un développement encadré par le droit de la navigation aérienne – participe en effet à l'exploitation "saine et économique"⁶⁰ – une exploitation encadrée quant à elle par le droit du transport aérien international – des services aériens réguliers. P. MENDES DE LEON souligne ainsi que le souci de sécurité "may be related to the "economics" of air transport. To implement and maintain high safety standards serves the interests of airlines"⁶¹. À l'inverse, l'encadrement juridique des aspects économiques et commerciaux liés à l'activité aérienne internationale participe à un développement de cette activité appelé de ses vœux par les rédacteurs de la convention de Chicago en 1944. Une distinction peut alors s'avérer nécessaire entre une définition *stricto sensu* et *lato sensu* du commerce aérien. Dans sa définition *lato sensu*, le commerce aérien engloberait tous les aspects – des aspects techniques aux aspects commerciaux en passant par les aspects opérationnels indispensables à la sécurité de la navigation aérienne – permettant à une compagnie de proposer un service de transport aérien. Dans l'absolu, tout peut d'ailleurs faire l'objet d'un commerce tant que cela n'est pas spécifiquement prohibé par une règle de droit. Dans sa définition *stricto sensu*, le commerce aérien se limite néanmoins à l'économie du transport aérien, et donc aux aspects directement liés aux problématiques de marché. Cette branche de l'activité aérienne se trouve alors encadrée par le droit du transport aérien international, ce qui fait émerger un régime juridique spécifique justifiant une analyse distincte du droit de la navigation aérienne.

60. Différentes spécificités normatives liées à l'encadrement *stricto sensu* des aspects économiques et commerciaux de l'activité aérienne internationale feront l'objet d'une analyse spécifique dans le cadre de ce travail de recherche. Il suffit pour le moment de souligner que l'article 6 de la convention de Chicago est fréquemment interprété comme le reflet d'un échec partiel des négociations de Chicago. Les États-Unis n'ont en effet pas réussi à imposer, dans le cadre même de la convention de Chicago et face aux thèses protectionnistes du Royaume-Uni, le multilatéralisme en matière d'échange de droit de trafic⁶². L'encadrement juridique des aspects liés au transport aérien international a

59 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Préambule.

60 *Ibid.*

61 MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", préc., ?p. 146. V., également, CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 42.

62 Durant la négociation de la convention de Chicago, la proposition d'une "International Air Convention relating primarily to Air Transport" avait pourtant été formulée par les États-Unis, le Royaume-Uni et le Canada. V. Proceedings of the International Civil Aviation Conference, vol. 1, préc., p. 418.

donc fait l'objet d'un régime juridique spécifique et fragmenté, matérialisé par la négociation d'accords de services aériens (ci-après ASAs). Ces instruments normatifs, prenant fréquemment la forme d'accords bilatéraux, ont ainsi permis de matérialiser l'autorisation – exigée par l'article 6 de la convention de Chicago – donnée par un État à l'exploitation d'un service aérien international régulier au départ ou à destination de son territoire national. Les implications de ce choix volontaire des États parties à la convention de Chicago d'un recours à l'accord bilatéral comme support de la réglementation économique des services aériens internationaux, ainsi que l'évolution constatée de la forme et du contenu de ces accords depuis la signature du premier d'entre eux le 11 février 1946 aux Bermudes⁶³, feront également l'objet d'un approfondissement nécessaire à l'étude des problématiques abordées dans le cadre de ce travail de recherche⁶⁴. La simple existence de ces ASAs illustre en tout cas que le droit du transport aérien international possède cette particularité d'être isolé des règles multilatérales de l'OMC⁶⁵. Cet isolement possède une exception notable. Il existe en effet une annexe spécifique de l'Accord général sur le commerce des services (ci-après GATS) garantissant l'application de cet accord aux mesures qui affectent les services de réparation et de maintenance des aéronefs, la vente ou la commercialisation des services du transport aérien, ainsi que les services de systèmes informatisés de réservation⁶⁶. Ces aspects ne touchant pas le cœur de la réglementation économique des services aériens internationaux, il convient néanmoins de comprendre que le transport aérien international reste aujourd'hui exclu des règles de l'OMC. Cette même annexe exclut d'ailleurs explicitement du champ d'application de l'accord la plus grande partie des aspects commerciaux liés aux services de transport aérien, et plus précisément les droits de trafic aérien ainsi que les services directement liés au trafic⁶⁷. A ce sujet, J. NAVEAU rappelle ainsi que même si l'autonomie relative du droit international de l'aviation civile peut sembler aujourd'hui menacée par la libéralisation du commerce aérien⁶⁸, il sera toujours nécessaire *"de tenir compte du caractère spécial du transport aérien"*⁶⁹.

63 Accord "Bermudes I", signé le 11 février 1946 entre les États-Unis et la Grande-Bretagne.

64 V. *infra*, n°446 à 452.

65 A ce sujet, v. HAANAPPEL (P.P.C.), 2015, "Regulatory Developments at the European Union (EU) and World Trade Organization (WTO) Levels", A&SL, vol. 40, n°1, p. 65 et s. ; BARBIN (M.), 1990, "Le GATT et le transport aérien", RFDAS, vol. 44, n°1, p. 33 et s.

66 V. Accord général sur le commerce des services, 1994, préc., Annexe 1B.

67 *Ibid*, p. 347 et s.

68 Sur ce point, v. *infra*, n°448.

69 NAVEAU (J.), et al. 2006, *Précis de droit aérien*, op. cit., p. 17. Comme l'indiquent B.F. HAVEL ET G.S. SANCHEZ, "the WTO, through its General Agreement on Trade in Services, technically has oversight over a handful of small subsectors of aviation-related services (repairs and maintenance, sales, and ground handling), but remains excluded from applying its trade disciplines to "hard" economic areas such as airline market access and cross-border investment". V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 25.

En définitive, et bien que l'hypothèse d'un régime multilatéral du commerce aérien international, sous la forme éventuelle d'un OMC du transport aérien, n'ait pas manqué de se constituer en chapitre incontournable des réflexions sur l'avenir du droit international de l'aviation civile, la réglementation économique et commerciale des services aériens internationaux reste donc, à l'heure actuelle, encadrée par le jeu des ASAs et isolée des règles multilatérales du commerce international.

61. *Conclusion.* L'ordre aérien international de l'aviation civile apparaît donc bien soumis à la dichotomie entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international. Comme le résumant parfaitement B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ,

there are parallel frameworks that organize international air services. One is the product of the Chicago Convention and focuses primarily on setting the terms of international technical cooperation and harmonization. The other is much more specific economic system that is based on bilateral exchange where two States negotiation and air service agreement (ASA) that grants each party's airlines the privilege to carry passenger (...) to points to, from, over, or beyond their respective territories.

L. GRARD n'indique pas autre chose en affirmant que "*l'aviation commerciale est dictée par le droit bilatéral ; les aspects non commerciaux les plus essentiels relèvent du droit multilatéral*"⁷⁰. Cela étant justifié, il s'agit à présent de s'intéresser aux implications, dans le cadre de la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES, de cette distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international.

2. UNE DISTINCTION CENTRALE DANS LE DÉBAT SUR LA CORRECTION DES ÉMISSIONS AÉRIENNES DE GAZ À EFFET DE SERRE

62. Au regard de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, il convient tout d'abord de qualifier la solution *corrective* actuellement envisagée par la Communauté aérienne internationale : les mesures *fondées sur le marché*. Cette qualification constitue en effet, tout au long de ce travail de recherche, le fondement d'une démonstration respectueuse des spécificités normatives du droit international de l'aviation civile. A ce titre, la directive 2008/101/CE⁷¹, dont le champ d'application a été provisoirement réduit par le législateur européen afin de donner toutes

70 GRARD (L.), 2003, "L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile", *AFDI*, vol. 49, p. 493.

71 Directive 2008/101/CE, préc.

ses chances à l'initiative multilatérale de l'OACI⁷², constitue une illustration centrale qu'il s'agit d'analyser sous l'angle d'un travail de qualification générale des mesures *fondées sur le marché* (2.1).

Cette distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien dévoile néanmoins ses implications au-delà de la qualification des mesures *fondées sur le marché*. Elle implique en effet de reconnaître une limitation des pouvoirs normatifs de l'OACI dans le domaine du transport aérien international (2.2). Ce constat est également essentiel dans le cadre de ce chapitre préliminaire puisqu'il guidera l'analyse des spécificités *institutionnelles* du droit international de l'aviation civile entreprise dans la seconde partie de cette étude.

2.1. Un recours déguisé à une mesure liée à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux

63. Le droit du transport aérien international étant encadré par l'article 6 de la convention de Chicago, il faut revenir à la formulation de cet article – indiquant qu'“*aucun service aérien international régulier ne peut être exploité au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant, sauf permission spéciale ou toute autre autorisation dudit État et conformément aux conditions de cette permission ou autorisation*”⁷³ – pour isoler l'un des principaux arguments justifiant le rattachement d'une mesure au droit du transport aérien international : une mesure relève de cette branche du droit international de l'aviation lorsqu'elle vise, ou affecte, l'exploitation – sous-entendue commerciale – d'un service aérien international.

Ici encore, une approche *stricto sensu* est nécessaire puisqu'*in fine*, toute réglementation s'appliquant aux opérations effectuées par une compagnie aérienne affecte ces opérations. Il ne s'agit donc pas de s'intéresser aux mesures affectant l'opération des services aériens, mais de se limiter aux mesures affectant l'exploitation, dans le sens de l'opération commerciale, de ces services afin de justifier leur rattachement au droit du transport aérien international. Il ne faut en outre pas confondre l'exploitation commerciale des services aériens internationaux et l'exploitation technique des aéronefs. La réglementation internationale s'intéressant à l'exploitation technique des aéronefs constitue en effet une branche du droit de la navigation aérienne, et son cadre juridique se trouve à ce titre à l'annexe 6 de la convention de Chicago⁷⁴, lorsque la

⁷² V. *supra*, n°28 et 29.

⁷³ Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 6.

⁷⁴ L'annexe 6, intitulée “Exploitation technique des aéronefs”, vise en effet à normaliser l'exploitation technique des aéronefs assurant des services aériens internationaux dans l'objectif d'atteindre le plus haut niveau de sécurité et d'efficacité des services. Dans le cadre de la sécurité de la navigation aérienne, l'annexe établit ainsi des critères de sécurité de

réglementation internationale encadrant l'exploitation commerciale des services aériens internationaux constitue l'objet d'étude du droit du transport aérien international.

64. L'intitulé même des mesures *fondées sur le marché* souligne tout d'abord l'origine économique de ces dernières et la présence d'éléments commerciaux dans leur fonctionnement. Ces mesures, qualifiées d'"*instruments économiques*"⁷⁵, sont en effet *fondées sur le marché* puisqu'elles trouvent leur justification dans l'assimilation qu'elles effectuent de la logique du marché. C'est d'ailleurs ce lien direct entre la réglementation proposée et les aspects commerciaux de l'activité régulée qui explique le succès de ces mesures puisqu'elles permettent, en théorie, une limitation des effets négatifs affectant le développement économique de cette activité. Prenant en considération la revendication des exploitants, la Communauté aérienne internationale a ainsi fait le choix évident d'un rejet des mesures directes de réglementation et des mesures risquant de limiter la croissance discontinue du transport aérien international depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

P. MENDES DE LEON souligne lui-même la présence de cet élément commercial au sein des mesures *fondées sur le marché* en prenant pour illustration le mécanisme européen d'échange de quotas d'émission de GES. Il remarque "*the "trade" element contained in the ETS*"⁷⁶. Signe de la nature économique de telles mesures, la directive 2008/101/CE se trouve en effet intrinsèquement liée à la notion de marché. Comme le précise son préambule, la réglementation européenne se voit appliquée "*aux exploitants d'aéronefs (...) fournissant des services aériens*"⁷⁷. Les articles et les annexes de la directive 2008/101/CE limitent quant à eux l'application de la réglementation à la notion de "transporteur aérien commercial" définie elle-même comme "*un exploitant qui fournit au public, contre rémunération, des services réguliers ou non réguliers de transport aérien pour l'acheminement de passagers, de fret ou de courrier*"⁷⁸. Les juges de la CJUE n'ont pas manqué de confirmer cette nature commerciale de la réglementation

vol. Dans le domaine de l'efficacité, l'annexe encourage les États à faciliter le survol de leur territoire par les aéronefs qui respectent ces critères. Pour une explication plus complète de l'objet de l'annexe 6, v. OACI, Annexes 1 à 18, disponible à http://www.icao.int/safety/airnavigation/nationalitymarks/annexes_booklet_en.pdf (consulté le 5 août 2016), p. 12 à 14.

75 V., à titre d'exemple, WENDLING (G.), 2007, "Les instruments économiques au service des politiques environnementales", *Trésor-éco*, n°19, p. 1 et s.

76 V. MENDES DE LEON (P.), 2009, "Nouvelles Frontières: Trading International law and European law in the Context of the Establishment of an Emission Trade System", in *Views of European Law from the Mountain: Liber amicorum for Piet Jan Slot*, M. BULTERMAN, L. HANCHER, A. McDONNELL et H. SEVENSTER (dir.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law, 481 pp., p. 306 et 307.

77 V. Directive 2008/101/CE, préc., Préambule, Considérant n°9.

78 V. Directive 2008/101/CE, préc., Art. 1.

européenne, et par extension de l'ensemble des mesures *fondées sur le marché*, en précisant que

ce n'est que si l'exploitant d'un tel aéronef a fait le choix *d'exploiter une ligne aérienne commerciale* à l'arrivée ou au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre qu'un tel exploitant, parce que son aéronef se trouve sur le territoire de cet État membre, sera soumis au système d'échange de quotas⁷⁹.

Ils n'hésitent d'ailleurs pas à voir dans cette réglementation la mise en place d'une nouvelle condition d'accès au marché européen du transport aérien, qu'il ne faudrait pas résumer à la notion de "conditionnalité environnementale"⁸⁰, en affirmant que

le législateur de l'Union peut en principe faire le choix de n'autoriser l'exercice sur son territoire d'une *activité commerciale*, en l'occurrence le *transport aérien*, qu'à la *condition* que les opérateurs respectent les critères définis par l'Union et tendant à remplir les objectifs qu'elle s'est assignée en matière de protection de l'environnement⁸¹.

79 CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 127 (souligné par nous). V., également, KULOVESI (K.), 2011, "Make your own special song, even if nobody else sings along": International aviation emissions and the EU Emissions Trading Scheme", *Climate Law*, vol. 2, n° 4, p. 16 : "the territorial connecting factor to which the EU attaches importance is market access, be it for departing or landing flights". L'article 211, paragraphe 3 de la convention de Montego Bay offre un parallèle intéressant, puisqu'il reconnaît à ses États membres le droit d'imposer, sous condition de publicité, "aux navires étrangers des conditions particulières pour l'entrée dans leurs ports ou leurs eaux intérieures ou l'utilisation de leurs installations terminales au large", et ceux "dans le but de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin". V. Convention de Montego Bay, 1982, préc., Art. 211 (3).

80 Ce qui importe en effet ici, au-delà de la notion générale de condition, c'est qu'il s'agit d'une condition d'accès au marché. La notion de "conditionnalité environnementale" ne s'applique en effet pas dans le cas de la directive 2008/101/CE, au risque d'élargir considérablement la définition d'une telle notion. Il s'agissait, dans le cas de la directive 2008/101/CE, d'un acte législatif de l'Union imposé aux aéronefs desservant un aéroport situé sur le territoire d'un État membre de l'Union. Bien que pouvant être qualifiée de condition d'accès au marché européen du transport aérien, il s'agit donc, plus largement, d'une norme qui se doit d'être respectée afin d'éviter une sanction. Qualifier cette mesure de "condition environnementale" serait préjudiciable à cette notion. Elle se doit en effet de conserver une acceptation plus stricte pour ne pas se trouver confrontée à l'évidence que le droit, *in fine*, est condition. Sur la notion de "conditionnalité environnementale", v. les présentations de C. ALVES, F. FINES ET C. BLUMANN effectuées lors du colloque sur "la conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne", organisé le jeudi 22 octobre 2015 par le Centre d'Excellence Jean Monnet d'Aquitaine sous la direction scientifique de F. FINES et H. DELZANGLES.

81 CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 128 (souligné par nous). Il pourrait être souligné à l'encontre de cette démonstration que le préambule de la directive 2008/101/CE ne fait aucunement référence à la politique commune en matière de transport aérien, politique elle-même basée sur l'article 100, paragraphe 2 du TFUE. S'il est néanmoins acquis que le lien entre la mesure *corrective* et le transport aérien ne concerne que l'accès au marché des services aériens entre un État membre de l'Union et un État tiers, l'omission de cet

Le lien entre l'application de la mesure *fondée sur le marché* et l'exploitation commerciale de l'aviation civile internationale est donc clairement établi par la CJUE lorsque cette dernière cherche à justifier le bien-fondé de la mesure *fondée sur le marché* adoptée par l'Union européenne et appliquée au domaine du transport aérien international⁸².

65. Deux arguments supplémentaires existent en faveur d'une qualification économique de la mesure européenne : l'approche privilégiée quant à la mise en œuvre de cette mesure se trouve être une *"approche par route"*⁸³ et son application fait craindre l'apparition de distorsions du marché. La décision de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI quant à la mise en œuvre prochaine du CORSIA reflète d'ailleurs très clairement ce constat : *"le CORSIA s'appliquera à tous les exploitants d'aéronefs volant sur les mêmes routes entre des États afin de réduire au minimum la distorsion du marché"*⁸⁴. L'un des axes ayant justifié l'inclusion des compagnies aériennes immatriculées dans un État tiers dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission tenait également à ce seul constat : outre la mise en avant d'un objectif de protection environnementale élevé, le maintien d'une concurrence loyale a poussé la Commission sur le chemin de l'inclusion de ces compagnies. Le préambule de la directive 2008/101/CE souligne à ce titre, et à plusieurs reprises, le souci d'une concurrence loyale entre les compagnies aériennes soumises à l'application de la mesure. Il explique ainsi que l'application de la mesure s'inscrit *"dans le contexte mondial des marchés concurrentiels"*⁸⁵, et qu'elle a parmi ses objectifs celui *"d'éviter les distorsions de concurrence"*⁸⁶, *"de mettre tous les exploitants*

article se justifie. La politique commune en matière de transport aérien, basée sur l'article 100 TFUE, ne concerne en effet que les services aériens entre États membres de l'Union, et ne doit pas être confondue avec la politique extérieure de l'Union dans le domaine de l'aviation civile internationale. Cette omission est d'ailleurs d'autant plus justifiée qu'elle se trouve *"en quelque sorte atténuée par un référence au droit aérien international"* dans le préambule de la directive. V. MENDES DE LEON (P.), 2015, "Les efforts de l'Union européenne pour forcer la réduction des émissions de gaz à effet de serre par l'aviation civile – Reculer pour mieux sauter ?", préc., p. 355.

82 Comme le traduit J. PROUTEAU, *"le choix de l'exploitant d'un tel aéronef, d'exploiter une ligne aérienne commerciale à l'arrivée ou au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre, traduit une acceptation tacite des règles du marché intérieur"*. V. PROUTEAU (J.), 2012, "Gaz à effet de serre et activités aériennes : le système d'échange de quotas au prisme du droit international entre compatibilité juridique et affrontement politique", *Revue Lamy droit des affaires*, n°71, p. 77.

83 *"Using a route-based approach rather than an airspace-based formula, the regulation was intended to cover emissions from the entire flight"*. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 219. Pour une justification au choix d'une approche par route, v. *infra*, n°254.

84 OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 10.

85 Directive 2008/101/CE, préc., Considérant n°25.

86 *Ibid.*, Considérants n°16 et 20.

*d'aéronefs sur un pied d'égalité*⁸⁷ ou encore "de garantir un traitement équitable des exploitants d'aéronefs"⁸⁸. C'est *in fine* cette crainte d'une concurrence déloyale qui a obligé l'Union européenne à étendre l'application de sa mesure *corrective* aux compagnies aériennes d'États tiers desservant le territoire des États membres de l'Union :

while initially only emissions by EU airlines were contemplated, protest from those airlines about bearing higher costs than their non-EU rivals forced the European Commission to step away from the multilateralism contemplated in the Kyoto Protocol and to reframe the legislation to apply to aircraft operated by non-EU carriers⁸⁹.

Comme toute mesure *fondée sur le marché*, la directive européenne ne pouvait donc dissimuler l'impact de sa directive sur la concurrence à laquelle se soumette aujourd'hui la plus grande partie des compagnies aériennes⁹⁰.

66. Au-delà de ces premiers indices de la qualification économique des mesures *fondées sur le marché*, il faut néanmoins revenir au critère d'une affectation de l'exploitation commerciale des services aériens pour conclure, définitivement, au rattachement de ces mesures au droit du transport aérien international. A ce titre, et comme l'indique P. MENDES DE LEON dans le cas de la directive 2008/101/CE :

the provisions of the Directive are liable to affect the operation of the agreed international air services as they may impact upon the pricing of the air services, depending on questions like price elasticity and price behaviour, the ability of airlines to manage their variable costs, the capacity which the designated airlines use, frequencies of the operations and in certain instances even upon the points to be served on the agreed routes because of the possible occurrence of the phenomenon of 'carbon leakage'⁹¹.

La Commission européenne n'a d'ailleurs pas cherché à cacher, tout en essayant de le relativiser, l'impact éventuel de sa mesure sur les tarifs proposés par les compagnies aériennes soumises à sa mesure *fondée sur le marché*. Elle

⁸⁷ *Ibid.*, Considérant n°21.

⁸⁸ Directive 2008/101/CE, préc., Considérant n°28.

⁸⁹ HAVEL (B.F.), MULLIGAN (J.Q.), 2012, "The Triumph of Politics: Reflections on the Judgment of the Court of Justice of the European Union Validating the Inclusion of Non-EU Airlines in the Emissions Trading Scheme", *A&SL*, vol. 37, n° 1, p. 6.

⁹⁰ Sur ce point, v., notamment, SCHEELHASE (J.D.), et al., 2007, "The impact of the European Commission's proposal on the integration of air transport into the emissions trading scheme on competition between European and non-European airlines", *Association for European Transport and contributors*, 19 p.

⁹¹ MENDES DE LEON (P.), 2012, "Enforcement of the EU ETS: The EU's Convulsive Efforts to Export its Environmental Values", *A&SL*, vol. 37, n° 4/5, p. 291.

indiquait à ce titre, dans un communiqué de presse en date du 27 septembre 2005, que les premières estimations sur la base de modèle

suggest that the impact on ticket prices would be modest, ranging between zero and an increase of up to €9 per return flight. With an increase of this level, aviation demand would simply grow at a slightly slower rate than otherwise. Any effect on tourism or peripheral regions relying on aviation is likely to be very limited⁹².

L'OACI a elle-même consacré une partie importante de son travail à l'analyse de l'impact d'une éventuelle mesure *fondée sur le marché* sur le coût du transport aérien international⁹³. A ce titre, cette nouvelle génération de mesure *corrective* se veut "*cost-effective*", pour reprendre l'expression anglaise, en établissant le meilleur rapport entre le coût de la mesure et son efficacité environnementale.

67. Les ASAs, support juridique de la réglementation commerciale de l'activité aérienne internationale, ont, pour certains, pris la mesure de l'impact économique éventuel de cette catégorie émergente de mesure *corrective* des émissions aériennes de GES. L'accord "ciel ouvert" entre les États-Unis et l'Union européenne reflète de façon particulièrement claire ce risque d'affectation de l'exploitation commerciale des services aériens par une mesure *fondée sur le marché* adoptée par l'un des États parties à l'accord. Le second paragraphe de l'article 15 de l'accord de 2007 entre l'Union européenne et les États-Unis indique en effet que

lorsqu'une partie examine des projets de mesure de protection de l'environnement, il convient qu'elle en évalue les effets négatifs possibles sur l'exercice des droits prévus dans le présent accord et, si ces mesures sont adoptées, il convient qu'elle prenne les dispositions appropriées pour en atténuer les effets négatifs éventuels⁹⁴.

Les parties à cet accord avaient donc conscience que certaines mesures liées à la protection de l'environnement sont susceptibles d'affecter l'exploitation commerciale des services aériens internationaux. Les principales mesures

92 UE, Communiqué de presse de la Commission, 2005, "Climate change: Commission proposes strategy to curb greenhouse gas emissions from air travel", Référence IP/05/1192, disponible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-1192_en.htm?locale=FR (consulté le 7 février 2017).

93 Le site internet de l'organisation ne manque d'ailleurs pas de répondre à la question suivante : "what would be the impact of a global MBM scheme for international aviation?". V. Site web de l'OACI, disponible à <http://www.icao.int/Meetings/HLM-MBM/Pages/FAQ3.aspx> (consulté le 7 février 2016).

94 Accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part, signé à Washington le 25 et 30 avril 2007 (application provisoire à partir du 20 mars 2008), JO, L 134, 25 mai 2007, pp. 1-41 (Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne), Art. 15 (2).

concernées par cet article ne pouvaient être que les mesures *fondées sur le marché*. L'adoption par l'Union européenne de sa directive 2008/101/CE n'a d'ailleurs pas été sans influence sur les modifications apportées à cet article 15 par le protocole de 2010⁹⁵, puisque ce dernier impose désormais cette évaluation des *"effets négatifs possibles sur l'exercice des droits prévus"* par l'accord *"lorsqu'une partie examine des projets de mesures de protection de l'environnement à l'échelon régional, national ou local"*⁹⁶. Une réunion du comité mixte, mise en place par l'article 18, est également possible *"si une partie estime qu'une question liée à la protection de l'environnement dans le contexte de l'aviation, et notamment les nouvelles mesures proposées, soulève des préoccupations quant à l'application ou à la mise en œuvre du présent accord"*⁹⁷.

68. S'il fallait un dernier argument justifiant le rattachement des mesures *fondées sur le marché* au droit du transport aérien international, il pourrait être souligné que la directive 2008/101CE ne s'applique pas en cas de simple usage de la première et deuxième liberté de l'air dite *"techniques"*, et ne concerne donc que le domaine *stricto sensu* du commerce aérien⁹⁸. Une analyse comparative du champ d'application du règlement (UE) n° 2015/575 concernant la surveillance, la déclaration et la vérification des émissions de dioxyde de carbone du secteur du transport maritime⁹⁹ – une première étape vers l'adoption d'une mesure *fondée sur le marché* dans le secteur maritime – consolide le poids de ce dernier argument. Ce règlement s'applique en effet aux *"voyages"* de navires en définissant cette notion comme *"tout déplacement d'un navire commençant ou se terminant dans un port d'escale et ayant pour objet le transport de passagers ou de marchandises à des fins commerciales"*¹⁰⁰. Le même

95 Protocole modifiant l'accord de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé le 24 juin 2010 (application provisoire depuis le 24 juin 2010), JO, L 223, 25 juillet 2010, pp. 3-19 (protocole modifiant l'accord *"ciel ouvert"* États-Unis/ Union européenne).

96 Protocole modifiant l'accord *"ciel ouvert"* États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Art. 3 (souligné par nous).

97 *Ibid.*

98 V. *supra*, n°68. Fournissant un nouvel indice, sont exclus du champ d'application de la directive *"les vols d'entraînement effectués exclusivement aux fins d'obtention d'une licence, ou d'une qualification dans le cas du personnel navigant technique, lorsque cela est corroboré par une remarque adéquate sur le plan de vol, à condition que les vols ne servent pas au transport de passagers et/ou de marchandises, ni pour la mise en place ou le convoyage des aéronefs"*. V. Directive 2008/101/CE, préc., Annexe 1.

99 Règlement (UE) n° 2015/757 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 concernant la surveillance, la déclaration et la vérification des émissions de dioxyde de carbone du secteur du transport maritime et modifiant la directive 2009/16/CE, JO, L 123/55, 19 mai 2015, pp. 55-76.

100 *Ibid.*, Art. 3 (c) (souligné par nous).

article exclut d'ailleurs la notion de "port d'escale" ce qui relèverait, à titre comparatif, de la première et de la seconde liberté de l'air¹⁰¹.

Pour comprendre la logique d'un tel argument, il faut souligner que les libertés de l'air¹⁰² peuvent être classées en fonction de leur rattachement éventuel au droit de la navigation ou du transport aérien. A ce titre, les première et seconde libertés de l'air – inscrites au sein de l'accord relatif au transit des services aériens internationaux¹⁰³ – sont intrinsèquement liées au droit de la navigation aérienne puisqu'elles ne permettent, en soi, aucun échange

101 Ibid : "aux fins du présent règlement, on entend par (...) "port d'escale" : le port dans lequel s'arrête un navire pour charger ou décharger les marchandises ou pour embarquer ou débarquer des passagers; cela exclut dès lors les arrêts uniquement destinés au ravitaillement en combustible, à l'approvisionnement, au changement d'équipage, à la mise en cale sèche ou à des réparations à effectuer sur le navire et/ou ses équipements, les arrêts dans un port dus au fait que le navire a besoin d'assistance ou est en détresse, les transferts de navire à navire effectués en dehors des ports, ainsi que les arrêts relatifs à seule fin de trouver abri par mauvais temps ou rendus nécessaires par des activités de recherche ou de sauvetage". L'existence, en droit international de la mer, du principe de libre passage inoffensif en mer territoriale pourrait néanmoins expliquer une telle exclusion et remettre ainsi en cause la pertinence de cette analyse comparée. Lorsqu'il navigue au bénéfice d'un tel principe, les navires ne pourraient en effet se voir imposer une obligation liée à leurs émissions de GES par un État tiers abusant de son titre de compétence territoriale. Bien que ce principe n'existe pas en droit international de l'aviation civile, la démonstration d'un rattachement de la première liberté de l'air au droit de la navigation aérienne amène cependant à une conclusion tout à fait similaire : lorsqu'il survole un territoire au bénéfice d'une telle liberté, l'aéronef ne peut se voir soumettre à l'application d'une mesure rattachée quant à elle au droit du transport aérien international. Il faut néanmoins reconnaître, bien que cela dépasse le cadre de notre démonstration, que l'absence de libre passage inoffensif en droit international de l'aviation civile implique une différence de taille avec le droit international de la mer : si pour le transport maritime, aucune obligation ne peut être imposée à destination d'un navire ne faisant qu'user de sa liberté de navigation, seules les mesures relevant du droit du transport aérien international sont exclues dans le cadre du transport aérien. Dans ce sens, la mise en œuvre par l'Union européenne d'une mesure limitée à la surveillance, la déclaration et la vérification des émissions de GES des aéronefs d'État tiers survolant le territoire des États membres de l'Union pourrait théoriquement être justifiée au regard du droit international de l'aviation civile.

102 Cette notion de "libertés de l'air" est trompeuse puisqu'en principe, "there is no Freedom of the Air as airspace is closed for the operation of international scheduled air services". Néanmoins, et comme le précise P. MENDES DE LEON, "the absence of Freedom of the Air can be turned into a more or less articulated Freedom of the Air pursuant to the terms of bilateral or other international ASAs, opening up the airspaces of the parties to the agreement for the operation of international air services". V. MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 59. L'accord relatif au transit des services aériens internationaux utilise d'ailleurs la notion de "libertés de l'air". V. Accord relatif au transit des services aériens internationaux, 1944, préc., Art. 1.

103 Cet accord définit à ce titre la première liberté comme "le droit de traverser son territoire sans atterrir" et la seconde comme "le droit d'atterrir pour des raisons non commerciales". V. Accord relatif au transit des services aériens internationaux, 1944, préc., Art. 1. Elles concernent ainsi "the freedom to fly over a foreign State or to make a technical landing there". V. MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 59.

commercial¹⁰⁴. L'expression même de la seconde liberté en est la preuve immédiate, puisque cette liberté donne le "*le droit d'atterrir pour des raisons non commerciales*"¹⁰⁵. Les libertés suivantes – les troisième, quatrième et cinquième libertés se retrouvent dans le dispositif de l'accord relatif au transport aérien¹⁰⁶ – doivent quant à elle être rattachées au droit du transport aérien international puisqu'elles permettent de définir les droits des compagnies aériennes sur les marchés internationaux. Elles concernent à ce titre le cœur de l'activité économique des compagnies aériennes et constituent une condition essentielle d'accès au marché.

Tout cela ne préjuge pas de la commercialisation éventuelle des deux premières libertés de l'air et à ce titre, "*the first freedom in particular can have substantial economic consequences*"¹⁰⁷. Comme indiqué précédemment, tout peut en effet faire l'objet d'un commerce tant que cela n'est pas spécifiquement prohibé par une règle de droit. Les États n'ayant pas ratifié, ou ayant dénoncé, l'accord relatif au transit des services aériens internationaux¹⁰⁸ peuvent ainsi choisir de mettre un prix pour l'obtention d'un droit de survol de leur territoire¹⁰⁹. Le différend persistant entre l'Union européenne et le Russie face à l'imposition par cette dernière de droit de survol aux compagnies aériennes

104 A ce sujet, v. LEE (J.W.), 2013, "Revisiting Freedom of Overflight in International Air Law: Minimum Multilateralism in International Air Transport", *A&SL*, vol. 38, n° 4/5, p. 353 et s.

105 Accord relatif au transit des services aériens internationaux, 1944, préc., Art. 1. L'accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne emploie dans ce sens l'expression d'"*escale non commerciale*" en la définissant comme "*un atterrissage effectué à une fin autre que l'embarquement ou le débarquement de passagers, de bagages, de marchandises et/ou de courrier en transport aérien*". V. Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Art. 1 (8).

106 Cet accord définit la troisième liberté comme "*le droit de débarquer des passagers, du courrier et des marchandises embarqués sur le territoire de l'État dont l'aéronef possède la nationalité*", la quatrième comme "*le droit d'embarquer des passagers, du courrier et des marchandises à destination du territoire de l'État dont l'aéronef possède la nationalité*" et la cinquième comme "*le droit d'embarquer des passagers, du courrier et des marchandises à destination du territoire de tout autre État contractant et le droit d'embarquer des passagers, du courrier et des marchandises en provenance du territoire de tout autre État contractant*". V. Accord relatif au transport aérien international, signé à Chicago le 7 décembre 1944 (accord n'étant jamais entré en vigueur), *RTNU*, vol. 84, n°389, Art. 1, Section 1. Il existe, au-delà de ces cinq premières libertés, quatre autres libertés de l'air. Pour une définition de ces libertés, v. MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 60 à 62. Les deux dernières concernent le droit de cabotage et se trouvent donc exclues du cadre de cette analyse. B. CHENG définit ce droit de la façon suivante : le cabotage aérien "*applies to air transport between any two points in the same political unit, that is to say, in the territory of a State as the term is used in air law*". V. CHENG (B.), 1962, *The Law of International Air Transport*, op. cit., p. 314.

107 HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 77.

108 Accord relatif au transit des services aériens internationaux, 1944, préc.

109 A ce titre, "*the principle of 'exclusive and complete sovereignty' and the 'previous authorization' required by Article 6 seem to support the potential 'tradability' of transit rights*". V. CARPANELLI (E.), 2011, "The Siberian Overflights Issue", *IALP*, vol. 11, n° 1, p. 23.

européennes en offre une très belle illustration¹¹⁰. Cela ne modifie néanmoins pas la qualification adéquate de ces deux premières libertés de l'air. L'entrée en vigueur de l'accord relatif au transit des services aériens internationaux¹¹¹, face à l'échec de l'accord relatif au transport aérien international¹¹², le démontre sans ambiguïté. Tous deux adoptés lors de la conférence de Chicago, l'entrée en vigueur du premier accord, ouvrant de façon relativement large les deux premières libertés de l'air, était en effet indispensable au développement de la navigation aérienne internationale. Et comme l'indiquent B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ, "*one of the explanation of that outcome is that the Agreement does not exchange hard economic (i.e. traffic) rights, but rather resolves sovereignty issues that impinge on the ordinary functionality of international air services*"¹¹³. À l'inverse, l'échec du second accord s'explique par son contenu : s'intéressant au cœur de l'activité économique du transport aérien – et donc à l'accès au marché – en incluant les droits de troisième, quatrième et cinquième liberté, la majorité des États a préféré garder un contrôle souverain sur ces aspects intrinsèquement liés à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux. C'est d'ailleurs cet échec qui a ouvert la voie à la conclusion des ASAs, sur le modèle de l'accord "Bermudes I" signé le 11 février 1946 entre les États-Unis et la Grande Bretagne¹¹⁴.

110 La commission semble d'ailleurs douter d'une résolution proche de ce différend. V. UE, Communiqué de la Commission, 2012, "The EU's External Aviation Policy - Addressing Future Challenges", préc., p. 16. Sur ce sujet, v., notamment, MILDE (M.), 2000, "Some Question Marks about the Price of 'Russian Air'", *ZLW*, vol. 49, n°2, 147 et s. ; BAUR (J.), 2010, "EU-Russia Relations and the Issue of Siberian Overflights", *A&SL*, vol. 35, no. 3, p. 225 et s. ; CARPANELLI (E.), 2011, "The 'Siberian Overflight Issue'", préc. Un débat existe néanmoins sur la conformité de ces "redevances de survol" au regard de la dernière phrase de l'article 15 de la convention de Chicago. V. *infra*, n°151.

111 Accord relatif au transit des services aériens internationaux, 1944, préc.

112 Accord relatif au transport aérien international, 1944, préc.

113 HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 77.

114 V. Accord "Bermudes I", 1946, préc. Pour une analyse historique de ce sujet, v. HAANAPPEL (P.P.C.), 2009, "The Impact of Changing Air Transport Economics on Air Law and Policy", *AASL*, vol. 34, p. 519 et s. ; DEMPSEY (P.), 1986-1987, "Turbulence in the 'Open Skies': The Deregulation of International Air Transport", préc. Tout cela illustre la complexité des débats, lors des prémices de l'activité aérienne, opposant les partisans de la liberté de navigation, s'inspirant à ce titre du droit international de la mer et de son principe de libre passage inoffensif en mer territoriale, et les partisans d'une navigation soumise au contrôle souverain des États parties à la charte de l'aviation civile internationale. La combinaison de l'article 1 et de l'article 6 de la convention de Chicago reflète pour beaucoup une victoire du second groupe. La distinction opérée au sein du droit international de l'aviation civile entre les droits de transit et les droits commerciaux indique néanmoins un résultat plus nuancé des négociations internationales. L'article 5 opère d'ailleurs clairement cette distinction afin de consacrer le droit des aéronefs qui n'assurent pas de services aériens internationaux réguliers "*de pénétrer sur son territoire, de le traverser en transit sans escale et d'y faire des escales non commerciales sans avoir à obtenir une autorisation préalable*". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 5. Quant à l'article 6, l'absence de mention de la distinction se justifie par la double nature d'un tel article : l'exigence d'une autorisation

69. *Conclusion.* Tout cela confirme le rattachement au droit du transport aérien international des mesures *correctives* des émissions aériennes de GES. Bien que certains des éléments constitutifs de ces mesures *correctives* puissent revêtir un caractère technique, ces mesures relèvent donc, dans leur ensemble, des mesures visant l'exploitation commerciale des services aériens internationaux.

Au-delà des traits caractéristiques de ce droit du transport aérien international¹¹⁵, il convient alors de s'intéresser à l'une des spécificités de cette branche du droit international de l'aviation civile ayant un impact considérable lors d'une réflexion sur l'adoption d'une mesure *fondée sur le marché* afin de répondre à l'émission croissante de GES en provenance de l'activité aérienne internationale : la limitation des pouvoirs normatifs de l'OACI dans le domaine du transport aérien international.

2.2. Une limitation des pouvoirs normatifs de l'Organisation de l'aviation civile internationale

70. Une réflexion sur l'OACI implique de connaître les caractéristiques institutionnelles de cette organisation. Bien qu'une analyse détaillée et exhaustive de ces caractéristiques dépasse le cadre de ce travail de recherche¹¹⁶, il est important de souligner que l'OACI est non seulement un sujet dérivé au sein de la société internationale, mais également une organisation internationale¹¹⁷ à vocation spéciale¹¹⁸ et une institution spécialisée du système des Nations Unies¹¹⁹.

71. La distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international trouve alors l'une de ses principales implications dans l'analyse des pouvoirs normatifs de cette organisation en charge du développement de l'aviation civile internationale. Elle implique en effet un exercice

préalable est ainsi étendue aux deux premières libertés de l'air afin d'assurer ce qui relève des droits de police aérienne, et donc *in fine* du droit de la navigation aérienne.

115 V. *supra*, n°56 à 62.

116 Pour une réflexion approfondie sur l'OACI, v., notamment, MILDE (M.), 2016, *International Air Law and ICAO*, *op. cit.*, p. 129 et s. ; WEBER (L.), 2007, *International Civil Aviation Organization: An Introduction*, *op. cit.* ; BUERGENTHAL (T.), 1969, *Law-making in the International Civil Aviation Organization*, New York, Syracuse University Press, 247 p. ; GUILLAUME (G.), 2008, "ICAO at the Beginning of the 21st Century", *A&SL*, vol. 33, n° 4/5, p. 313 et s.

117 A ce titre, l'OACI appartient à la catégorie des "organisations internationales" classiquement définies comme une "association d'États constituée par traité, dotée d'une constitution et d'organes communs, et possédant une personnalité juridique distincte de celle des États membres". V. FITZMAURICE (G.), *Annuaire CDI 1956-II*, p. 106.

118 Elle se distingue ici, de par l'étendue de son domaine d'activité, des organisations à vocation générale que ces dernières soient universelles, telles que l'ONU, ou régionales, telles que l'Union européenne ou l'Union africaine.

119 V. *supra*, n°52.

différencié des compétences dont l'origine doit être recherchée dans la lettre de la convention de Chicago. Comprendre cela implique de distinguer les notions de compétence et de pouvoir. Comme le précise J. COMBACAU et S. SUR, les compétences d'une organisation internationale correspondent ainsi à "*la sphère d'action ouverte à chaque organisation*" alors que ses pouvoirs se limitent aux "*moyens qu'elle peut déployer à l'intérieur de sa compétence*"¹²⁰. En associant le qualificatif de "normatif" à la notion de pouvoir, s'intéresser aux pouvoirs normatifs de l'OACI revient ainsi à isoler la question de la réglementation contraignante que cette organisation onusienne à la possibilité d'adopter dans le domaine spécifique de l'aviation civile internationale.

Il faut alors constater, dans une approche globale du droit international de l'aviation civile, que si l'OACI est compétente aussi bien dans le domaine de la navigation aérienne que dans le domaine du transport aérien international, ses différents organes n'ont que des pouvoirs normatifs limités dans ce second domaine (A). Il convient alors, et dans un second temps, d'analyser les implications de ce constat dans le contexte spécifique de la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES (B)

A. *L'encadrement du champ d'application du droit dérivé de l'OACI dans le domaine du transport aérien international*

72. Les travaux préparatoires à la convention de Chicago illustrent très clairement la limitation des pouvoirs normatifs de l'OACI dans le domaine du transport aérien international :

early Conference discussions on the functions of the proposed world air body had centered on the questions of whether it would have power to allocate routes, determine rates, and fix frequencies of operation over specific routes. The joint plan answered the first two questions in the negative but left the third open. Thus it was indicated that the proposed body would have purely advisory and consultative functions so far as economic matters were concerned¹²¹.

Il s'agit là d'une indication à prendre en considération, par application de l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités¹²², dans une

120 COMBACAU (J.), SUR (S.), 2016, *Droit international public, op. cit.*, p. 728. Pour une analyse des pouvoirs de l'OACI en matière d'émissions aériennes de GES, v. *infra*, n°75 à 78.

121 Proceedings of the International Civil Aviation Conference, préc., vol. 1, p. 2.

122 Cet article qualifie en effet les travaux préparatoires en tant que "*moyen complémentaire d'interprétation*" afin de confirmer l'interprétation du traité selon les "*règles générales d'interprétation*" prévues à l'article 31 de cette même convention. V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 31 et 32. Il faut d'ailleurs souligner ici que les traités constitutifs d'organisations internationales entrent dans le champ d'application de cette convention en application de son article 5 : "*la présente Convention s'applique à tout traité*

démarche interprétative du traité constitutif de cette organisation. Une analyse précise de l'article 44 ne laisse d'ailleurs aucun doute sur les pouvoirs de l'OACI dans chaque domaine. Il sépare la fonction de législateur international de l'OACI dans le domaine de la navigation aérienne¹²³ de sa simple vocation de forum de discussion dans le domaine du transport aérien international¹²⁴. Cet article 44 limite donc le pouvoir normatif de l'organisation au seul domaine technique et opérationnel de l'aviation civile internationale¹²⁵. M. MILDE souligne à cet égard que la convention de Chicago établit l'OACI en tant qu'"international organization with wide quasi-legislative and executive powers in the technical regulatory field and with only consultative and advisory functions in the economic sphere"¹²⁶. B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ constatent également que "*the Chicago Convention (...) assigns no determinative role to ICAO in the realm of air services trade regulations*"¹²⁷.

Les pouvoirs de l'OACI dans le domaine du transport aérien se trouvent ainsi limités, bien qu'une compétence de l'organisation existe dans ce domaine. Ce dernier point ne peut en effet faire l'objet de débat, puisque ce même article 44 demande à l'OACI de "*répondre aux besoins des peuples du monde en matière de transport aérien sûr, régulier, efficace et économique*", ainsi que de "*prévenir le gaspillage économique résultant d'une concurrence déraisonnable*"¹²⁸. Comme le note d'ailleurs P. DEMPSEY,

qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une organisation internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation". V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 5.

123 L'OACI a dans ce domaine "*pour buts et objectifs d'élaborer les principes et techniques dans le domaine de la navigation aérienne internationale*". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 44.

124 L'OACI a dans ce domaine "*pour buts et objectifs (...) de promouvoir la planification et le développement du transport aérien international*". Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 44. V., également, MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 45 : "*in light of reliance on the principle of sovereignty, States have not transferred national competencies in the economic field to international organisations such as ICAO or World Trade Organization (WTO) as they wished to keep control of 'their' air transport markets by determining the market share for their national carriers*".

125 "*This bifurcation implicitly reflects the agreement of the international community of States which signed the Chicago Convention that ICAO could adopt Standards in the technical fields of air navigation and could only offer guidelines in the economic field*". ABEYRATNE (R.I.R.), 2014, *Convention on International Civil Aviation. A Commentary*, op. cit., p. 233.

126 MILDE (M.), 1984, "The Chicago Convention – After Forty Years", AASL, vol. 9, p. 119.

127 HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practice of International Aviation Law*, op. cit., p. 56 et 57.

128 Associée aux propres mots du préambule de la convention de Chicago appelant à l'établissement des services internationaux de transport aérien "*sur la base de l'égalité des chances*" et leur exploitation d'"*une manière saine et économique*", la compétence de l'OACI dans le domaine du transport aérien ne peut donc être contestée. V. Convention de Chicago, 1944, préc., Préambule. Il s'agit néanmoins de préciser que ce champ de compétence ne permet pas à l'OACI d'exercer les mêmes pouvoirs dans ce domaine que dans celui de la navigation aérienne.

with the emergence of United States initiated deregulation, however, a growing number of nations have utilized the multilateral forum of the organization as an area in which to register their disapproval with the disruptive effects of unilateral efforts of the United States to impose its will upon the international aviation community¹²⁹.

Dans le même sens, B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ confirment que l'OACI "*has not been shy about convening air services trade conferences in an effort to expedite aviation liberalization*"¹³⁰.

73. Partant, l'évolution du droit international de l'aviation civile a impliqué un exercice différencié de la compétence générale de l'OACI en matière d'aviation civile internationale. Comme le remarque J. HUANG,

many of the founders of ICAO may have envisioned a blueprint which would go beyond safety regulation. Indeed, there was a serious attempt in 1944 to develop a multilateral economic mechanism for determining routes, capacities and fares in an equitable manner and thereby to turn ICAO into an international economic regulatory body. The history of ICAO has demonstrated that it is not such a regulatory body¹³¹.

Concrètement, de nombreux standards¹³² ont ainsi été adoptés par le Conseil de l'OACI, conformément aux articles 37 et 54 de la convention de Chicago¹³³, dans le domaine de la navigation aérienne. A l'inverse, le Conseil de l'OACI n'a pas le pouvoir d'adopter des normes contraignantes dans le domaine du transport aérien international. Le champ d'application des standards OACI se limite au droit de la navigation aérienne, comme le reflète la dernière phrase de l'article 37 de la convention de Chicago précisant que l'OACI adopte et amende les SARPs traitant "*de tout (...) sujet intéressant la sécurité, la régularité*

129 V. DEMPSEY (P.), 1986-1987, "The Role of the International Civil Aviation Organization in Deregulation, Discrimination, and Dispute Resolution", préc., p. 533.

130 V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 24.

131 HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 16.

132 Pour une étude de cet instrument normatif dans le cadre du droit international de l'aviation civile, v. *infra*, n°351 à 357.

133 Le rôle des États reste cependant central puisque, l'OACI ne possédant qu'un pouvoir limité de mise en œuvre, l'application effective de ces SARPs relève de la compétence de chaque État souverain, possédant également la possibilité de "notifier" au Conseil de l'OACI une différence dans l'application de leur réglementation aérienne. V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 38 : "*tout État qui estime ne pouvoir se conformer en tous points à l'une quelconque de ces normes ou procédures internationales, ou mettre ses propres règlements ou pratiques en complet accord avec une norme ou procédure internationale amendée, ou qui juge nécessaire d'adopter des règles ou des pratiques différant sur un point quelconque de celles qui sont établies par une norme internationale, notifie immédiatement à l'Organisation de l'aviation civile internationale les différences entre ses propres pratiques et celles qui sont établies par la norme internationale*".

et l'efficacité de la *navigation aérienne*¹³⁴. La lecture d'une résolution issue de la toute première session de l'Assemblée de l'OACI enseigne d'ailleurs que les termes "standard" et "pratique recommandée" ne sont que des abréviations afin de faire référence à la catégorie des "*ICAO Standards for Air Navigation*"¹³⁵ et des "*ICAO Recommended Practices for Air Navigation*"¹³⁶. Et s'il fallait un autre indice de la limitation du champ d'application du droit dérivé de l'OACI, il peut d'ailleurs être remarqué que seule la Commission de la Navigation aérienne peut adresser au Conseil des recommandations tendant à modifier les annexes à la convention de Chicago¹³⁷. Ainsi, et comme le résume P. MENDES DE LEON :

ICAO's tasks in the economic field are limited. Art. 44 (e) Chicago Convention stipulates that 'economic waste caused by unreasonable competition' must be prevented, whereas the preamble dictates that international air transport services should be established 'on the basis of equality of opportunity and operated soundly and economically'. However, these principles are not elaborated by in binding agreements or standards. Economic regulation of international air transport services is dealt with under bilateral air services agreements between States, and regional arrangements made by organizations such as the European (Economic) Community¹³⁸.

Alors que "*this world-wide organisation (...) issues from time to time technical and operational standards, based on the concern for a safe and sound operation of air*

134 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 37 (souligné par nous).

135 Après avoir défini la notion de "standard", l'Assemblée précise en effet que "*the full name of this class of specifications will be "ICAO standards for Air Navigation". The current abbreviation will be "STANDARDS"*". V. OACI, Résolutions A1-31 adoptée durant la 1^{re} session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 6 au 27 Mai 1947, "Definition of 'International Standards' and 'Recommended Practices'", Doc. 4411, p. 27.

136 Après avoir défini la notion de "pratique recommandée", l'Assemblée précise en effet que "*the full name of this class of specifications will be "ICAO Recommended Practices for Air Navigation". The current abbreviation will be "RECOMMENDED PRACTICES"*". V. OACI, 1947, Résolution A1-31, préc.

137 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 54 (m) : "*le Conseil doit (...) examiner les recommandations de la Commission de Navigation aérienne tendant à amender les Annexes et prendre toutes mesures utiles conformément aux dispositions du Chapitre XX*".

138 MENDES DE LEON (P.), 2012, "The International Civil Aviation Organization (ICAO)", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible à <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e479> (consulté le 22 mai 2017). Comme l'indique d'ailleurs D. REAGAN, dans le domaine du transport aérien, "*ICAO has elaborated on the few Chicago Convention provisions regarding economic rights and offered guidance to prevent the imposition of economic barriers to international aviation*". V. REAGAN (D.), 2008, "Putting International Aviation into the European Union Emissions Trading Scheme: Can Europe do it Flying Solo?", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, n° 2, p. 354.

services internationally ”¹³⁹, elle se limite donc aujourd’hui à promulguer des recommandations et des résolutions non contraignantes dans le domaine du transport aérien international. Dans ce domaine, et bien que ne possédant aucun pouvoir normatif, l’OACI conserve néanmoins une compétence de principe lui permettant d’influencer la réglementation de ses États membres. Conformément à l’article 55 (d) de la convention de Chicago, le Conseil peut à ce titre *“étudier toutes questions touchant l’organisation et l’exploitation du transport aérien international, y compris la propriété et l’exploitation internationales de services aériens internationaux sur les routes principales, et soumettre à l’Assemblée des propositions s’y rapportant”*¹⁴⁰. Bien que souhaitant s’investir davantage dans le domaine du transport, l’OACI se limite pourtant aujourd’hui à l’organisation de forum de discussion et à l’adoption d’une politique générale, et non contraignante, dans ce domaine. D. FREER ne manquait d’ailleurs pas de souligner en 1994 l’opposition permanente, depuis l’entrée en vigueur de la convention de Chicago, entre les objectifs de l’OACI visant la libéralisation progressive du transport aérien international et la résistance de ses États membres titulaires exclusifs du pouvoir normatif dans un tel domaine :

the organization’s other challenge of daunting dimension is to finally establish a multilateral, if not universal, mechanism for ensuring equity in allocating routes, setting fares and rates and assigning capacities for different airlines, where necessary. However desirable such a mechanism may be in furthering international civil aviation, more than a few States still view it as an unwanted impingement on sovereignty or an unwarranted intrusion in a competitive economic arena.... Thus, the philosophical dilemma which so troubled the Chicago Conference has not yet been fully resolved¹⁴¹.

Une illustration récente de cette opposition s’observe dans les résultats de la sixième conférence mondiale de transport aérien organisée sous l’égide de l’OACI¹⁴². Il faut en effet souligner la proposition, lors de cette conférence, d’une annexe à la convention de Chicago dans le domaine du transport aérien

139 MENDES DE LEON (P.), 2001, “Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law”, préc., p. 141.

140 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 55 (d).

141 FREER (D.), 1994, “ICAO at 50 Years: Riding the Flywheel of Technology”, *ICAO Journal*, vol. 49, n°19, p. 32.

142 L’ordre du jour de cette conférence enseigne que les questions actuellement clés liées au transport aérien international sont l’accès au marché, la propriété et le contrôle des transporteurs aériens, la protection des consommateurs, la concurrence loyale, les mécanismes de protection, la fiscalité et l’économie des aéroports et des services de navigation aérienne. V. OACI, Document publié à l’occasion de la Sixième conférence mondiale de transport aérien s’étant déroulé du 18 au 22 mars 2013, “Ordre du jour de la sixième conférence mondiale de transport aérien”, disponible à <http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/ATConf6-Agenda-fr.pdf> (consulté le 4 août 2016).

international¹⁴³. Cette proposition n'a néanmoins pas reçu le soutien des États membres de l'organisation ce qui, comme l'indique J.W. LEE, fournit une illustration récente des pouvoirs normatifs limités de l'OACI dans le domaine du transport aérien international :

the fact that the proposal to issue Annex 20 dealing with international air transport did not receive support from Member States and therefore is not legally binding clearly illustrates the limits of the multilateral discussion of liberalizing air transport. Hence, the function of the Air Transport Conference was limited to providing a forum for discussion and information-sharing¹⁴⁴.

74. L'encadrement des pouvoirs normatifs de l'OACI dans le cadre spécifique du droit du transport aérien international apparaît ainsi comme l'un des traits distinctifs de l'ordre international de l'aviation civile. Cette spécificité du droit international de l'aviation civile a donc laissé une grande liberté d'action aux États membres de l'OACI dans la mise en place et dans l'évolution du cadre juridique du commerce aérien international.

Ce travail de recherche étant centré sur le domaine des émissions aériennes de GES, il reste alors à s'interroger sur l'implication de cette limitation des pouvoirs normatifs de l'OACI dans le cadre du droit du transport aérien international sur les efforts constatés et continus de cette organisation afin d'intégrer au droit international de l'aviation civile la problématique spécifique de l'impact climatique de l'activité aérienne internationale.

B. L'encadrement des efforts normatifs de l'OACI dans le domaine des émissions aériennes de gaz à effet de serre

75. La reconnaissance des initiatives actuelles de l'OACI dans le domaine climatique ne saurait transcender la distinction intrinsèque au droit international de l'aviation civile séparant le droit de la navigation aérienne du droit du transport aérien international. Comme cela vient d'être souligné, et cela prend toute son importance ici, bien que cette organisation soit compétente aussi bien dans le domaine de la navigation aérienne que dans le domaine

143 V. OACI, Note de travail du 19 décembre 2012 présentée par le Secrétariat à l'occasion de la 6ème conférence mondiale de transport aérien s'étant déroulée à Montréal du 18 au 22 mars 2013, "The Way Forward: Action Plan For The Implementation Of An Improved Regulatory Framework", ATConf/6-WP24 ; OACI, Note de travail du 1^{er} février 2013 présentée par le Royaume de Bahreïn au nom de la Commission arabe de l'aviation civile de la 6ème conférence mondiale de transport aérien s'étant déroulée à Montréal du 18 au 22 mars 2013, "Elaboration d'une annexe 20 à la Convention relative à l'aviation civile internationale", ATConf/6-WP/27.

144 LEE (J.W.), 2013, "Revisiting Freedom of Overflight in International Air Law: Minimum Multilateralism in International Air Transport", préc. p. 353.

du transport aérien international, ses différents organes n'ont que des pouvoirs normatifs limités dans ce second domaine. Cela oblige donc à préciser l'étendue de ses pouvoirs¹⁴⁵ dans le domaine climatique au vu de la distinction précédemment soulignée entre la *prévention* et la *correction* des émissions aériennes de GES¹⁴⁶.

A ce titre, et puisque cela relève du droit de la navigation aérienne, l'OACI a en son pouvoir l'adoption de normes contraignantes dans la perspective d'une réduction technique et opérationnelle – et donc *préventive* – des émissions de GES¹⁴⁷. Elle ne peut à l'inverse qu'inciter ses États membres à adopter une réglementation économique – et donc *fondée sur le marché* – visant le même objectif d'atténuation de l'incidence de l'aviation civile internationale sur les changements climatiques puisque cela relève du droit du transport aérien international. C'est ce que J. LUI semble indiquer en affirmant que

ICAO has technical competence in regulating aviation emissions and has adopted SARPs on aircraft engine emissions. However, climate change is an issue which involves much more than technical concerns and the effectiveness of the ICAO's technical standards on aircraft engine emissions is arguable in any event¹⁴⁸.

76. L'analyse de la pratique renforce cette approximation théorique des pouvoirs de l'OACI dans le domaine climatique. Cette organisation n'est en effet toujours pas parvenue à adopter, sous la forme d'une annexe à la convention de Chicago, une mesure *fondée sur le marché* dans le domaine des émissions aériennes de GES. Il est vrai que la décision, par la résolution A39-3, de la mise en œuvre à partir de 2021 du CORSIA exige du Conseil de l'OACI l'adoption prochaine de standards pour la mise en place du système MRV et des EUC¹⁴⁹. L'interprétation de cette architecture normative de la solution *mondiale et fondée sur le marché* actuellement envisagée par la Communauté aérienne internationale n'est donc pas sans incidence sur la lecture des spécificités du droit international de l'aviation civile et fera ainsi l'objet d'une attention spécifique dans le cadre de ce travail de recherche¹⁵⁰. Mais à l'heure actuelle, aucun standard annexé à la convention de Chicago n'est le support d'une mesure *fondée sur le marché*.

145 Sur la distinction entre la notion de "compétence" et de "pouvoir" des organisations internationales, v. *supra*, n°71.

146 V. *supra*, n°14 et 15.

147 Adoption effectuée via l'annexion de nouveaux SARPs à la convention de Chicago : "although it is not suitable to be the sole delegated aviation emissions, ICAO has a technical role in setting emissions standards on aircraft". V. LUI (J.), 2011, "The Role of ICAO in Regulating the Greenhouse Gas Emissions of Aircraft", *Carbon & Climate L. Rev.*, vol. 4, p. 426.

148 *Ibid.*, p. 431.

149 V. OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pts 20 (a) et 20 (c). Pour une explication de ces éléments techniques indispensables à la mise en œuvre du CORSIA, v. *supra*, n°39.

150 V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

Constatant que l'OACI est à l'inverse parvenue à adopter une réglementation technique et opérationnelle, efficace et efficiente, dans le domaine des nuisances sonores et de la qualité de l'air¹⁵¹, certains s'étaient d'ailleurs interrogés sur la volonté d'agir de l'organisation onusienne dans le domaine climatique. Il s'agit donc de redonner ici quelques crédits à l'OACI sur le terrain du CO₂. En soulignant le rattachement des mesures *fondées sur le marché* au droit du transport aérien international, l'absence d'annexe à la convention de Chicago sur cette question de la *correction* des émissions aériennes de GES est en effet non seulement excusable, mais également inévitable, de par les limites existantes aux pouvoirs normatifs de ses principaux organes. A l'inverse, les mesures à prendre en matière de nuisances sonores et de qualité de l'air restant jusqu'à aujourd'hui exclusivement techniques ou opérationnelles, et se trouvant donc rattachées au droit de la navigation aérienne, les organes de l'OACI avaient tout le loisir d'agir normativement par l'intermédiaire de règles contraignantes annexées à la convention de Chicago.

77. A titre de remarque conclusive, une analyse de droit comparé, liée à l'extension de la compétence environnementale de l'OMI¹⁵², est intéressante. Dans un cadre dépassant le débat spécifique de la distinction entre la *prévention* et la *correction* des émissions de GES, une première question surgit d'ailleurs à la lecture du but assigné à l'OMI en matière environnementale¹⁵³ : la "*pollution des mers par les navires*", ou "*pollution du milieu marin*", englobe-t-elle également la problématique spécifique de la pollution de l'atmosphère par les navires ? L'atmosphère ne fait en effet pas, très logiquement, partie du milieu marin. Répondant à cette première interrogation, les développements normatifs sous l'égide de l'OMI ont néanmoins choisi d'associer ces deux types de pollution sous la forme de diverses annexes à une convention adoptée le 2 novembre 1973 : la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (ci-après convention MARPOL)¹⁵⁴.

Revenant maintenant sur la question de la distinction entre le domaine de la *prévention* et celui de la *correction*, le champ d'application de la 6^{ème} annexe à cette convention MARPOL, entrée en vigueur le 19 mai 2005, se limite aux règles relatives à la *prévention* de la pollution de l'atmosphère par les na-

151 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 16.

152 Institution spécialisée des Nations Unies en charge de la sécurité et de la sûreté des transports maritimes, dont le mandat englobe également la prévention de la pollution des mers et de l'atmosphère par les navires. V. Convention portant création de l'Organisation maritime internationale, signée à Genève le 6 mars 1948 (entrée en vigueur le 17 mars 1958), RTNU, vol. 289, p. 3.

153 V. Convention portant création de l'OMI, 1948, préc. Art.1 (a).

154 Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL), signée à Londres le 2 novembre 1973 (entrée en vigueur le 2 octobre 1983) et telle que modifiée par le Protocole de 1978, RTNU, vol. 1340, p. 1341 (convention MARPOL)

vires¹⁵⁵. Le terme "préventif" est d'ailleurs explicitement utilisé dans le titre de cette annexe. La réglementation de l'OMI vise ainsi, par le biais de cette annexe à la convention MARPOL, la réduction de la consommation de carburant par l'intermédiaire de mesures concernant l'amélioration de la conception et de la taille des navires ou de mesures améliorant les opérations de transport maritime. Faut-il en déduire que cette annexe ne s'intéresse qu'à la *prévention* de la pollution, et ne peut donc intégrer une régulation *corrective* aux émissions de GES par les navires en charge du transport maritime international ? Et en cas de réponse affirmative à cette première question, cette annexe reflète-t-elle, à l'instar des développements normatifs sous l'égide de l'OACI, une limitation du champ de compétence de l'OMI au domaine de la *prévention* des émissions ? Difficile de répondre à ces questions lorsque l'on observe que l'OMI ne semble toujours pas reconnaître la nécessité d'une action *corrective* en matière d'émissions de GES et n'est donc pas prête à dévoiler une stratégie normative répondant à un éventuel objectif de *correction*¹⁵⁶.

78. *Conclusion.* Séparant le droit international de l'aviation civile – en tant qu'ordre juridique fonctionnel – en deux branches spécifiques, la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international vient ainsi de livrer ses tout premiers enseignements. Essentiels à la démonstration proposée tout au long de ce travail de recherche, ces développements préliminaires restent d'ordre théorique. L'analyse des problématiques juridiques liées à la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES permettra néanmoins de révéler l'aide qu'apporte une application rigoureuse de cette distinction à la clarification des débats actuels.

CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

79. La délimitation en trois phases, effectuée par G. WINTER, de l'histoire de la prise en compte de la donnée environnementale par le droit international de l'aviation civile, résume assez bien l'importance de la distinction soulignée dans ce chapitre préliminaire entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien. La toute première phase se trouve caractérisée par une simple prise en compte de l'impact environnemental de l'activité aérienne lors de la période historique de l'organisation publique du transport aérien et de la régulation gouvernementale stricte de l'aviation civile internationale. Elle est assez rapidement suivie par une seconde étape où le poids des mesures

155 Bien qu'initialement limitée aux émissions d'oxyde de soufre et d'oxyde d'azote ainsi qu'aux émissions de substances appauvrissant la couche d'ozone, cette annexe a progressivement vu son champ d'application s'élargir afin d'intégrer la prévention des émissions de GES par les navires en charge du transport maritime international.

156 Pour une poursuite de cette analyse comparative. V. *infra*, n°286.

technologiques, liées au droit de la navigation aérienne, se manifeste dans une période où la libéralisation du transport aérien s'établit en tant que priorité de l'agenda international. L'accent est à ce titre mis sur une réglementation *préventive* dans le cadre du droit de la navigation aérienne.

La troisième étape serait alors caractérisée quant à elle par le fait que les *"technical improvements of the airplanes are not enough, and alternative ways must be sought which actually reduce the overall quantity of air transport"*¹⁵⁷. La difficulté réside néanmoins aujourd'hui dans le refus exprimé par l'ensemble des acteurs de la Communauté aérienne internationale d'une telle politique de "décroissance" du transport aérien international¹⁵⁸. Les réflexions ont alors surfé sur la vague du développement durable¹⁵⁹ en proposant de soumettre le développement de l'activité aérienne aux contraintes relatives d'une telle notion. La solution consiste à ce titre à compléter l'approche *préventive* par une logique environnementale *corrective*, tout en limitant au maximum les conséquences d'une telle combinaison sur la croissance économique de ce secteur. De cet objectif découle ainsi la recherche d'une mesure *corrective* spécifique aux émissions aériennes de GES. La mesure envisagée, lorsqu'elle se trouve *fondée sur le marché*, ne peut alors qu'être rattachée au droit du transport aérien international, ce qui ne manque pas d'impliquer un pouvoir normatif limité de l'organisation en charge du développement de l'aviation civile internationale. Le succès de l'entreprise ne peut alors que dépendre de la conformité de ladite solution aux spécificités *matérielles* et *institutionnelles* de l'ordre juridique au sein duquel elle souhaite prendre racine.

157 WINTER (G.), 1996, "On Integration of Environmental Protection into Air Transport Law: A German and EC Perspective", préc.

158 A ce sujet, v., notamment, COMPAGNON (D.), 2015, "L'OACI et la "crise" de l'ETS aérien européen : conflit de normes, d'agendas et d'intérêts", préc., p. 11 : *"parler de « décroissance » ou même de « mesures de contrôle de la demande » est un bon moyen de faire sortir de ses gonds le plus policé des interviewés. Que le trafic aérien doive croître, avec le moins d'entraves possibles, est une croyance partagée à la fois par les autorités de régulation, les officiels de l'OACI et l'industrie"*.

159 "Correctement formulé, le droit au développement n'existe (...) pas en un sens absolu, mais reste toujours relatif par rapport à ce que l'environnement tolère. Ainsi précisé, le droit au développement fait clairement partie du droit international moderne. On l'appelle de façon concise le développement durable". Opinion individuelle du juge M. WEERAMANTRY dans l'affaire CIJ, Arrêt du 25 septembre 1997, Projet Gabèikovo-Nagymaros (Hongrie/ Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997, p. 7. (Affaire du Projet Gabèikovo-Nagymaros), p. 92.