Universiteit
Leiden
The Netherlands

# Les mesures correctives des émissions aériennes de gaz à effet de serre : contribution à l'etude 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'etude 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'etude des interactions entre les ordres juridiques en droit international public
**Issue Date**: 2017-11-16

# 1 Une reconnaissance imparfaite de la différenciation climatique

*191.* La genèse du principe CBDR remonte au début des années 1970. Ce principe a plus précisément émergé des discussions qui se sont déroulées dans le cadre de la conférence de Stockholm de 1972. Comme l'indique en effet K. BARTENSTEIN,

> le droit a réagi aux inégalités économiques par le développement du concept de traitement différencié au regard des obligations conventionnelles respectives des États. Depuis les années 1970, une conscience environnementale s'est ajoutée à la conscience économique et sociale de la communauté internationale. C'est dans ce contexte que le concept des "responsabilités communes mais différenciées" a été formulé[1].

Le concept a ensuite connu sa consécration en droit international de l'environnement[2] de par son intégration aux principes de la Déclaration de Rio. Le 7ème de ces principes est formulé de la façon suivante :

> étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent[3].

---

1 BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 177.

2 Pour une analyse d'ensemble du principe en droit international de l'environnement, v., notamment, HONKONEN (T.), 2009, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements. Regulatory and Policy Aspects*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 410 p. ; STONE (C.), 2004, "Common but Differentiated Responsibilities in International Law", préc. ; BOYTE (R.), 2010, "Common but Differentiated Responsibilities – Adjusting the 'Developing' / 'Developed' Dichotomy in International Environmental Law", préc.

3 Déclaration de Rio, 1992, préc., Principe 7.

Quant à la branche climatique de ce droit international de l'environnement,

> la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques n'est pas en reste en reprenant non seulement la sémantique des "responsabilités communes mais différenciées", mais en en faisant aussi le pivot de l'ensemble du régime relatif aux changements climatiques[4].

*192.* Cette exigence de différenciation climatique a été progressivement intégrée, non sans résistance, au droit international de l'aviation civile (*1*). Les propositions de mesures *fondées sur le marché* reflétant cette exigence se sont alors retrouvées confrontées à la revendication d'un principe de non-discrimination aérienne qualifié de principe directeur du droit international de l'aviation civile (*2*). Un débat sur l'existence d'un conflit de normes a ainsi vu le jour, un débat dont la résolution conditionne toujours aujourd'hui une mise en œuvre effective de la mesure adoptée par la 39ème session de l'Assemblée de l'OACI[5].

## 1. UNE EXIGENCE INTÉGRÉE AU DROIT INTERNATIONAL DE L'AVIATION CIVILE

*193.* Si de façon générale, les États en développement ont dès l'origine refusé, et refusent toujours, de payer pour les externalités négatives associées au développement économique passé de leurs homologues – homologues aujourd'hui qualifiés d'États développés –, il n'est pas surprenant que ces mêmes États en développement, dans l'enceinte spécifique de l'OACI, refusent également aujourd'hui de conditionner le développement de leurs compagnies aériennes à des mesures visant la réduction des émissions de GES. Ce groupement d'États ne pouvait à ce titre qu'appeler de ses vœux une application du principe CBDR dans le cadre du droit international de l'aviation civile.

*194.* Comprendre le succès de cette démarche, justifiant l'émergence d'une exigence de différenciation climatique associée aux mesures *fondées sur le marché* dans le cadre du droit international de l'aviation civile, implique néanmoins d'identifier ce principe dans son cadre juridique d'origine (*1.1*), avant de s'intéresser à son intégration progressive au sein de ce droit international de l'aviation civile (*1.2*).

---

4 BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 190. Pour une analyse du principe dans le cadre spécifique du droit international des changements climatiques, v., notamment, BUSHEY (D.), JINNAH (S.), 2010, "Evolving Responsibility? The Principle of Common but Differentiated Responsibility in the UNFCCC", préc. ; LAM (V.), 2010, "Les enjeux juridiques de l'intégration des pays en développement dans le régime climatique post-Kyoto", *RQDI*, vol. 23, n°1, p. 31 et s.

5 V. OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 5.

### 1.1. La différenciation climatique : une exigence associée aux mesures *fondées sur le marché*

*195.* Le recours au traitement différencié, "*technique juridique qui consiste à moduler les obligations conventionnelles des États en fonction du niveau et des besoins de leur développement*"[6], n'est pas chose rare au sein des différents ordres juridiques constitutifs du droit international public. Le droit de l'OMC en offre une très belle illustration[7]. L'utilisation de cette technique revêt néanmoins un sens tout à fait particulier en droit international de l'environnement lorsque l'on constate qu'elle s'est matérialisée sous la forme d'un principe directeur de la branche climatique : le principe CBDR. L'utilisation de cet acronyme, bien que d'apparence commode, est source de confusion car il ne se réfère qu'à la première partie de l'expression initialement adoptée afin de matérialiser le principe d'un traitement différencié en droit international de l'environnement. Il est en effet nécessaire d'appliquer dans un certain nombre d'hypothèses le principe des "responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives" lorsque l'acronyme CBDR se contente d'accentuer l'importance des "responsabilités communes mais différenciées"[8].

*196.* Gardant cela à l'esprit, et afin de revenir au cadre spécifique de ce travail, il est essentiel de se pencher sur la valeur normative générale de ce principe (*A*) avant de s'intéresser à son sens et à sa portée spécifiques en droit international des changements climatiques (*B*).

#### *A. Le principe CBDR : pilier normatif du droit international des changements climatiques*

*197.* "*One of the most conspicuous aspects of the 1992 United Nations Conference on Environment and Development was the international community's endorsement of differentiated responsibilities between developed and developing Sates*"[9]. À la différence du principe "pollueur-payeur", le principe CBDR a en effet intégré le droit conventionnel, dès 1992, en se retrouvant parmi les principes listés à l'article 3 de la CCNUCC :

---

6 BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 180.

7 V. *infra,* n°217.

8 Pour une analyse des implications concrètes, en droit international de l'aviation civile, de ce raccourci, v. *infra,* n°211.

9 FRENCH (D.), 2000, "Developing States and International Environmental Law: The importance of Differentiated Responsibilities", préc., p. 35 et 36.

> il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et *en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives*. Il appartient, en conséquence, aux pays développés parties d'être à l'avant garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes[10].

Cinq années plus tard, le protocole de Kyoto, n'attribuant d'engagements chiffrés qu'aux seuls États parties à l'annexe I de la CCNUCC[11], et donc aux seuls États qualifiés de "développés", n'est d'ailleurs que le reflet d'un tel principe[12]. Son préambule souligne à ce titre que les Parties au protocole restent guidées par l'article 3 de la CCNUCC, et donc par le principe CBDR. Le développement continu du droit international des changements climatiques participe ensuite à la consolidation de ce principe. L'exigence de différenciation climatique a ainsi été rappelée lors des conférences successives des parties à la CCNUCC, et elle a trouvé une place de premier choix au mois de décembre 2016 au sein de l'accord de Paris ayant pour objectif de remplacer le protocole de Kyoto en 2020. L'article 2, paragraphe 2, indique à ce titre que "*le présent Accord sera appliqué conformément à l'équité et au principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents*"[13].

*198.* La valeur normative d'un tel principe en sort ainsi renforcée, bien que cette question reste l'objet de quelques débats[14]. Si l'on s'accorde aujourd'hui à reconnaître au principe CBDR le qualificatif de principe directeur du droit

---

10 CCNUCC, 1992, préc., Art. 3(1) (souligné par nous). Ce principe se retrouve également aux principes 6 et 7 de la déclaration de Rio, ce dernier affirmant que "*les États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Etant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent*". V. Déclaration de Rio, 1992, préc., Art. 6 et 7.

11 Pour une liste de ces États, v. CCNUCC, 1992, préc., Annexe I.

12 "*C'est (…) le Protocole de Kyoto de 1997 qui est certainement le plus communément associé au concept des responsabilités communes mais différenciées et à la technique du traitement différencié*". BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 191.

13 Accord de Paris, 2015, préc., Art. 2(2). L'article 4(4) précise la portée de ce principe en indiquant que "*les pays développés parties continuent de montrer la voie en assumant des objectifs de réduction des émissions en chiffres absolus à l'échelle de l'économie. Les pays en développement parties devraient continuer d'accroître leurs efforts d'atténuation, et donc être encouragés à passer progressivement à des objectifs de réduction ou de limitation des émissions à l'échelle de l'économie eu égard aux contextes nationaux différents*". V. Accord de Paris, 2015, préc., Art. 4(4).

14 V. SCOTT (J.), RAJAMANI (L.), 2012, "EU Climate Change Unilateralism: International Aviation in the European Emissions Trading Scheme", *EJIL*, vol. 23, n° 2, p. 477.

international des changements climatiques, il faut en effet noter les précautions imposées par les États-Unis lors la rédaction finale de l'article 3 de la CCNUCC afin d'éviter toute participation à l'émergence d'une nouvelle norme coutumière. Un chapeau précède en effet l'énoncé du principe, précisant que ce dernier n'est là que pour guider les États parties à la convention, et que le terme "*Parties*" a été préféré à celui d'États. La présence de l'expression "*entre autres*" peut également être soulignée afin d'indiquer que les États parties peuvent prendre en compte d'autres principes que ceux listés au sein de l'article 3. Ainsi, et selon D. BODANSKY,

> these three modifications were intended to forestall arguments that the principles in Article 3 are part of customary international law and bind states generally. Instead, the principles clearly apply only to the parties and only in relation to the Convention, not as general law[15].

Les États parties à la CCNUCC – 197 à ce jour – étant tous membres de l'OACI et donc parties à la convention de Chicago, à l'exception tout de même notoire de l'Union européenne puisque la convention de Chicago ne permet toujours pas aux organisations régionales d'accéder au statut de membre de l'OACI[16], le débat quant à l'éventuelle consolidation coutumière du principe n'apparaît néanmoins pas essentiel dans le cadre de ce travail[17]. La consolidation conventionnelle du principe CBDR au sein de la CCNUCC suffit en effet à lui reconnaître, dans le cadre spécifique du droit international des changements climatiques, force contraignante[18].

---

15 BODANSKY (S.), 1993, "The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary", *Yale J. Int'l l.*, vol. 18, p. 502. Une grande partie de la doctrine semble d'ailleurs s'accorder à refuser au principe CBDR le statut de norme coutumière. V., par exemple, BIRNIE (P.), BOYLE (A.), REDGWELL (C.), 2009, *International Law and the Environment*, 3ème éd., Oxford, Oxford University Press, p. 160 ; STONE (C.D.), 2004, "Common but Differentiated Responsibilities in International Law", préc., p. 281 ; CULLET (P.), 1999, "Differential Treatment in International Law: Towards a New Paradigm of Inter-state Relations", *EJIL*, vol. 10, n°3, p. 579 ; LAVALLEE (S.), 2010, "Le principe des responsabilités communes mais différenciées à Rio, Kyoto et Copenhague : Essai sur la responsabilité de protéger le climat", *Etudes internationales*, vol. 41, n°1, p. 61 et 62.

16 Sur l'implication d'un tel constat, v. *infra*, n°408.

17 Pour une réflexion à partir des divers positions doctrinales, v., notamment, RAJAMANI (L.), 2006, *Differential Treatment in International Environmental Law*, *op. cit.*, p. 158 et s.

18 A ce titre, et comme le suggère K. BARTENSTIEN, "*il faut se demander si la place du débat sur la nature juridique des responsabilités communes mais différenciées est méritée. Un regard sur la pratique conventionnelle confirme que les États recourent très souvent au traitement différencié dans le but de rétablir un tant soit peu les iniquités, que la motivation soit juridique ou praticomorale. Une des raisons de l'existence du débat est probablement le réflexe de la doctrine juridique environnementale à s'interroger sur la nature juridique des principes de la Déclaration de Rio, certainement parce que certains principes appartiennent à la catégorie de normes coutumières et peut-être parce que le terme « principe », qui précède chaque énonciation, suggère cette qualification*". V. BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des res-

*199.* La question de la valeur normative du principe dans le cadre du droit international des changements climatiques étant résolue, une analyse centrée sur les implications d'un tel principe au sein du droit international de l'aviation civile ne peut néanmoins se dégager, à titre préalable, de l'exercice délicat de sa définition.

### B. *Le principe CBDR : pilier instable du droit international des changements climatiques*

*200.* Si l'analyse de la valeur normative n'a posé que peu de difficultés, la recherche du sens et de la signification du principe CBDR est, à l'inverse, source de nombreuses discussions[19]. Associant ce principe au principe d'équité[20], certains auteurs affirment d'ailleurs qu'il n'a jamais donné lieu à une définition précise[21]. Les concepteurs du principe semblent avoir eux-mêmes évité de poser une définition précise, peut être conscients que l'ambiguïté joue souvent en faveur de l'acceptation initiale et de la survie postérieure des règles de droit naissantes dans le cadre du droit international de l'environnement.

Cette ambiguïté n'est néanmoins pas sans conséquence. La recherche des implications concrètes à l'application du principe se matérialise à ce titre comme l'épicentre des obstacles à l'adoption de mesures environnementales dans les divers domaines de l'activité économique internationale. Il apparaît donc important d'approcher une définition de ce principe en droit international des changements climatiques afin de connaître ses éventuelles implications lors de la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES.

*201.* A l'instar de la remarque effectuée dans le cadre du principe "pollueur-payeur"[22], il convient alors, et tout d'abord, d'envisager la notion de responsabilité dans une acceptation particulièrement large. A ce titre,

---

ponsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 200.

19 Sur le sujet, v., notamment, FRENCH (D.), 2000, "Developing States and International Environmental Law – The importance of Differentiated Responsibilities", préc. p. 35 et s. ; RAJAMANI (L.), 2000, "The Principle of CBDR and the Balance of Commitments under the Climate Regime", préc., p. 120 et s.

20 "*Au regard des inégalités tant relatives à la contribution aux problèmes environnementaux que relatives aux capacités d'y répondre, l'équité commande de ne pas traiter tous les États sur un pied d'égalité*". BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 209.

21 V., notamment, BUSHEY (D.), JINNAH (S.), 2010, "Evolving Responsibility? The Principle of Common but Differentiated Responsibility in the UNFCCC", préc., p. 1 ; STONE (C.D.), 2004, "Common but Differentiated Responsibilities in International Law", préc., p. 276.

22 V. *supra,* n°124.

> le choix, dans le principe 7 de la Déclaration de Rio, du terme « responsabilité » porte à confusion dans la mesure où il est généralement réservé, en droit international général, au concept bien particulier de la responsabilité étatique. Or, un regard sur ce régime indique qu'il ne peut être fait référence à ce type de responsabilité par le principe 7[23].

K. BARTENSTEIN poursuit en indiquant que *"la responsabilité prévue au principe 7 se conçoit plutôt au sens moral du terme et constitue un type de responsabilité* sui generis*, propre au droit international de l'environnement"*[24]. Si, par application du principe "pollueur-payeur", ce dernier se trouve responsable, au sens financier, de la pollution qu'il cause, les États seraient à leur tour responsables, au sens moral et par application du principe CBDR, des émissions anthropologiques de GES. A ce titre, il est également courant de distinguer ce qui relève, par référence au principe CBDR, de la responsabilité future des États soumis à son application, de ce qui relèverait d'une responsabilité historique de ces mêmes États. Cela permet d'éviter une interprétation trop contraignante du principe à l'égard des États développés[25].

*202.* S'il n'y a pas reconnaissance de la responsabilité des États au sens juridique du terme, et donc de rattachement du principe CBDR aux catégories de la responsabilité civile ou délictuelle encadrées par de nombreux droit nationaux, le principe a néanmoins de nombreuses traductions juridiques qu'une définition précise des termes "commune" et "différenciée" permet d'approcher. A ce titre, un certain consensus s'est d'ailleurs consolidé autour de l'essence juridique du principe. Il est ainsi d'usage de séparer l'existence d'une responsabilité "commune" avant de s'attacher aux conséquences d'une responsabilité "différenciée".

Il s'agit donc, et tout d'abord, d'accoler à cette acceptation large de la responsabilité la notion de "commun" dans le sens que *"all States bear a common, inter-generational obligation to protect the climate system as a whole"*[26]. A ce titre, un lien semble évident avec l'un des seuls principes du droit international de l'environnement ayant accédé, sans que le doute ne soit aujourd'hui permis, au domaine convoité du droit international général : le principe d'une

---

23 BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 193.

24 *Ibid*., p. 194.

25 V., notamment, Nations Unies, 1992, Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, A/CONF.151/26, vol. 4, disponible à http://www.un.org/documents/ga/conf151/french/aconf15126-4f.htm (consulté le 21 juin 2017).

26 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit*., p. 53. V., également, WOLFRUM (R.), 2000, "International Environmental law: Purpose, Principles and Means of Ensuring Compliance", in *International, Regional and National Environmental Law*, F. MORRISON AND R. WOLFRUM (dir.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law, p. 26.

utilisation non dommageable du territoire[27]. Plus récemment, l'apparition des notions de "bien commun", de "patrimoine commun" et de "préoccupation commune à l'humanité"[28], guidant dans une certaine mesure l'ensemble du droit international de l'environnement, permet également d'appréhender l'importance d'une responsabilité "commune" des destinataires principaux de ce droit[29]. Quant à la responsabilité "différenciée", le principe implique que les États qualifiés de "développés" soient "*à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes*"[30], ce qui n'est pas sans soulever de nombreuses discussions sur la légitimité et la pertinence, à l'avenir, d'une telle différenciation[31]. Dans une approche néanmoins strictement juridique, il faut, quoi qu'il en soit, noter "*que l'expression "responsabilités différen-*

27 Ce principe, solennellement proclamé par les conférences de Stockholm (principe 21) et de Rio, se trouve directement lié au principe de la souveraineté territoriale permanente des États sur leurs ressources naturelles dont il atténue le caractère absolu. Ce lien direct avec le principe de souveraineté territoriale explique certainement sa reconnaissance en tant que principe de droit coutumier, une force normative confirmée par la CIJ dans son consultatif de 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. V. CIJ, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, préc., pt. 29.

28 Au sujet de ces notions, v., notamment, BASLAR (K.), 1998, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Leiden, Brill/ Nijhoff, 464 p. ; KISS (A.C.), 1982, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", *RCADI*, vol. 175, p. 99 et s. ; TIMOSHENKO (A.), 1995, "From Stockholm to Rio: The Institutionalisation of Sustainable Development", in *Sustainable Development and International Law*, W. LANG (dir.), Dordrecht, Springer, p. 154. Il faut néanmoins noter que la notion de "patrimoine commun de l'humanité" est loin de faire l'unanimité en droit international. Son champ d'application se trouve réduit aux grands fonds marins, à la Lune et aux corps célestes, à l'orbite des satellites géostationnaires et aux spectres des fréquences radioélectriques. Comme le souligne M.-C. SMOUTS, "*le reste est de l'ordre de l'incantation et n'engage pas les États, ou bien fait l'objet de déclarations peu contraignantes, telle la liste des biens inscrits au patrimoine culturel et naturel de l'Unesco, et, plus récemment, le génome humain*". V. SMOUTS (M.-C.), 2005, "Du patrimoine commun de l'humanité aux biens publics globaux", in *Patrimoines naturels au Sud : territoires, identités et stratégies locales*, M.C. CORMIER SALEM, D. JUHÉ-BEAULATON, J. BOUTRAIS, B. ROUSSEL (dir.), Paris, p. 54.

29 "*Despite the fact that such principles as « common concern » and « common interest » do not enjoy a « common interpretation », both North and South have recognised a common responsibility for solving global environmental issues*". FRENCH (D.), 2000, "Developing States and International Environmental Law: The importance of Differentiated Responsibilities", préc., p. 45 et 46.

30 CCNUCC, 1992, préc., Art. 3 (1). A ce titre, "*common responsibility may provide the basis for international action, but it is the concept of differentiation which will hopefully promote the efficacy of such action*". V. FRENCH (D.), 2000, "Developing States and International Environmental Law – The importance of Differentiated Responsibilities", préc., p. 46.

31 R. STAVINS précise à ce titre que les États en développement "*are likely to account for more than half of global emissions by the year 2020, if not before*". V. OLMSTEAD (S.) STAVINS (R.), 2006, "An International Policy Architecture for the Post-Kyoto Era", *American Economic Review*, vol. 96, p. 35.

*ciées" renvoie en réalité à des "obligations différenciées""*[32]. En ce sens, "*l'expression "responsabilités différenciées" irrite dans la mesure où une "différenciation" des responsabilités respectives des États est incompatible avec le régime de la responsabilité étatique*"[33]. Tout cela confirme d'ailleurs que la discussion juridique entourant l'application et les implications du principe CBDR se trouve bien loin des mécanismes classiques de la responsabilité des États en droit international.

La traduction concrète d'une combinaison de cette responsabilité commune et de ces obligations différenciées s'observe alors dans l'analyse des obligations découlant du protocole de Kyoto. Seuls certains États contractants, intégrés à la liste de l'annexe I à la CCNUCC[34], se voient en effet attribuer des obligations de réduction effective des émissions de GES : réduction de 5,2% de quatre différents types de gaz à effet de serre sous les niveaux de 1990. A l'inverse, les États qualifiés de "non-annexe I" n'ont pour obligations que le report de leurs émissions, la maintenance d'inventaires nationaux ou la coopération dans l'atteinte des objectifs établis par la convention. Ils ne se voient donc pas attribuer d'obligations chiffrées de réduction. La responsabilité est commune, et chacun se voit donc attribuer un rôle dans la lutte contre l'augmentation des émissions de GES, mais les obligations sont différenciées, et seuls les États à l'origine du développement industriel se voient attribuer des obligations chiffrées de réduction. A ce titre, et reprenant ici la conclusion de J. SCOTT et L. RAJAMANI, le principe "*is a key component of international climate change law and while its meaning and implications remain contested and vague, it makes it clear that developed countries should take the lead in addressing the causes and effects of climate change*"[35].

*203.* Comme précédemment indiqué, la notion de "capacités respectives", dernière partie du principe, est quant à elle fréquemment, et peut être volontairement, oubliée. Son importance est pourtant fondamentale dans le domaine de l'aviation civile internationale[36]. Elle fera ainsi l'objet d'une analyse spécifique[37]. Un tel oubli souligne néanmoins la création, depuis l'apparition du principe CBDR, d'un paradigme aujourd'hui difficilement contournable : celui d'une division bipolaire du monde entre la catégorie des États développés

32 BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 197.

33 *Ibid*., p. 196.

34 Pour une liste de ces États, v. CCNUCC, 1992, préc., Annexe I.

35 SCOTT (J.), RAJAMANI (L.), 2012, "EU Climate Change Unilateralism: International Aviation in the European Emissions Trading Scheme", préc., p 469.

36 "*The two measures of responsibility identified in the principle, namely contributions to climate change and capacity to solve the climate change problem, guide the division of responsibilities between States in an effective and equitable manners*". RAJAMANI (L.), 2000, "The Principle of CBDR and the Balance of Commitments under the Climate Regime", préc., p. 130.

37 V. *infra,* n°211.

et celle des États en développement. *Quid* donc de la place d'États tels que la Chine, l'Inde ou le Brésil[38] ? Le classement des États en fonction de leur développement économique et de leur capacité respective est à ce titre soumis aujourd'hui à d'importantes discussions, ce qui ne manque pas d'impacter les discussions relatives aux réductions des émissions de GES.

*204. Conclusion*. Faisant écho à l'analyse centrée sur la source d'une responsabilité *corrective* des compagnies aériennes conceptualisée par le principe "pollueur-payeur"[39], l'analyse de l'encadrement de la responsabilité des États d'immatriculation de ces compagnies permet ainsi de constater la consolidation au sein du droit international des changements climatiques d'un second principe essentiel à appréhender dans le cadre ce travail : le principe CBDR. Cet écho est néanmoins quelque peu dissonant. En effet, et à l'inverse du principe "pollueur-payeur", une conclusion sur la valeur normative du principe CBDR se dégage assez aisément, alors que la recherche du sens et de la signification du principe CBDR renferme les principales difficultés. Il est néanmoins possible de conclure sur une division de la responsabilité selon le schéma suivant :

> industrial countries have the primary (but not exclusive) responsibility to mitigate climate change and developing countries have the primary (but not exclusive) responsibility to achieve sustainable development coupled with adaptation to adverse effects of climate change. Further, parties are required to co-operate with each other in the achievement of each objective, in accordance with their 'respective capabilities'[40].

L'étape suivante, et nécessaire, au constat d'un hypothétique conflit de normes entre ce principe CBDR et un principe de non-discrimination spécifique au droit international de l'aviation civile, suit également les traces de l'analyse effectuée dans le cadre du principe "pollueur-payeur". Il s'agit en effet, à présent, de constater l'intégration progressive de ce principe CBDR au sein de ce droit international de l'aviation civile.

---

38 V., notamment, BORTSCHELLER (M.J.), 2010, "Equitable but ineffective: How the Principle of Common but Differentiated Responsibilities Hobbles the Global Fight Against Climate Change", préc., p. 53 : "*one option would be to create a third distinct category for China and other similarly-situated countries like India and Indonesia. This category would require emerging economies to reduce emissions to a lesser degree than developed nation, but their commitment would increase over time as the emerging economies attain developed nations status*".

39 V. *supra*, n°121 à 132.

40 RAJAMANI (L.), 2000, "The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime", p. 130.

### 1.2. La différenciation climatique : une intégration progressive au sein du droit international de l'aviation civile

*205.* Reprenant ici les conclusions liées à l'application implicite du principe d'intégration par le droit international de l'aviation civile[41], l'OACI a dès l'origine inscrit ses initiatives climatiques dans le cadre des principes directeurs du droit international des changements climatiques. A l'inverse du principe "pollueur-payeur", dont l'intégration s'est progressivement effectuée sans résistance apparente des États membres de l'OACI[42], l'intégration du principe CBDR ne pouvait néanmoins que rencontrer l'opposition des États ne bénéficiant aucunement de son application. A ce titre, l'argument d'un "*isolement clinique*"[43] du droit international de l'aviation civile, afin d'affirmer que les normes adoptées dans le cadre de ce dernier n'ont pas à respecter les principes issus d'une autre branche juridique du droit international public, a naturellement trouvé sa place dans le débat.

*206.* Démontrer l'intégration actuelle du principe CBDR à l'heure d'une discussion sur les solutions *correctives* aux émissions aériennes de GES exige donc d'écarter cet argument (*A*), une démarche néanmoins facilitée par une assimilation progressive de ce principe par l'OACI (*B*).

#### *A. L'attribution par le protocole de Kyoto d'un statut d'exception à l'aviation civile internationale*

*207.* Certains États membres de l'OACI s'opposent ouvertement à l'intégration du principe CBDR au sein du droit international de l'aviation civile. Les États-Unis ont ainsi rappelé de manière récurrente qu'ils

> n'estiment pas que les principes de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, notamment le principe de "responsabilités communes mais différenciées et de capacités respectives", s'appliquent à l'OACI, qui est régie par son propre régime juridique[44].

En ce sens, "*the United States has been firm in maintaining the position that the Chicago Convention not only governs climate change discussions at ICAO but also*

41 V. *supra*, n°129 à 133.

42 V. *supra*, n°129 à 133.

43 Expression employée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis-Essence*. V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, distribué le 22 avril 1996 dans l'affaire ORD, 1995-1997, Aff. DS4, préc., p. 19.

44 Réserves formulées par les États-Unis d'Amérique, Résolution A38-18, préc., disponible à http://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/United_States_fr.pdf (consulté le 8 août 2016).

*trumps UNFCCC rules*"[45]. Cette attitude d'un État développé largement responsable des émissions passées et actuelles de GES ne surprend pas. *Prima facie*, elle se trouve d'ailleurs défendable lorsqu'il est remarqué que la revendication d'un traitement différencié en faveur des États en développement se heurte à la philosophie de l'ordre juridique en question. Si ce dernier se trouve basé sur le principe de non-discrimination, à l'instar du système commercial multilatéral, l'intégration d'un principe impliquant l'émergence d'obligations différenciées ne peut en effet que réveiller la résistance de ceux ne bénéficiant aucunement de telles différences de traitement. Si le principe CBDR a pu s'épanouir au sein du droit international des changements climatiques puisqu'il constitue "*l'incitatif capable d'attirer l'adhésion des pays en développement aux accords multilatéraux sur l'environnement*"[46], il ne pouvait donc intégrer le cadre du droit international de l'aviation civile sans opposer de similaires résistances[47]. Il est d'ailleurs révélateur que le bureau juridique de l'OACI semblait lui-même, à l'origine du débat, pencher en faveur d'une imperméabilité du droit international de l'aviation civile aux principes issus de la branche climatique du droit international de l'environnement, affirmant à ce titre que le principe CBDR "*is not binding for the organization*"[48].

A l'inverse, et sans que cela ne puisse une fois de plus surprendre, de nombreux États en développement continuent de soutenir que le principe CBDR se doit de guider l'OACI dans sa recherche d'une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché*[49]. Dans la formulation de sa réserve à l'égard de la résolution A38-18, la délégation Chinoise faisait à ce titre remarquer que "*l'adoption de l'objectif de croissance carboneutre à partir de 2020, sans responsabilités différenciées, fera[it] obstacle au développement futur de l'aviation internationale des pays en développement, qui n'est encore aujourd'hui qu'à ses débuts*"[50]. Elle en déduisait que "*les pays développés devraient montrer l'exemple en prenant des mesures de réduction visant à compenser la croissance des émissions provenant de l'aviation internationale des pays en développement*"[51]. En ce sens, les États en développement soutiennent que la conception des mesures *correctives* des émissions aériennes de GES

45 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit*., p. 50.

46 BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 227.

47 Pour une analyse de la portée du principe de non-discrimination en droit international de l'aviation civile, v. *infra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

48 OACI, Minutes of the Twenty-Second Meeting, Council, 181st Session, ICAO-C-MIN 181/22.

49 V., notamment, la liste des documents OACI constituée par A. PIERA. V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit.,* p. 51, note de bas de page 48.

50 V. Réserve de la Chine au sujet de la Résolution 17/2 de la 38e session de l'Assemblée, Résolution A38-18, préc., disponible à http://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/China_fr.pdf (consulté le 9 août 2016).

51 *Ibid*.

doit tenir compte de leurs propres situations économiques et du développement nécessaire de leurs compagnies aériennes puisque ces dernières n'ont contribué que de manière relativement faible à la situation climatique actuelle[52].

*208.* Au-delà des arguments formulés par les États bénéficiant en pratique d'une application rigoureuse du principe CBDR dans le cadre du droit international de l'aviation civile, une opposition de principe à son intégration au sein d'un tel ordre juridique se heurte également, sur un plan cette fois purement théorique, à l'état actuel du droit international public. En effet, et comme le souligne A. PIERA, si l'on embrasse le point de vue des États-Unis, "*international civil aviation would be a "self-contained regime" completely isolate from other international regimes and principles of international law*"[53]. Cela ne pourrait être justifié que par une lecture très étroite du droit international de l'aviation civile, une lecture qui ne prendrait nullement en compte la place que cet ordre juridique fonctionnel occupe au sein du droit international public et des interactions inévitables qu'il entretient avec les autres branches de ce droit.

Par l'intermédiaire de son article 2, paragraphe 2, il est cependant remarquable que le protocole de Kyoto à la CCNUCC semble attribuer un statut d'exception à l'aviation civile internationale :

> les Parties visées à l'annexe I cherchent à limiter ou réduire les émissions de gaz à effet de serre non réglementées par le Protocole de Montréal provenant des combustibles de soute utilisés dans les transports aériens (…) en passant par l'intermédiaire de l'Organisation de l'aviation civile internationale[54].

Il est donc légitime de se poser les questions suivantes : cet article doit-il être interprété comme un mandat implicite en faveur de l'OACI ou comme la simple reconnaissance de la compétence de cette organisation en matière d'émissions aériennes de GES ? Et si la qualification de mandat se doit d'être rejetée, l'OACI se doit-elle de respecter certains principes étrangers à l'ordre juridique encadrant le développement de l'aviation civile internationale ? L'analyse de la première question – effectuée par la suite puisqu'elle relève de l'étude du titre de compétence climatique de l'OACI[55] – permettra de conclure à l'exclusion d'un mandat en faveur de l'OACI qui obligerait cette dernière à inscrire ses

---

52 Cette assertion n'est néanmoins pas exempte de toute critique. V. *infra,* n°211.

53 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit*., p. 50. Sur la théorie des "*self-contained regimes*", ou régimes juridiques auto-suffisants, v., notamment, SIMMA (B.), PULKOWSKI (D.), 2006, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, vol. 17, n°3, p. 483 et s.

54 Protocole de Kyoto, 1997, préc., Art. 2(2). Pour une analyse spécifique de cet article, dans le cadre des compétences et pouvoirs de l'OACI, v. *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

55 Pour une réflexion sur l'utilisation de la notion de mandat, puis sur l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2 du protocole de Kyoto comme simple reconnaissance de la compétence l'OACI en matière climatique, v. *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

initiatives climatiques dans le cadre juridique posé par la CCNUCC. Il convient donc de se pencher, dès à présent, sur la seconde question.

A ce titre, si un statut d'exception est effectivement attribué au domaine de l'aviation civile internationale par l'intermédiaire de cet article 2, paragraphe 2 du protocole de Kyoto, la CCNUCC est à l'inverse silencieuse sur la place de ce domaine dans la bataille juridique livrée aux changements climatiques qui se profile. L'ordre de bataille juridique se trouve pourtant dans cette convention-cadre, le protocole de Kyoto n'étant, comme son nom l'indique, qu'un protocole d'application. Sur la base de ce constat, il est alors possible d'affirmer, à l'instar de M. ADAM, que si "*ICAO itself is not bound by the UNFCCC, most of its Member States are ; any agreement within ICAO should therefore avoid conflicts with the obligations contracted under the UNFCCC*"[56]. En outre, bien que les objectifs juridiques contraignants de réduction ainsi que les mécanismes spécifiques intégrés dans le dispositif du protocole ne se trouvent pas directement applicables à l'aviation civile internationale[57], les principes énoncés par la CCNUCC le sont, bien qu'il soit légitime de préciser que ces derniers se doivent d'être appliqués *"par l'intermédiaire de l'Organisation de l'aviation civile internationale"*. Enfin, et sans être directement applicables à l'aviation civile internationale, les mécanismes mis en place par le protocole de Kyoto ont influencé la direction prise par l'OACI, notamment concernant sa réflexion sur la mise en œuvre d'un mécanisme d'échange de droits d'émission de GES.

Venant consolider la conclusion tirée de ces remarques préliminaires, l'article 2, paragraphe 2 du protocole de Kyoto n'est applicable qu'aux "*Parties visées à l'annexe I*" de la CCNUCC. L'exclusion de l'aviation civile internationale n'est donc faite qu'à l'encontre des objectifs chiffrés de réduction, et ne peut être étendue à l'ensemble de la branche climatique du droit international de l'environnement[58]. Affirmer le contraire reviendrait à un "*isolement clinique*"[59] du droit international de l'aviation civile. Le protocole rejette lui-même une telle conclusion en indiquant explicitement dans son article 2, paragraphe 1 que le secteur des transports doit être inclus dans les politiques et mesures élaborées afin de promouvoir le développement durable, sans préciser à ce stade une exclusion de l'aviation civile internationale[60]. Dans le cadre spécifi-

56 ADAM (M.), 2011, "ICAO Assembly's Resolution on Climate Change: A 'Historic' Agreement?", *A&SL*, vol. 36, n°1, p. 28.

57 Bien qu'ils ne soient pas applicables à l'activité aérienne internationale, les objectifs contraignants de réduction le sont cependant dans le cadre des activités domestiques de transport.

58 M. ADAM rappelle ainsi que lors des débats précédents la résolution A37-19 de l'Assemblée générale de l'OACI, *"several developing States affirmed that the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Kyoto Protocol formed the basic legal framework within which international aviation's emissions must be addressed"*. V. ADAM (M.), 2011, "ICAO Assembly's Resolution on Climate Change: A 'Historic' Agreement? ", préc., p. 27.

59 Expression employée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis-Essence*. V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, distribué le 22 avril 1996 dans l'affaire ORD, 1995-1997, Aff. DS4, préc., p. 19.

60 Protocole de Kyoto, 1997, préc., Article 2 (1) (a) (vii).

que du principe CBDR, et partant du même constat – celle d'un champ d'application de l'article 2, paragraphe 2 limité aux seuls États "*Parties visées à l'annexe I*" de la CCNUCC – l'article 2, paragraphe 2, de ce protocole ne manque d'ailleurs pas de refléter lui-même, implicitement du moins, cette exigence de différenciation climatique.

Il faut enfin préciser que le protocole de Kyoto est susceptible d'être abrogé, implicitement du moins, au jour de l'entrée en vigueur prévue en 2020 de accord de Paris[61]. Cet accord est, à la différence du protocole de Kyoto, silencieux sur la question des émissions de GES en provenance de l'aviation civile internationale. Sans entrer dès à présent dans les implications d'un tel silence sur la question du titre de compétence de l'OACI dans le domaine climatique[62], ce silence apparaît donc révélateur de l'étanchéité des ordres juridiques fonctionnel que sont le droit international de l'aviation civile et le droit international des changements climatiques face à la question de la nécessaire réduction des émissions de GES. A ce titre, la théorie de l'"*isolement clinique*"[63] du droit international de l'aviation civile, permettant à l'OACI de prendre ses distances avec les principes directeurs du droit international des changements climatiques, ne peut qu'être définitivement rejetée.

*209.* La référence explicite à l'OACI effectuée à l'article 2, paragraphe 2 du protocole de Kyoto laisse-t-elle à cette organisation le choix d'une politique éloignée des principes directeurs du droit international des changements climatiques tels que posés par la CCNUCC, ou l'oblige-t-elle à s'insérer dans le cadre juridique de la CCNUCC et de son principal protocole d'application, et de respecter ainsi le principe CBDR lors de sa recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES ? S'il faut choisir entre ces deux options, la seconde s'impose donc. Elle correspond d'ailleurs à la philosophie d'un droit international de l'aviation civile simple pièce du droit international public et interagissant à ce titre avec les autres pièces de cet ordre juridique afin d'assurer le fonctionnement de cette impressionnante machinerie.

Dépassant les conclusions initiales de son bureau juridique[64], l'OACI penche incontestablement aujourd'hui pour la seconde option. Bien que pour des raisons à premières vue plus politiques que juridiques, elle a en effet choisi d'intégrer les principes directeurs du droit international des changements climatiques au sein de l'ordre international de l'aviation civile. Les obstacles conflictuels liés à l'exigence de différenciation climatique ne peuvent donc pas être contournés par une interprétation favorable de l'article 2, paragraphe 2

61 Accord de Paris, 2015, préc.

62 Sur ce point, v. *infra,* n°324 à 326.

63 Expression employée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis-Essence*. V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, distribué le 22 avril 1996 dans l'affaire ORD, 1995-1997, Aff. DS4, préc., p. 19.

64 V. *supra*, n°207.

du protocole de Kyoto puisque de tels obstacles proviennent *in fine* de l'intégration au sein de droit international de l'aviation civile, par l'OACI elle-même, du principe CBDR. C'est ce qu'il convient à présent de constater.

### *B. L'intégration volontaire de la différenciation climatique par le droit international de l'aviation civile*

*210.* L'Assemblée de l'OACI a attendu sa 36ème session pour introduire explicitement le principe CBDR au sein de ses résolutions. Elle s'y réfère, à l'époque, dans trois des appendices à l'"Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement"[65]. Le préambule à la résolution A38-18, reprenant la même formulation que le préambule à la résolution A37-19[66], reconnaît quant à lui *"les principes et dispositions en matière de responsabilités communes mais différenciées et de capacités respectives"* tout en invitant les États développés à prendre *"les devants dans le cadre de la CCNUCC et du Protocole de Kyoto"*[67]. Quant au préambule des résolutions A39-2 et A39-3, adoptées au mois d'octobre 2016 et exposant la politique permanente et les pratiques de l'OACI dans le domaine des changements climatiques et en matière de régime mondial de mesures basées sur le marché, il ne manque pas de rappeler l'existence de la CCNUCC et de l'accord de Paris[68] tout en "reconnaissant *ses principes en matière de responsabilités communes mais différencies et de capacités respectives, compte tenu des différentes circonstances nationales*"[69].

A la différence de la résolution A37-19, l'Assemblée choisit néanmoins en 2013 et 2016 d'ajouter ce principe à la liste des "*principes directeurs de l'élaboration et de la mise en œuvre de mesures basées sur le marché*"[70]. Cette dernière remarque n'est pas sans importance. Certains auteurs n'ont en effet pas hésité à affirmer que ce passage du préambule au dispositif des résolutions implique un changement de nature du principe au sein de l'ordre international de

65 V. OACI, 2007, Résolutions A36-22, préc., Appendices J, K et L.

66 OACI, 2010, Résolution A37-19, préc., Préambule, Considérant n°10. Pour une analyse de la problématique des "responsabilités communes mais différenciées" au sein de la résolution A37-19 adoptée en 2010 par l'Assemblée générale de l'OACI, v. ADAM (M.), 2011, "ICAO Assembly's Resolution on Climate Change: A 'Historic' Agreement?", préc.

67 OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., Préambule, Considérant n°10.

68 OACI, Résolution A39-2 adoptée durant le 39ème session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 27 septembre au 6 octobre 2016, "Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement – Changements climatiques", édition provisoire, Préambule, Considérant n°9 ; OACI, 2016, Résolution A39-3, Préambule, Considérant n°13.

69 OACI, 2016, Résolution A39-2, préc., Préambule, Considérant n°13 ; OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., Préambule, Considérant n°11.

70 V. OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., Annexe, Principe (p) ; OACI, 2016, Résolution A39-2, préc., Annexe, Principe (p).

l'aviation civile[71]. A. PIERA précise à ce titre que le principe "*CBDR is no longer just a symbolic principle included for rhetorical purposes but is now a concept which, along with other principles, should be put into practice*" et que cela devient donc "*an uphill battle to continue arguing that CBDR does not exist in the international civil aviation context*"[72]. Il ne faut néanmoins pas oublier que les références effectuées par l'OACI au principe CBDR restent dans le cadre des résolutions de son Assemblée. Peu importe que de telles références soient effectuées dans le préambule ou dans le dispositif de la résolution en question, elles restent donc ancrées dans le cadre de la dénommée "*soft law*"[73]. L'utilisation du terme "dispositif", généralement défini comme la "*partie d'un acte législatif, d'un traité ou d'une décision judiciaire qui statue et dispose impérativement*", soulève d'ailleurs des questions dans le cadre d'une résolution de l'Assemblée. En tout état de cause, tant que le principe n'a pas intégré le droit dérivé de l'OACI par l'intermédiaire notamment d'un standard annexé à la convention de Chicago[74], le débat sur la force contraignante du principe dans le cadre du droit international de l'aviation civile a de jolis jours devant lui. Cette conclusion se trouve d'autant plus justifiée lorsque se trouvent soulignées les réserves transmises à l'OACI à la suite de cette modification de l'annexe à la résolution A38-18. Peuvent être citées à titre d'exemples, bien que sur des fondements diamétralement opposés, les réserves présentées par les États membres de l'Union européenne s'appuyant sur l'objectif initial de cette liste de principes[75]

---

71 "*One of the most interesting aspects of the outcome of the last ICAO Assembly is that for the first time, ICAO now acknowledges CBDR within the operative clauses of its Assembly resolution. In the past, references to CBDR were only included in the preambular clauses*". 2015, "Addressing carbon emissions from international aviation requires the recognition of special circumstances", par A. PIERA, publié par *GreenAir Online* le 26 janvier, disponible à http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=2035 (consulté le 22 mai 2017).

72 2015, "Addressing carbon emissions from international aviation requires the recognition of special circumstances", par A. PIERA, *GreenAir*, préc.

73 Pour une analyse de la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée générale de l'OACI, v. *infra*, n°342 à 348.

74 Pour une analyse de la valeur juridique des standards et pratiques recommandées de l'OACI, v. *infra*, v. *infra*, n° 351 à 357.

75 "*Les principes directeurs visaient initialement à guider les États dans la conception des mesures régionales et nationales (…). Le principe de la CCNUCC s'applique aux mesures prises par les États. Dans le cas des mesures régionales, il y aurait distorsion du marcheì et discrimination entre les exploitants si ceux-ci faisaient l'objet de traitements différents compte tenu de leur nationalité pour des opérations à destination et en provenance d'aéroports situés en Europe. Une telle situation irait à l'encontre des principes énoncés dans la Convention de Chicago et sur lesquels reposent les travaux de l'OACI. De nombreux transporteurs dont le siège est situé dans des pays moins développés comptent en fait parmi les exploitants les plus importants, les plus avancés et les plus profitables au monde*". Déclaration écrite de réserve présentée par la Lituanie aux noms des États membres de l'Union européenne et des 14 États membres de la Conférence européenne de l'aviation civile (CEAC), Résolution A38-18, préc., disponible à http://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/Lithuania_fr.pdf (consulté le 8 août 2016).

et la réserve présentée par les États-Unis reprenant l'argument d'un "*isolement clinique*"[76] du droit international de l'aviation civile[77].

*211.* Sans aller jusqu'à affirmer le changement de nature du principe, son ajout depuis 2013 à la liste des "*principes directeurs de l'élaboration et de la mise en œuvre de mesures basées sur le marché*" reflète néanmoins, il est vrai, une intégration consolidée du principe CBDR au sein du droit international de l'aviation civile. Cette intégration s'est ainsi naturellement heurtée aux spécificités des destinataires d'un tel principe. La division bipolaire des États parties à la CCNUCC, en application du principe CBDR, ne reflète en effet pas adéquatement la situation réelle de la Communauté aérienne internationale puisque des États tels que Singapour, le Qatar ou les Emirats arabes unis – dont les compagnies aériennes ont accédé et se maintiennent aujourd'hui sur le devant de la scène aérienne internationale – n'ont toujours pas intégré la liste des États parties visés à l'annexe I de la CCNUCC. Reprenant ici la formulation complète du principe des "responsabilités communes mais différenciées *et des capacités respectives*"[78], la notion de "capacités respectives" révèle alors toute son importance. Comme l'indique A. PIERA, "*differentiation treatment should not be applicable for those States that are 'capable' of contributing more to climate change, regardless of the fact that they may be labelled as developing countries*"[79].

De ce constat a d'ailleurs et sans doute émergée la tentative de reformulation du principe CBDR par l'OACI afin de mettre l'accent sur les circonstances particulières des États membres de l'OACI et leurs capacités à répondre aux défis climatiques. La notion de "capacités respectives", fragment aujourd'hui éclipsé du principe CBDR dans le cadre du droit international des changements climatiques[80], serait ainsi à l'origine d'un concept propre au droit international de l'aviation civile diminuant, par là-même, l'importance accordée à la notion

76 Expression employée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis-Essence*. V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, distribué le 22 avril 1996 dans l'affaire ORD, 1995-1997, Aff. DS4, préc., p. 19.

77 "*Pour des raisons qui sont bien connues, les États-Unis n'estiment pas que les principes de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, notamment le principe de « responsabilités communes mais différenciées et de capacités respectives », s'appliquent à l'OACI, qui est régie par son propre régime juridique. En conséquence, les États-Unis expriment une réserve à l'égard du principe directeur (p) figurant dans l'annexe à cette résolution*". Réserves formulées par les États-Unis d'Amérique, Résolution A38-18, préc., disponible à http://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/United_States_fr.pdf (consulté le 8 août 2016).

78 Souligné par nous.

79 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit.*, p. 55. Pour une étude générale de cette question en droit international des changements climatiques, v., également, SOLTAU (F.), 2009, *Fairness in International Climate Change Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 304 p.

80 V. *supra*, n°195.

de "responsabilités communes mais différenciées" : le concept des "circonstances spéciales et des capacités respectives"[81].

*212. Conclusion.* L'OACI ne s'est donc pas contentée d'intégrer le principe CBDR au sein du droit international de l'aviation civile, elle se l'est également progressivement appropriée afin qu'il puisse répondre au contexte spécifique de l'ordre juridique encadrant le développement de l'aviation civile internationale. Même légitime, l'exercice apparaît néanmoins doublement incomplet. Bien que l'OACI soit consciente des circonstances particulières de ses États membres exigeant l'adaptation concrète du principe CBDR, cet effort de reformulation n'a en effet pas encore réussi cette adaptation et n'a toujours pas permis à l'organisation de dépasser la situation conflictuelle apparue entre cette exigence de différenciation climatique et un principe propre au droit international de l'aviation civile : le principe de non-discrimination.

## 2. UNE INTÉGRATION SOURCE D'UNE SITUATION CONFLICTUELLE PERSISTANTE

*213.* P. MENDES DE LEON le souligne sans détour,

> la superposition des régimes juridiques découlant de la convention de Chicago et du protocole de Kyoto cause, entre autre, des questions de conflits normatifs car le principe des responsabilités communes mais différenciées, pièce maitresse du protocole de Kyoto, est *prima facie* incompatible avec la convention de Chicago, qui repose quant à elle sur le principe de non-discrimination[82].

A ce titre, et comme le souligne A. PIERA, "*a cardinal principle of the climate change regime such as CBDR cannot be integrated into another system to defeat the purpose of the latter*"[83]. Une distinction préalable entre les notions de "discrimination" et de "différenciation" est dans ce cadre nécessaire. La première implique dans son acceptation commune une "*action de l'État ou d'un agent économique introduisant une différence de traitement entre ses partenaires, ce qui fausse les conditions d'une réelle concurrence*"[84] alors que la seconde, plus large, n'implique que de distinguer en faisant ressortir les différences.

---

81 Pour une analyse spécifique de cette notion et de son articulation avec le principe CBDR, v. *infra*, n°219 à 224.

82 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. 353 et 354.

83 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit*., p. 51.

84 Dictionnaire Larousse, en ligne, disponible à http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/discrimination/25877 (consulté le 15 août 2016).

*214.* Justifier l'existence d'un conflit de normes entre le principe de non-discrimination et le principe CBDR implique donc de voir dans ce dernier une véritable différence de traitement entre compagnies aériennes issue de l'application de la mesure *fondée sur le marché* envisagée (*2.1*). Cette justification a semble-t-il convaincu l'OACI puisque cette dernière a proposé une reformulation du principe CBDR afin de dépasser les situations conflictuelles constatées (*2.2*).

### 2.1. L'émergence constatée d'une situation conflictuelle entre la différenciation climatique et la non-discrimination aérienne

*215.* Le principe de non-discrimination se définit traditionnellement comme le "*principe selon lequel il est interdit de procéder, pour ce qui concerne la jouissance des droits de la personne, à des distinctions entre personnes, sur la base de certains critère de différenciation*"[85]. Appliquée aux destinataires de la convention de Chicago, cette définition implique donc que les droits issus de cette dernière soient accordés aux États membres, et indirectement aux compagnies aériennes, sans distinction sur la base de certains critères de différenciation. Une telle définition, associée au constat de la présence de ce principe de non-discrimination au sein du dispositif de la convention de Chicago, amène A. PIERA à le concevoir comme l'une des pierres angulaires du droit international de l'aviation civile. Il indique en ce sens que bien que ce principe ne fasse pas l'objet d'une définition dans le cadre de la convention de Chicago, "*non-discrimination is a cornerstone principle of international civil aviation*"[86]. Les dispositions de la convention de Chicago exigeant explicitement une absence de distinction basée sur la nationalité des aéronefs ne seraient ainsi que la matérialisation concrète et spécifique de ce qui devrait être perçu comme un principe directeur du droit international de l'aviation civile. Cela semble être l'avis d'A. PIERA puisqu'il ne manque pas de qualifier ces dispositions d'illustrations afin d'en déduire l'existence de ce principe de non-discrimination[87].

Sans forcément aller jusqu'à une qualification en tant que principe directeur du droit international de l'aviation civile, une part importante de la doctrine s'accorde sur le constat que la convention de Chicago repose sur le principe de non-discrimination. C'est ce que semble indiquer P. MENDES DE LEON en soulignant que la convention de Chicago "*repose (…) sur le principe de non-*

85 SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 346.

86 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit.*, p. 51.

87 L'auteur souligne en effet que "*several provisions of the Chicago Convention* ***illustrate*** *this principle*". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit.*, p. 51 (souligné par nous).

*discrimination*"[88]. V. CORREIA n'hésite d'ailleurs pas à rapprocher ce principe de la place consacrée au principe de souveraineté aérienne en indiquant qu'"*outre le rappel, à son article 1er, du principe coutumier de souveraineté aérienne,* [la] *convention repose sur les principes généraux d'égalité de traitement et de non-discrimination*"[89]. La convention de Chicago "reposerait" ainsi sur le principe directeur de non-discrimination, elle le reflèterait puisque celui-ci ne représenterait pas moins que l'un des objectifs propres de cette dernière. Il faut le souligner, cette lecture de la convention de Chicago ne revient pas à interpréter le principe de non-discrimination comme s'imposant à l'ensemble des aspects de l'activité aérienne internationale encadrés par le droit international de l'aviation civile. Mais cela peut néanmoins détourner l'interprète d'une qualification juridique précise du principe en l'amenant à le placer au-dessus de la dichotomie intrinsèque au droit international de l'aviation civile continuant de clairement séparer le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international. En ce sens, il sera procédé – par le constat d'une limitation actuelle de son champ d'application au droit de la navigation aérienne et, de ce fait, de son inapplication dans le cadre des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux – à une analyse critique d'une éventuelle qualification du principe de non-discrimination en tant que principe directeur du droit international de l'aviation civile[90]. En acceptant néanmoins, à titre de postulat, la validité de cette dernière, les difficultés qu'implique l'existence même d'un tel postulat ne peuvent qu'être dès à présent soulignées.

*216.* L'une des conséquences liées à la reconnaissance d'un tel postulat apparaît plus précisément sous la forme d'un argument permettant de s'opposer à toute proposition de solution *corrective* aux émissions aériennes de GES conforme au principe CBDR. En effet, et bien que la qualification du principe de non-discrimination en tant que principe directeur puisse être sujette à de nombreuses critiques[91], elle sert de postulat au constat d'une situation conflictuelle opposant ce principe directeur à l'intégration progressive de l'exigence de différenciation climatique lors de l'adoption d'une mesure *fondée sur le marché* applicable à l'aviation civile internationale.

Si le critère de l'application simultanée est privilégié[92], une application de la convention de Chicago, impliquant le respect de ce principe directeur

88 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. 354. V., également, NAVEAU (J.), et. al., 2006, *Précis de droit aérien*, *op. cit.*, p. 34 ; FOLLIOT (M.G.), 1985, *Les relations aériennes internationales*, Paris, Pedone, p. 287.

89 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, *op. cit.*, p. 39.

90 V. *infra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

91 V. *infra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

92 V. *supra,* n°137.

de non-discrimination, amènerait plus précisément à la violation immédiate du protocole de Kyoto puisque ce dernier exige l'application du principe CBDR. C'est d'ailleurs ce que semble admettre M. ADAM lorsqu'il souligne que face aux exigences issues du principe CBDR, "*an agreement on international aviation's impact on climate change would also have to ensure that the principle of non-discrimination enshrined in the Chicago Convention is respected*"[93]. A ce titre, s'il faut s'accorder sur le fait qu'une discrimination n'est pas condamnable lorsque le "*traitement différentiel peut (…) être justifié par la différence objective existant entre les groupes distingués au regard d'un but légitime*"[94], l'existence d'un conflit de normes avec le principe CBDR pourrait être néanmoins être réfutée. Mais si l'on remarque en revanche que le principe de non-discrimination, lorsqu'il se trouve appliqué au cas d'une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché*, "*means that aircraft operators flying on the same route should be subject to the same rule*"[95], l'existence d'un conflit de normes semble évidente. Ainsi, et comme le suggère A. PIERA,

> there appears to be an incompatibility between the UNFCCC regime and its "common but differentiated responsibilities and respective capabilities" (CBDR) principle on the one hand and the Chicago Convention and its non-discrimination principle on the other hand[96].

L'article 2, paragraphe 2 du protocole de Kyoto ne pouvant être qualifié de mandat en faveur de l'OACI[97], il s'agirait alors de reprocher aux rédacteurs du protocole de Kyoto l'absence de prise en compte de cette situation conflictuelle[98].

*217.* Afin de poursuivre sur cette ligne démonstrative, et si l'existence d'une situation conflictuelle s'avère justifiée, une analyse comparative des hypothèses de divergence normative au sein du système commercial multilatéral serait alors source de précieux enseignements. L'analyse du principe de non-discrimination en droit international économique, et la recherche de ses implications en matière d'activités économiques et commerciales transnationales, sont en effet devenues une préoccupation centrale depuis l'émergence d'un nouvel

93 ADAM (M.), 2011, "ICAO Assembly's Resolution on Climate Change: A 'Historic' Agreement?", préc., p. 28.

94 SALMON (P.), 2002, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 345.

95 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit.*, p. 53.

96 *Ibid.*, p. 41.

97 Pour une conclusion en ce sens, v. *infra,* n°309 à 317.

98 En ce sens, v. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit.*, p. 46 : "*those who drafted the mandate not only failed to take into account the specific characteristics of international aviation, but they also did not envision the tension created in the CBDR and non-discrimination relationship*".

ordre économique international à la suite de la seconde guerre mondiale[99]. Comme l'indique en effet N.F. DIEBOLD, "*the principle of non-discrimination constitutes a corner-stone in different fields of international economic law, notably international trade in goods and services as well as intellectual property and investment protection*"[100]. Son application effective n'en est pas moins complexe, voir incertaine, amenant ce même auteur à constater une évidente fragmentation du principe en droit international économique.

Bien qu'il soit d'usage, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, de prendre avec prudence tout argument extrait d'un droit de l'OMC ayant explicitement exclu de son champ d'application le cœur de l'activité aérienne commerciale[101], il serait d'ailleurs particulièrement instructif de s'intéresser à l'articulation effectuée par le droit de l'OMC entre l'exigence de non-discrimination[102] et la nécessité de traitements différenciés[103]. Les mesures *fondées sur le marché* se devant d'être rattachées aux conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux, cela reviendrait en effet à effectuer une analyse comparée entre les solutions consolidées par ce droit de l'OMC et les solutions envisagées par le droit du transport aérien international. Le droit de l'OMC illustre la complexité d'une application effective du principe de non-discrimination tout en reconnaissant la nécessité d'exceptions spécifiques à certaines de ses implications. En ce sens, le droit de l'OMC

99 V., à titre d'exemple, WEISS (F.), 2008, "The Principle of Non-Discrimination in International Economic Law : A Conceptual and Historical Sketch", in *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, I. BUFFARD (dir.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p. 269 et s.

100 DIEBOLD (N.F.), 2011, "Standards of Non-Discrimination in International Economic Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, n°4, p. 831.

101 V. *supra,* n°68.

102 Le principe de non-discrimination se décline en droit de l'OMC sous la forme du principe de la "clause de la Nation la plus favorisée" – impliquant que les États membres de l'organisation ne peuvent pas, en principe, établir de discrimination entre leurs partenaires commerciaux – et du principe du "traitement national" – impliquant l'exigence d'accorder aux autres le même traitement que celui appliqué à ses propres nationaux. Le premier principe possède une base juridique dans les trois accords visant les trois principaux domaines d'échanges relevant du champ de compétence de l'OMC. V. Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 (entré en vigueur le 1er janvier 1995), *BC*, 824, Art. 1 ; Accord général sur le commerce des services, 1994, préc., Art. 2 ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 (entré en vigueur le 1er janvier 1995), *RTNU*, vol. 1869, Art. 4. Le second principe possède lui aussi une base juridique de ces trois mêmes accords. V. Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 1994, préc., Art. 3 ; Accord général sur le commerce des services, 1994, préc., Art. 17 ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1994, préc., Art. 3.

103 Sur ce sujet, v., notamment, LADLY (S.D.), 2012, "Border carbon adjustments, WTO-law and the principle of CBDR", *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 1, n°1, p. 63 et s. ; HERTEL (M.), 2011, "Climate-Change-Related Measures and Article XX – Defining Discrimination in Light of the Principle of CBDR", *Journal of World Trade*, vol. 45, n°3, p. 653 et s.

a fait preuve d'un certain réalisme politico-juridique, notamment par la prise en considération de la conjoncture économique de certains États membres de l'OMC. Un régime différencié a ainsi été adopté en faveur des États dits "en voie de développement", dont le fondement juridique se doit d'être recherché dans la quatrième partie du GATT de 1994[104].

Bien que l'articulation du principe CBDR avec le droit de l'OMC fasse l'objet de nombreuses réflexions[105], l'influence en droit international de l'aviation civile des solutions développées dans le cadre de l'OMC est néanmoins limitée puisque le traitement différencié, simple technique juridique au service d'un objectif préalablement identifié, ne peut être assimilé à la consécration de l'exigence de différenciation au rang de principe normatif. Comme le souligne en effet K. BARTENSTEIN

> l'expression « responsabilités communes mais différenciées » du droit international de l'environnement évoque une connotation éthique beaucoup plus importante que l'expression du « traitement spécial et différencié » du système commercial multilatéral, et ce, alors que la technique juridique du traitement différencié qui en résulte est malgré les nuances essentiellement la même[106].

En outre, et comme indiqué précédemment, l'adaptation en partie réussie du droit de l'OMC ne peut constituer qu'une influence théorique sur les problématiques spécifiques du droit international de l'aviation civile. Cette branche du droit international se caractérise en effet par l'exclusion de ses aspects économiques des règles multilatérales de l'OMC. Le droit du transport aérien international possédant cette particularité de ne pas être intégré aux règles multilatérales de l'OMC concernant le commerce des services[107], tout débat prenant pour objet d'étude les normes du commerce multilatéral resterait donc, à l'heure actuelle, de l'ordre de la théorie[108].

*218. Conclusion.* En affirmant l'appartenance du principe de non-discrimination à la catégorie des principes directeurs du droit international de l'aviation civile, une situation conflictuelle ne pouvait ainsi qu'émerger au moment de l'intégration du principe CBDR en tant que principe encadrant toute proposition de

---

104 Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 1994, préc. Sur ce sujet, v., notamment, BINH NGUYEN (T.), 2010, "Le Système de règlement des différends de l'OMC : étude des enjeux pour les pays en développement", Thèse sous la direction de L. GRARD soutenue en 2010 à Bordeaux 4.

105 V., notamment, HERTEL (M.), 2011, "Climate-Change-Related Measures and Article XX – Defining Discrimination in Light of the Principle of CBDR", préc.

106 BARTENSTEIN (K.), 2010, "De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement", préc., p. 177 et s.

107 V. *supra,* n°68.

108 Et cela bien qu'il ne soit pas impossible que le transport aérien international intègre un jour le droit de l'OMC. V. *infra,* n°446 à 452.

mesure *corrective* des émissions aériennes de GES. Et la solution à apporter à une telle situation de conflit n'a eu d'autre choix que d'embrasser les spécificités du droit international de l'aviation civile.

Il serait alors malhonnête d'affirmer que l'OACI ait ignoré l'émergence d'une telle situation conflictuelle. Confrontée dès l'origine à des blocages liés aux revendications contradictoires de ses États membres, elle n'est en effet pas restée insensible à la problématique juridique dissimulée sous de telles revendications. Il convient donc, à présent, de s'intéresser à la solution proposée par l'OACI afin de contourner ce qui lui apparu sous l'angle d'une inévitable situation conflictuelle. Cela ne manque d'ailleurs pas de justifier, bien qu'à rebours seulement, une lecture du principe de non-discrimination sous l'angle d'un principe directeur du droit international de l'aviation civile.

### 2.2. La parade manquée de l'OACI : une reformulation *sui generis* du principe de différenciation climatique

*219.* Le principe CBDR a trouvé son chemin dans le langage de l'OACI par l'intermédiaire du concept des "circonstances spéciales et des capacités respectives". Cette affirmation, déjà appréhendée lors de l'analyse de l'intégration volontaire de la différenciation climatique par le droit international de l'aviation civile[109], n'est pas sans conséquences. Elle résume le remède que semble avoir proposé l'OACI face à la consolidation d'une situation conflictuelle entre le principe CBDR et le principe de non-discrimination. En ce sens, l'OACI aurait pleinement profité de la formulation quelque peu ambiguë de l'article 2, paragraphe 2 du protocole de Kyoto afin d'exiger une intégration du principe directeur CBDR par le filtre des spécificités du droit international de l'aviation civile, et de s'extraire ainsi de l'épineux problème du conflit de normes préalablement constaté.

Dévoilant sa stratégie, l'OACI avait privilégié dès 2013, dans son évaluation des options de mesure *fondée sur le marché*, l'expression "circonstances spéciales et des capacités respectives" parmi les caractéristiques de conception d'une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché*[110]. Choisissant ainsi, et certainement délibérément, de ne plus se référer au principe CBDR, l'OACI aurait cherché à faire disparaitre le principe CBDR du débat. Et pour éviter toute critique sur

109 V. *supra,* n°211.

110 OACI, 2013, Doc. 10018, préc., pt. 6.1.18. Les outils sélectionnés dans ce rapport afin de répondre à cette caractéristique étaient les suivants : "*market blocks differentiation, whereby a block, or group, of States may have modified design features; (…) exemption thresholds, phased implementation, emissions units sourcing, which means that emissions units are created in specific States; (…) revenue channelling, in which MBM revenues coming from specific States would be channelled back to those States creating no net financial impact; (…) technical assistance; (…) special treatment for early action, fast growth and new entrants; and (…) technical exemption thresholds (firefighting, recreational aviation)*".

le terrain de la différenciation climatique, elle aurait développé un concept alternatif : celui des "circonstances spéciales et des capacités respectives".

*220.* Il est pourtant possible de soutenir l'existence, depuis l'apparition du concept des "circonstances spéciales et des capacités respectives", de deux principes juridiques distincts et tous deux applicables, au même titre que les principes de non-discrimination et d'égalité des chances, dans le cadre du droit international de l'aviation civile[111]. Argument en faveur d'une telle conclusion : le dernier principe directeur de l'élaboration et de la mise en œuvre de mesures basées sur le marché – un principe (p) annexé à la résolution A38-18 puis repris, sans modification, à l'annexe de la résolution A39-2 afin de guider la conception et la mise en œuvre des mesures *fondées sur le marché* – affirme que

> les MBM devraient prendre en compte le principe de responsabilités communes mais différenciées et de capacités respectives, les circonstances spéciales et capacités respectives, et le principe de non-discrimination et d'opportunités égales et équitables[112].

A. PIERA voit ainsi dans l'extension de cette liste de principes la preuve de l'ajout non pas d'un nouveau principe, mais d'une nouvelle série de principes :

> the Assembly resolution lists different principles. It is therefore now evident that CBDR and [Special Circumstances and Respective Capabilities] are different principles with different meanings. In the past, some States argued that [Special Circumstances and Respective Capabilities] was the manner in which international civil aviation applied CBDR at ICAO[113].

Conséquence directe de cette interprétation, l'auteur en déduit un exercice délicat mais exigé de conciliation normative[114].

*221.* Il s'avère néanmoins difficile de percevoir la logique d'une démonstration basée sur la coexistence actuelle, au sein du droit international de l'aviation civile, d'un principe CBDR et d'un principe des "circonstances spéciales et des capacités respectives". Si l'apparition de ce dernier avait pour objectif d'éviter une situation conflictuelle entre le principe CBDR et le principe de non-discrimination, l'OACI aurait en effet, et suivant cette logique, fini par imposer une

111 Pour une démonstration en ce sens, v., notamment, PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit*., p. 49.

112 OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., Annexe, Principe (p) ; OACI, 2016, Résolution, A39-2, préc., Annexe, Principe (p).

113 2015, "Addressing carbon emissions from international aviation requires the recognition of special circumstances", par A. PIERA, *GreenAir Online*, préc.

114 *Ibid*.

double contrainte liée à l'exigence de différenciation climatique. Pire, l'exercice de conciliation ne se limiterait plus aux interactions entre le principe de non-discrimination et le principe CBDR, mais s'étendrait aujourd'hui aux interactions entre le principes CBDR et le principe des "circonstances spéciales et des capacités respectives", voire entre ces principes et les déclinaisons possibles, au sein du droit international de l'aviation civile, du principe de non-discrimination.

Bien loin d'une simplification ou d'un élément de solution aux situations conflictuelles actuelles, le bien-fondé de la conclusion d'A. PIERA refléterait donc l'échec d'une adaptation du principe CBDR aux spécificités normatives du droit international de l'aviation civile. L'histoire se résumerait de la façon suivante : après l'avoir explicitement intégré, l'OACI choisit d'exclure l'embarrassant principe CBDR du cadre du droit international de l'aviation civile tout en essayant de se protéger d'une éventuelle résistance des États en développement en créant le principe des "circonstances spéciales et des capacités respectives". Mauvais calcul : une résistance est tout de même apparue puisque les États en développement n'ont pas manqué de considérer que le principe des "circonstances spéciales et des capacités respectives" ne suffit pas à sauvegarder leur intérêt, forçant ainsi l'Assemblée à réintroduire le principe CBDR sans pouvoir revenir sur l'existence désormais acquise du principe des "circonstances spéciales et des capacités respectives".

*222.* Afin de sortir de ce schéma quelque peu sombre, une lecture distincte du principe (p) annexé aux résolutions A38-18 et A39-2 est cependant possible. Son interprétation littérale peut en effet amener à une conclusion différente. La qualification de principe se trouve en effet limitée aux notions de CBDR, de non-discrimination et d'"*opportunités égales et équitables*". A l'inverse, l'omission du terme "principe" lorsque l'Assemblée introduit la notion des "circonstances spéciales et des capacités respectives" est évidente. En ce sens, l'ajout de l'expression "circonstances spéciales et des capacités respectives" à la suite du principe CBDR peut s'interpréter comme l'objectif assumé par l'OACI de prendre en compte les spécificités de l'ordre international de l'aviation civile, et notamment la classification spécifique des États en développement au sein de cet ordre juridique. Pas de nouveau principe, ni de principe alternatif, mais simple valorisation par l'OACI d'un élément quelque peu oublié du principe CBDR : les "circonstances spéciales et les capacités respectives" des États membres de l'OACI dans le contexte spécifique de l'aviation civile internationale.

*223.* Il faut enfin noter que la résolution A38-18 demandait au Conseil de l'OACI de "*recommander un régime mondial de MBM*" présentant "*un moyen de tenir compte des circonstances spéciales et des capacités respectives*"[115] puisqu'il

115 OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., pt. 19 (c).

était décidé qu'une mesure *fondée sur le marché* se devait de *"tenir compte de la situation particulière et des moyens respectifs des États, en particulier des États en développement"*[116]. La demande a semble-t-il été respectée puisque le travail effectué par ce Conseil aura permis à l'OACI, lors de la 39ème session de son Assemblée, de décider de

> mettre en œuvre un régime GMBM sous la forme du Programme de compensation et de réduction de carbone pour l'aviation internationale (CORSIA) pour faire face à toute augmentation annuelle du total des émissions de $CO_2$ de l'aviation civile internationale (…) au-delà des niveaux de 2020, *compte tenu des circonstances spéciales et des capacités respectives des États*[117].

Le concept de "circonstances spéciales et des capacités respectives" se retrouve dans le paragraphe de la résolution support de la décision de mise en œuvre du CORSIA. Accoler ce concept, sans référence au principe CBDR, à la décision centrale de l'Assemblée illustre l'importance acquise par cette adaptation du principe de différenciation climatique au cadre du droit international de l'aviation civile. La résolution A39-3 apporte d'ailleurs quelques précisions sur la signification d'un tel concept en précisant qu'il s'agit de reconnaître les "circonstances spéciales et des capacités respectives" des "*États en développement*" en s'intéressant particulièrement à "*leur vulnérabilité aux incidences des changements climatiques*", à "*leurs niveaux de développement économique*" et à "*leurs contributions aux émissions de l'aviation internationale*"[118].

Cette liste n'est nullement exhaustive puisque le paragraphe concerné utilise le terme "*entre autres*". Il est en outre remarquable que l'Assemblée conserve la terminologie du régime climatique en rapprochant le concept de la catégorie des "États en développement". Il serait à ce titre infondé d'affirmer que l'Assemblée ait décidé de s'éloigner des principes directeurs encadrés par la CCNUCC et réaffirmés par l'accord de Paris. Dans son considérant n°13[119], la résolution A39-3 souligne d'ailleurs l'adoption d'un tel accord poursuivant l'encadrement multilatéral de la lutte contre les changements climatiques en précisant, dans son considérant n°11, qu'un tel accord continue de se fonder sur le "*principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des États à la lumière des différentes circonstances nationales*"[120].

---

116 *Ibid*., pt. 20.

117 OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 5 (souligné par nous).

118 OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 8.

119 Dans le considérant n°13, l'Assemblée générale se félicite en effet "*de l'adoption de l'Accord de Paris dans le cadre de la CCNUCC*" et reconnaît "*que les travaux relatifs à un régime mondial de MBM pour l'aviation internationale et sa mise en œuvre contribueront à la réalisation des objectifs établis dans l'Accord de Paris*". V. OACI, 2016, Résolution A39-3, Préambule, Considérant n°13.

120 *Ibid*, Préambule, Considérant n°11.

*224.* Il semble donc, en définitive, qu'une application du principe CBDR, lorsque celui-ci insiste sur les "circonstances spéciales et les capacités respectives" des États membres de l'OACI, reflète plus fidèlement la situation des compagnies aériennes qu'une application du principe CBDR strictement calquée sur le principe applicable dans le cadre du droit international des changements climatiques. Une prise en compte adéquate des "circonstances spéciales" et des "capacités respectives" semble en effet la formule appropriée dans le cadre d'une mesure *corrective* des émissions aériennes de GES.

A titre de remarques conclusives, il peut néanmoins être souligné que l'Assemblée semble cultiver une certaine ambiguïté en se refusant à l'harmonisation de la formulation d'une exigence de différenciation climatique intégrée dans le cadre de la recherche d'une solution *fondée sur le marché* applicable aux émissions aériennes de GES. Si elle reprend la formulation exacte du principe CBDR et si elle souligne à plusieurs reprises l'importance acquise du concept des "circonstances *spéciales* et les capacités respectives" dans le préambule et le dispositif de sa résolution A39-3, elle brouille également les pistes en décidant de tenir compte, au paragraphe 9 de cette même résolution, des "*circonstances* ***particulières*** *et des capacités respectives*"[121] des États membres de l'organisation. Les adjectifs "spécial" et "particulier" ayant une signification presque identique, la terminologie employée est certes ressemblante. Il n'empêche que cette absence d'harmonisation ne joue pas vraiment en faveur de l'émergence, comme évoqué précédemment, d'un principe propre au droit international de l'aviation civile se superposant au principe CBDR volontairement intégré au sein de cette ordre juridique fonctionnel.

Confirmant le *leitmotiv* de la démonstration proposée par ce travail, un exercice de qualification des concepts et notions utilisés dans le cadre des débats entourant la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES apparaît donc nécessaire afin de lever les incertitudes issues de l'émergence du concept des "circonstances spéciales et les capacités respectives" sans disparition simultanée du principe CBDR. Cela devrait en effet permettre de poursuivre la discussion sur des fondements juridiques dénués d'ambiguïtés. Affirmer le succès définitif de la démarche onusienne ayant choisi une reformulation *sui generis* du principe CBDR ne peut en ce sens qu'être, pour le moins, prématuré.

## Conclusion du chapitre 1

*225.* L'OACI semble ainsi poursuivre son chemin sur la voie de la mise en œuvre d'une mesure *fondée sur le marché*, sans s'attarder sur l'éventuel maintien d'un conflit de normes entre certains principes limitant ou conditionnant le

121 OACI, 2016, Résolution A39-3, pt. 9 (souligné par nous).

champ d'action de l'organisation internationale. L'Assemblée de l'OACI est allée jusqu'à placer de tels principes côte à côte dans le principe, à plusieurs reprises évoqué, ajouté en 2013 – puis repris en 2016 – à la liste des principes directeurs "*de l'élaboration et de la mise en œuvre de mesures basées sur le marché*" :

> les MBM devraient prendre en compte le principe de responsabilités communes mais différenciées et de capacités respectives, les circonstances spéciales et capacités respectives, et le principe de non- discrimination et d'opportunités égales et équitables[122].

L'ordre dans lequel sont énoncés les principes a évolué et l'exigence de différenciation climatique a pris en 2013 la tête du classement en précédant le principe de non-discrimination. Trois années auparavant, le préambule à l'appendice de la résolution A36-22 concernant les mesures *fondées sur le marché*, indiquait en effet que l'Assemblée reconnaissait, sans évoquer à l'époque la notion de "circonstances spéciales et capacités respectives",

> les principes de la non-discrimination et de l'égalité des possibilités de développer l'aviation civile internationale, qui sont établis dans la Convention de Chicago, ainsi que les principes et les dispositions relatives aux responsabilités communes mais différenciées et aux capacités respectives prévus par la CCNUCC et le Protocole de Kyoto[123].

*226.* Il est quoi qu'il en soit permis de critiquer l'absence de mention d'un possible conflit. Les blocages sur la voie d'une solution *corrective* aux émissions de GES sont d'ailleurs régulièrement attribués aux discussions entourant la prise en compte de ce principe CBDR[124]. Afin de dépasser cette situation conflictuelle persistante, une interprétation évolutive des principes en jeu est régulièrement proposée. Cette démarche implique une interprétation évolutive du principe CBDR et du principe de non-discrimination aérienne qu'il s'agit à présent d'analyser. En effet, à l'instar des propositions d'interprétation évolutive du droit des prélèvements aériens, cette approche n'est elle-même pas exempte de toute critique, notamment sur le terrain de la sécurité juridique,

122 OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., Annexe, Principe (p) : OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., Annexe, Principe (p).

123 OACI, 2007, Résolution A36-22, préc., Appendice L, Préambule.

124 V., à titre d'exemple, SCOTT (J.), RAJAMANI (L.), 2012, "EU Climate Change Unilateralism: International Aviation in the European Emissions Trading Scheme", préc. ; 2014, "Reconciling CBDR with non-discrimination: A fundamental requirement for ICAO's global MBM success", par A. PIERA, publié par *GreenAir Online* le 23 septembre, disponible à http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=1983 (consulté le 22 mai 2017) ; 2015, "Addressing carbon emissions from international aviation requires the recognition of special circumstances", par A. PIERA, *GreenAir Online*, préc.

ce qui incite à une nouvelle *"prise de hauteur"*[125] afin d'explorer une solution alternative à la situation conflictuelle préalablement constatée.

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