



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Leclerc, T.P.A.

Citation

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

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Leclerc, T.P.A.

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

Issue Date: 2017-11-16

2 | Une clarification nécessaire du champ d'application de la non-discrimination aérienne

227. Selon A. PIERA, il n'existe pas de conflit de normes, dans le sens strict de cette notion juridique, entre le principe CBDR et le principe de non-discrimination¹. A l'inverse, l'articulation du principe CBDR et du principe de non-discrimination ne reflète qu'une simple tension entre les deux principes. En ce sens, "*the Kyoto Protocol's interplay with the Chicago Convention regime involves principles that are not irreconcilable. What is necessary is to integrate them in a manner compatible with their respective environments*"².

A l'instar de la situation conflictuelle entre le principe "pollueur-payeur" et le droit des prélèvements aériens, les règles de droit international public applicables en cas de conflit de normes ne sont d'aucune aide dans le contexte d'une confrontation entre le principe CBDR et le principe de non-discrimination. Il s'agit en effet, ici encore, d'une situation conflictuelle opposant deux normes issues d'ordres juridiques fonctionnels distincts au sein même du droit international public. Les recours à l'adage "*lex posterior generalis non derogat priori specialis*" ou à l'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités³ – reprenant quant à lui l'adage "*lex posterior derogat (legi) priori*" – doivent ainsi, à nouveau, être exclus⁴. Il peut à ce titre être rappelé l'affirmation sans appel de G. HAFNER,

alors qu'il est possible d'essayer de résoudre les conflits de règles primaires en faisant appel aux règles secondaires générales de la *lex specialis* ou de la *lex posterior*, tel n'est pas toujours le cas lorsqu'il s'agit des sous-systèmes : chaque

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

2 Ibid., p. 51. En ce sens, le principe CBDR "*may certainly be re-interpreted in a manner that is consistent with international civil aviation*". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 77.

3 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 30. Pour une démonstration précise de l'inapplication de l'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités, v. *supra*, n°149.

4 Pour la justification de cette inapplicabilité des règles de droit international public normalement applicables en cas de conflit de normes de part l'exemple spécifique du conflit entre le principe "pollueur-payeur" et les spécificités normatives du droit international de l'aviation civile liées aux prélèvements aériens, v. *supra*, n°149.

sous-système prétend être la *lex specialis* et applique ses propres règles, sans tenir compte d'un autre sous-système⁵.

228. La solution de la conciliation des normes proposée par A. PIERA – une solution entraînant l'effacement, pas son contournement, de la situation conflictuelle – apparaît donc comme une solution *a priori* heureuse et convaincante. Elle implique néanmoins une interprétation évolutive⁶ des normes en jeu afin de dépasser les situations conflictuelles mises en lumière dans le chapitre précédent⁷.

Comme le développe ce même auteur, face à cette nouvelle hypothèse de conflit de normes et suivant cette même logique interprétative, une application du principe d'intégration systémique consacré à l'article 31, paragraphe 3, c) de la convention de Vienne apparaît à bien des égards pertinente. L'application de ce principe permet en effet, aux fins de l'interprétation d'une disposition d'un traité, la prise en compte "*en même temps que du contexte (...) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties*"⁸. Lié aux problématiques de l'intertemporalité et de l'évolution générale du droit, ce principe a d'ailleurs trouvé une application concrète dans de nombreux contentieux internationaux⁹. Et M. KOSKENIEMI ne manque pas de souligner que ce principe fait

5 HAFNER (G.), 2000, "Les risques que posent la fragmentation du droit international", in CDI, Rapport de 2000, Rapport de la Commissions à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session s'étant déroulée du 1^{er} mai au 9 juin et du 10 juillet au 18 août 2000, préc., p. 314.

6 Pour une explication de cette méthode interprétative, v. *supra*, n°148.

7 V. *supra*, n°215 à 218.

8 V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 31 (3) (c). Pour une étude générale de ce principe en droit international public, v., notamment, ORELLANA ZABALZA (G.), 2012, *The Principle of Systemic Integration: towards a Coherent International Legal Order*, Zürich, LIT Verlag, 322 p. ; PAUWELYN (J.), 2008, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 522 p. Pour une réflexion spécifique sur l'article 31(1)(c) de la convention de Vienne, v., notamment, McLACHLAN (C.), 2005, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", préc. ; SANDS (P.), 1999, "Sustainable Development – Treaty, Custom, and the Cross-fertilization of International Law", in *International Law and Sustainable Development – Past Achievements and Future Challenges*, A. BOYLE and D. FREESTONE (dir.), Oxford, OUP, p. 49 et s.

9 V., à titre d'exemple, CIJ, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, préc., pt. 18 (souligné par nous) : "*l'argument selon lequel la Cour, pour répondre à la question posée, serait obligée de légiférer, se fonde sur la supposition que le corpus juris existant ne comporterait pas de règle pertinente en la matière. La Cour ne saurait souscrire à cet argument; elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution*". V., également, Cour permanente d'arbitrage, 2 juillet 2003, Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR) (Irlande c. Royaume-Uni), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 23, p. 59, pts. 99, 101 à 105 ; Rapport intérimaire du groupe

fonction de « passe-partout » à même d'ouvrir le droit international. Au cas où un problème systémique se poserait – incohérence, conflit, chevauchement entre deux ou plusieurs normes, et qu'aucun autre moyen d'interprétation n'offrirait de solution, on pourrait alors avoir recours à cet article pour procéder avec méthode¹⁰.

Dans une certaine mesure, l'application de ce principe d'intégration systémique aurait pu être recommandée dans le cadre du conflit entre le principe "pollueur payeur" et les spécificités normatives liées aux prélèvements aériens. Mais le recours par la doctrine à ce principe a néanmoins trouvé pour principal terrain d'expérimentation la situation conflictuelle constatée entre le principe de non-discrimination et le principe CBDR. Son application a en effet été privilégiée afin de suggérer une prise en compte des spécificités normatives du droit international des changements climatiques lors de l'interprétation, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, du principe de non-discrimination¹¹. En ce sens, et afin de dépasser la situation conflictuelle constatée en privilégiant l'interprétation et la réconciliation, cette application du principe

spécial, WT/DS291-293/INTERIM, distribué le 7 février 2006, dans l'affaire ORD, 2003-2010, Aff. DS293, préc., pt. 7.68. ; Cour permanente d'arbitrage, 12 mars 2004, Affaire concernant l'apurement des comptes (Pays-Bas c. France), préc., pt. 103.

- 10 V. CDI, Rapport de 2006, Rapport du groupe d'étude de la Commission du Droit international établi sous sa forme définitive par M. KOSKENNIEMI, "Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international", préc., p. 230.
- 11 Pour une analyse détaillée de ce principe dans le cadre d'un hypothétique conflit de normes entre le principe CBDR et le principe de non-discrimination, v., notamment, PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 65 et s. Notant à juste titre l'importance des règles en matière d'interprétation extraites de la convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi que du rapport de la CDI sur le thème de la fragmentation rédigé sous la direction de M. KOSKENNIEMI, l'auteur indique ainsi que "the purpose of this exercise is to explore whether the ILC report is sufficient to address this case of normative conflict or whether other alternatives must be sought". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 41. En ce sens, "the ILC (2006) suggests taking recourse to the VCLT as a first avenue for addressing conflicts between norms of different specialized regimes. In particular, the ILC stresses the relevance of Article 31.3 of the VCLT, which encourages adjudicators to take into account "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". V. VAN ASSELT (H.), SINDICO (F.), MEHLING (M.A.), 2008, "Global Climate Change and the Fragmentation of International Law", *Law & Policy*, vol. 30, n°4, p. 441. Il est à ce titre remarquable que la jurisprudence internationale a déjà fait usage, à plusieurs reprises, de ce principe afin de prendre en compte, aux fins de l'interprétation d'une norme internationale, les spécificités du droit international de l'environnement. Pour une prise en compte de la Déclaration de Rio, v. Cour permanente d'arbitrage, 2 juillet 2003, Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR (Irlande c. Royaume-Uni), préc., p. 1137 et 1138, par. 99 et 101 à 105. Pour une prise en compte du principe de précaution et de la convention sur la diversité biologique et du Protocole de 2000, v. Rapport intérimaire du groupe spécial, WT/DS291-293/INTERIM, distribué le 7 février 2006, dans l'affaire ORD, 2003-2010, Aff. DS293, préc., pt. 7.68.

d'intégration systémique semble en effet permettre une interprétation renouvelée des normes en jeu par la mise en avant de l'importance et des conséquences au caractère systémique du droit international public¹². Les annexes à la convention de Chicago reflètent d'ailleurs cette systémicité du droit international public, confirmant par là-même l'autonomie relative du droit international de l'aviation civile, en effectuant de fréquentes références à des normes étrangères à son propre ordre juridique. L'annexe 9 à la convention de Chicago ne manque ainsi pas de faire référence aux règles de l'Organisation mondiale de la santé (ci-après OMS) et indique, à titre d'exemple et dans le domaine de la désinfection des aéronefs, que

lorsque la désinsectisation est exigée, les États contractants autoriseront ou accepteront uniquement les méthodes chimiques ou non chimiques et/ou les insecticides qui sont recommandés par l'Organisation mondiale de la santé et qui sont jugés efficaces par les États contractants¹³.

Il ne s'agit pourtant là que d'une nouvelle preuve de l'absence d'isolement de l'ordre international de l'aviation civile au sein du droit international public, alors qu'une application du principe d'intégration systémique invite quant à elle à l'interprétation d'une norme issue de cet ordre juridique de l'aviation civile à la lumière d'une règle distincte du *"droit international applicable dans les relations entre les parties"*.

Il convient enfin de préciser qu'il ne s'agit pas, dans la cadre du droit international de l'aviation civile, de recourir à l'application directe de la *"règle pertinente"* du droit international des changements climatiques : le principe CBDR. Le recours au principe d'intégration systémique n'implique en effet que la prise en compte de cette *"règle pertinente"* lors de l'interprétation de la norme spécifique du droit international de l'aviation civile : le principe de non-discrimination¹⁴. Le principe d'intégration systémique se limite à une règle d'inter-

12 Il apparaît à ce titre, dans certaines situations, *"plus approprié de minimiser cette impression de conflit et de lire les règles pertinentes du point de vue de leur contribution à un objectif plus généralement partagé – "systémique"*. V. CDI, Rapport de 2006, Rapport du groupe d'étude de la Commission du Droit international établi sous sa forme définitive par M. KOSKENNIEMI, *"Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international"*, préc., p. 226.

13 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 9, para. 2.25. Pour d'autres références à la réglementation de l'OMS par cette annexe 9, v. Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 9, para. 2.31 (b), 6.39, et 6.41.

14 En ce sens, v., notamment, CIJ, Arrêt du 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, pts. 41 et s. V., également, ORAKHELASHVILI (A.), 2003, *"Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights"*, EJIL, vol. 14, p. 537 : *"the purpose of interpreting by reference to "relevant rules" is, normally, not to defer the provisions being interpreted to the scope and effect of those "relevant rule", but to clarify the*

prétation des normes internationales et ne pourrait être valablement invoqué afin de justifier l'application, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, du principe CBDR. Comme le précise en effet C. VOIGHT :

'evolutionary' or 'inter-contemporaneous' interpretation according to Art. 31.3(c) of the VCLT, where account shall be taken of 'any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties', is bound by this inherent limitation of treaty interpretation. According to Art. 31.3(c) VCLT relevant 'outside' rules only assist in giving meaning to the terms of the WTO treaty; they cannot change or overrule those terms¹⁵.

Cette dernière remarque a son importance puisque recourir à l'application directe du principe CBDR ne pourrait être suggéré sans soulever une nouvelle vague de résistance des défenseurs de l'autonomie de l'ordre international de l'aviation civile¹⁶.

229. Au-delà des difficultés théoriques à l'interprétation et à l'application de l'article 31, paragraphe 3, c) de la convention de Vienne¹⁷, cette démarche

content of the former by referring to the latter".

15 VOIGHT (C.), 2004, "Conflicts and Convergence in Climate Change and Trade Law – The Role of the Principle of Sustainable Development", présentation effectuée à l'occasion de la "Society's Inaugural Conference" de l'"International Environmental Law Agora", Florence, p. 5.

16 V. *supra*, n°28.

17 Outre les questions entourant la délimitation des règles dont il faut tenir compte exigeant une interprétation précise du terme "les parties" et une réflexion liée à l'état de ratifications des instruments multilatéraux concernés, l'un des principaux obstacles à l'application du principe d'intégration systémique reste celui du "poids" des obligations à prendre en considération. En ce sens, les incertitudes liées à la normativité des principes du droit international de l'environnement sont sources de nombreux débats, notamment lorsque ces derniers se trouvent en conflit apparent avec certaines normes issues de la convention de Chicago. Dans une sentence de 2004, un tribunal refusait ainsi de prendre en compte le principe "pollueur-payeur" aux fins d'application d'un principe d'intégration systémique en refusant d'admettre qu'un tel principe "fasse partie du droit international général". V. Cour permanente d'arbitrage, 12 mars 2004, Affaire concernant l'apurement des comptes (Pays-Bas c. France), préc., pt. 103. Pourtant, comme l'indique M. KOSKENIEMI, "si c'était là tout ce que couvrirait le paragraphe 3 c) de l'article 31, il n'aurait guère eu d'utilité. Or, selon ses termes, il n'est pas limité au "droit international général", mais s'étend à "toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties"". Il insiste à ce titre sur le fait "qu'aux fins d'interprétation c'est à des règles de droit et non à des principes plus larges ou à des considérations qui peuvent ne pas être formellement établies en tant que règle, qu'il faut se référer". V. CDI, Rapport de 2006, Rapport du groupe d'étude de la Commission du Droit international établi sous sa forme définitive par M. KOSKENIEMI, "Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international", préc., p. 231 et 234. Une autre difficulté tient également à la question de la prise en compte, lors d'un différend soumis à la compétence d'une juridiction internationale, d'une règle du droit international public lorsque cette dernière n'a pas été préalablement soumise à la compétence d'une telle juridiction au titre par exemple d'une clause de règlements des différends. V., à ce sujet, Opinion individuelle du juge M. BUERGENTHAL dans l'affaire CIJ, Arrêt du

interprétative ne constitue néanmoins, de nouveau, qu'un pis-aller sur le chemin du développement soutenable de l'aviation civile internationale. Bien qu'elle permette la conciliation des normes en jeu, elle n'apporte en effet pas de réponse adéquate à l'exigence de sécurité juridique¹⁸. La doctrine n'a d'ailleurs pas manqué d'imagination afin de proposer, dans la conception et la mise en œuvre d'une mesure *fondée sur le marché*, de nombreuses solutions concrètes afin de réconcilier le principe de non-discrimination, le principe CBDR et le concept des "circonstances spéciales et des capacités respectives"¹⁹. Le législateur européen a également cherché à justifier sa propre mesure

6 novembre 2003, Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), préc., pt. 22. Dans le cadre spécifique de la compétence de la CIJ, le juge critique de telles prises en comptes qui aboutiraient à ce qu'un "État (...) soumis à la compétence de la Cour pour l'interprétation d'un traité déterminé constaterait soudain qu'il est risqué de devoir subir l'examen judiciaire sous l'angle d'autres traités conclus entre les Parties au différend, plus ou moins pertinents, qui n'entrent pas dans le champ de la clause de règlement des différends du traité qui a initialement conféré compétence à la Cour".

- 18 A ce sujet, v., à titre d'exemples, 2015, "Fast-growing airlines from developing countries should not have to shoulder an unfair share of the GMBM burden, says China", par Y. HUANG, publié par *GreenAir Online* le 20 juillet, disponible à <http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=2107> (consulté le 22 mai 2017) ; 2015, "A real deal – how aviation can contribute to success in Paris", par A. MURPHY, publié par *GreenAir Online* le 28 août, disponible à <http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=2124> (consulté le 22 mai 2017). Pour une réflexion générale sur les différents types de différenciations des obligations, afin de respecter l'exigence d'une responsabilité commune mais différenciée sans remettre en cause le principe directeur de non-discrimination, v., notamment, FRENCH (D.), 2000, "Developing States and International Environmental Law : The importance of Differentiated Responsibilities", préc. L'auteur y propose l'hypothèse de standards différenciés, la possibilité d'une référence explicite à la situation, aux besoins et aux préoccupations des États développés ainsi que la mise en place d'une aide financière et technologique à destination de ces derniers. Pour une analyse comparée dans le domaine spécifique des émissions maritimes de GES, v., notamment, KAGESON (P.), 2011, "Applying the Principle of CBDR to the Mitigation of Greenhouse Gases from International Shipping", Working Paper, Centre for Transport Studies, Stockholm, 48 p. ; KOPELA (S.), 2015, "Climate Change, Regime Interaction, and the Principle of Common but Differentiated Responsibility: The Experience of the International Maritime Organization", *Yearbook of Intl. Environmental Law*, vol. 24, n°1, p. 70 et s. ; PALASSIS (N.), 2014, "The IMOs Climate Change Challenge: Application of the Principle of Common but Differentiated Responsibilities and Respective Capabilities", *Wash. & Lee J. Energy, Climate & Env't.*, vol. 6, n°1, p. 162 et s.
- 19 A titre d'exemple, pour A. PIERA, "if a system designated to address GHG emissions generates revenues, such revenues may be rechanneled into developing or least developed countries". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 81. Et suivant la même logique, "if the system requires the purchase of emission credit units (ECUs) through the implementation of an emissions trading or offsetting scheme, the design of such a scheme could mandate that a significant portion of these units be purchased from climate change-related projects carried out in developing countries, such as occurs under the Clean Development Mechanism (CDM) and Reducing Emissions from Deforestation, Degradation and Forest Enhancement (REDD-plus)". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 81.

corrective au regard du principe CBDR²⁰, ce qui n'a pas été exempt de critiques²¹. Est ainsi apparue une panoplie de solutions, plus ou moins pertinentes²², au conflit constaté entre le principe de non-discrimination et le principe CBDR. Ces solutions ont pour point commun d'assimiler le conflit à une simple situation de divergence, voir à son assimilation en tant que simple tension politique, laissant la porte ouverte aux propositions de réconciliation.

Il est soutenu ici qu'une telle approche, contournant le problème au lieu de le résoudre²³, ne constitue pas la réponse juridique adéquate au développement soutenable du droit international de l'aviation civile. Reconnaisant implicitement l'émergence d'une variable d'inquiétude, A. PIERA reconnaît d'ailleurs que *"because principles are not static, reconciliation also involves a continuous revision of such principles over time"*²⁴.

230. Sans recourir à cette attrayante technique juridique, une simple *"prise de hauteur"*²⁵ dans la lecture du droit international de l'aviation civile ferait pourtant disparaître les situations conflictuelles préalablement constatées tout en permettant la reconnaissance d'une spécificité normative propre au droit international de l'aviation civile : un encadrement fondamentalement discriminatoire de sa branche économique. Cela se déduit de la critique – une critique

20 *"One of the EU's own arguments to defend the EU ETS in light of the principle of common but differentiated responsibilities is that, under the UNFCCC, the principle applies to states and their climate policies, while the EU ETS applies to businesses active in the EU market. The logic is thus similar to the Advocate General's opinion that the EU ETS applies to companies operating within the EU's jurisdiction and there are no extraterritorial rules that would interfere with the sovereignty of other states. Alternatively, it has been argued that the EU ETS has been designed in such a way as to comply with the principle of common but differentiated responsibilities under the UNFCCC"*. KULOVESI (K.), 2011, *"Make your own special song, even if nobody else sings along"*: International aviation emissions and the EU Emissions Trading Scheme", préc., p. 19.

21 V., notamment, SCOTT (J.), RAJAMANI (L.), 2012, *"EU Climate Change Unilateralism: International Aviation in the European Emissions Trading Scheme"*, préc.

22 L'hypothèse d'un *"standard minimal"* apparaît à ce titre comme une solution particulièrement pertinente. En ce sens, la notion de *"normes minimales"* présente au sein de l'article 33 de la convention de Chicago garantit aux États parties la liberté d'imposer une réglementation dans le domaine de la certification plus stricte que celle harmonisée au sein des annexes à la convention de Chicago. Il apparaît donc convaincant d'affirmer que cette différenciation autorisée de la procédure législative puisse répondre aux exigences des États en développement si ces derniers restent initialement soumis aux seuls *"normes minimales"* adoptées sous l'égide de l'OACI lorsque les États développés s'imposent une réglementation mutuelle plus stricte dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES. Pour une analyse détaillée de l'utilisation des standards OACI en tant que support de la mesure mondiale et fondée sur le marché, v. *infra*, n°349 à 365.

23 Qualifier la situation conflictuelle de simple tension entre les principes permet en effet de s'écarter de la question de l'existence et des implications d'un tel conflit, question dont la réponse est pourtant essentielle au développement soutenable du droit international de l'aviation civile.

24 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 80.

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

justifiée puisque basée sur le respect nécessaire d'une distinction intrinsèque au droit international de l'aviation civile – d'une qualification du principe de non-discrimination en tant que principe directeur du droit international de l'aviation civile. Limité au droit de la navigation aérienne, le champ d'application de ce principe ne lui permet donc pas d'encadrer l'adoption et la mise en œuvre des mesures *fondées sur le marché* (1). A ce titre, le rattachement de ce type de solution *corrective* au droit du transport aérien international²⁶ démontre à nouveau sa pertinence – le raisonnement apparaît d'ailleurs identique à celui présenté dans le Titre précédent – tout en impliquant ici un encadrement des mesures *fondées sur le marché* par un principe devenu essentiel dans le cadre de ce droit : le principe de concurrence loyale. L'adoption d'une mesure *fondée sur le marché* n'est donc pas libre de toute contrainte, le principe CBDR devant être concilié avec les spécificités normatives encadrant actuellement l'établissement et l'exploitation des services aériens internationaux (2).

1. LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION AÉRIENNE : UN PRINCIPE DIRECTEUR "EN DEVENIR"

231. Si certains vont jusqu'à ne se référer au principe de non-discrimination, par une référence directe à l'article 44 de la convention de Chicago, que dans l'objectif de signaler l'existence d'une directive à caractère plus politique que juridique²⁷, il ne s'agit pas de revenir ici sur le statut juridique d'un tel principe. Il est néanmoins important, dans le cadre d'une étude ayant pour fil directeur la relecture du droit international de l'aviation civile à la lumière de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, de s'interroger sur la limitation éventuelle de son champ d'application.

L'exercice juridique visant la réconciliation du principe CBDR et du principe de non-discrimination a en effet pour fondement une qualification de ce dernier en tant que principe directeur du droit international de l'aviation civile²⁸. Ce postulat est erroné. Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de principe directeur de non-discrimination dans le sens d'un principe se plaçant "au-dessus" de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international. Si principe directeur il y a, il ne peut donc s'agir que d'un principe directeur "en devenir" : il s'interprète à ce titre comme un objectif

26 V. *supra*, n°63 à 69.

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

28 V. *supra*, n°215 et 216. PIERA semble à ce titre considérer que la nature intrinsèque du transport aérien international repose sur le principe de non-discrimination : "CBDR should not (...) be interpreted to contravene the essential nature of international air transport". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, *op. cit.*, p. 77.

que s'est fixé une Communauté aérienne internationale reconnaissant la nécessité d'une période transitoire fondée quant à elle sur un système discriminatoire. Le principe de non-discrimination n'encadre pas aujourd'hui l'ensemble du droit international de l'aviation civile à l'instar des principes de souveraineté aérienne et de coopération internationale. Si cette analyse s'avère exacte, il n'existe donc pas de conflit entre l'exigence de différenciation climatique et les principes encadrant l'adoption d'une mesure *fondée sur le marché*. Cette dernière étant rattachée au droit du transport aérien international, elle n'a pas à respecter une exigence de non-discrimination intrinsèque au droit de la navigation aérienne.

232. A ce titre, une lecture attentive de la convention de Chicago permet d'observer que la présence explicite du principe de non-discrimination se trouve limitée aux dispositions relatives au droit de la navigation aérienne (1.1). Cela ne signifie pas que l'application du principe soit définitivement restreinte au champ de la navigation aérienne, mais il apparaît aujourd'hui largement prématuré d'affirmer l'application étendue de ce principe en matière de transport aérien international (1.2).

1.1. La consolidation explicite d'un principe encadrant le droit de la navigation aérienne

233. Le terme "discrimination" n'est employé qu'une seule fois au sein de la convention de Chicago, ce qui invite une analyse précise de l'article y faisant référence. L'alinéa (g) de l'article 44, associé à la phrase introductive de cet article s'intéressant aux objectifs de l'OACI, indique à ce titre que

L'Organisation a pour buts et objectifs d'élaborer les principes et techniques de la navigation aérienne internationale et de promouvoir la planification et le développement du transport aérien international de manière à (...) (g) éviter la discrimination entre États contractants²⁹.

Quelques constats préliminaires s'imposent à la lecture de cet alinéa : il emploie le verbe "éviter" et non "interdire". Une application stricte de l'article 44, alinéa (g), ne peut en ce sens justifier l'interdiction de toute mesure discriminatoire, bien que cet article élargisse le champ de compétence de l'OACI aux politiques des États membres sources de discrimination. L'alinéa ne se réfère en outre qu'au terme isolé de "discrimination", et non au principe de non-discrimination. En ce sens, et selon la définition de J. SALMON, éviter l'apparition de discrimination implique d'éviter l'apparition d'un critère de différenciation

29 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 44.

qui ne serait être justifié de manière objective et raisonnable, ou qui ne pourrait répondre à une exigence de proportionnalité³⁰.

Mais plus généralement, et bien qu'une lecture isolée de l'alinéa (g) de l'article 44 laisse à penser que la non-discrimination constitue un principe d'application générale, le libellé de la phrase introductive de l'article opère, comme souligné dans le chapitre préliminaire de ce travail de recherche³¹, une distinction entre ce qui relève de la navigation aérienne internationale, conférant à l'OACI le soin d'élaborer les "*principes et techniques*" dans ce domaine, de ce qui relève du transport aérien international, ne confiant à l'OACI qu'une mission de promotion de la planification et du développement de l'aspect économique de l'aviation civile internationale³². Une interprétation littérale de l'article 44 explique ainsi que le travail normatif de l'OACI se limite au droit de la navigation aérienne, impliquant une matérialisation normative du principe de non-discrimination dans ce seul domaine. Cela se justifie d'ailleurs par une interprétation strictement littérale de l'alinéa (g) listant parmi les buts et objectifs de l'OACI celui d'éviter la discrimination "*entre États contractants*". L'article 44 se limite donc aux hypothèses de discrimination, à l'échelle globale, issues des normes imposées par un État contractant dans le domaine de la navigation aérienne et ne s'étend pas automatiquement aux hypothèses de discrimination, à l'échelle locale, issues des normes imposées aux aéronefs dans le domaine du transport aérien international. La non-discrimination entre États contractants est donc un principe inscrit dans la convention de Chicago mais son application est dissociée en fonction de la branche concernée. Dans le cadre du droit de la navigation aérienne, ce principe encadre l'action normative de l'OACI et s'épanouit par l'intermédiaire des SARPs progressivement annexées à la convention, bien qu'il faille préciser que la reconnaissance d'un principe directeur dans le cadre limité du droit de la navigation aérienne pourrait également être sujette à discussion. Le principe de non-discrimination ne se retrouve en effet que dans certaines dispositions spécifiques de la convention de Chicago et n'encadre pas, explicitement, tous les aspects du droit de la navigation aérienne. Quoi qu'il en soit, et dans le cadre distinct du droit du transport aérien international, le principe formulé à l'article 44, alinéa (g) ne semble avoir été inscrit dans le dispositif de la convention de Chicago que pour guider le développement des aspects commerciaux de l'activité aérienne internationale. Il n'a donc pas pour objectif de soumettre les États membres de l'OACI aux déclinaisons de la non-discrimination commerciale que sont la

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

31 V. *supra*, n°56.

32 "ICAO's functions in the technical field are straightforward and clear. However, in the economic field the Organization's functions are somewhat obfuscated by the words "foster the development of air transport", ICAO is seemingly empowered to exercise economic oversight in a limited way". ABEYRATNE (R.I.R.), 2014, *Convention on International Civil Aviation. A Commentary*, op. cit., p. 517.

"clause de la nation la plus favorisée" ou le principe du "traitement national"³³.

234. A ce stade de la démonstration, il faut alors admettre que l'argumentation proposée reste de l'ordre de la théorie. Elle ne peut en effet se baser sur aucune illustration contentieuse. L'article 44(g) n'a en ce sens jamais été "testé" en pratique³⁴. Une analyse de l'article 11 de la convention de Chicago, ne faisant qu'implicitement référence au principe de non-discrimination, permet néanmoins de consolider cette démonstration.

L'article 11 fait apparaître le principe sous l'exigence d'une absence de "distinction de nationalité" des aéronefs auxquels s'appliquent les lois et règlement d'un État contractant "*relatifs à l'entrée et à la sortie de son territoire*" ou "*relatifs à l'exploitation et à la navigation desdits aéronefs à l'intérieur de son territoire*"³⁵. Cet article semble ainsi reprendre la formulation du 2nd alinéa de l'article de la convention de Paris disposant que les "*regulations made by a contracting State as to the admission over its territory of the aircraft of the other contracting States shall be applied without distinction of nationality*"³⁶. Les États signataires de la convention de Chicago ont néanmoins choisi de réduire drastiquement le champ d'application d'un tel principe de l'égalité de traitement. Comme l'indique en ce sens M. LITVINE dans un ouvrage datant de 1953,

le principe de l'égalité de traitement des aéronefs de tous les États contractants que prévoyait le deuxième alinéa de l'article (de la convention de Paris) ne se retrouve plus dans la Convention de Chicago sous une forme aussi générale, mais seulement à l'occasion de certaines dispositions (ex : art. 9 : zones prohibées; art. 11 : réglementation aérienne ; art. 12 : règles de l'air ; art. 15 aérodromes internationaux)³⁷.

Une application des conclusions effectuées dans la seconde partie de ce travail permet en effet de déduire une limitation du champ d'application de l'article 11 de la convention de Chicago au droit de la navigation aérienne³⁸. L'interdiction de traitement distinct selon la nationalité de l'aéronef ne concerne à ce titre que les aspects techniques et opérationnels de l'aviation civile internationale sur le territoire d'un État membre, et ne se trouve donc pas explicitement étendue aux aspects économiques d'une telle activité.

Il s'agit également de préciser le champ d'application d'un principe parfois invoqué, puisque d'apparence similaire au principe de non-discrimination, par les défenseurs d'une approche *corrective* harmonisée : le principe d'unifor-

33 Sur ces principes "piliers" du droit de l'OMC, v. *supra*, n°217.

34 Pour une analyse du contentieux entourant le principe de non-discrimination en droit international de l'aviation civile, v. *infra*, n°239.

35 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 11.

36 Convention de Paris, 1919, préc., Art. 2.

37 LITVINE (M.), 1953, *Précis élémentaire de droit aérien*, Bruxelles, Bruylant, p. 52.

38 V. *infra*, n°436 à 439.

mité. La base juridique de ce principe émerge de l'article 11 de la convention de Chicago si ce dernier s'interprète dans le sens d'une exigence d'application uniforme des règlements de l'air aux aéronefs des États parties à la convention de Chicago³⁹. Comme indiqué précédemment, le champ d'application de l'article 11 est néanmoins limité au droit de la navigation aérienne. Plus explicitement, l'article 37 de la convention de Chicago exige des États contractants une coopération dans l'adoption des normes et procédures internationales *"pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité"*⁴⁰. Au même titre que l'article 11, l'article 37 de la convention de Chicago réduit néanmoins explicitement le champ d'application des *"règlements, normes et procédures"* aux *"matières pour lesquelles une telle uniformité facilite et améliore la navigation aérienne"*. Il faut donc en déduire que le principe d'uniformité, à l'instar du principe de non-discrimination, ne s'applique en réalité que dans le domaine de la navigation aérienne, et que la convention de Chicago s'abstient d'une extension de ce principe au droit du transport aérien international. Les principes de non-discrimination et d'uniformité partagent d'ailleurs le même destin. Comme le souligne P. MENDES DE LEON, *"in order to contribute to the uniform application of aviation standards, with the aim of ensuring safety of air transport world-wide, respect for the non-discrimination principle is indispensable"*⁴¹.

235. Les autres expressions du principe de non-discrimination au sein de la convention de Chicago, sous la forme d'une interdiction de traitement distinct selon la nationalité de l'aéronef, renforcent enfin cette délimitation stricte du champ d'application d'un tel article. L'article 9 impose une absence de discrimination en cas de restriction ou d'interdiction temporaire des vols au-dessus de tout ou partie du territoire d'un État membre, ce qui relève également de la navigation aérienne. L'article 15, quant à lui, au-delà de poser une exigence détaillée de non-discrimination dans le domaine spécifique des redevances aériennes, exige une ouverture des aéroports et des installations et services de *"navigation aérienne"* dans des conditions uniformes. Interprété comme le reflet du principe du *"traitement national"* dans le domaine des redevances aériennes⁴², cet article ajoute plus précisément que, lors de l'imposition d'une redevance par un État contractant pour l'utilisation des aéroports et installations et services de *"navigation aérienne"*, un tel prélèvement ne serait être supérieur *"aux redevances qui seraient payées par ses aéronefs nationaux assurant*

39 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 11.

40 *Ibid.*, Art. 37.

41 MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", préc., p. 143.

42 Il s'agit d'ailleurs ici de l'une des seules certitudes ressortant de l'interprétation de l'article 15 de la convention de Chicago. V. *supra*, n°111.

des services internationaux similaires"⁴³. Il a d'ailleurs été démontré dans le titre précédent que l'article 15 relève du droit de la navigation aérienne⁴⁴.

L'article 7 de la convention de Chicago, s'intéressant au droit du cabotage, pourrait-il est vrai représenter un exemple d'application du principe de non-discrimination dans le domaine du transport aérien international. Il indique en effet, dans son second alinéa, que

chaque État contractant s'engage à ne conclure aucun arrangement qui accorde expressément un tel privilège, à titre exclusif, à un autre État ou à une entreprise de transport aérien d'un autre État, et à ne pas se faire octroyer un tel privilège exclusif par un autre État⁴⁵.

En interdisant d'accorder un droit de cabotage de manière exclusive à un État tiers, l'article 7 va bien au-delà d'une simple exigence de non-discrimination. En ce sens, l'article 7 illustre le choix d'un encadrement particulièrement strict de ce privilège du cabotage par les États parties à la convention de Chicago. Expliquer l'origine de cette interdiction dépasserait le cadre de ce travail de recherche⁴⁶. Mais le simple constat d'une approche particulièrement restrictive du droit de cabotage suffit néanmoins à conclure que le régime juridique lié à cet aspect spécifique du droit international de l'aviation civile ne peut être utilisé aux fins d'une démonstration qui viserait, quant à elle, la reconnaissance d'une extension du champ d'application du principe de non-discrimination aux conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux.

236. Si des doutes subsistent, une analyse *a contrario* des dispositions de la convention de Chicago liées à ces conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux confirme d'ailleurs, dans une large mesure, cette interprétation restrictive du principe de non-discrimination. Il suffit en effet de constater que l'article 6 suppose l'obtention d'une "autorisation" ou d'une "permission spéciale", sous conditions, pour l'exploitation d'un service aérien régulier⁴⁷. Cet article s'étant concrétisé par la négociation, à l'origine bilatérale, des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux, le traitement des compagnies aériennes soumis à l'application de ces ASAs ne sont pas identiques. Certains pourraient même aller jusqu'à affirmer que rien n'empêche un État, dans ce domaine, d'agir de manière capricieuse, voir arbitraire, lorsqu'il choisit d'accorder ou non ladite permission ou autorisation, et que cela ne relève que de la stratégie des États en présence

43 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 15.

44 V. *supra*, n°171 à 174.

45 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 7.

46 Pour une analyse détaillée de l'article 7 de la convention de Chicago, v. MENDES DE LEON (P.), 1992, *Cabotage in Air Transport Regulation*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 264 p.

47 Pour une analyse détaillée de cet article, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

lors de la négociation de leur propre réseau d'ASAs⁴⁸. Cela explique également le traitement toujours isolé du transport aérien international face au régime juridique de l'OMC⁴⁹. Comme évoqué précédemment, une intégration complète de la branche économique du droit international de l'aviation civile dans le cadre juridique de l'OMC impliquerait en effet une version poussée de la non-discrimination de par le respect du principe du "traitement national" et du principe de la "clause de la nation la plus favorisée", ce que la Communauté aérienne internationale refuse toujours aujourd'hui de concevoir⁵⁰.

237. *Conclusion.* Dans le cadre d'une étude impliquant la délimitation précise du principe de non-discrimination, il apparaît donc essentiel de rappeler qu'en 1944, *"the drafters of the Chicago Convention have not succeeded in setting up a universal system – based on non-discriminatory treatment – for all aspects of air transport"*⁵¹. Conséquence toujours présente de cet échec initial, *"the economics of the operation of air services are subject to a bilateral or regional rather than to a global regime"*⁵². Est-ce à dire que la convention de Chicago condamne le principe de non-discrimination à n'encadrer que certains aspects spécifiques du droit de la navigation aérienne ? Cela ne semble pas ressortir d'une lecture attentive de la convention. Il apparaît néanmoins aujourd'hui prématuré d'affirmer l'extension de son champ d'application au domaine du transport aérien international.

1.2. La revendication prématurée d'un principe encadrant le droit du transport aérien international

238. Si les États ayant négocié à Chicago la charte de l'aviation civile internationale avaient souhaité le respect d'un tel principe, ils l'auraient inscrit "noir

48 En ce sens, la définition donnée par A. PIERA au principe de non-discrimination, si cette dernière est transposée dans le cadre spécifique du droit du transport aérien international, ne nous semble pas exacte : *"the non-discrimination principle manifests itself in the form of prohibition that enjoys States to refrain from arbitrarily and capriciously applying differential treatment to aircraft operators on the basis of nationality"*. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 53.

49 V. *supra*, n°68.

50 V., à ce sujet, BARBIN (M.), 1990, "Le GATT et le transport aérien", préc. ; ABEYRATNE (R.I.R.), 1996, "Would Competition in Commercial Aviation Ever Fit into the World Trade Organization?", *JALC*, vol. 61, p. 793 et s. ; MARCONINI (M.A.), 1998, "The Globalization of the Economic Regulation of Air Transport", in *The Use of Air and Outer Space Cooperation and Competition: proceedings of the international Conference on Air and Outer Space at the Service of World Peace and Prosperity*, C.J Cheng (Ed.), Beijing 21-23 August 1995, p. 27 et s.

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

52 *Ibid.*

sur blanc" dans le dispositif de cette dernière⁵³. Comme l'indique J. NAVEAU, bien que "les mesures discriminatoires sont prohibées par une série de dispositions de la Convention", le principe "n'est pas exprimé de manière générale dans la Convention, et n'est, en particulier, pas repris dans la première partie sous une forme abstraite"⁵⁴. Cette simple observation permet d'initier la discussion sur une base solide : le principe de discrimination n'a pas été explicitement étendu en 1944 au domaine du transport aérien international et la démonstration d'une telle extension implique donc la présentation d'arguments convaincants.

239. A ce titre, l'un des principaux arguments à l'appui de l'existence actuelle d'un principe directeur de non-discrimination est critiquable sous de nombreux aspects. L'existence d'un contentieux basé sur la mise en œuvre d'un traitement discriminatoire ne justifie en effet pas l'application de ce principe dans le domaine du transport aérien international. Il est ainsi parfois évoqué les différends de 1952 opposant le Pakistan à l'Inde⁵⁵ et de 1996 opposant Cuba aux États-Unis⁵⁶. Le premier concerne la contestation par le Pakistan de la mise en place, par l'Inde, d'une zone aérienne interdite ne s'appliquant pas à l'ensemble des compagnies aériennes des États tiers (et notamment aux aéronefs immatriculés en Iran). La seconde concerne le refus par les États-Unis d'accorder aux aéronefs immatriculés à Cuba le droit de survol de son territoire afin d'opérer des services réguliers entre Cuba et le Canada, ce qui constituait, selon Cuba, une violation de l'accord relatif au transit des services aériens internationaux⁵⁷. Il est également fait appel, à l'appui d'un principe directeur de non-discrimination, au différend entre les États-Unis et l'Union européenne dans l'affaire dite *Hushkit*, au nom d'une technique de remotorisation permettant de réduire le bruit des moteurs d'aviation. Les États-Unis contestaient ici le règlement (CE) n°925/1999⁵⁸ sur le fondement d'une violation des obligations découlant de la convention de Chicago et de son annexe 16⁵⁹ :

the United States noted that the conditions for exemption from the regulation's restrictions gave preference to aircraft that remained on a registry of any EU member state during the relevant period, and therefore argued that the regulation ran afoul

53 Le préambule de la convention évoque bien la notion d'"égalité des chances", mais cette dernière ne peut être assimilée à un principe de non-discrimination. V. Convention de Chicago, 1944, préc., Préambule. Pour une réflexion plus approfondie sur la signification de cette notion d'"égalité des chances", v. *infra*, n°246.

54 NAVEAU (J.), 1988, *Précis de droit aérien*, Bruxelles, Bruylant, 1^{er} éd., p. 31.

55 A ce sujet, v., notamment, OACI, 1952, "Report of 1952 Activities", Doc. 7367, p. 74 et s.

56 A ce sujet, v. OACI, Décisions du Conseil, C-DEC 154/16 ; OACI, Décisions du Conseil, C-WP 10864 ; OACI, Décisions du Conseil, C-DEC 149/7 ; OACI, Décisions du Conseil, C-DEC 150/17 ; OACI, Décisions du Conseil, C-DEC 152/14 ; OACI, Décisions du Conseil, C-DEC 153/14.

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

58 Règlement (CE) n° 925/1999, préc.

59 Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 16.

of Chicago Convention provisions prohibiting contracting states from discriminating among aircraft on the basis of state of nationality⁶⁰.

Le Conseil de l'OACI n'a pourtant été amené à statuer, en application de l'article 84 de la convention de Chicago⁶¹, dans aucune de ces affaires. La première a trouvé son dénouement via la négociation des parties en présence, lorsque les deux dernières ont fait appel au mécanisme de la conciliation. Le Conseil de l'OACI n'a ainsi pas eu l'opportunité de statuer sur la prétendue violation du principe de non-discrimination⁶². Ces affaires ne concernaient en outre que des dispositions faisant explicitement référence au principe de non-discrimination, à l'exemple de l'article 9 de la convention de Chicago dans le cas du différend de 1952. Cela impliquait donc une analyse limitée au cadre de la navigation aérienne, que ce soit dans le cadre des zones prohibées ou du droit de survol⁶³, ce qui ne permet donc pas d'en déduire l'existence d'un principe directeur s'appliquant à l'ensemble du droit international de l'aviation civile.

Un tribunal arbitral a tout de même conclu, dans une affaire relative au système de redevances de l'aéroport d'Heathrow distinguant les heures creuses et les heures pleines, que l'article 15 de la convention de Chicago, tout comme l'article 10, paragraphe 2 de l'accord "Bermudes II" le reflétant⁶⁴, interdisaient non seulement les discriminations *de iure*, mais également les discriminations *de facto*⁶⁵. Cette sentence arbitrale, par laquelle "the non-discrimination principle

60 V. 2001, "Admissibility of U.S.-EU "Hushkits" Dispute before the ICAO", *AJIL*, vol. 95, n° 2, p. 410 et s. Pour une analyse de cette affaire, v., également, CLAES (B.A.), 1999-2000, "Aircraft Noise Regulation in the European: The Hushkit Problem", préc. ; KAUFMANN (C.), 2001, "Hushkits: Another Dispute between Europe and the United States", préc.

61 "Si un désaccord entre deux ou plusieurs États contractants à propos de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention et de ses Annexes ne peut être réglé par voie de négociation, le Conseil statue à la requête de tout État impliqué dans ce désaccord". Convention de Chicago, 1944, préc., Art.84.

62 A. PIERA le reconnaît en indiquant que "because all of these disputes were settled through diplomatic negotiations, the ICAO Council never had a chance to rule on the merits of the discriminatory allegations". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 52 et 53.

63 Pour la démonstration du rattachement de la première liberté de l'air au droit de la navigation aérienne, v. *supra*, n°68.

64 V. Accord "Bermudes II", 1977, préc., Art. 10 (2).

65 Sentence arbitrale, 30 novembre 1992, Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow (États-Unis c. Royaume-Uni), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 24, p. 266 : "the Tribunal finds nothing in Article 10(2) or, indeed, in Article 15 of the Chicago Convention on which it is based, to support the proposition that discrimination need be assessed only by reference to "overt" behaviour, which may, in fact, mask actual discrimination, when other operational factors are taken into account, such as the actual availability of off-peak arrival and departure times near the peak price break times, the practical ability to use "free" parking facilities and to avoid peak passenger terminal charges, and so forth". Pour une analyse de cette sentence arbitrale, v., notamment, WITTEN (S.M.), 1995, "The US-UK Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges", *AJIL*, vol. 98, n°1, p. 174

*was explicitly applied and interpreted in legal proceedings of a civil aviation case*⁶⁶, ne concerne néanmoins que le domaine des redevances aériennes. Le tribunal s'est donc intéressé au principe de non-discrimination dans le cadre spécifique de l'article 15 de la convention, un article dont le champ se trouve limité au droit de la navigation aérienne⁶⁷.

240. Tout cela n'interdit pas d'envisager à l'avenir l'emprise du principe de non-discrimination dans le cadre du transport aérien international. En ce sens, le principe peut légitimement s'interpréter en tant que finalité du droit international de l'aviation civile : bien qu'ayant été initialement contraints de laisser à la discrétion souveraine des États contractants la plupart des problématiques économiques liées à l'aviation civile internationale, *"the participants of the Chicago Conference were inspired by the objective to put an end to the discriminatory trade systems which were inherent to the pre-War colonial systems maintained by the United Kingdom, Spain and Portugal"*⁶⁸.

Il s'agit alors d'affirmer l'existence du principe, ainsi que sa capacité à couvrir un jour l'ensemble des aspects relatifs au droit international de l'aviation civile, sans se heurter à ce qui relève aujourd'hui de l'évidence : le droit du transport aérien international reste, jusqu'à ce jour, intrinsèquement discriminatoire. Pour comprendre l'origine d'une telle discrimination, il suffit de remonter à l'article 6 de la convention de Chicago : en soumettant l'accès au marché à une exigence de *"permission spéciale ou toute autre autorisation"* de l'État concerné, tout en soumettant les conditions d'exploitation des services aériens internationaux réguliers au contenu de l'instrument support d'une telle permission, cet article a engendré un système de transport aérien fragmenté. Les États ne sont en effet pas parvenus à *"multilatéraliser"* l'échange d'autorisation⁶⁹, et donc à harmoniser à l'échelle mondiale les conditions d'établissement et d'exploitation des services aériens internationaux⁷⁰.

et s. ; SKILBECK (J.) 1995, "The US/UK Arbitration concerning Heathrow Airport Charges", *ICLQ*, vol. 44, n°1, p. 171 et s.

66 MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", préc., ?p. 144.

67 V. *supra*, n°171 à 175.

68 MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", préc., ? p. 143. Il sera remarqué que la défense d'un tel objectif, notamment par les États-Unis, n'était certainement pas dénué d'intérêt purement nationaux. Les États-Unis se trouvaient en effet en position de force à la fin de la seconde guerre mondiale, et se devaient d'exploiter une telle position dans le jeu économique mondiale du transport aérien international. V., également, *Proceedings of the International Civil Aviation Conference*, préc.

69 Sur l'échec de la multilatéralisation du transport aérien international, v. *infra*, n°448.

70 En droit français, l'article L.131-1 du Code de l'aviation civile, reflète de cet article 6 de la convention de Chicago, illustre d'ailleurs cette évidente discrimination : *"les aéronefs peuvent circuler librement au-dessus des territoires français. Toutefois les aéronefs de nationalité étrangère ne peuvent circuler au-dessus du territoire français que si ce droit leur est accordé par une convention diplomatique ou s'ils reçoivent, à cet effet, une autorisation qui doit être spéciale et temporaire"*.

Certains États membres de l'OACI cherchent à combattre cette évidence en créant des "marchés de services aériens" soumis à un droit de la concurrence et intégrant, à ce titre, le principe de non-discrimination⁷¹. A titre d'exemple particulièrement significatif, la libéralisation progressive du ciel européen permet aujourd'hui aux compagnies aériennes immatriculées dans un État membre de l'Union d'entrer librement en concurrence et de bénéficier d'une application particulièrement rigoureuse du principe de non-discrimination⁷². Les exemples illustrant une progressive libéralisation bilatérale, plurilatérale, ou régionale du transport aérien international ne manquent d'ailleurs pas de se multiplier⁷³. Mais tout cela n'est que la manifestation du pouvoir souverain des États parties à la convention de Chicago : ces derniers peuvent en effet choisir de soumettre leurs compagnies aériennes, comme condition à l'échange de l'autorisation prévue par l'article 6 de cette convention, à un système non-discriminatoire. Cela ne hisse cependant pas automatiquement le principe de non-discrimination au rang de principe directeur du droit international de l'aviation civile. Tant qu'il existe une pluralité d'ASAs, impliquant autant de conditions différentes à l'exercice de l'activité de transport aérien international en fonction du lieu d'immatriculation de la compagnie aérienne concernée, la branche économique du droit international de l'aviation civile ne sera pas régie par le principe de non-discrimination. En ce sens : *"bilateralism, like « regionalism » begets discrimination"*⁷⁴.

241. Selon les défenseurs de la libéralisation, l'existence de traitements discriminatoires ne serait néanmoins qu'une exception provisoire à l'objectif à long terme du droit international de l'aviation civile : la mise en place progressive d'une coopération multilatérale et d'un traitement identique des compagnies aériennes dans le domaine du transport aérien international. Cette interprétation de la convention de Chicago permet alors d'interpréter les articles se référant explicitement au principe de non-discrimination⁷⁵ comme des manifestations non exhaustives de ce principe. Cela revient à admettre que parmi

V. Code de l'aviation civile, préc., Art. L.131-1. Cet article consacre également les droits de police aérienne et confirme à ce titre la double nature de l'article 6 de la convention de Chicago. V. *supra*, n°58.

71 Sur la portée du principe de concurrence loyale en droit international de l'aviation civile, v. *infra*, n°245 à 253.

72 Pour une analyse du cadre juridique de la non-discrimination aérienne dans le cadre du droit de l'Union européenne, v., notamment, CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 127 et s.

73 V. *infra*, n°448.

74 MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", préc., ?p. 143.

75 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 5, 11, 15, 35 et 44.

l'objet et les buts de la convention de Chicago⁷⁶ se trouve la mise en place d'un système de transport aérien international basé sur le principe de non-discrimination. En ce sens, le Conseil de l'OACI continue d'affirmer que *"le multilatéralisme dans les droits commerciaux demeure un objectif de l'organisation"*⁷⁷. Le bien-fondé de cette affirmation permet cependant de consolider l'essence de notre démonstration : si l'objectif reste, à long terme, l'émergence d'un système de transport aérien international basé sur le principe de non-discrimination, c'est bien la preuve que ce système ne s'est pas vu imposé par les rédacteurs de la convention de 1944 et que le développement exponentiel de l'activité aérienne internationale n'a pas encore permis d'amender cette convention afin de reconnaître la nécessité actuel d'un tel système.

Une brève analyse comparée du droit international de la mer enseigne d'ailleurs que le droit international de l'aviation civile n'est pas parvenu à imposer un champ d'application au principe de non-discrimination aussi vaste que celui imposé par la convention de Montego Bay de 1982. Le principe de discrimination, souvent précisé en termes de discrimination de droit et de fait, apparaît dans un nombre important d'articles de la convention. A titre d'exemple, l'article 227 précise – dans un domaine lié à la protection de l'environnement puisque l'article en question est extrait de la partie 12 de la convention intitulée "Protection et préservation du milieu marin" – que *"les États ne soumettent les navires d'aucun autre État à aucune discrimination de droit ou de fait"*⁷⁸.

242. *Conclusion.* A l'heure actuelle, le champ d'application du principe de non-discrimination est ainsi limité à la branche du droit international de l'aviation civile associée aux aspects relatifs à la navigation aérienne internationale. Il n'existe donc pas aujourd'hui de principe directeur de non-discrimination s'appliquant à l'ensemble du droit international de l'aviation civile, ni d'ailleurs de marché global de transport aérien, ce dernier étant fragmenté par le jeu des nombreux ASAs ne soumettant pas ce transport aérien international à un régime juridique harmonisé.

Partant de cela, une différenciation climatique peut être justifiée, par application d'un principe CBDR encadrant les mesures *fondées sur le marché*, si cette application ne se trouve pas en conflit avec le cadre juridique auquel se trouve rattaché ce type de mesure. Si ce cadre correspond bien au droit du transport aérien international, l'affirmation d'un conflit de normes entre

76 D'après l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, un traité doit, entre autre, *"être interprété (...) à la lumière de son objet et de ses buts"*. V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 31.

77 V. OACI, 2008, "Politiques et éléments indicatifs sur la réglementation économique du transport aérien international", 3^e éd., Doc. 9587, pt. 1.5.

78 Convention de Montego Bay, préc., Art. 227. Pour d'autres applications du principe de non-discrimination, v. Convention de Montego Bay, 1982, préc., Arts. 24, 25, 42, 52, 119, 141, 152.

le principe CBDR et le principe de non-discrimination a donc disparu, puisque ce dernier principe n'encadre pas à l'heure actuelle le droit du transport aérien international. Sur un plan strictement juridique, il est donc difficile d'adhérer à l'affirmation de A. HARDEMAN si celle-ci se base sur l'existence d'un principe de non-discrimination applicable au droit du transport aérien international :

an orthodox application of the CBDR concept spilling over into the aviation policy arena, as advocated by a number of developing country governments in the climate negotiations, would bring about an unjustified differentiation between economic actors in global aviation markets⁷⁹.

L'analyse serait néanmoins incomplète si elle se limitait à la démonstration d'une absence de conflit entre le principe CBDR et le principe de non-discrimination. Pour éviter toute hypothèse de conflit, l'exigence de différenciation climatique doit en effet être conciliée avec les principes encadrant quant à eux, et à l'heure actuelle, le droit du transport aérien international. En ce sens, écarter le principe de non-discrimination du débat revient à admettre que l'unique barrière à une application abusive du principe CBDR, lors de l'adoption et de la mise en œuvre d'une mesure *fondée sur le marché*, se trouve dans les conditions de traitement des compagnies aériennes progressivement imposées par le droit du transport aérien international, lesquelles seront analysées dans la section suivante.

2. LES MESURES FONDÉES SUR LE MARCHÉ : UNE SOLUTION DANS LE CADRE DU TRANSPORT AÉRIEN INTERNATIONAL

243. L'objectif d'une partie de la Communauté aérienne internationale est fréquemment rappelé : adopter une mesure *mondiale et fondée sur le marché* afin de réduire les émissions aériennes de GES tout en permettant de maintenir une égalité de traitement et d'assurer une concurrence loyale entre compagnies aériennes opérant sur les mêmes routes. Le principe de concurrence loyale – principe auquel les auteurs se réfèrent le plus souvent par l'intermédiaire de son appellation anglaise : le principe du "*level playing field*" – est ainsi devenu, pour certaines parties prenantes à la négociation actuelle d'une mesure *corrective* sous l'égide de l'OACI, l'une des conditions *sine qua non* à l'adoption d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché*⁸⁰.

79 HARDEMAN (A.), 2011, "Reframing Aviation Climate Politics and Policies", AASL, vol. 36, p. 12.

80 V, notamment, la position de l'Union européenne à l'ouverture des négociations à l'occasion de la 39^{ème} session de l'Assemblée générale de l'OACI : "*the scheme should (...) take into account the special circumstances and respective capabilities of States, while ensuring non-discrimination such that all operators will be treated alike on the same route and avoiding market distortion*".

V. CEAC, 2016, Declaration of Directors General of Civil Aviation of EU Member States

Exiger le respect de cette condition replace le débat au sein de la branche adéquate du droit international de l'aviation civile : le droit du transport aérien international. Cela justifie d'ailleurs, bien qu'à rebours seulement, le rattachement des mesures *correctives* à cette branche spécifique du droit international de l'aviation civile encadrant les conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux. La condition d'une concurrence loyale est en effet devenue l'essence d'une approche progressivement revendiquée de l'encadrement juridique du transport aérien international⁸¹. Elle ne trouve néanmoins aucune base juridique contraignante au sein de la convention de Chicago. Il faut donc, pour comprendre son émergence, se référer à la documentation de l'OACI reflétant les préoccupations de certains acteurs de la Communauté aérienne internationale, aux ASAs l'intégrant dans leurs dispositifs, et à certains systèmes régionaux l'ayant choisi comme fondement à l'encadrement juridique des conditions qu'ils imposent aux opérateurs souhaitant proposer des services aériens entre les États membres les composant.

244. Le rattachement des mesures *fondées sur le marché* au droit du transport aérien international ayant été justifié dans le chapitre préliminaire de ce travail de recherche⁸², comprendre l'importance du principe de concurrence loyale dans le débat actuel implique néanmoins de déterminer non seulement le sens, mais également la portée de ce principe (2.1). Cette clarification préalable effectuée, l'importance acquise du principe permettra d'expliquer, sous un angle juridique adéquat, les principales propositions visant l'adaptation de l'exigence de différenciation climatique face aux spécificités normatives du droit international de l'aviation civile (2.2).

2.1. La concurrence loyale : un principe progressivement intégré au droit du transport aérien international

245. De manière générale, assurer une concurrence loyale entre un groupe d'acteurs économiques doit permettre de créer un environnement où ces derniers sont en mesure de se livrer concurrence sur un pied d'égalité, et à armes égales. Plus précisément, et dans le contexte spécifique de l'aviation civile internationale, la naissance d'un marché concurrentiel implique d'harmoniser le régime juridique encadrant l'établissement et l'exploitation commerciale

and the other Members of the European Civil Aviation Conference, "Adhering to the Global Market-Based Measure (GMBM) Scheme from the Start", préc., Considérant n°4.

81 Pour une analyse du droit de la concurrence dans le cadre spécifique du transport aérien international, v., notamment, FITZGERALD (P.P.), 2016, *A Level Playing Field for "Open Skies": The Need for Consistent Aviation Regulation*, Utrecht, Eleven International Publishing, 350 p. ; RADOSEVIC (S.), 2013, *Paving the way to lawful and just interpretation of the "fair competition" principle in international aviation relations*, Thesis, Leiden University.

82 V. *supra*, n°63 à 69.

des services aériens, avant d'y ajouter les outils juridiques permettant la diminution des risques, concomitant au développement d'un tel marché, d'entraves ou d'élimination de cette concurrence. Les défenseurs à l'application de la logique libérale au domaine de l'aviation civile – et de son inséparable principe de concurrence loyale – ont donc cherché, au sein des instruments juridiques encadrant cette activité intrinsèquement internationale, les indices d'une base juridique à cette logique dans les divers instruments du droit international de l'aviation civile.

246. Comme toute question juridique liée à l'aviation civile internationale, cette recherche ne pouvait que commencer par une relecture attentive de la convention de Chicago. Bien que le principe de concurrence loyale n'y apparaisse pas explicitement, la première option consiste alors à combler ce silence par une lecture pour le moins extensive d'un objectif inscrit quant à lui au sein même de la convention. A ce titre, le préambule pose en effet comme raison d'être à cette convention l'établissement des services aériens *"sur la base de l'égalité des chances"* et l'exploitation de ces derniers *"d'une manière saine et économique"*⁸³, lorsque l'article 44 inscrit parmi les objectifs de l'OACI celui d'*"assurer (...) une possibilité équitable pour chaque État contractant d'exploiter des entreprises de transport aérien international"*⁸⁴. Comme précédemment justifié, la force contraignante des différents objectifs listés à l'article 44 de la convention de Chicago dépend néanmoins expressément de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international⁸⁵. L'article 44 ne peut ainsi servir de base juridique incontestable à l'existence d'un principe contraignant de concurrence loyale dans le cadre spécifique des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux.

Une approche fondée sur une lecture extensive des dispositions de la convention de Chicago est pourtant facilitée par les déclinaisons juridiques de la notion d'*"égalité des chances"* au sein des instruments normatifs encadrant, de manière contraignante ou non, le domaine spécifique du transport aérien international. Dans la famille de l'*"égalité des chances"*, ces instruments normatifs ne manquent d'ailleurs pas d'imagination en se référant tantôt à l'*"égalité des possibilités"*⁸⁶, tantôt aux *"possibilités égales et équitables"*⁸⁷, sans oublier d'exiger parfois le respect d'*"opportunités égales et équitables"*⁸⁸. Aucune de ces expressions n'évoque cependant le terme de concurrence. Le respect d'une

83 Convention de Chicago, 1944, préc., Préambule.

84 *Ibid.*, Art. 44 (f).

85 V. *supra*, n°72.

86 V., à titre d'exemple, OACI, 2013, Résolution A38-14, préc., Appendice A, Section 1, Considérant n°1.

87 V., à titre d'exemple, OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., Considérant n°11. V., également, Accord relatif aux services aériens entre la Confédération Suisse et la République de Guinée, 1963, préc. Art. 3 (b).

88 V., à titre d'exemple, OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., Annexe, Principe (p).

"égalité des chances" ne pouvait donc légitimement être, *prima facie*, assimilé à une exigence de "concurrence loyale". Lorsque cette "égalité des chances" est interprétée suivant le "sens ordinaire" des termes utilisés, il suffit en effet, pour la respecter, que soit donnée aux compagnies aériennes des États membres de l'OACI, et notamment celles des États en développement, l'opportunité de participer à l'offre des services aériens internationaux. A ce sujet, et comme l'indique P. MENDES DE LEON,

one of the fundamental principles underlying the Convention is the fact that all States should be able to participate in air transportation on the basis of equality (...). The implementation of this principle is hampered by the limitations of rights States can impose upon each other, limitations which find their origin in the principle of sovereignty of the State over the airspace above its territory as expressed in Article 1 of the Convention⁸⁹.

Peu d'interprètes se sont néanmoins limités à cette conclusion. Un débat sur une interprétation extensive de la notion d'"égalité des chances" s'est ainsi ouvert traduisant deux visions diamétralement opposées de l'activité aérienne internationale :

it is normal expectation that each State aims at 'equality of opportunity' as proclaimed in the third paragraph of the Preamble to the Chicago Convention. Nevertheless, the 'equality' may be interpreted differently by different parties – some would see it as a balance of 'opportunity' (e.g., equal access to the market, non-discrimination in all respects), other may look for 'equality of advantage' or 'balance of benefits' and calculate in economic details that neither party draws a bigger benefit from the agreed international air service⁹⁰.

Analyser les tenants et aboutissants d'un tel débat dépasse le cadre de ce travail. La simple existence de ce débat permet néanmoins d'affirmer que le principe d'"égalité des chances", tout comme ses déclinaisons juridiques, ne peut constituer une base juridique suffisante à la création d'un marché concurrentiel mondial dans le domaine du transport aérien international. Affirmer le contraire impliquerait d'ailleurs de remettre en cause les fondements même du droit du transport aérien international n'imposant aucunement l'harmonisation, à l'échelle globale, des conditions d'établissement et d'exploitation des services aériens internationaux.

247. Justifier l'apparition d'une exigence de "concurrence loyale" dans le domaine du transport aérien international implique donc de distinguer ce qui

89 MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 20.

90 MILDE (M.), 2016, *International Air Law and ICAO*, op. cit., p. 116.

relève de l'“égalité des chances” de ce qui relève du domaine de la concurrence⁹¹. A ce titre, l'article 44 de la convention de Chicago ne se limite pas à souligner l'importance d'assurer une “possibilité équitable pour chaque État contractant d'exploiter des entreprises de transport aérien international”⁹², il va jusqu'à utiliser la notion de concurrence en listant parmi les objectifs de l'OACI celui de “prévenir le gaspillage économique résultant d'une concurrence déraisonnable”⁹³. La notion de concurrence se trouve donc inscrite dans le dispositif même de la convention bien que l'article 44 ne puisse ici encore être interprété, sans risquer de faire dire à la convention de Chicago ce que ses signataires n'avaient nullement souhaité imposer en 1944, comme la base juridique d'un principe de concurrence loyale applicable à l'ensemble du droit du transport aérien international. Il s'agit néanmoins d'un “petit pas” dans la bonne direction pour les partisans à une application progressivement élargie d'un tel principe.

248. Cet article a permis à l'OACI de s'intéresser à l'application et aux implications de la concurrence loyale dans le domaine du transport aérien international au point de sembler en devenir aujourd'hui l'un des promoteurs. L'OACI a en effet placé parmi ses “principes généraux pour la libéralisation du transport aérien international” celui de préserver “adéquatement et efficacement une concurrence loyale”⁹⁴. L'OACI serait d'ailleurs en train de préparer un code anti-subsidation, un texte sur les pratiques concurrentielles loyales et un texte sur les sanctions en cas de pratique concurrentielles déloyales suivant l'approche des “clauses types” à intégrer dans les ASAS⁹⁵. Une organisation comme l'IATA semble également convaincue du rôle joué par l'OACI dans un processus de libéralisation qui ne peut, à ce titre, qu'être fondé sur la consolidation progressive du principe de concurrence loyale. Elle explique en effet sa position en soulignant le rôle de leadership de l'OACI dans ce processus, en reconnaissant “the considerable ICAO policy and guidance material that has been developed” et en considérant que l'OACI “is the right forum to lead air transport to a more liberalized environment”⁹⁶.

91 Cet exercice préalable permettrait d'éviter l'incertain mélange des notions amenant l'Assemblée générale de l'OACI à encourager “les États membres à incorporer dans leurs législations, règles et règlements nationaux, ainsi que dans les accords sur les services aériens, les principes de base d'équité et d'égalité des chances en matière de concurrence”. V. OACI, 2013, Résolution A38-14, préc., Appendice A, Section 5, pt. 2.

92 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 44 (f).

93 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 44 (e).

94 V. OACI, 2000, “Politique de l'OACI en matière d'imposition dans le domaine du transport aérien international”, préc., p. 1-26.

95 V. GRARD (L.), “Bilatéralisme et multilatéralisme pour le commerce aérien international” (à paraître). Sur l'utilisation de cette méthode dans le cadre d'une solution mondiale et fondée sur le marché, v. *infra*, n° 444.

96 IATA, 2013, “Liberalization”, disponible à <https://www.iata.org/policy/Documents/liberalization.pdf> (consulté le 14 avril 2017).

A l'inverse néanmoins, il pourrait tout aussi bien être soutenu que l'OACI se résigne pour le moment à une position neutre sur la question de la concurrence loyale tout en se permettant de procurer à certains de ces États membres une plateforme leur permettant d'exprimer leurs revendications sur cet aspect devenu l'un des principaux points de débat lié à l'encadrement des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux. En ce sens, l'OACI ne manque pas de préciser, après avoir évoqué le principe dans la liste de ses principes généraux, que l'ensemble de ces principes visent à *"donner au transport aérien international autant de liberté économique que possible tout en respectant ses caractéristiques propres"*⁹⁷ et le principe de concurrence loyale continue d'animer les débats dans le cadre des conférences mondiales sur le transport aérien organisées sous l'égide de l'OACI. L'ordre du jour de la 6^{ème} édition de cette conférence donne à ce titre un aperçu des problématiques actuelles liées au respect de ce principe :

étant donné que l'environnement opérationnel est de plus en plus asservi aux marchés, il y a de plus en plus de concurrence entre compagnies aériennes (parmi et entre les compagnies aériennes établies et les transporteurs à faible coût) et entre alliances de compagnies aériennes. En même temps, il y a eu augmentation de la concentration (par exemple les alliances et les fusions) dans certains marchés. On s'inquiète de plus en plus de la façon de garantir une concurrence loyale et d'éviter les abus de contrôle par domination⁹⁸.

Une chose est quoi qu'il est soit certaine : le principe de concurrence loyale reste, jusqu'à aujourd'hui, écarté du droit dérivé et contraignant de l'organisation. Il n'existe à ce titre aucune annexe à la convention de Chicago sur la question du transport aérien international support éventuel de ce principe de concurrence loyale, et l'organisation se limite donc à *"promouvoir la planification et le développement du transport aérien international"*⁹⁹ afin que ce dernier puisse progressivement refléter les implications d'un tel principe. Illustrant de nouveau les implications de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, cette timidité du Conseil de l'OACI s'explique par la limitation des pouvoirs normatifs de l'organisation dans le domaine du transport aérien international¹⁰⁰. En ce sens, la convention de Chicago, tout comme le droit dérivé de l'OACI, n'impose aucunement la création d'un marché mondial commun du transport aérien. Cela explique d'ailleurs que l'encadrement des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux reste également isolé du système commercial multilatéral. Exclu du champ d'application du droit de l'OMC, le transport aérien

97 OACI, 2000, "Politique de l'OACI en matière d'imposition dans le domaine du transport aérien international", préc., p. 1-26.

98 ICAO, 2013, "Ordre du jour de la sixième conférence mondiale de transport aérien", préc.

99 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 44.

100 V. *supra*, n°70 à 78.

se développe à l'écart d'un principe central de ce droit : la clause de la nation la plus favorisée¹⁰¹. Le "petit pas" que reflète l'article 44 de la convention de Chicago est à ce titre le reflet de la prudence de cette convention face aux problématiques économiques liées à l'aviation civile internationale, une prudence ayant laissé aux États parties le choix de leur politique commerciale. Ces derniers ont choisi d'exprimer cette politique dans le cadre spécifique des ASAs¹⁰², ce qui explique que "*l'encadrement des pratiques commerciales et le règlement éventuel des différends relèvent (...) uniquement de l'application des accords de trafic et des éventuelles clauses relatives à la concurrence déloyale*"¹⁰³.

249. La rédaction de ces ASAs fut ainsi, à l'origine, favorable aux réflexes protectionnistes des États membres de la Communauté aérienne internationale. Se trouvant, au moment de sa naissance, libéré des contraintes attachées au droit de la concurrence sans être soumis au carcan juridique de la non-discrimination¹⁰⁴, le transport aérien international s'est en effet développé à l'abri d'une libre concurrence. Cela a permis de protéger les compagnies aériennes qu'une majorité d'États a longtemps considéré comme un symbole de leur souveraineté, et ce durant une période que seuls les État d'immatriculation des compagnies concernées ont le luxe d'estimer nécessaire.

L'évolution progressive de cette activité économique ne pouvait néanmoins la préserver indéfiniment de la logique libérale et de la logique concurrentielle de certains États ou groupement d'États telle que celle propre à l'Union européenne. Cette logique fit officiellement son entrée, dans un cadre restant néanmoins bilatérale, par la série d'accords "ciel ouvert" négociée par les États-Unis dans les années 90¹⁰⁵. L'exigence de compétition entre les compagnies aériennes désignées par l'accord bilatéral apparaît ainsi progressivement, une mouvance libérale¹⁰⁶ que l'accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne

101 Pour une analyse de la relation entre le droit du transport aérien international et le droit de l'OMC, v. *supra*, n°68.

102 V. *infra*, n°456 à 452.

103 Cour des comptes, 2016, "L'État et la compétitivité du transport aérien. Un rôle complexe, une stratégie à élaborer", préc., p. 24.

104 V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

105 V., à ce sujet, GRARD (L.), 2004, "Les accords de ciel ouvert. Vers un ordre juridique aérien international "post-bermudien"". Bientôt un ordre juridique "post-libéral"", *RFDAS*, vol. 58, n°2, p. 267 et s. Revenant aux tous premiers ASAs, l'absence d'une quelconque référence au principe de l'égalité des chances ou à la notion de concurrence dans le dispositif de l'accord "Bermudes I" est tout d'abord remarquable. V. Accord "Bermudes I", 1946, préc. . L'accord "Bermudes II" introduit quant à lui un article 11 disposant que "*the designated airline or airlines of one Contracting Party shall have a fair and equal opportunity to compete with the designated airline or airlines of the other Contracting Party*". V. Accord "Bermudes II", 1977, préc., Art. 11.

106 Un rapide coup d'œil aux ASAs supports actuels des conditions à l'établissement et à l'exploitation des services aériens internationaux permet en effet d'observer l'importance aujourd'hui acquise par le principe de concurrence loyale dans le domaine du transport aérien.

reflète aujourd'hui particulièrement clairement. Le préambule de cet accord affirme ainsi le désir des États parties "de promouvoir un système de transport aérien international **fondé sur la concurrence** entre transporteurs aériens, sur un marché **soumis au minimum d'intervention et de régulation étatiques**" ainsi que leur "intention de créer un précédent mondial pour exploiter pleinement les avantages de la libéralisation dans ce secteur économique essentiel"¹⁰⁷. Quant au dispositif même de l'accord, l'article 2, non modifié par le protocole de 2010, indique que "chaque partie offre aux transporteurs aériens des deux parties la possibilité de se livrer à **une concurrence loyale et équitable** pour la fourniture des services aériens internationaux régis par le présent accord"¹⁰⁸. L'Union européenne a initié sa propre révolution juridique en façonnant progressivement ce qui est aujourd'hui devenu le tout premier marché régional commun de transport aérien. Dans le cadre du droit des organisations régionales ayant choisi de libéraliser leur marché intérieur de transport aérien, ainsi que dans celui de cette nouvelle génération d'ASAs – reflet quant à eux d'une libéralisation progressive bien qu'incomplète des échanges aériens¹⁰⁹ – le droit de concurrence et son principe de concurrence loyale a donc trouvé une place que les acteurs du transport aérien international lui avait refusé à la fin de la seconde guerre mondiale.

250. Cette consolidation progressive de l'exigence de concurrence loyale dans le cadre du transport aérien international reste néanmoins soumise à l'impressionnante diversité des ASAs actuellement en vigueur, ce qui défend aujourd'hui l'accès du principe de concurrence loyale au rang de principe directeur de cette branche du droit international de l'aviation civile. En ce sens, "le traitement habituel de la concurrence grâce au système bilatéral se trouve dans certains cas en porte-à-faux par rapport à l'objectif actuel en matière de concurrence"¹¹⁰. Le commerce aérien continue en effet de reposer sur un système de concurrence le plus souvent bilatérale, bien que parfois régionale ou pluri-latérale, se heurtant frontalement à la revendication d'une consécration d'un système de commerce aérien multilatérale et concurrentiel effaçant, plus de soixante ans après sa signature, l'échec de l'accord de transport. A l'inverse

107 Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Préambule (souligné par nous).

108 Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Art. 2 (souligné par nous).

109 Un accord "ciel ouvert" n'implique en effet pas une libéralisation complète des services aériens entre les deux États signataires. Comme l'indique en effet P. MENDES DE LEON, avant de fournir une liste des aspects restant soumis à la négociation des États parties à l'accord, "open Skies does not mean that all elements falling under economic regulation of international air transport services are liberalised under the agreement". V. MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 73 et 74. Et ce processus de libéralisation des ASAs nécessite la renégociation de l'ensemble des ASAs quant à eux basé sur le modèle bermudien. A ce sujet, v., par exemple, BEANE (A.), 2007, "Aviation Relations between The United States and China, are Open Skies on the Horizon?", *JALC*, vol. 72, p. 803 et s.

110 ICAO, 2013, "Ordre du jour de la sixième conférence mondiale de transport aérien", préc.

du principe de non-discrimination – dont le champ d’application, bien que limité au droit de la navigation aérienne, ne l’empêche pas d’encadrer l’ensemble de cette branche du droit international de l’aviation civile –, le principe de concurrence loyale ne pourra prétendre au qualificatif de principe directeur dans le domaine du transport aérien que le jour de la signature d’une convention multilatérale dans ce domaine ou de son rattachement au système commercial multilatéral sous l’égide de l’OMC.

251. Il faut d’ailleurs noter que les critiques de plus en plus fréquentes adressées au maintien de la formule bilatérale pour l’échange des conditions d’exploitation commerciale des services aériens internationaux peuvent être assez facilement liées à l’augmentation des signaux en faveur d’une application du principe de concurrence loyale dans le domaine de transport aérien international. Analysant l’impact de la politique de l’Union européenne sur le transport aérien international, un rapport de la Cour des comptes de septembre 2016 constate ainsi que

l’Union européenne cherche à diffuser son modèle de droit de la concurrence, mais l’absence de cadre multilatéral, la diversité des pratiques et la dispersion des clauses concurrentielles dans les accords bilatéraux affaiblissent les garanties pour les compagnies aériennes de voir leurs compétiteurs évoluer dans le même environnement concurrentiel¹¹¹.

Cela s’illustre principalement par les débats entourant la problématique des pratiques déloyales et des dénommées “aides d’États”¹¹² que des acteurs comme les États-Unis et l’Union européenne combattent de plus en plus ouvertement¹¹³. Bien qu’elles dépassent très largement le cadre de ce travail

111 Cour des comptes, 2016, “L’État et la compétitivité du transport aérien. Un rôle complexe, une stratégie à élaborer”, préc., p. 24.

112 Sur ce sujet, et sur le cas spécifique des pratiques jugées déloyales par les compagnies aériennes des États du Golfe persique, v., notamment, Cour des comptes, 2016, “L’État et la compétitivité du transport aérien. Un rôle complexe, une stratégie à élaborer”, préc., p. 25 et s.

113 Sur ce sujet, v., notamment, McGONIGLE (S.), 2012, 2012, “Fair Competition, Subsidy, and State Aid Clauses in International Air Services Agreements”, *AASL*, vol. 37, p. 199 et s. ; WASSENBERGH (H.), 1997, “The Regulation of State-Aid in International Air Transport”, *A&SL*, vol. 22, n°3, p. 158 et s. ; BALFOUR (J.), 1993, “The Control of State Aids in the Air Transport Sector”, *A&SL*, vol. 18, n°4/5, p. 199 et s. Dans le cadre de l’Union européenne, la Commission propose d’ailleurs d’intégrer dans les accords dits “globaux” une clause type de “concurrence loyale”, une clause que les États membres peuvent également utiliser dans le cadre de leurs négociations bilatérales. Et l’Union européenne a également adopté un règlement visant la protection des compagnies européennes contre les subventions et pratiques tarifaires déloyales. Ce règlement n’a néanmoins jamais été mis en pratique et fait actuellement l’objet d’une procédure de révision. V. Règlement (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la protection contre les subventions et la pratiques déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens

de recherche, deux questions mériteraient alors d'être évoquées. L'augmentation de ces critiques permettra-t-elle de rapprocher le commerce aérien international du système commercial multilatéral encadré par l'OMC ? Et cela amènera-t-il la Communauté aérienne internationale à discuter de la nécessité d'une réforme de la convention de Chicago¹¹⁴ afin d'étendre la compétence normative de l'OACI dans le domaine des conditions d'exploitation commerciale des services aériens afin que cette dernière puisse adopter une réglementation contraignante dans le domaine de la concurrence ? Illustrant l'actualité de ces questions, l'OACI travaille d'ailleurs en ce moment même sur la mise en place, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, d'un mécanisme de règlement des différends inspiré de l'ORD propre au système OMC¹¹⁵. Et s'il ne s'agit pas d'apporter ici une réponse précise et détaillée à ces questions, le simple fait de les formuler illustre l'intégration "en cours" du principe de concurrence loyale dans le cadre du droit international de l'aviation civile.

252. *Conclusion.* Tant que le principe de concurrence loyale n'aura pas intégré un instrument multilatéral applicable à la majorité des États parties à la convention de Chicago, savoir si l'établissement et l'exploitation d'un service aérien international sont soumis à l'application d'un tel principe continue d'exiger une étude au cas par cas des ASAs encadrant l'activité des compagnies aériennes concernées. De la compagnie aérienne et de la route considérées dépendent en effet l'ASA applicable et le régime juridique qui en découle.

Révéléateur néanmoins de la place centrale qu'occupe désormais ce principe au sein du droit international de l'aviation civile, l'Assemblée de l'OACI priaît dès 2013, puis de nouveau en 2016, ses "États membres de prendre en considération le fait que la concurrence loyale est un principe général important dans l'exploitation des services aériens internationaux"¹¹⁶. La sixième conférence mondiale de transport va jusqu'à affirmer que l'existence de ce principe général est con-

communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transports aériens de la part des pays non membres de la Communauté européenne, JO, L 162, 30 avril 2004, pp. 1-7. Sur le cas spécifique de la réglementation externe de l'Union européenne en matière d'aide d'État, v., à titre d'exemple, McGONIGLE (S.), 2013, "Past Its Use-By Date: Regulation 868 Concerning Subsidy And State Aid In International Air Services", *A&SL*, vol. 38, n°1, p. 1 et s.

114 Pour une analyse d'une éventuelle réforme de la convention de Chicago afin de remettre en cause la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, v. *infra*, n°379 à 378.

115 V. GRARD (L.), "Bilatéralisme et multilatéralisme pour le commerce aérien international" (à paraître).

116 OACI, 2013, Résolution A38-14, préc., Appendice A, Section 2, pt. 2. ; OACI, 2016, Résolution A39-15 adoptée durant la 39^{ème} session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 27 septembre au 6 octobre 2016, "Exposé récapitulatif de la politique permanente dans le domaine du transport aérien", édition provisoire, p. 56.

forme à la convention de Chicago¹¹⁷. Le principe ne pouvait donc que trouver sa place dans le débat entourant la nécessité d'une mesure *corrective* des émissions aériennes de GES. Et c'est donc bien face à cette exigence aujourd'hui largement revendiquée de concurrence loyale que se doit d'être à présent analysée la mesure *fondée sur le marché* dont la mise en œuvre fut décidée lors de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI.

2.2. La concurrence loyale : unique rempart contre les implications abusives de la différenciation climatique

253. Dans le cadre des mesures *correctives* des émissions aériennes de GES, il est intéressant de commencer ces développements en soulignant que le règlement (UE) n° 421/2014 illustre l'importance de la concurrence loyale pour le législateur européen¹¹⁸. Il précise en effet que la mise en œuvre des mesures *fondées sur le marché* doit permettre "d'éviter toute distorsion de concurrence", et qu'il importe à ce titre "que tous les vols sur une même liaison soient traités de la même manière"¹¹⁹. Ce règlement visait à confirmer la suspension provisoire du champ d'application controversé du droit dérivé de l'Union européenne afin de garantir que l'objectif d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché* sous l'égide de l'OACI et l'objectif d'une réglementation des émissions de GES propre à l'Union européenne "n'entrent pas en conflit"¹²⁰. Le respect du principe de concurrence loyale étant ainsi une condition essentielle pour le législateur européen, cela illustre très clairement que les négociations sous l'égide de l'OACI se devaient de faire apparaître des propositions permettant de concilier le principe de concurrence loyale et l'exigence de différenciation climatique associée aux mesures *fondées sur le marché*.

254. Une approche "par route" est alors rapidement apparue comme l'une des solutions envisageables afin d'éviter les distorsions de concurrence tout en assurant un traitement identique des compagnies opérant sur les mêmes routes. Ce fut d'ailleurs l'une des solutions retenues par la résolution A39-3. Cette dernière indique en effet que le CORSIA "s'appliquera à tous les exploitants

117 "Conformément à la Convention de Chicago, la concurrence loyale est un important principe général dans l'exploitation de services aériens internationaux". OACI, Document publié à l'occasion de la Sixième conférence mondiale de transport aérien s'étant déroulé du 18 au 22 mars 2013, "Rapport sur le point 2.4 de l'ordre du jour", disponible à https://www.icao.int/Meetings/ATConf5/Documents/ATConf5_wp111_fr.pdf (consulté le 27 septembre 2017), p. 2.

118 Pour une explication de l'objectif et du contenu de ce règlement, v. *supra*, n°30.

119 V. Règlement (UE) n° 421/2014, préc., Considérant n° 8.

120 Règlement (UE) n° 421/2014, préc., Considérant n°2.

*d'aéronefs volant sur les mêmes routes entre des États afin de réduire au minimum la distorsion du marché*¹²¹.

Cette approche "par route" ayant été définie comme une *"method for allocating offset obligations based on differentiation at the route level"*¹²², elle implique plus précisément, dans le cadre spécifique d'un mécanisme de compensation des émissions, une méthode d'allocation des obligations de compensation basée sur un mécanisme de différenciation à l'échelle des routes aériennes. En ce sens, aucune différenciation n'existe entre les compagnies opérant sur la même route, et donc sur la même liaison aérienne. La différenciation entre les compagnies aériennes n'apparaît qu'à l'échelle du réseau exploité par de telles compagnies puisqu'elle cherche à différencier les routes selon un critère prédéfini.

L'approche "par route" trouve son origine dans la recherche d'une méthode d'allocation des obligations alternatives à la traditionnelle approche fondée sur les opérateurs de service aérien. L'approche par route s'en distingue clairement, bien que l'approche fondée sur les opérateurs apparaissent *prima facie* moins complexe et que l'approche par route ne puisse entièrement se soustraire d'un mécanisme d'attribution des obligations aux opérateurs. Elle se justifie néanmoins car elle offre l'opportunité d'accommoder le principe CBDR avec l'émergence et la consolidation du principe de concurrence loyale en droit international de l'aviation civile. En ce sens, et bien qu'il soit fréquemment soutenu que cette approche "par route" a été privilégiée afin de concilier le principe CBDR et le principe de non-discrimination, il est à l'inverse défendu ici que cette approche – s'inscrivant dans le champ limité du transport aérien international – n'est pas justifiée par l'exigence juridique de non-discrimination. Théoriquement neutre vis-à-vis des opérateurs dans le cadre d'une route aérienne spécifique, tout en intégrant une différenciation spécifiquement basée sur des critères liés au niveau développement des services aériens concernés, elle apporte néanmoins une véritable chance de conciliation des exigences liées à l'égalité de traitement et à la concurrence loyale d'une part, et des exigences liées à la différenciation climatique d'autre part.

255. Le consensus progressivement apparu sur les avantages de cette approche ne préjugait néanmoins pas les détails de sa concrétisation. A ce titre, et comme l'illustre les débats ayant mené au choix des critères opéré par la résolution A39-3, une multitude d'outils techniques, financiers, commerciaux ou politiques – présentant chacun des degrés de complexité technique variés – fut durant de nombreuses années l'occasion de débats afin de garantir, lors

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

122 V. OACI, Document publié à l'occasion de la réunion du Groupe consultative sur l'environnement (EAG/11) s'étant déroulée à Montréal du 26 au 27 mai 2015, "Preliminary Results of Technical Analyses by CAEP", p. 6.

de l'éventuelle mise en œuvre d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché*, le respect de la différenciation climatique dans le cadre juridique spécifique du transport aérien international.

Il peut à ce titre être fait mention des outils permettant l'inclusion des routes en fonction de leur provenance ou de leur destination. Au sein de cette catégorie, deux possibilités existent : une inclusion des routes en provenance ou à destination d'États préalablement sélectionnés sur la base de leur niveau de développement ou une inclusion limitée aux routes en provenance ou à destination des États dont la part des activités d'aviation civile internationale est supérieure à un seuil prédéfini. Ce dernier critère, permettant une prise en compte du contexte spécifique du commerce aérien international, est d'ailleurs apparu sous l'intitulé de provision "de minimis" et fut à l'origine d'intenses négociations depuis son apparition au sein des résolutions de l'Assemblée¹²³. La résolution A38-18 indiquait à ce titre que

dans l'élaboration de nouvelles MBM et la mise en œuvre de MBM existantes pour l'aviation internationale, les États devraient (...) exempter de l'application des MBM les routes à destination et en provenance des États en développement dont la part des activités d'aviation civile internationale est inférieure au seuil de 1 % du total des tonnes kilomètres payantes desdites activités, tant que le régime mondial n'aura pas été mis en œuvre¹²⁴.

Une seconde catégorie d'outils se base quant à elle sur un objectif d'introduction graduelle de la mesure *fondée sur le marché* sur une sélection préalable de routes. Là encore, les critères de sélection des routes méritent d'être clairement définis. Il ne faut du reste pas oublier qu'une approche combinant différentes options est toujours possible, et que l'approche par route peut elle-même être combinée avec, à titre d'exemple, une période de mise en œuvre progressive elle-même basée sur la différenciation des routes et marchés de service aérien¹²⁵ ou élargissant l'extension graduelle de la mesure à la dichotomie États développés/ États en développement sans prise en compte spécifique des données relatives au commerce aérien international¹²⁶.

123 A ce sujet, v., notamment, PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 67 et s.

124 OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., pt. 16 (b).

125 V. OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., pt. 21 : "la situation particulière et les moyens respectifs des États en développement pourraient être pris en (...) au moyen de l'application progressive de MBM, à des routes ou des marchés particuliers à faible niveau d'activité d'aviation internationale, notamment les routes et marchés desservant des pays en développement".

126 V., à ce titre, la proposition d'"approche par phase" contenue dans le point 7 du "Draft Assembly Resolution text on a Global Market-based Measure (GMBM) Scheme" présentée par le Secrétariat à l'occasion de la réunion de haut niveau sur un régime mondial de mesures basées sur le marché s'étant déroulé à Montréal du 11 au 13 mai 2016. V. OACI, Note de travail du 24 avril 2016, "Developments on a Global Market-Based Measure Scheme since the 38th Session of the ICAO Assembly", préc., Appendix, pt. 7.

256. On comprend donc aisément que les négociations ayant mené à la décision prise dans le cadre de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI ont été difficiles à mener. Au-delà du débat juridique lié aux choix du critère de différenciation des routes qui seront, *in fine*, incluses dans la mesure *mondiale et fondée sur le marché*, de nombreux arguments ont été changés dans des domaines aussi variés que l'économie, la politique, l'intégrité environnementale et la recherche d'une simplicité administrative de la mesure.

Le résultat obtenu par l'intermédiaire de la résolution A39-3 reflète à ce titre un mécanisme original de différenciation des routes aériennes. En se basant sur l'intégration "par étapes" des routes soumises au mécanisme¹²⁷, elle permet en effet de combiner, lors des deux premières périodes d'application, une intégration des premières routes par l'intermédiaire d'un choix volontaire des États situés aux extrémités de ces dernières et, lors de la troisième période d'application, une soumission des routes en fonction de la part des activités d'aviation civile internationale qu'elles représentent. La provenance et destination des routes concernées apparaît ainsi, lors des deux premières périodes de participation volontaire, comme le critère de différenciation permettant de connaître les "*vols internationaux effectués sur des routes reliant des États qui sont tous deux inclus dans le CORSIA*" et étant, à ce titre, "*visés par les exigences de compensation du CORSIA*"¹²⁸. Ces deux premières périodes – dénommées phase pilote et première phase – s'étendent de 2021 à 2026. La troisième période, correspondant à la deuxième phase d'application et s'étendant de 2027 à 2035, met quant à elle fin à l'approche volontaire en soumettant au CORSIA les routes en fonction de la part des activités d'aviation civile internationale qu'elles représentent. Comme l'indique très précisément la résolution, le CORSIA s'appliquera en effet aux routes entre

les États dont la part individuelle des activités de l'aviation internationale en tonnes kilomètres payantes (TKP) pour l'année 2018 est supérieure à 0,5 % du total des TPK ou dont la part cumulative dans la liste en ordre décroissant des États représente 90 % du total mondial¹²⁹.

257. L'originalité se situe ainsi dans le choix d'un critère de différenciation des routes basées sur la participation volontaire des États lors des deux premières périodes d'application du CORSIA. Il n'est d'ailleurs pas surprenant que l'injection de ce critère n'ait été effectuée, publiquement, que quelques semaines avant l'ouverture de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI. Le modèle de résolution présentant au 20 avril 2016 le résultat des négociations entreprises

127 Il a en effet été décidé "*la mise en œuvre par étapes du CORSIA pour tenir compte des circonstances particulières et des capacités respectives des États, en particulier des États en développement, tout en réduisant la distorsion du marché*". V. OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 9 (souligné par nous).

128 V. OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 10.

129 *Ibid.*, pt. 9 (e).

durant les trois années séparant les deux Assemblées générales de l'organisation laissait à l'inverse pressentir une approche par étapes combinant comme critères de différenciations des routes le critère de la part des activités d'aviation civile internationale qu'elles représentent et le critère du revenu national brut des États liés par de telles routes. La première phase concernait ainsi, et à titre d'exemple, les routes entre les États *"that are classified as high income States in terms of gross national income (GNI) per capita in year 2018 (as calculated and published by the World Bank method)"*¹³⁰ ou entre les États

that either have an individual share of international aviation activities in Revenue Tonnes Kilometers (RTKs) in year 2018 above 1.0 per cent of total RTKs, or whose cumulative share in the list of States from the highest to the lowest amount of RTKs reaches 80 per cent of total RTKs¹³¹.

Ce fut donc à l'occasion de la dénommée Réunion du groupe informel des amis du Président qui s'est tenue à Montréal le 22 et 23 août 2016¹³² que le critère du revenu national brut fut supprimé et remplacé par une approche strictement volontaire durant les deux premières phases d'application du CORSIA, une modification conservée lors des négociations ayant eu lieu lors de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI.

258. Cette méthode de détermination des routes sur la base d'une participation volontaire des États de provenance ou de destination n'a pas manqué de concentrer les principales critiques formulées à l'issue de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI¹³³. Les défenseurs d'un renforcement nécessaire de la participation de l'aviation civile internationale dans la lutte contre les changements climatiques ne peuvent en effet qu'attendre la troisième période d'application du CORSIA, prévue en 2027, pour se satisfaire d'une mesure *mondiale* et contraignante visant la *correction* des émissions aériennes de GES.

130 V. OACI, 2016, "Draft Assembly Resolution text on a Global Market-based Measure (GMBM) Scheme", disponible à <https://www.icao.int/Meetings/GLADs-2016/Documents/Draft%20Assembly%20Resolution%20text%20on%20GMBM%20for%202016%20GLADs.pdf> (consulté le 27 mai 2017), pt. 7 (a) (1).

131 *Ibid.*, pt. 7 (a) (2).

132 "En août 2016, une réunion des Amis du Président a été organisée pour examiner les résultats des consultations bilatérales et multilatérales entre les États sur le projet de texte de la résolution de l'Assemblée, en vue d'élaborer un texte de compromis pour examen par le Conseil". OACI, Note de travail du 1^{er} septembre 2016, "Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement – Régime mondial de mesures basées sur le marché (MBM)", préc., pt. 1.6

133 Bill HEMMINGS, directeur de l'ONG "T&E Aviation" affirme ainsi que *"the world needs more than voluntary agreements. Without robust environmental safeguards the offsets won't cut emissions, leaving us with a deal that amounts to little more than adding the price of a cup of coffee to a ticket"*. V. 2016, "ICAO GMBM agreement a hard-fought compromise and a first step, say NGOs, but falls short of temperature goals", *GreenAir Online*, préc.

Sur un plan strictement juridique, et donc au-delà des critiques lui étant adressées sur le plan de l'intégrité environnementale et de la sécurité juridique, cette méthode de détermination des routes sur la base d'une participation volontaire des États "en provenance" ou "à destination" permet néanmoins de supprimer tout reproche basé sur l'absence éventuelle de respect du principe CBDR. Les États membres de l'OACI s'estimant pouvoir bénéficier du principe de différenciation climatique ont en effet à leur disposition le choix d'une abstention à cette proposition de participation volontaire. Les deux premières périodes assurent ainsi une application du CORSIA particulièrement respectueuse de la différenciation climatique lors de cinq premières années de son fonctionnement. Tout cela sans oublier la conciliation souhaitée d'une telle différenciation avec le principe de concurrence loyale puisque le CORSIA s'appliquera, dès la phase pilote, à tous les opérateurs d'aéronefs volant sur les routes volontairement incluses au sein du mécanisme. Le principe CBDR continue d'être pris en compte lors de l'application du CORSIA au cours de la troisième période puisque les routes en provenance ou à destination des États ne présentant pas, lors de l'année 2018, une activité aérienne internationale "développée" ne seront pas incluses au sein du mécanisme.

259. A titre de remarques conclusives, il faut enfin souligner que privilégier, dans le cadre du CORSIA, une approche par route ne signifie néanmoins pas que ce mécanisme soit le seul disponible afin d'assurer une conciliation entre le principe CBDR et le principe de concurrence loyale. Dans un document publié en 2013, l'OACI faisait à ce titre la liste des mécanismes envisagés. Au sein de cette liste se trouvait les "*market blocks differentiation, whereby a block, or group, of States may have modified design features*", les "*exemption thresholds*", la "*phased implementation*", les "*emissions units sourcing, which means that emissions units are created in specific States*", le "*revenue channelling, in which MBM revenues coming from specific States would be channelled back to those States creating no net financial impact*", la "*technical assistance*", les "*special treatment for early action, fast growth and new entrants*" ainsi que le système de "*technical exemption thresholds (firefighting, recreational aviation)*"¹³⁴. L'analyse de la résolution A39-3 a d'ailleurs permis de souligner que la mise en œuvre du CORSIA repose sur la combinaison d'une approche "par étape" et d'une approche "par route". Afin d'assurer une mise en œuvre conforme au principe CBDR, la résolution prévoit également des exemptions spécifiques concernant, à titre d'exemple et lors de la troisième période d'application, "*les pays les moins développés (PLM)*,

134 OACI, 2013, Doc. 10018, préc., pt. 6.1.18. Le secrétariat général parlait d'ailleurs encore, à la date de publication de ce document 10018, de "*tools to address [Special Circumstances and Respective Capabilities]*", ce qui ne manquait pas d'illustrer sa tentative de reformulation *sui generis* du principe CBDR dans le cadre du droit international de l'aviation civile. V. *supra*, n°219 à 224.

*les petits États insulaires en développement (PIED) et les pays en développement sans littoral (PDSL)*¹³⁵.

Sans entrer dans l'explication du fonctionnement de l'ensemble des mécanismes envisageable, et en choisissant de concentrer les développements sur les choix opérés par la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI, l'objectif a néanmoins été de souligner, comme le précise le secrétariat général de l'OACI dans son document 10018, que *"the key aspect when choosing the optimal approach would be to ensure that market distortion is minimized"*¹³⁶. En ce sens, les négociations entourant la conception et la mise en œuvre des mesures *fondées sur le marché* envisagées afin de corriger les émissions de GES en provenance de l'aviation civile internationale reflètent très clairement la recherche actuelle de la Communauté aérienne internationale d'une prise en compte de l'exigence de différenciation des responsabilités climatiques afin d'appliquer des conditions distinctes d'accès au marché tout en assurant le respect du principe de concurrence loyale entre les opérateurs exploitant une même liaison aérienne.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

260. La démarche de clarification du principe de non-discrimination ne se limite pas à un exercice théorique. La limitation proposée du champ d'application de la non-discrimination au domaine de la navigation aérienne, associée au rattachement nécessaire des mesures *fondées sur le marché* au droit du transport aérien international, fait en effet disparaître toute possibilité de conflit entre le principe de non-discrimination et le principe CBDR. Le rattachement des mesures *fondées sur le marché* au droit du transport aérien international, justifié dans le cadre du chapitre préliminaire de ce travail de recherche, trouve ainsi une nouvelle illustration de sa pertinence.

261. Cette première étape de la démonstration ne pouvait néanmoins avoir pour résultat une soumission complète des mesures *fondées sur le marché* envisagées aux exigences de la différenciation climatique. Rattachées au droit du transport aérien international, ces mesures se trouvent en effet encadrées par les conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux progressivement consolidées par la branche économique du droit international de l'aviation civile. L'une de ces conditions est notamment apparue sous la forme d'une exigence de concurrence loyale. Bien qu'elle n'ait pas encore obtenu de base juridique multilatérale afin d'être appliquée à l'ensemble des services aériens internationaux, cette condition liée à la libéralisation progressive de l'encadrement juridique du transport aérien international

135 OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 9 (e).

136 OACI, 2013, Doc. 10018, préc., pt. 6.1.19.

a néanmoins intégré le dispositif de nombreux ASAs et a progressivement acquis une place centrale au sein des discussions menées sous l'égide de l'OACI sur l'avenir du commerce aérien international. Il était donc prévisible qu'elle se soit matérialisée en rempart contre une application, jugée parfois abusive ou paralysante, de l'exigence de différenciation climatique lors de la recherche d'une mesure *fondée sur le marché*. Une démarche visant la conciliation d'une telle exigence de différenciation climatique et du principe de concurrence loyale replace d'ailleurs le débat dans un cadre juridique adéquat, celui s'intéressant à l'encadrement des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux dont font aujourd'hui parti intégrante les dénommées mesures *fondées sur le marché*. La lecture de la résolution A39-3 posant le cadre juridique de mise en œuvre prochaine du CORSIA illustre à ce titre l'approche actuellement privilégiée par la Communauté aérienne internationale afin de concilier le principe CBDR et le principe de concurrence loyale. Les détails permettant la concrétisation de cette approche, combinant notamment une approche "par étape" et une approche "par route", restent néanmoins à être négociés et permettront de juger du succès ou de l'échec de cet exercice délicat d'une conciliation de principes issus de branches distinctes et autonomes du droit international public.