



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

PARTIE II

L'ÉPREUVE DES SPÉCIFICITÉS INSTITUTIONNELLES : LES SOLUTIONS FONDÉES SUR LE MARCHÉ

269. Dans le cadre des spécificités *institutionnelles* du droit international de l'aviation civile, les débats se concentrent autour des problématiques liées au système de compétence propre à cette branche autonome du droit international public. La question de l'acteur compétent, déterminant le cadre juridique de la mesure *fondée sur le marché* envisagée, n'a en effet pas manqué de participer à l'apparition d'incertitudes que la résolution A39-3¹ adoptée lors de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI n'a pas entièrement dépassé. Dans un contexte international mêlant affrontements politiques et échanges de politesses juridiques, il faut alors comprendre que certaines des questions ayant jusqu'à très récemment envenimées le débat se résument à l'identification de l'acteur compétent et à la détermination de l'étendue de ses pouvoirs normatifs afin de faire face au défi d'une *correction* effective des émissions aériennes de GES.

Comme indiqué dans les propos introductifs de ce travail de recherche, cela illustre les faiblesses juridiques d'un droit international public fragmenté. Les incertitudes concernant l'institution désignée pour s'attaquer normativement au défi de la *correction* des émissions aériennes de GES – un défi situé au carrefour d'ordres juridiques fonctionnels du droit international public – a en effet laissé la porte ouverte aux affrontements entre les principaux acteurs impliqués, et donc aux conflits *institutionnels* lorsque ces derniers reflètent les divergences de point de vue de ces acteurs sur le terrain du champ de leurs compétences et de l'étendue de leurs pouvoirs normatifs respectifs. L'analyse implique alors de clairement distinguer les deux approches *institutionnelles* envisageables dans le cadre d'une réponse *mondiale* et *fondée sur le marché* : l'approche sous l'égide de l'OACI – concrétisant ainsi le choix du multilatéralisme – et l'approche en dehors du cadre onusien – reposant sur l'apparition d'initiatives unilatérales, bilatérales, régionales ou plurilatérales des États membres de l'OACI – visant l'émergence progressive d'une solution *mondiale* par la combinaison juridique des mesures *locales*.

270. A titre préliminaire, et avant de se pencher sur l'analyse des interactions entre divers acteurs du droit international, il apparaît nécessaire de rappeler l'importance en droit international du principe de coopération. La coopération internationale est en effet un principe, ou devoir, limitant "*la liberté d'action*

1 OACI, 2016, Résolution A39-3, préc.

des États"². Il se trouve au fondement-même du droit international public moderne³ depuis le passage historique d'un droit de la coexistence internationale – "société du Lotus" – à un droit de la coopération internationale⁴. Ce devoir de coopération internationale se trouve donc logiquement consacré dans le tout premier article de la charte des Nations Unies⁵ et l'Union européenne s'en fait très largement l'écho en s'efforçant

de développer des relations et de construire des partenariats avec les pays tiers et avec les organisations internationales, régionales ou mondiales qui partagent les principes visés au premier alinéa. Elle favorise des solutions multilatérales aux problèmes communs, en particulier dans le cadre des Nations unies⁶.

Les deux ordres juridiques fonctionnels objets de ce travail de recherche – le droit international de l'aviation civile et le droit international des changements climatiques – présentent d'ailleurs la similarité d'une "solidarité voulue"⁷ ou d'une "interdépendance subie"⁸ qui permet ou impose cette coopération inter-

2 DAILLIER (P.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 479. Comme l'indiquent les auteurs, "le devoir de coopération peut paraître comme une proposition très générale et faible porte juridique. Il présente un double intérêt cependant. En premier lieu, il est le contrepoint de la souveraineté dans les domaines où celle-ci est définie de façon très énergique, en particulier en matière économique (...). En second lieu, le devoir de coopération prolonge le principe d'autonomie constitutionnelle, en invitant les États à dégager des formules juridiques adaptées à la diversité de leurs systèmes économiques et politiques. Ce n'est donc pas un simple principe d'art politique ou un vœu pieux. La jurisprudence internationale peut prendre appui sur lui pour renforcer la portée des engagements de négociation ou de conclusion des accords internationaux". V. DAILLIER (P.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 480.

3 Pour une analyse de l'obligation générale de coopération en droit international public, v. DUPUY (P.M.), 2000, "The Place and Role of Unilateralism in Contemporary Law", *EJIL*, vol. 11, n°1, p. 19 et s. L'auteur indique à ce titre que "the principle of cooperation is one of the three constitutive pillars of the UN Charter, which is itself the basis of the whole post-war international legal order". V. DUPUY (P.M.), 2000, "The Place and Role of Unilateralism in Contemporary Law", préc., p. 22.

4 V., notamment, FRIEDMANN (W.), 1970-1971, "Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international", *RBDI*, p. 1 et s. ; DUPUY (P.-M.), 2002, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000)", préc.

5 Le but de cette organisation universelle est en effet de "réaliser la coopération internationale". V. Charte des Nations Unies, 1945, préc., Arts. 1 et 2 (1). V., également, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la charte des Nations unies, 1970, préc., Annexe : "les États ont le devoir de coopérer les uns avec les autres, quelles que soient les différences existant entre leurs systèmes politiques, économiques et sociaux, dans les divers domaines des relations internationales, afin de maintenir la paix et la sécurité internationales et de favoriser le progrès et la stabilité économique internationaux, ainsi que le bien-être général des nations et une coopération internationale qui soit exempte de discrimination fondée sur ces différences".

6 Traité sur l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 (entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009), *JO*, C 326, 26 octobre 2012, p. 13-390, Art. 21 (1).

7 DAILLIER (P.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 1147.

8 *Ibid.*

nationale. Sans revenir ici sur l'histoire du droit international des changements climatiques⁹, le défi de la préservation du climat mondial est en effet apparu dès l'origine comme un problème commun. Un tel problème implique donc, s'il n'impose pas, le respect de la coopération internationale. Cet objectif se trouve rappelé par le préambule de la CCNUCC : *"le caractère planétaire des changements climatiques requiert de tous les pays qu'ils coopèrent le plus possible et participent à une action internationale"*¹⁰. De son côté, la recherche d'un développement d'une activité aérienne intrinsèquement internationale propice au maintien de la paix du monde est toujours passée par l'exigence de coopération internationale, ce que souligne le préambule à la convention de Chicago en indiquant *"qu'il est désirable d'éviter toute mésentente entre les nations et les peuples et de promouvoir entre eux la coopération dont dépend la paix du monde"*¹¹. Plus précisément, cet objectif de coopération apparaît comme une modalité d'exercice du principe de souveraineté aérienne complète et exclusive¹² et n'a pas manqué de devenir un principe directeur du droit international de l'aviation civile dépassant à ce titre la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international.

La place centrale du principe de souveraineté au sein de l'ordre international de l'aviation civile permet néanmoins de rappeler que le droit international de l'aviation civile et le droit international des changements climatiques *"reflects strongly divergent paradigms of global regulation"*¹³. L'espace aérien, fragmenté, ne répond en effet que difficilement à la *"préoccupation pour l'humanité toute entière"* des *"changements du climat de la planète"*. À l'inverse, en matière de changements climatiques, *"le principe de la souveraineté des États doit présider à la coopération internationale destinée à faire face aux changements climatiques"*¹⁴. L'affrontement entre les principaux acteurs impliqués dans la recherche d'une

9 V. *supra*, Introduction générale, Section 1.

10 CCNUCC, 1992, préc., Préambule.

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

12 V. *supra*, n°52. La souveraineté aérienne reconnue aux États signataires de la convention de Chicago se trouve ainsi encadrée, sous de nombreux aspects, par cet impératif de coopération internationale. Pour une analyse du principe de coopération internationale en droit international de l'aviation civile, v., notamment, CIJ, 18 août 1972, Affaire de l'appel concernant la compétence du Conseil de l'O.A.C.I. (Inde c. Pakistan), préc. En tant que principe directeur du droit international de l'aviation civile, puisque ce principe se retrouve dans le préambule même de la convention de Chicago, il faut en effet noter que le principe de coopération internationale s'applique aussi bien au droit de la navigation aérienne qu'au droit du transport aérien international. Dans le cadre du transport aérien international, il est ainsi nécessaire de noter que *"the Chicago Convention, though silent on environmental issues per se, does affirmed certain principle of sovereignty and regulatory uniformity that must be respect (...) with respect to national emissions regulations that implicates international air transport"*. V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practice of International Aviation Law*, op. cit., p. 221.

13 HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practice of International Aviation Law*, op. cit., p. 228.

14 CCNUCC, 1992, préc., Préambule.

solution *mondiale et fondée sur le marché* peut alors être perçu comme le reflet de cette différence de paradigme.

271. Les premières incertitudes concernant l'acteur compétent pour s'attaquer normativement au défi des émissions aériennes de GES sont plus précisément apparues suite à l'adoption en 1997, par les États parties à la CCNUCC, d'un protocole de Kyoto visant à atteindre l'objectif devenu célèbre d'une stabilisation des "*concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropologique dangereuse du système climatique*"¹⁵. L'article 2, paragraphe 2, invite en effet les États contractants visés à l'Annexe I du protocole

à limiter ou réduire les émissions de gaz à effet de serre non réglementés par le Protocole de Montréal provenant des combustibles de soute utilisés dans les transports aériens (...) *en passant par l'intermédiaire de l'Organisation de l'aviation civile internationale*¹⁶.

Une chose est sûre : l'interprétation de cet article, renvoyant à l'OACI la "*mission*"¹⁷ d'assurer la limitation et la réduction des émissions aériennes de GES, a soulevé bien plus de questions qu'il n'a apporté de réponses. En ce sens, et au risque de prendre ici un peu trop de hauteur, d'aucun pourrait d'ailleurs se demander s'il ne se contente pas de refléter la confrontation de paradigmes précédemment évoquée ? Il est quoi qu'il en soit nécessaire, dans le cadre limité de ce travail de recherche, de constater que cet article a eu pour principale implication de soumettre les initiatives des États dans le domaine des émissions aériennes de GES aux spécificités *institutionnelles* du droit international de l'aviation civile. Au-delà, l'incertitude règne quant à l'attribution d'un titre de compétence climatique à l'OACI et quant à l'étendue de ce dernier. Ces incertitudes n'ont pas manqué d'être accentuées le jour où le législateur de l'Union européenne a décidé de faire cavalier seul en choisissant d'intégrer au sein de son mécanisme régional de quotas d'émission de GES l'intégralité des vols en provenance ou à destination d'un territoire de l'un de ses États membres¹⁸. Si l'Union européenne se doit d'être qualifiée d'acteur unifié sur la scène internationale, et ce aussi bien dans le domaine de l'aviation civile

¹⁵ CCNUCC, 1992, préc., Art. 2.

¹⁶ V. Protocole de Kyoto, 1997, préc., Art. 2 (2) (souligné par nous). Pour une analyse spécifique de cet article dans le cadre de l'examen du titre de compétence *multilatérale* de l'OACI, v. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹⁷ MENDES DE LEON (P.), 2015, "Les efforts de l'Union européenne pour forcer la réduction des émissions de gaz à effet de serre par l'aviation civile – Reculer pour mieux sauter ?", préc., p. 353.

¹⁸ V. Directive 2008/101/CE, préc. Pour une explication du contexte international ayant amené l'Union européenne à recourir à un instrument juridique unilatéral, v. *supra*, Introduction générale, Section 2.

internationale que dans le domaine de la protection de l'environnement¹⁹, beaucoup ont vu dans cette initiative unilatérale de 2008 une action préemptant celle, quant à elle légitime et exclusive, de l'OACI en matière d'émissions aériennes de GES²⁰.

La distinction entre une approche *mondiale* et *fondée sur le marché* sous l'égide de l'OACI et une approche en dehors du cadre onusien ne manque ainsi pas de refléter le rapport de force ayant opposé pendant près de dix ans l'Union européenne – partisan d'une utilisation de l'unilatéralisme comme outil juridique support de sa politique d'action extérieure²¹ – et le reste de la Communauté aérienne internationale convaincu des bénéfices d'une réponse exclusivement onusienne à la problématique des émissions de GES en provenance de l'aviation civile internationale.

272. Un consensus semble néanmoins avoir été atteint parmi les acteurs de la Communauté aérienne internationale sur la nécessité d'une action *mondiale* sous l'égide de l'OACI²². Tous les regards se sont ainsi tournés à l'automne 2016 vers son Assemblée afin de connaître l'architecture juridique et les implications pratiques de cette solution – *mondiale* et *fondée sur le marché* – longuement négociée et probablement effective à partir de 2021. Le consensus actuel autour d'une mesure sous l'égide de l'OACI est pourtant loin de régler toutes les questions liées à l'application et aux implications juridiques d'une telle nécessité, et les incertitudes liées à ce choix d'une réponse onusienne sont loin

19 V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre préliminaire.

20 "A 'unilateral action' is an act by a formally unauthorized participant which effectively preempts the official decision a legally designated official or agency was supposed to take". REISMAN (M.), 2000, "Unilateral Actions and the Transformation of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention", *EJIL*, vol. 11, n° 3, p. 3.

21 V. CORREIA observe ainsi la "volonté d'infléchir le régime juridique international, au moyen d'actes révélant une certaine "puissance" dérivée du pouvoir économique de l'Union". V. CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 798.

22 V. *supra*, n°30. A titre de rappel, les États membres de l'OACI avaient en effet demandé au Conseil de l'OACI, à l'occasion de la 37^{ème} session de l'Assemblée générale de cette même organisation, "to continue to explore the feasibility of a global MBM scheme". V. OACI, 2010, Résolution A37-19, préc., pt. 18. Prenant appui sur les conclusions de ce Conseil, l'Assemblée générale s'était ensuite décidée trois années plus tard à développer "a global MBM scheme for international aviation" et demande au Conseil d'identifier "the mechanisms for the implementation of the scheme from 2020" et de reporter "the result of the work for decision by the 39th Session of the Assembly". V. OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., pts. 18 and 19. La position de l'Assemblée générale a d'ailleurs considérablement évolué. Il peut à ce titre être rappelé qu'en 2004, le CAEP était arrivé à la conclusion suivante : "un système d'échange de quotas d'émission propre au secteur de l'aviation et reposant sur un nouvel instrument juridique introduit sous les auspices de l'OACI semblait suffisamment peu attrayant pour pouvoir d'ores et déjà être abandonné". V. Directive 2008/101/CE, Préambule, Considérant 9.

d'être dépassées²³. Revenir aux spécificités *institutionnelles* du droit international de l'aviation civile liées à l'organisation en charge du développement de l'activité aérienne internationale permet ainsi de comprendre que l'adoption au mois d'octobre 2016 de la résolution A39-3 n'est que la première étape d'une longue route vers la mise en œuvre effective d'une solution *mondiale et fondée sur le marché*, et que derrière l'échec éventuel d'une telle stratégie se cache la réapparition d'initiatives *fondées sur le marché* en dehors du cadre onusien.

273. L'ensemble des incertitudes constatées, sources des conflits passés et des situations conflictuelles à venir entre les principaux acteurs du droit international de l'aviation civile, n'a donc pas manqué de pousser le juriste vers un effort d'interprétation des normes *institutionnelles* applicables. Là encore, une interprétation évolutive des dispositions pertinentes de la convention de Chicago a été choisie afin d'adapter cette dernière aux défis *institutionnels* que rencontre actuellement le droit international de l'aviation civile. Là encore, le recours à cette méthode interprétative n'a pas manqué de faire apparaître une variable d'inquiétude²⁴ préjudiciable au développement soutenable de l'aviation civile internationale. Là encore, il apparaît nécessaire de s'interroger sur la nécessité d'une telle méthode interprétative afin d'apporter une solution aux situations conflictuelles constatées et de permettre l'adoption d'une mesure *fondée sur le marché* dans un cadre normatif caractérisé par sa sécurité juridique. Mais à la différence de la démonstration effectuée dans le cadre des spécificités *matérielles* du droit international de l'aviation civile, la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien n'intervient pas ici comme étape préalable de l'analyse.

Il faut pour comprendre cela souligner que les deux principaux acteurs en conflit, l'OACI et l'Union européenne, ont tous deux eu recours à l'interprétation évolutive du droit international de l'aviation civile afin de justifier leur participation normative à la *correction* des émissions aériennes de GES. Dans le cadre de l'OACI, ce recours à l'interprétation évolutive s'avère inévitable sans qu'il ne remette directement en cause la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international. Il apparaît donc possible de justifier la réponse actuelle de l'OACI sans que cela n'exige *a priori* une réforme à court terme du droit international de l'aviation civile. Le recours à cette interprétation évolutive consolide néanmoins l'existence d'une variable d'inquiétude en maintenant un fondement fragile et une archi-

23 Comme s'interroge à juste titre R.I.R. ABEYRATNE, "all ICAO member States (including those of Europe) agree that a solution to the problem should be found through ICAO. By this, do the States mean exactly what ICAO's Mission and Vision Statements say i.e. ICAO is just a global forum where States come to agree with each other? Or, do these States mean that ICAO should initiate and offer a globally applicable instrument regarding financial instruments pertaining to aircraft engine emissions?". V. ABEYRATNE (R.I.R.), 2012, *Aeronomics and Law*, op. cit., p. 13 et 14.

24 Pour une justification de l'expression "variable d'inquiétude", v. *supra*, n°38.

texture normative incertaine de la mesure *mondiale* et *fondée sur le marché*. Cette variable d'inquiétude ne manque d'ailleurs pas d'apporter une explication à l'apparition des initiatives *fondées sur le marché* en dehors du cadre onusien. Seule une réforme en profondeur de la charte fondatrice du droit international de l'aviation civile permettrait donc de dépasser cette situation, et de rétablir ainsi un climat de sécurité juridique indispensable au développement soutenable de l'aviation civile internationale.

Dans le cadre des initiatives en dehors du cadre onusien, et en prenant pour cas d'étude l'initiative unilatérale de l'Union européenne de 2008, le recours implicite à l'interprétation évolutive du droit international de l'aviation civile par le législateur européen doit quant à lui être critiqué car il implique une violation de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international. Cela ne manque pas d'apporter un argument juridique, bien qu'à rebours, expliquant le retour des discussions climatiques sur la table des négociations onusiennes. Justifier l'initiative actuellement suspendue du législateur européen impliquerait donc de formuler une proposition visant à amender la convention de Chicago. Mais le respect de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international n'implique cependant pas l'abandon des initiatives en dehors du cadre onusien, ni l'abandon de la catégorie spécifique des initiatives unilatérales. Cette dernière hypothèse exige seulement le recours à un cadre juridique spécifique : celui des "actes unilatéraux négociés".

274. Il convient donc de se pencher, dans un premier temps, sur la décision du mois d'octobre 2016 de la Communauté aérienne internationale cherchant la mise en œuvre d'une solution *mondiale* et *fondée sur le marché* sous l'égide de l'OACI (*TITRE 1*) avant d'analyser, dans un second temps et en cas d'échec de la solution multilatérale, l'éventualité d'une réponse *fondée sur le marché* en dehors du cadre onusien (*TITRE 2*).