



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 architecture incertaine : l'adaptation audacieuse du droit de l'OACI

330. Sur la base des conclusions apportées quant au titre de compétence dans le domaine des émissions aériennes de GES, ce chapitre a pour objet d'étude l'architecture juridique des différentes hypothèses de mesures *mondiales* et *fondées sur le marché* envisagées sous l'égide de l'OACI. Il s'agit ainsi de s'intéresser aux arrangements juridiques susceptibles d'être retenus pour l'établissement et la mise en œuvre d'une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché*, ce qui revient plus précisément à l'analyse de la procédure d'adoption, à la nature et à l'autorité des supports juridiques envisagés par les différents acteurs institutionnels du droit international de l'aviation civile afin de concrétiser et d'encadrer juridiquement le CORSIA¹.

À la différence des aspects techniques, environnementaux ou économiques de la mesure, ainsi que des considérations politiques liées à son adoption et à sa mise en œuvre², peu d'études se sont en effet penchées sur l'architecture juridique d'une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché* adoptée et mise en œuvre par les 191 États membres actuels de l'OACI. Ce constat se trouve quelque peu nuancé par le travail fourni en vue de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI, ainsi que par l'étude de la résolution A39-3 adoptée à l'occasion de cette grande messe du développement de l'aviation civile internationale. Mais les difficultés rencontrées par les négociateurs de la solution *fondée sur le marché*, tout comme les faiblesses et critiques apportées à la résolution finalement adoptée, illustrent le chemin qu'il reste à parcourir avant de faire accepter à la Communauté aérienne internationale une véritable solution juridique et mondiale au défi de la *correction* des émissions aériennes de GES. En ce sens, si l'analyse se concentre en partie sur la solution retenue par la dernière Assemblée de l'OACI, elle ne manquera néanmoins pas de souligner les zones d'ombres à la lecture de la résolution A39-3 et d'évoquer les véhicules juridiques provisoirement retirés de la table de négociation malgré les avantages qu'ils présentent sur le terrain de la sécurité juridique, et donc sur le succès à long terme d'un développement soutenable de l'aviation civile internationale.

1 V. OACI, 2016, Résolution A39-3, préc.

2 Sur ces différents aspects et considérations, v. *supra*, Introduction générale, Section 2.

331. Il est en effet essentiel de comprendre l'implication de l'architecture juridique choisie pour l'adoption et la mise en œuvre de la mesure envisagée³. Proposer une solution dans le cadre de l'OACI implique en effet un choix parmi les instruments juridiques supports éventuels de la mesure. Le respect de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, dont dépend expressément une limitation des pouvoirs normatifs de l'OACI, n'a pas manqué de pousser l'organisation vers le choix d'une architecture juridique complexe. Bien qu'elle ne remette pas en cause la distinction intrinsèque au droit international de l'aviation civile, l'architecture juridique envisagée par l'OACI afin d'assurer une mise en œuvre effective du CORSIA n'est ainsi pas dénuée de faiblesses juridiques. Cela soulève donc quelques incertitudes sur une viabilité à long terme de la solution et apporte une nouvelle nuance au succès de l'OACI du mois d'octobre 2016. L'organisation ayant provisoirement exclu le recours à la convention multilatérale en tant que support de la solution *fondée sur le marché*, une consolidation du climat de sécurité juridique implique d'ailleurs une nouvelle réflexion sur un rajeunissement de la convention de Chicago afin, dans ce cas précis, de réformer l'étendue des pouvoirs normatifs de l'OACI.

332. En reprenant ici une distinction propre au droit de l'Union européenne, il convient ainsi de se pencher sur les détails du compromis adopté par la dernière Assemblée de l'OACI, et donc à l'architecture juridique du CORSIA, proposant une intéressante combinaison du droit dérivé⁴ de l'OACI (1), avant de s'intéresser à un recours provisoirement exclu aux sources primaires⁵ du droit international de l'aviation civile afin de concrétiser ou de consolider une solution *mondiale et fondée sur le marché* (2).

3 A titre d'exemple, il a été reconnu en 2001 qu'il n'existait "*no legal basis for legal entities (e.g. airlines) themselves to be capped directly by an intergovernmental body. It will be up to sovereign governments to decide whether (and, if so, how) to devolve their commitments to the entity level*". V. ANDERSEN (A.), 2001, "Emission Trading for Aviation", Report for IATA, disponible à <http://www.scribd.com/doc/82335740/2001-IATA-Arthur-Andersen> (consulté le 21 juin 2017).

4 L'utilisation de cette catégorie permet de se référer aux actes qui permettent à l'OACI d'exercer ses compétences.

5 L'utilisation de cette catégorie permet de rassembler l'ensemble des sources conventionnelles du droit international de l'aviation civile, et notamment la convention de Chicago, contenant les règles formelles et matérielles qui encadrent la mise en œuvre des diverses politiques de la Communauté aérienne internationale, les règles formelles qui énoncent la répartition des compétences entre l'OACI et ses États membres, et qui fondent le pouvoir de l'OACI, ainsi que les règles matérielles qui définissent le champ des politiques et structurent l'action de l'OACI.

1. LE COMPROMIS ADOPTÉ : UNE COMBINAISON NOVATRICE DU DROIT DÉRIVÉ DE L'ORGANISATION ONUSIENNE

333. Cela a été souligné dans le chapitre préliminaire de ce travail de recherche, les pouvoirs normatifs de l'OACI dépendent expressément de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international⁶. Il convient en effet de séparer la fonction de législateur international de l'OACI dans le domaine de la navigation aérienne⁷ de sa simple vocation de forum de discussion dans le domaine du transport aérien international⁸.

L'exercice par l'OACI de son titre de compétence climatique, matérialisé par la décision prise lors de la 39^{ème} session de son Assemblée, amène-t-il à une remise en cause de cette distinction ? Nous ne le pensons pas. En effectuant une combinaison de son droit dérivé, l'Assemblée propose en effet une architecture juridique conforme à cette distinction intrinsèque au droit international de l'aviation civile. La résolution A39-3 intègre ainsi le cadre juridique et les objectifs politiques de la mesure *mondiale* et *fondée sur le marché*. Elle énonce les buts, le champ d'application, la durée et les principes de mise en œuvre de la mesure. Une série de SARPs, auxquels la résolution renvoie, se devront quant à eux de réglementer le suivi, la vérification et la notification, voire d'autres éléments techniques de la mesure tels que la compensation des émissions de CO₂, la conformité juridique, la mise en place d'un registre international des émissions de CO₂ et le règlement des différends.

334. Cette proposition d'une approche mixte n'est néanmoins pas dénuée de faiblesses intrinsèques et maintient ainsi une variable d'inquiétude déstabilisant la recherche d'un climat de sécurité juridique indispensable au développement soutenable de l'aviation civile internationale. Comprendre cela nécessite de distinguer l'analyse de l'instrument juridique des résolutions OACI (1.1) de celle de l'instrument choisi afin d'encadrer les aspects techniques de la mesure *mondiale* et *fondée sur le marché* (1.2).

6 V. *supra*, n°70 à 78.

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

8 L'OACI a dans ce domaine "pour buts et objectifs (...) de promouvoir la planification et le développement du transport aérien international". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 44.

1.1. La résolution A39-3 : un cadre juridique accepté par la Communauté aérienne internationale

335. La résolution de l'Assemblée est un instrument fréquemment utilisé dans le cadre du droit du transport aérien international. Face aux restrictions de ses pouvoirs normatifs dans cette branche spécifique du droit international de l'aviation civile⁹, empêchant l'OACI d'envisager une nouvelle annexe à la convention de Chicago sur les aspects commerciaux de l'activité aérienne internationale, l'organisation a en effet choisi de donner aux résolutions de son Assemblée leur plein potentiel afin d'influer, autant que faire se peut, le comportement de ses États membres face aux principales problématiques liées au développement économique de l'activité aérienne internationale. Rattachée, dans son ensemble, à ce droit du transport aérien international¹⁰, une mesure *mondiale et fondée sur le marché* s'est donc présentée pour l'OACI comme un nouveau terrain d'expérimentation de l'influence politique et juridique, pour ne pas dire normatif, de l'instrument à disposition de son Assemblée. Les dix-sept dernières années sont à ce titre porteuses de nombreux enseignements. Bien que n'allant pas toujours dans le sens de la puissance multilatérale, les efforts de l'Assemblée de l'OACI ont longtemps participé à la recherche d'un succès final qui se serait concrétisé en 2016 par la décision de mise en œuvre de la toute première mesure *mondiale et fondée sur le marché* dans un secteur spécifique du commerce international.

336. Un rapport de l'OACI datant de 2013 résume alors très clairement la problématique derrière le choix de la résolution comme support cadre du CORSIA : "*should sufficient consensus exist among Member States of ICAO, a global MBM scheme may be developed through an Assembly Resolution. However, a Resolution would not be legally binding, which could complicate its enforcement*"¹¹. Une analyse précise de cet instrument, au regard notamment de ses effets juridiques¹², s'avère ainsi indispensable afin de juger des avantages et faiblesses de ce qui doit dès aujourd'hui être considéré comme le socle de la solution multilatérale et *fondée sur le marché* de l'OACI. Il convient ainsi de se pencher sur une analyse fonctionnelle des résolutions adoptées par l'Assemblée de l'OACI afin d'extraire la catégorie, et les principales caractéristiques, de la résolution support actuel du CORSIA (A) avant de s'attarder sur les facteurs contrepoids éventuels à l'absence de force contraignante de telles résolutions (B).

9 V. *supra*, n°70 à 78.

10 V. *supra*, n°63 à 69.

11 OACI, 2013, Doc. 10018, préc., pt. 6.2.3.

12 Sur ce sujet, v., notamment, DETTER (I.), 1996, "The effect of Resolutions of International Organisations", *EJIL*, vol. 16, n°6, p. 879 et s.

A. Un cadre juridique matérialisé par une "décision" conciliante de l'Assemblée

337. Le succès de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI s'illustre par la combinaison des trois premières résolutions adoptées par cette Assemblée¹³. La recherche des raisons ayant poussé la Communauté aérienne internationale à privilégier un tel instrument juridique – au-delà des critiques pouvant lui être adressées sur le terrain de sa normativité¹⁴ – apparaît donc inévitable. A ce titre, et au-delà de la distinction centrale¹⁵ entre les résolutions "internes" – s'intéressant à la structure et au fonctionnement de l'organisation – et les résolutions "externes" – s'adressant directement aux États membres de l'organisation –, une analyse fonctionnelle des résolutions adoptées dans le cadre de l'Assemblée de l'OACI¹⁶ peut s'avérer utile afin d'extraire la catégorie de résolution choisie comme support cadre, provisoire ou permanent, de la mesure mondiale et fondée sur le marché dont la mise en œuvre prochaine a été décidée au mois d'octobre 2016.

338. Une résolution se doit tout d'abord d'être distinguée d'un simple guide ou document d'orientation à l'attention des États membres de l'OACI. Une résolution provient directement d'une négociation et d'une discussion incluant l'ensemble des États membres de l'organisation. Cela étant précisé, trois grandes catégories de résolutions ont progressivement émergé : les résolutions "pré-législatives", les résolutions "directives" et les résolutions "recommandations". La catégorie des résolutions "pré-législatives" implique une nouvelle distinction afin de séparer les résolutions préparant l'adoption d'une convention internationale et les résolutions intégrant une "clause modèle" destinée à intégrer le droit national des États membres ou les ASAs réglementant la plus

13 Les trois résolutions constituent en effet "the consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection, as these policies exist at the close of the 39th Session of the Assembly". V. OACI, Résolution A39-1 adoptée durant le 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 et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement – Dispositions générales, bruit et qualité de l'air locale", édition provisoire, pt. 1.

14 V. *infra*, n°342 à 348.

15 A ce sujet, v., notamment, FROWEIN (J.A.), 1989, "The Internal and External Effects of Resolutions by International Organizations", *ZaöRV*, vol. 49, p. 778 et s.

16 Sur ce sujet, v., notamment, FOSSUNGU (P.A.), 1998, "The ICAO Assembly: The Most Unsupreme of Supreme Organs in the United Nations System? A Critical Analysis of Assembly Sessions", *Transportation Law Journal*, vol. 16, n° 1, p. 1 et s. ; DUCREST (J.), 1995, "Legislative and Quasi-legislative Functions of ICAO: Toward Improved Efficiency", *AASL*, vol. 20, p. 343 et s.

grande partie de leurs échanges aériens de passagers¹⁷. La seconde catégorie, dont les résolutions prennent souvent le nom de "règles internes", permet d'isoler l'ensemble des résolutions se limitant à adresser des instructions aux divers organes de l'organisation onusienne¹⁸. La dernière catégorie regroupe quant à elle l'ensemble des résolutions s'adressant directement aux États membres de l'organisation, afin de les encourager à suivre le chemin tracé par cette dernière, ou à les dissuader de poursuivre ou d'initier une politique aérienne jugée non profitable au développement soutenable de l'aviation civile internationale.

Si cela semble alors la catégorie que les États membres de l'organisation ont privilégié en tant que support du dénommé CORSIA¹⁹, une mise en avant du vocabulaire utilisé dans le cadre de la résolution A39-3 permet néanmoins de suggérer une "sous-catégorie" au sein même des résolutions "recommandations" de l'Assemblée de l'OACI, ce qui ne sera pas sans implication quant à la détermination de la force juridique de la résolution A39-3²⁰. L'exemple des résolutions A37-19, A38-18 et A39-3 est en effet particulièrement illustratif de l'importance de ce vocabulaire. L'analyse de ces résolutions, et plus spécifiquement des recommandations qu'elles adressent directement aux États membres de l'OACI, révèle en effet que l'Assemblée utilise une palette de verbes aux significations clairement distinctes. L'Assemblée ne se limite ainsi pas à recommander, elle "décide", elle "demande", elle "réitère" ou "réaffirme", elle "convient", elle "encourage" ou "invite", elle "reconnaît"²¹. La mise en italique de ces verbes souligne d'ailleurs l'importance des termes choisis par une Assemblée certainement consciente des implications de tels choix. Dans la liste, la présence du verbe "décider" est à souligner puisqu'il permet de préciser la catégorie à laquelle semble appartenir la résolution A39-3. L'évolution est en effet remarquable, surtout lorsque l'analyse porte sur les versions anglaises des résolutions issues des trois dernières Assemblées générales de l'OACI. Ces résolutions opèrent en effet une distinction entre le verbe "to

17 Comme l'indique en effet J. HUANG, "one example is Assembly Resolution A33-4 dealing with the issue of unruly passengers (...). Similarly, Appendix G of Assembly Resolution A35-9 urges all member States to insert into their bilateral agreements on air services a clause on aviation security, taking into account the model clause adopted by the Council on 25 June 1986 and to take into account the model agreement adopted by the Council on 30 June 1989. The same approach was also taken regarding the model clause on technical safety". V. HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 187. Pour une utilisation de ces clauses modèles comme support d'une mesure mondiale et fondée sur le marché, v. *infra*, n°444.

18 V. HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 188. Bien qu'inadapté au rôle de support d'une mesure mondiale et fondée sur le marché, ce type de résolution ne doit d'ailleurs pas être complètement exclu de la discussion puisqu'il pourrait se convertir en un instrument particulièrement adéquat dans le cadre de la mise en œuvre d'une telle mesure par les différents organes de l'OACI.

19 V. OACI, 2016, Résolution A39-3, préc.

20 V. *infra*, n°342 à 348.

21 V., à titre d'exemple, OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., pts. 1, 2, 3, 4, 6, 8, 11 et 12.

resolve" and *"to decide"*, et utilisent ce dernier pour marquer l'engagement pris en 2016 par les membres de l'Assemblée de mettre en œuvre une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché*. En ce sens, et dans le cadre de la résolution A37-19, l'Assemblée n'utilise pas une seule fois le verbe *"to decide"*. Il n'y avait en effet, à l'époque, aucun engagement des États membres de l'OACI concernant l'adoption et la mise en œuvre d'une mesure *mondiale* destinée à corriger l'émission croissante de GES en provenance de l'aviation civile internationale. Dans la résolution A38-18, l'Assemblée utilise le verbe *"to decide"* une unique fois, au point 18 de la résolution, lorsqu'elle *"decides to develop a global MBM scheme for international aviation"*²². Cela correspond au cœur de la résolution, marquant l'accord des États membres sur la nécessité d'une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché* dans le domaine du transport aérien international. L'engagement des États membres était cependant *a minima*, puisque l'Assemblée s'était contentée de décider d'élaborer la mesure au regard des résultats liés aux travaux d'analyse et de rendre compte de ces résultats à l'Assemblée *"pour décision par la 39e session de l'Assemblée"*²³. En 2013, l'Assemblée avait ainsi *"décidé qu'elle déciderait"* lors de la prochaine Assemblée. Le cap a néanmoins été définitivement franchi par la résolution A39-3, et cette dernière n'utilise d'ailleurs pas moins de treize fois le verbe *"to decide"*, notamment lorsqu'elle *"decides to implement a GMBM scheme in the form of the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)"*. Ce verbe devient ainsi le plus utilisé dans le cadre de cette résolution, ce qui reflète donc, au-delà d'une simple recommandation à destination des États membres, un véritable engagement de ces derniers par l'intermédiaire d'une résolution *"décision"* prise au sein de l'organe suprême de l'OACI.

339. Cette catégorie des résolutions *"décision"* identifiée, il s'agit maintenant de se pencher sur les principaux arguments ayant poussé la Communauté aérienne internationale à privilégier cet instrument normatif lors de la dernière Assemblée de l'OACI. Tout se résume alors au temps nécessaire à l'adoption d'une résolution, à la probabilité politique de son effectivité et à la charge administrative liée à sa mise en œuvre.

Un argument essentiel ayant fait pencher la balance vers l'adoption d'une nouvelle résolution se trouve en effet être dans l'avantage d'une adoption, *prima facie*, rapide et dans le cadre médiatisé de l'Assemblée de l'OACI. Le choix d'une décision dans le cadre de la 39^{ème} session de l'Assemblée a permis d'ancrer ce résultat dans une démarche de négociation progressive et continue de l'organisation en prenant le relai direct de précédentes résolutions ayant marqué les premières étapes de cette démarche, tout en se basant sur le travail accompli par les divers groupes de travail mandatés par le Conseil de l'OACI

22 V. OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., pt. 18.

23 *Ibid.*, pt. 19 (d).

afin d'analyser les aspects techniques, économiques et politiques du CORSIA²⁴. Il ne faut en outre pas oublier que le calendrier s'est trouvé particulièrement incitatif puisque la date de réunion de l'Assemblée de l'OACI suivait de quelques mois la date d'adoption de l'accord de Paris sur le climat, et a précédé de quelques semaines la date de son entrée en vigueur²⁵. Au lendemain du succès très largement relayé de la signature de l'accord de Paris, et comme n'a pas hésité à le souligner le secrétaire général des Nations Unies lors de sa visite du 12 février 2016 au siège de l'OACI, les yeux du monde se sont en effet tournés vers la Communauté aérienne internationale, et donc vers l'OACI²⁶, pour que cette dernière impulse des progrès concrets et conséquents dans le domaine de la réduction des émissions. La résolution A39-3 souligne d'ailleurs l'influence de l'accord de Paris dans son préambule en *"se félicitant de l'adoption de l'accord de Paris dans le cadre de la CCNUCC"* et en *"reconnaissant que les travaux relatifs à un régime mondial de MBM pour l'aviation internationale et sa mise en œuvre contribueront à la réalisation des objectifs établis dans l'Accord de Paris"*²⁷.

340. Afin de répondre aux attentes d'un grand nombre de parties prenantes à la négociation, la résolution se devait néanmoins de refléter l'accord des États membres de l'OACI sur un certain nombre de questions : le calendrier de mise en œuvre, la question du traitement différencié et des éventuelles exemptions accordées à certaines catégories de compagnies aériennes, le principe de sélection des routes soumises à l'application de la mesure, les aspects techniques à définir par l'intermédiaire d'éventuels standards OACI, les prochaines étapes à franchir pour atteindre l'objectif justifiant le succès d'une telle mesure. Le suspense n'a pas manqué au fil des réunions ayant précédé la 39^{ème} session de l'Assemblée, et il a fallu attendre le mois d'août précédant ces deux semaines de négociations officielles pour entrevoir le contenu de la nouvelle résolution²⁸. Illustration de la corrélation entre la force de l'engagement et la volonté politique des principaux acteurs du transport aérien international,

24 V. *supra*, n°31.

25 L'accord est en effet entré en vigueur le 4 novembre 2016, moins d'un an après son adoption à Paris le 12 décembre 2015. V. Accord de Paris, 2015, préc.

26 Notre traduction : *"the eyes of the world are now on airlines, and on ICAO, to drive substantial, concrete progress on reducing emissions"*. V. 2016, *"Eyes of the world on airlines and ICAO to drive substantial progress on reducing emissions, says UN's Ban Ki-moon"*, publié par GreenAir Online le 17 février, disponible à <http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=2196> (consulté le 21 février 2017).

27 OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., Considérant n°13.

28 *"En aout 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

cette résolution est donc source d'évidents compromis. Bien qu'une analyse détaillée de son contenu ne soit pas l'objet de ces développements²⁹, il ne peut qu'être souligné le choix de l'engagement volontaire des États membres sur les premières périodes de mise en œuvre de la mesure³⁰, volontariat ajoutant une touche évidente d'incertitude dans un instrument déjà affaibli par son absence de force contraignante³¹. Malgré l'enthousiasme affiché d'un nombre remarquable d'États responsables d'un pourcentage très largement majoritaire des émissions de GES en provenance du transport aérien international³², la résolution A39-3 adoptée au mois d'octobre 2016 n'est pas à l'abri d'un "désengagement" suite, par exemple, à un changement de priorité politique de la part des États-Unis ou suite à un rejet par le Parlement européen de la position de compromis privilégiée par la Commission afin d'assurer l'adoption d'une mesure sous l'égide de l'OACI. La résolution prévoit d'ailleurs cette hypothèse puisque, comme l'indique le point 9 (f) de la Résolution A39-3, rien n'empêche un État de retirer son engagement volontaire à participer à la phase pilote et à la première phase de mise en œuvre du CORSIA :

les États qui décident de participer volontairement au régime, ou qui décident de mettre fin à leur participation volontaire au régime, ne peuvent le faire qu'à partir du 1^{er} janvier de toute année donnée et notifieront leur décision à l'OACI au plus tard le 30 juin de l'année précédente³³.

341. Une autre difficulté attend les défenseurs du choix d'une résolution adoptées dans le cadre de l'Assemblée de l'OACI en tant que support cadre de la mesure *mondiale et fondée sur le marché* : le contrôle de sa mise en œuvre. Lorsqu'un tel instrument juridique n'a pas été traduit normativement dans une réglementation – nationale, bilatérale, régionale ou plurilatérale – spécifique de ses États membres, la question de sa mise en œuvre reste en effet l'une de ses principales faiblesses³⁴. Aucune aide sur ce point n'apparaît dans

29 Sur ce sujet, v., notamment, ERLING (U.), 2017, "International Aviation Emissions Under International Civil Aviation Organization's Global Market Based Measure – Ready for Offsetting?", préc.

30 La phase pilote, de 2021 à 2023, et la première phase, de 2024 à 2026, reposent en effet sur la participation volontaire des États. V. OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 9 (a) et (b). Pour plus de détails sur le fonctionnement du CORSIA, v. *supra*, n°33.

31 V. *infra*, n°342 à 348.

32 Comme indiqué sur le site web de l'OACI, "as of 12 October 2016, 66 States, representing more than 86.5 % of international aviation activity, intend to voluntarily participate in the global MBM scheme from its outset". V. Site web de l'OACI, disponible à <http://www.icao.int/environmental-protection/Pages/market-based-measures.aspx> (consulté le 21 février 2017).

33 V. OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 9 (f) (souligné par nous).

34 L'absence de soumission des résolutions de l'OACI aux mécanismes de règlement des différends prévus dans le cadre ou des ASAs actuellement en vigueur ou de la convention de Chicago est tout aussi préjudiciable dans une perspective à long terme. Dans le cadre spécifique de la convention de Chicago, l'article 84 indique en effet que "si un désaccord entre deux ou plusieurs États contractants à propos de l'interprétation ou de l'application de

le dispositif de la convention de Chicago, ce qui ne manque pas de refléter l'impuissance du Conseil de l'OACI dans ce domaine. A ce titre, une inquiétude évoquée à plusieurs reprises mérite à présent d'être analysée : les États membres de l'OACI ne se trouveraient face à aucune obligation juridique de mise en conformité de leur réglementation nationale avec le contenu d'une résolution adoptée par l'Assemblée de l'OACI.

B. Un cadre juridique soumis à une évidente incertitude normative

342. L'analyse se centre ici sur la problématique de la force juridique des résolutions de l'Assemblée de l'OACI, une question dont la réponse devrait *a priori* permettre de déterminer le degré de sécurité juridique au lendemain de la matérialisation de la décision de mise en œuvre du CORSIA par l'intermédiaire de cet instrument juridique.

A cette fin, il s'agit tout d'abord de revenir sur les fonctions de cette Assemblée. Malgré sa qualification en tant qu'"organe suprême" de l'organisation, elle n'a en effet que des fonctions délibératives. Elle n'a pas en ce sens de pouvoir normatif et se distingue donc sur ce point des attributions du Conseil qui, comme le souligne M. MILDE, reste aujourd'hui "*the real focus of the ICAO decision-making process*"³⁵. Cela explique donc la distinction entre les résolutions de l'Assemblée et les standards adoptés dans certains domaines techniques et opérationnels par le Conseil de l'OACI³⁶. L'Assemblée se voit néanmoins attribuer un large mandat par la convention de Chicago³⁷. Le caractère extensible d'un tel mandat peut alors être interprété comme une ouverture à l'adoption, par l'Assemblée, de résolutions bénéficiant d'une certaine force juridique à l'égard des États membres de l'organisation, ce que la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aérienne de GES ne manque d'ailleurs pas d'illustrer.

343. Quelques précisions préalables sont alors essentielles. Tout d'abord, et bien que les réflexions sur les résolutions de l'Assemblée de l'OACI, et plus généralement sur les résolutions dans le cadre des Nations Unies, semblent évoluer vers un renforcement de leur force juridique³⁸, de telles conclusions

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". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 84 (souligné par nous).

35 MILDE (M.), 2016, *International Law and ICAO*, op. cit., p. 141.

36 V. *infra*, n°358 à 365 .

37 L'article 49 en fournit une liste au sein de laquelle l'Assemblée se doit d'"examiner les rapports du Conseil, leur donner la suite qui convient et statuer sur toute question dont elle est saisie par le Conseil" ainsi que "traiter de toute question relevant de la compétence de l'Organisation et dont le Conseil n'est pas expressément chargé". V. Convention de Chicago, 1949, préc., Art. 44 (k).

38 V., notamment, HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 182 et s.

dépendent non seulement d'une analyse au cas par cas, mais également de la prise en compte et de l'interprétation de nombreux facteurs sous l'angle du droit international³⁹. Ensuite, et comme le souligne J. HUANG, "*the legal effect of ICAO Assembly resolutions is considered to be similar to that of the UN General Assembly resolutions*"⁴⁰. Un retour aux sources mêmes du droit international public, listées à l'article 38 du Statut de la CIJ⁴¹, permet à ce titre de constater que les résolutions adoptées par l'Assemblée des Nations Unies n'en font tout simplement pas partie. Bien qu'il suffise alors de préciser que cette liste n'est nullement exhaustive pour contourner ce premier obstacle, il s'agit néanmoins d'un argument de poids pour refuser toute force contraignante à ces résolutions. Une partie de la doctrine refuse toujours aujourd'hui d'entrevoir dans les résolutions de l'Assemblée la source éventuelle d'une obligation, si relative soit-elle, et l'avocat général J. KOKOTT n'hésite d'ailleurs pas à indiquer que la résolution adoptée par la 36^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI ne représente qu'une simple "*non-binding political declaration by the Contracting States at the ICAO Assembly*"⁴².

Faut-il pourtant déduire de l'absence de force contraignante une absence totale d'effet juridique ? Nous ne le pensons pas. Et il est à ce titre révélateur de constater que certains auteurs ne se limitent pas à voir dans l'ensemble des résolutions adoptées par l'Assemblée de l'OACI de simples recommandations adressées aux États membres de l'OACI⁴³. Privilégier l'une ou l'autre de

39 Cette incertitude se reflète d'ailleurs, dans le cadre d'une réflexion sur le support éventuel d'une mesure mondiale et fondée sur le marché, sur les paramètres essentiels de l'intégrité environnementale, de la gouvernance, de la mise en œuvre et du règlement des différends. L'instrument de la résolution peut néanmoins indiquer, par la combinaison de différents facteurs juridiques, une intention ferme des acteurs en présence, et accompagner ou devancer ainsi l'adoption d'un instrument juridique plus contraignant. Sous cet angle, l'adoption d'une résolution pourrait ouvrir la voie à l'adoption d'un nouveau traité, ou souligner l'adoption nécessaire d'un standard OACI dans ce domaine.

40 HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 182.

41 V. Statut de la Cour internationale de justice, 1945, préc., Art. 38.

42 Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT, présentées le 6 octobre 2011, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 191. Pour une conclusion similaire dans le cadre des résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies, v., à titre d'exemple, BRUGIERE (P.), 1955, *Les pouvoirs de l'Assemblée générale des Nations Unies en matière de politique et de sécurité*, Paris, Pedone, p. 225 ; SLOAN (F.), 1948, "The Binding Force of a Recommendation of the General Assembly of the United Nations", *BYIL*, vol. 25, n°1, p. 1 et s.

43 Comme l'indique d'ailleurs J. HUANG, "*the position taken by ICAO appears to be that this type of resolution is not completely devoid of legal effect. According to one working paper prepared by the Secretariat, the legal authority may vary according to the voting conditions. It may be stronger in case of unanimity than the case of majority vote. If a State has voted in favor of an Assembly Resolution or Decision, it can be expected that the State will abide by its terms in good faith, unless there are overriding compelling reasons to the contrary*". V. HUANG (J.), *Aviation Safety and ICAO*, préc., p. 192. V., également, concernant la force normative des recommandations des organisations internationales, VIRALLY (M.), 1956, "La valeur juridique des recommandations des organisations internationales", *AFDI*, vol. 2, p. 66 et s.

ces positions exige quoi qu'il en soit l'analyse des différents facteurs à même de renforcer la force juridique de ces résolutions. Il s'agit à ce titre de procéder avec méthode afin de répondre à la question suivante : quelles caractéristiques entourant la négociation et l'adoption d'une résolution pourraient donner à cette dernière, lorsqu'elle se trouve être le support d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché*, un effet juridique similaire à celui d'une norme contraignante ? En appliquant ces caractéristiques à la résolution A39-3 adoptée au mois d'octobre 2016 par l'Assemblée de l'OACI, l'objectif est ainsi de consolider le cadre juridique actuel de la solution *mondiale et fondée sur le marché*, et de réduire *in fine* la variable d'inquiétude que la décision de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI n'est pas parvenue à surmonter.

344. Un premier facteur, lié à des considérations de "*realpolitik*" et à même de renforcer la force juridique des résolutions adoptées ou amendées tous les trois ans par l'Assemblée de l'OACI, se résume alors à la nécessité d'une règle⁴⁴. En effet, les transformations et modifications du droit international apparaissent parfois nécessaires en raison de l'évolution des intérêts et valeurs de la communauté internationale. Cela se combine fréquemment avec le constat des lacunes du droit international, ce que la recherche d'une mesure *corrective* par la Communauté aérienne internationale illustre parfaitement. A ce titre, le préambule de la résolution A39-3 souligne que "*the environmental benefits from aircraft technologies, operational improvements and sustainable alternative fuels may not deliver sufficient CO₂ emissions reductions to address the growth of international air traffic*"⁴⁵ et que la mesure *corrective* se doit ainsi de compléter "*a broader package of measures to achieve the global aspirational goal*"⁴⁶.

345. La recherche d'un second facteur oblige ensuite le juriste à se pencher sur l'éventuelle acceptation "formelle" de la résolution et sur l'existence, tout aussi éventuelle, de réserves à cette résolution. En ce sens, "*resolutions may embodied the agreement of the states that voted for them and can therefore be considered as agreement in simplified form*"⁴⁷.

Le comportement adopté par les États lors du vote de la résolution apparaît en effet comme un facteur déterminant⁴⁸. L'OACI n'a ainsi pas manqué de

44 "The most powerful incentive in applying a rule may be that the States participating in an international organization recognize the necessity for common regulation in a particular field". SCHERMERS (H.G.), BLOKKER (N.M.), 2003, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, op. cit, p. 774.

45 OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 3.

46 Ibid., pt. 4.

47 KLABBERS (J.), 2009, *An Introduction to International Institutional Law*, op. cit., p. 209. V., également, MOTA DE CAMPOS (J.), 2010, *Organizações Internacionais*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, p. 145.

48 V. SCHERMERS (H.), BLOKKER (N.), 2003, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, op. cit, p. 770 et 778.

le souligner, bien que cela fasse ici encore l'objet de critiques⁴⁹, en indiquant que l'effet juridique d'une résolution "may vary according to the voting conditions. It may be stronger in case of unanimity than the case of majority vote"⁵⁰. Le Conseil de l'OACI a également précisé que les États ayant voté en faveur d'une résolution sont tenus de se conformer aux termes de cette dernière en application du principe de bonne foi, à moins d'avoir une raison impérieuse justifiant un comportement ou une réglementation nationale s'en écartant⁵¹. En ce sens, l'effet juridique d'une résolution se manifesterait à l'égard des États ayant exprimé leur consentement si le contexte juridique de ces derniers n'évolue pas. Il faut néanmoins noter la fragilité d'un tel argument lorsqu'il se trouve confronté à d'autres arguments tout aussi pertinents⁵². A ce titre, certains ne manquent pas de remarquer que le contexte politique dans lequel se trouve un État au moment du vote influe grandement sur l'attitude qu'il adoptera et sur son consentement éventuel à l'adoption d'une résolution sur une question spécifique abordée par l'Assemblée de l'organisation considérée⁵³. Malgré cela, une résolution adoptée sans aucune voix dissidente de la part des parties prenantes à l'Assemblée, reflétant à ce titre un certain consensus international sur la question, bénéficie fort logiquement d'une "force juridique" plus impor-

49 Comme l'indique J. KLABBERS, "the size of majority, or even consensus, has nothing to do with the intention of States voting for it" et "voting is not the same as making promises or as acting so as to give rise to expectation". V. KLABBERS (J.), 2009, *An Introduction to International Institutional Law*, op. cit., p. 210. V., également, JOYNER (C.), 1981, "U.N. general assembly resolutions and international law: rethinking the contemporary dynamics of norm-creation", *California Western International Law Journal*, vol. 11, p. 464 : "attaining an unanimous vote for a resolution (...) cannot obviate the fact that such recourse fails to alter its legal station; the resolution remains a non-binding recommendation". L'auteur ajoute d'ailleurs que "the margin by which the General Assembly approves a resolution is not at all inconsequential or irrelevant, and that added normative weight is acquired when a resolution receives unanimous support in the General Assembly".

50 V. OACI, Note de travail du 25 mai 2007 présentée par le Conseil, "Draft Assembly Working Paper – The Role and Effect of Assembly Decision Resolutions", C-WP/12979, pt. 3.2.

51 *Ibid.* V., également, au sujet des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, CIJ, Arrêt du 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1988, p. 69, pt. 94.

52 Comme l'indiquent H. SCHERMERS and N. BLOKKER : "a positive vote estops a member from later claiming that the organization lacked the competence to adopt recommendation in question, but it does not oblige the member to execute the recommendation. Members vote in their capacity as elements of the organization, as contributors to the development of legal rules, not as contracting parties. Accordingly, their vote expresses their desire to help establish a rule which is equally applicable to all members. Unless a member expressly declares otherwise, its vote cannot be interpreted as representing an undertaking by the State to adhere to the rule thus established". V. SCHERMERS (H.), BLOKKER (N.), 2003, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, op. cit., p. 770.

53 Comme l'indique C. JOYNER, "coalition politics in that organ can and often do obscure the real reasons motivating votes for or against resolutions". V. JOYNER (C.C.), 1981, "U.N. general assembly resolutions and international law: rethinking the contemporary dynamics of norm-creation", préc., p. 461.

tante qu'une résolution désavouée par une vague de réserves de la part des États membres n'ayant pas souhaité bloquer trop visiblement son adoption⁵⁴.

La présence de réserves apparaît néanmoins comme un argument à double tranchant : si elle illustre la préoccupation de certains États de notifier leur désapprobation face à certains aspects de la résolution, reconnaissant ainsi implicitement la potentielle force juridique de cette résolution, l'apparition de ces réserves vient également fragiliser le poids de la résolution en reflétant l'absence de compromis des États membres de l'organisation. Les juges dans l'affaire *Jet Airways* de 2015 indiquent d'ailleurs qu'« *even if the resolutions were capable of being binding, it cannot bind the EU member states which entered a reservation in respect of it* »⁵⁵. Dans le cas spécifique du CORSIA, une incertitude plane ainsi suite à l'apparition de réserves formulées par plusieurs des États dont la participation volontaire s'avère essentielle à la crédibilité du processus. Il faut à ce titre souligner les réserves concernant les résolutions A39-2 et A39-3 déjà formulées par l'Argentine, la Chine, l'Inde, la Russie, l'Arabie saoudite, les États-Unis et le Venezuela⁵⁶. Et bien qu'elles n'atteignent pas aujourd'hui le nombre de réserves ayant suivi l'adoption de la résolution A38-18⁵⁷, elles ne manquent donc pas de souligner les divergences permanentes entre certains membres de la Communauté aérienne derrière le compromis apparent ayant permis la décision de mise en œuvre du CORSIA. Le point 5 de la résolution A39-3, matérialisant précisément cette décision de mise en œuvre du CORSIA, a lui-même fait l'objet de trois réserves par l'Argentine, le Venezuela et l'Inde. L'Inde indique à ce titre que « *le régime doit faire l'objet d'une évaluation critique après la phase pilote et la première phase (volontaire) en laissant ouverte la possibilité d'adopter d'autres options éventuelles pour contrer l'augmentation annuelle des émissions de carbone de l'aviation internationale* »⁵⁸.

54 V. CIJ, Avis consultatif du 20 juillet 1962, Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), préc., p. 170 et 171.

55 Secretary of State for Energy and Climate Change, 2015, Appeal of Jet Airways (India) limited, Determination by Q.C. DAVID HART, disponible à https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/422293/Aviation_ETS_Jet_Airways_appeal_determination_150416.pdf (consulté le 18 mai 2017), p. 9 et s.

56 Pour consulter ces réserves, v. Site web de l'OACI, disponible à http://www.icao.int/Meetings/a39/Pages/FR/resolutions_FR.aspx (consulté le 21 février 2017).

57 Vingt États ont en effet émis une ou plusieurs réserves à l'égard de la Résolution A38-18, alors que l'on ne dénombre aujourd'hui que cinq États ayant émis une ou plusieurs réserves à l'égard de la résolution A39-3. Pour une liste sommaire des réserves concernant la résolution A38-18, v. Site web de l'OACI, disponible à https://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/summary_fr.pdf (consulté le 17 mai 2017). Pour une liste sommaire des réserves concernant les résolutions A39-2 et A39-3, v. Site web de l'OACI, disponible à https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Resolutions/summary_fr.pdf (consulté le 17 mai 2017).

58 Réserves de la République de l'Inde concernant la Résolution A39-22/1 – Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement – Changements climatiques, disponible à http://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Resolutions/India_fr.pdf (consulté le 23 février 2016).

346. Un troisième facteur s'ajoute alors à l'analyse : celui s'intéressant au vocabulaire employé par une résolution donnée. Sans revenir ici sur les implications du vocabulaire choisi pour qualifier la résolution A39-3⁵⁹, il faut néanmoins préciser ici que "*the language used may be relevant to determine the effect of a resolution, provided the effect intended does not go beyond the effect determined by the constitutional context*"⁶⁰. Il s'agit donc de rappeler ici l'utilisation répétée du verbe "décider" dans le cadre de la résolution A39-3, renforçant ainsi le poids – que celui-ci soit politique ou juridique – de cette dernière à l'égard des États membres de l'organisation.

347. A la vue de l'ensemble de ces éléments, et bien qu'il apparaisse prudent de conclure à l'absence de consensus actuel sur l'attribution d'une valeur contraignante aux résolutions de l'Assemblée de l'OACI, ces dernières, partie intégrante de la dénommée "*soft law*"⁶¹, ne semblent pas dénuées de tout effet juridique. En ce sens, une résolution peut avoir une influence, même juridique, sans pour autant bénéficier du statut de règle contraignante. La combinaison de différents facteurs, dans une grande majorité des cas liés aux circonstances ayant entouré l'adoption de la résolution en question, permet alors de justifier, puis de préciser, cette influence.

Dans le cadre d'une analyse des instruments juridiques supports éventuels d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché*, le choix d'une résolution n'a donc pas été exclu par l'obsession de ses apparentes faiblesses normatives. Une analyse plus approfondie permet en effet de nuancer l'affirmation souvent préalable d'une absence de force contraignante de ces dernières. La Communauté aérienne internationale n'a donc pas manqué de privilégier cet instrument juridique, bien qu'il faille reconnaître que les raisons de ce choix n'apparaissent que rarement liées aux effets juridiques de ces résolutions et que les débats actuels entourant la question de la force juridique des résolutions sont loin d'apporter une réponse à la variable d'inquiétude entourant actuellement la décision de mise en œuvre du CORSIA.

348. *Conclusion.* Centrée sur la catégorie des résolutions "décisions" prises par les États membres de l'OACI, l'analyse des résolutions de l'Assemblée de l'OACI en tant que support éventuel d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché* a permis d'apporter quelques éclaircissements sur la question de la force juridique de ces dernières. Au-delà de cet élément essentiel du débat,

59 V. *supra*, n°338.

60 AMERASINGUE (C.), 2005, *Principles of the institutional law of international organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 175. Pour une analyse du vocabulaire employé par l'Assemblée générale des Nations Unies, v., notamment, SLOAN (F.B.), 1948, "The Binding Force of a Recommendation of the General Assembly of the United Nations", *préc.*, p. 3: "*resolutions have not been forced into a stereotyped form. On the contrary, the General Assembly has shown considerable ingenuity in its selection of operative words*".

61 V. *supra*, n°3.

et afin de résumer les principaux points soulevés, les faiblesses liées à cet instrument juridique expliquent assez logiquement son succès. Il n'est en effet pas surprenant qu'un instrument juridique ne faisant émerger aucune nouvelle obligation contraignante à la charge de ses destinataires tout en créant l'apparence d'un nouvel accord universel sur le sujet des changements climatiques ait reçu les faveurs des principaux responsables de la croissance actuelle des émissions aériennes de GES.

Face aux principales faiblesses juridiques de la résolution, une approche mixte, permettant de combiner une résolution cadre et un ensemble de standards – supports quant à eux des aspects techniques de la mesure – annexés à la convention de Chicago, est alors apparue comme une solution particulièrement adéquate afin de désamorcer une partie des éventuelles critiques juridiques attachées à l'usage des résolutions. Choisir cette approche permettrait d'apporter une réponse à la variable d'inquiétude qu'une solution *mondiale et fondée sur le marché* ayant pour unique support juridique une résolution de l'Assemblée ne ferait que renforcer. Il s'agit donc de se pencher maintenant sur cette approche mixte, une approche novatrice sur bien des aspects, impliquant une adaptation audacieuse des spécificités *institutionnelles* du droit international de l'aviation civile, sans pour autant prendre le risque d'une remise en cause directe de la distinction entre le droit de navigation aérienne et le droit du transport aérien international.

1.2. Les SARPs : un complément technique envisagé par la Communauté aérienne internationale

349. Pierres angulaires du droit de la navigation aérienne, les articles 11 et 12 de la convention de Chicago ne peuvent être appréhendés que comme les deux faces d'une même pièce⁶². A ce titre, la combinaison des articles 11 et 12 implique une compétence "primaire" de l'OACI dans le domaine des opérations de navigation aérienne et des conditions liées à l'exploitation technique des services aériens internationaux. L'organisation dispose à ce titre d'un instrument normatif contraignant : le standard adopté par le Conseil de l'organisation et annexé à la convention de Chicago⁶³. Il s'agit donc d'analyser cet

62 Pour une analyse de ces articles dans le cadre du droit de la navigation aérienne, v. *infra*, n°436 à 439.

63 Sur ce sujet, v., notamment, MILDE (M.), 2016, *International Air Law and ICAO*, op. cit., p. 167 ; HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practice of International Aviation Law*, op. cit., p. 60 et s. ; TRIGEAUD (B.), 2013, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, Thèse sous la direction de J. VERHOEVEN soutenue le 3 décembre 2013 à Paris 2 dans le cadre de l'Ecole doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé ; MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 23 et s. ; HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 43 et s. ; WEBER (L.), 2007, *International Civil Aviation*

instrument, et de le distinguer de l'instrument des pratiques recommandées, afin d'envisager leur combinaison – ce que l'OACI opère sous la notion de SARPs – en tant que support technique d'une mesure *corrective* et multilatérale de l'OACI dans le domaine des émissions aériennes de GES.

350. Il convient alors de commencer par l'analyse théorique de l'instrument des SARPs (A) avant d'envisager l'utilisation de tels instruments dans le but d'encadrer la réponse *corrective* de l'OACI aux émissions croissantes de GES en provenance de l'aviation civile internationale (B).

A. *Les annexes à la convention de Chicago : un instrument contraignant strictement encadré*

351. A l'instar de l'analyse des résolutions adoptées par l'Assemblée de l'OACI, et afin de comprendre l'intérêt d'une approche mixte en tant que support de la mesure *mondiale et fondée sur le marché*, il convient tout d'abord de s'intéresser à un débat qui ne cesse d'agiter la doctrine : celui de la valeur juridique des SARPs. Les termes de ce débat sont d'ailleurs essentiels à appréhender afin de comprendre l'impact de la marge de manœuvre laissée aux États membres de l'OACI, ce qui n'est pas sans conséquence sur la sécurité juridique entourant le choix des standards en tant que support technique du CORSIA.

Il faut alors rappeler que les SARPs ne font pas partie intégrante de la convention de Chicago. Ils ne sont qu'annexés à cette dernière par l'intermédiaire des dénommées annexes techniques à la convention de Chicago⁶⁴. L'article 54 de la convention de Chicago indique en effet que le Conseil doit "*adopter, conformément aux dispositions du Chapitre VI de la présente Convention, des normes et des pratiques recommandées internationales; pour des raisons de commodité, les désigner comme Annexes à la présente Convention*"⁶⁵. Leur valeur juridique n'est donc pas similaire à celle de dispositions de la convention de Chicago. Il convient en outre de clairement distinguer les standards OACI des

Organization: An Introduction, op. cit., p. 33 et s. ; NAVEAU (J.), 2006, *Précis de droit aérien*, op. cit., p. 41 ; BUERGENTHAL (T.), 1969, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, op. cit., p. 58 et s. ; CHENG (B.), 1962, *The Law of International Air Transport*, op. cit., p. 68. La technique des standards n'est pas réservée au droit international de l'aviation civile. Pour une réflexion générale sur les standards en droit international public, v., notamment, BOISSON DE CHAZOURNES (L.), 2010, "Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions", in *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre : Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. KOHEN (dir.), Leiden, Brill, p. 351 et s.

64 V. OACI, Annexes 1 à 18, disponible à http://www.icao.int/safety/airnavigation/nationalitymarks/annexes_booklet_en.pdf (consulté le 5 août 2016).

65 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 54 (l). Une chose est sûre néanmoins : bien que la force juridique de ces standards soit toujours discutée, ils deviennent contraignants lorsqu'ils intègrent les ordres juridiques des États membres de l'organisation.

dénommées “pratiques recommandées” dénuées, quant à elles, de force contraignante⁶⁶. La place des standards se place alors entre celle des conventions et celle des pratiques recommandées. Dans le cadre des standards, et ajoutant une touche de complexité à l’analyse de leur valeur juridique, les États membres de l’OACI ont d’ailleurs à leur disposition le mécanisme de notification des différences inscrit à l’article 38 de cette même convention de Chicago. À ce titre, chaque État a la possibilité de notifier une différence lorsqu’il estime

ne pouvoir se conformer en tous points à l’une quelconque de ces normes ou procédures internationales, ou mettre ses propres règlements ou pratiques en complet accord avec une norme ou procédure internationale amendée, ou qui juge nécessaire d’adopter des règles ou des pratiques différant sur un point quelconque de celles qui sont établies par une norme internationale⁶⁷.

Théoriquement, et en l’absence de notification d’une différence, les États ont le devoir de se conformer aux standards contenus dans les annexes à la convention de Chicago, et ceux en application des articles 37 et 90 de cette même convention⁶⁸. Il peut certes être remarqué certaines ambiguïtés rédactionnelles au sein de l’article 37⁶⁹, mais une interprétation de cet article suivant les canons de la convention de Vienne sur le droit des traités – interprétation des dispositions “de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but”⁷⁰ – consolide la conclusion de la force contraignante des standards OACI. Le fait que les États aient la possibilité de notifier une différence indique le caractère contraignant de tels standards. Si certains doutes subsistent, ils disparaissent en outre à la lecture de l’article 90 de la convention de Chicago, notamment lorsque ce dernier indique que “toute Annexe ou tout amendement à une Annexe prend effet dans les trois mois qui suivent sa communication”⁷¹ et que le Conseil se doit de notifier “l’entrée en vigueur”⁷² de ces standards.

66 “‘Recommended Practice’ means any specifications for physical characteristics configuration, material, performance, personnel, or procedure, the uniform application of which is recognized as desirable in the interest of safety, regularity, or efficiency of international air navigation and to which Member States will endeavour to conform in accordance with the convention”. V. OACI, 1947, Résolution A1-31, préc., p. 29.

67 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 38.

68 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 37 et 90.

69 Ce dernier n’engage en effet chaque État contractant qu’à “prêter son concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d’uniformité dans les règlements, les normes, les procédures et l’organisation relatifs aux aéronefs, au personnel, aux voies aériennes et aux services auxiliaires, dans toutes les matières pour lesquelles une telle uniformité facilite et améliore la navigation aérienne”. V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 37.

70 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 31.

71 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 90.

72 Ibid.

La marge de manœuvre des États reste néanmoins importante, puisqu'il revient à eux seuls d'apprécier leur situation et de décider s'ils estiment possible ou non de se conformer au droit technique adopté par le Conseil de l'OACI. Cela n'est donc pas dénué d'implications quant au statut juridique des standards. En outre, et bien que la notification des différences apparaisse obligatoire à la lecture de la convention de Chicago, il a été néanmoins constaté que certains États ne prennent pas toujours la peine de se conformer aux prescriptions de l'article 38. Il n'est pas toujours aisé d'expliquer ce constat, ni de supposer le caractère intentionnel de ces "oublis", mais cela n'aide certainement pas à une application uniforme des standards. Autre particularité à noter : bien que les États aient le droit de notifier une différence, une résolution de l'Assemblée est venue préciser l'obligation qui incombe à ces mêmes États de justifier cette notification de différence⁷³. En ce sens, le droit de notifier une différence est devenu le droit de justifier une absence de respect de la norme adoptée par le Conseil de l'OACI. Cette pratique des notifications est d'ailleurs devenue courante comme le reflète, à titre d'exemple, le supplément à l'annexe 8 de la convention de Chicago s'intéressant au certificat de navigabilité des aéronefs⁷⁴. Soixante-dix-neuf États ont ainsi notifié des différences entre la réglementation qu'ils appliquent et l'un ou plusieurs des standards intégrés à cette annexe. Et sur le nombre d'États restant, une distinction est effectuée entre le nombre d'États ayant notifié l'absence de différences entre leur réglementation et les standards de l'annexe et le nombre d'États n'ayant transmis aucune information à l'OACI. Il serait donc difficile de parler d'une approche véritablement harmonisée dans le domaine de la navigabilité des aéronefs. L'Union européenne n'a d'ailleurs pas elle-même exigé une approche harmonisée de la part de ses États membres dans le cadre de la notification de différences liées à cette annexe 8 de la convention de Chicago. En effet, seuls la Belgique et la Finlande ont notifié une différence à l'égard des chapitres 2 et 3 de l'annexe. Tout cela n'est donc pas sans conséquence dans le cadre de ce travail de recherche si l'on observe que l'annexe 8 pourrait servir de support à une action *corrective* en matière d'émissions aériennes de GES⁷⁵.

352. La question de la valeur juridique des standards se trouvant éclaircie – une question ayant illustré les premières faiblesses intrinsèques liées à l'utilisation de ce support technique –, il s'agit maintenant de s'intéresser à la procédure d'adoption des SARPs afin de dégager de nouvelles informations

73 "If a Contracting State finds itself unable to comply with any SARPs, it should inform ICAO of the reason of non-implementation, including any applicable national regulations and practices which are different in character or in principle". OACI, Résolutions A36-13 adoptée durant la 36^{ème} session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 18 au 28 septembre 2007, "Exposé récapitulatif de la politique permanente de l'OACI et des règles pratiques relevant spécifiquement du domaine de la navigation aérienne", Doc. 9902, II-3.

74 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 8.

75 V. *infra*, n°362.

nécessaires à une discussion sur l'encadrement juridique du CORSIA. Cette adoption s'effectue selon la procédure prévue à l'article 90 (a) de la convention de Chicago :

L'adoption par le Conseil des Annexes visées à l'alinéa (l) de l'article 54 requiert les voix des deux tiers du Conseil lors d'une réunion convoquée à cette fin et lesdites Annexes sont ensuite soumises par le Conseil à chaque État contractant. Toute Annexe ou tout amendement à une Annexe prend effet dans les trois mois qui suivent sa communication aux États contractants ou à la fin d'une période plus longue fixée par le Conseil, à moins qu'entre temps la majorité des États contractants n'ait fait connaître sa désapprobation au Conseil⁷⁶.

Elle nécessite ainsi le vote d'un nombre réduit d'États membres de l'OACI. Cette remarque n'est pas sans intérêt face à l'importance des débats entourant les mesures à visée environnementale dans le cadre de l'OACI, et la critique récurrente d'une exclusion de fait ou de droit de la participation des États en développement aux débats entourant la mise en œuvre d'une solution *fondée sur le marché* dans le cadre de l'OACI. Il faut néanmoins souligner que ce nombre vient de passer de 36 à 40 États contractants par l'intermédiaire d'une modification de l'article 50, alinéa a) de la convention de Chicago approuvé dans le cadre de la résolution A39-4 adoptée à l'occasion de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI, et ce afin de prendre en considération le "*désir général manifesté par les États contractants d'augmenter le nombre des membres du Conseil*"⁷⁷. Les États membres désapprouvant le contenu d'une annexe récemment adoptée par le Conseil de l'OACI ont en outre la possibilité de notifier cette désapprobation au Conseil et d'espérer que le nombre de notifications dépasse le nombre requis actuellement des 81 États membres. À l'inverse, et sans émergence d'une telle vague de désapprobation, le standard adopté peut révéler ses effets dans des délais extrêmement réduits, et c'est là un avantage de poids dans le choix de ce support complémentaire de la résolution A39-3 adoptée durant la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'organisation. À titre d'exemple, l'adoption de l'annexe 17, concernant les normes et pratiques internationales en matière de sûreté aérienne, n'a nécessité que deux ans. Cela illustre que rien n'interdit de presser le pas si les modifications normatives s'avèrent nécessaires.

76 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 90.

77 OACI, Résolution A39-4 adoptée durant la 39^{ème} session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 27 septembre au 6 octobre 2016, "Amendement de l'article 50, alinéa a), de la Convention relative à l'aviation civile internationale", édition provisoire, p. 36. L'augmentation de ce nombre est une proposition récurrente de modification de la convention de Chicago. Il faut d'ailleurs remarquer que plusieurs amendements avaient déjà été adoptés en ce sens. Initialement composé de 25 États élus par l'Assemblée générale, ce nombre est en effet passé à 27 par un amendement de 1961, à 30 par un amendement de 1971, à 33 par un amendement de 1974 et à 36 par un amendement de 1990.

Il faut enfin noter qu'avant d'arriver entre les mains du Conseil, les propositions de SARPs circulent sur le bureau de divers organes de l'organisation chargés de leur préparation, et notamment sur le bureau de la Commission de navigation aérienne (ci-après ANC)⁷⁸ au sein de laquelle un consensus entre les représentants des États y siégeant apparaît comme une étape nécessaire. L'Union européenne a aujourd'hui sa place, sous le statut d'observateur, au sein de plusieurs de ces organes, ce qui constitue un argument supplémentaire à l'utilisation de cet instrument normatif. Ce statut, bien que renforcé depuis l'adoption d'un protocole de coopération⁷⁹ entré en vigueur le 29 mars 2012⁸⁰, est néanmoins jugé insuffisant puisque qu'il ne lui permet pas, à titre d'exemple significatif pour notre cas d'étude, de recevoir des "*informations sur les activités courantes du Conseil de l'OACI et de la Commission de navigation aérienne (ANC)*"⁸¹. En outre, et à l'instar de la critique adressée au sujet de la votation dans le cadre du Conseil, un nombre important d'États en développement n'a toujours pas les ressources humaines et techniques nécessaires à une représentation adéquate de leurs points de vue au sein de ces organes. L'intensité des débats entourant la prise en compte du principe CBDR dans la formulation d'une réponse à l'émission croissante de GES⁸² permet de comprendre qu'une participation de ces États est pourtant essentielle afin d'éviter, lors des dernières étapes de la procédure, le blocage des négociations du à

78 L'article 54 (m) de la convention de Chicago impose d'ailleurs au Conseil d'examiner "*les recommandations de la Commission de Navigation aérienne tendant à amender les Annexes*". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 54 (m).

79 Protocole de coopération entre l'Union européenne et l'Organisation de l'aviation civile internationale fournissant un cadre de coopération renforcée, signé en 2011, entré en vigueur le 29 mars 2012, JO L 232/2, 9 septembre 2011, p. 1-7. A ce sujet, v., notamment, CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 290.

80 V. Décision 2012/243/UE du Conseil du 8 mars 2012 concernant la conclusion d'un protocole de coopération entre l'UE et l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale fournissant un cadre de coopération renforcée, et fixant les règles de procédure y afférent, JO, L 121, 8 mai 2012, pp. 16-17.

81 V. UE, Recommandation de la Commission de 2002 au Conseil visant à autoriser la Commission à ouvrir et à conduire des négociations avec l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) sur les conditions et les modalités d'adhésion de la Communauté européenne, SEC/2002/0381 final. Comme l'a d'ailleurs rappelé la Commission, "*la Communauté possède le statut d'observateur non permanent à l'OACI et ne peut participer aux réunions que si elle y est invitée, en ayant accès aux seuls documents ayant trait à ces réunions*", ce qui l'amène à considérer que "*les modalités actuelles de participation de la Communauté en tant qu'observateur aux travaux de l'OACI (...) ne sont (...) ni satisfaisantes ni suffisantes pour garantir une réelle représentation de la position communautaire*". La Commission milite en ce sens à l'ouverture des négociations sur les conditions et les modalités d'adhésion de la Communauté européenne à l'OACI. V. UE, Recommandation de la Commission de 2002 au Conseil visant à autoriser la Commission à ouvrir et à conduire des négociations avec l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) sur les conditions et les modalités d'adhésion de la Communauté européenne, préc.

82 V. *supra*, Partie 1, Titre 2.

l'absence de prise en compte de préoccupations propres à cette catégorie d'États.

353. La question de la mise en œuvre, autre paramètre clef dans l'analyse des instruments techniques supports éventuels d'une mesure *corrective*, se doit également d'être analysée dans le cadre des SARPs. Le standard ne bénéficiant pas du statut de traité international, sa mise en œuvre au sein des ordres juridiques nationaux exige en effet l'adoption, par les États membres de l'OACI, de règlements nationaux sur le modèle des États dits dualistes. Des variations liées à cette exigence de transposition existent alors entre les États membres de l'OACI. S'ajoutant aux éventuelles notifications de différence précédemment évoquées, tout cela pourrait d'ailleurs potentiellement nuire à l'harmonisation souhaitée d'une approche *mondiale* dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES. Soulignant ici la nature technique et opérationnelle de ces derniers, il est vrai que cette procédure de transposition n'est pas soumise à un contrôle démocratique équivalent à celui qu'exige la ratification d'une convention internationale. Les possibilités de blocages "internes" s'en trouvent donc grandement réduites. A titre d'exemple, les États-Unis n'exigent pas l'accord du Congrès afin d'intégrer à leur ordre juridique national un standard adopté par le Conseil de l'OACI. Le "*Department of Transportation*" (ci-après DOT) ainsi que la "*Federal Aviation Authority*" (ci-après FAA) disposent en effet de l'autorité nécessaire pour une mise en œuvre effective de ces standards. Aux Pays-Bas, le standard est revêtu d'une force contraignante au jour de sa publication dans la "*Dutch Treaty Gazette*" sans faire l'objet d'une discussion préalable au Parlement⁸³. En France, le standard OACI est quant à lui applicable le jour de son entrée en vigueur dans l'ordre juridique international. Le contenu de ces annexes fait néanmoins l'objet d'une intégration à l'ordre juridique français par l'intermédiaire d'arrêtés administratifs⁸⁴.

83 "En Europe, on souligne fréquemment le caractère unique de la Constitution des Pays-Bas, non seulement en ce qu'elle envisage l'applicabilité directe des traités, mais aussi des actes unilatéraux internationaux". TAXIL (B.), 2010 "Méthodes d'intégration du droit international en droits internes", Intervention à l'occasion de l'atelier "La réception du droit international par les droits nationaux" dans le cadre du 3^{ème} congrès de l'AHJUCAF intitulé "Internationalisation du droit, internationalisation de la justice" s'étant déroulé à Ottawa du 21 au 23 juin 2010, disponible à http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internationalisation_du_droit.pdf (consulté le 18 mai 2017), p. 107.

84 La question du statut juridique des standards OACI a d'ailleurs été soulevée devant certaines juridictions françaises. Le Conseil d'État a ainsi eu l'opportunité dans plusieurs décisions de 1981, 1996, 1998 et 2001 de préciser l'invocabilité limitée de tels standards par les individus. Ces derniers ont ainsi le droit de réclamer de l'État français la conformité de sa réglementation auxdits standards, qualifiés par la juridiction française de simples "recommandations", mais ils ne peuvent fonder leur requête sur la base de ces instruments internationaux d'un type particulier. En d'autres termes, les standards OACI ne créent aucune obligation, ni aucun droit direct en faveur des nationaux français. V. Conseil d'État, 20 novembre 1981, Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile, n°09839, Publié au recueil Lebon ; Conseil d'État, 6 mai 1996, Association pour la défense de la

Afin d'élargir géographiquement le champ des exemples, et sortant quelques instants de la délimitation générale de ce travail de recherche, un certain nombre d'États africains intègrent d'ailleurs les standards OACI, sous la forme de règlements techniques, à leur code national dans le domaine de l'aviation civile, assurant ainsi l'application de ces derniers dans le cadre de l'aviation domestique. Et la mise en œuvre des standards OACI dans le domaine de l'aviation domestique n'est pas réduite à ce cas spécifique d'intégration des codes nationaux. En effet, et bien que le mandat de l'OACI se limite "constitutionnellement" au domaine de l'aviation civile internationale⁸⁵, certains SARPs, visant spécifiquement les opérations domestiques de transport aérien, se retrouvent au sein des annexes 6, 17 et 18 de la convention de Chicago. Comme l'indique en effet J. HUANG :

despite the extensive search by this writer, a definition of "international civil aviation" could not be found in any ICAO document. Consequently, no clear demarcation exists between international and domestic civil aviation. On some occasions, ICAO had to determine whether or not a provision of an Annex should be applicable to domestic civil aviation operations⁸⁶.

L'auteur ne manque cependant pas de rappeler que "*ICAO has been cautious in this respect since its jurisdiction is generally confined to matters concerning international civil aviation*" avant de conclure que

the Council believes that it can, if the circumstances justify, extend the applicability of certain recommended practices in the Annexes to domestic civil aviation operations. It may do the same with respect to a standard provided that States are given the discretion to apply it "to the extent practicable"⁸⁷.

Cela n'est donc une fois encore pas sans intérêt dans le cadre d'une réflexion globale sur le choix de l'instrument juridique support d'une mesure *corrective* des émissions aériennes de GES. Si les États l'acceptent, de façon nécessairement explicite et par l'intermédiaire éventuel d'une résolution en ce sens de l'Assemblée, l'extension de la mesure *corrective* au domaine de l'aviation domestique, par l'intermédiaire des standards OACI, n'apparaît pas en effet impossible.

profession de pilote de ligne, n°133623, Publié au recueil Lebon ; Conseil d'État, 23 novembre 2001, Compagnie Nationale Air France, n°195550, Publié au recueil Lebon ; Conseil d'État, 7 Octobre 1998, M. Claude X., n°185657, Mentionnée dans les tables du recueil Lebon. Pour une approche historique de la question, v., également, ROLIN (H.), 1973, "La portée juridique des annexes à la convention de Chicago. Un désaccord entre les jurisprudences française et belge", *RBDI*, p. 403 et s.

85 V. *supra*, n°8.

86 HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 67.

87 HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 69.

354. Dans le cadre des services aériens internationaux, la mise en œuvre des standards OACI est fréquemment assurée par l'intermédiaire des mécanismes intégrés aux ASAs. Ces derniers exigent en effet le respect, par les États parties, des dispositions de la convention de Chicago et des réglementations nationales liées à la sûreté et à la sécurité de l'aviation civile. A ce titre, si les États parties à l'accord n'ont notifié aucune différence à l'égard d'un standard OACI, chacun d'entre eux se réserve le droit de suspendre ou de révoquer les autorisations accordées s'il considère que la compagnie aérienne concernée ne respecte pas lesdits standards OACI adoptés par le Conseil de l'OACI⁸⁸. En prenant pour exemple le domaine spécifique de la sécurité, l'article 8 de l'accord "ciel ouvert" signé en 2007 par les États-Unis et l'Union européenne précise ainsi que

les autorités compétentes des parties reconnaissent, aux fins de l'exploitation des services aériens couverts par le présent accord, la validité des certificats de navigabilité, des brevets d'aptitudes et des licences délivrés ou validés par l'autre partie et demeurant en vigueur, sous réserve que les conditions d'obtention de ces certificats, brevets ou licences soient égales ou supérieures aux normes minimales qui peuvent être établies en application de la convention de [Chicago]⁸⁹.

Dans le domaine notamment des certificats et licences, et sur la base de l'article 33 de la convention de Chicago⁹⁰, l'absence de conformité avec l'annexe 8 intitulé "Navigabilité des aéronefs" – une réglementation *a minima*⁹¹ dans le domaine des opérations de transport aérien – peut ainsi justifier le refus de reconnaissance, par un État partie à un ASA pourvu d'une clause similaire, de la validité d'un certificat de navigabilité. Ce refus empêche l'accès à l'espace

88 V., à titre d'exemple, la formulation de l'ASA négociée et adoptée en 1992 par l'Argentine et l'Australie : "1. The aeronautical authorities of each Contracting Party shall have the right to withhold the authorisations referred to in Article V of this Agreement with respect to a designated airline of the other Contracting Party, to revoke or suspend such authorisations or impose conditions, temporarily or permanently: (a) in the event of failure by the airline to qualify before the aeronautical authorities of that Contracting Party under the laws and regulations normally applied by those authorities in conformity with the [Chicago] Convention; (b) in the event of failure by the airline to comply with the laws and regulations of that Contracting Party; 2. Unless safety or security require immediate action under this Article and Article VIII, the rights enumerated in paragraph 1 of this Article shall be exercised only after consultations with the aeronautical authorities of the other Contracting Party in conformity with Article XVIII of this Agreement". V. Air Services Agreement between Australia and Argentina (1992), disponible à <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/notinforce/1992/1.html> (consulté le 8 mars 2017).

89 Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc, Art. 8 (souligné par nous).

90 "Les certificats de navigabilité, ainsi que les brevets d'aptitude et les licences délivrés ou validés par l'État contractant dans lequel l'aéronef est immatriculé, seront reconnus valables par les autres États contractants si les conditions qui ont régi la délivrance ou la validation de ces certificats, brevets ou licences sont équivalentes ou supérieures aux normes minimales qui pourraient être établies conformément à la présente Convention". Convention de Chicago, 1944, préc., Art 33.

91 Pour une analyse de cette caractéristique et de son utilisation éventuelle dans le cadre d'une réglementation des émissions aériennes de GES, v. *infra*, n°362.

aérien national. Une juridiction américaine n'a d'ailleurs pas hésité à reconnaître l'application directe de standards issus de l'annexe 8 sur le fondement de l'article 33 de la convention de Chicago⁹².

355. D'autres mécanismes existent afin de s'assurer d'une mise en œuvre effective des standards annexés à la convention de Chicago. Peuvent-être cités à ce titre les systèmes d'audit réalisés par l'OACI dans le domaine de sûreté, par l'intermédiaire de l'"Universal Security Audit Programme" (ci-après USAP) et de la sécurité, par l'intermédiaire de l'"Universal Safety Oversight Audit Programme" (ci-après USOAP)⁹³. Peut également être citées les politiques adoptées par certains États membres de l'organisation connues sous l'expression de "listes noires" mises à jour, en prenant l'exemple de l'Union européenne, tous les trois mois par l'EASA⁹⁴. Bien qu'il soit peu probable qu'une compagnie aérienne se retrouve dans un futur proche sur une "liste noire" pour violation d'une règle liée à la protection du climat mondial, l'USAP et l'USOAP pourraient néanmoins, à l'avenir, avoir un rôle de modèle afin de transposer un mécanisme d'audit dans le domaine de la protection de l'environnement. Parce que l'OACI conserve un rôle moteur dans ce domaine, ses organes pourraient en effet commencer à réfléchir à la mise en place d'un programme d'audit environnemental et universel calqué sur les programmes existants dans les domaines de la sécurité et de la sûreté aérienne.

356. Une analyse de l'instrument normatif des standards OACI, et de ses éventuelles qualités en tant que support technique d'une réponse *corrective* et *mondiale* aux émissions aériennes de GES, ne peut enfin s'abstenir de quelques

92 V. United States Court of Appeals, 1981, *British Caledonian v. Langhorne Bond*, Administrator, Federal Aviation Administration, Respondent, *Balair AG, Lufthansa German Airlines, Swissair, Petitioners*, and *v. Langhorne Bond*, Administrator, Federal Aviation Administration, Respondent, and *Alitalia-Linee Aeree Italiane-S.P.A.*, Intervenor, Case No. 665 F.2d 1153; 214 U.S.App. D.C. 335, Nos. 79-1662, 79-1737 : "we agree that this provision allows the United States to take immediate action, without consultations, if such action is necessary to prevent further non-compliance with U.S. laws and regulations (subparagraph (1)(b)) or with the applicable airworthiness standards (...). We recognize the diplomatic sensitivity of an allegation that a foreign nation has been derelict in complying with law or relevant standards; but if the government wishes to rely on the dereliction it must grasp that nettle".

93 V., notamment, HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 69 et s. V., également, DETRA (Z.D.), 2006, "The Legitimacy of the ICAO's Universal Safety Oversight Audit Programme", préc. ; MILDE (M.), 2001, "Aviation Safety Oversight: Audits and the Law", AASL, vol. 26, p. 165 et s.

94 Comme l'indique le site web de la Commission européenne, "the EU Air Safety List actually contains two lists. The first list (Annex A) includes all airlines banned from operating in Europe. The second list (Annex B) includes airlines that are restricted from operating under certain conditions in Europe. Both lists are updated regularly and published in the Official Journal of the European Union". V. Site web de la Commission européenne, disponible à https://ec.europa.eu/transport/modes/air/safety/air-ban_en (consulté le 7 mars 2017).

remarques liées au système de règlement des différends⁹⁵. A ce titre, le chapitre XVIII de la convention de Chicago, consacré aux "différends et manquements", se perçoit comme la plateforme privilégiée afin de régler un différend lié à l'application d'un standard OACI. L'article 84 se réfère en effet aux désaccords "entre deux ou plusieurs États contractants à propos de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention **et de ses Annexes**"⁹⁶. Suivant les indications d'un tel article, les États doivent alors privilégier la négociation avant de s'adresser au Conseil revêtant pour l'occasion le rôle d'un organe de règlement des différends. La décision du Conseil sera par suite susceptible d'un appel devant "un tribunal d'arbitrage *ad hoc* établi en accord avec les autres parties au différend" ou devant la CIJ⁹⁷. Un tel mécanisme n'a néanmoins que rarement fait preuve de son effectivité⁹⁸. Certains standards OACI devant être respectés par les compagnies aériennes lorsqu'elles offrent leurs services dans le cadre d'un ASA, les mécanismes de règlement des différends contenus dans ces derniers deviennent alors une option disponible pour l'État reprochant à l'un de ses partenaires une mise en œuvre incomplète ou non conforme de la réglementation minimale imposée par l'OACI dans certains domaines spécifiques de la navigation aérienne. Traditionnellement, les États doivent alors s'engager dans une période de consultation et de négociation avant de pouvoir entamer une procédure arbitrale, comme le précisent le plus souvent les ASAs⁹⁹. Les États n'ont néanmoins que rarement recours à de telles procédures, ce qui s'explique notamment par la sensibilité diplomatique, voir économique, des différends en cause. Les juridictions nationales peuvent en fin avoir un rôle

95 Sur ce sujet, v., à titre d'exemple, WEBER (L.), 2007, *International Civil Aviation Organization: An Introduction*, op. cit., p. 40 et s. Pour une analyse plus générale, v., notamment, BASTID-BURDEAU (G.), 1993, "La diversification des procédures de règlement des différends internationaux", in *Actualité des conflits internationaux*, Actes du Colloque d'Aix en Provence, Paris, Pedone 1993, 25 p.

96 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 84 (souligné par nous).

97 L'article 84 ne fait pas référence à la CIJ mais à la CPJI, ce qui ne peut surprendre lorsque l'on note que la convention de Chicago a été adoptée avant la charte de Nations Unies et le statut de la CIJ. Néanmoins, et en application de l'article 37 du statut de la CIJ, "lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut". V. Statut de la Cour internationale de justice, 1945, préc., Art. 37.

98 V. *infra*, n°386.

99 V., à titre d'exemple, Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Art. 19 : "tout différend relatif à l'application ou à l'interprétation du présent accord, sauf sur les questions visées à l'article 20 ou à l'annexe 2, et qui n'est pas résolu par une réunion du comité mixte, peut être soumis à une personne ou à un organisme en vue d'une décision par accord des parties. En l'absence d'accord de parties, le différend est soumis, à la demande de l'une des parties, à un arbitrage selon la procédure exposée ci-après".

à jouer dans le règlement d'éventuels différends¹⁰⁰. Dans leur grande majorité, les standards sont en effet transposés dans le droit national des États membres de l'OACI. Et la réglementation nationale, renforçant parfois les normes imposées par le Conseil de l'OACI, se doit d'être respectée sur la base de l'article 11 de la convention de Chicago et des dispositions des ASAs reflétés d'un tel article. Comme indiqué précédemment, les juridictions américaines ont à ce titre reconnu le caractère "*self-executing*" de l'article 33 de la convention de Chicago, ouvrant ainsi la voie à des recours formulés, sur la base de cet article, par des compagnies aériennes immatriculées dans un pays tiers¹⁰¹.

357. A bien des égards, le standard OACI apparaît donc comme un instrument juridique adéquat à une approche non seulement *corrective* et *mondiale*, mais également revêtu d'une force contraignante indispensable au développement soutenable de l'aviation civile internationale. Le temps de mise en œuvre opérationnelle de tels standards représenterait d'ailleurs l'un de ses principaux atouts face à l'urgence des changements climatiques. Les étapes diplomatiques nécessaires à l'adoption d'une convention internationale¹⁰² ne concernent en effet pas les standards OACI puisque ces derniers ont été pensés afin de répondre rapidement aux évolutions techniques et opérationnelles de l'aviation civile internationale. Derrière cette qualité se cache néanmoins le principal obstacle : le champ d'application des standards reste en effet limité et une extension irréfléchie d'un tel champ nuirait à l'effectivité de ces derniers. A ce titre, l'intégration progressive de la problématique environnementale dans le champ d'application de ce droit dérivé de l'OACI se doit maintenant d'être analysée.

B. *Les annexes à la convention de Chicago : un prolongement technique actuellement négocié par la Communauté aérienne internationale*

358. D'aucuns pourraient se demander pourquoi l'instrument normatif des SARPs n'a pas été choisi comme support unique du CORSIA. A ce titre, et comme

100 Il faut d'ailleurs rappeler l'obligation en droit international d'épuisement des voies de recours nationales avant de pouvoir s'adresser aux juridictions propres à l'ordre juridique international. A titre d'exemple, dans l'arbitrage concernant les redevances d'usage à l'aéroport d'Heathrow, le tribunal a demandé aux parties de fournir un certain nombre d'informations attestant de l'épuisement des voies de recours nationales V. 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), préc. Pour une analyse de cette sentence, v. WITTEN (S.), 1995, "The U.S.-UK Arbitration Concerning Heathrow Airport User Charges", préc., p. 174 à 192 ; VAN HAERSOLTE-VAN HOF (J.J.), 1995, "US/UK Arbitration Concerning Heathrow Airport User Charges – Some Procedural Aspects", *LJIL*, vol. 8, n°1, p. 203 et s.

101 V. *supra*, n°354.

102 V. *infra*, n°376.

n'a pas manqué de le souligner l'OACI dès 2013, "*it would be challenging for Standards alone to manage all elements of a global MBM scheme*" mais que de tels standards "*could be useful tools in complementing other instruments by developing certain technical requirements of a global MBM scheme*"¹⁰³. Justifier juridiquement cette affirmation implique de revenir à la délimitation du champ d'application des SARPs, ce que l'analyse de leur définition ne manque pas de refléter.

359. Comme l'indique la résolution A1-31 adoptée par la toute première Assemblée de l'OACI, un standard correspond à

any specifications for physical characteristics configuration, material, performance, personnel, or procedure, the uniform application of which is recognized as necessary for the safety or regularity of international air navigation and to which Member States will conform in accordance with the convention¹⁰⁴.

Cette résolution délimite ainsi le champ d'application des standards OACI au domaine de la navigation aérienne. Un retour à l'article 37 de la convention de Chicago est néanmoins nécessaire afin d'approcher plus précisément le champ d'application de ces standards. Il indique en effet que

chaque État contractant s'engage à prêter son concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité dans les règlements, les normes, les procédures et l'organisation relatifs aux aéronefs, au personnel, aux voies aériennes et aux services auxiliaires, dans toutes les matières pour lesquelles une telle uniformité facilite et améliore la navigation aérienne¹⁰⁵.

L'article dresse ensuite une liste de sujets à propos desquels l'OACI "*adopte et amende, selon les nécessités, les normes, pratiques recommandées et procédures internationales*"¹⁰⁶. L'ensemble de ces sujets concerne bien les aspects techniques et opérationnels de la navigation aérienne, confirmant ainsi la délimitation du champ d'application des standards OACI à l'exploitation technique des services aériens internationaux. Il est vrai que la dernière phrase de l'article étend le pouvoir normatif de l'OACI à tout "*sujet s'intéressant à la sécurité, la régularité et l'efficacité de la navigation aérienne*"¹⁰⁷. La formulation employée à l'article 37 ne limite pas le pouvoir normatif de l'OACI à une liste de sujets

103 OACI, 2013, Doc. 10018, préc., pt. 6.2.3.

104 OACI, 1947, Résolution A1-31, préc., p. 28. Cette définition n'a d'ailleurs pas pris une seule ride et se retrouve, par un exemple lié à notre domaine d'étude, dans l'hypothétique troisième volume de l'annexe 16 actuellement négociée sous l'égide de l'OACI. V. OACI, Document publié à l'occasion de la 9^{ème} réunion du Comité de protection de l'environnement en aviation (CAEP/9) s'étant déroulée à Montréal en 2013, "Text of Proposed New Annex 16, Volume III", WP/6.

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

106 *Ibid.*

107 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 37.

particuliers. La liste n'est donc pas exhaustive, mais elle ne peut s'étendre au-delà des sujets liés à la navigation aérienne. Cela explique qu'une annexe à la convention de Chicago ne peut à l'heure actuelle constituer le support unique d'une mesure *fondée sur le marché* rattachée quant à elle, dans son ensemble, aux conditions d'exploitation commerciale de l'aviation civile internationale.

360. Cette formulation "ouverte" de l'article 37 est néanmoins essentielle puisqu'elle a permis d'étendre le pouvoir normatif de l'OACI à certaines problématiques liées à la protection de l'environnement. Comme indiqué précédemment¹⁰⁸, la compétence de l'OACI s'est vue progressivement élargie à la question de l'impact environnemental de l'aviation civile internationale, une vague ayant inévitablement entraîné dans son sillage l'élargissement du champ d'application du droit dérivé de l'organisation, et donc des SARPs annexés à la convention de Chicago, à ce domaine de la protection de l'environnement. Ce nouveau domaine d'action a d'ailleurs justifié la naissance d'une seizième annexe à la convention de Chicago intitulée "Protection de l'environnement"¹⁰⁹. Les aéronefs doivent ainsi respecter les normes de certification adoptées par le Conseil de l'OACI figurant au sein des volumes 1 et 2 d'une telle annexe¹¹⁰. Le premier volume s'intéresse à la problématique du bruit des aéronefs lorsque le deuxième se limite à la problématique des émissions des moteurs d'aviation.

Mais ce constat ne remet nullement en cause l'exclusion des annexes en tant que support unique d'une mesure *fondée sur le marché*. L'analyse du champ d'application de ces deux volumes illustre en effet l'exclusion de la problématique de la *correction* des émissions aériennes de GES. Deux étapes sont alors nécessaires pour justifier cette affirmation : la démonstration d'une exclusion aujourd'hui dépassée de la problématique des émissions aériennes de GES du champ d'application de l'annexe; puis le constat d'une restriction quant à elle solidement établie de ce champ d'application à l'approche spécifique de la *prévention* des dommages environnementaux.

361. Dans le cadre de la première étape, l'intitulé du second volume, s'intéressant aux "émissions des moteurs d'avion", apparaît à première vue trompeur. En y regardant de plus près, on s'aperçoit en effet que le champ d'application de ce dernier ne comprend pas les émissions de CO₂¹¹¹. L'annexe se réfère pourtant à de nombreuses reprises, comme méthode de calcul et d'ana-

108 V. *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

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

110 Pour une présentation plus spécifique du fonctionnement de cette annexe, v. *infra*, n°362.

111 Le standard 3.1.2 du second volume liste les gaz concernés pour la certification des moteurs d'aviation sans y intégrer les émissions de CO₂. V. Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 16, Vol. 2, Appendice 2, Standard 3.2.1.

lyse, à ce gaz majoritairement responsable des changements climatiques¹¹². Certains appendices contiennent également des règles liées, par exemple, au mélange de monoxyde et de dioxyde de carbone, ainsi que des règles liées à la détermination de leur concentration¹¹³. En outre, le CO₂ figure parmi les gaz utilisés aux fins de calibration et de test¹¹⁴. L'annexe 16 n'a néanmoins pas pour objectif la certification des moteurs d'aviation sur la base des émissions de CO₂. Elle précise en effet explicitement que le CO₂ "*is not considered as a pollutant but its concentration is required for calculation and check purposes*"¹¹⁵. Jusqu'à très récemment, il n'existait donc pas d'annexe, et donc de standard OACI, s'intéressant à la problématique spécifique des émissions aériennes de GES.

L'adoption en mars 2017 d'un "standard CO₂"¹¹⁶ illustre cependant que rien n'empêchait l'OACI d'envisager l'adoption d'un standard visant la protection du climat mondial, à la condition que ces standards relèvent du domaine de la navigation aérienne et se limitent ainsi aux aspects techniques et opérationnels du droit international de l'aviation civile. Cela relève de la deuxième étape de la justification, et cela nous invite à présenter le fonctionnement de certaines annexes de la convention de Chicago afin d'imaginer leur utilisation en tant que modèles de réglementation technique dans le domaine des émissions aériennes de GES.

362. Une analyse de la combinaison entre les standards de l'annexe 8 et l'article 33 de la convention de Chicago s'avère en effet, et tout d'abord, source de nombreux enseignements sur une hypothèse de régulation *préventive* des émissions aériennes de GES. Les standards techniques adoptés dans le cadre de l'annexe 8 servent en effet de base à l'octroi des certificats permettant de garantir la navigabilité des aéronefs inscrits sur leurs registres nationaux¹¹⁷. Ces derniers relevant de la responsabilité des États d'immatriculation de l'appareil, l'article 33 de la convention de Chicago oblige alors les États tiers à reconnaître les certificats émis sur la base de standards techniques au moins

112 V., à titre d'exemple, Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 16, vol. 2, Standard 2.3 (g).

113 V., à titre d'exemple, Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 16, vol. 2, Appendice 3, Attachment B.

114 V., à titre d'exemple, Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 16, Appendice 5, Attachment D.

115 *Ibid.*, Appendice 5, Attachment 3, Standard 3.1 (c).

116 V. *infra*, n°363.

117 En ce sens, et "*dans l'intérêt de la sécurité, un aéronef doit être conçu, construit et exploité conformément aux exigences de navigabilité pertinentes de son État d'immatriculation. Il est donc délivré pour cet aéronef un certificat de navigabilité qui le déclare apte au vol*". V. OACI, Annexes 1 à 18, disponible à http://www.icao.int/safety/airnavigation/nationalitymarks/annexes_booklet_en.pdf (consulté le 5 août 2016), p. 17. Pour une analyse de cette annexe 8 à la convention de Chicago, v., notamment, HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 47 et s.

équivalents. Les États ayant inscrit un aéronef sur leur registre national se doivent en outre de garantir *"the continuing airworthiness of the aircraft regardless of where it is operated in the world"*¹¹⁸. Les annexes à la convention ne se limitent d'ailleurs pas aux certificats de l'annexe 8. Peut également être évoquée la réglementation de l'annexe 6 liés à la sécurité de la navigation aérienne et à l'efficacité des services aériens internationaux. Se limitant à l'encadrement de l'exploitation technique – et non commerciale – des services aériens internationaux, cette annexe 6 – intitulée "Exploitation technique des aéronefs" – vise à normaliser l'exploitation technique des aéronefs assurant des services aériens internationaux dans l'objectif de garantir au mieux la sécurité et l'efficacité de ces services. Dans le cadre de la sécurité de la navigation aérienne, l'annexe établit ainsi des critères de sécurité de vol. Dans le domaine de l'efficacité, l'annexe encourage les États à faciliter le survol de leur territoire par les aéronefs qui respectent ces critères¹¹⁹.

A ce titre, le recours à la technique d'une réglementation *a minima* illustrée non seulement par cette annexe 6, mais également par l'annexe 8 à la convention de Chicago, pourrait s'avérer particulièrement inspirante dans le cadre du débat sur la *prévention* des émissions de GES. Ces deux annexes ne matérialisent en effet qu'une réglementation multilatérale *a minima* de ces aspects essentiels de la navigation aérienne internationale, laissant ainsi la possibilité aux États membres de renforcer cette réglementation. Dans le cadre de l'annexe 8, la base juridique de cette technique normative se trouve à l'article 33 de la convention de Chicago exigeant une reconnaissance des certificats, brevets et licences délivrés par un État contractant *"si les conditions qui ont régi la délivrance ou la validation de ces certificats, brevets ou licences sont équivalentes ou supérieures aux normes minimales qui pourraient être établies conformément à la présente Convention"*¹²⁰. Dans le cadre de l'annexe 6, le document OACI résumant le contenu des annexes à la convention de Chicago souligne égale-

118 V. OACI, 2006, "ICAO's Safety Oversight Manuel", 2nd éd., Doc. 9734, AN 959, Part A, Section 2.3.4 (d).

119 Pour un explication plus complète de l'objet de l'annexe 6, v. OACI, Annexes 1 à 18, disponible à http://www.icao.int/safety/airnavigation/nationalitymarks/annexes_booklet_en.pdf (consulté le 5 août 2016), p. 12 à 14.

120 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 33. Comme l'explique le document OACI résumant le contenu des annexes à la convention de Chicago, cet article 33 stipule ainsi *"que l'État d'immatriculation reconnaîtra et validera un certificat de navigabilité délivré par un autre État contractant, à condition que les règlements de navigabilité qui régissent la délivrance de ce certificat soient équivalents ou supérieurs aux normes minimales qui pourraient être établies par l'OACI conformément à la Convention. Ces normes minimales figurent dans l'Annexe 8, dont la première édition a été adoptée par le Conseil le 1er mars 1949"*. V. OACI, Annexes 1 à 18, disponible à http://www.icao.int/safety/airnavigation/nationalitymarks/annexes_booklet_en.pdf (consulté le 5 août 2016), p. 17 (souligné par nous). Sur ce sujet, v., également, HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 47 : *"Annex 8 prescribes the minimum airworthiness standards which form the basis for mutual recognition by contracting States of a certificate of airworthiness "under Article 33 of the Chicago Convention"*.

ment cette spécificité en précisant que les SARPs liés à l'exploitation technique des aéronefs présents au sein de l'annexe 6 *"sont le compromis le plus acceptable dans la mesure où elles assurent la viabilité de l'aviation commerciale et générale sans compromettre la sécurité"* mais que *"l'OACI n'interdit pas aux États d'élaborer leurs propres normes nationales qui peuvent être plus contraignantes que les normes minimales énoncées dans l'Annexe"*¹²¹. Une réglementation *a minima* dans le domaine de la prévention des émissions de GES pourrait ainsi avoir pour objectif d'annexer à la convention de Chicago *"le compromis le plus acceptable"* garantissant le développement soutenable de l'aviation civile internationale et la participation équitable de cette activité au défi du climat mondial, et cela sans empêcher les États membres de l'OACI d'imposer une réglementation *préventive* renforcée pour les vols à destination ou en provenance de leur territoire national.

L'OACI semble s'être tournée vers une approche réglementaire distincte – à savoir la technique de réglementation prévue aux deux premiers volumes de l'annexe 16 relative à la protection de l'environnement¹²² – en matière de protection environnementale. Comme indiqué précédemment, et sans prendre dès maintenant en considération l'adoption en 2017 d'un troisième volume à cette annexe, ces deux volumes n'intègrent pas dans leur champ d'application la problématique des émissions aériennes de GES. Les techniques de certification prévues pourraient néanmoins inspirer une réglementation onusienne *préventive* des émissions aériennes de GES. L'approche privilégiée dans le cadre du premier volume de l'annexe 16 est d'ailleurs particulièrement intéressante puisqu'il s'agit d'un mécanisme d'élévation progressive des standards techniques. Comme l'indique V. CORREIA,

poursuivant un objectif général de limitation progressive des nuisances sonores, le volume I de l'annexe 16 établit des standards techniques relatifs à la certification des aéronefs qui reflètent, jusque dans leur structure, l'augmentation progressive des contraintes pesant sur les fabricants et exploitants d'aéronefs¹²³.

Il existe enfin des connexions entre ces différentes annexes à la convention de Chicago. L'annexe 8 établit en effet un lien avec la problématique environnementale des nuisances sonores en se référant, à plusieurs reprises, à l'annexe 16 de la convention de Chicago. A titre d'exemple, *"maximum operating mass may be limited by the application of Noise Certification Standards (see Annex 16,*

121 V. OACI, Annexes 1 à 18, disponibles à http://www.icao.int/safety/airnavigation/nationalitymarks/annexes_booklet_en.pdf (consulté le 5 août 2016), p. 12.

122 Sur ce sujet, v., notamment, ROLF (T.A.), 1999-2000, "International Aircraft Noise Certification", préc. ; DAVIES (P.), GOH (J.), 1993, "Air Transport and the Environment: Regulating Aircraft noise", préc. ; GANSALEZ-VARAS IBANEZ (S.), 1993, "Tratamiento jurídico acerca del ruido de los transportes", préc.

123 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 800.

Volume I, and Annex 6, Parts I and II)¹²⁴. L'annexe 6 contient également deux références à l'annexe 16¹²⁵. Certaines connexions existent ainsi et pourraient inspirer le Conseil de l'OACI afin d'assurer une mise en œuvre effective des standards techniques en matière de *prévention* des émissions aériennes de GES.

363. Comme indiqué à de nombreuses reprises, le travail de "certification climatique" des aéronefs a déjà commencé puisque qu'un "standard CO₂" a été adopté le 6 mars 2017 par le Conseil de l'OACI¹²⁶. Il aura néanmoins fallu près de sept années de négociation pour parvenir à l'adoption de ce standard qu'il convient à présent d'introduire. Présentée comme une "*norme mondiale de certification de la conception*"¹²⁷ des aéronefs, cette adoption fait suite à une recommandation du CAEP, lors de sa 10^{ème} réunion qui s'est déroulée début 2011, visant la mise en œuvre d'une norme *préventive* contraignante sous la forme d'un standard de calcul des émissions de CO₂ afin de limiter les émissions de GES de l'aviation civile internationale¹²⁸. Cette adoption avait d'ailleurs de nouveau été sollicitée par l'Assemblée puisque la résolution A39-3 adoptée à l'occasion de la 39^{ème} session de cette Assemblée avait demandé au Conseil "*d'adopter la norme de certification régissant les émissions de CO₂ des aéronefs dans les plus brefs délais*"¹²⁹. Cette norme de certification ayant comme support un troisième volume à l'annexe 16¹³⁰, l'année 2017 vient donc de consacrer

124 OACI, Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 8, Part. IIIA, pt. 1.3, Note 3.

125 L'annexe 6 contient quant à elle deux références à l'annexe 16. Le standard 5.2.7(d) utilise la formule suivante : "*in no case shall the mass at the start of take-off, or at the expected time of landing at the aerodrome of intended landing and at any destination alternate aerodrome, exceed the relevant maximum masses at which compliance has been demonstrated with the applicable noise certification Standards in Annex 16, Volume I, unless otherwise authorized in exceptional circumstances for a certain aerodrome or a runway where there is no noise disturbance problem, by the competent authority of the State in which the aerodrome is situated*". Le standard 6.13, intitulé "*All aeroplanes complying with the noise certification Standards in Annex 16, Volume I*", exige quant à lui que "*an aeroplane shall carry a document attesting noise certification*". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 6.

126 V., OACI, Communiqué de presse du 6 mars 2017, Le Conseil de l'OACI adopte une nouvelle norme sur les émissions de CO₂ pour les aéronefs, disponible à <http://www.icao.int/Newsroom/Pages/FR/ICAO-Council-adopts-new-CO2-emissions-standard-for-aircraft.aspx> (consulté le 16 mai 2017).

127 *Ibid.*

128 Ce nouveau volume n'a enfin pas pour unique objectif la certification des émissions de CO₂ par certaines catégories d'aéronefs, puisqu'il cherchera également à influencer la réduction des émissions en encourageant la recherche et la mise en œuvre des mesures technologiques de réduction.

129 V. OACI, 2016, Résolution A39-2, préc., pt. 19 (e).

130 V. OACI, 2016, Résolution A39-1, préc., Annexe B, Considérant 8 : "*notant avec satisfaction la recommandation du CAEP ayant trait à une nouvelle norme de certification régissant les émissions mondiales de CO₂ des avions, qui, une fois adoptée, constituera l'Annexe 16, Volume III – Émissions de CO₂ des avions*". V., également, OACI, Document publié à l'occasion de la 9^{ème} réunion du Comité de protection de l'environnement en aviation (CAEP/9) s'étant déroulée à Montréal en 2013, "*Text of Proposed New Annex 16, Volume III*", préc. ; OACI, Communica-

la toute première réglementation contraignante de l'OACI régissant les émissions de CO₂ des aéronefs.

La préparation de ce troisième volume a requis deux phases distinctes : une première, technique, ayant permis de privilégier un système métrique de calcul et une seconde, politique et juridique, liée au développement du standard. Cette norme de certification, dont l'entrée en vigueur est prévue au mois de juillet 2017 ne s'appliquera néanmoins, à partir de 2020, qu'aux nouveaux types aéronefs, puis, à partir de 2023, aux livraisons d'aéronefs déjà en production. A partir de 2028, les aéronefs qui ne satisferont pas à cette nouvelle norme ne pourront plus ensuite être produits. Et

like other safety and environmental requirements, the CO₂ standard will be implemented as a new requirement under each National Aviation Authority's (NAA) aircraft type certification system. The standard will be enforced via a production cut-off for new [in-production] aircraft starting in 2028 when non-compliant models will not be certified for sale in the jurisdiction area of the certification body, for example EASA in Europe and FAA in the USA¹³¹.

364. Tout cela relève néanmoins d'une approche strictement *préventive* de réduction, et l'utilisation de l'instrument normatif des SARPs ne relève pas de la même évidence dans le contexte d'une mesure *corrective*, puisque *fondée sur le marché*, adoptée sous l'égide de l'OACI.

La résolution A39-3 envisage pourtant explicitement l'usage de standards supports de certains éléments constitutifs du CORSIA. Avec la participation du CAEP, la résolution A39-3 demande ainsi au Conseil d'élaborer, en vue d'une adoption par ce même conseil en 2018, "*les SARP et les éléments indicatifs connexes sur la mise en œuvre du système MRV dans le cadre du CORSIA*"¹³² ainsi que "*les SARP et les éléments indicatifs connexes sur les critères des unités d'émissions (EUC) pour guider l'achat des unités d'émissions appropriées par les exploitants d'aéronefs dans le cadre du régime*"¹³³. Parmi les mécanismes nécessaires à la mise en œuvre du CORSIA, le système MRV et les EUC¹³⁴ s'avèrent en effet être la condition technique d'une mise en œuvre effective du mécanisme, et se trouvaient déjà dans le projet de résolution ayant précédé la 39^{ème} session de

tion du 14 février 2013, "Le comité de protection en environnement en aviation de l'OACI réalise une avancée en élaborant de nouvelles normes sur les émissions de CO₂ et le bruit des aéronefs", COM 4/13.

131 2017, "Unanimous adoption by ICAO Council paves way for introduction of new aircraft CO₂ emissions standard", publié par *GreenAir Online* le 6 mars, disponible à <http://www.greenaironline.com/news.php?viewStory=2346> (consulté le 17 mars 2017).

132 OACI, 2016, Résolution A39-3, préc., pt. 20 (a).

133 *Ibid.*, pt. 20 (c).

134 Sur ces éléments techniques indispensables à la mise en œuvre du CORSIA, v. *supra*, n°39.

l'Assemblée¹³⁵. Leur adoption sous forme de standards apparaît donc indispensable. Mais, et cela constitue le point final de cette démonstration, ces propositions de standards supports techniques du CORSIA ne semblent néanmoins pas de nature à remettre en cause la dichotomie intrinsèque au droit international de l'aviation civile séparant l'encadrement juridique de l'exploitation technique de l'encadrement juridique de l'exploitation commerciale des services aériens internationaux. L'utilisation de la technique des standards reste en effet limitée, dans le cadre du CORSIA, aux seuls aspects techniques de la mesure proposée par l'Assemblée générale de l'OACI. Cette utilisation strictement encadrée des SARPs afin d'assurer un support technique nécessaire au fonctionnement de la mesure ne remet donc pas directement en cause la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international.

365. *Conclusion.* Pas de remise en cause directe donc, bien que de nombreuses questions apparaissent à la lecture de la résolution A39-3, des questions dont les réponses se devront d'être rapidement apportées afin de permettre l'adoption de ces SARPs dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES. Pour n'en citer que quelques-unes : ces dernières vont-elles être intégrées à un volume existant ou vont-elles justifier l'ajout d'un nouveau volume à l'annexe 16 ? Le Conseil va-t-il décider de créer une nouvelle annexe à la Convention de Chicago ? Est-il envisageable de transférer la logique de certification technique des aéronefs, sur le modèle de l'annexe 16 ou par un lien avec l'annexe 6 ou l'annexe 8 de la convention, dans le cadre des standards supports techniques du CORSIA ? Il faudrait en ce sens imaginer un mécanisme de certification permettant d'attester la conformité des compagnies aériennes avec les exigences issues du système MRV... Tout cela ouvre donc un nouveau champ d'incertitudes quant à l'architecture normative du CORSIA, et cela bien qu'il faille de nouveau souligner que l'adoption du système MRV et des EUC par l'intermédiaire de SARPs – puisque ces éléments se limitent aux aspects techniques du CORSIA – n'apparaît pas en violation du droit en vigueur dans le cadre de l'ordre international de l'aviation civile.

L'architecture normative du CORSIA se trouve quoi qu'il en soit limitée par la permanence d'une distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, une distinction réduisant les pouvoirs normatifs de l'OACI dans le domaine du transport et ayant ainsi amené l'Assemblée à privilégier une approche mixte en tant que support juridique de ce CORSIA. Bien que les diminuant, cette démarche n'efface donc pas les critiques liées à l'existence d'une variable d'inquiétude puisque seuls les éléments techniques de la mesure se verront attribuer, sous réserve d'éventuelles notifi-

135 V. 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., Appendice B, pt. 17.

cations de différence, une force juridique contraignante. Les contraintes pratiques et politiques expliquent dans une large mesure le choix de cette approche mixte. Et l'interprétation évolutive renforce l'effet juridique des résolutions tout en justifiant leur combinaison avec les standards du Conseil. Mais un juriste ne peut s'empêcher de regretter l'exclusion d'instruments juridiques qui auraient permis de résoudre l'insécurité juridique régnante.

Tout espoir "juridique" n'est néanmoins pas perdu. Justifiant la suite de ce travail de recherche, les résolutions et SARPs peuvent en effet servir de "tremplin" vers la création de normes quant à elles strictement contraignantes, que ce soit dans le cadre d'une nouvelle convention internationale ou dans celui des normes coutumières internationales¹³⁶. A ce titre, la combinaison de ce droit dérivé de l'OACI supporté par une pratique établie des États membres de l'organisation peut en effet servir de preuve à l'existence, ou d'outil à l'interprétation, d'une source incontestée du droit international public : la coutume internationale¹³⁷. La difficulté inhérente à une telle démarche réside

136 Il est à ce titre certain que les réserves précédemment évoquées à l'égard d'une résolution ont la faculté, à défaut de pouvoir participer à la création d'une coutume, de prévenir leur création. Elles peuvent en ce sens refléter l'absence d'une "pratique" des États membres, ou du moins protéger, par application de la doctrine de l'objecteur persistant, un État membre spécifique de l'application d'une coutume naissante. Sur ce point, v. CIJ, Arrêt du 18 décembre 1951, Affaires des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), *C.I.J. Recueil* 1951, p. 116. ; CIJ, Arrêt du 20 novembre 1950, Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile (Colombie c. Pérou), *C.I.J. Recueil* 1950, p. 266. CIJ, Arrêt du 20 février 1969, Affaire du Plateau Continental de la mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne / Danemark c. République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), *C.I.J. Recueil* 1969, p. 3. Sur ce sujet, V., également, ELIAS (O.), 2012, "Persistent Objector", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible à <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1455?prd=EPIL> (consulté le 22 mai 2017). ; DUMBERRY (P.), 2010, "Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited", *ICLQ*, vol. 59, n° 3, p. 779 et s.

137 La démonstration des juges de la CIJ dans l'affaire *Nicaragua* dans le contexte des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies peut à ce titre être appliquée, *mutatis mutandis*, au cas des résolutions de l'Assemblée générale de l'OACI : l'élément de l'*opinio juris*, indispensable à la reconnaissance d'une coutume "may, though with all due caution, be deduced from, inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions". V. CIJ, Arrêt du 27 juin 1986, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, *C.I.J. Recueil* 1986, p. 14, pt. 188. Les juges de cette même Cour ont d'ailleurs reconnu, dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, que "general Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. [...] Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule". V. CIJ, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, préc., pt. 70 (souligné par nous). V., également, DIVAC ÖBERG (M.), 2006, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ", *EJIL*, vol. 16, n°5, p. 881 : "extrinsic effects spring from the resolution but are, due to the adopting body's lack of the necessary powers, directly based on international customary law". Référence se doit également d'être faite à la théorie de la coutume "instantanée", telle qu'exposée par B. CHENG dans son célèbre article concernant

néanmoins, en l'absence de consensus sur la valeur juridique des résolutions et en présence d'un objet limité des SARPs, dans son défaut de légitimité. La valeur juridique d'une recommandation à destination des États membres dont le contenu et les objectifs fait l'objet de répétitions, au fil des sessions d'une Assemblée, dans une série de résolutions apparaît néanmoins renforcée. Une telle recommandation prend alors la forme d'une politique permanente de l'organe en question, et se trouve le plus souvent associée à une pratique clairement identifiable des États membres de l'organisation¹³⁸. Sans aller jusqu'à affirmer l'existence d'une coutume, il pourrait d'ailleurs être constaté l'existence de résolutions au caractère déclaratoire, ou pour le moins comprenant certaines dispositions se devant d'être interprétées comme "*embryonic norm*", "*quasi-legal rules*", ou "*nascent legal force*"¹³⁹. La résolution en question pourrait ainsi avoir pour objectif de préparer le terrain en vue de l'adoption d'une convention internationale, ce qui lui permettrait en outre de "*set forth an authoritative interpretation of the international agreement under which it was adopted*"¹⁴⁰.

Si l'apparition d'une coutume en tant que support de la mesure *mondiale et fondée sur le marché* est peu probable, le choix effectué par la Communauté aérienne internationale lors de la 39^{ème} session de l'Assemblée n'interdit donc pas de s'interroger sur ce qui ne peut apparaître aujourd'hui, dans une approche strictement juridique, que sous les traits d'une occasion manquée : celle d'une adaptation des sources primaires du cadre du droit international de l'aviation civile dans le contexte de la recherche d'une solution *mondiale et fondée sur le marché*.

2. L'OCCASION MANQUÉE : UNE ADAPTATION OPPORTUNE DES SOURCES PRIMAIRES DU DROIT INTERNATIONAL DE L'AVIATION CIVILE

366. Au-delà des faiblesses intrinsèques au droit dérivé de l'OACI, un recours aux conventions fondatrices du droit international de l'aviation civile présentait

les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le thème de l'espace extra-atmosphérique, cet auteur affirmant qu'"*international customary law has in reality only one constitutive element, the opinio juris*". V. CHENG (B.), 1965, "United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?", *Indian J Int'l L*, vol. 23, n°5, p. 36.

138 Dans le cas spécifique du CORSIA, il faut néanmoins noter que si la résolution A39-3 procède d'une suite de résolutions adoptées à chaque Assemblée générale dans le domaine des changements climatiques, ces résolutions sont néanmoins loin d'illustrer la formation progressive d'une pratique ou d'une *opinio juris* des États membres de l'OACI face à la question de la *correction* des émissions aériennes de GES. Elles reflètent à l'inverse l'affrontement de ces États membres sur cette question et les résolutions adoptées par les deux dernières Assemblées générales doivent ainsi être perçues comme un revirement de la position, pour ne pas dire un soubresaut, de la Communauté aérienne internationale.

139 V. HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 184.

140 V. SANDS (P.), et al., 2012, *Principles of International Environmental Law*, op. cit., p. 109.

de nombreux avantages, à commencer par celui d'une inscription de cet instrument aux sources de droit international public¹⁴¹ et à l'encadrement des principales questions liées à leur utilisation par la convention de Vienne sur le droit des traités. Cette convention souligne d'ailleurs l'importance de ces traités *"en tant que source du droit international et en tant que moyen de développer la coopération pacifique entre les nations, quels que soient leurs régimes constitutionnels et sociaux"*¹⁴² et élargit son champ d'application *"à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale"*¹⁴³. L'exclusion de ce support conventionnel à la recherche d'une *correction* effective des émissions aériennes de GES oblige donc à approfondir l'analyse d'un tel support afin d'en dégager ses propres faiblesses et les inquiétudes exprimées par la Communauté aérienne internationale quant à son utilisation.

367. A cette fin, se doit d'être distinguée, d'une part, l'hypothèse d'un instrument conventionnel multilatéral spécifiquement dédié à la question climatique (2.1) et, d'autre part, le recours à l'amendement de la charte fondatrice du droit international de l'aviation civile afin d'en dépasser les actuelles lacunes ou limites (2.2).

2.1. La convention multilatérale : un support provisoirement écarté par la Communauté aérienne internationale

368. La convention de Chicago, accompagnée de ses annexes, ne peut être appréhendée comme la source primaire exclusive du droit international de l'aviation civile. L'ensemble de la réglementation internationale applicable dans le domaine de l'aviation civile internationale ne découle en effet pas directement de cette convention de Chicago. Certaines questions non appréhendées par cette convention ont entraîné l'adoption d'instruments multilatéraux spécifiques. Le domaine de la sûreté¹⁴⁴, ou de la responsabilité des transporteurs aériens, fournissent deux exemples particulièrement illustratifs¹⁴⁵

141 V. Statut de la Cour internationale de justice, 1945, préc., Art. 38.

142 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Préambule, Considérant n°2.

143 *Ibid.*, Art. 5.

144 Pour une distinction entre les notions de sûreté et de sécurité aériennes, v. *supra*, n°8.

145 Toute une série de conventions multilatérales a ainsi été adoptée dans ces deux domaines. Dans le domaine de la sûreté, v. Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963 (entrée en vigueur le 4 décembre 1964), *RTNU*, vol. 704, n°10106 ; Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970 (entrée en vigueur le 14 octobre 1971), *RTNU*, vol. 860, n°12325 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971 (entrée en vigueur le 26 janvier 1973), *RTNU*, vol. 974, n°14118. Dans le domaine de la responsabilité des transporteurs, v. Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Varsovie le 12 octobre 1929 (entrée en vigueur le 13 février

et les conventions adoptées dans ces domaines peuvent à ce titre être qualifiées de sources primaires additionnelles du droit international de l'aviation civile. Comme l'indique V. CORREIA, ces questions spécifiques "*témoignent, de manière ponctuelle et limitée, d'un souci accru d'uniformité du droit applicable à certaines situations particulières*"¹⁴⁶. Une approche mondiale et fondée sur le marché aurait pu ainsi se concrétiser par l'adoption d'une convention multilatérale sous l'égide de l'OACI¹⁴⁷, sans que cette convention ne se confonde avec le droit dérivé – dont le champ d'application est limité au droit de la navigation aérienne – de cette organisation.

Cette approche aurait constitué une évolution significative de la compétence de l'OACI, puisque l'organisation serait devenue le cadre d'adoption d'une convention dans le domaine économique de l'aviation civile internationale. Une évolution donc, mais pas de révolution. En effet, comme le rappelle M. MILDE, "*there is no obstacles in the current international law to the liberalization, globalization and multilateral approach to international air services – all is a matter of policy*"¹⁴⁸. Afin de se conformer aux prescriptions de l'article 2, paragraphe 2, du protocole de Kyoto, l'adoption et la mise en œuvre d'une convention internationale dans le domaine de la *correction* des émissions de GES impliquent un processus "*par l'intermédiaire de l'OACI*"¹⁴⁹. Et à ce titre, comme le souligne J. KLABBERS, "*the far more usual way in which organizations contribute to the development of international law is by sponsoring the conclusion of treaties*"¹⁵⁰.

Les conventions internationales restent en outre l'une des principales sources du droit international public. Et par application du principe *pacta sunt servanda* inscrit à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵¹, ces dernières contiennent des dispositions contraignantes à destination de leurs États contractants¹⁵². Cela n'est donc pas sans conséquence lorsque le débat porte sur la variable d'inquiétude entourant actuellement la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES. Mais

1933), *RTNU*, vol. 137, n°3145 ; Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Montréal le 28 mai 1999 (entrée en vigueur le 4 novembre 2003), *RTNU*, vol. 2242, n°39917. Et à l'exception de la convention de Varsovie, adoptée avant l'apparition de l'OACI, l'ensemble de ces instruments multilatéraux a été adopté sous l'égide de l'OACI.

146 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 41.

147 Pour une analyse d'une telle fonction de l'OACI, v., notamment, WEBER (L.), 2007, *International Civil Aviation Organization: An Introduction*, op. cit., p. 37 et s.

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

149 V. *supra*, n°309 à 317.

150 KLABBERS (J.), 2009, *An Introduction to International Institutional Law*, op. cit., p. 217. V., également, MORGENSTEN (F.), 1986, *Legal Problems of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 104. Selon l'auteur, il s'agit d'ailleurs de l'instrument normatif préféré des organisations internationales.

151 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 26.

152 *Ibid.* : "*tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi*".

l'adoption d'une convention multilatérale implique également de dépasser certaines difficultés, et notamment le temps nécessaire à sa préparation et à son adoption. Bien que de nature principalement politique, ces difficultés ne peuvent donc pas être ignorées dans les conclusions de cette section, et expliquent l'exclusion actuelle de cet instrument en tant que support du CORSIA.

369. Il s'agit ainsi de se pencher, en premier lieu, sur les paramètres juridiques d'un tel instrument normatif (A) afin de comprendre les raisons ayant poussé la Communauté aérienne internationale à exclure, à tout le moins provisoirement, l'hypothèse d'un tel instrument comme support juridique du CORSIA (B).

A. *La convention internationale : un instrument multilatéral juridiquement balisé*

370. Le bureau juridique de l'OACI a dès son origine eu pour mission "*to study and prepare draft conventions in connection with international air law with a view to their adoption by the greatest possible number of States*"¹⁵³. L'utilisation de l'expression "*international air law*" illustre d'ailleurs que cette mission transcende la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international.

La première session de l'Assemblée n'a alors pas manqué de préciser la procédure d'adoption de tels accords¹⁵⁴. A ce titre, l'accord en question doit tout d'abord être approuvé par le comité juridique de l'OACI avant d'être envoyé aux États membres de l'organisation et à d'éventuelles organisations internationales. L'accord peut ensuite être placé à l'agenda de la prochaine Assemblée de l'OACI. Une réunion extraordinaire peut également être organisée aux fins d'adoption de l'accord ouvrant ainsi la période de sa signature, puis de sa ratification, par les États membres de l'OACI. La procédure a néanmoins subi quelques modifications depuis 1947. A l'heure actuelle, l'OACI privilégie en effet l'organisation d'une conférence internationale permettant l'adoption de la convention préalablement négociée, puis l'ouverture de la période dédiée aux signatures et ratifications. En ce sens, le rôle de l'OACI apparaît bien plus sous l'angle du "promoteur" que de l'"artisan" d'une convention nécessairement, et préalablement, jugée opportune par les États membres de la Communauté aérienne internationale.

153 OACI, Résolutions A1-46 adoptée durant la 1^{re} session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 6 au 27 Mai 1947, "*Constitution of the Legal Committee of ICAO*", Doc. 4411, Appendix A, p. 49.

154 V. OACI, Résolutions A1-48 adoptée durant la 1^{re} session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 6 au 27 Mai 1947, "*Procedure for Approval of Draft Convention*", Doc. 4411, p. 50.

371. A l'instar de B. CHENG, il est néanmoins possible de concevoir le rôle de l'OACI sous l'angle d'une "*pre-legislative function*"¹⁵⁵. Il est d'ailleurs remarquable que dans le domaine du droit public, l'OACI ait déjà à son actif la préparation d'une quinzaine de protocoles ayant entraîné un amendement à la convention de Chicago sur des aspects aussi bien techniques, linguistiques qu'organisationnels. L'OACI peut également se féliciter de la préparation et de l'adoption de non moins de sept conventions internationales dans le domaine de la sûreté aérienne¹⁵⁶. Et à l'exception des plus récentes, adoptées en 2009¹⁵⁷ à Montréal et en 2010 à Pékin¹⁵⁸, de telles conventions internationales ont généralement été largement ratifiées. Poussant un cran plus loin l'analyse, et comme indiqué précédemment¹⁵⁹, certaines résolutions adoptées par l'Assemblée de l'OACI pourraient recevoir le qualificatif d'instrument "*pré-législatif*". Comme le souligne en effet H. HUANG, "*in ICAO, a new treaty (...) will first take the form of an Assembly resolution*"¹⁶⁰.

Cette remarque permet de noter le rôle souvent déterminant du travail préparatoire effectué non seulement par le Conseil de l'OACI, mais également par les comités et sous-comités – permanents ou spécialement créés à l'occasion d'une question exigeant la réunion d'experts au sein de groupes de travail temporaires – de l'organisation. Ce travail "*de l'ombre*" permet la rédaction des principales dispositions de l'accord qui sont, par la suite, déposées sur la table des négociations officielles afin d'obtenir le consentement, fondamental, des États membres de l'organisation. Face à l'objectif spécifique d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché*, ce travail préparatoire a d'ailleurs montré toute son importance afin d'obtenir un texte de compromis avant même le début des négociations officielles à l'occasion de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI¹⁶¹.

372. Une chose est, quoi qu'il en soit, certaine : l'hypothèse d'un traité est une option privilégiée par la Communauté aérienne internationale face aux propositions tendant à amender la convention de Chicago¹⁶². Le choix d'un amendement implique en effet une formulation des dispositions à insérer dans

155 V. CHENG (B.), 1962, *The Law of International Air Transport*, op. cit., p. 63 à 76.

156 V., à titre d'exemples, Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, 1963, préc. ; Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, 1970, préc. ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, 1971, préc.

157 Convention relative à la réparation des dommages causés suite à des actes d'intervention illicite faisant intervenir des aéronefs, signée à Montréal le 2 mai 2009 (non encore entrée en vigueur), ICAO Doc 9919.

158 Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, signée à Beijing le 10 septembre 2010 (non encore entrée en vigueur), ICAO Doc 9960.

159 V. *supra*, n°338.

160 HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 186.

161 V. *supra*, n°30 à 33.

162 V. *infra*, n°379 à 387.

la convention de Chicago adaptée à la place et au rôle d'une telle charte au sein du droit international de l'aviation civile. Les dispositions à visée environnementale devraient ainsi, dans cette hypothèse, être formulées de manière relativement large et abstraite puisque l'amendement d'une charte fondatrice ne peut être un exercice régulier, sous peine de porter atteinte à sa valeur symbolique, si ce n'est à sa force contraignante. Dans le cadre spécifique d'une mesure *fondée sur le marché*, il serait donc difficile d'envisager de quelconques références à une période d'application ou à des objectifs spécifiques puisque ces derniers restent soumis à d'inévitables évolutions¹⁶³. Sauf à envisager la combinaison d'un amendement à la convention et de standards y étant par la suite annexés¹⁶⁴, l'adoption d'une convention multilatérale sous l'égide de l'OACI semble donc, *prima facie*, plus opportune. Elle permettrait de faire table rase et d'atteindre le niveau de détail nécessaire à la mesure envisagée par les États présents autour de la table des négociations.

Cela étant dit, le choix d'une convention implique tout de même de s'entendre sur un texte ne pouvant subir de trop fréquentes modifications au risque de retirer à cette convention l'un de ses principaux atouts : la sécurité juridique. A ce titre, rien n'empêcherait les États de transposer, dans le domaine de la *correction* des émissions, la technique de l'accord-cadre fréquemment utilisée en matière de protection de l'environnement¹⁶⁵. Cela permettrait en effet de limiter l'accord en question aux dispositions générales ne nécessitant pas d'actualisation fréquente, et de laisser aux protocoles d'application, plus facilement mis à jour, la charge des obligations contraignantes et chiffrées ainsi que des détails techniques de mise en œuvre de la mesure envisagée.

L'hypothèse d'une nouvelle convention ne donne en outre pas carte blanche aux États. Ces derniers ne peuvent ainsi se soustraire à l'obligation inscrite à l'article 82 de la convention de Chicago lors de la négociation des termes de ce nouveau traité. Ils se sont en effet engagés, lors de la ratification de la convention de Chicago, à ne contracter aucune obligation, et à ne conclure aucune entente, incompatibles avec les dispositions de cette dernière. Il est alors vrai que cette disposition n'a jamais été invoquée en pratique. Elle ne peut en outre être perçue comme un obstacle d'ensemble à l'adoption d'une convention multilatérale dans le domaine de l'environnement puisque rien, dans la convention de Chicago, n'interdit à ses États contractants d'adopter une réglementation spécifique dans un tel domaine. Cet article 82 existe néanmoins et rappelle la position hiérarchique de la convention de Chicago au sein de l'ordre international de l'aviation civile.

163 L'existence d'annexes à la convention de Chicago traduit d'ailleurs ce souci d'une adaptation constante de la réglementation "technique", soumise aux évolutions de la pratique, sans avoir à toucher au texte fondateur de l'ordre juridique en question.

164 V. *infra*, n°379 à 387.

165 V., à ce sujet, KISS (A.C.), 1993, "Les traités cadres : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement", préc.

373. Un ensemble d'observations distinctes mérite enfin l'attention des juristes lors de l'examen d'une éventuelle convention multilatérale, négociée sous l'égide de l'OACI, dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES. Une telle convention est tout d'abord, comme nous venons de le voir, l'instrument associant la sécurité juridique, la possibilité d'un degré de détail technique nécessaire à la mise en œuvre effective d'une mesure *fondée sur le marché*, ainsi que l'avantage de lui offrir un éventuel champ d'application universel. Une telle démarche présenterait d'ailleurs, pour l'Union européenne, l'opportunité d'un rôle de premier plan de par son adhésion à l'instrument négocié sous l'égide de l'OACI en tant que partie contractante. La convention de Montréal sur la responsabilité des compagnies aériennes¹⁶⁶ et la convention du Cap sur le financement des aéronefs¹⁶⁷ illustrent cette possibilité. Les objectifs de ces dernières, liées à la branche privée du droit international de l'aviation civile, peuvent néanmoins expliquer l'extension de ce champ d'application. Une hypothétique convention multilatérale dans un domaine lié aux conditions d'exploitation commerciale de l'aviation civile internationale, plus sensible politiquement, ne serait donc pas assurée d'un tel champ d'application.

Quant à la mise en œuvre d'un éventuel traité multilatéral, et au-delà des éléments traditionnellement intégrés à ce type d'instrument normatif, la pratique de l'OACI offre quelques exemples originaux de supervision de la mise en œuvre par les États membres de l'organisation. Il faut à ce titre rappeler l'existence des programmes USAP et USOP, réalisés par l'OACI, dans le domaine de la sécurité et de la sûreté aérienne¹⁶⁸. Venant compléter l'architecture normative d'une solution *mondiale et fondée sur le marché*, une convention internationale pourrait donc venir consacrer une telle méthode de mise en œuvre. Une analyse de la question des conventions serait en outre incomplète si la question de la résolution d'éventuelles difficultés liées à l'interprétation et à l'application de ses dispositions n'était pas brièvement évoquée. A ce titre, le traité concerné bénéficie une fois de plus de la liberté de consacrer l'un de ses chapitres à cette question. Une certaine inspiration pourrait d'ailleurs venir de branches distinctes du droit international public, et notamment du droit de l'OMC dont le système de règlement des différends a d'ores et déjà illustré

166 Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Montréal le 28 mai 1999, préc. L'Union européenne a signé cette convention le 9 décembre 1999. Cette dernière est entrée en vigueur, à l'égard de l'Union européenne, le 28 juin 2004.

167 Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, y compris son Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques, signée au Cap le 16 novembre 2001 (entrée en vigueur le 1^{er} mars 2006), *RTNU*, vol. 2367, n°41143. Cette convention est entrée en vigueur, à l'égard de l'Union européenne, le 1^{er} août 2009.

168 V. *supra*, n°355.

son importance dans le développement de l'ordre juridique encadrant les questions du commerce international¹⁶⁹.

374. L'analyse abstraite de la convention multilatérale étant effectuée, il s'agit maintenant de s'intéresser à l'utilisation concrète d'un tel instrument normatif. Cela permet en effet de comprendre les raisons de son exclusion, à tout le moins provisoire, par la Communauté aérienne internationale en tant que support actuel du CORSIA.

B. *La convention internationale : un instrument correctif provisoirement écarté*

375. Tout semble avoir été dit par l'OACI dans son rapport de 2013 :

the advantage of an International Convention is that it would be binding upon Parties that ratify or accede to it. The execution of enforcement provisions could be facilitated under a Convention; however, it may take several years for the instrument to be adopted and even longer to enter into force¹⁷⁰.

Les principales difficultés se cachent donc dans la problématique spécifique du temps nécessaire à l'entrée en vigueur de l'instrument conventionnel. Plus précisément, l'une des principales préoccupations entourant l'hypothèse d'une convention multilatérale concerne le nombre de ratifications nécessaires à cette entrée en vigueur. L'exemple de la Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale a d'ailleurs de quoi freiner les défenseurs d'un instrument multilatéral contraignant. Signée le 10 septembre 2010, cette convention n'est en effet toujours pas entrée en vigueur. En outre, et à la différence des conventions précitées de Montréal et du Cap¹⁷¹, l'Union européenne ne l'a pas encore signé. Conformément à son article 22, elle n'entrera en vigueur que "*le premier jour du deuxième mois suivant la date du dépôt du vingt-deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion*". A l'heure actuelle, la convention n'a pourtant reçu que 10 ratifications, 7 adhésions et une acceptation¹⁷². Bien que cela puisse refléter

169 V., notamment, CANAL-FORGUES, 2008, *Le règlement des différends et l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 216 p. ; LESAFFRE (H.), 2007, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 632 p. ; MARTIN (M.), 2013, *WTO dispute settlement understanding and development*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 360 p. ; GUOHUA (Y.), et al., 2005, *WTO Dispute Settlement Understanding: A Detailed Interpretation*, The Hague, Kluwer Law International, 592 p. ; DAVEY (W.J.), 2005, "The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years", *Journal of International Economic Law*, vol. 8, n° 1, p. 17 et s.

170 OACI, 2013, "Report of the Assessment of Market-based Measures", préc., pt. 6.2.3.

171 V. *supra*, n°373.

172 V. Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, 2010, préc.

une méfiance de la Communauté aérienne internationale à l'égard de l'instrument multilatéral, tout repose néanmoins sur l'importance politique du domaine ou de l'objectif concerné par la convention internationale. A ce titre, l'entrée en vigueur de l'accord de Paris le 4 novembre 2016, moins d'un an après son adoption durant la COP21 qui s'est déroulée à Paris au mois de décembre 2015 pourrait venir rassurer les plus pessimistes des commentateurs en illustrant l'importance acquise de la problématique climatique sur la scène internationale.

Un élément caractéristique des conventions internationales réside d'ailleurs dans l'encadrement de leurs effets juridiques avant même leur entrée en vigueur. L'exigence de bonne foi inscrite à l'article 18 de la convention de Vienne sur le droit des traités¹⁷³, ainsi que l'éventualité d'une application provisoire précédant son entrée en vigueur venant compenser un éventuel retard lié à un défaut de ratification¹⁷⁴, méritent à ce titre d'être soulignées. Il est néanmoins vrai que cela ne relève pas d'une pratique habituelle dans le cadre des accords négociés sous l'égide de l'OACI et que l'Union européenne s'est elle-même limitée à l'utilisation d'une telle méthode, dans un cadre bilatéral ou plurilatéral, pour des accords au champ d'application territorial limité¹⁷⁵. Une application provisoire ne semble donc pas la meilleure option disponible lorsque l'on prend en compte le nombre d'États membres impliqués et les hésitations juridiques liées à ce processus de négociation.

376. L'entrée en vigueur du traité ne supprimerait quoi qu'il soit pas toute inquiétude, puisqu'il faut encore atteindre le nombre de ratifications nécessaire à la conformité d'un tel support juridique à l'objectif affiché dans son dispositif : celui de la mise en œuvre d'un accord *mondial* permettant une approche harmonisée de la *correction* des émissions aériennes de GES et répondant aux principes directeurs – le principe CBDP et le principe de concurrence loyale notamment – d'une action climatique sous l'égide de l'OACI. Par application du célèbre principe *pacta sunt servanda*, les États n'ayant pas ratifié une convention internationale ne sont en effet pas liés par ses dispositions¹⁷⁶. Et si le contenu du traité est considéré, par certains États, comme un nouvel obstacle

173 "Un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but : a) Lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité; ou b) Lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée". Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 18.

174 V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 25.

175 A titre d'exemple particulièrement significatif, le célèbre accord "ciel ouvert" signé le 25 et 30 avril 2007 entre les États-Unis et l'Union européenne, et modifié par un protocole signé le 24 juin 2010, n'est toujours pas entré en vigueur et ne fait donc l'objet que d'une application provisoire. V. Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc.

176 "Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi". Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 26.

au développement économique de leurs compagnies aériennes, il n'est pas impossible que le processus de ratification rencontre la réticence, préjudiciable si prolongée, de ces derniers. L'article 4 du protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone pourrait néanmoins être, face à ce risque, source d'inspiration¹⁷⁷. Intitulé "réglementation des échanges commerciaux avec les États non Parties au Protocole", cet article impose des interdictions spécifiques d'importation et d'exportation de substances réglementées par le protocole en provenance ou à destination d'États non Parties à ce dernier. Il précise d'ailleurs que l'expression "*État non Partie au présent Protocole*" désigne, en ce qui concerne toute substance réglementée, un État ou une organisation régionale d'intégration économique qui n'a pas accepté d'être lié par les mesures de réglementation en vigueur pour cette substance"¹⁷⁸. Il pourrait ainsi être imaginé un accord imposant une restriction des échanges aériens avec les États non parties à ce dernier afin que les inciter à prendre acte des efforts de la Communauté internationale pour réduire les émissions aériennes de GES et les amener à rejoindre la liste des États parties à l'accord-cadre juridique de tels efforts.

Quoi qu'il en soit, les représentants des États intéressés doivent se préparer à surmonter les obstacles de leurs respectives procédures nationales liées à la ratification d'un tel accord. L'exemple des États-Unis est alors frappant puisque ce dernier reflète la réticence actuelle des grandes puissances à s'engager sur les chemins menant à la conclusion de nouvelles conventions multilatérales. À l'exception de l'accord de Paris signé à l'occasion de la COP21 et ratifié le 3 septembre 2016 en binôme avec la Chine, ce qui ne manque pas de force symbolique¹⁷⁹, les États-Unis n'ont d'ailleurs pas souhaité ratifier de nouveaux traités dans le domaine de l'aviation civile depuis la convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international entrée en vigueur le 4 novembre 2003¹⁸⁰. L'exemple est doublement remarquable lorsque l'on souligne les spécificités éventuelles des procédures nationales de ratification. Dans le cas des États-Unis, un traité ne peut en effet être ratifié qu'après avoir obtenu l'accord du Congrès, une étape se transformant fréquemment en impasse ou, du moins, en une inquiétude légitime de retard.

177 Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 1987, préc., Art. 4.

178 *Ibid.*, Art. 4 (9).

179 Il faudrait néanmoins rappeler ici que cette ratification est intervenue sous la présidence de B. OBAMA et que le nouveau président des États-Unis, D. TRUMP, semble quant à lui souhaiter la dénonciation de cet accord par les États-Unis. V, sur ce sujet et à titre d'exemple, ROGER (S.), 2016, "Climat : Trump pourrait profiter d'une faille juridique pour sortir de l'accord de Paris", *Le Monde*, disponible à http://www.lemonde.fr/climat/article/2016/11/12/climat-trump-pourrait-profiter-d-une-faille-juridique-pour-sortir-de-l-accord-de-paris_5030068_1652612.html (consulté le 21 juin 2017).

180 Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 1999, préc.

On ne peut s'empêcher de rappeler ici que le protocole de Kyoto, signé par les États-Unis le 12 novembre 1998 et entré en vigueur le 16 février 2005, n'a toujours pas été ratifié par ce dernier. Et cette ratification semble aujourd'hui fort peu probable puisqu'elle se trouve, dans un sens, excusée par la ratification par les États-Unis, au mois de septembre 2016, de l'accord de Paris.

Conscient de cette difficulté liée à la ratification de l'instrument conventionnel, un consensus global pourrait alors être recherché par la technique de l'*"opting out"*. A ce titre, et au lieu d'insister sur la ratification d'un traité fraîchement adopté – ce qui caractérise le modèle *"opting in"* –, les États membres de l'OACI se verraient accorder une période au cours de laquelle ils auraient la faculté de refuser l'application, à leur égard, d'une convention. Une telle option serait néanmoins source de nombreuses incertitudes et ne répondrait donc pas à l'objectif de sécurité juridique associé au développement soutenable de l'aviation civile internationale. La 39^{ème} session de l'Assemblée reflète la préférence des États membres pour une approche sur le modèle *"opting in"* privilégiant l'adhésion volontaire des États membres à la mesure proposée sous l'égide de l'OACI¹⁸¹.

377. L'estimation de la probabilité de ratification, tout comme le temps nécessaire à la mise en œuvre de ses dispositions, se sont donc naturellement retrouvés sous les feux des critiques lors des discussions sur l'opportunité d'un tel instrument normatif. Il faut pourtant rappeler que de tels paramètres dépendent en grande partie de la volonté des États et des organisations régionales impliqués. Comme indiqué précédemment, l'exemple de l'entrée en vigueur "expresse" de l'accord de Paris aurait ainsi pu inciter l'OACI à revoir sa copie. Cela ne semble pas s'être produit. L'option d'une nouvelle convention internationale semble en effet avoir été écartée lorsque la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI a décidé la mise en œuvre à partir de 2021 du CORSIA.

Comme indiqué précédemment, rien n'empêche néanmoins de voir dans cette nouvelle résolution de l'Assemblée un pas en avant vers l'adoption prochaine d'une convention ayant pour principal avantage, malgré l'importance acquise en droit international de la *"soft law"*, de transformer le "mou" en "dur", l'incertain en contraignant, l'invitation en obligation. Dans le contexte actuel, la préparation d'un tel traité exigerait néanmoins d'être patient. L'OACI, ses organes et comités, ses groupes de travail, ses États membres et d'autres parties prenantes tels que l'IATA et les représentants d'organisations environnementales, devraient en effet s'entendre sur le mandat permettant à l'OACI d'initier la procédure se devant d'aboutir à l'organisation d'une conférence pour la signature dudit accord. La forme juridique de l'instrument privilégié par la Communauté aérienne internationale ne peut d'ailleurs être qu'en étroite corrélation avec sa substance normative. Comme l'illustre la convention de

181 V. *supra*, n°33.

Chicago, la généralité des dispositions est souvent la clef permettant une ratification large d'une convention internationale. Dans le même sens, et comme l'illustre cette fois l'accord de Paris adopté durant la COP21, la souplesse des obligations inscrites au sein de l'instrument apparaît aujourd'hui comme l'unique compromis permettant son entrée en vigueur dans un délai légitimant sa raison d'être dans un domaine tel que celui des changements climatiques. Comme cela a été clairement perçu par les parties prenantes au débat sous l'égide de l'OACI, la recherche préalable d'un compromis face aux divergences de ses États membres quant aux intérêts politiques et aux implications pratiques liés à l'adoption d'un nouvel instrument multilatéral apparaît donc comme une étape indispensable si l'objectif d'une convention multilatérale reste d'actualité dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES. La résolution A39-3 adoptée par la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI pourrait alors être perçue comme le reflet d'une telle étape.

378. Conclusion. Le choix d'une convention multilatérale négociée et adoptée sous l'égide de l'OACI présente de nombreux avantages sur un plan strictement juridique. Il permettrait de prendre en considération les paramètres de l'intégrité environnementale, de l'égalité de traitement, de la transparence, de la mise en œuvre et du règlement des différends dans un cadre juridique soustrait aux limites spécifiques associées au droit primaire et dérivé de l'OACI. Les contraintes liées au degré d'abstraction inhérent à cette catégorie d'instrument international peuvent néanmoins expliquer sa provisoire disqualification. Les difficultés centrées sur une inquiétude temporelle, elle-même inévitablement rattachée au nombre nécessaire de ratifications, sont en outre doubles : soit le nombre de ratifications est insuffisant pour permettre l'entrée en vigueur de la convention, soit ce nombre ne permet pas de donner à la convention le champ d'application nécessaire à sa légitimité et à son effectivité. Cette dernière difficulté persisterait d'ailleurs dans l'hypothèse d'une entrée en vigueur non soumise à un nombre spécifique de ratifications. Dans les deux cas, l'objectif central d'une égalité de traitement sur les routes, ainsi que celui d'une couverture mondiale de la mesure envisagée, risqueraient d'être sérieusement menacés. Cela explique sans doute l'exclusion actuelle, mais nécessairement temporaire, de cet instrument en tant que support d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché* dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES.

On l'aura compris, le succès d'une telle approche dépend quoi qu'il en soit et principalement de la volonté politique des États membres de l'OACI. Il est en effet nécessaire que ces derniers expriment leur volonté d'accepter l'adoption d'un instrument multilatéral contraignant dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES. Cette volonté ne semble pas exister à l'heure actuelle, et l'exclusion de la convention en tant que support du CORSIA ne permet donc pas d'apporter une réponse au déficit actuel de sécurité juridique. Une autre solution serait alors de réfléchir à une proposition tendant

à amender la convention de Chicago dans le sens d'une remise en cause de la distinction entre le droit de la navigation et le droit du transport afin d'ouvrir la voie au standard de l'OACI dans le domaine du transport aérien international.

2.2. *De lege ferenda* : une réforme du droit international de l'aviation civile

379. La question de la réforme du droit international de l'aviation civile, et donc de sa charte fondatrice adoptée dès 1944 à Chicago, a fait de nombreuses apparitions au cours des débats ayant jalonné le développement exponentiel de l'activité aérienne internationale. Les obstacles à un tel développement, inimaginables sous bien des aspects à l'époque de la signature de la convention de Chicago¹⁸², n'ont en effet pu être dépassés sans que la Communauté aérienne internationale ne s'interroge sur l'inadéquation progressive de ses dispositions¹⁸³. Evoquant un argument d'ensemble à la nécessité d'une modernisation de la convention de Chicago, M. MILDE souligne d'ailleurs qu'

in 1944 the Convention was adopted by only 52 States out of the 190 [aujourd'hui 191] Parties; that means that only some 27% of the current membership had any direct influence in the drafting of the Convention while the remaining 138 [aujourd'hui 139] States (73%) adhered to the Convention without any role in its drafting¹⁸⁴.

Lorsque sont apparues les problématiques liées à l'impact environnemental de l'aviation civile internationale, l'hypothèse s'est présentée d'un amendement

182 "The Chicago Convention was drafted in geopolitical, economic and technological circumstances that significantly differ from today. Growing congestion, environmental challenges, violent criminal acts against civil aviation, or the misuse of civil aircraft for acts of terrorism could not be anticipated when the Convention was written". OACI, Note de travail du 21 juin 2007 présenté par Antigua-et-Barbuda, les Bahamas, la Barbade, Belize, le Canada, la Dominique, Grenade, la Guyane, Haïti, la Hongrie, l'Inde, la Jamaïque, le Pakistan, la République de Corée, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, l'Afrique du Sud, le Suriname, Trinidad et Tobago, les Émirats arabes unis et le Royaume-Uni, "Proposal for a Study of Policy and Programme with Respect to Examining the International Governance of Civil Aviation", A36-WP/284 EX/91 Rev 1, p. 2.

183 Au-delà de la problématique environnementale, d'autres aspects du droit international de l'aviation civile ne possèdent d'ailleurs pas de base "constitutionnelle" par absence de modernisation de la convention de Chicago. A la suite de M. MILDE, peuvent ainsi être mentionnés le droit de la sûreté aérienne, les règles juridiques concernant le "Global Navigation Satellite Systems" (GNSS), l'extension des compétences de l'OACI afin d'y intégrer une compétence de mise en œuvre de son droit dérivé. V MILDE, 2016, *International Air Law and ICAO*, op. cit., p. 210 et s. Pour la thèse d'un amendement nécessaire à la convention de Chicago, v. FOLLIOU (M.G.), 1988, "La nécessaire adaptation du système juridique de la Convention de Chicago", préc. ; MILDE (M.), 2004, "Chicago Convention at Sixty: Stagnation or Renaissance?", préc.

184 MILDE, 2016, *International Air Law and ICAO*, op. cit., p. 210.

à la convention de Chicago limité à l'établissement d'un cadre normatif suffisamment large afin qu'il joue le rôle d'un support à l'action juridique et politique de la Communauté aérienne internationale en matière environnementale. Cette hypothèse se heurte néanmoins à une série d'arguments protégeant la convention de modifications trop fréquentes (A), une série d'arguments qu'il s'agit de réévaluer à la lumière de la décision prise au mois d'octobre 2016 de mise en œuvre d'une solution *fondée sur le marché* sous l'égide de l'OACI (B).

A. *La délicate révision de la convention relative à l'aviation civile internationale*

380. La résolution A4-3 adoptée à l'occasion de la 4^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI qui s'est déroulée à Montréal du 30 mai au 20 juin 1950 a établi un test, reposant sur deux conditions alternatives, permettant de juger de la pertinence d'une révision de la convention de Chicago. Il faut, selon cette résolution, apporter une preuve de la nécessité d'un tel amendement basée sur l'observation de la pratique et/ou une démonstration du caractère souhaitable et utile de cet amendement¹⁸⁵. Et de manière générale, c'est bien la nécessité d'un amendement à la convention à l'heure du défi climatique qui est loin de faire consensus.

Cette nécessité rencontre notamment l'opposition des défenseurs du caractère "sacré" de la convention¹⁸⁶. Ces défenseurs évoquent également fréquemment l'argument de la "boîte de Pandore", en pointant le risque d'une réforme d'ensemble de la convention inadéquate car il serait aujourd'hui impossible de parvenir à un consensus à l'échelle de celui obtenu à la sortie de la seconde guerre mondiale. La principale critique adressée à tout projet de réforme d'envergure de la convention semble d'ailleurs à même de remettre en cause la position des plus ardents partisans de l'obsolescence de la convention de Chicago. Il existe un effet un risque réel que certains États engagés dans ce processus de révision en profitent pour introduire de nouveaux éléments de négociation sans lien direct avec l'origine d'une telle négociation, et en l'occurrence ici la question climatique. Cela ne manquerait donc pas de déclencher le jeu des tractations et concessions réciproques tout en éloignant les discussions de l'objectif initialement assigné aux négociateurs, augmentant

185 "The Assembly concludes that an amendment of the Convention may be appropriate when either of both of the following tests is satisfied: (i) when it is proved necessary by experience; (ii) when it is demonstrably desirable or useful". OACI, Résolution A4-3 adoptée durant la 4^{ème} session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 30 mai au 20 juin 1950, "Policy and Programme related to the Amendment of the Convention", Doc. 7012, pt. 1.

186 V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2011, "Do we need a new Chicago Convention?", préc., p. 7 : "through imperfect, the Chicago Convention is a fixed compass within international law because of its demonstrated cooperative benefits. Call for a replacement Convention (...) fail on the ground of political feasibility and normative efficiency". V., également, WEBER (L.), 2004, "Convention on International Civil Aviation – 60 Years", préc.

ainsi le temps nécessaire à l'obtention d'un consensus. L'éventualité d'une modification de la convention de Chicago soulève en outre le problème d'une remise en cause éventuelle d'un cadre juridique et de principes solidement établis, pourtant compatibles avec les objectifs encadrant l'intégrité environnementale de la mesure envisagée. Ce qui serait à l'origine vu comme une solution se transformerait ainsi en un nouvel obstacle à l'encontre des initiatives environnementales de l'OACI ou de ses États membres. Tout cela constitue un risque certain qui ne peut être négligé lorsque se trouve introduite la proposition d'une réforme d'un cadre juridique ayant mis plus de soixante-dix ans à se consolider.

Il faut en outre reconnaître que la convention de Chicago a, jusqu'à présent, illustré l'ingéniosité et la clairvoyance de ses rédacteurs en adaptant, sans recours à l'amendement de ses dispositions, son encadrement juridique aux nouveaux défis rencontrés par l'aviation civile internationale¹⁸⁷. La flexibilité de la convention reste à ce titre le gage de sa propre longévité. La proposition d'un amendement ne manque ainsi pas de se confronter à l'argument de l'inutilité d'une telle procédure face à la flexibilité suffisante de la convention de Chicago. L'extension des compétences et des pouvoirs normatifs de l'OACI, sans amendement du traité constitutif de l'organisation, n'est d'ailleurs pas sans précédent. Une réflexion sur la mise en place par l'OACI des programmes USAP et USOAP est en ce sens source de nombreux enseignements¹⁸⁸. L'adoption de normes contraignantes par l'OACI afin de réduire les nuisances sonores et d'améliorer la qualité de l'air au voisinage des aéroports¹⁸⁹ n'a pas non plus été confrontée à l'exigence d'une modification de la convention de Chicago. Cela permet donc d'argumenter en faveur d'une évolution des compétences et des pouvoirs normatifs de cette organisation onusienne sans modification de la convention de Chicago. Une question mérite néanmoins d'être posée : l'urgence d'une participation active de la Communauté aérienne internationale au défi climatique se rapproche-t-elle de l'urgence constatée d'une initiative de cette Communauté dans le domaine de sûreté aérienne ? Comme l'indique en effet J. HUANG,

despite all the scepticism and controversy, it is now an undeniable fact that ICAO is exercising certain powers relating to safety and security audits (...). Why and how could ICAO obtain such powers "without any formal amendment of the constitutional basis of the Organization"? The answer lies in the commitment of the entire international community to protect the safety of international civil aviation¹⁹⁰.

187 Le choix de la combinaison d'une convention – reflet d'une nécessaire généralité – et de ses annexes techniques – facilement adaptables aux évolutions techniques de l'activité encadrée – explique en grande partie le succès de l'entreprise juridique initiée à la sortie de la seconde guerre mondiale.

188 V. *supra*, n°355.

189 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Annexe 16. Sur ce sujet, v. *supra*, n°362.

190 HUANG (J.), 2009, *Aviation Safety and ICAO*, op. cit., p. 79.

381. Le constat que le dernier amendement d'une norme substantielle de la convention de Chicago remonte à plus de trente ans n'augmente quoi qu'il en soit pas la probabilité de ces hypothèses. Le texte a été révisé neuf fois depuis son adoption. Sur ces neuf révisions, seulement deux ont impliqué une modification substantielle du texte de 1944. Des modifications substantielles de la convention de Chicago n'ont ainsi été effectuées que dans des cas exceptionnels. La première modification remonte à 1980 afin d'intégrer l'article 83bis à la convention et de permettre ainsi la réglementation de la responsabilité d'un État dans lequel l'opération d'un aéronef, ayant pour "principal place of business" ce même État, s'effectue par l'intermédiaire d'un contrat de location, et bien que l'aéronef soit immatriculé dans un État tiers. L'exemple le plus récent concerne quant à lui l'article 3bis concernant l'interdiction de l'usage de la force à l'encontre d'un aéronef en vol. Cet article a été ajouté en 1984 à la suite du tragique accident du vol KE002 effectué par la compagnie aérienne "Korean Airlines", abattu alors qu'il survolait l'ancien espace aérien soviétique en 1983.

L'écoulement de quatorze années aura été nécessaire pour l'entrée en vigueur d'un tel amendement, et ce dernier n'a été ratifié que par 144 États membres de l'OACI. Cela illustre la problématique spécifique du temps nécessaire à l'entrée en vigueur d'un amendement à la convention de Chicago. D'autres amendements ont été effectués, mais ils se sont limités à des arrangements techniques et institutionnels du texte de 1944, à l'exemple d'une augmentation du nombre d'États membres au Conseil de l'OACI ou des membres du Comité de la navigation aérienne et de la reconnaissance de nouvelles traductions authentiques de la convention de Chicago¹⁹¹.

382. La procédure de révision de la convention de Chicago reflète enfin la difficulté du processus. L'OACI ne pourrait qu'être responsable de la conduite d'une telle révision. Elle a d'ailleurs démontré qu'elle pouvait mener à bien de tels projets dans d'autres domaines. Elle devrait à ce titre s'appuyer sur le travail déjà effectué par le Conseil de l'OACI, le CAEP et les autres groupes de travail ayant contribué à la formation de la politique de l'organisation en matière d'émissions aériennes de GES. Et afin de comprendre la procédure à respecter si une révision de la convention de Chicago s'avérait nécessaire, une analyse de l'article 94 de la convention de Chicago est essentielle. Celui-ci indique, dans son paragraphe (a), que

toute proposition d'amendement à la présente Convention doit être approuvée par les deux tiers de l'Assemblée et entre alors en vigueur à l'égard des États qui

191 La reconnaissance d'une valeur identique aux versions anglaise, française et espagnole résulte d'un protocole signé à Montréal le 24 septembre 1968. La traduction russe a ensuite été reconnue par un protocole du 30 septembre 1977, la traduction arabe par un protocole du 20 septembre 1995 et la traduction chinoise par un protocole du 1^{er} octobre 1998.

ont ratifié cet amendement, après sa ratification par le nombre d'États contractants fixé par l'Assemblée. Le nombre ainsi fixé ne doit pas être inférieur aux deux tiers du nombre total des États contractants¹⁹².

Une proposition d'amendement nécessite ainsi d'être approuvée par deux tiers des membres de l'Assemblée. Avec ses 191 États membres, cela implique donc l'accord d'un minimum de 128 membres, ce qui n'est pas une tâche facile lorsque l'on connaît l'opposition des États membres de l'OACI au sujet des problématiques environnementales liées au développement de l'aviation civile internationale. L'amendement, s'il est approuvé, n'entre en outre en vigueur qu'à l'égard des États membres qui l'ont ratifié. Cela soulève donc le risque d'une division de la Communauté aérienne internationale si une partie seulement des États contractants accepte de ratifier l'amendement à la convention. Et cela avait d'ailleurs été critiqué dans le cadre de la proposition d'établissement du groupe d'étude sur la pertinence des dispositions actuelles de la convention de Chicago :

the consequence of Article 94 is that an amendment ratified by two-thirds of all ICAO member States (...) does not apply to all States but only with respect to those who have ratified it. This provision is not in line with UN general practice, and leads to the situation whereby the Chicago Convention is fragmented into different provisions applicable to some States but not to others. We believe it is time to examine whether this situation remains appropriate¹⁹³.

Il est vrai que l'article 108 de la charte de Nations Unies a dépassé cette difficulté et ce risque de fragmentation¹⁹⁴, et que l'article 94 de la convention apparaît à ce titre obsolète. Une procédure en deux temps, consistant à réviser l'article encadrant la révision de la convention, puis à amender la convention selon les hypothèses précédemment évoquées, pourrait ainsi être proposée. Dans le cadre actuel de la procédure de révision, une option consisterait en outre, sur le fondement de la dernière partie de l'article 94, paragraphe (a), à soumettre l'entrée en vigueur de l'amendement à un nombre de ratifications

192 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 94 (a). A titre d'analyse comparée, l'article 108 de la charte des Nations Unies indique que *"les amendements à la présente Charte entreront en vigueur pour tous les Membres des Nations Unies quand ils auront été adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée générale et ratifiés, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, par les deux tiers des Membres de l'Organisation, y compris tous les membres permanents du Conseil de sécurité"*. V. Charte des Nations Unies, 1945, préc., Art. 108.

193 OACI, Note de travail du 21 juin 2007, *"Proposal for a Study of Policy and Programme with Respect to Examining the International Governance of Civil Aviation"*, préc., p. 3.

194 L'article prévoit en effet que *"les amendements à la présente Charte entreront en vigueur pour tous les Membres des Nations Unies quand ils auront été adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée générale et ratifiés, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, par les deux tiers des Membres de l'Organisation, y compris tous les membres permanents du Conseil de sécurité"*. V. Charte des Nations Unies, 1944, préc., Art. 10.

proche du nombre actuel d'États contractants. Cela ne manquerait néanmoins pas de réduire les chances d'entrée en vigueur de l'amendement. Une seconde option serait d'activer le paragraphe (b) de l'article prévoyant l'hypothèse d'un amendement fondamental à la charte de l'aviation civile internationale :

si à son avis l'amendement est de nature à justifier cette mesure, l'Assemblée peut, dans sa résolution qui en recommande l'adoption, stipuler que tout État qui n'aura pas ratifié ledit amendement dans un délai déterminé après que cet amendement sera entré en vigueur cessera alors d'être membre de l'Organisation et partie à la Convention¹⁹⁵.

La pression exercée sur chaque État contractant est alors importante si ce dernier ne veut pas se voir exclu de la Communauté aérienne internationale. Il semble néanmoins très peu probable que l'Assemblée, cherchant par tout moyen le consensus, ait recours à ce type d'ultimatum.

383. Tout cela doit-il néanmoins bloquer toute proposition de modernisation de ce cadre, ou de rénovation d'ensemble, afin de correspondre à la réalité actuelle de l'activité encadrée ? La pertinence de ces premières remarques impose la prudence, mais implique-t-elle l'immobilisme ? C'est ce qu'il s'agit d'analyser à présent face à l'objectif d'une mise en œuvre prochaine du CORSIA.

B. *L'opportune révision de la convention relative à l'aviation civile internationale*

384. Au-delà de la question, fondamentale, de la nécessité d'une révision de la convention de Chicago lors de la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES, se pose tout d'abord la question de l'opportunité qu'offre une procédure de révision d'ensemble de cette charte de l'aviation civile internationale. En ce sens, les craintes liées à l'ouverture d'une "boîte de Pandore" pourraient se transformer en un argument en faveur d'une actualisation générale de la convention. La sûreté et l'environnement ne sont en effet pas les seuls abonnés à la lecture de la convention. Des discussions pourraient ainsi s'ouvrir sur la place des États en développement dans le jeu des relations aériennes internationales, ce qui permettrait de clarifier le statut de cette catégorie d'États face à la problématique climatique et de préciser ainsi le champ d'application et les implications du principe CBDR. Des discussions pourraient également s'ouvrir sur la reconnaissance de la place des organisations régionales d'intégration au sein de l'ordre international de l'aviation civile, ce qui permettrait à l'Union européenne de devenir partie à la convention de Chicago et membre à part entière de l'OACI. En ce sens, et au-delà de la clarification des compétences et des pouvoirs de l'OACI dans le domaine

195 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 94 (b).

des changements climatiques, un amendement permettrait de clarifier de nombreux débats alimentés par le vide juridique et les ambiguïtés du texte de 1944¹⁹⁶. La convention de Chicago deviendrait ainsi un instrument normatif actualisé à même de répondre aux problématiques centrales entourant le développement du transport aérien international.

Au cours de la 36^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI qui s'est déroulée à Montréal du 18 au 28 septembre 2007, un groupe d'États membres de l'OACI comprenant notamment le Canada, le Royaume-Uni et l'Inde avait d'ailleurs proposé l'établissement d'un groupe d'étude sur la pertinence des dispositions actuelles de la convention de Chicago¹⁹⁷. Comme évoqué lors de l'analyse des compétences de l'OACI, ils n'ont pas manqué de souligner que les nouveaux objectifs stratégiques de l'OACI liés à la sûreté et à l'impact environnemental de l'aviation civile internationale n'apparaissent pas au sein de la charte de l'aviation civile internationale obligeant l'organisation *"to resort to temporary arrangements to deal with these changed conditions, which has led to a situation where some of the most significant issues facing civil aviation today, including security and the environment, are not mentioned in the main Convention"*¹⁹⁸. Un groupe d'étude a alors été créé en 2009 mais n'est parvenu qu'à souligner auprès du Conseil le manque de consensus des États membres de l'OACI face à la question de la réforme de la convention de Chicago. Le Conseil a alors tout simplement choisi de clore le débat¹⁹⁹ en continuant à faire primer l'argument de la flexibilité de la convention.

385. La flexibilité d'un instrument juridique, même lorsque ce dernier reflète les spécificités de la coopération multilatérale, n'est cependant légitime que si certaines limites assurent la crédibilité de ce dernier. La délimitation des compétences et des pouvoirs normatifs de l'OACI, consacrée aux articles 37 et 44 de la convention de Chicago et soumise à la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien, peut alors se concevoir comme la concrétisation d'une de ces limites dans le cadre du droit international de l'aviation civile. Il peut en ce sens être souligné que l'extension des compétences et des pouvoirs normatifs de l'OACI précédemment évoquée, et fondée sur la flexibilité revendiquée de son traité constitutif, s'est jusqu'à aujourd'hui limitée à la branche spécifique du droit de la navigation aérienne. Est-il possible de défendre cette flexibilité afin de revenir sur ce qui fait

196 Pour une analyse des opportunités offertes par l'amendement à la convention de Chicago, v. *supra*, n°379 à 387.

197 OACI, Note de travail du 21 juin 2007, "Proposal for a Study of Policy and Programme with Respect to Examining the International Governance of Civil Aviation", préc.

198 *Ibid.*, p. 2.

199 Comme le souligne A. PIERA, "given that the vast majority of States were skeptical about the need to amend the Chicago Convention, the Council opted for not pursuing the issue any further". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 91.

aujourd'hui la spécificité de la branche commerciale du droit international de l'aviation civile ? Il s'agit là de l'une des questions juridiques à laquelle se devra de répondre dans les prochaines années la Communauté aérienne internationale, et le débat actuel sur la nécessité d'une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché* pourrait bien en être l'introduction.

Le choix des SARPs en tant que supports de certains éléments d'une mesure *fondée sur le marché* rattachée, dans son ensemble, au droit du transport aérien international est en effet une source légitime d'interrogations. Intégrer, dans une annexe à la convention de Chicago, et par la voie d'un standard, ne serait-ce qu'un seul élément juridique rattaché au droit du transport aérien international – ou créer une nouvelle annexe intégrant de tels éléments – ne serait pas sans conséquence sur l'interprétation du droit international de l'aviation civile. Plus précisément, et à l'heure de la décision de l'Assemblée reflétée par la Résolution A39-3, une série de questions émerge. Assiste-t-on à l'extension du champ d'intervention normatif de l'organisation dans le domaine du transport aérien international ?²⁰⁰ Si oui, cette extension s'attaque-t-elle aux fondements juridiques du droit international de l'aviation civile tels que nous les connaissons depuis les prémices de l'activité aérienne internationale en initiant la remise en cause de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international ? Suffit-il alors de souligner l'engagement de la Communauté internationale pour que l'activité aérienne internationale participe activement à la réduction des émissions de GES responsables de sa dégradation ? Ou de telles implications dépassent-elles celles associées aux évolutions précédemment absorbées par la flexibilité de la convention de Chicago, entraînant ainsi le bouleversement nécessaire à une réforme en profondeur du droit international de l'aviation civile ?

Par le choix d'une approche mixte, et comme précédemment démontré, la Communauté aérienne internationale a pour le moment construit une architecture juridique de la solution multilatérale et *fondée sur le marché* respectueuse de la délimitation entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international. La possibilité que les discussions actuellement entreprises afin d'assurer la mise en œuvre effective du CORSIA amènent à la proposition de standards dépassant les éléments techniques de la mesure *fondée sur le marché* ne peut néanmoins être exclue. La brèche serait ici relativement étroite, et il ne serait pas surprenant que l'interprète de la convention de Chicago, faisant une fois encore l'écho de sa flexibilité, aménage une exception aux implications de cette distinction intrinsèque au droit international de l'aviation civile. Cette remise en cause, bien que partielle, ne manquerait

200 Une analyse détaillée de la résolution A39-3 liée à l'établissement d'une mesure *mondiale* et *fondée sur le marché* sous l'égide de l'OACI permet à ce titre de déceler l'éventuelle présence, au sein de standards techniques, d'éléments appartenant à des domaines *a priori* exclus du champ d'application des SARPs : établissement d'un registre, mesures de mise en œuvre, ou présence d'une approche par route.

néanmoins pas de refléter une évolution que la libéralisation progressive des services aériens permettait déjà de pressentir. L'observation des résultats de la sixième conférence mondiale de transport aérien, organisée sous l'égide de l'OACI, participe au même constat : l'organisation onusienne, et l'ordre juridique fonctionnel et autonome qu'elle a pour objectif d'encadrer, s'accommodent de plus en plus difficilement de l'absence de multilatéralisation des aspects commerciaux de l'activité encadrée. La proposition d'une nouvelle annexe englobant l'ensemble de la mesure *fondée sur le marché*, une mesure globalement rattachée au droit du transport aérien international, agrandirait en ce sens considérablement cette brèche, et risquerait alors de bouleverser le droit international de l'aviation civile en remettant en cause la distinction intrinsèque entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, ce qui impliquerait la réforme de la convention de Chicago.

Le choix d'une approche mixte n'est en outre pas dénué de faiblesses intrinsèques. Il maintient une variable d'inquiétude déstabilisant la recherche d'un climat de sécurité juridique indispensable au développement soutenable de l'aviation civile internationale. Ayant provisoirement exclu le recours à la convention multilatérale en tant que support de la solution *fondée sur le marché*, la consolidation du climat de sécurité juridique implique donc une nouvelle réflexion sur un "rajeunissement" de la convention de Chicago afin, dans ce cas précis, de réformer l'étendue des pouvoirs normatifs de l'OACI. En ce sens, l'argument de la flexibilité ouvre d'ailleurs le risque d'une interprétation dangereusement éloignée des intentions originelles des signataires de la charte :

it may be argued that there is no need for any general review of the Convention since it has served ICAO well for over sixty years and can flexibly accommodate by interpretation any new developments or contingencies. On the other hand it can be argued that an 'creative' interpretation could go contrary to the original meaning of the Convention, distort the scope of the consensus of States or lead to a lack of the legal certainty that is supported by all contracting States²⁰¹.

Tout cela reflète la critique récurrente au sein de ce travail de recherche d'un recours fréquent, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, à l'interprétation évolutive des spécificités normatives de ce droit à l'heure des nouveaux obstacles sur le chemin du développement de l'aviation civile internationale.

386. Deux hypothèses d'amendement pourraient alors être discutées : celle permettant la clarification du champ de compétences de l'OACI afin d'y faire apparaître l'objectif d'une protection de l'environnement ou celle permettant le dépassement de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international.

201 MILDE, 2016, *International Air Law and ICAO*, op. cit., p. 210 et 211.

Dans le cadre de la première hypothèse d'amendement, il est en effet fondamental de rappeler que si cette convention constitue une véritable "constitution" de l'ordre international de l'aviation civile, il est surprenant qu'elle ne touche mot de deux aspects devenus fondamentaux dans le développement de cette activité aérienne internationale : la sûreté et la protection de l'environnement²⁰². A ce titre, et comme indiqué précédemment, si la sécurité, la régularité, et l'efficacité de l'aviation civile internationale sont directement compromises par l'augmentation croissante d'actes criminels, ce qui permet de justifier l'extension de la compétence de l'OACI dans le domaine de la sûreté aérienne, tel n'est pas vraiment le cas dans le contexte de l'impact climatique de l'activité aérienne internationale. Cela a donc forcé au constat d'un degré supplémentaire d'interprétation évolutive de la convention de Chicago dans le processus de reconnaissance d'une compétence environnementale de l'OACI, ce qui pourrait justifier la nécessité d'un amendement à la convention afin de clarifier le fondement d'une telle compétence de l'OACI. Dans un monde de la théorie libre des contraintes liées aux réalités de la pratique, la convention de Chicago est d'ailleurs rapidement apparue comme l'instrument normatif privilégié afin de consacrer, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, les principes généraux du droit international des changements climatiques. Concernant plus spécifiquement la question de la *correction* des émissions aériennes de GES, une référence à la protection de l'environnement non seulement à l'article 44 de la convention en tant qu'objectif de l'OACI, mais également dans le champ d'application des "normes et pratiques recommandées internationales" à l'article 37 de la convention, offrirait une base juridique à l'action des États membres, du Conseil de l'OACI et des différents organes créés dans ce domaine.

Un paramètre juridique central pourrait inciter l'OACI et ses États membres à envisager l'ajout d'une base juridique explicite en matière de *correction* climatique au sein des dispositions de la convention de Chicago. A l'instar des avantages liés au choix d'un standard OACI²⁰³, il existe en effet au sein de la convention de Chicago un chapitre XVIII intitulé "Différends et manquements" et un article 84 permettant au Conseil de l'OACI de statuer à la requête d'un État impliqué dans un désaccord "à propos de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention et de ses Annexes" et ne pouvant "être réglé par

202 V. *supra*, n°290. Comme le souligne M. MILDE, "the Chicago Convention deserves major amendments not only in its constitutional provisions (...) but in numerous aspects of the codified public international air law that have remained untouched for 60 years and that are patently out of date". V. MILDE (M.), 2004, "Chicago Convention at Sixty: Stagnation or Renaissance", *préc.*, p. 443.

203 V. *supra*, n°349 à 357.

voie de négociation"²⁰⁴. Les règles encadrant le règlement des différends, adoptées par le Conseil de l'OACI en 1957, prévoit d'ailleurs la possibilité d'avoir recours à l'opinion d'un expert²⁰⁵. Cela ne serait pas dénué d'intérêt dans le domaine des émissions aériennes de GES. L'article 84 prévoit en outre une procédure d'appel de la décision du Conseil devant un tribunal d'arbitrage *ad hoc* ou devant la CIJ²⁰⁶. Les mécanismes de règlement des différends sont donc prévus par la convention et pourraient ainsi être appliqués en cas de difficultés liées à l'interprétation et à l'application des nouvelles dispositions de la convention dans le domaine climatique²⁰⁷. Cet argument, familier du monde juridique puisque garant d'une mise en œuvre effective des normes adoptées, se doit néanmoins d'être confronté à une évidente réalité : dans l'histoire du droit international de l'aviation civile, le recours au chapitre XVIII de la convention de Chicago relève de l'extraordinaire. Depuis l'entrée en vigueur de la convention, le Conseil de l'OACI n'a eu à connaître qu'une dizaine d'affaires à la demande de l'un des États membres de l'organisation²⁰⁸. De manière générale, les États ont préféré régler leurs différends par la voie de la consultation et de la négociation car le recours aux mécanismes de l'article 84 a toujours été considéré comme diplomatiquement délicat. En pratique, la procédure est d'ailleurs sensiblement identique et se résume à une négociation entre les représentants des autorités nationales de l'aviation civile accompagnée de représentants des ministères des affaires étrangères, à laquelle participent les représentants des compagnies aériennes et, parfois, les représen-

204 V. Convention de Chicago, 1994, préc., Art. 84. Sur la fonction du Conseil, V., également, OACI, 1947, Résolution A1-23, préc. : *"en attendant que l'Organisation ait examiné à nouveau les méthodes à suivre pour ce qui est des désaccords internationaux dans le domaine de l'aviation civile internationale et qu'elle se soit définitivement prononcée sur cette question, le Conseil soit autorisé à agir en tant qu'organisme d'arbitrage dans tous les différends s'élevant entre les États contractants au sujet de questions d'aviation civile internationale qui lui sont soumis, sur demande expresse de toutes les parties à ces différends"*.

205 OACI, 1975, Doc. 7782/2, *Rules for the Settlement of Differences*, 2nd éd.

206 V. Convention de Chicago, 1994, préc., Art. 84.

207 Il faut d'ailleurs noter que l'article 87 de cette même convention impose à chaque État contractant de *"ne pas permettre, dans l'espace aérien au-dessus de son territoire, l'exploitation d'une entreprise de transport aérien d'un État contractant, si le Conseil a décidé que cette entreprise ne se conforme pas à une décision définitive rendue conformément aux dispositions de l'article précédent"*, tandis que l'article 88 prévoit que *"l'Assemblée suspend le droit de vote à l'Assemblée et au Conseil de tout État contractant trouvé en infraction au regard des dispositions du présent chapitre"*. V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 87. Outils *a priori* efficaces pour assurer le respect, par ses États contractants, des dispositions de la convention, ils n'ont néanmoins jamais été appliqués. Leur présence explique peut-être la timidité des États face aux mécanismes de règlements des différends prévus aux articles précédents. Ne souhaitant nullement perdre la face dans un secteur continuant souvent d'être rattaché à la souveraineté même des États, ces derniers préfèrent donc régler leurs éventuels différends en dehors du cadre prévu par le chapitre 16 de la convention de Chicago.

208 Sur ce sujet, v., notamment, MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 30 et 31.

tants des aéroports concernés²⁰⁹. Dans l'hypothèse d'un différend sur la problématique des émissions aériennes de GES, la présence et la participation de représentants des ministères dédiés à la protection de l'environnement seraient bien évidemment à envisager, et à encourager. Une place pourrait également être donnée aux représentants de l'Union européenne car il est probable, dans un domaine devenu un cheval de bataille de l'organisation régionale, que les États membres de cette dernière questionnent régulièrement l'application, par les États tiers à l'Union, de ces éventuelles nouvelles dispositions de la convention de Chicago consacrées à la protection du climat mondial.

Dans le cadre de la seconde hypothèse d'amendement, il s'agirait de proposer l'extension du pouvoir normatif de l'organisation dans le domaine du transport aérien international, ce qui ne manquerait pas d'implications dans le domaine de la *correction* des émissions afin de dépasser la limite actuelle impliquée par le rattachement des mesures *fondées sur le marché* au droit du transport aérien international. Le Conseil serait alors en mesure d'adopter des SARPs dans le domaine du transport aérien international et pourrait à ce titre envisager l'adoption d'une annexe support unique de la mesure *fondée sur le marché*. La Communauté aérienne internationale semble néanmoins s'opposer à cette réforme d'envergure du droit international de l'aviation civile. Une illustration de cette opposition s'observe dans les résultats de la sixième conférence mondiale de transport aérien organisée sous l'égide de l'OACI. La proposition, lors de cette conférence, d'une annexe à la convention de Chicago dans le domaine du transport aérien international²¹⁰ n'a en effet pas reçu le soutien des États membres de l'Organisation. Et comme l'indique J.W. LEE, cela fournit une illustration des pouvoirs normatifs limités de l'OACI dans le domaine du transport aérien international :

the fact that the proposal to issue Annex 20 dealing with international air transport did not receive support from Member States and therefore is not legally binding clearly illustrates the limits of the multilateral discussion of liberalizing air transport. Hence, the function of the Air Transport Conference was limited to providing a forum for discussion and information-sharing²¹¹.

209 V. WITTEN (S.), 1995, "The U.S.-UK Arbitration Concerning Heathrow Airport User Charges", préc., p. 174 à 192 ; VAN HAERSOLTE-VAN HOF (J.), 1995, "US/UK Arbitration Concerning Heathrow Airport User Charges – Some Procedural Aspects", préc., p. 203 à 216.

210 OACI, Note de travail du 19 décembre 2012, "The Way Forward: Action Plan For The Implementation Of An Improved Regulatory Framework", préc. ; OACI, Note de travail du 1^{er} février 2013, "Elaboration d'une annexe 20 à la Convention relative à l'aviation civile internationale", préc.

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

Cette proposition a néanmoins replongé les négociateurs dans un débat qui n'a pas manqué d'agiter la conférence ayant abouti à la signature de la convention à Chicago le 7 décembre 1944 : celui de la multilatéralisation du droit du transport aérien international et de l'apparition d'une "OMC" du transport aérien international. Tout cela participerait d'ailleurs d'un même effort. Et comme le souligne très justement F. HATRI,

parmi les matières les plus susceptibles de faire l'objet d'une régulation multilatérale et qui possèdent des dimensions économiques prometteuses sur lesquelles l'OACI pourra poser les jalons d'un nouvel ordre économique mondial est celle liée à la question environnementale²¹².

387. En conclusion, et à l'instar de l'analyse de la convention multilatérale en tant que support de la mesure *fondée sur le marché*, tout se résume à la question de savoir s'il existe un appui politique suffisant – un appui exprimé notamment dans les résolutions de l'Assemblée de l'OACI – afin d'envisager un amendement à la convention de Chicago pour que cette dernière puisse devenir le support explicite d'une mesure *fondée sur le marché* sous l'égide de l'OACI. Cela dépasse une analyse strictement juridique, mais cela permet de préciser que le choix de l'instrument juridique dans le cadre multilatéral n'échappe pas à des considérations d'ordre essentiellement politique. La modification de la charte de l'aviation civile internationale ouvrirait quoi qu'il en soit la voie à une résolution définitive des ambiguïtés normatives entourant la nécessité actuelle d'une réduction des émissions aériennes de GES. Il donnerait à l'action normative de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement une solide base juridique. Et cela permettrait de consolider la priorité stratégique actuelle de l'organisation onusienne tout en permettant de clarifier certaines difficultés juridiques qui ne manqueront pas de resurgir lors des prochains défis que rencontrera le droit international de l'aviation civile sur le chemin de son développement. La convention de Chicago deviendrait en ce sens un instrument multilatéral reflétant un consensus renouvelé face à la réalité des défis auxquels l'activité aérienne internationale fait aujourd'hui face.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

388. Dans le cadre d'une étude de l'architecture juridique d'une solution *mondiale et fondée sur le marché*, plusieurs hypothèses sont donc envisageables. Au-delà du choix actuel de la Communauté aérienne internationale concrétisé par l'adoption de la résolution A39-3, l'analyse de ces hypothèses dissimule

212 HATRI (F.), 2014, "Action normative de l'OACI. Le Chapitre manquant", *RFDAS*, p. 395.

d'ailleurs des implications distinctes quant à la question d'une continuité, d'une adaptation ou d'une réforme du droit international de l'aviation civile.

La première hypothèse, actuellement privilégiée et basée sur l'évolution de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, implique ainsi une adaptation du droit international de l'aviation civile. Elle se fonde en effet sur une architecture juridique mixte de la solution *fondée sur le marché*. Cette approche mixte permet de séparer les éléments techniques de la mesure *fondée sur le marché* – annexés à la convention de Chicago par l'intermédiaire de standards techniques adoptés par le Conseil de l'OACI – et les éléments économiques de la mesure – adoptés par l'intermédiaire d'une résolution de l'Assemblée de l'OACI – inévitablement rattachés au droit du transport aérien international. Il n'y a donc pas de remise en cause de la distinction intrinsèque au droit international de l'aviation civile, puisque les pouvoirs normatifs de l'OACI restent limités aux éléments techniques rattachés, selon le droit en vigueur, au droit de la navigation aérienne. Mais cette approche mixte implique néanmoins une certaine adaptation de l'ordre juridique encadrant l'aviation civile internationale, puisqu'une solution globalement rattachée au droit du transport aérien international se verrait adoptée et mise en œuvre par l'OACI et par l'intermédiaire d'instruments normatifs réservés jusqu'à aujourd'hui au droit de la navigation aérienne. L'hypothèse d'une annexion, sous la forme de standards dont le champ d'application est actuellement limité au droit de la navigation aérienne, des éléments économiques de la mesure *corrective* impliquerait quant à elle une remise en cause particulièrement profonde de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et du droit aérien international. Cela ne peut être envisagé sans un retour de la question d'une réforme du droit international de l'aviation civile et donc de sa charte fondatrice adoptée à Chicago en 1944. Cette hypothèse n'a pas été retenue par les États membres de l'OACI, ces derniers ayant également choisi d'écarter la possibilité d'une nouvelle convention multilatérale support de la solution *mondiale et fondée sur le marché*.

389. La nécessité d'une *correction* effective des émissions aériennes de GES ne semble donc pas être le prétexte à la révolution du droit international de l'aviation civile, mais elle implique néanmoins une adaptation tout de même audacieuse du droit international de l'aviation civile afin de proposer une architecture normative légitimant le succès du mois d'octobre 2016 de la Communauté aérienne internationale dans le domaine des changements climatiques. La complexité de cette architecture, accompagnée d'inévitables incertitudes à la lecture de la résolution A39-3, renforce donc la variable d'inquiétude déstabilisant la recherche d'un climat de sécurité juridique et permet d'apporter une nouvelle nuance au succès *a priori* incontestable de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI.