



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

1 | Un respect nécessaire de l'exigence d'autorisation en matière d'exploitation commerciale des services aériens internationaux

425. L'initiative unilatérale européenne étant habituellement critiquée sur le terrain de son extraterritorialité¹, s'extraire de la seule dimension territoriale permet néanmoins d'analyser cette mesure *corrective* sous un angle nouveau : celui d'une extension de son champ d'application *ratione materiae* de par son application aux services aériens internationaux à destination ou en provenance d'un État tiers à l'Union européenne.

426. La "*prise de hauteur*"² exigée par ce travail impose alors de revenir une fois encore au fondement du droit international de l'aviation civile, et plus précisément au fondement de la négociation des aspects commerciaux de l'activité aérienne internationale³. Là se trouve en effet l'une des principales manifestations de la "*lex specialis*" que constitue, dans sa branche spécifique du transport aérien international, le droit international de l'aviation civile. Il suffira ensuite de s'arrêter aux conséquences liées à l'identification adéquate des mesures *fondées sur le marché*, et donc au rattachement de la mesure européenne de 2008 à ce droit du transport aérien international, afin de déceler la critique légitime d'une telle mesure (1) puis de se pencher sur la réponse à apporter à cette critique afin d'envisager une mesure *fondée sur le marché* adoptée en dehors du cadre tout en restant respectueuse des spécificités normatives du droit international de l'aviation civile (2). Tout cela permettra d'ailleurs, *in fine*, de s'interroger sur l'émergence d'un unilatéralisme négocié afin de répondre à l'éventuel échec d'une solution multilatérale sous l'égide de l'OACI.

1. L'IDENTIFICATION DE LA DIRECTIVE 2008/101/CE : UN EXERCICE ILLICITE DU TITRE DE COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* DE L'UNION EUROPÉENNE

427. Comme indiqué à de nombreuses reprises, le travail de qualification des mesures *fondées sur le marché*, que ces dernières soient envisagées dans un

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

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

3 Pour une analyse d'un tel fondement et de ses implications sur l'ordre international de l'aviation civile, v. *supra*, Chapitre préliminaire.

contexte unilatéral ou multilatéral, revêt une importance absolument essentielle. L'initiative unilatérale européenne de 2008 en offre un nouvel exemple.

La mesure *fondée sur le marché* européenne se devant d'être rattachée au droit du transport aérien international⁴, il s'agit en effet de comprendre l'implication d'un tel rattachement sur l'encadrement de l'exercice du titre de compétence unilatérale du législateur européen. Et c'est bien le constat d'une initiative unilatérale de ce législateur ne respectant pas les spécificités normatives de la branche commerciale du droit international de l'aviation civile qui justifie que ce législateur ne soit pas parvenu à circonscrire le champ d'application de sa directive 2008/101/CE "à la lumière des règles pertinentes du droit international de la mer et du droit international aérien"⁵. Autrement dit, le rattachement juridique adéquat de cette mesure face à la distinction déjà plusieurs fois soulignée entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international⁶ révèle les conditions d'une application conforme d'une telle initiative aux spécificités du droit international de l'aviation civile, conditions que le législateur européen n'a pas jugé opportun de respecter.

428. L'analyse de ces conditions permet, plus précisément, la mise en avant d'un argument juridique pertinent dans une démarche critique de l'initiative unilatérale européenne de 2008 : celle d'une violation de l'exigence de l'"*autorisation*" ou de la "*permission spéciale*" inscrite à l'article 6 de la convention de Chicago⁷ (1.1). L'Union européenne semble avoir, du moins implicitement, justifié cette violation de l'article 6 par le recours à une interprétation évolutive des articles 11 et 12 de la convention de Chicago. Cette argumentation doit néanmoins être rejetée car le champ d'application de ces articles se limite au droit de la navigation aérienne et ne peut donc être élargi à la branche du droit international de l'aviation civile ayant pour objectif l'encadrement juridique de l'exploitation commerciale des services aériens internationaux (1.2).

1.1. La violation manifeste de l'article 6 de la convention de Chicago : une conséquence insoupçonnée de la qualification

429. En s'interrogeant sur la présence d'un élément commercial au sein de la mesure *corrective* européenne, P. MENDES DE LEON ne manque pas d'en déduire l'applicabilité éventuelle de l'article 6 de la convention de Chicago : "*because of the 'trade' element contained in the ETS, consideration should be given*

4 V. *supra*, n°63 à 69.

5 CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 123.

6 Pour une explication de cette distinction, v. *supra*, Chapitre préliminaire

7 Pour une analyse de l'interprétation et des implications de cet article 6 de la convention de Chicago dans le cadre général du droit international de l'aviation civile. V. *supra*, Chapitre préliminaire.

to reliance on [a] provision of the Chicago Convention, concerning the operation of international scheduled air services"⁸. La conclusion qu'il en tire n'est d'ailleurs qu'une implication tout à fait logique à cette déduction : il se contente en effet d'inviter les parties prenantes à l'application du cadre juridique adopté et progressivement consolidé depuis 1944 dans le domaine du transport aérien international. Il formule cette invitation dans les termes suivants :

if it is true that the provisions of the Directive affect the operation of international air services those provisions should have been agreed in an international agreement pursuant to Article 6 of the Chicago Convention as flights must be operated in accordance with the provisions laid down in such agreements⁹.

430. Afin de reprendre les fondements de cette démonstration, il suffit alors de rappeler qu'à la différence de la compétence "quasi-législative" de l'OACI en matière de navigation aérienne, les normes relatives au droit du transport aérien international ne relèvent pas, sauf exception expresse de la convention de Chicago, du pouvoir normatif de l'OACI¹⁰. Ce domaine normatif ne pouvant intégrer le droit dérivé de l'organisation, et notamment les SARPs annexés à la convention de Chicago, les États contractants à celle-ci ont dû choisir une autre voie normative pour encadrer les conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux¹¹. La convention de Chicago ne laisse néanmoins pas une entière liberté d'action aux États puisqu'il ressort de l'interprétation de l'article 6 de la convention de Chicago une exigence d'"autorisation" ou de "permission spéciale" dans le domaine du transport aérien international. L'article 6 se lit comme suit : "aucun service aérien international régulier ne peut être exploité au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contrac-

8 MENDES DE LEON (P.), 2009, "Nouvelles Frontières: Trading International Law and European Law in the Context of the Establishment of an Emission Trade System", préc., p. 306 et 307. V., également, REAGAN (D.B.), 2008, "Putting International Aviation into the European Union Emissions Trading Scheme: Can Europe do it Flying Solo?", préc., p. 372 : "the critical issue (...) would be whether the Proposed Directive's inclusion of international aviation in the ETS amounts to aircraft operation regulation".

9 MENDES DE LEON (P.), 2012, "Enforcement of the EU ETS: The EU's Convulsive Efforts to Export its Environmental Values", préc., p. 292.

10 V. *supra*, n°70 à 78.

11 Cette compétence normative des États membres de l'OACI en matière de transport aérien international ne revient cependant pas à affirmer l'exclusion complète, au sein des discussions "onusiennes", des questions liées aux aspects économiques de l'aviation civile internationale, et donc de la question de la correction des émissions aériennes de GES. Mais alors que "this world-wide organisation (...) issues from time to time technical and operational standards, based on the concern for a safe and sound operation of air services internationally", elle se limite toujours aujourd'hui à promulguer des recommandations et des résolutions non contraignantes dans le domaine du transport aérien international. V. MENDES DE LEON (P.), 2001, "Aircraft Noise: The Prerequisite of Non-Discrimination under the Rule of International Law", préc., p. 141.

tant, sauf permission spéciale ou toute autre autorisation dudit État et conformément aux conditions de cette permission ou autorisation"¹².

Cette formule négative, reflet du principe coutumier de souveraineté aérienne "*complète et exclusive*" des États sur l'espace aérien au-dessus de leur territoire¹³ codifié à l'article 1 de la même convention¹⁴, apparaît tout d'abord comme le symbole d'une protection des États souverains contre l'entrée d'aéronefs non autorisés sur leur territoire. Associé à l'article 11 de la convention de Chicago¹⁵, il reflète à ce titre les droits de police aérienne¹⁶ et soumet ainsi l'exercice des deux premières libertés de l'air à l'autorisation de l'État survolé, bien que ces dernières aient été, pour une grande partie des États membres de l'OACI, multilatéralement échangées par l'intermédiaire de l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux¹⁷. Comme expliqué dans le chapitre préliminaire de ce travail, cela explique d'ailleurs sa place au sein de la première partie de la convention de Chicago encadrant le droit de la navigation aérienne¹⁸.

Cette place de l'article 6 pourrait néanmoins soulever quelques interrogations car cet article est également considéré comme la pièce maîtresse de la branche économique du droit international de l'aviation civile. Cette disposition établit en effet que l'exploitation des services aériens réguliers ne peut se faire que sur autorisation des États concernés et conformément aux conditions de cette autorisation. Par application de cet article, une opération commerciale de transport aérien international nécessite en effet non seulement l'autorisation de l'État de départ, de l'État d'arrivée et de l'ensemble des États survolés, mais également le respect des conditions associées à cette autorisation. L'article 6 incarne ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la convention de Chicago, la pierre angulaire du système normatif encadrant l'exploitation commerciale des

12 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 6. Pour une analyse de cet article dans le cadre général du droit du transport aérien international, v. *supra*, n°56 à 61. Au-delà de la compétence des États contractants, il doit néanmoins être fait mention du rôle historique de l'IATA en matière de fixation des prix. A ce sujet, v., notamment, GUINCHARD (M.), 1956, "L'International Air Transport Association", *AFDI*, vol. 2, p. 666 et s.

13 "After the First World War, the principle of airspace sovereignty over national territory became so widely accepted both in municipal laws and in international treaties that it seems safe to conclude that it well recognized by States as part of international customary law. Article 1 of the Chicago Convention, 1944, is thus purely declaratory". CHENG (B.), 1962, *The Law of International Air Transport*, *op. cit.*, p. 120.

14 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 1.

15 *Ibid.*, Art. 11.

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

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

18 V. *supra*, n°58.

services aériens internationaux réguliers¹⁹. *In fine*, et comme le résumait B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ, "article 6 of the Chicago Convention perfects the restrictive logic of the airspace sovereignty through a concessionary principle of market access"²⁰. Sa place au sein de la convention de Chicago s'explique donc par une approche non exclusivement économique, bien que ses implications le seront très ample-ment. Et tout cela ne fait d'ailleurs que révéler la double nature de cet arti- cle²¹.

Une question mérite alors d'être formulée : le législateur européen, en adoptant unilatéralement une nouvelle condition liée à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux²² au départ ou à l'arrivée d'un aéro- port situé sur le territoire d'un État membre de l'Union, a-t-il agi en s'assurant du respect du cadre juridique posé par l'article 6 de la convention de Chicago ?

431. Pour répondre à cette question, il faut alors admettre que rien n'empêche aux États d'avoir recours aux autorisations unilatérales afin de permettre l'exploitation de services aériens internationaux à destination ou en provenance de leur territoire. La pratique des États depuis l'entrée en vigueur de la conven- tion de Chicago offre des illustrations, certes isolées, d'actes constitutifs d'une autorisation unilatérale d'exploitation commerciale²³. Mais cela ne diminue en rien le constat que l'application de l'article 6 s'est effectivement traduite, pour une très large majorité des États parties à la convention de Chicago, par l'adoption d'ASAs permettant l'échange réciproque de l'autorisation d'exploita- tion et des conditions attachées à cette autorisation. Suite à l'échec de l'accord de 1944 proposant l'échange multilatéral des troisième, quatrième et cinquième

19 L'article 6 limite en effet son champ d'application aux services aériens réguliers et se trouve complété par l'article 5 s'intéressant quant à lui aux services aériens non réguliers. V. Convention de Chicago, 1944, préc., Arts. 5 et 6. Pour une distinction entre ces deux types de services aériens, v. *supra*, n°8.

20 HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, *op. cit.*, p. 41 et 42.

21 Sur ce point, v. *supra*, n°58.

22 Pour une qualification des mesures fondées sur le marché en tant que condition liée à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux, v. *supra*, n°63 à 69.

23 Les relations aériennes entre la France et l'Algérie, suite à la dénonciation de leur accord bilatéral, ont ainsi été basées, pendant un temps, sur un mécanisme de négociation diploma- tique permanente permettant l'échange d'autorisations unilatérales entre les deux États. Un autre exemple se trouve dans la dénonciation, le 5 mai 1992, de l'accord bilatéral entre la France et les États-Unis ayant entraîné une période transitoire de six ans avant l'adoption durant laquelle "la relation aérienne entre les deux pays a (...) fonctionné sur la base d'un régime d'autorisation croisée, renouvelées tous les six mois, au vu des programmes chaque transporteur". V. GRARD (L.), 1998, "Le nouvel accord franco-américain relatif aux échanges aériens transatlantiques – Compromis et transition avant un traité bilatéral Communauté européenne / États-Unis", *AFDI*, vol. 44, n°1, p. 554.

libertés de l'air²⁴, l'échange réciproque de l'autorisation d'exploitation commerciale des services aériens internationaux s'est ainsi développé dans le cadre de ces ASAs.

Et de là relève l'essentiel : le jour de leur entrée en vigueur, ces accords se doivent d'être considérés comme la base juridique exclusive de négociation et d'échange des conditions liées à l'autorisation d'exploitation qu'ils contiennent. En ce sens, l'unilatéralisme apparaît justifié tant que le support de l'ASA n'a pas été adopté, mais son utilisation devient illicite le jour où les États concernés choisissent d'avoir recours à la technique des ASAs. Si l'un de ces États souhaite néanmoins revenir à l'utilisation de l'unilatéralisme aux fins de l'encadrement des conditions d'exploitation commerciale des services aériens concernés, sa seule option consiste à dénoncer l'ASA existant avant d'imposer unilatéralement les conditions d'accès à son marché. Et lorsque l'on observe que la quasi-totalité des États membres de l'OACI ont aujourd'hui recours à la technique des ASAs, et qu'il existe à ce titre pas moins de 4000 accords en vigueur dans le monde²⁵, il s'avère justifié d'affirmer que d'une logique initialement sécuritaire, l'article 6 de la convention de Chicago a progressivement transformé les ASAs en cadre juridique exclusif pour l'échange des autorisations d'exploitation commerciale et pour l'encadrement juridique des conditions liées à cette exploitation. En ce sens, un État juridiquement lié par une série d'ASAs, lorsqu'il souhaite mettre en œuvre une nouvelle condition visant l'exploitation commerciale des services aériens internationaux entre son territoire et le territoire des États tiers concernés par de tels ASAs, n'a pas d'autre choix que de recourir à la renégociation de ces derniers²⁶. Imposer unilatéralement cette condition ne serait possible qu'après la dénonciation de ces ASAs afin de revenir à un procédé d'autorisation unilatérale, une solution de dernier recours n'étant que très rarement privilégiée comme l'illustre la pratique des États membres de l'OACI au fil de la croissance du transport aérien international.

L'existence de réglementations nationales – liées à l'obtention des certificats de navigabilité²⁷ – ou d'accords internationaux parallèles à ces ASAs – liés

24 V. Accord relatif au transport aérien international, 1944, préc. Pour un classement des libertés de l'air en fonction de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, v. *supra*, n°68.

25 L'OMC propose à ce titre un outil analytique des accords de service aérien en vigueur à la date du 14 juin 2010. V. Site web de l'OMC, disponible à https://www.wto.org/french/news_f/news10_f/serv_14jun10_f.htm (consulté le 27 juin 2016).

26 Sur l'utilisation des ASAs en tant que support de l'exigence de "permission spéciale" ou d'"autorisation", v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

27 V., à titre d'exemple, la réglementation des États-Unis insérée au Titre 14 du "Code of Federal Regulations". V. Site web de la "Federal Aviation Administration", disponible à https://www.faa.gov/aircraft/air_cert/airworthiness_certification/sp_awcert/sp_awcert_regs/ (consulté le 19 mai 2017).

notamment au domaine de la sécurité de l'aviation civile²⁸ – ne remet d'ailleurs pas en cause l'existence des ASAs en tant que base juridique exclusive des conditions visant l'exploitation commerciale des services aériens internationaux. De tels réglementations et accords se limitent en effet au domaine de la navigation aérienne, comme l'illustre très clairement l'article 4 de l'accord bilatéral relatif à la sécurité de l'aviation civile signé entre le Canada et l'Union européenne²⁹. A l'instar des dispositions liées au domaine de la navigation aérienne dans le cadre des ASAs³⁰, ces réglementations et accords ne font donc que renforcer la réglementation multilatérale *a minima* annexée à la convention de Chicago et appliquée aux compagnies aériennes par l'intermédiaire des certificats de navigabilité prévus à l'article 33 de cette même convention³¹. Comprendre cela revient à admettre, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, l'importance d'une définition *stricto sensu* du commerce aérien³² ne pouvant englober la diversité du domaine de l'aviation civile internationale. Le droit international de l'aviation civile s'est en effet progressivement construit sur la conviction que tout ne pouvait faire l'objet d'un commerce et qu'il fallait – devant les spécificités intrinsèques d'une activité combinant préoccupations techniques, sécuritaires et commerciales – adapter la réglementation internationale en opérant une dichotomie permettant de séparer en deux branches normatives ce qui relève des aspects techniques et opérationnels de l'activité aérienne internationale de ce qui relève des aspects commerciaux d'une telle activité.

432. L'adoption unilatérale, par le législateur européen, d'une mesure visant l'exploitation commerciale des services aériens internationaux en provenance ou à destination d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre de l'Union ne respecte donc pas l'article 6 de la convention de Chicago. Elle revient en effet à imposer, aux compagnies d'État tiers opérant dans le cadre

28 V., notamment, Accord entre les États-Unis et la Communauté européenne relatif à la coopération dans le domaine de la réglementation de la sécurité de l'aviation civile internationale, signé à Bruxelles le 30 juin 2008 (entré en vigueur le 1^{er} mai 2011), JO, L 291, 9 novembre 2011, pp. 3-44 ; Accord sur la sécurité de l'aviation civile entre le Canada et la communauté européenne, signé à Prague le 6 mai 2009 (entré en vigueur le 26 juillet 2011), JO, L 153, 17 juin 2009, pp. 11-28.

29 L'article indique en effet que "le présent accord s'applique (...) à l'agrément de navigabilité et à la surveillance des produits aéronautiques civils ; (...) au maintien de la navigabilité des aéronefs en service ; (...) à l'agrément et à la surveillance des installations de production et de fabrication ; (...) à l'agrément et à la surveillance des installations d'entretien ; (...) à l'agrément environnemental et aux essais environnementaux de produits aéronautiques civils ; (...) aux activités de coopération y afférentes". V. Accord sur la sécurité de l'aviation civile entre le Canada et la communauté européenne, 2011, préc., Art. 4 (1).

30 V., à titre d'exemple, Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Art. 8 et 9. L'article 8 concerne le domaine de la sécurité aérienne et l'article 9 concerne le domaine de la sûreté aérienne.

31 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 33.

32 V. *supra*, n°59 et 60.

juridique d'ASAs en vigueur, une nouvelle condition à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux sans recourir à une modification préalable de ces ASAs supports de l'"autorisation" d'exploitation. Si l'objectif du législateur européen était d'éviter une nouvelle vague de négociation des ASAs liant les États membres de l'Union, le résultat a donc été celui d'une initiative irrespectueuse des spécificités normatives de la branche commerciale du droit international de l'aviation civile. Face aux deux seules options de la renégociation ou de la dénonciation, renfermant toutes deux de nombreux inconvénients sous un angle dépassant un cadre strictement juridique, le législateur a ainsi fait le choix, politiquement compréhensible mais juridiquement illicite, d'une troisième option : le maintien des ASAs en vigueur et l'ajout unilatéral d'une nouvelle condition d'exploitation par l'intermédiaire de son droit dérivé.

Et il faut enfin souligner que ce législateur ne pouvait trouver un quelconque secours dans l'importance que le droit primaire et secondaire de l'organisation accorde aujourd'hui à la problématique climatique et à la nécessité des mesures *fondées sur le marché* pour corriger les émissions croissantes de GES. En effet, au titre de l'exclusivité de la base juridique des ASAs et en application de l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités, l'Union européenne ne pouvait "*invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité*"³³. Par application de cette convention de Vienne, et sans s'attarder ici sur les spécificités de l'acteur concerné, l'Union européenne ne pouvait donc invoquer le droit interne à l'organisation afin de se détourner de l'application des ASAs liant ses États membres.

433. L'exigence issue de l'article 6 dépasse à ce titre une obligation de moyen satisfaite par la démonstration d'un effort sérieux de négociation. L'exigence de l'article 6 se traduit en effet comme une obligation de résultat et dépasse à ce titre cette obligation de moyen basée, dans le cadre général du droit international de l'aviation civile, sur le principe de coopération internationale³⁴. Comprendre cela implique de justifier, dans un premier temps, la qualification du principe de coopération internationale sous les traits d'une obligation

33 V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 27.

34 Ce principe de coopération internationale se base principalement sur la formulation du préambule à la convention de Chicago soulignant "qu'il est désirable d'éviter toute mésentente entre les nations et les peuples et de promouvoir entre eux la coopération dont dépend la paix du monde". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Préambule. L'exigence de coopération internationale s'adresse alors aux États parties à la convention de Chicago tout en clarifiant l'objet et le but d'une telle convention à la lumière desquels – en application de l'article 31, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités – se doit d'être interprété l'ensemble de ses dispositions. V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, préc., Art. 31 (1) (souligné par nous) : "*un traité doit être interprété 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*".

de moyen, avant d'exclure l'exigence de l'article 6 du domaine encadré par cette obligation de moyen. A ce titre, et comme l'indique P.-M. DUPUY dans le cadre plus général du droit international :

in reference to the typology of international obligation, one might say that the cooperation obligation, like the obligation to negotiate that is part of it, is an obligation on conduct and not of result, in the sense (...) that is an 'obligation to 'endeavour' (*obligation de s'efforcer*), not an obligation to arrive at an expected result at all cost³⁵.

L'argument d'une limitation du principe de coopération internationale à une simple obligation de moyen se trouve d'ailleurs renforcé par une étude de la jurisprudence internationale de l'organe d'appel de l'OMC³⁶. Bien qu'il soit d'usage, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, de prendre avec prudence tout argument extrait d'un droit de l'OMC ayant explicitement exclu de son champ d'application le cœur de l'activité aérienne commerciale³⁷, l'organe d'appel dans les affaires *Tortues/crevettes* impose ainsi, pour une satisfaction d'une exigence de coopération internationale elle-même fondatrice du système commercial multilatéral, la condition d'un effort sérieux et de bonne foi de négociation d'un accord international : "*no state may have recourse*

35 DUPUY (P.-M.), 2000, "The Place and Role of Unilateralism in Contemporary Law", préc., p. 25. L'auteur clarifie d'ailleurs l'essence de cet argument de la façon suivante : "*in other words, it places a duty on states to seek in good faith to find through dialogue a solution compatible with the interests of all states concerned. It obliges them, of course, where cooperation and negotiation structure have been opened to them through treaties and the creation of international institutions, to have recourse to these norms and these institutions, on pain of occurring, if there are ignored, international liability vis à vis the state concerned. It does not necessarily oblige states to reach a conclusion, if the diligence that might reasonably be expected of them has nonetheless not been enough to reach a mutually acceptable solution. Nor can it oblige a state to consent to a solution, even if negotiated, that departs too radically from the concession it would be prepared to make to adhere to that same type of solution*". Il faut alors reconnaître, avec cet auteur, que "*common law scholar are not familiar with the distinction between obligation of conduct and obligation of result*" mais il y a néanmoins "*a good number of reasons why one may think of transferring this distinction into the international legal order*". V. DUPUY (P.-M.), 1999, "Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligation Of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility", *EJIL*, vol. 10, p. 375. Sur ce sujet, v., également, REUTER, 1975, "De l'Obligation de négocier", in *Il processo internazionale, Studi in onore di Gaetano Morelli*, *Comunicazione e studi*, vol. 14, p. 711 et s. ; COMBACAU (J.), 1981, "Obligation de résultat et obligation de comportement, quelques questions et pas de réponse", in *Mélanges offerts à Paul Reuter, le droit international, unité et diversité*, Paris, Pedone, p. 181 et s.

36 V., notamment, Rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R, distribué le 15 mai 1998, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc. ; Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc.

37 V. *supra*, n°60.

to the taking of unilateral measures before first exhausting means of international negotiation"³⁸.

Cette précision permet donc, et dans un second temps, de distinguer l'exigence issue de l'article 6 de la convention de Chicago de l'exigence de négociation issue du principe de coopération internationale. L'exigence de l'article 6 ne se limite en effet pas à un simple effort de négociation d'une "autorisation" ou d'une "permission spéciale" qui, si de telles négociations ne peuvent aboutir à la signature d'un accord, serait tout de même accordée aux compagnies aériennes des États engagés dans le processus de négociation. L'exigence de l'article 6 appartient à la catégorie des obligations de résultat, et ce résultat ne peut se concrétiser que le jour de l'entrée en vigueur matérialisant l'échange réciproque de l'autorisation et contenant les conditions d'exploitation à respecter afin de faire usage d'une telle autorisation.

Cette distinction apparaît essentielle car, bien que cette obligation préalable de négociation s'avère particulièrement importante face à l'enjeu des changements climatiques³⁹, cette condition apparaît avoir été respectée par le législateur européen. Préalablement à l'adoption de la directive 2008/101/CE, l'Union européenne a en effet continuellement démontré un effort sérieux de négociation dans les enceintes de l'OACI⁴⁰. Le législateur communautaire n'a pas manqué de souligner, lors de l'adoption de la directive 2008/101/CE, que "les États membres continuent de soutenir le travail mené avec d'autres États au sein de l'OACI"⁴¹, et cet effort de négociation s'est poursuivi en vue de l'adoption du CORSIA⁴². L'Union européenne peut ainsi apporter une justification à une prétendue violation du principe de coopération internationale, mais elle ne peut prétendre avoir agi en respectant la spécificité *institutionnelle* du droit

38 Formulation proposée par P.M. DUPUY lors de son analyse du rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998 dans l'affaire Tortues/ Crevettes. V. DUPUY (P.M.), 2000, "The Place and Role of Unilateralism in Contemporary Law", préc., p. 25.

39 "Toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur devrait être évitée. Les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontaliers ou mondiaux devraient autant que possible, être fondées sur un consensus international". Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc., pt. 168.

40 Dans ses conclusions générales dans l'affaire ATAA, l'avocat général J. KOKOTT n'a pas manqué de rappeler qu'"il est établi, et n'est d'ailleurs pas contesté, que les États membres de l'Union européenne ont pris part pendant plusieurs années aux négociations multilatérales dans le cadre de l'OACI portant sur d'éventuelles mesures de limitation ou réduction des gaz à effet de serre provenant du transport aérien". V. 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. 186.

41 Directive 2008/101/CE, préc., Considérant n°9.

42 V. CEAC, 2016, Declaration of Directors General of Civil Aviation of EU Member States and the other Members of the European Civil Aviation Conference, "Adhering to the Global Market-Based Measure (GMBM) Scheme from the Start, préc. Cette déclaration a en effet permis de souligner l'engagement "of the European Union (...) and its member States and the other Member States of the European Civil Aviation Conference (...) to work towards the adoption by the 39th ICAO Assembly of a Global Market-Based Measure scheme".

international de l'aviation civile fondée sur l'article 6 de la convention de Chicago.

434. C'est d'ailleurs sous cet angle que peut être analysée l'exigence de consentement mutuel recommandée par les successives résolutions de l'Assemblée de l'OACI. Les critiques adressées à l'Union européenne tournent en effet autour d'un même objectif politique : lui imposer le respect d'une exigence de consentement mutuel. Cette exigence se retrouve dans les récentes résolutions de l'Assemblée de l'OACI. A titre d'exemple, l'Assemblée, réunie en 2007, priait "instamment les États contractants de ne pas mettre en œuvre un régime d'échange de droits d'émissions pour les exploitants d'aéronefs des autres États contractants sauf sur la base d'un accord mutuel entre ces États"⁴³. La directive 2008/101/CE souligne également l'existence de cette exigence⁴⁴, tout en rappelant que les États membres de l'Union ont formulé une réserve à son égard⁴⁵.

Initialement vague, le rappel de cette exigence par les résolutions issues des Assemblées générales de 2010⁴⁶ et de 2013⁴⁷ fait progressivement place aux approches bilatérales et multilatérales. Cette dernière invite ainsi les États membres de l'OACI, lorsqu'ils envisagent d'adopter une mesure *fondée sur le marché* dans le cadre de l'aviation civile internationale ou d'étendre l'application d'une mesure *fondée sur le marché* préexistante au domaine de l'aviation civile internationale, à "engager des consultations et négociations bilatérales et/ou multilatérales constructives avec d'autres États pour parvenir à une entente"⁴⁸. La version anglaise de la résolution A38-18 emploie d'ailleurs la notion d'"agreement" en décidant que les États devraient "engage in constructive bilateral and/or multilateral consultations and negotiations with other States to reach an agreement"⁴⁹. Cela pourrait donc être interprété comme un rappel implicite par l'Assemblée de l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago puisque les mesures *fondées sur le marché* doivent être rattachées au droit du transport

43 OACI, 2007, Résolution A36-22, préc., para. 1 (b) (1).

44 "À l'appendice L de la résolution A36-22 qu'elle a adoptée en septembre 2007, lors de sa 36e session, l'Assemblée de l'OACI prie instamment les États contractants de ne pas mettre en œuvre un régime d'échange de droits d'émissions pour les exploitants d'aéronefs des autres États contractants sauf sur la base d'un accord mutuel entre ces États". Directive 2008/101/CE, préc., Considérant n°9.

45 Ibid. : "les États membres de la Communauté européenne et quinze autres États européens ont formulé une réserve sur cette résolution et se réservent le droit, en vertu de la convention de Chicago, d'adopter et d'appliquer, de manière non discriminatoire, des mesures fondées sur le marché aux exploitants d'aéronefs de tous les États fournissant des services aériens en direction, à partir ou à l'intérieur de leur territoire". L'argument utilisé par l'Union est critiquable, puisqu'il se base sur une lecture erronée de l'article 11 de la convention de Chicago, mais cela relève d'une analyse liée à l'inapplicabilité des dispositions liées au droit de la navigation aérienne. V. *infra*, n°436 à 439.

46 V. OACI, 2010, Résolution A37-19, préc., pt. 14.

47 V. OACI, 2013, Résolution A38-18, préc., pt. 16 (a).

48 *Ibid.*, pt. 16 (a).

49 *Ibid.* (souligné par nous).

aérien international. Les références effectuées par l'Assemblée aux approches bilatérales et multilatérales pourraient ainsi illustrer une prise de conscience des États membres de l'OACI – à l'exception des États membres de l'Union ayant adressé une réserve à l'égard de cette résolution⁵⁰ – d'une approche qui, bien que nécessairement extérieure au cadre du droit dérivé de cette organisation, se doit de respecter l'exigence de consentement mutuel.

L'incertitude provient cependant de l'absence de précision par la résolution A38-18 de la base juridique d'une telle exigence de consentement mutuel. Deux hypothèses peuvent alors être envisagées : si l'exigence de consentement mutuel se base sur le principe directeur de coopération internationale, les réserves de l'Union européenne visant la contestation de l'existence même d'une telle exigence, apparaissent justifiées ; si elle se base sur l'article 6 de la convention de Chicago, le caractère non contraignant des résolutions de l'Assemblée n'offre pas la possibilité à l'Union de se soustraire aux obligations conventionnelles de ses États membres. Ces derniers ne peuvent en effet se soustraire à l'obligation d'autorisation posée par cet article 6 dans le domaine du transport aérien international. L'exigence de consentement mutuel chercherait ainsi à rappeler que l'article 6 de la convention de Chicago, dans le cadre limité du droit du transport aérien international, transforme l'obligation de négociation du principe de coopération internationale en obligation de résultat, et que les États membres sont contraints, lorsqu'ils cherchent à mettre en œuvre une mesure visant l'exploitation d'un service aérien international, de parvenir à une "entente" concrétisée dans le cadre d'un accord support de l'autorisation ou de la permission nécessaire à cette mise en œuvre.

435. *Conclusion.* Le travail de qualification des mesures *fondées sur le marché*, impliquant le rattachement de ces dernières au droit du transport aérien international, a ainsi permis de déceler une spécificité *institutionnelle* du droit international de l'aviation civile réduisant la marge de manœuvre unilatérale des États parties à la convention de Chicago. Le droit actuellement en vigueur, soumis à la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international, impose en effet de respecter l'exigence d'"*autorisation*" ou de "*permission spéciale*" présente à l'article 6 de la convention. Les

50 "La Convention de Chicago reconnaît expressément le droit de chaque État contractant d'appliquer ses lois et règlements aux aéronefs de tous les États sur une base non discriminatoire. Bien qu'ils se soient engagés à adopter une démarche multilatérale dans la lutte contre les incidences des émissions de l'aviation, les 28 États membres de l'Union européenne et les 14 autres États membres de la CEAC voudraient souligner que les résolutions de l'Assemblée ne peuvent restreindre ce droit ni ajouter aux obligations des États contractants de l'OACI". Réserves formulées par la Lituanie au nom des États membres de l'Union européenne et de 14 États membres de la Conférence européenne de l'aviation civile (CEAC), Résolution A38-18, préc., disponible à http://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/Lithuania_fr.pdf (consulté le 13 janvier 2017).

États ont choisi de respecter cette exigence par l'intermédiaire d'ASAs matérialisant cette "autorisation" et intégrant les conditions de cette dernière.

Il vient donc d'être démontré que le législateur européen n'a pas jugé opportun de respecter, lors de l'adoption de la directive 2008/101/CE, cette exigence normative intrinsèque à la branche commerciale du droit international de l'aviation civile. Le législateur européen semblait d'ailleurs pleinement conscient de cet "arrangement" normatif, car il n'a pas manqué de présenter une argumentation cherchant à justifier le contournement de cette exigence en effectuant une interprétation évolutive et extensive de l'article 11 de la convention de Chicago. Outre la variable d'inquiétude issue d'une telle démarche, cet argument doit à présent être analysé car il implique une évidente violation de la distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien international.

1.2. L'utilisation déguisée de l'article 11 de la convention de Chicago : une justification inappropriée de la mesure européenne

436. Justifier l'initiative *corrective* et unilatérale de l'Union européenne sur le fondement de l'article 11 de la convention de Chicago ou, par simple extension, sur le fondement des clauses spécifiques des ASAs relatives au respect des règlements nationaux, repose sur une lecture erronée des spécificités normatives du droit international de l'aviation civile. Cela revient à assimiler les notions d'accès à l'espace aérien et d'accès au marché afin de démontrer la validité de la directive 2008/101/CE sur la base de ces diverses dispositions. Le champ d'application de l'article 11 de la convention de Chicago se trouve en effet limité au droit de la navigation aérienne, et il ne peut donc justifier, dans son ensemble, une mesure *fondée sur le marché* et unilatérale dans le domaine des émissions aériennes de GES. En ce sens, et dans le cadre des conditions à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux, l'Union européenne ne peut légitimement se soustraire à l'exigence d'"*autorisation*" de l'article 6 de la convention de Chicago en fondant son initiative sur l'article 11 de cette même convention.

437. C'est pourtant là que se cache le principal argument du législateur européen. Il faut pour cela revenir aux considérants n°8 et 9 du préambule de la directive 2008/101/CE. Ils résument en effet, et à eux seuls, la position du législateur européen quant au fondement d'une réglementation qu'il souhaite voir s'appliquer aux services aériens internationaux à destination ou en provenance d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre de l'Union, et ce peu importe la nationalité de la compagnie aérienne effectuant de tels services.

Dans le considérant n°9, il est ainsi rappelé l'exigence de consentement mutuel confirmée par la plus la résolution A36-22 de l'Assemblée de l'OACI⁵¹. Ce même considérant oppose néanmoins à une telle exigence le fait que "la convention de Chicago reconnaît expressément le droit de chaque partie contractante à appliquer ses propres lois et réglementations aériennes de manière non discriminatoire aux aéronefs de tous les États"⁵². Bien que le considérant n°9 du préambule ne le cite pas, on devine aisément, tant les formulations se rapprochent, qu'un tel considérant se réfère à l'article 11 de la convention de Chicago⁵³. Cet article 11 se lit comme suit :

sous réserve des dispositions de la présente Convention, les lois et règlements d'un État contractant relatifs à l'entrée et à la sortie de son territoire des aéronefs employés à la navigation aérienne internationale, ou relatifs à l'exploitation et à la navigation desdits aéronefs à l'intérieur de son territoire, s'appliquent, sans distinction de nationalité, aux aéronefs de tous les États contractants et lesdits aéronefs doivent s'y conformer à l'entrée, à la sortie et à l'intérieur du territoire de cet État⁵⁴.

Le législateur européen semble ainsi avoir trouvé dans cet article 11 le fondement juridique à son objectif politique, ce qui lui permettrait de sortir du dilemme de l'amendement ou de la dénonciation des ASAs impliqué par le rattachement des mesures *fondées sur le marché* à la branche commerciale du droit international de l'aviation civile. Cela lui permet d'ailleurs, au même titre, de justifier la réserve que les États membres de l'Union ont formulé à l'encontre de l'exigence de consentement mutuel inscrite au sein des résolutions de l'Assemblée de l'OACI⁵⁵, avant de conclure que ces derniers

51 "À l'appendice L de la résolution A36-22 qu'elle a adoptée en septembre 2007, lors de sa 36e session, l'Assemblée de l'OACI prie instamment les États contractants de ne pas mettre en œuvre un régime d'échange de droits d'émissions pour les exploitants d'aéronefs des autres États contractants *sauf sur la base d'un accord mutuel entre ces États*". V. Directive 2008/101/CE, préc., Considérants n° 8 et 9 (souligné par nous).

52 Ibid. (souligné par nous).

53 Cet article se lit de la manière suivante : "sous réserve des dispositions de la présente Convention, les lois et règlements d'un État contractant relatifs à l'entrée et à la sortie de son territoire des aéronefs employés à la navigation aérienne internationale, ou relatifs à l'exploitation et à la navigation desdits aéronefs à l'intérieur de son territoire, s'appliquent, sans distinction de nationalité, aux aéronefs de tous les États contractants et lesdits aéronefs doivent s'y conformer à l'entrée, à la sortie et à l'intérieur du territoire de cet État". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 11.

54 Ibid.

55 Réserves formulées par le Portugal au nom des États membres de la Communauté européenne (CE) et des autres États membres de la Conférence européenne de l'aviation civile (CEAC), OACI, Résolution A36-22, préc., disponible à http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2036th%20Session/A36_MIN_P_9_fr.pdf (consulté le 9 août 2016).

se réservent le droit, en vertu de la convention de Chicago, d'adopter et d'appliquer, de manière non discriminatoire, des mesures fondées sur le marché aux exploitants d'aéronefs de tous les États fournissant des services aériens en direction, à partir ou à l'intérieur de leur territoire⁵⁶.

438. L'article 11 s'appliquant "aux lois et règlements d'un État contractant relatifs à l'entrée et à la sortie de son territoire", il faut alors reconnaître qu'il est assez tentant de classer la directive 2008/101/CE parmi ces lois et règlements pouvant s'appliquer, "sans distinction de nationalité, aux aéronefs de tous les États contractants". Le diable se cache pourtant dans les détails, et un lecteur averti ne peut s'empêcher de relever l'accommodation qu'effectue le législateur européen dans l'utilisation de cette disposition centrale de la convention de Chicago⁵⁷. Le champ d'application de l'article 11 est en effet bien plus strict que ne le laisse penser l'interprétation faite par le préambule de la directive 2008/101/CE. Il n'embrasse pas toutes les "lois et réglementations aériennes" mais se limite explicitement aux lois et règlements s'appliquant "aux aéronefs employés à la navigation aérienne internationale". Le champ d'application matériel de l'article 11 se trouve donc limité au droit de la navigation aérienne. L'intitulé de cet article le confirme puisque l'objectif est d'encadrer les "règlements de l'air", ce qui renvoie à l'importance des droits de police de la navigation aérienne permettant de maintenir l'ordre public dans l'espace aérien au-dessus du territoire national⁵⁸.

L'article 11 de la convention de Chicago se trouve d'ailleurs intrinsèquement lié à l'article 12 de cette même convention. Ce dernier limite quant à lui explicitement son champ d'application au "vol" et à la "manœuvre des aéronefs", en insistant sur le fait que les États contractants se doivent de maintenir leurs règlements "dans ce domaine conformes, dans toute la mesure du possible, à ceux qui pourraient être établis en vertu de la présente Convention"⁵⁹. Un travail de délimitation du champ d'application de cet article 12 ne permet donc pas

56 V. Directive 2008/101/CE, préc., Considérants n°9.

57 Certains auteurs remarquent ainsi l'omission de l'expression "à l'intérieur du territoire", ce qui pourrait avoir son importance face à la question de l'extraterritorialité de la mesure européenne. V., notamment, MENDES DE LEON (P.), 2015, "Les efforts de l'Union européenne pour forcer la réduction des émissions de gaz à effet de serre par l'aviation civile – Reculer pour mieux sauter ?", préc., p. 355.

58 L'importance de ces droits de police de la navigation aérienne remonte aux prémices de l'activité aérienne, comme l'illustre une décision du Conseil d'État français en date du 7 mars 1930. V. Conseil d'État, 7 mars 1930, Compagnie aérienne française et Chambre syndicale de l'industrie aéronautique, Publié au recueil Lebon.

59 L'article 12 se lit comme suit : "chaque État contractant s'engage à adopter des mesures afin d'assurer que tout aéronef survolant son territoire ou y manœuvrant, ainsi que tout aéronef portant la marque de sa nationalité, en quelque lieu qu'il se trouve, se conforment aux règles et règlements en vigueur en ce lieu pour le vol et la manœuvre des aéronefs. Chaque État contractant s'engage à maintenir ses règlements dans ce domaine conformes, dans toute la mesure du possible, à ceux qui pourraient être établis en vertu de la présente Convention". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 12 (souligné par nous).

le moindre doute : il se contente d'englober l'ensemble des règles relatives à la circulation des aéronefs, un ensemble lui-même motivé par un souci de sécurité de la navigation aérienne⁶⁰. Les articles 11 et 12 de la convention de Chicago apparaissent donc comme les deux faces d'une même pièce et leur combinaison forme ainsi la pierre angulaire du droit de la navigation aérienne.

La mesure unilatérale européenne, prenant la forme d'une mesure *fondée sur le marché*, a été qualifiée de condition à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux, et se doit à ce titre d'être rattachée au droit du transport aérien international. L'article 11 ne peut donc tout simplement pas constituer le fondement juridique à cette initiative unilatérale de l'Union européenne. Cela reviendrait en effet à étendre considérablement le champ d'application *ratione materiae* d'un tel article. Comme l'indique P. MENDES DE LEON,

whereas the Chicago Convention restricts its scope to "the laws and regulations of a contracting State relating to the admission to or departure from its territory of aircraft engaged in international air navigation, or to the operation and navigation of such aircraft" the Directive broadens that scope to "air laws and regulations" generally⁶¹.

439. Une argumentation fondée sur l'article 11 oblige le législateur européen à opérer une seconde manipulation du champ d'application de cet article : au-delà d'un champ d'application matériel limité au droit de la navigation aérienne, l'article 11 limite en effet son champ d'application territorial à la navigation des aéronefs à l'intérieur du territoire de l'État à l'origine du règlement de l'air. Les aéronefs doivent en effet se conformer à de tels règlements "à l'intérieur du territoire", ce qui ne fait d'ailleurs qu'illustrer l'importance de principe de souveraineté aérienne au sein de l'ordre international de l'aviation civile. Certainement conscient des critiques éventuelles sur la

60 Il faut reconnaître à ce titre la conformité de la directive 2008/101/CE avec l'article 12 affirmant qu'"au-dessus de la haute mer, les règles en vigueur sont les règles établies en vertu de la présente Convention". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 12. Ce dernier a en effet fréquemment servi d'argument à l'encontre d'une initiative *corrective* et unilatérale intégrant les émissions de GES produites au-dessus de la haute mer. Le champ d'application de l'article 12 et celui de la mesure *corrective* européenne n'étant pas les mêmes, puisque l'article 12 se limite à encadrer les règles applicables dans le domaine de la navigation aérienne alors que la mesure européenne se doit d'être rattachée au droit du transport aérien international, il ne peut cependant être reproché à cette dernière le non-respect des exigences liées à cet article. Bien qu'à l'appui de son argumentation face à la critique de l'extraterritorialité de la directive 2008/101/CE, la CJUE n'exprime d'ailleurs rien d'autre lorsqu'elle affirme que l'application de cette directive "ne saurait (...) remettre en cause le principe de la liberté de survol de la haute mer puisqu'un aéronef survolant celle-ci n'est pas soumis, en tant qu'il effectue un tel survol, au système d'échange de quotas". V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pts. 126 et 127.

61 MENDES DE LEON (P.), 2012, "Enforcement of the EU ETS: The EU's Convulsive Efforts to Export its Environmental Values", préc., p. 290 et 291.

base de cette limitation territoriale du champ d'application de l'article 11⁶², le législateur a tout simplement choisi de supprimer cette précision lorsqu'il se réfère, implicitement il est vrai, à l'article 11 de la convention de Chicago dans le considérant n°9 du préambule de la directive 2008/101/CE⁶³. Il s'agit néanmoins d'une nouvelle illustration de l'absence de respect par le législateur européen des spécificités du droit international de l'aviation civile dans le seul but de justifier un objectif politique : celui de la lutte contre les changements climatiques. B.F. HAVEL et J.Q. MULLIGAN n'hésitent pas à conclure au "triomphe de la politique" lorsqu'ils cherchent à comprendre la motivation des juges de la CJUE dans l'affaire *ATAA*⁶⁴.

440. Dans la même logique, les clauses spécifiques des ASAs relatives au respect des règlements nationaux ne peuvent être considérées comme le fondement juridique d'une mesure *corrective* et unilatérale. De telles clauses ne sont en effet que le reflet de l'exigence conventionnelle de l'article 11 de la convention de Chicago. Leur présence au sein des ASAs, cadres des aspects économiques de l'activité aérienne, s'explique par la spécificité de certains aspects du droit de la navigation aérienne conçu sous la forme d'une réglementation multilatérale *a minima* permettant son renforcement par l'intermédiaire des lois et règlements nationaux⁶⁵. A ce titre, et comme le rappelle P. MENDES DE LEON, les conditions inscrites au sein d'un ASA comprennent " *the applicability of local air navigation rules as confirmed by Article 11 of the Chicago Convention*"⁶⁶. L'article 7, paragraphe 1 de l'accord "ciel ouvert" États-Unis/Union européenne constitue une très belle illustration de ces clauses exigeant le respect des règlements nationaux sur le modèle de l'article 11 de la convention de Chicago. Il indique que

les dispositions législatives et réglementaires d'une partie régissant sur son territoire l'entrée et la sortie des aéronefs assurant la navigation aérienne internationale, ou régissant l'exploitation et la navigation desdits aéronefs lorsqu'ils se trouvent sur son territoire, s'appliquent aux aéronefs utilisés par les transporteurs aériens de

62 Pour une description de la directive 2008/101/CE, v. *supra*, n°26.

63 "The crucial words "while within its territory" have been deleted (!) in the 'EU version' of this international law provision. These words are crucial as the Chicago Convention, which is regarded as the constitution of international civil aviation, proceeds from territorial jurisdiction unless otherwise agreed between its contracting State". V. MENDES DE LEON (P.), 2012, "Enforcement of the EU ETS: The EU's Convulsive Efforts to Export its Environmental Values", préc., p. 298.

64 V. HAVEL (B.F.), MULLIGAN (J.Q.), 2012, "The Triumph of Politics: Reflections on the Judgment of the Court of Justice of the European Union Validating the Inclusion of Non-EU Airlines in the Emissions Trading Scheme", préc.

65 V. *supra*, n°362.

66 MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law, op. cit.*, p. 49.

l'autre partie et sont observées par lesdits aéronefs lorsqu'ils entrent sur le territoire de la première partie, lorsqu'ils y séjournent ou lorsqu'ils le quittent⁶⁷.

En application de cette clause, "*the exercise of (...) rights is subject to national and local rules regarding safety, customs, security, and the environment*"⁶⁸. Mais cela ne peut concerner l'ensemble des mesures environnementales et la distinction entre mesures *préventives* et *correctives* s'annonce ici déterminante. Il est en effet nécessaire d'interpréter ce type de clause de façon étroite et cela n'inclut donc que les aspects techniques de la navigation aérienne.

441. La tendance est pourtant d'élargir le champ d'application de ces clauses spécifiques afin d'y inclure certains aspects économiques liés au développement de l'aviation civile internationale. Cette lecture des ASAs est pourtant erronée et n'apparaît pas respectueuse de l'exigence inscrite à l'article 6 de la convention de Chicago. Par application de cet article 6, tout ce qui se rapporte aux aspects commerciaux de l'exploitation des services aériens internationaux, et notamment la question de l'accès au marché, doit être négocié et accepté dans le cadre de l'"*autorisation*" imposée par l'article 6 de la convention de Chicago. Une mesure *fondée sur le marché*, puisqu'elle se trouve rattachée au droit du transport aérien international, ne peut donc se voir imposer unilatéralement par un État contractant aux aéronefs d'un État tiers exploitant les liaisons aériennes ouvertes par l'intermédiaire de l'ASA négocié entre ces deux derniers.

Dans le cadre spécifique du champ d'application *ratione materiae* de la mesure européenne, l'utilisation par les juges de la CJUE dans l'affaire ATAA de la notion de "*pleine applicabilité du droit de l'Union*"⁶⁹ ou de la notion de "*pleine juridiction*"⁷⁰ apparaît d'ailleurs particulièrement irrespectueuse des spécificités du droit international de l'aviation civile : si une mesure *fondée sur le marché* en dehors du cadre multilatéral de l'OACI est possible, l'unilatéralisme caractérisant l'approche envisagée, lorsque cette dernière se trouve liée au droit du transport aérien international, ne peut valablement se soustraire à l'exigence conventionnelle de l'article 6 de la convention de Chicago. En ce sens, la compétence aérienne et climatique de l'Union, justifiée dans le chapitre préliminaire de ce titre, ne lui permet pas d'étendre *ratione materiae* le champ d'application de sa mesure *corrective* aux services aériens internationaux réguliers sans obtenir préalablement l'autorisation ou la permission spéciale des États tiers concernés par de tels services.

67 Accord "ciel ouvert" États-Unis/Union européenne, 2007, préc., Art. 7.

68 MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 73.

69 V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 129.

70 Les juges affirment en effet que dès lors qu'un aéronef "se trouve physiquement sur le territoire de l'un des États membres de l'Union", ce dernier se trouve "*soumis à ce titre à la pleine juridiction de l'Union*". V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 125. Pour une analyse de cette notion de "*pleine juridiction*" dans le cadre du champ d'application territoriale de la directive 2008/101/CE, v. *infra*, n°498 et 501.

442. *Conclusion.* Présentons les choses de manière succincte. L'article 11 de la convention de Chicago, formant la base juridique du droit de la navigation aérienne, ne peut tout d'abord être utilisé comme fondement d'une mesure rattachée quant à elle au droit du transport aérien international. Cela relève en effet d'une interprétation évolutive de cet article en violation des spécificités *institutionnelles* du droit international de l'aviation civile, et donc du droit en vigueur. Même verdict concernant les clauses des ASAs n'étant que le simple reflet de l'article 11 de la convention de Chicago : elles ne peuvent venir justifier le champ d'application d'une mesure *fondée sur le marché* et unilatérale puisque de telles clauses ont un champ d'application limité au domaine de la navigation aérienne.

Comme indiqué précédemment⁷¹, l'unilatéralisme ne doit néanmoins pas être assimilé à l'extension du champ d'application *ratione materiae* d'une mesure. La condamnation de l'exercice, par l'Union européenne, de son titre de compétence *ratione materiae* – une condamnation justifiée par l'absence de prise en compte, par le législateur européen, de la "*lex specialis*" que forme le droit international de l'aviation civile au sein du droit international public – invite ainsi à s'interroger sur les possibilités d'initiative unilatérale et *fondée sur le marché* respectueuse du droit international de l'aviation civile et s'inscrivant dans un cadre caractérisé par la sécurité juridique. C'est en ce sens qu'il est à présent proposé de s'intéresser à l'hypothèse d'un unilatéralisme "négocié".

2. L'IMPRUDENCE DU LÉGISLATEUR EUROPÉEN : UN CONTOURNEMENT CONTESTABLE DES ACCORDS DE SERVICES AÉRIENS

443. Il vient d'être démontré que l'initiative européenne, lorsque l'on se place dans le cadre du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2008/101/CE, n'a pas été respectueuse des spécificités *institutionnelles* du droit international de l'aviation civile. Elle implique en effet une violation de l'exigence d'"*autorisation*" ou de "*permission spéciale*" de l'article 6 de la convention de Chicago.

Cette violation ne pouvant être contournée par l'interprétation évolutive de l'article 11 de cette même convention, il ne reste donc au législateur européen – si ce dernier souhaite à l'avenir élargir le champ d'application de la directive 2008/101/CE au-delà des services aériens entre les États membres de l'Espace économique européen (ci-après EEE) – que l'option d'une modification préalable des ASAs supports de l'"*autorisation*" d'exploitation commerciale

71 V. *supra*, n°395.

des services aériens internationaux que le législateur européen souhaite inclure au sein de ce champ d'application⁷².

444. A ce stade de l'analyse, et sortant un instant du contexte de la directive 2008/101/CE, il apparaît nécessaire de préciser que deux approches permettent la mise en œuvre, *in fine*, d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché* respectueuse de la réglementation juridique encadrant actuellement l'exploitation commerciale des services aériens internationaux. La première, qualifiée de "*top-down*", implique un instrument multilatéral support de la mesure adoptée par la Communauté aérienne internationale. Il peut à ce titre être envisagé, comme évoqué précédemment, l'utilisation de la convention de Chicago⁷³ ou l'adoption d'une nouvelle convention internationale sous l'égide de l'OACI⁷⁴. Cette approche suit une logique "descendante" car l'initiative et l'adoption des principaux aspects de la mesure s'effectuent au sommet de l'ordre international de l'aviation civile – et donc sous l'égide de l'OACI – pour ne laisser aux niveaux inférieurs – et donc aux organisations régionales et aux États membres de l'OACI – que la charge d'une mise en œuvre effective de cette dernière. Cette mise en œuvre peut alors passer par l'adoption de réglementations nationales ou par l'utilisation des ASAs comme l'illustrent très précisément, bien que dans des aspects extérieurs au droit du transport aérien international, les domaines de la sécurité et de la sûreté aérienne⁷⁵. Il convient alors d'admettre que le recours à cette approche permet de répondre à l'illicéité constatée de la démarche unilatérale de l'Union européenne. Il suffit pour cela, comme semble l'avoir actuellement choisi le législateur européen, de s'éloigner d'une approche unilatérale afin de privilégier une réponse multilatérale sous l'égide de l'OACI. En acceptant de ne plus recourir à l'unilatéralisme, le législateur européen évite ainsi les critiques juridiques y étant associées. Cette approche apparaît aujourd'hui couronnée de succès puisqu'elle a permis l'émergence du CORSIA lors de la 39^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI.

Mais cette approche n'est pas la seule voie vers la naissance d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché*. Ce sont d'ailleurs les difficultés liées à cette approche "*top-down*" qui ont initialement justifié le recours par l'Union européenne à l'unilatéralisme dans le domaine des émissions aériennes de GES. Et c'est bien l'échec toujours possible d'une mise en œuvre effective du CORSIA qui nous a amené à réfléchir à l'hypothèse, à l'avenir, d'une approche *fondée*

72 Tout cela ne résulte d'ailleurs que d'une prise en compte rigoureuse de la distinction entre le droit du transport aérien international et le droit de la navigation aérienne. Les mesures fondées sur le marché étant rattachées au droit du transport aérien international, elles tombent sous l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago. Le champ d'application de l'article 11 étant quant à lui limité au droit de la navigation aérienne, cet article ne peut servir de justification à la mise en œuvre unilatérale d'une mesure *fondée sur le marché*.

73 V. *supra*, n°379 à 387.

74 V. *supra*, n°368 à 378.

75 V. *supra*, n°354.

sur le marché qui, tout en restant respectueuse des spécificités normatives du droit international de l'aviation civile, se situerait en dehors du cadre onusien. Il apparaît donc nécessaire d'évoquer à présent l'éventualité de cette seconde approche, qualifiée de "bottom-up", impliquant l'adoption d'une série de mesures *correctives* et *locales* dont l'association anticipée viserait à faire progressivement émerger une réglementation *mondiale* des émissions aériennes de GES. Par le choix d'une stratégie "bottom-up", l'objectif resterait ainsi inchangé puisqu'il s'agirait, comme dans le cas d'une approche "top-down", de faire émerger une mesure *mondiale* de *correction*. L'approche serait cependant inversée puisqu'elle suivrait désormais une logique "ascendante". Dans l'hypothèse d'un échec normatif du CORSIA, cette approche consisterait alors, plus concrètement, à se détacher du cadre onusien afin de faire progressivement émerger – par une combinaison progressive de réglementations pouvant être nationales, bilatérales ou régionales – un encadrement *correctif* et *mondial* des émissions aériennes de GES.

Analyser cette approche à ce stade de l'analyse se trouve justifié puisqu'il sera par la suite démontré que l'unilatéralisme *correctif* – à la condition que le recours à l'unilatéralisme soit respectueux des spécificités normatives du droit international de l'aviation civile et donc de l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago⁷⁶ – pourrait constituer le point de départ de cette stratégie "bottom-up"⁷⁷. Cela étant dit, il convient dès maintenant de préciser que l'approche "bottom-up" – une approche *a priori* en dehors du cadre onusien – n'implique pas nécessairement l'exclusion de la participation de l'OACI. L'organisation onusienne pourrait en effet servir de plateforme de négociation afin de parvenir à la combinaison et à l'harmonisation des réglementations *locales*. Elle pourrait également se voir attribuer un rôle central afin de surveiller l'effectivité et de veiller à la mise en œuvre des mesures adoptées. Elle pourrait même se trouver à l'origine d'une telle démarche "ascendante" en proposant une "réglementation modèle" – que les États ne feraient ensuite que reproduire dans leurs réglementations nationales – ou une "clause modèle" – que les États pourraient choisir d'intégrer à leurs ASAs – tout en laissant à ses États membres la décision souveraine de son adoption. L'OACI ne semble néanmoins pas avoir encouragé cette stratégie et il apparaît donc préférable de l'analyser dans le cadre d'éventuelles initiatives *fondées sur le marché* en dehors du cadre onusien.

Au-delà du point de départ de l'approche "bottom-up", il faut quoi qu'il en soit souligner que le succès d'une telle approche – concrétisé par la formulation d'un encadrement juridique *mondial* des émissions aériennes de GES – repose sur la combinaison progressive et effective des mesures *locales* de *correction*. Outre la possibilité de leur utilisation comme source normative d'une

76 V. *supra*, n°429 à 435.

77 V. *infra*, n°453 à 456.

stratégie "bottom-up", les ASAs apparaissent à ce titre comme l'outil évident d'une telle combinaison⁷⁸. Et dans l'hypothèse d'un recours à l'unilatéralisme correctif afin d'initier cette approche "bottom-up", l'analyse effectuée précédemment du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2008/101/CE⁷⁹ n'a d'ailleurs pas manqué de souligner l'importance des ASAs en tant que paramètre juridique essentiel à toute discussion concernant les conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux. Comme indiqué, les ASAs pourraient enfin être le support juridique initial de mesures *locales* – bilatérales ou plurilatérales – de *correction*. Et dans toutes ces hypothèses, il faudrait imaginer l'harmonisation des ASAs progressivement amendés – dans le but d'intégrer une mesure *corrective* ou dans le but de combiner les mesures nationales ou régionales de *correction* préexistante – afin de permettre l'émergence d'un encadrement juridique *mondial* de la réduction des émissions aériennes de GES. L'ASA se retrouve donc bien l'instrument normatif central d'une stratégie "bottom-up".

445. Afin de reprendre le fil de la démonstration, il s'agit donc d'apporter, par l'analyse de l'instrument des ASAs, une solution à l'illicéité constatée du champ d'application *ratione materiae* de la mesure européenne de 2008. Cet objectif amène néanmoins à élargir le cadre de la réflexion au-delà des seules initiatives unilatérales afin de se pencher sur l'ensemble des hypothèses de mesures *fondées sur le marché* en dehors du cadre de l'OACI⁸⁰.

A ce titre, évoquer l'hypothèse d'une utilisation des ASAs actuellement en vigueur lors de la recherche d'une solution *mondiale* et *corrective* en dehors du cadre onusien exige, dans un premier temps, d'approfondir l'analyse de cet instrument normatif intrinsèquement lié à la branche commerciale du droit international de l'aviation civile. En ce sens, exposer certaines spécificités caractéristiques de ces ASAs et présenter certaines étapes dans l'évolution du régime juridique – lié aux conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux – qu'ils encadrent (2.1) s'avère indispensable avant de se pencher sur l'éventualité de leur utilisation afin de permettre l'émergence

78 A ce titre, B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ ne manquent d'ailleurs pas de souligner la suppression des situations conflictuelles analysées dans la première partie de ce travail "if two states, certain cluster of states, or even all of the ICAO member states were to negotiate an emissions reduction treaty outside the Organization's auspice". V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), "Towards an International Aviation Emissions Agreement", préc., p. 360. Pour une analyse de ces situations conflictuelles, v. *supra*, Partie 1.

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

80 Il peut néanmoins être souligné qu'une résolution de l'Assemblée générale de l'OACI ou qu'une convention multilatérale adoptée sous l'égide de l'OACI pourrait, en théorie du moins, parfaitement être le support normatif de la "permission spéciale" ou de l'"autorisation" exigée par l'article 6 de la convention de Chicago. Ce sont néanmoins les difficultés liées à l'utilisation de tels supports juridiques dans le domaine de la *correction* des émissions qui ont justifié l'analyse d'éventuelles initiatives des États en dehors du cadre onusien. Pour une analyse de ces instruments à disposition de l'OACI, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

d'une approche "bottom-up" de la correction des émissions de GES en provenance de l'activité aérienne internationale (2.2).

2.1. L'accord de services aériens : un support privilégié de l'exigence d'autorisation

446. Dans le cadre *stricto sensu* du commerce aérien, et pour revenir à l'origine même des ASAs, il convient tout d'abord de rappeler que l'article 6 de la convention de Chicago est fréquemment interprété comme le reflet d'un échec partiel des négociations de Chicago. Les États-Unis n'ont en effet pas réussi à imposer, dans le cadre même de la convention de Chicago et face aux thèses protectionnistes du Royaume-Uni, le multilatéralisme comme support juridique des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux⁸¹.

L'échec associé à la proposition d'un accord relatif au transport aérien international lors de la signature de la convention de Chicago – un échec contrastant avec l'entrée en vigueur et la très large ratification de l'accord relatif au transit des services aériens internationaux – en est d'ailleurs la preuve immédiate. Comme expliqué dans le chapitre préliminaire de ce travail de recherche⁸², l'entrée en vigueur du second accord, ouvrant de façon relativement large les deux premières libertés de l'air⁸³, était en effet indispensable au développement de la navigation aérienne internationale. A l'inverse, le contenu du premier accord – s'intéressant au cœur de l'activité économique du transport aérien en incluant les droits de troisième, quatrième et cinquième libertés⁸⁴ – explique son échec et illustre le rejet du multilatéralisme pour encadrer les conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux. Après l'adoption de la convention, la Communauté aérienne internationale avait pourtant continué d'évoquer les bénéfices d'une multilatéralisation de la réglementation économique des services aériens. La résolution A1-38 évoque en ce sens un consensus initial sur la nécessité d'une convention multilatérale dans le domaine du transport aérien international :

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

82 V. *supra*, n°68.

83 Ces libertés permettent le survol des espaces aériens nationaux et les escales techniques. Pour une définition précise des droits de première et seconde libertés et la justification de leur rattachement au droit de la navigation aérienne, v. *supra*, n°68.

84 Pour une définition précise des droits de troisième, quatrième et cinquième libertés et la justification de leur rattachement au droit du transport aérien international, v. *supra*, n°68.

it is apparent from the exchange of views during the present Assembly that considerable agreement has been reached as to the need for adequate principles and provisions on which Multilateral Agreement on Commercial Rights In International Civil Air Transport may be based⁸⁵.

L'Assemblée avait même prévu, aux fins de cet objectif, la mise en place d'une commission chargée de préparer et de présenter un accord relatif à l'échange des droits de trafic aérien, mais les développements de la pratique ont semblé-t-il eu raison de ces objectifs théoriques.

447. La conclusion des ASAs trouve donc sa source dans l'échec d'un multilatéralisme support des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux. L'encadrement juridique des aspects liés au transport aérien international fait ainsi l'objet d'un régime juridique spécifique, fragmenté, et matérialisé par la négociation de ces ASAs. Les États parties à la convention de Chicago ont en effet choisi ces ASAs afin de matérialiser l'exigence d'"*autorisation*" ou de "*permission spéciale*" présente à l'article 6 de la convention de Chicago. La mission première de ces ASAs est donc d'être le support de l'autorisation donnée par un État à l'exploitation d'un service aérien international régulier au départ, à destination, ou au-dessus de son territoire national.

A l'origine, et suivant le modèle de l'accord "Bermudes I" signé le 11 février 1946 entre les États-Unis et la Grande Bretagne⁸⁶, ces ASAs reposaient plus précisément sur une réglementation restrictive et détaillée de quatre piliers économiques : les droits de trafic aérien et routes aériennes, la capacité, les tarifs et enfin les fréquences des services. Il s'agissait là de l'essence même de ces accords, des droits "durs", constituant le cœur de la branche commerciale du droit international de l'aviation civile. Une analyse détaillée de la substance des ASAs dépassant le cadre de ce travail de recherche⁸⁷, nous nous contenterons donc de rappeler la dérégulation progressive des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux suite à la politique "ciel ouvert" des États-Unis⁸⁸. Cette politique a en effet entraîné

85 V. OACI, Résolutions A1-38 adoptée durant la 1^{re} session de l'Assemblée générale s'étant déroulée à Montréal du 6 au 27 Mai 1947, "Development of a Multilateral Agreement on Commercial Rights in International Air Transport", Doc. 4411, p. 36.

86 V. Accord "Bermudes I", 1946, préc.

87 Sur ce sujet, v., notamment, HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 69 et s. ; MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law*, op. cit., p. 49 et s.

88 Pour une description de cette politique, v. Site web de l'"U.S. Department of State", disponible à <https://www.state.gov/e/eb/tra/ata/index.htm> (consulté le 19 mai 2017). L'adjectif "ciel ouvert" a ensuite été utilisé pour qualifier l'ensemble des ASAs issus de cette politique de dérégulation des conditions d'exploitation des services aériens internationaux.

l'émergence d'une nouvelle génération d'ASAs⁸⁹ prenant le contre-pied de l'approche initialement restrictive des quatre piliers économiques précédemment mentionnés. Et cette progressive libéralisation des conditions d'exploitation des services aériens internationaux⁹⁰ n'a pas manqué de s'accompagner d'une prise en considération, par certains de ces ASAs, de l'impact environnemental lié à l'augmentation des services proposés⁹¹.

448. Bien que la substance initiale des ASAs ait ainsi cédé, sous bien des aspects, aux appels du libéralisme économique, il faut néanmoins se garder de placer l'analyse des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux dans un cadre de pensée adoptant les grands principes du commerce multilatéral. Dans un ouvrage de 2006, J. NAVEAU prévenait d'ailleurs que si l'autonomie relative du droit international de l'aviation civile peut sembler aujourd'hui dépassée par la libéralisation du commerce aérien, il est toujours nécessaire "de tenir compte du caractère spécial du transport aérien"⁹². Et la progression des tendances "protectionnistes" illustrées par la politique américaine du Président D. TRUMP, ainsi que des éventuelles conséquences du BREXIT, laissent présager le maintien, ou le renforcement, de cette spécificité. Cette dernière continue aujourd'hui d'être reflétée par deux constats, le second n'étant d'ailleurs que la conséquence du premier : la branche commerciale du droit international de l'aviation civile possède tout d'abord cette particularité d'être restée isolée des règles multilatérales de l'OMC – et la progression du modèle "ciel ouvert" est aujourd'hui loin de signifier une libéralisation des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux suivant les règles de l'OMC – et le bilatéralisme continue aujourd'hui d'être la forme que revêt la plus grande majorité des ASAs.

Sur le premier constat, et comme indiqué à plusieurs reprises⁹³, il est vrai qu'une annexe spécifique du GATS permet l'application des accords de l'OMC aux mesures qui affectent les services de réparation et de maintenance des

89 Pour une liste des ASAs signés ou simplement envisagés par les États-Unis, v. Site web de l'"U.S. Department of State", disponible à <https://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ata/267129.htm> (consulté le 19 mai 2017).

90 Pour une analyse historique de ce sujet, v., notamment, HAANAPPEL (P.P.C.), 2009, "The Impact of Changing Air Transport Economics on Air Law and Policy", préc., p. 519 et s.; DEMPSEY (P.), 1986-1987, "Turbulence in the "Open Skies": The Deregulation of International Air Transport", préc.

91 L'accord "ciel ouvert" entre les États-Unis et l'Union en constitue une très belle illustration et sera à ce titre l'objet d'une analyse spécifique. V. *infra*, n°456.

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

93 V. *supra*, n°60.

aéronefs, la vente ou la commercialisation des services du transport aérien, ainsi que les services de systèmes informatisés de réservation⁹⁴. Mais cela n'empêche pas d'affirmer que le transport aérien international ne se trouve toujours pas intégré aux règles de l'OMC puisque cette même annexe exclut du champ d'application de l'accord la plus grande partie des aspects liés à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux, et plus précisément les droits de trafic aérien ainsi que les services directement liés au droit de trafic⁹⁵. L'apparition d'un accord multilatéral dans le domaine spécifique du transport aérien international, sur le modèle des accords OMC⁹⁶, semble très loin de devenir une réalité tangible. Bien que rien en théorie ne l'interdise, la création d'un marché international commun où les compagnies aériennes pourraient offrir leurs services sous la garantie d'un régime juridique multilatéral harmonisé et unifié continue en effet de relever aujourd'hui d'une réflexion prospective et à long terme sur l'avenir du droit international de l'aviation civile.

De ce premier constat résulte le second : la spécificité de la branche économique du droit international de l'aviation civile continue aujourd'hui d'être associée à la forme que revêt une grande majorité des ASAs. Symbole d'une interdiction de principe⁹⁷, l'article 6 de la convention de Chicago explique en effet une conclusion de ces ASAs sous une forme traditionnellement bilatérale⁹⁸. Le bilatéralisme trouve ainsi sa cause dans la convention de Chicago et a prospéré sur l'échec économique de cette convention. Le résultat est aujourd'hui impressionnant puisqu'il n'existe pas moins de 4000 accords bilatéraux⁹⁹. Mais si le bilatéralisme trouve sa source et sa justification dans

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

95 *Ibid.*, p. 347 et s.

96 A ce sujet, v., notamment, LEE (J.), 2013, "Revisiting Freedom of Overflight in International Air Law: Minimum Multilateralism in International Air Transport" ; WASSENBERGH (H.A.), 1998, "Commercial Aviation Law 1998, Multilateralism versus Bilateralism", *A&SL*, vol. 23, n°1, p. 22 et s. ; WASSENBERGH (H.), 1994, "World Trends in Air Transport Policies. (Approaching the 21st century)", *A&SL*, vol. 19, p. 174 et s. ; LEVINE (M.), 1993, "Scope and Limits of Multilateral Approaches to International Air Transport", in *International Air Transport: the Challenges Ahead*, OECD, Paris, p. 75 et s. ; THOMKA-GAZDIK (J.G.), 1979, "Multilateralism in Civil Aviation", *Air Law*, vol. 4, p. 130 et s.

97 V. *supra*, n°60.

98 Ainsi, comme le souligne P. DEMPSEY, "with the failure of the nations attending the Chicago Conference to agree upon a comprehensive multilateral solution to the economic regulatory aspects of the international civil aviation industry, it became clear that bilateral negotiations between individual pairs of nations remained the only viable option". V. DEMPSEY (P.), 1986-1987, "Turbulence in the "Open Skies": The Deregulation of International Air Transport", préc., p. 314. Un traité est qualifié de bilatéral lorsqu'il résulte "de l'accord de deux contractants seulement". V. DEBARDE (T.), GUINCHARD (S.), 2016, *Lexique des termes juridiques*, préc., p. 648.

99 L'OMC propose à ce titre un outil analytique des accords de service aérien en vigueur à la date du 14 juin 2010. V. Site web de l'OMC, disponible à https://www.wto.org/french/news_f/news10_f/serv_14jun10_f.htm (consulté le 27 juin 2016).

L'article 6 de la convention de Chicago¹⁰⁰, l'échange bilatéral des autorisations d'accès au marché n'est cependant le résultat que d'un choix volontaire des États. Le bilatéralisme ne se trouve en effet nullement imposé par la convention de Chicago elle-même¹⁰¹. C'est la formule juridique initialement retenue pour le commerce aérien international, mais cette formule juridique n'a pas manqué d'évoluer depuis l'adoption du premier accord bilatéral entre les États-Unis et le Royaume Uni le 11 septembre 1946. Comme indiqué précédemment, l'article 6 n'interdit tout d'abord nullement le recours aux autorisations unilatérales lorsqu'il n'existe pas d'accord entre deux États parties à la convention de Chicago, ou suite à la dénonciation d'un accord existant par l'un des États concernés. Ensuite, et là réside l'essentiel lors d'une démonstration centrée sur le recours aux ASAS aux fins de la recherche d'une réponse *mondiale* aux émissions aériennes de GES, l'article 6 n'interdit pas non plus l'usage d'instruments régionaux ou plurilatéraux¹⁰² distincts de la convention de Chicago afin d'effectuer l'échange d'une autorisation mutuelle¹⁰³.

449. Le dépassement du modèle bilatéral a d'ailleurs vu le jour, et trouvé son cas d'étude, dans le modèle européen ayant régionalisé l'autorisation d'explo-

100 A l'inverse, la plus grande partie des aspects de l'opération de navigation aérienne (aspects techniques et opérationnels), tels que les aspects liés à la sécurité aérienne ou au régime de la responsabilité des compagnies aériennes, ont fait l'objet d'une indispensable harmonisation et se trouvent aujourd'hui soumis à un régime, du moins dans sa version a minima, quasi-universel.

101 "States, not the Convention, created the bilateral system". HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 39. Les auteurs ajoutent d'ailleurs que bien que ce "system of piecemeal give-and-take (...) is often labelled the "Chicago system", bilateralism is in no way ordained by the Chicago Convention itself". V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 75. Sur ce sujet, v., également, HAANAPPEL (P.P.C.), 1989, "The External Aviation Relations of the European Economic Community and of the EEC Member States into the Twenty-First Century – Part II", *A&SL*, vol. 14, n° 3, p. 141.

102 Expression doctrinale permettant de qualifier "un traité multilatéral qui, par la volonté expresse ou tacite des parties contractantes, suppose une participation limitée à certains États déterminés et une forte solidarité entre ceux-ci". V. SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public*, p. 839.

103 La convention n'a en effet pas bloqué la libéralisation plurilatérale ou multilatérale du transport aérien international. Comme l'expliquent d'ailleurs B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ, "from a present-day vantage point, the absence of comprehensive economic provisions from the Chicago Convention appears providential". En effet, "the Chicago Convention might have had the effect of adopting only a particular set of substantive minima that would have survived long after the market scepticism evident at the time of its drafting". V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 39. A ce sujet, v., également, HAANAPPEL (P.P.C.), 1994, 1994, "Multilateralism and Economic Bloc Forming in International Air Transport", *AASL*, vol. 19, n°1, p. 279 et s. ; GUNTHER (J.), 1994, "Multilateralism in International Air Transport – The Concept and the Quest", *AASL*, vol. 19, n° 1, p. 259 et s. ; FINDLAY (C.), 2003, "Plurilateral Agreements on Trade in Air Transport Services: The US Model", *JATM*, vol. 9, n° 4, p. 211 et s. ; LAZAR (F.), 2011, "Multilateral Trade Agreement for Civil Aviation", *A&SL*, vol. 36, n° 6, p. 379 et s.

tation entre les États membres de cette organisation. Cette régionalisation a en outre permis l'apparition d'accords plurilatéraux entre le marché aérien de l'Union européenne et les États tiers. L'accord "ciel ouvert" entre les États-Unis, l'Union européenne et ses États membres en constitue une célèbre illustration¹⁰⁴, bien que la présence des États membres de l'Union européenne en tant que parties signataires de l'accord, à côté de l'Union européenne, illustre que cette dernière n'est pas en mesure d'accorder l'accès à l'espace aérien de ses États membres conformément à l'article 6 de la convention de Chicago. Il faudrait pour cela amender l'article 6 afin de dépasser la compétence exclusive que cet article accorde aux États contractants, ce qui impliquerait certainement un amendement à la convention afin d'autoriser les organisations régionales à devenir membre à part entière de l'OACI¹⁰⁵. Quoi qu'il en soit, et afin de revenir à l'évolution de la forme des ASAs, l'accord "ciel ouvert" entre les États-Unis et l'Union européenne n'épuise pas le sujet. Le modèle européen est en effet à l'origine d'une vague de renégociation d'ASAs pré-existants qu'il s'agit à présent d'évoquer car les catégories d'ASAs en découlant pourraient ouvrir la voie à d'éventuels supports concurrents à l'architecture normative du CORSIA décidée sous l'égide de l'OACI¹⁰⁶.

La première catégorie, liée à l'obtention par la Commission d'un mandat dit "horizontal", repose sur un processus d'amendement des ASAs existants afin non seulement d'y intégrer différentes "clauses communautaires" permettant d'assurer leur conformité au droit de l'Union européenne, mais également de transformer un ancien faisceau d'ASAs sous la forme d'un seul accord négocié par la Commission européenne au nom de tous les États membres concernés. Cette première série d'ASAs "renovés" est d'ailleurs, et de loin, la plus impressionnante d'un point de vue quantitatif. Dans un document actualisé le 30 janvier 2013, la Commission européenne indiquait que, depuis les arrêts de la Cour de justice du 5 novembre 2002, 117 États tiers avaient, dans le cadre de renégociations bilatérales ou dans celui de la conclusion d'un accord plurilatéral avec l'Union, accepté l'une des principales clauses communautaires, permettant la reconnaissance par l'État tiers concerné de la "désignation européenne". Cela correspondait à la mise en conformité de 979 ASAs¹⁰⁷. Le retour de la sécurité juridique, issu d'une intégration des clauses commu-

104 Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc. Il convient néanmoins de préciser que cet accord, tout comme le protocole de 2010 le modifiant, ne sont pas encore entré en vigueur et ne produisent donc leurs effets juridiques que par l'intermédiaire d'une application provisoire de ses dispositions. En ce sens, les accords précédents cet accord plurilatéral sont seulement suspendus.

105 Sur ce point, v. *supra*, n°379 à 387.

106 V. *infra*, n°456.

107 V. Site web de la Commission européenne, disponible à https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/air/international_aviation/external_aviation_policy/doc/table_-_asa_brought_into_legal_conformity_since_ecj_judgments-january_2013.pdf (consulté le 19 mai 2017).

nautaires précédemment évoquées, concerne donc aujourd'hui près de 1000 accords anciennement bilatéraux. L'importance de ce nombre doit néanmoins être nuancée par l'analyse des États concernés par cette première vague de renégociation des ASAs. A ce titre, il faut reconnaître qu'un nombre important d'États possédant des marchés aériens conséquents a pour l'instant refusé d'accepter cette principale clause communautaire. Les exemples de l'Argentine, de la Chine, de la Russie, de l'Afrique du Sud ou de l'Égypte illustrent clairement cette remarque¹⁰⁸. Il ne s'agit néanmoins que de l'une des trois séries d'accords négociés à la suite des arrêts *Open Skies*¹⁰⁹. L'Union européenne ne s'est en effet pas arrêtée à un simple processus de "mise en conformité" puisqu'elle a également profité de la "révolution juridique" des arrêts *Open Skies* afin d'initier non seulement une politique d'intégration des États voisins à l'Union sous l'angle de relations bilatérales "réinventées"¹¹⁰, mais également d'obtenir un nombre – il est vrai limité – de mandats "verticaux" nécessaires à la négociation d'accords globaux avec certains États tiers jugés stratégiquement prioritaires.

450. Ces deux nouvelles séries d'ASAs, reflet des second et troisième piliers à l'action extérieure de l'Union européenne dans le domaine de l'aviation civile internationale, sont d'ailleurs d'une importance tout à fait particulière pour ce travail. La création d'un EACE avec les pays de son voisinage – il existe à ce jour un accord de ce type avec les Balkans occidentaux¹¹¹, le Maroc¹¹²,

108 Pour une liste des ASAs mis en conformité avec le droit communautaire depuis les arrêts de la Cour de justice du 5 novembre 2002, v. Site web de la Commission européenne, disponible à https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/air/international_aviation/external_aviation_policy/doc/table_-_asa_brought_into_legal_conformity_since_ej_judgments-january_2013.pdf (consulté le 19 mai 2017).

109 Pour une explication des implications de ces arrêts dans le cadre des relations aériennes extérieures de l'Union européenne, v. *supra*, n°405.

110 A ce titre, "the EU has negotiated a number of important air services agreements with neighbouring countries which will, over time, constitute a Common Aviation Area based on a parallel process of gradual market opening and regulatory convergence towards EU aviation legislation and regulations, encompassing some 55 countries". V. UE, Communication de la Commission du 27 septembre 2012, "The EU's External Aviation Policy – Addressing Future Challenges", COM(2012) 556 final, p. 16.

111 V. Accord multilatéral entre la Communauté européenne et ses États membres, la République d'Albanie, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, la Bosnie-et-Herzégovine, la République de Bulgarie, la République de Croatie, la République d'Islande, la République du Monténégro, le Royaume de Norvège, la Roumanie, la République de Serbie, et la Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo sur la création d'un espace aérien commun européen, signé à Luxembourg le 9 juin 2006 (non encore entré en vigueur), JO, 16 octobre 2006, L 285, pp. 3-46.

112 Accord euro-méditerranéen relatif aux services aériens entre la Communauté et ses États membres, d'une part et le Royaume du Maroc, d'autre part, signé à Bruxelles le 12 décembre 2006 (non encore entré en vigueur), JO, L 386, 29 décembre 2006, pp. 57-88. V., également, Protocole modifiant l'accord euro-méditerranéen relatif aux services aériens entre la Communauté et ses États membres, d'une part et le Royaume du Maroc, d'autre part, pour tenir

la Géorgie¹¹³, la Jordanie¹¹⁴, la Moldavie¹¹⁵ et Israël¹¹⁶ et des négociations sont en cours avec l'Ukraine, le Liban, la Tunisie et l'Azerbaïdjan – permet en effet d'assurer non seulement l'ouverture des marchés de services aériens avec les États voisins concernés, mais également une convergence normative permettant à l'Union européenne d'"exporter" ce qu'elle conçoit comme des "acquis" en matière d'aviation civile européenne. En ce sens, l'Union européenne ne s'est pas contentée d'imposer une libéralisation des accès au marché, elle s'est également assurée de la consolidation des conditions d'une concurrence loyale par l'intermédiaire de règles et de standards communs afin d'assurer, à titre d'exemple trouvant une particulière résonance au sein de ce travail, un niveau uniforme et élevé de protection environnementale¹¹⁷. Quant au troisième pilier, le tout premier accord – signé en 2007 avec les États-Unis¹¹⁸ suite à l'obtention d'un mandat dit "vertical" par la Commission dans le cadre du "paquet de 2003"¹¹⁹ – n'a pas manqué de bousculer l'ordre international de l'aviation civile établi puisqu'il a tout simplement rompu avec le principe même des accords bilatéraux¹²⁰. D'autres accords de ce type ont

compte de l'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie, signé à Bruxelles le 19 juin 2012 (non encore entré en vigueur), JO, L 200, 27 juillet 2012, pp. 25-27.

- 113 Accord sur la création d'un espace aérien commun entre l'Union européenne et ses États membres et la Géorgie, signé à Bruxelles le 2 décembre 2010 (non encore entré en vigueur), JO, L 321, 20 novembre 2012, p. 3.
- 114 Accord euro-méditerranéen relatif aux services aériens entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, signé à Bruxelles le 15 décembre 2010, JO, L 334/3, 6 décembre 2012, pp. 1-30.
- 115 Accord sur la création d'un espace aérien commun entre l'Union européenne et ses États membres et la République de Moldavie, signé à Luxembourg le 7 juin 2012 (entré en vigueur le 7 juin 2012), JO, L 292, 20 octobre 2012, pp. 1-2.
- 116 Accord Euro-Méditerranéen relatif aux services aériens entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et le gouvernement de l'état d'Israël, d'autre part, signé à Bruxelles le 10 juin 2013 (non encore entré en vigueur), JO, L 208, 2 août 2013, pp. 3-67.
- 117 Pour une analyse de la question de la convergence normative, en matière environnementale, issue de ce second pilier, v. *infra*, n°456.
- 118 V. Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc. Cet accord a ensuite été amendé en 2010. V. Protocole à l'accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2010, préc.
- 119 Par l'intermédiaire de ce "paquet", faisant directement suite aux arrêts Open Skies, la Commission n'avait d'ailleurs pas seulement obtenu l'autorisation de négociation d'un accord dit "vertical" avec les États-Unis, elle avait également obtenu les autorisations "horizontales" afin de négocier les accords nécessaires à la mise en conformité des ASAs existants avec le droit de l'Union ainsi que la charge de développer un règlement permettant une coordination interne des États membres de l'Union leur permettant d'assurer eux-mêmes une mise en conformité de leurs ASAs avec les États tiers. Ce dernier point a d'ailleurs mené à l'adoption du règlement (CE) n° 847/2004. V. Règlement (CE) n° 549/2004, préc.
- 120 "This agreement changes the fundamental basis upon which international operations in the world's major air transport market have been undertaken over the past sixty years". MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law, op. cit.*, p. 145. En 2009, l'Union

été signé en 2009 avec le Canada¹²¹ et en 2011 avec le Brésil, bien que ce dernier fasse actuellement l'objet de renégociation.

Au-delà d'une ouverture du marché des transports aériens et de la libéralisation des clauses de propriété et de contrôle des compagnies aériennes, ces deux séries d'accords ont d'ailleurs initié une coopération réglementaire entre les États parties menant souvent à l'harmonisation progressive des règles et des standards encadrant les échanges aériens entre les États membres de l'Union et le partenaire stratégique concerné. En ce sens, ces accords plurilatéraux, ainsi que la perspective particulièrement intéressante d'accords inter-régionaux, pourraient alors se révéler des supports normatifs particulièrement adéquats à la mise en œuvre progressive d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché* dans le domaine des émissions de GES en provenance de l'aviation civile internationale¹²².

451. D'autres régions semblent enfin suivre la tendance d'une régionalisation de l'exigence d'"autorisation" ou de "*permission spéciale*". Peut, à ce titre, être citée la décision "Yamousoukro" prise par les États membres de l'Union africaine¹²³, ainsi que le cas spécifique de l'ASEAN ayant posé les bases à l'établissement d'un marché unique du transport aérien entre ses États membres¹²⁴. Et ce processus de rupture du bilatéralisme en matière de transport aérien permettra peut-être, à l'avenir, l'apparition d'un accord inter-régional entre l'Union européenne et l'ASEAN¹²⁵. Une interprétation extensive de l'adjectif "bilatéral" permettrait à ce titre d'englober certaines formes récentes d'ASAs en caractérisant un accord "*conclu par deux groupes d'États, chaque groupe agissant collectivement ou collégialement, ou entre une organisation internationale et un groupe d'États*"¹²⁶.

européenne est ensuite parvenue à conclure un accord avec le Canada, et de nombreux candidats sont également sur la liste de la Commission.

121 Accord entre la Communauté européenne et ses États membres d'une part et le Canada d'autre part, sur le transport aérien, signé à Bruxelles le 17 septembre 2009 (non encore entré en vigueur), JO, L 207, 6 août 2010, pp. 32-59.

122 Pour analyse spécifique de cette hypothèse, v. *infra*, n°456.

123 Sur ce sujet, v., notamment, ABEYRATNE (R.I.R.), 2003, "Implications of the Yamoussoukro Decision on African Aviation", A&SL, vol. 28, n°6, p. 280 et s.

124 V., à ce sujet, TAN (A.K.), 2013, "Toward a Single Aviation Market in ASEAN: Regulatory Reform and Industry Challenges", ERIA Discussion Paper Series, 42 p.

125 V., à ce sujet, TAN (A.K.), 2015, "The proposed E.U.-ASEAN comprehensive air transport agreement: What might it contain and can it work?", préc ; FOX (S.), ISMAIL (.), 2015, "ASEAN Open Skies – Aviation Development in 2015: Blue or Cloudy Skies?", préc. Les discussions ont d'ailleurs déjà commencé comme le reflète la déclaration conjointe adoptée lors du premier sommet EU-ASEAN sur le thème de l'aviation civile. V. UE, Déclaration adoptée à Singapour le 12 février 2014 à l'occasion du premier "EU-ASEAN Aviation Summit", "Joint Declaration on EU-ASEAN Aviation Cooperation", disponible à <http://asean.org/wp-content/uploads/images/Statement/2014/Feb/jd-eaas-final.pdf> (consulté le 17 août 2016).

126 V. SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 1089.

452. *Conclusion.* Cette brève présentation, non exhaustive, de l'instrument normatif des ASAs a eu pour objectif de souligner certaines caractéristiques intrinsèques à ce support jusqu'à aujourd'hui indissociable de l'encadrement juridique de la branche économique et commerciale du droit international de l'aviation civile. L'objectif a également été d'expliquer l'évolution progressive de ce support qui amènera peut être, dans une perspective à moyen ou long terme, à l'adoption d'une convention multilatérale permettant l'harmonisation des conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux.

Le défi de climat mondial n'offre cependant plus aujourd'hui le luxe du long terme, et exige à l'inverse une réponse *corrective* rapide et efficace de la Communauté aérienne internationale. Désormais acquis au rattachement des mesures *fondées sur le marché* au droit du transport aérien international, et donc à leur qualification sous la forme d'une condition à l'exploitation commerciale des services aériens internationaux, cela implique de se concentrer sur l'hypothèse d'une utilisation des ASAs actuellement en vigueur afin de proposer, dans le cadre d'une stratégie "*bottom-up*", une riposte licite – et basée sur l'utilisation éventuelle de l'unilatéralisme – des États membres de l'OACI suite à l'échec éventuel de l'organisation onusienne dans son objectif de mise en œuvre du CORSIA.

2.2. L'accord de services aériens : un support éventuel de l'unilatéralisme "négocié"

453. Comme cela vient d'être démontré, un recours aux ASAs permettrait d'assurer la conformité d'une mesure *fondée sur le marché* – une mesure adoptée en dehors du cadre de l'OACI et visant les services aériens internationaux – à l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago. En ce sens, et comme précisé dans les propos introductifs de cette section, l'harmonisation de ces ASAs pourrait faire émerger une réglementation progressivement *mondiale* des émissions aériennes de GES, ce qui permettrait d'aboutir à l'objectif inhérent à toute stratégie "*bottom-up*" de *correction* de telles émissions.

454. Une première hypothèse se présente alors d'elle-même : celle d'une mesure *fondée sur le marché* négociée entre un certain nombre d'États et intégrant, dans son intégralité, le ou les ASAs encadrant l'exploitation commerciale des services aériens internationaux entre ces États. Cette hypothèse bénéficie d'un argument de poids face à l'option d'un amendement à la convention de Chicago. Comme le souligne en effet P. HAANAPPEL,

it is well known that changes to the multilateral Chicago Convention on International Civil Aviation, the charter of international air transport are hard to make and to implement. Changes in bilateral air services agreements between States, basically

founded on Article 6 of the Convention, are easier to accomplish, and more rapidly¹²⁷.

Il est assez naturel de songer aux ASAs en tant que support d'une nouvelle condition – ici environnementale – visant l'exploitation commerciale des services aériens internationaux. Directement liés aux intérêts commerciaux des compagnies aériennes, ces derniers apparaissent en ce sens comme le cadre légitime de la négociation des mesures *fondées sur le marché*, une donnée que certains auteurs intègrent déjà lorsqu'ils demandent aux États parties à un ASA de limiter l'application d'une réglementation environnementale *"that may adversely affect the market access privileges granted under the treaty"*¹²⁸.

Il est d'ailleurs remarquable que la question environnementale ait déjà trouvé sa place dans la négociation des accords "ciel ouvert". B.F. HAVEL et G.S. SANCHEZ constatent à ce titre que les États membres de l'OACI *"have begun to insert environmental measures into their air services agreement (ASAs), but primarily to protect the commercial interests of their airlines"*¹²⁹. Ces auteurs ne manquent alors pas de proposer une approche *régionale et fondée sur le marché* en émettant l'hypothèse d'une utilisation de l'accord "ciel ouvert" signé entre les États-Unis et l'Union européenne. Ils indiquent en ce sens que

the sharp divide between these two superpowers on the EU's ETS did not prevent US and EU negotiators from concluding a comprehensive "open skies plus" treaty that scrapped decades of calcified restrictions on the exchange of air traffic rights between their two jurisdictions¹³⁰.

455. Une seconde hypothèse est néanmoins envisageable. Et dans cette hypothèse se dissimule la proposition centrale de ce chapitre : l'analyse prospective du recours à l'unilatéralisme "négocié" dans le contexte de la recherche d'une mesure *mondiale et fondée sur le marché* en dehors du cadre onusien.

Pour cela, il faut tout d'abord souligner qu'un recours à l'unilatéralisme pourrait constituer le point de départ d'une stratégie *"bottom-up"* de correction des émissions aériennes de GES. Dans le contexte d'une réglementation unilatérale *fondée sur le marché* rattachée aux conditions d'exploitation commerciale des services aériens internationaux, cela ne pourrait néanmoins être envisagé qu'à la condition que le recours à l'unilatéralisme soit respectueux des spécificités normatives du droit international de l'aviation civile et donc de l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago¹³¹. En reprenant l'exemple de la

127 HAANAPPEL (P.P.C.), 2009, "The Impact of Changing Air Transport Economics on Air Law and Policy", préc., p. 520.

128 HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law*, op. cit., p. 241.

129 Ibid.

130 Ibid., p. 243.

131 V. supra, n°446 à 452.

stratégie unilatérale de l'Union européenne, imaginer la mise en conformité de la directive 2008/101/CE avec l'article 6 de la convention de Chicago n'implique cependant pas la disqualification de la directive de la catégorie des mesures unilatérales.

Dans le cadre d'une réflexion sur l'extension du champ d'application *ratione materiae* d'une mesure unilatérale, il est alors nécessaire d'imaginer qu'une mesure *corrective* et unilatérale puisse être adoptée dans le cadre d'une autorisation respectant l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago, et donc dans le cadre de l'ASA support d'une telle autorisation. Cela amène à distinguer la catégorie des "actes unilatéraux non négociés" de la catégorie des "actes unilatéraux négociés". Selon une acceptation large de la notion d'unilatéralisme, il est en effet possible de reconnaître l'existence d'une initiative unilatérale bien que cette dernière se trouve liée à une prescription, ou à une habilitation, conventionnelle. Cette "combinaison d'un traité et d'un ou plusieurs actes unilatéraux" apparaît d'ailleurs comme "une solution courante" puisqu'elle ne cherchera qu'à contribuer "à parfaire l'engagement conventionnel"¹³². Et, ce qui s'avère fondamental dans le cadre de ce travail de recherche, cette combinaison permettrait de faire disparaître la condamnation de la mesure unilatérale européenne sur le fondement d'un exercice illicite de son titre de compétence *ratione materiae*.

Un ASAs pourrait ainsi devenir non seulement le cadre de négociations, mais également le support de l'éventuelle permission des mesures *correctives* et unilatérales permettant à un État d'envisager l'extension du champ d'application *ratione materiae* d'une telle mesure aux services aériens internationaux entre les États parties à l'accord considéré. Le modèle de l'accord "ciel ouvert" entre les États-Unis et l'Union européenne proposant un cadre permanent de discussion au sein de son comité mixte serait ici à suivre. Un tel comité, composé de représentants des parties, doit en effet se réunir "au moins une fois par an afin de procéder à des consultations concernant" l'accord "et d'en examiner la mise en œuvre"¹³³. Il se doit d'ailleurs, et plus précisément, de développer la coopération "en promouvant des échanges entre experts sur les nouvelles initiatives et les nouveaux développements législatifs et réglementaires en matière (...) d'environnement" et "en envisageant les domaines susceptibles d'être

132 DAILLIER (P.), et al., 2009, *Droit international public, op. cit.*, p. 398. En sortant du cadre spécifique des ASAs, les auteurs ajoutent d'ailleurs que "de plus en plus souvent, les actes unilatéraux des États portent sur le contenu de résolutions d'organisations internationales" en faisant "usage d'une habilitation fournie par de telles résolutions". V. DAILLIER (P.), et al., 2009, *Droit international public, op. cit.*, p. 399. En associant la réflexion liée au respect nécessaire de l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago à l'analyse précédemment effectuée des résolutions adoptées dans le cadre de l'Assemblée générale de l'OACI, une nouvelle voie s'ouvrirait ainsi à une démarche unilatérale et fondée sur le marché respectueuse des spécificités *institutionnelles* du droit international de l'aviation civile.

133 V. Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Art. 18.

*inclus dans l'accord*¹³⁴. En suivant ce modèle, et en utilisant un comité mixte à de tels fins, les ASAs pourraient se transformer en cadre de négociation d'une permission spécifique des États parties permettant la soumission des compagnies aériennes désignées par l'accord aux conditions environnementales adoptées par l'un des États et affectant l'exploitation des services aériens internationaux entre ces deux États. Dans le cadre spécifique de l'unilatéralisme *correctif*, la proposition reposerait ainsi sur le recours aux actes unilatéraux "négociés" par l'intermédiaire d'ASAs matérialisant l'exigence de "permission spéciale" ou d'"autorisation" de l'article 6 de la convention de Chicago. Support juridique traditionnel des réglementations dont le respect conditionne l'exploitation commerciale des services aériens internationaux entre les États membres de l'OACI, ces ASAs pourraient ainsi refléter le consentement mutuel des États parties tout en habilitant ces derniers à adopter et à mettre en œuvre, à l'avenir, des mesures unilatérales dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES. Cela ouvrirait donc bien la voie à l'adoption unilatérale, par l'un de ces États, d'une mesure *fondée sur le marché* applicable aux services aériens internationaux effectués par les compagnies aériennes immatriculées dans l'un des États ayant ratifié l'ASA en question. Cette mesure ne serait pas intégrée, en tant que telle, à l'ASA concerné. Mais cette mesure se devrait néanmoins de respecter l'habilitation intégrée à cet ASA et se trouverait en ce sens encadrée par cette habilitation préalablement négociée par les États parties à l'ASA.

Il faut alors admettre que cela relève d'une analyse strictement juridique qui se trouve, en pratique et *a priori*, très vite confrontée à la réalité de la scène aérienne internationale refusant, pour de multiples raisons ne relevant pas du champ de ce travail de recherche, un "patchwork" d'initiatives unilatérales afin de répondre à l'émission croissante de GES en provenance de l'aviation civile internationale. Associée à une stratégie "*bottom-up*" de *correction* des émissions aériennes de GES, cette proposition d'un recours à l'unilatéralisme "négocié" retrouve néanmoins une pertinence pratique qui nous pousse à la considérer comme une hypothèse centrale dans la recherche, en cas d'échec lors des discussions visant la mise en œuvre effective du CORSIA, d'une solution *mondiale et corrective* aux émissions aériennes de GES.

456. Afin de concrétiser quelque peu cette seconde hypothèse, il peut alors être imaginé les grandes lignes d'un recours, par l'Union européenne, à l'unilatéralisme "négocié" en tant qu'étape d'une stratégie "*bottom-up*" de *correction* des émissions aériennes de GES. La première étape d'une telle stratégie existe d'ailleurs déjà puisqu'une mesure régionale et *fondée sur le marché* existe et s'applique aux services aériens opérant entre les aéroports situés sur l'un des États membres de l'EEE. Le recours à l'unilatéralisme "négocié" constituerait

134 *Ibid.*, Arts. 18 (4) (a) et 18 (4) (c) (souligné par nous).

en ce sens la seconde étape de la stratégie afin de permettre un élargissement progressif du champ d'application *ratione materiae* d'une mesure *fondée sur le marché* européen respectueuse de l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago.

L'existence des mandats dits "horizontaux"¹³⁵ apparaît à ce titre comme une première piste exploitable. Il pourrait en effet être imaginé une clause communautaire matérialisant l'autorisation de participation aux mesures *correctives* adoptées par l'un des partenaires. L'émergence progressive d'un EACE avec les pays voisins de l'Union européenne est une seconde piste à évoquer. Comme expliqué précédemment¹³⁶, il existe à ce jour un certain nombre d'accords de ce type et l'émergence de cet espace permet d'assurer non seulement l'ouverture des marchés de services aériens avec les États voisins concernés, mais également une convergence normative permettant à l'Union européenne d'"exporter" ce qu'elle conçoit comme des "acquis" en matière d'aviation civile européenne. En ce sens, l'Union européenne ne s'est pas contentée d'imposer une libéralisation des accès au marché, elle s'est également assurée de la consolidation des conditions d'une concurrence loyale par l'intermédiaire de règles et de standards communs afin d'assurer un niveau uniforme et élevé de protection environnementale. Il apparaît alors tout à fait réaliste d'imaginer l'ajout d'un nouvel acquis : l'autorisation de participation aux mesures *correctives* adoptées par l'un des partenaires. Par la combinaison de ces deux premières pistes, le mécanisme européen d'échange de quotas d'émission verrait ainsi son champ d'application progressivement s'élargir et pourrait à ce titre constituer une base solide afin de permettre l'émergence, suivant une logique "ascendante", d'une réglementation *mondiale et fondée sur le marché* des émissions aériennes de GES.

L'hypothèse la plus prometteuse, et la plus probable, est néanmoins l'utilisation des mandats dits "verticaux". Un exemple prometteur est alors, ici encore, l'accord de 2007 entre l'Union européenne et les États-Unis, lui-même modifié par le protocole de 2010, relevant à ce titre d'un accord dit "global" dans le cadre d'un mandat dit "vertical" de la Commission européenne. L'article 15 de cet accord fournit en effet une très belle illustration de la prise en compte de la donnée environnementale. Le second paragraphe de cet article indique en effet que

lorsqu'une partie examine des projets de mesure de protection de l'environnement, il convient qu'elle en évalue les effets négatifs possibles sur l'exercice des droits prévus dans le présent accord et, si ces mesures sont adoptées, il convient qu'elle prenne les dispositions appropriées pour en atténuer les effets négatifs éventuels¹³⁷.

135 Sur ce point, v. *supra*, n°449.

136 V. *supra*, n°450.

137 Accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Art. 15 (2).

Il faut d'ailleurs souligner qu'une réunion du Comité mixte, mise en place par l'article 18, est possible "si une partie estime qu'une question liée à la protection de l'environnement dans le contexte de l'aviation, et notamment les nouvelles mesures proposées, soulève des préoccupations quant à l'application ou à la mise en œuvre du présent accord"¹³⁸. L'objet des discussions au sein de ce comité mixte n'étant pas public, il est difficile de savoir si la question de l'unilatéralisme européen dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES a été abordée dans le cadre de ces réunions. Une question reste également en suspens : pour quelles raisons l'inclusion de l'aviation civile internationale au sein du système *correctif* européen n'a-t-elle tout simplement pas été explicitement encadrée par cet accord de 2007 entre l'Union européenne et les États-Unis ? Une chose est en effet certaine : la mise en œuvre de l'accord de 2007 n'a pas empêché l'Union d'adopter sa directive 2008/101/CE. Or l'adoption programmée d'une telle directive était sans aucun doute connue par les négociateurs, puisque la mesure européenne était en cours de finalisation durant l'année 2007. Le silence de l'Accord de 2007 sur la question d'une application du mécanisme européen aux émissions de GES en provenance de l'aviation civile internationale peut ainsi être interprété comme le reflet d'un profond désaccord des parties sur cette question de la *correction* des émissions aériennes de GES, un désaccord que les négociateurs semblent avoir choisi d'écarter pour ne pas compromettre les avancées de cette nouvelle génération d'ASA sur le terrain de la libéralisation des échanges aériens entre ces deux acteurs centraux de la Communauté aérienne internationale.

Il est néanmoins probable que les discussions dans le cadre du comité mixte aient ensuite incité l'Union européenne sur la voie de sa politique "stop the clock"¹³⁹. Et il apparaît donc prudent d'affirmer que l'article 15 de l'accord, dans son état, ne peut être considéré comme le support d'une habilitation au recours à l'unilatéralisme *correctif* dans le domaine des émissions aériennes de GES. Mais rien n'empêche, à l'avenir et suite à une négociation dans le cadre du comité mixte, que l'accord soit amendé afin d'intégrer cette habilitation.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

457. L'extension du champ d'application *ratione materiae* de la directive européenne a permis de s'interroger sur une exigence spécifique au droit international de l'aviation civile encadrée par l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago. Cette exigence est fondamentale puisqu'elle justifie, presque à elle seule, le développement et la consolidation du droit international de l'aviation civile et tant qu'ordre juridique autonome et distingué du droit de

¹³⁸ Protocole modifiant l'accord "ciel ouvert" États-Unis/ Union européenne, 2007, préc., Art. 3.
¹³⁹ V. *supra*, n°28.

l'OMC. Et c'est bien par l'absence de prise en compte de cette spécificité inhérente au droit du transport aérien international qui s'est matérialisée l'illicéité de l'action unilatérale de l'Union européenne en matière d'émissions aériennes de GES. Une relecture du droit international de l'aviation civile ne peut en effet qu'amener à la conclusion de la violation, par la Directive 2008/101/CE, de la compétence *ratione materiae* de l'Union européenne dans le cadre du système de compétence encadrant jusqu'à aujourd'hui les relations aériennes internationales. Il semble que le législateur européen est choisi, de manière prématurée et en projetant peut être son désir de voir s'appliquer les principes du commerce multilatéral au sein d'un ordre juridique fonctionnel répondant toujours aujourd'hui aux spécificités de l'activité encadrée, de faire primer les règles "générales" de l'unilatéralisme en droit international sur la "*lex specialis*" du transport aérien international qu'incarne l'article 6 de la convention de Chicago. En ce sens, l'unilatéralisme de l'Union européenne se devait d'être confronté à la consolidation progressive du bilatéralisme, puis du plurilatéralisme aérien¹⁴⁰.

De par ce constat, imaginer une initiative *corrective* qui, tout en restant respectueuse de l'encadrement juridique des conditions d'exploitation des services aériens internationaux, se développerait en dehors du cadre de l'OACI amène à la proposition d'une utilisation des ASAs en tant que support d'une autorisation à l'imposition d'une condition environnementale d'un nouveau genre : la conformité aux mesures *fondées sur le marché* adoptées dans le cadre même de ces ASAs ou dans le cadre des réglementations nationales s'imposant aux compagnies aériennes opérant dans le cadre de ces derniers. De l'éventualité d'une combinaison de ces ASAs et/ou de la multiplication des ASAs régionaux ou plurilatéraux intégrant cette même condition environnementale pourrait alors émerger, sous une logique "ascendante", un encadrement *correctif* et *mondial* des émissions aériennes de GES. Et le point de départ de cette stratégie pourrait se matérialiser par un recours à ce qui été dénommé l'unilatéralisme "négocié".

458. Afin de juger de la pertinence et de la faisabilité juridique de ce point de départ, il convient alors de compléter l'analyse des mesures unilatérales "négociées" en se déplaçant sur le terrain du champ d'application *ratione loci* de ces derniers. S'assurer de la licéité du champ d'application *ratione materiae*, et donc de la conformité de l'initiative avec l'article 6 de la convention de Chicago, ne suffit en effet pas. Il convient également de vérifier la conformité de l'exercice, par l'État membre de l'OACI ou par une organisation régionale

140 En ce sens, "so long as the State parties to the Protocol do not disregard the Organization's mandates as specified in the Chicago Convention and elaborated in Assembly Resolutions, there is no conflict of States should choose to negotiate a bilateral or multilateral emissions reduction treaty outside the auspices of ICAO". V. HAVEL (B.F.), SANCHEZ (G.S.), 2014, *The Principles and Practices of International Aviation Law, op. cit.*, p. 234.

telle que l'Union européenne, de son titre de compétence *ratione loci* si la mesure en question a choisi de recourir à l'extension du champ d'application territorial de sa mesure. Ayant obtenu la permission des États tiers concernés dans le cadre d'une habilitation inscrite au sein des ASAs, on peut s'attendre à ce que ces derniers ne contestent pas cette extension. Autrement dit, les ASAs réglementant les relations aériennes commerciales entre les États concernés ne pourront constituer une "règle prohibitive" selon le "principe du Lotus"¹⁴¹. Il faut néanmoins s'assurer qu'une telle extension soit également conforme aux règles applicables du droit international public, ainsi qu'aux éventuelles spécificités normatives du droit international de l'aviation civile en matière de champ d'application territoriale des réglementations nationales liées au droit du transport aérien international, si la mesure envisagée souhaite étendre son champ d'application *ratione loci* à l'extérieur du territoire de l'État ou de l'organisation auteure de cette mesure.

C'est en ce sens qu'il convient à présent de s'interroger sur la question de l'extraterritorialité, ce qui justifie une analyse du champ d'application *ratione loci* de la mesure *fondée sur le marché* constituant l'objet d'étude principal de ces développements : la directive 2008/101/CE.

141 Pour une analyse de ce principe, v. *infra*, n°466 et 467.