



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Leclerc, T.P.A.

Citation

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

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Leclerc, T.P.A.

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

Issue Date: 2017-11-16

2 | Un encadrement des recours à l'extraterritorialité d'anticipation

459. Conventionnellement liés aux divers territoires étatiques, les espaces aériens nationaux sont devenus le théâtre de nombreuses prétentions extraterritoriales – visant l'extension du champ d'application *ratione loci* d'une mesure nationale¹ – jugées souvent contraires aux limites générales posées par le droit international public et aux limites spécifiques codifiées par la convention de Chicago. Une observation de J. YOUNG, à propos de la politique aérienne extérieure des États-Unis et de l'Union européenne qu'il juge contraire à l'objectif de coopération internationale proclamé dès 1944 à Chicago, l'illustre parfaitement :

today, the European Union and the United States often seem to be pulling in different directions by imposing laws that affect the operation of carriers *outside their territorial jurisdiction*. Perhaps our policy makers have forgotten that the ability to travel to virtually every corner of the globe, at a moment's notice, is largely the result of the unprecedented level of international cooperation and consensus that has served the industry over 50 years².

Il faut souligner à ce titre que "si le territoire confère à l'État un titre pour agir, il est (...) nécessaire de limiter son pouvoir de commandement à son propre territoire"³. Pourtant, si l'on admet l'usage devenu fréquent⁴, et de plus en plus

1 "En règle générale, toute compétence peut s'analyser *ratione loci* parce que toute compétence est "spatiale", s'applique à des activités qui ont une assise territoriale. L'adoption de ce critère spatial de détermination des compétences étatiques conduit nécessairement à distinguer les compétences que l'État exerce sur son territoire de celles qu'il exerce en dehors de son territoire". DAILLIER (A.), et al., 2009 *Droit international public, op. cit.*, p. 513.

2 YOUNG (J.W.), 1999, "Globalism versus Extraterritoriality – Consensus versus Unilateralism: Is There a Common Ground? A US Perspective", *A&SL*, vol. 24, n° 4/5, p. 209. Pour une analyse de ce principe de coopération internationale, et la critique de son respect par l'initiative normative européenne, v. *supra*, n°433. Pour une analyse de la problématique extraterritoriale en droit de l'Union européenne, v., notamment, DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), 1991, "Réflexions sur l'application extra-territoriale du droit communautaire", in *Mélanges Michel Virally. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, p. 281 et s.

3 DAILLIER (P.), et. al., 2009, *Droit international public, op. cit.*, p. 456. Il serait possible de faire référence ici aux théories du "territoire-limite" et du "territoire-titre de compétence", que ces auteurs jugent indispensables d'associer afin de "considérer le territoire comme la limite du pouvoir de l'État" tout en reconnaissant qu'il "constitue un titre juridique essentiel de la compétence étatique".

encadré, de ces initiatives extraterritoriales, il ne doit pas être fait un procès d'intention à chaque État qui, tout en se basant sur un titre reconnu de compétence, use de sa capacité d'influence normative à l'extérieur de ses frontières. Cela ne résulte en effet que du jeu consenti, lorsqu'il se trouve juridiquement encadré, des rapports de force sur la scène internationale. Tout ne peut en revanche être toléré, et c'est bien là que se trouve l'enjeu. La qualification adéquate de la mesure adoptée, tout comme le respect des limites établies, revêtent ainsi une importance particulière.

460. Dans le domaine spécifique des émissions de GES en provenance de l'aviation civile internationale, l'initiative de l'Union européenne de 2008 illustre cette prétention d'influence normative extraterritoriale⁵. Il a été démontré, lors de l'analyse de l'exercice de la compétence multilatérale dans le domaine des émissions aériennes de GES, que la compétence climatique en matière d'aviation civile internationale est aujourd'hui partagée par l'OACI et

4 Cela ne concerne d'ailleurs pas que le seul domaine de l'aviation civile internationale. Pour une étude théorique de la problématique de l'extraterritorialité en droit international public, v., notamment, COLANGELO (A.), 2011, "A Unified Approach to Extraterritoriality", *Virginia Law Review*, vol. 97, n°4, p. 1019 et s. ; DEMARET (P.), 1985, "L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ?", *RTDE*, vol. 21, n°1, p. 1 et s. ; JACQUET (J.-M.), 1985, "La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international", *JDI*, n°2, p. 327 et s. ; PARRISH (A.), 2008, "Reclaiming International Law from Extraterritoriality", *Minnesota Law Review*, vol. 93, p. 815 et s. ; RIGAUX (F.), 1999, "La compétence extraterritoriale des États", *AIDI*, vol. 69, n°1 p. 380 et s. ; SLAUGHTER (A.), ZARING (D.), 1997, "Extraterritoriality in a globalized world", disponible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=39380 (consulté le 3 août 2016), 30 p. ; SLOT (P.), GRABANDT (E.), 1986, "Extraterritoriality and Jurisdiction", *CMLR*, vol. 23, n°3, p. 545 et s. ; STERN (B.), 1986, "Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale", *RQDI*, vol. 3, p. 49 et s. ; STERN (B.), 1986, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *AFDI*, vol. 32, p. 7 et s. ; WARD (J.E.) 2002, "Is That Your Final Answer? The Patchwork jurisprudence Surrounding the Presumption against Extraterritoriality", *University of Cincinnati Law Review*, vol. 70, p. 715 et s. Dans le domaine spécifique du droit de l'environnement, v., notamment, NASH (J.), 2010, "The Curious Legal Landscape of the Extraterritoriality of U.S. Environmental Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n°4, p. 997 et s. ; PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, SFDI, Paris, Pedone, p. 379 et s. ; Dans le domaine spécifique du droit de la concurrence, v., notamment, ARCHAMBAULT (G.), 1959, "L'application extraterritoriale du droit antitrust des États-Unis", *L'Actualité économique*, vol. 35, n° 2, p. 338 et s. ; GRIFFIN (J.P.), 1993, "EC and US extraterritoriality-Activism and Cooperation", *Fordham International Law Journal*, vol. 17, p. 353 et s.

5 Notons ici que par souci de clarté et de simplicité, l'Union européenne est appréhendée ici sous les traits d'un État : l'association des territoires des États membres de cette Union devient ainsi le "territoire de l'Union", bien qu'il soit juridiquement préférable de se référer au "territoire des États membres de l'Union". Une telle affirmation, indispensable à l'analyse de l'initiative européenne de 2008 sous l'angle de l'extraterritorialité, ne présume néanmoins pas de sa pertinence générale ni de son bien-fondé juridique, problématiques dépassant l'objet de ce travail d'analyse.

ses États membres⁶. Par l'intermédiaire de sa directive 2008/101/CE, l'Union européenne ne s'est alors pas limitée à l'adoption d'une mesure unilatérale au champ d'application *ratione materiae* élargi, elle a également fait usage de son titre de compétence *ratione loci* de manière audacieuse, ce qui n'a pas manqué d'être vivement critiqué par un nombre important d'États tiers⁷. Selon cette critique, le législateur européen n'aurait tout simplement pas jugé opportun de prendre en considération les spécificités du droit international de l'aviation civile, justifiées par les caractéristiques intrinsèques de l'activité régulée, avant de choisir d'étendre le champ d'application territorial de sa mesure aux aéronefs immatriculés dans des États tiers aux membres de l'Union européenne. Le champ d'application de la directive 2008/101/CE s'étendait en effet, comme le précise très clairement la CJUE dans l'affaire ATAA, aux parties de vols qui ont lieu "en dehors de l'espace aérien des États membres"⁸, y compris "aux vols opérés par des aéronefs immatriculés dans des États tiers"⁹.

En partant de l'hypothèse d'une mise en conformité du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2008/101/CE, impliquant le recours à la technique de l'acte unilatéral "négocié", il convient donc à présent de s'interroger sur le champ d'application territorial d'un tel acte en se penchant sur l'étendue du champ d'application *ratione loci* de la directive 2008/101/CE¹⁰. Autrement dit, et afin de poursuivre l'analyse critique constructive de l'initiative européenne matérialisée par cette directive 2008/101/CE, il apparaît nécessaire de discuter de la conformité du champ d'application *ratione loci* de cette mesure au regard non seulement des règles générales du droit international public applicables en matière d'extraterritorialité, mais également au regard des spécificités intrinsèques aux ordres juridiques dont relève cette mesure *corrective* européenne : le droit international de l'aviation civile et le droit international des changements climatiques.

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

7 V. *supra*, n°28.

8 CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 112.

9 Ibid. Il pourrait d'ailleurs être noté ici un autre aspect "extraterritorial" du système communautaire d'échange de quotas d'émission puisque "la directive 2009/29/CE, adoptée le 23 avril 2009 dans le cadre du Paquet Climat et Énergie, envisage une externalisation supplémentaire du SCEQE en créant un cadre juridique favorable à son éventuelle extension aux produits importés à forte intensité d'énergie". V. ESPA (I.), 2012, "Action pour le climat et mesures commerciales unilatérales – les initiatives les plus récentes de l'Union européenne", préc., p. 298.

10 Cet examen a d'ailleurs été suggéré par la doctrine. Analysant la position des juges dans l'affaire ATAA, P. MENDES DE LEON constate ainsi que la CJUE "affirmed the applicability of the non-discrimination principle while ignoring the principle of territorial jurisdiction, applying by virtue of international (air)law unless international agreement is reached on access to and the use of airspace of another State. Instead, the CJUE relied on the connection point as a basis for jurisdiction (...). The court does not indicate the legal basis for the establishment of jurisdiction based on the connection point in the territory of a particular jurisdiction. International air law is not built on this premise". V. DIEDERIKS-VERSHOOR (I.), 2012, *An Introduction to Air Law*, as revisited by P. MENDES DE LEON, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law international, 9^{ème} éd., p. 129.

461. Cet examen permet de justifier, dans un premier temps, le bien-fondé de la qualification extraterritoriale de la mesure analysée tout en précisant la catégorie d'actes extraterritoriaux à laquelle se doit d'être rattachée la mesure européenne (1). Il convient ensuite de s'intéresser à l'analyse du régime juridique correspondant à la catégorie préalablement identifiée. Une validité *prima facie* de l'initiative européenne sera ainsi constatée sans que cette validité ne permette de dissimuler certains excès d'un législateur européen face aux spécificités normatives intrinsèques au droit international de l'aviation civile (2). Cette analyse fera ainsi apparaître la primauté, pour l'Union européenne, de l'enjeu climatique sur les spécificités normatives encadrant l'activité aérienne internationale, révélant ainsi l'impact des interactions entre le droit international des changements climatiques et le droit international de l'aviation civile dans les choix normatifs de cet acteur devenu central sur la scène aérienne internationale.

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

462. S'il s'agit *a priori* de s'intéresser à un phénomène juridique centré sur la question de la compétence de l'État lorsque l'une des étapes liées à l'exercice de cette compétence se situe "en dehors du territoire", les multiples définitions de l'extraterritorialité juridique¹¹ orientent inévitablement l'analyse sur des problématiques profondément distinctes. Définir l'extraterritorialité du droit, et plus précisément l'extraterritorialité des lois¹², et par là les limites à la compétence normative d'un État ou d'un groupement d'États¹³, est en effet un jeu délicat où le processus de distinction revêt une importance fondamentale¹⁴. A la suite de B. STERN, définissant la problématique de l'application

11 A titre d'exemple, J. SALMON définit l'extraterritorialité comme une "situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État". V. SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 491.

12 Ne sera en effet abordée ici que l'extraterritorialité des normes issues d'un processus d'adoption législative, à l'exclusion donc de l'extraterritorialité des décisions exécutives ou juridictionnelles.

13 Il s'agit en effet de s'intéresser aux revendications extraterritoriales d'une association d'États souverains, puisque nous faisons référence, dans ce chapitre, à l'initiative extraterritoriale "collective" des États membres de l'Union européenne lorsque ces derniers cherchent à étendre un ordre juridique à des situations localisées en dehors du champ d'application géographique ou personnel des normes qu'ils édictent.

14 Les différents échelons distinctifs seront notamment empruntés aux écrits de B. STERN. V. STERN (B.), 1986, "Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale", *préc.* ; STERN (B.), 1986, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *préc.* ; STERN (B.), 1992, "L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...", *AFDI*, vol. 38, p. 239 et s.

extraterritoriale d'une norme lorsque "tout ou partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire de l'État qui l'a émise"¹⁵, certaines distinctions conceptuelles sont en effet nécessaires et seront utilisées comme grille d'analyse à l'identification adéquate de la directive 2008/101/CE en matière d'émissions aériennes de GES. De la précision de la qualification de la mesure *corrective* européenne dépend en effet le régime juridique applicable à la mesure *fondée sur le marché* européenne permettant une discussion, dans un cadre juridique adéquat, sur son bien-fondé et sur les excès éventuels du législateur européen.

463. Le jeu des distinctions permet ainsi, par un processus d'entonnoir, d'obtenir une qualification précise de l'initiative européenne sous la forme d'une norme extraterritoriale d'anticipation. Il faut pour cela, et dans un premier temps, souligner que la mesure européenne se devait d'être soumise au régime général des normes extraterritoriales (1.1). Bien qu'intrinsèquement extraterritoriale puisque prenant en compte, aux fins de son application, des éléments factuels en dehors du territoire des États membres de l'Union, cette mesure ne relève néanmoins que d'une forme réduite d'extraterritorialité (1.2). Autrement dit, il s'agit de démontrer que cette mesure européenne apparaît intrinsèquement extraterritoriale puisqu'elle appréhende, au sein de l'ordre juridique, des éléments factuels extérieurs au territoire de ses États membres sans qu'elle ne produise d'effet juridique à l'extérieur du territoire encadrant son application¹⁶.

1.1. Un rattachement de la mesure à la catégorie des normes extraterritoriales

464. La question de l'extraterritorialité, sous l'angle général du droit international public, est passionnante de complexité. Interdiction de principe ou liberté de principe, partisans et opposants de la solution du *Lotus* dont l'interprétation, et la pertinence même de la solution, ne finissent d'opposer la doctrine¹⁷...

15 *Ibid.*, p. 242.

16 Tout cela permet de conclure à l'application d'un régime relatif aux normes d'effets extraterritoriaux secondaires de fait. V. *infra*, n°475 à 480. Et les implications d'un tel régime apparaissent bien différentes des diverses critiques, basées sur la prétendue existence d'effets juridiques extraterritoriaux, adressées à l'extension de 2008 du mécanisme européen d'échanges de quotas d'émission.

17 V., notamment, PELLET (A.), 2008, "Lotus que de sottises on profère en ton nom! : remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale", in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet, Pedone, Paris*, p. 215 et s. L'analyse du champ d'application *ratione loci* de la mesure européenne sera néanmoins basée sur la validité, dans le cadre actuel du droit international public, de la solution apportée par les juges de la CPJI dans l'affaire du *Lotus*. Pour la justification d'une telle démarche, v. *infra*, n°467.

tout cela laisse aujourd'hui un grand nombre de questions dont les réponses n'apparaissent parfois formulées que devant l'urgence des situations factuelles.

465. Entamer l'analyse de la mesure européenne sous l'angle de son champ d'application territorial exige ainsi de confronter les spécificités du droit international de l'aviation civile à l'existence fréquemment discutée d'un principe permissif en matière d'extraterritorialité (A) avant d'initier une identification plus précise de cette mesure européenne au regard des distinctions qu'exige l'analyse de la problématique de l'extraterritorialité en droit international (B).

A. Une analyse soumise aux spécificités de l'activité régulée

466. Cette analyse se limitant aux "situations dans lesquelles un État prétend appréhender, à travers son ordre juridique, des éléments situés en dehors de son territoire"¹⁸, il est tout d'abord indispensable de préciser que le droit international public ne semble pas interdire, de manière générale et par principe, l'extraterritorialité des normes. Cette affirmation se trouve en effet être l'un des prolongements de la solution rendue en 1927 par la Cour permanente de justice internationale (ci-après CPIJ) dans l'affaire du *Lotus* :

loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibi-

18 STERN, 1992, "L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...", préc., p. 60. B. STERN distingue en effet, dans un premier temps, l'"application extraterritoriale médiatisée" de l'"application extraterritoriale directe". La première catégorie se trouve alors rapidement exclue de cette analyse puisqu'elle appartient aux problématiques du droit international privé. Dans cette hypothèse, "l'application extraterritoriale n'est pas le fait de l'État auteur de la norme, mais le fait de l'État sur le territoire duquel elle est mise en œuvre, plus précisément des tribunaux de cet État, par le biais d'une de ses règles de conflit". V. STERN (B.), "Une tentative d'élucidation du concept d'extraterritorialité", préc., p. 52. Si l'on s'en tient à l'expression d'"application extraterritoriale directe", la notion d'"application" doit néanmoins être envisagée de manière large. Elle ne se limite pas à l'exécution d'actes à l'extérieur du territoire, ni même à l'existence d'effets juridiques extraterritoriaux. Cette catégorie englobe tout type d'extraterritorialité normative. Cela va donc de l'imposition de comportements juridiques à l'extérieur du territoire d'un État ou d'un groupement d'États à la simple appréhension, lors d'une mise en œuvre strictement territoriale d'une norme, d'éléments extraterritoriaux, factuels ou juridiques, par l'ordre juridique de ce ou de ces États. Cette catégorie ne se limite donc pas à ce qu'il a été convenu d'appeler ici l'"application territoriale d'une norme intrinsèquement extraterritoriale". V. *infra*, n°475 à 480.

tives. Dans ces circonstances, tout ce que l'on peut demander à un État, c'est qu'il ne dépasse pas les limites que le droit international met à ses compétences¹⁹.

467. Ce que certains commentateurs ont dénommé le "*principe du Lotus*"²⁰ – un principe permettant, sous réserve des certaines limites essentielles dont la principale est celle d'une interdiction de l'"exercice extraterritorial de la compétence d'exécution"²¹, de faire ce qui n'est pas été expressément interdit – n'a pas manqué d'être vivement contesté. Trois camps continuent d'ailleurs aujourd'hui de s'affronter : les défenseurs d'une interprétation de l'arrêt comme source d'un principe permissif²², les défenseurs d'une interprétation opposée de l'arrêt²³ et un troisième camp invoquant une lecture erronée de l'arrêt de 1927 dont le résultat n'est pas, selon eux, la consécration d'un principe permissif ou prohibitif²⁴. La limitation de ce travail de recherche ne permet pas d'entrer dans les détails de ce non moins passionnant débat. Les critiques portées à l'existence d'un "*principe du Lotus*" se comprennent néanmoins au vu de la date de cet arrêt. Ce dernier a en effet été rendu à une période des relations internationales ne reflétant plus l'état actuel du droit international public. Une question paraît être ainsi légitime à formuler : la solution du Lotus est-elle désuète²⁵ ? Cela semble être l'opinion de P. MENDES DE LEON puisqu'il n'hésite pas à affirmer que "*dans la deuxième moitié du siècle dernier, la solution avancée dans l'affaire du Lotus a été nuancée, dans le sens que l'application du droit interne en dehors du territoire de l'État est seulement permise lorsque le droit inter-*

19 CPJI, Arrêt du 7 septembre 1927, Lotus (France/ Turquie), Publication de la CPJI, Série A – n°10. (Affaire du Lotus), p. 19 (souligné par nous).

20 V., à titre d'exemple, HERTOGEN (A.), 2015, "Letting Lotus Bloom", *EJIL*, vol. 26, n°4, p. 901 et s.

21 Comme l'explique A. HERTOGEN, l'opinion majoritaire "did not require a permissive rule for all exercise of jurisdiction". Elle reconnaît en ce sens un principe prohibitif dans le cadre de l'"exercice of enforcement jurisdiction", et limite le principe permissif à la "*prescriptive jurisdiction*" et à la "*adjudicative jurisdiction*". V. HERTOGEN (A.), 2015, "Letting Lotus Bloom", préc., p. 907 et 908. Sur ce point spécifique, v. *infra*, n°472.

22 V., à titre d'exemple, CIJ, Arrêt du 14 février 2002, Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2002 (République démocratique du Congo c. Belgique), C.I.J. Recueil 2002, p. 3., Contre mémoire du Royaume de Belgique, 28 septembre 2001, 219 p.

23 V., à titre d'exemple, MANN (F.A.P.), 1964, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *RCADI*, vol. 111, p. 35.

24 V., notamment, HERTOGEN (A.), 2015, "Letting Lotus Bloom", préc.

25 Pour une argumentation en ce sens, v., notamment, FROWEIN (J.A.), 2011, "Kosovo and Lotus", in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honor of Brumo Simma*, U. FASTENRATH (dir.), Oxford, Oxford University Press, p. 923. ; HIGGINS (R.), 1991, "International Trade Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes: General Course of Public International Law", *RCADI*, vol. 230, p. 114. Ce n'est cependant pas une conclusion partagée par l'ensemble de la doctrine. A. HERTOGEN, à l'inverse, "rejects all for discarding the Lotus judgement as an outdated and wrongly decided precedent". V. HERTOGEN (A.), 2015, "Letting Lotus Bloom", préc., p. 904.

*national l'autorise*²⁶. Il est d'ailleurs indéniable que cette solution relève d'un arrêt de la Cour permanente, et non de la CIJ. Bien que la CIJ soit la continuation de la CPJI, et qu'elle suit donc la jurisprudence de cette Cour permanente²⁷, il faut également reconnaître, avec le juge M. ALVAREZ, que *"pendant l'intervalle qui s'est écoulé entre le fonctionnement de l'une et de l'autre Cours s'est produit une guerre mondiale qui a entraîné des changements rapides et profonds dans la vie internationale et affecté considérablement le droit des gens"*²⁸. La CIJ n'est néanmoins jamais revenue sur l'affirmation de la CPJI dans l'affaire du *Lotus*. L'existence d'un principe permissif semble en outre avoir été consolidée par la CIJ, bien qu'en dehors du cadre de l'exercice de la juridiction étatique, dans son avis de 1996 sur l'affaire des *Essais nucléaires*²⁹ et dans son avis de 2010 sur l'affaire du Kosovo³⁰. Près de quarante ans après l'arrêt de 1927, le juge G. FITZMAURICE dans son opinion individuelle sur l'affaire *Barcelona Traction* a également embrassé l'existence d'un tel principe permissif³¹. L'état du droit

26 MENDES DE LEON (P.), "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. 358.

27 Comme le souligne M. SHAW, la CIJ "is a continuation of the Permanent Court, with virtually the same statute and jurisdiction, and with a continuing line of case, no distinction being made between those decided by the PCIJ and those by the ICJ". V. SHAW (M.N.), 2014, *International Law, op. cit.*, p. 767. V., également, SHAHABUDDEEN (M.), *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 22.

28 Opinion individuelle du juge M. ALVAREZ dans l'affaire CIJ, 18 décembre 1951, Affaires des pêcheries, préc. p. 146. Dans cette opinion individuelle, le juge M. ALVAREZ poursuit d'ailleurs en soulignant que de tels changements ont accentué l'importance d'une mission spécifique de la CIJ : le développement du droit international public. Il précise en effet qu'"il arrive aujourd'hui plus fréquemment qu'autrefois que, dans une matière donnée, on ne trouve pas de préceptes applicables ou que ceux existant présentent des lacunes ou qu'ils apparaissent désuets, c'est-à-dire ne correspondent pas aux nouvelles conditions de la vie des peuples. Dans tous ces cas, la Cour doit développer le droit des gens, c'est-à-dire remédier à ses insuffisances, adapter les principes existants à ces nouvelles conditions et même, s'il n'existe pas de principes, en créer conformément auxdites conditions". V. Opinion individuelle du juge M. ALVAREZ dans l'affaire CIJ, 18 décembre 1951, Affaires des pêcheries, préc. p. 146.

29 CIJ, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, préc.

30 CIJ, Avis consultatif du 22 juillet 2010, Conformité au droit international de la Déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, C.I.J. Recueil 2010, p. 403.

31 "A l'heure actuelle le droit international n'impose aux États aucune règle rigide délimitant le domaine de leur compétence nationale en pareilles matières (et il en est évidemment d'autres : par exemple les questions de transports maritimes, la législation antitrust, etc.), mais il leur laisse à cet égard une grande latitude. Néanmoins a) il postule l'existence de limites, même si dans tout cas d'espèce c'est au tribunal qu'il incombe éventuellement de les définir aux fins de l'affaire dont il s'agit, et b) il impose à tout État l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre État quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée". V. Opinion individuelle du juge G. FITZMAURICE dans l'affaire CIJ, Arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase (Belgique c. Espagne), C.I.J. Recueil 1970, p. 3. (Affaire *Barcelona Traction*), p. 105. Pour une analyse de cette condition de la modération, v. *infra*, n°493 à

international a certes, sans l'ombre d'un doute, évolué depuis 1927. A ce titre, les "quelques cas" de "règles prohibitives" à la liberté des États n'ont eu cesse d'augmenter durant les nombreuses décennies séparant l'affaire du Lotus de l'état actuel du droit international³². Comme le souligne P. MENDES DE LEON,

le monde économique est moins "vide" qu'il y a cent ans, car il est "rempli" par de nombreux instruments juridiques. Par conséquent, la juridiction des États risque de se heurter plus facilement à un régime international qui régit l'activité ou la transaction en question³³.

468. Le droit international de l'aviation civile est une illustration évidente de ce type de régime international. La tendance à l'augmentation exponentielle des accords internationaux supports éventuels de "règles prohibitives" trouve en effet l'un de ses cas d'étude dans l'analyse du droit international de l'aviation civile. P. MENDES DE LEON poursuit d'ailleurs en soulignant que depuis 1944, l'activité aérienne

n'est pas seulement régie par la convention de Chicago, mais aussi par presque vingt-cinq accords multilatéraux et plus de trois mille accords bilatéraux qui contrôlent l'accès au marché aérien international et le comportement des compagnies aériennes sur ce marché³⁴.

Cette branche autonome du droit international public limite donc considérablement la marge d'action des États, puisque ces accords multilatéraux et bilatéraux contiennent un nombre conséquent de "règles prohibitives" telles qu'évoquées par la CPJI en 1927. Face aux spécificités du droit international de l'aviation civile, et lorsque l'on prend notamment en considération les caractéristiques intrinsèques à l'activité régulée et notamment la rapidité avec

506. Comme le précise P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, le Conseil Constitutionnel français a d'ailleurs lui aussi "exprimé ces principes dans ses décisions du 16 janvier et 11 février 1982, rendues à propos des nationalisations françaises". V. DAILLIER (P.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 562. Comme le résume M. PROST, "il est (...) bien admis qu'un État peut, sous certaines conditions, exercer des compétences dites extraterritoriales. Ces compétences extraterritoriales sont certes conçues et perçues comme des compétences dérivées et secondaires par rapport à la compétence territoriale. Reste que l'on s'accorde à peu près partout pour dire qu'il n'existe, en la matière, aucune interdiction générale ou de principe en droit international". V. PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 381.

32 Il faut ainsi souligner, avec P. MENDES DE LEON, que "le monde économique est moins "vide" qu'il y a cent ans, car il est "rempli" par de nombreux instruments juridiques. Par conséquent, la juridiction des États risque de se heurter plus facilement à un régime international qui régit l'activité ou la transaction en question". V. MENDES DE LEON (P.), 2015, "Les efforts de l'Union européenne pour forcer la réduction des émissions de gaz à effet de serre par l'aviation civile – Reculer pour mieux sauter ?", préc., p. 358.

33 Ibid.

34 Ibid.

laquelle se déplacent les aéronefs au-dessus des juridictions étatiques et au-dessus de la haute mer, une question mériterait d'ailleurs d'être posée : la *lex specialis* que constitue le droit international de l'aviation civile implique-t-elle un renversement du principe ? L'application du "principe du Lotus" dans le cadre du droit international de l'aviation civile irait-elle à l'encontre d'un principe fondateur de cet ordre juridique indiquant que cette branche spécifique du droit international de l'aviation civile repose sur une juridiction "à l'intérieur du territoire" ? S'il faut répondre par l'affirmative à ces questions, le droit international de l'aviation civile interdirait tout ce qui n'a pas été explicitement autorisé et ne permettrait que ce qui a été expressément convenu.

Il faut alors reconnaître que la convention de Chicago "repose sur le principe de la compétence territoriale"³⁵. En déduire, dans le cadre du droit international de l'aviation civile, une compétence limitée à "l'intérieur du territoire" revient néanmoins à singulièrement isoler cette branche du droit international public puisque ce dernier repose, quant à lui, sur la permission donnée aux États de "réglementer des situations se produisant en dehors de son territoire et même d'agir hors des limites de celui-ci"³⁶. Il faudrait donc avoir une lecture particulièrement stricte du principe de juridiction territoriale dans le cadre du droit international de l'aviation civile pour isoler celui-ci du principe permissif du droit international public. Une combinaison des articles 1 et 2 de la convention permettrait en ce sens d'affirmer que la juridiction des États parties à la convention de Chicago, circonscrite aux frontières de ces États, correspond à une juridiction "à l'intérieur du territoire"³⁷, plus contraignante qu'une juridiction simplement territoriale, impliquant ainsi l'exclusion de toute mesure extraterritoriale³⁸. En ce sens, le principe de souveraineté aérienne complète et exclusive, codifié à l'article 1 de la convention de Chicago³⁹, n'est-il pas l'incarnation de cette règle prohibitive limitant la permission de principe affirmée par les juges de

35 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. 356.

36 DAILLIER (P.), et al., 2009, *Droit international public, op. cit.*, p. 561.

37 "The Chicago Convention proceeds from territorial jurisdiction in national airspace. Among others, this follows from the combined effect of Articles 1 (...) and 2 of the Convention". MENDES DE LEON (P.), 2017, *Introduction to Air Law, op. cit.*, p. 21.

38 L'article 2 indique à ce titre qu'"il faut entendre par territoire d'un État les régions terrestres et les eaux territoriales y adjacentes qui se trouvent sous la souveraineté, la suzeraineté, la protection ou le mandat dudit État". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 2. La notion de territoire apparaît ensuite pas moins de cinquante et une fois dans le dispositif de la convention. Il est également vrai que l'article 11 limite l'application des règlements de l'air "à l'intérieur du territoire", et que cette expression se retrouve à plusieurs reprises dans le dispositif de la convention, et notamment l'article 6 exigeant le respect des conditions de la permission ou de l'autorisation d'exploitation lorsqu'un service aérien international régulier se trouve exploité "au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant". V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 6, 11, 13 et 30.

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

la CPIJ en 1927 ? Une réponse négative s'impose *a priori*, sans s'attarder tout de suite sur les implications de l'adjectif "exclusif" venant qualifier le principe de souveraineté aérienne codifié par la convention de Chicago⁴⁰. Le principe de souveraineté aérienne ne constitue en effet que le reflet du principe fondateur du droit international public moderne : le principe de l'"égalité souveraine" des États membres de l'ONU. Attribuer à l'article 1 de la convention de Chicago – reflet de l'article 2, paragraphe 1, de la charte des Nations Unies⁴¹ – le rang d'une règle prohibitive à la liberté que possède chaque État "*d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire*" aurait donc pour conséquence de neutraliser complètement cette liberté. En qualifiant le principe de souveraineté de règle prohibitive, il n'existerait ainsi plus aucune problématique liée à l'extraterritorialité du droit, puisque celle-ci serait *de facto* interdite par l'existence d'une règle prohibitive incarnée par la pierre angulaire du droit international public, ce qui ne résulte en aucun cas de la réalité du droit international public.

469. Les articles de la convention de Chicago encadrant le droit de la navigation aérienne semblent néanmoins consacrer cette juridiction "*à l'intérieur du territoire*". L'article 11 de la convention de Chicago, pierre angulaire de ce droit de la navigation aérienne, affirme en effet que les règlements de l'air s'appliquent "*à l'intérieur du territoire de cet État*"⁴². Fonder la validité de la mesure européenne sur cet article, comme l'a fait le législateur européen⁴³, se confronte ainsi à des arguments juridiques sérieux sur le terrain du champ d'application *ratione loci* de la mesure. Le respect de l'article 12 de la convention de Chicago, lui-même rattaché au droit de la navigation aérienne, impliquerait en outre l'obtention d'un accord de l'OACI autorisant une application extraterritoriale de la mesure européenne au-dessus de la haute mer⁴⁴. Cette juridiction restreinte "*à l'intérieur du territoire*" des États membres de la Communauté aérienne internationale ne correspond néanmoins pas à la réalité actuelle de la branche commerciale du droit international de l'aviation civile, ce qui nécessite une nouvelle analyse de la mesure européenne à la lumière de la

40 V. *infra*, n°472.

41 Charte des Nations Unies, 1945, préc., Art.2, (2) : "*L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres*". Pour une interprétation de cet article, v. COT (J.-P.), et al., 2005, *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article*, Paris, Economica, 1571 p. Pour une réflexion sur le principe d'égalité souveraine, v. KOOIJMANS (P.), 1964, *The Doctrine of the Legal Equality of States: An Inquiry Into the Foundations of International Law*, Leiden, A. W. Sythoff, 260 p.

42 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 11. L'article 68 indique également que "*chaque État contractant peut, sous réserve des dispositions de la présente Convention, désigner l'itinéraire que doit suivre tout service aérien international à l'intérieur de son territoire, ainsi que les aéroports que ce service peut utiliser*". V. Convention de Chicago, 1944, Art. 68 (souligné par nous). V., également, Convention de Chicago, 1944, préc., Arts. 13, 27, 30 et 35.

43 V. *supra*, n°436 à 439.

44 V. Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 12.

distinction entre le droit de la navigation aérienne et le droit du transport aérien.

470. Comme indiqué dans le chapitre préliminaire de ce travail de recherche, les mesures *fondées sur le marché* ne relèvent pas du droit de la navigation aérienne⁴⁵. Rattachées au droit du transport aérien international, ces mesures se trouvent donc soumises à l'exigence issue de l'article 6 de la convention de Chicago, et donc à l'exigence d'"autorisation" ou de "permission spéciale" afin d'exploiter un service aérien international "au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant"⁴⁶.

Il a d'ailleurs été démontré, précédemment, que l'extension du champ d'application *ratione materiae* de la mesure européenne ne respecte pas l'exigence issue de l'article 6 de la convention de Chicago⁴⁷. Lorsque l'on s'intéresse à l'exercice par le législateur européen de son titre de compétence *ratione materiae*, il faut en effet reconnaître avec P. MENDES DE LEON que l'utilisation de l'origine ou de la destination du vol afin de contourner l'exigence de l'article 6 de la convention de Chicago repose sur un "raisonnement dangereux" puisque selon ce raisonnement,

toutes les conventions internationales y compris les accords bilatéraux deviennent sans objet, car les services aériens ne se trouveraient plus régis par ceux-ci, mais par les lois du pays de destination et/ou de départ. La confusion serait complète car les lois nationales rivaliseraient les unes avec les autres pour être appliquées aux services aériens internationaux⁴⁸.

L'article 6 assure ainsi la protection des compagnies aériennes obligeant les États parties à la convention de Chicago à obtenir l'autorisation des États tiers avant d'imposer de nouvelles conditions à l'exploitation des services aériens internationaux réguliers. Mais lors d'une analyse circonscrite au champ d'application *ratione loci* d'une mesure unilatérale, ou lorsque cette exigence d'autorisation a été respectée dans le cadre d'un acte unilatéral "négocié", il faut alors admettre que l'article 6 ne limite pas la juridiction des États contractants, dans le domaine du commerce aérien, à une juridiction "à l'intérieur du territoire". Il est vrai que l'autorisation exigée par l'article doit permettre l'exploitation du service aérien "au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant",

45 V. *supra*, n°63 à 69.

46 V. Convention de Chicago, 1944, Art. 6.

47 V. *supra*, n°429 à 435.

48 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.

mais cela n'implique pas que les conditions de cette autorisation doivent quant à elles limiter leur champ d'application "à l'intérieur du territoire"⁴⁹.

Il convient donc ici encore de ne pas mélanger la critique du champ d'application *rationae materiae* de la mesure à celle de son extraterritorialité. Le bien-fondé de la première, impliquant la violation par le législateur européen de l'article 6 de convention de Chicago, ne doit en effet pas empêcher de rejeter le bien-fondé de la seconde puisque l'article 6 ne reflète pas une règle prohibitive à l'application extraterritoriale de la mesure européenne.

471. *In fine*, et si rien ne préjuge d'une possible remise en cause, à l'avenir et dans le cadre du droit international de l'aviation civile, du "principe du Lotus", l'affirmation selon laquelle "le droit international public n'interdit pas de manière globale l'extraterritorialité des normes"⁵⁰ peut donc être considérée dans la suite des développements comme le point de départ d'une argumentation s'intéressant au titre de la compétence *ratione loci* de l'Union européenne. Rien ne permet en effet d'affirmer que le principe soit entièrement renversé dans le cadre du droit international de l'aviation civile⁵¹. L'observation d'une augmentation exponentielle des accords internationaux supports éventuels de ces "règles prohibitives" ne permet en effet pas, à elle seule, d'affirmer le renversement du principe.

Cela étant dit, il convient à présent de préciser la qualification de la mesure européenne au regard des importantes distinctions que contient le droit international de l'extraterritorialité.

49 Les rédacteurs de la convention de Chicago ayant choisi d'exclure du champ d'application de la convention de Chicago la plupart des aspects juridiques liés au transport aérien international, il serait d'ailleurs contraire à l'esprit du texte que de prétendre qu'ils ont cherché à limiter la souveraineté des États dans ce domaine à une juridiction "à l'intérieur du territoire".

50 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 811. Pour une conclusion dans le même sens, v. BARTLIK (M.), 2009, "The Extension of the European Union's Emissions Trading Scheme to Aviation Activities", préc., p. 162 à 165.

51 Sur le fondement d'une interdiction de principe par le droit international public, il est d'ailleurs toujours possible d'affirmer l'existence d'exceptions permettant l'exercice de la compétence extraterritoriale. C'est ce que semble indiquer A. PIERA, bien que les conclusions apportées par cet auteur sur la question de l'extraterritorialité de la mesure européenne soient diamétralement opposées à celles proposées par ce travail d'analyse : "opponents of the EU ETS place heavy emphasis on the unquestionable extraterritorial elements of the scheme and would seem to presuppose that the exercise of extraterritorial jurisdiction is unlawful. They ignore of chose to ignore the fact that, under certain circumstances, the exercise of extraterritorial jurisdiction may in fact be permitted". V. PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 155.

B. Une application extraterritoriale directe du pouvoir normateur

472. S'il n'y a donc pas, *a priori*, d'interdiction de principe à l'"application extraterritoriale directe" laissant ainsi la porte ouverte aux prétentions extraterritoriales de l'Union européenne dans le secteur de l'aviation civile internationale, certaines conditions et certaines limites générales – au-delà des interdictions spécifiques du droit international de l'aviation civile – se doivent néanmoins d'être respectées. Appréhender de telles limites, et de telles conditions, implique une distinction : celle permettant d'isoler l'"exercice extraterritorial de la compétence d'exécution"⁵² de l'"exercice de la compétence normative"⁵³.

Première entaille de taille à la "large liberté" proclamée par les juges de la CPJI en 1927, la première catégorie se trouve en effet, et par principe, proscrite par le droit international⁵⁴. C'est en ce sens que se comprend la remarque basée sur l'exclusivité de la souveraineté aérienne. L'une des principales critiques adressées à l'initiative normative européenne, comme le rappelle A. PIERA, est en effet que "by seeking to impose a set of environmental standards extraterritorially, the EU ETS de facto interferes with the right of other States. As such, the EU ETS impinges upon the sovereignty of other States"⁵⁵. Il s'agit néanmoins de limiter un tel argument à l'hypothèse d'un acte de contrainte accompli en territoire étranger dont l'illicéité est "la conséquence nécessaire de l'interdiction de tout empiètement non autorisé par le souverain territorial"⁵⁶. Or, dans le cadre de la Directive 2008/101/CE, aucun doute n'existe : cette réglementation n'impose aucune "exécution extra-territoriale forcée"⁵⁷ puisque sa mise en œuvre reste

52 J. ZERK définit ce type d'extraterritorialité de la manière suivante : "extraterritorial jurisdiction refers to the ability of a state, via various legal, regulatory and judicial institutions, to exercise its authority over actors and activities outside its own territory". V. ZERK (J.), 2010, "Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas", Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper n°59, p. 13.

53 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 811 : "il est (...) nécessaire de distinguer l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution (...) de l'exercice de la compétence normative".

54 La seule certitude en matière d'extraterritorialité se trouve en effet dans l'interdiction pour un État d'effectuer une mesure d'exécution sur le territoire d'un autre État. La compétence d'exécution reste donc strictement territoriale : "la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État". V. CPJI, Arrêt du 7 septembre 1927, Lotus (France/ Turquie), préc., p. 19.

55 PIERA (A.), 2015, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation. Legal and Policy Challenges*, op. cit., p. 155.

56 DAILLIER (A.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 533.

57 Un État souverain est en effet en mesure "d'interdire la mise en œuvre de la législation étrangère ; et c'est en cela – et en cela seulement – que consiste le principe de l'interdiction de l'application extraterritoriale du droit. Le droit international reconnaît aux États une compétence normative extraterritoriale ; il exclut en revanche toute compétence d'exécution extra-territoriale forcée". DAILLIER (A.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 562 (souligné par nous).

strictement territoriale. Une compétence exécutive extraterritoriale impliquerait en effet que l'Union dispose du "pouvoir (...) de donner effet aux ordres émanant de son système juridique, que ce soit par un acte de police ou par une autre sanction officielle"⁵⁸ appliquée en dehors du territoire des États membres de l'Union, ce que la mesure européenne ne prévoit nullement. L'hypothèse d'effets juridiques à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union est une remarque tout à fait pertinente. Elle ne peut néanmoins, et ne doit pas, être confondue avec la revendication d'une exécution extraterritoriale de la mesure. Elle fera ainsi l'objet d'une analyse distincte⁵⁹.

473. Ne reste donc, aux fins de l'identification de la mesure *corrective* européenne, que l'hypothèse d'une "application extraterritoriale directe du pouvoir normateur"⁶⁰. Cette dernière catégorie se limite à l'"exercice de la compétence normative", et non d'exécution, à l'égard de situations prenant place, ne serait-ce qu'en partie, en dehors du cadre territorial de référence. Et il s'agit bien ici de l'identification recherchée de l'initiative normative européenne, puisque l'extraterritorialité de cette dernière relève d'une mise en œuvre territoriale de ses dispositions "aux parties de vols qui ont lieu en dehors de l'espace aérien des États membres, y compris aux vols opérés par des aéronefs immatriculés dans des États tiers"⁶¹. Un constat doit en effet être effectué : le calcul des émissions aux fins de l'application de la directive 2008/101/CE prend en compte le vol de l'aéronef dans son intégralité⁶². En notant que tous les vols au départ ou à destination d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre de l'Union sont concernés, et que "la directive 2008/101 s'applique indifféremment aux vols ayant pour destination ou pour provenance le territoire de l'Union, y compris ceux en provenance ou à destination d'aérodromes situés en-dehors de ce territoire"⁶³,

58 SALMON (J.), 2001, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 210.

59 V. *infra*, n°475 à 480.

60 STERN (B.), 1992, "L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres..", préc., p. 244.

61 CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 112. Cette extraterritorialité provient plus précisément, et cela constituera le nœud du problème, d'un calcul des émissions attribuées à l'aviation sur l'intégralité des vols "au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre ou à l'arrivée dans un tel aéroport en provenance d'un pays tiers". V. Directive 2008/101/CE, préc., Art. 1 (3) (b) (r). Cette méthode de calcul étend ainsi l'exercice de la compétence normative de l'Union, dans le domaine de l'aviation civile internationale, à des situations dont l'origine ou l'aboutissement se situe en dehors du territoire des États membres de l'Union. V. Directive 2008/101/CE, préc., Art. 1. L'article premier du règlement (UE) n° 421/2014 a néanmoins modifié ce champ d'application, excluant ainsi provisoirement la problématique de l'extraterritorialité, en affirmant qu'aucune mesure à l'encontre des exploitants d'aéronefs ne sera prise en ce qui concerne "toutes les émissions des vols à destination et en provenance d'aérodromes situés dans des pays en dehors de l'Espace économique européen (EEE) pour chaque année civile du 1er janvier 2013 au 31 décembre 2016". V. Règlement (UE) n° 421/2014, préc., Art.1.

62 V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 118.

63 V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 116.

cela peut entraîner, selon le vol, la prise en compte d'émissions produites au-dessus des territoires souverains d'États tiers à l'Union européenne, voire d'émissions produites au-dessus de la haute mer, et donc dans des zones hors souveraineté⁶⁴.

Personne ne conteste ainsi, face à l'hypothèse d'un vol ayant son origine ou son aboutissement à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union, que certains éléments factuels pris en considération dans le calcul des quotas alloués aux compagnies aériennes concernées – les émissions aériennes de GES – trouvent leur origine dans un événement – la combustion du carburant – localisé en dehors de l'espace aérien des États membres de l'Union⁶⁵. Il y a donc bien "*exercice extraterritorial de la compétence normative*" de l'Union puisqu'un fait en dehors du territoire des États membres de l'Union est pris en considération par cette dernière. Peu importe à ce stade de l'analyse les débats quant aux implications spécifiques d'une telle qualification⁶⁶. Peu importe également les implications éventuelles à la distinction entre les faits trouvant leurs origines au-dessus d'États tiers ou au-dessus d'espaces hors souveraineté⁶⁷. Le simple constat du bien-fondé de cette qualification suffit pour le moment à affirmer que la mesure européenne appartient à la catégorie des normes extraterritoriales. Il s'agit à ce titre d'éviter l'assertion – une assertion définitive et source d'évidentes confusions – de l'avocat général J. KOKOTT dans l'affaire ATAA : "*la directive 2008/101 ne contient aucune règle extraterritoriale*"⁶⁸.

474. *Conclusion.* La place de l'initiative normative européenne face aux distinctions essentielles liées à l'extraterritorialité du droit se trouve ainsi approchée. Une analyse plus précise des conséquences liées au choix de la méthode spécifique de calcul des émissions aux fins de l'application de la norme européenne se doit cependant d'être effectuée. Au-delà de la confirmation d'une appartenance de cette norme au sein de la grande famille de l'extraterritorialité du droit, c'est en effet le choix d'une telle méthode, impliquant la prise en compte d'éléments factuels extraterritoriaux dans l'exercice de la compétence

64 Pour une analyse spécifique de ce dernier point, v. *infra*, n°476.

65 De nombreuses illustrations ont d'ailleurs été données par les détracteurs du système européen. En prenant l'exemple d'un vol San Francisco – Londres, l'association ATAA argumente ainsi que 29% des émissions ont lieu dans l'espace aérien des États-Unis, 37% dans l'espace aérien canadien, 25% au-dessus de la haute mer, et seulement 9 % au sein de l'espace aérien de l'Union. V. BLANCO (I.), 2011, "Les compagnies américaines contre la taxe carbone européenne", *Air Journal*, disponible à <http://www.air-journal.fr/2011-07-06-les-compagnies-americaines-contre-la-taxe-carbone-europeenne-532451.html> (consulté le 29 septembre 2016).

66 Sur cette question, v. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

67 Sur cette question, v. *infra*, n°475 à 480.

68 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. 145.

normative de l'Union, qui a entraîné le plus grand nombre de débats suite à l'adoption, par le législateur européen, de la directive 2008/101/CE.

1.2. Une identification sous la forme d'une extraterritorialité réduite

475. Si la directive européenne de 2008 appartient, par sa nature-même, à la catégorie des normes extraterritoriales, une dernière distinction se doit cependant d'être effectuée afin de délimiter avec précision le régime juridique applicable⁶⁹. Au sein même de la catégorie des normes extraterritoriales rattachées à l'exercice de la compétence normative⁷⁰, il s'agit en effet de distinguer, d'une part, la catégorie des normes se contentant de prendre en compte certains éléments factuels extraterritoriaux aux fins de l'obligation qu'elles imposent dans un cadre strictement territorial⁷¹ et, d'autre part, la catégorie des normes produisant des effets juridiques extraterritoriaux⁷².

Dans l'hypothèse d'une norme appartenant à la première catégorie, relevant ainsi d'une forme réduite d'extraterritorialité, l'auteur de la norme exerce bien *"sa compétence législative à l'égard d'actes, de comportements ou de personnes se trouvant en dehors de son territoire"*, mais il se contente *"d'en tirer des conséquences juridiques en droit interne"*⁷³. Il ne s'agit pas ici de recourir à l'application extraterritoriale d'une norme, mais de se contenter de prendre en considération des *"faits qui se sont passés à l'étranger"* dans le cadre d'une application strictement territoriale de la norme. A l'inverse, la seconde catégorie relève quant à elle, comme l'indique B. STERN, de l'*"application extraterritoriale stricto sensu"*⁷⁴ puisqu'elle implique des effets juridiques extraterritoriaux. Cette seconde catégorie ne se confond néanmoins pas avec la catégorie de normes – pré-

69 C'est d'ailleurs ce qui pousse certains auteurs à effectuer *"une distinction entre l'édiction d'une réglementation (au sens large), qui, dans son principe, est permise par le droit international, et son application, qui est l'objet de restrictions considérables"*. V. DAILLIER (A.), et al., 2009, *Droit international public, op. cit.*, p. 561.

70 Egalement qualifiée d'*"application extraterritoriale directe du pouvoir normateur"*. V. STERN (B.), 1992, *"L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres..."*, préc., p. 244.

71 Cette hypothèse s'observe donc lorsque la norme se contente de prendre en compte *"pour sa mise en œuvre, des faits ou des situations juridiques extérieures au territoire"*. V. STERN (B.), 1986, *"Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale"*, préc., p. 60.

72 Cet exercice de qualification de la mesure européenne a d'ailleurs été suggéré par V. CORREIA. V. CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile, op. cit.*, p. 812.

73 PROST (M.), 2010, *"Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée"*, préc., p. 380. En ce sens, si la présence d'un élément d'extraterritorialité ne fait aucun doute lors de l'analyse des éléments pris en compte par la norme concernée, les effets juridiques d'une telle norme peuvent quant à eux rester circonscrits au territoire national.

74 STERN (B.), 1992, *"L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres..."*, préc., p. 244.

cédemment exclue de l'analyse – impliquant des mesures d'exécution, par l'État auteur de la norme, à l'extérieur du territoire⁷⁵. L'"application extraterritoriale stricto sensu" implique bien l'exécution d'actes à l'extérieur du territoire de l'auteur de la norme, mais cette fois par les destinataires de la norme en question. L'auteur de la norme, lui, n'exécute aucun acte à l'extérieur de son territoire. En ce sens, la norme en question impose seulement un "ordre de faire ou de ne pas faire à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un autre État"⁷⁶.

Une distinction entre la mise en œuvre et l'application de la norme permet également de comprendre la subtilité de la seconde catégorie. Exclure la mesure européenne de l'"exercice extraterritorial de la compétence d'exécution" impliquait de constater l'absence de mise en œuvre extraterritoriale, et donc l'absence de mesure d'exécution, par l'auteur de la norme, à l'extérieur de son territoire. Cela ne revenait néanmoins pas à exclure la possibilité d'une "application extraterritoriale stricto sensu" puisque que la mesure peut toujours produire des effets juridiques à l'extérieur du territoire, et exiger ainsi, par le destinataire de la norme, l'accomplissement d'actes juridiques afin que ce dernier se trouve en conformité avec les dispositions de cette mesure.

476. Toute la problématique réside alors, dans le cas de l'initiative normative européenne, dans la démonstration non plus de sa simple appartenance à la première catégorie, mais dans la démonstration de son exclusion de la seconde. Autrement dit, il s'agit de savoir si le législateur de l'Union n'avait prévu, aux fins de l'application de la norme contestée, que la prise en compte de faits extérieurs aux territoires des États membres afin d'imposer un certain comportement sur ces territoires – hypothèse d'appréhension d'éléments extraterritoriaux aux fins d'une application strictement territoriale – ou si il souhaitait également imposer un comportement ou prétendait produire des effets juridiques à l'extérieur de ces territoires – hypothèse d'application extraterritoriale stricto sensu. L'appartenance de la mesure *corrective* européenne à cette seconde hypothèse aurait en effet pour conséquence l'application d'un régime juridique bien plus stricte que celui s'appliquant aux normes se limitant à la prise en compte, pour leur application, de faits ou de situations juridiques extérieurs au territoire de l'auteur de cette norme.

Justifier l'absence d'effets juridiques extraterritoriaux lors de l'application de la directive européenne apparaît ainsi essentiel : si la directive en question n'impose pas à ses destinataires l'exécution d'actes à l'extérieur du territoire

75 V. *supra*, n°472.

76 DEMARET (P.), 1985, "L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ?", préc., p. 1 et 2. A l'inverse, l'"exercice extraterritorial de la compétence d'exécution" implique des mesures d'exécution, à l'extérieur du territoire, prises par l'auteur de la norme afin que ses destinataires se conforment à l'obligation qu'elle édicte. Et cette forme d'extraterritorialité est proscrite par le droit international. V. *supra*, n°472.

des États membres de l'Union, il ne s'agit que d'une forme réduite d'extraterritorialité, ce qui ne sera pas sans conséquence sur l'analyse de sa validité au regard du droit en vigueur⁷⁷. De la qualification adéquate de la mesure européenne, impliquant l'identification du régime juridique correspondant, dépend ainsi l'analyse de la solidité du lien de rattachement territorial de la directive 2008/101/CE⁷⁸. Il faut néanmoins, également, le rappeler : il ne s'agit pas ici de justifier la conclusion de J. KOKOTT qui, comme le soulignent B.F. HAVEL et M. MULLIGAN, considère que la prise en compte d'éléments de fait extraterritoriaux "*should not be considered regulation of extraterritorial activity but rather regulation of territorial activity*"⁷⁹. L'activité régulée dépasse le territoire des États membres de l'Union européenne, ce qui permet de prendre en considération des éléments de fait extérieurs à ce territoire. En ce sens, la directive est bien une norme extraterritoriale. L'extraterritorialité est néanmoins une notion large et oblige à un effort de précision. C'est en ce sens qu'il convient donc de se demander si la mesure européenne régleme le comportement des compagnies aériennes d'États tiers en dehors du territoire des États membres de l'Union.

477. En se référant tout d'abord à l'argumentation de la CJUE dans l'affaire ATAA⁸⁰, sans présumer à ce stade du bien-fondé de cette décision dans son ensemble, les juges affirment alors, en prenant le cas d'une violation éventuelle du principe de liberté de la haute mer, que la réglementation européenne n'a ni pour objet ni pour effet de prescrire un comportement aux compagnies aériennes en dehors du territoire des États membres de l'Union : "*une telle application du droit de l'Union 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*"⁸¹.

Pour les juges de la CJUE, le message est donc clair, bien qu'implicite : la mesure *corrective* européenne ne produit pas d'effet juridique en dehors du territoire des États membres de l'Union européenne⁸². C'est ce que confirme V. CORREIA dans son analyse de la mesure *corrective* européenne : "*si les faits*

77 V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

78 V. *infra*, n°493 à 506.

79 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., p. 18.

80 V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pts. 121 à 130.

81 V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 126.

82 Un lien serait d'ailleurs possible ici avec le rattachement des mesures *fondées sur le marché* au droit du transport aérien, et la conformité de la réglementation européenne avec l'article 12 de la convention de Chicago : n'imposant aucune règle de comportement (norme de navigation) au-dessus de la haute mer, la norme dérivée de l'Union européenne est conforme au cadre juridique posé par la convention de Chicago. Ce point d'analyse relève néanmoins du champ d'application *ratione materiae* de la mesure unilatérale européenne. V. *supra*, n°436 à 439.

pris en compte pour le calcul des droits d'émissions ont bien une dimension extraterritoriale, l'effet des règles établies dans le droit dérivé n'est, quant à lui, pas extraterritorial"⁸³. La CJUE adopte d'ailleurs l'opinion de son avocat général lorsque ce dernier indiquait que la mesure européenne "ne soumet pas l'activité des compagnies aériennes des pays tiers ou au dessus de la haute mer à une quelconque disposition contraignante de l'Union"⁸⁴. Bien que cela ne justifie pas, pour les raisons précédemment évoquées, la conclusion de cet avocat général quant à la qualification d'ensemble de mesure européenne⁸⁵, les arguments qu'il présente quant à l'absence d'effet juridique à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union apparaissent convaincants :

il est vrai que l'on prend ainsi pour partie en considération des événements se produisant au dessus de la haute mer ou du territoire de pays tiers. Ainsi, les compagnies aériennes peuvent se voir indirectement incitées à se comporter, lors du survol de la haute mer ou du territoire de pays tiers, de manière à consommer le moins possible de carburant et à émettre le moins possible de gaz à effet de serre. Il n'existe cependant pas de réglementation concrète de leur comportement dans l'espace aérien extérieur à l'Union européenne⁸⁶.

La lecture de cette démonstration par l'avocat général permet, plus précisément, d'effectuer une distinction entre deux types de norme : la norme ne produisant d'effet juridique qu'à l'intérieur d'un territoire donné mais influençant ses destinataires à suivre un comportement particulier à l'extérieur de ce territoire, et la norme réglementant, dans le sens strict du terme, les comportements ou agissements de ses destinataires à l'extérieur de ce même territoire. Les normes appartenant à la première catégorie peuvent ainsi être qualifiées de normes extraterritoriales d'anticipation puisqu'elles se contentent d'influencer, par anticipation, le comportement de leurs destinataires. La mesure européenne influence, sans aucun doute, le comportement des compagnies aériennes à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union. Cette influence peut se matérialiser, à titre d'exemples, dans les fréquences ou les prix prati-

83 CORREIA (V.), 2011, "La directive intégrant les activités aériennes dans l'ETS devant la Cour de justice de l'Union européenne", *Revue de droit des transports*, n° 12, p. 12. V., également, CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 826 : "il ne saurait être question d'application extraterritoriale du droit, mais seulement d'une prise en compte de certains aspects extraterritoriaux dans le cadre d'une mise en œuvre territorialisée".

84 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. 145.

85 J. KOKOTT affirme en effet que le fait, "pour le calcul des droits d'émissions à acquitter", de prendre en compte "l'ensemble de la route parcourue par le vol en question, ne confère pas aux dispositions de la directive 2008/101/CE un caractère extraterritorial". 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. 147.

86 *Ibid.*

qués par ces compagnies. Mais cette influence ne peut être assimilée à la prescription d'une obligation de faire ou de ne pas faire à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union.

478. Afin de consolider ce rattachement de la mesure *corrective* européenne à la catégorie des normes extraterritoriales d'anticipation, il apparaît néanmoins nécessaire de s'attarder sur l'une des obligations normatives essentielles à la mise en œuvre effective du marché de quotas prévu par la Directive 2008/101/CE : la déclaration des émissions et la restitution des quotas. Ces déclarations, nécessairement à la charge des compagnies aériennes d'États tiers si ces dernières choisissent de maintenir leurs vols à destination ou en provenance des États membres de l'Union, permettent en effet de déterminer, conformément à l'article 12, paragraphe 2 bis, de la directive 2003/87/CE, tel qu'inséré par la directive 2008/101/CE, le nombre de quotas que chaque compagnie doit restituer pour l'année civile précédente et correspondant aux émissions vérifiées. Comme expliqué précédemment, ces émissions étant calculées à partir de données relatives à l'intégralité de ces vols, il pourrait en être déduit une "*application extraterritoriale stricto sensu*" du droit européen impliquant des effets juridiques à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union. Une analyse précise de cette obligation de déclaration des émissions et de restitution des quotas amène néanmoins à nuancer fortement, voir à contredire, une telle conclusion. Bien qu'influençant, fortement d'ailleurs, mais sur un plan strictement économique ou commercial, le comportement des compagnies aériennes immatriculées dans un État tiers et soumises au marché européen des quotas, cette obligation de déclaration des émissions et de restitution des quotas s'effectue sur le territoire des États membres de l'Union.

L'un des arguments présentés à l'encontre de cette démonstration semble néanmoins, à première vue, convaincant : "*[i]t could be argued that the € 100 per tonne excess-emissions penalty and the risk of an operating ban give Directive 2008/101 a coercive effect beyond the territory of the EU*"⁸⁷. L'amende, voire l'interdiction d'exploitation – tout en soulignant la valeur hautement symbolique d'une telle mesure – ne s'appliquent néanmoins que si la compagnie ne se conforme pas aux obligations strictement territoriales issues de la directive : la déclaration des émissions et la restitution des quotas. La présence de ces sanctions augmente le caractère incitatif de la mesure, puisque que les compagnies vont chercher à limiter leur émission afin d'être en mesure de restituer les quotas nécessaires et d'éviter ainsi une éventuelle amende ou, dans un cas extrême, une interdiction d'exploitation. Mais l'existence de ces sanctions ne suffit pas à qualifier la mesure européenne sous la forme d'une "*application*

87 KULOVESI (K.), 2011, "Make your own special song, even if nobody else sings along": International aviation emissions and the EU Emissions Trading Scheme", préc., p. 16.

*extraterritoriale stricto sensu*⁸⁸. Il faut en effet clairement distinguer l'influence d'une norme de son effet juridique.

479. Une approche comparative renforce cette démonstration, et permet ainsi de comprendre le bien-fondé d'une qualification de la mesure européenne en tant que norme extraterritoriale d'anticipation. Une réglementation extraterritoriale adoptée par les États-Unis peut à ce titre être évoquée. Dans le cadre de ce qui est aujourd'hui connu sous l'intitulé du règlement "machine à sous", il faut en effet savoir que la section 205 du "Federal Aviation Administration Authorization Act", adopté le 23 août 1994, indiquait que les compagnies aériennes des États tiers opérant à destination ou en provenance des États-Unis "may not install, transport, or operate, or permit the use of, any gambling device on board an aircraft in foreign air transportation"⁸⁹. Le législateur américain, par cette réglementation, prescrivait bien un comportement déterminé à l'extérieur de son territoire. Aucun choix n'était laissé aux compagnies aériennes lors des vols en provenance ou à destination des États-Unis, elles se trouvaient face à une obligation juridique de "ne pas faire" lors de l'ensemble du vol. À l'inverse, se conformer à la directive 2008/101/CE n'exige pas des compagnies aériennes un comportement spécifique à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union. Ces dernières peuvent même aller jusqu'à choisir d'effectuer le vol le plus long, entraînant ainsi un surplus d'émissions de GES, sans que cela implique une violation de la directive européenne. Cela impliquerait un surcoût pour cette compagnie, et c'est en cela que l'Union incite à une prise en compte de la donnée environnementale par les compagnies aériennes souhaitant maintenant leurs vols en provenance ou à destination de l'Union, mais rien n'oblige juridiquement la compagnie à éviter ce surcoût.

Il pourrait également être fait mention de la réglementation visant la protection des droits des passagers à mobilité réduite trouvant à s'appliquer aux transporteurs d'États tiers opérant à destination des États-Unis. Cette réglementation, basée sur le "Air Carrier Access Act" de 1986⁹⁰,

prohibits both U.S. and foreign carriers from discriminating against passengers on the basis of disability; requires carriers to make aircraft, other facilities, and

88 L'éventuelle violation, par l'application de telles sanctions, de l'article 6 de la convention de Chicago et du réseau d'ASAs conclu par l'Union et par ses États membres est une remarque tout à fait pertinente, mais elle ne concerne pas l'extraterritorialité de la mesure européenne. Elle concerne en effet le champ d'application *ratione materiae* de la mesure européenne puisqu'il s'agit de s'intéresser au contenu même de la mesure, ce qui a fait l'objet d'une analyse distincte. V. *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

89 United States, 1994, Federal Aviation Administration Authorization Act of 1994, Congressional Record, vol. 10, n°74, para. 205.

90 United States, 1986, "Air Carrier Access Act", United States Statutes at Large, vol. 100, p. 1080.

services accessible; and requires carriers to take steps to accommodate passengers with a disability⁹¹.

Et dans le paragraphe s'adressant directement aux compagnies aériennes immatriculées dans un État tiers aux États-Unis, il est précisé que *"if you are a foreign carrier, this part applies to you only with respect to flights you operate that begin or end at a U.S. airport and to aircraft used for these flights"*⁹². Comme le souligne très justement V. CORREIA, lors de son analyse d'une telle réglementation, *"dans la mesure où nombre d'obligations doivent être fournies dès le stade de l'embarquement, ces obligations ont une dimension extraterritoriale"*⁹³. L'auteur illustre son propos par un extrait de la réglementation américaine :

as a carrier, you must promptly provide or ensure the provision of assistance requested by or on behalf of passengers with a disability, or offered by carrier or airport operator personnel and accepted by passengers with a disability, in enplaning and deplaning. This assistance must include, as needed, the services of personnel and the use of ground wheelchairs, accessible motorized carts, boarding wheelchairs, and/or on-board wheelchairs where provided in accordance with this part, and ramps or mechanical lifts⁹⁴.

Tout cela permet d'ailleurs d'isoler une partie de la directive 2008/101/CE qui dépasse, quant à elle, la qualification d'une extraterritorialité d'anticipation et qui, de ce fait, pourrait faire l'objet d'une critique légitime de la part des compagnies aériennes visées par la réglementation. Il faut en effet souligner l'obligation imposée aux compagnies aériennes d'États tiers par l'intermédiaire de l'article 3, octies, de la directive :

l'État membre responsable veille à ce que chaque exploitant d'aéronef soumette à l'autorité compétente désignée par cet État membre un programme énonçant les mesures relatives au suivi et à la notification des émissions et des données relatives aux tonnes-kilomètres nécessaires aux fins des demandes au titre de l'article 3 sexies

91 United States, 2008, "Nondiscrimination On The Basis Of Disability In Air Travel – Medical Oxygen And Portable Respiration Assistive Devices", Code of Federal Regulations, Titre 14, Part. 182, 70 FR 53108, para. 382.1. V., également, United States, 1996, "Nondiscrimination On The Basis Of Handicap In Air Travel", Code of Federal Regulations, Titre 14, Part 382, 61 FR 56481, Federal Register Vol. 61, n°213.

92 V. United States, 2008, "Nondiscrimination On The Basis Of Disability In Air Travel – Medical Oxygen And Portable Respiration Assistive Devices", préc., Titre 14, para. 382.7 b) (souligné par nous). Sur ce sujet, v. HEFFERMAN (D.), 2004, "The US Government Prepares to Make Non-US Airlines Subject to New Rules Regarding the Transportation of Disabled Passengers", *A&SL*, vol. 29, n°4/5, p. 245 et s.

93 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 809.

94 United States, 2008, "Nondiscrimination On The Basis Of Disability In Air Travel – Medical Oxygen And Portable Respiration Assistive Devices", préc., Titre 14, para. 382.95 a).

et à ce que ces programmes soient approuvés par l'autorité compétente en conformité avec les lignes directrices adoptées en application de l'article 14⁹⁵.

Comme l'indique P. MENDES DE LEON, cela oblige donc les compagnies aériennes d'États tiers à présenter les "mesures visant à surveiller et à déclarer les émissions et données de tonnes-kilomètres pour la vérification de la restitution de quotas suffisants pour couvrir leurs émissions"⁹⁶. Si, dans son ensemble, la mesure européenne appartient à la catégorie des normes extraterritoriales d'anticipation, cette obligation spécifique implique néanmoins un effet juridique extraterritorial, puisque que les compagnies aériennes se retrouvent dans l'obligation, à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union, de mettre en place un programme de mesures relatives au suivi et à la notification des émissions et des données relatives aux tonnes-kilomètres. Cette obligation implique l'application d'un régime juridique distinct, et donc plus strict, que celui réservé au reste de la directive 2008/101/CE et apporte ainsi une nuance à la conclusion de V. CORREIA : "cette étape du raisonnement de la Cour ne semble pas sujette à controverse, car le droit de l'Union ne prescrit aucun comportement déterminé dans les espaces qui ne relèvent pas de son territoire"⁹⁷.

480. Conclusion. L'identification de la mesure *corrective* européenne a permis de confirmer la qualification adéquate d'une telle règle par son rattachement à la catégorie des normes extraterritoriales. Elle appartient à ce titre à la catégorie des normes intrinsèquement extraterritoriales, puisqu'elle prend en compte, aux fins de son application, des éléments factuels extérieurs au territoire des États membres de l'Union. Ne cherchant qu'à influencer le comportement des compagnies aériennes à l'extérieur de l'espace aérien des États membres de l'Union, la directive 2008/101/CE ne reflète néanmoins – dans son ensemble et à l'exception de son article 3, octies – qu'une extraterritorialité d'anticipation. Il s'agit donc d'une forme réduite d'extraterritorialité puisque la mesure n'impose pas l'exécution d'actes à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union.

Ainsi qualifiée, il s'agit à présent de se pencher sur la justification de cette réglementation à l'aide d'arguments juridiques communément admis en droit international public puisque relevant d'une pratique acceptée par la Communauté internationale⁹⁸. La recherche de ces arguments juridiques est le cœur

95 Directive 2008/101/CE, préc., Art. 3 octies.

96 MENDES DE LEON (P.), 2015, "Les efforts de l'Union européenne pour forcer la réduction des émissions de gaz à effet de serre par l'aviation civile – Reculer pour mieux sauter ?", préc., p. 354.

97 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, op. cit., p. 826.

98 Pour un rappel des éléments constitutifs de la coutume internationale, v. *supra*, n°105. V., également et au sein de l'importante doctrine qui s'est intéressée à la question de la coutume

du problème⁹⁹. De la solidité ou de la fragilité de ces éventuels arguments dépendra en effet la justification juridique de l'initiative européenne, et donc l'éventualité de riposte unilatérale à l'initiative multilatérale actuelle de l'OACI dans le domaine des émissions aériennes de GES. Plus largement, la conclusion apportée à cette analyse permettra d'alimenter les débats sur l'encadrement du recours à l'extraterritorialité d'anticipation par les États membres de la Communauté aérienne internationale. Ce travail préalable de qualification adéquate de la mesure était néanmoins essentiel. L'extraterritorialité de la mesure européenne étant réduite, les conditions justifiant sa conformité au droit international public apparaissent en effet moins contraignantes que celles exigées dans le cadre d'une mesure extraterritoriale imposant, aux destinataires de la norme, l'exécution d'actes à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union ou, ce qui nécessiterait l'autorisation explicite des États tiers concernés, dans l'hypothèse d'une mise en œuvre extraterritoriale de la mesure européenne.

2. LES MALADRESSES DU LÉGISLATEUR EUROPÉEN : UN USAGE RAISONNABLE NÉCESSAIRE DE L'EXTRATERRITORIALITÉ D'ANTICIPATION

481. Le constat vient d'être effectué : la mesure *corrective* européenne appartient à la catégorie des normes extraterritoriales puisqu'elle appréhende, aux fins de la détermination de l'obligation imposée aux destinataires de la norme, des éléments factuels situés à l'extérieur du territoire des États membres de l'Union. Ce travail de qualification juridique a néanmoins permis de préciser le rattachement de la mesure *corrective* européenne à la catégorie des normes extraterritoriales d'anticipation. A ce titre, une précision issue de l'affaire du Lotus est nécessaire : l'adoption de normes extraterritoriales d'anticipation ne semble pas faire l'objet d'une interdiction de principe en droit international public. Comme le précise la CPJI, le droit international ne défend en effet pas à un État "*d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international*"¹⁰⁰.

Le droit international, et plus spécifiquement la branche aérienne de ce droit, s'est néanmoins considérablement développé depuis 1927. En ce sens, les "*faits qui se sont passés à l'étranger*" peuvent aujourd'hui faire l'objet d'une

en droit international, BAKER (R.B.), 2010, "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", préc.

99 La découverte de ces arguments permettrait en effet d'apporter une justification juridique au choix de l'Union européenne, quant à lui incontestablement politique, d'intégrer l'aviation civile internationale en provenance ou à destination d'un aéroport situé sur le territoire des États membres de l'Union au sein de son système communautaire d'échange de quotas d'émission.

100 CPJI, Arrêt du 7 septembre 1927, Lotus (France/ Turquie), préc., p. 19 (souligné par nous).

réglementation internationale matérialisant une règle spéciale et prohibitive s'opposant au principe général et permissif du Lotus. Si, à la suite de M. PROST, "rien (...) n'interdit en principe de recourir à un unilatéralisme d'anticipation, dans le but d'infléchir les comportements, de forger ou de promouvoir des politiques écologiques avant l'émergence d'un consensus à l'échelle internationale"¹⁰¹, il convient ainsi de savoir si certaines conditions sont progressivement apparues afin d'encadrer ce recours à l'extraterritorialité d'anticipation. Il est proposé d'en faire à présent l'analyse afin de confirmer ou d'infirmer la validité de l'exercice par le législateur européen de son titre de compétence *ratione loci* dans le domaine de la *correction* des émissions aériennes de GES.

482. Toute la difficulté réside alors, et dans un premier temps, dans la démonstration d'un lien de rattachement permettant de justifier, *prima facie*, l'appréhension qu'effectue le législateur de l'Union de faits qui se sont produits à l'extérieur du territoire de ses États membres¹⁰². Au-delà même du cas spécifique de l'initiative *corrective* européenne, l'existence de ce lien de rattachement apparaît en effet essentielle à toute démonstration souhaitant justifier une action juridique extraterritoriale. En effet, et comme le résume B. STERN,

l'État ne peut dépasser les limites que le droit international met à ses compétences. C'est-à-dire qu'il ne peut exercer son pouvoir normatif qu'à l'égard de situations ayant avec lui certains éléments de rattachement ; il ne peut pas légiférer au-delà des limites de ce rattachement¹⁰³.

Une étude approfondie de la compétence normative du législateur européen amène ainsi, et dans un premier temps, à la recherche des éléments de rattachement pouvant être invoqués par l'Union afin de juger de la *licéité*, si l'on veut *générale* ou *d'ensemble*, de la mesure *corrective* européenne. L'affirmation de la simple existence d'un lien de rattachement ne suffit cependant pas. Il faut également s'assurer de la suffisance de ce dernier. Cela s'avère d'autant plus

101 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 400. V., également et sur ce point, BODANSKY (D.), 2000, "What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?", *EJIL*, vol. 11, n°2, p. 339 et s. ; BOISSON DE CHAZOURNES (L.), 2000, "Unilateralism and environmental protection : Issues of Perception and Reality of Issues", *EJIL*, vol. 11, n°2, p. 315 et s. Une distinction s'opère à ce titre entre les effets juridiques et les effets "tout court" de la norme analysée et il peut d'ailleurs être remarqué ici l'impact du domaine dans lequel s'inscrit la norme considérée : le droit des changements climatiques. Pour une analyse spécifique de l'influence, dans le cadre de l'exercice de la compétence *ratione loci*, de l'enjeu climatique, v. *infra*, n°501 à 506.

102 V., également, DAILLIER (A.), et al., 2009, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 562 : "l'État ne bénéficie pas d'une liberté d'action internationale illimitée et ne peut agir qu'en vertu d'un titre de compétences, défini par le droit international public".

103 STERN, 1992, "L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...", préc., p. 251.

important dans le cas de la mesure *corrective* européenne car l'analyse de son hypothétique mise en œuvre révèle, dans certains cas, une proportion élevée d'éléments factuels extraterritoriaux pris en compte aux fins de l'application de cette mesure.

483. Dans la poursuite d'un objectif de "*prise de hauteur*"¹⁰⁴ lors de l'étude des éventuelles ripostes unilatérales à l'initiative multilatérale actuelle de l'OACI visant la mise en œuvre du CORSIA, il convient donc de distinguer l'analyse de l'existence (2.1) de l'analyse de la suffisance (2.2) du lien de rattachement de la mesure *corrective* européenne afin de dégager les conditions d'encadrement de l'extraterritorialité d'anticipation d'une mesure unilatérale adoptée dans le cadre d'une habilitation obtenue par le jeu des ASAs.

2.1. L'existence contestée d'un lien de rattachement territorial

484. Peu importe le type d'extraterritorialité, un lien de rattachement doit exister, et ce lien de rattachement doit être conforme aux principes du droit international. Bien que non suffisante¹⁰⁵, la condition de l'existence de ce lien apparaît en effet comme première et nécessaire à la validité d'une norme extraterritoriale. Au-delà de la simple "*présomption de territorialité*"¹⁰⁶, la limite aux compétences extraterritoriales se trouve ainsi dans cette "*logique de rattachement*"¹⁰⁷, cette dernière permettant la reconnaissance d'un "*titre spécial de compétence extraterritoriale*"¹⁰⁸ à l'État souhaitant édicter la norme. L'avocat général J. KOKOTT, dans l'affaire ATAA, souligne et détaille très clairement cette logique :

ce qui importe du point de vue du droit international, c'est que les faits présentent un lien suffisant avec l'État ou l'organisation internationale concernée. L'élément

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

105 Le respect de la condition du raisonnable sera également nécessaire à la validité d'une norme à portée extraterritoriale. V. *infra*, Partie 2, Titre 2n, Chapitre 2, Section 2.

106 Sentence arbitrale, 16 novembre 1957, Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France), préc., p. 301.

107 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc. p. 382. V., également, DAILLIER (A.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 562 : les auteurs indiquent que concernant la compétence extraterritoriale de l'État, il convient d'opérer une distinction (...) "*selon que le droit extraterritorial repose sur un critère de rattachement identifiable ou non*".

108 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 382 : "*pour qu'une mesure extraterritoriale soit valide et acceptable au regard du droit international, l'État doit se prévaloir d'un titre spécial de compétence extraterritoriale*".

de rattachement peut reposer sur le principe de territorialité, le principe de personnalité ou – plus rarement – le principe d'universalité¹⁰⁹.

La question à résoudre est donc la suivante : existait-il un lien de rattachement permettant à l'Union européenne d'imposer une norme de droit dérivé aux compagnies aériennes d'État tiers prenant en compte, aux fins de son application, des événements factuels s'étant produits à l'extérieur de ses frontières ?¹¹⁰.

485. Face à cette question, il convient d'exclure d'office un principe traditionnel de rattachement ne pouvant raisonnablement être appliqué au cas de l'initiative normative européenne : le principe de personnalité¹¹¹. L'Union européenne ne peut en effet pas user de ce principe afin de justifier sa compétence puisque la plupart des critiques lui ayant été adressées trouvent justement leur source dans le constat d'une application de sa mesure aux compagnies aériennes immatriculées dans un État tiers et n'ayant à ce titre aucun "lien d'allégeance particulière" à l'égard des États membres de l'Union. La question d'une éventuelle compétence universelle¹¹² de l'Union européenne pourrait en revanche soulever quelques débats, la problématique des changements climatiques se trouvant parfois qualifiée de "préoccupation commune de l'humani-

109 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. 149. V., également, PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 382 : l'auteur explique en effet que le point de rattachement peut être "tantôt matériel, tantôt personnel, tantôt économique, voire moral ou éthique, comme dans le cas de la compétence universelle". Il précise néanmoins qu'"il n'existe aucun consensus sur la liste, la nature, et l'étendue de ces divers titres de compétences".

110 Comme l'explique en effet et à nouveau très clairement B. STERN : "il se pourrait que le droit international admette la simple imputation extraterritoriale transfrontière [entendez ici application extraterritoriale directe du pouvoir normateur] des actes commis par un sujet de droit relevant de la compétence de l'État où est effectuée cette imputation, alors qu'il pourrait être plus réticent à reconnaître l'extension extraterritoriale des compétences d'un État à des situations n'ayant ni lien territorial direct, ni lien national avec lui". V. STERN (B.), 1992, "L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...", préc., p. 246.

111 "Lorsqu'il ne peut fonder sur un titre territorial l'emprise qu'il exerce sur des individus ou sur des activités, l'État peut invoquer, un lien d'allégeance particulière qui subordonne une personne donnée". DAILLIER (A.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 547.

112 "A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism, even where none of the bases of jurisdiction indicated in § 402 is present". United States, 1987, Restatement (third) of Foreign Relations Law of the United States, in 2009, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, J. P. GRANT and J. CRAIG BARKER (dir.), Oxford, Oxford University Press, pt. 404.

té"¹¹³. Le champ d'application de la directive 2008/101/CE s'étend néanmoins au domaine de l'aviation civile internationale, un domaine n'ayant quant-à-lui jamais ouvert la moindre brèche à une quelconque prétention de compétence universelle. A l'heure actuelle, il apparaît donc prudent d'affirmer que les rattachements basés sur les principes de personnalité et d'universalité doivent être exclus du champ des justifications possibles à l'extraterritorialité de la directive 2008/101/CE.

486. Le calcul est rapidement fait. Ne pouvant confortablement s'appuyer sur l'existence d'une compétence universelle, et ne pouvant revendiquer la simplicité relative du principe de personnalité, il ne restait au législateur européen que le délicat principe de territorialité¹¹⁴. Il est à ce titre admis que de la "souveraineté territoriale" de l'État découle un titre de compétence exercé "du fait d'exclusivité de l'État sur son territoire"¹¹⁵, ce que reflète très exactement l'article 1 de la convention de Chicago en codifiant "la souveraineté complète et exclusive" des États "sur l'espace aérien au-dessus de son territoire"¹¹⁶. La question est alors, à première vue, simple : l'adoption et la mise en œuvre de la directive 2008/101/CE par le législateur européen relevaient-elles d'un exercice conforme du titre de compétence territoriale de l'Union envisagée ici comme le regroupement régional des titres de compétence territoriale de ses États membres ?

487. Dans le cas de l'initiative normative extraterritoriale de l'Union européenne, un lien de rattachement territorial se trouve, *prima facie*, identifiable. A la lecture de la directive 2008/101/CE, la présence d'un rattachement territorial de la mesure ne peut en effet être contestée : la directive exige comme condition d'application l'existence d'une "activité aérienne au départ d'un aéroport"

113 V., à titre d'exemple, LE BRIS (C.), 2016, "Les changements climatiques, une « préoccupation pour l'humanité », *The Conversation*, disponible à <https://theconversation.com/les-change-ments-climatiques-une-preoccupation-pour-lhumanite-52708> (consulté le 29 septembre 2016). Pour une analyse de la notion d'obligation *erga omnes* en matière environnementale, v., notamment, CIJ, Arrêt du 5 février 1970, Affaire *Barcelona Traction* (Belgique c. Espagne), préc., pt. 33.

114 Comme le résume d'ailleurs B.F. HAVEL et J.Q. MULLIGAN à propos du raisonnement de l'avocat J. KOKOTT dans l'affaire ATAA, "the opinion wisely focuses on territoriality, as the remaining principles would not likely countenance application of EU regulation to foreign carriers on an issue (...) that has yet to win universal acceptance". 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., p. 20. Bien que d'autres "éléments de rattachement" soient parfois invoqués au soutien d'un titre de compétence extraterritoriale – comme celui de l'effet sur le territoire des agissements appréhendés – il est en effet prudent de s'en tenir, en première analyse, aux trois "éléments de rattachement" traditionnellement invoqués en droit international public.

115 DAILLIER (A.), et al., 2009, *Droit international public*, op. cit., p. 514.

116 Convention de Chicago, 1944, préc., Art. 1.

situé sur le territoire d'un État membre de l'Union ou à l'arrivée dans un tel aéroport en provenance d'un État tiers"¹¹⁷. C'est bien l'origine ou la destination du vol, origine ou destination liée au territoire de l'un des États membres de l'Union européenne, qui le soumet ou non à l'application du régime européen.

La question n'est pas encore de savoir si ce lien de rattachement territorial est suffisant pour justifier, dans son ensemble, le bien fondé de la mesure extraterritoriale européenne. Il suffit pour le moment de constater son existence et, à ce titre, il apparaît nécessaire de se demander si ce rattachement peut être utilisé dans le cadre de l'activité aérienne internationale pour justifier, bien que *prima facie* seulement, une norme extraterritoriale d'anticipation. Sa reconnaissance irait-elle à l'encontre du principe précédemment discuté d'une juridiction "à l'intérieur du territoire" ? C'est ce que semble affirmer certains auteurs, dont P. MENDES DE LEON, affirmant que l'utilisation de l'origine ou de la destination du vol comme lien de rattachement revient, dans le cas de la directive 2008/101/CE, à qualifier d'activité commerciale "dans l'Union européenne" un service aérien international se dirigeant simplement "vers l'Union" européenne¹¹⁸. L'utilisation de l'origine ou de la destination du vol ne manquerait alors pas, selon cette critique, de revenir sur les acquis difficilement obtenus depuis la fin de la seconde guerre mondiale, et notamment sur le principe de coopération internationale devant guider le développement de l'aviation civile internationale¹¹⁹. En ce sens, quelle protection resterait-il aux compagnies aériennes face au risque d'une soumission de leurs opérations à une multitude de réglementations nationales extraterritoriales se superposant et, inévitablement, se contredisant ?

Il a néanmoins été démontré que le droit international de l'aviation civile ne repose pas, dans le cadre spécifique du droit du transport aérien international, sur cette juridiction "à l'intérieur du territoire"¹²⁰. Cette juridiction restreinte des États membres de la Communauté aérienne internationale se limite en effet aux aspects spécifiques de la navigation aérienne. Lors d'une analyse circonscrite à la problématique du champ d'application *ratione loci* d'une mesure unilatérale, ou lorsque l'exigence d'autorisation de l'article 6 a été respectée dans le cadre d'un acte unilatéral "négocié", la présence d'un lien de rattachement territorial, matérialisé par le décollage ou l'atterrissage de l'appareil, peut donc apparaître comme un argument juridique autorisant, *prima facie*, la prise en compte d'éléments factuels en dehors du territoire des États membres de l'Union.

117 Directive 2008/101/CE, préc., Article 1 (3) (b) (r).

118 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.

119 L'objectif du principe directeur de coopération internationale est d'éviter une complète confusion et la duplication des règlements nationaux, bien que ce principe directeur se limite à une obligation de négociation sans obligation de résultat. V. *supra*, n°433.

120 V. *supra*, n°468 à 470.

488. La distinction entre la catégorie de l'"application extraterritoriale stricto sensu" et la catégorie des normes extraterritoriales d'anticipation renforce cette conclusion. Il serait en effet possible d'affirmer, à titre subsidiaire, que la convention de Chicago renforce l'interdiction d'une "application extraterritoriale stricto sensu" des réglementations nationales. En utilisant à plusieurs reprises l'expression "à l'intérieur du territoire", elle fonderait ainsi un ordre juridique limitant les pouvoirs normatifs des États contractants à des règlements aux effets juridiques strictement territoriaux. Il serait néanmoins abusif d'en conclure qu'il existe, dans le cadre spécifique du droit du transport aérien international, une interdiction de principe à la prise en compte, par un État contractant, des éléments de fait extraterritoriaux lors d'une application strictement territoriale d'une réglementation nationale.

Ce qui pourrait être reproché à cet État, et ce qui sera par la suite analysé dans le cadre de la mesure européenne¹²¹, c'est la suffisance du lien de rattachement amenant à l'analyse du caractère raisonnable de cette prise en compte. En ce sens, l'existence d'un lien de rattachement territorial ne permettrait peut-être pas, à lui seul, de s'assurer de la conformité de l'initiative *corrective* européenne au regard des spécificités normatives du droit international de l'aviation civile.

489. En choisissant un lien de rattachement territorial en matière d'aviation civile internationale, l'audace du législateur européen est quoi qu'il en soit notable. Il a tout simplement exclu le rattachement traditionnel des normes environnementales au lieu d'émission des GES, ce qui pourrait illustrer l'inapplicabilité, en droit international de l'aviation civile, des règles de rattachement du droit international en raison de la spécificité de l'activité régulée par cet ordre juridique fonctionnel. Illustrant également les possibilités offertes par une réglementation à la frontière de deux ordres juridiques fonctionnels du droit international public, le législateur avait néanmoins le luxe du choix, et il n'est pas surprenant qu'il ait privilégié le lien de rattachement répondant directement à ses objectifs politiques sur la scène internationale. Comme le souligne J. SCOTT et L. RAJAMANI :

in deciding which flights to include, the EU is required to make a unilateral determination as to the 'system boundary' that should apply to international aviation emissions. In the absence of any international agreement on this point, the EU has settled upon a framework that allocates responsibility for aviation emissions to the departure state¹²².

121 V. *infra*, n°501 à 506.

122 SCOTT (J.), RAJAMANI (L.), 2012, "EU Climate Change Unilateralism: International Aviation in the European Emissions Trading Scheme", *préc.*, p. 475.

Sous un angle strictement juridique, ce qui surprend provient de l'origine des critiques adressées à ce "*system boundary*" privilégié par le législateur européen. Ces critiques proviennent en effet très majoritairement d'experts de la branche aérienne du droit international public, et non de sa branche climatique. C'est pourtant le système de la CCNUCC que le législateur européen a choisi d'écarter – système presque exclusivement basé sur le lieu de production des émissions¹²³ – pour un lien de rattachement lié au lieu de départ ou d'arrivée des aéronefs¹²⁴.

490. Dans le secteur du transport maritime, le législateur européen s'est d'ailleurs appuyé sur la même logique de rattachement territorial. Le règlement (UE) n° 2015/757 trouve en effet à s'appliquer, concernant les émissions du secteur maritime international, aux navires effectuant un voyage lié à "*un port d'escale relevant de la juridiction d'un État membre*"¹²⁵. Bien que ne concernant que la surveillance, la déclaration et la vérification des émissions de dioxyde de carbone du secteur du transport maritime¹²⁶, cette réglementation n'en

123 *Ibid.* : "*viewed through the lens of a production-based system boundary, which posits the place in which the emissions are generated as the relevant territorial connecting factor, the EU's Aviation Directive adopts an extra-territorial approach*".

124 J. SCOTT et L. RAJAMANI ont néanmoins affirmé que "*the EU has, rightly, rejected a production-based system boundary for aviation in favour of an alternative approach*". V. SCOTT (J.), RAJAMANI (L.), 2012, "*EU Climate Change Unilateralism: International Aviation in the European Emissions Trading Scheme*", préc., p. 475. La raison à l'exclusion des émissions aériennes produites par l'aviation civile internationale du protocole de Kyoto ne fut-elle d'ailleurs pas la mise en avant de la présence d'un secteur spécifique, celui de l'aviation civile internationale, détaché du système OMC et représenté par une organisation onusienne spécialisée, et donc distinct sur bien des points de la "*production-based approach*" ? Face à la problématique des émissions aériennes de GES, les rédacteurs du protocole de Kyoto ont ainsi choisi de donner un certain poids à l'ordre international de l'aviation civile face à la branche environnementale du droit international public, un déséquilibre positivement accueilli puis largement revendiqué par les différents acteurs de cet ordre international de l'aviation civile. Il apparaît donc, *a priori*, délicat de formuler une critique à l'égard d'une réglementation européenne s'écarter de la logique de rattachement inhérente au droit international des changements climatiques.

125 Règlement (UE) n° 2015/757, préc., Art. 2. Pour une discussion liée à la définition de la notion de "*port d'escale*", v. *supra*, n°68.

126 Ce règlement ne constitue à ce titre que "*la première étape d'une approche progressive visant à inclure les émissions du transport maritime dans les engagements pris par l'Union en matière de réduction des gaz à effet de serre*". V. Règlement (UE) n° 2015/757, préc., Considérant n°10. L'objectif final est néanmoins le même que dans le domaine de l'aviation civile internationale, puisque ce règlement vise la "*tarification*" ultérieure des émissions du transport maritime international. V. Règlement (UE) n° 2015/757, préc., Considérant n°12. L'approche n'en reste pas moins progressive pour le transport maritime international, ce qui illustre l'impact des difficultés liées à la mise en œuvre de la directive 2008/101/CE dans le secteur de l'aviation civile internationale. Pour une analyse comparative de la stratégie de l'Union européenne dans les secteurs aériens et maritimes, v. *supra*, n°286.

reste pas moins extraterritoriale¹²⁷. Les critiques adressées à l'initiative européenne dans le domaine de l'aviation civile internationale auraient donc dû se retrouver dans les analyses effectuées d'un tel règlement. Le relatif silence ayant suivi son adoption illustre ainsi le caractère essentiellement politique des critiques basées sur l'extraterritorialité de la directive 2008/101/CE. Une argumentation juridique, justifiant la conformité d'une telle mesure aux yeux du droit international public, est présente pour chacune de ces initiatives extraterritoriales : le rattachement de la mesure se trouve être un rattachement territorial.

491. Bien que son raisonnement suive la même logique, la CJUE n'adopte néanmoins pas la même formulation que son avocat général¹²⁸. Et c'est d'ailleurs la source principale du problème : en laissant un doute sur le rattachement territorial de la mesure *corrective* européenne, la CJUE laisse place à l'incertitude et ouvre la porte aux critiques. Certains vont à ce titre jusqu'à rechercher une utilisation, par l'avocat général ou la CJUE, de la théorie des effets¹²⁹. Cette dernière n'a pourtant aucune utilité si un lien de rattachement

127 Les règles trouvent en effet à s'appliquer "sans discrimination à tous les navires, quel que soit leur pavillon" et l'objectif du règlement est d'intégrer, aux fins de la surveillance, "tous les voyages à l'intérieur de l'Union, tous les voyages à destination de l'Union, entre le dernier port situé en dehors de l'Union et le premier port d'escale situé dans l'Union, et tous les voyages entre un port situé dans l'Union et le premier port d'escale en dehors de l'Union". V. Règlement (UE) n° 2015/757, préc., Considérant n°14.

128 "The CJUE, which is more cursory in its treatment of the issue of extraterritoriality, does not explicitly adopt the Advocate General's talking into account' formulation, but its reasoning is broadly consistent with it". 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., p. 18.

129 La théorie des effets est rattachée par B. STERN à la catégorie de l'"application extraterritoriale du droit fondée sur une conception extensive du rattachement territorial, et en particulier du principe de territorialité objective". V. STERN (B.), 1986, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", préc., p. 31. Comprendre le sens et l'intérêt d'une telle théorie implique un retour à certains précédents en matière d'extraterritorialité. La théorie des effets trouve son origine dans une pratique américaine en réaction à certaines pratiques anticoncurrentielles. Dans l'arrêt *Alcoa*, datant de 1945, le juge LEARNED HAND affirme en effet qu'il s'agit d'"une règle de droit bien établie (...) que tout État peut imposer des obligations, même à des personnes qui ne sont pas dans son allégeance, pour des actes accomplis en dehors de ses frontières qui ont des conséquences à l'intérieur de celles-ci ; et d'ordinaire, les autres États reconnaîtront ces obligations". V. United States Court of Appeals, 1945, *US v Aluminium Co of America (Alcoa)*, 148 F 2nd 416 (2nd Cir 1945). Cette théorie a par la suite été progressivement acceptée par une partie de la communauté internationale, et il suffit pour s'en convaincre de se référer au droit de l'Union européenne et en particulier aux exemples d'application *extraterritoriale* du droit européen en matière d'entente, d'abus de position dominante et de contrôle des concentrations. Son acceptation est néanmoins réduite puisque certaines conditions à son application ont été progressivement imposées, et notamment l'exigence d'un lien direct, voir substantiel, entre le comportement à l'origine des effets sur le territoire et la mesure extraterritoriale souhaitant appréhender juridiquement un tel comportement. Dans l'affaire dite *Pates de bois*, les juges

justifiant la prise en compte d'éléments extraterritoriaux existe¹³⁰. En ce sens, la théorie des effets n'a sa place que lorsqu'aucun autre titre de compétence n'est disponible. Le domaine de la protection de l'environnement en fournit un très bel exemple. Ainsi, dans l'arrêt *Commune de Mesquer*, concernant des hydrocarbures déversés dans la zone économique exclusive d'un État membre, puis échoués sur ses côtes, à la suite d'un naufrage, les juges justifient que

l'applicabilité de ladite directive n'est pas remise en cause par la circonstance que le déversement accidentel d'hydrocarbures s'est produit non pas sur le territoire terrestre d'un État membre, mais dans la zone économique exclusive de celui-ci¹³¹.

Ils ajoutent qu'"il suffit de relever que les hydrocarbures ainsi accidentellement déversés ont dérivé le long des côtes jusqu'à s'échouer sur celles-ci, se retrouvant ainsi déversés sur le territoire terrestre de cet État membre"¹³² tout en précisant qu'il n'apparaît pas "nécessaire de se prononcer sur l'applicabilité de cette directive au lieu du naufrage"¹³³. D'aucuns pourraient donc contredire l'absence de rattachement territorial *stricto sensu* dans cette affaire, obligeant la Cour au constat d'un simple effet sur le territoire d'un État membre de l'Union. La référence à cet arrêt lors de la démonstration du rattachement territorial dans les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT¹³⁴, ainsi qu'à l'arrêt rendu quelque mois plus tard¹³⁵, apparaît donc comme une source malheureuse

n'hésitent néanmoins pas à interpréter de manière extensive cette notion de "comportement" : "la conclusion d'un accord qui a eu pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre. Faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. Ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre". V. CJCE, 27 septembre 1988, Affs. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission des Communautés européennes, *Rec.* 1988, p. 05193 (Affaire *Pâtes de bois*), pt. 16.

130 B.F. HAVEL et J.Q. MULLIGAN, bien que constatant la reconnaissance par les juges du lien de rattachement territorial, affirment ainsi que "curiously, neither the Advocate General nor the Court expressly invokes the effect doctrine, but the opinion and judgment certainly catch its sense by analogizing the ETS issue to antitrust law and environmental law". 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., p. 21. Pour une application de la théorie des effets dans le domaine de l'aviation civile internationale, v. DEMPSEY (P.), GESELL (.), 2011, *Aviation and the Law*, Chandler, Coast Aire Publications, 5^{ème} éd., p. 885 à 908 ; KIMPEL (S.), 1997, "Antitrust Considerations in International Airline Alliance", *JALC*, vol. 3, p. 484 et s.

131 CJCE, 24 juin 2008, Aff. C-188/07, préc., pt. 60.

132 *Ibid.*, pt. 61.

133 *Ibid.*, pt. 61.

134 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. 148.

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

de confusion¹³⁶. Cette théorie des effets pourrait, à la rigueur, constituer une argumentation alternative si le lien de rattachement territorial de la mesure s'avérait insuffisant, ce qui fera l'objet d'une analyse distincte¹³⁷. Elle ne peut néanmoins, et ne doit pas, se mélanger à la démonstration de l'existence d'un tel lien. Comble de l'ironie, une application de la théorie des effets dans le cadre de l'initiative européenne de 2008 est d'ailleurs critiquable sous bien des angles. A la différence des hydrocarbures dont la présence sur les côtes d'un État membre de l'Union s'observe aisément, il s'avère en effet scientifiquement délicat de vérifier que les émissions de GES produites par un aéronef en dehors de l'espace aérien des États membres de l'Union ont déjà franchi, ou franchiront un jour, la frontière de cet espace aérien¹³⁸.

492. *Conclusion.* L'existence d'un lien de rattachement territorial constitue ainsi la base d'une argumentation en faveur de la conformité, au regard du droit international public, de l'extraterritorialité de la mesure *corrective* européenne. Face aux spécificités fréquemment soulignées de l'activité régulée par le droit international de l'aviation civile, s'arrêter à cet argument ne suffit néanmoins pas à la formulation d'une conclusion définitive sur cette question de l'extraterritorialité. S'il est difficile de remettre directement en cause l'existence d'un tel lien, il apparaît en effet possible de contester la suffisance du rattachement qui en découle. Il suffit pour cela de constater le pourcentage éventuel des éléments factuels extraterritoriaux pris en compte aux fins de l'application de la norme européenne. Il s'agit à présent d'étudier la pertinence d'un tel argument.

136 "Juridically, there is a distinction to be drawn between the regulation of activities which are partly executed within a State's territory, such as international sea and air transport, and activities which involve no actions within the territory but have repercussions which are felt upon the State's economy (...). While it is clear that States have the right to regulate activity within their territory, it is not clear that they are entitled to control activity outside their territory in order to avoid adverse repercussions upon their economy". LOWE (V.), 1985, "The Problem of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution", *ICLQ*, vol. 34, n°4, p. 734 et 735. Comme l'indiquent d'ailleurs B.F. HAVEL et J.Q. MULLIGAN, "the opinion's implicit analogy between the cross-border effects of anticompetitive behaviour and the cross-border effects of emissions contributing to global climate change has some merits, but the application of an extraterritorial effect test to support a specific national or regional carbon missions scheme (...) is still unprecedented". 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., p. 22.

137 Il s'agirait dans ce cas de démontrer que le décollage et l'atterrissage ne constituent pas des éléments permettant de s'assurer du caractère substantiel du lien de rattachement territorial. V. *infra*, n°495 à 500.

138 "Directive 2008/101 applies in much more complex circumstances, as the aircraft will be charged for GHG emissions outside EU territory that may not (and likely will not) have any direct physical contact with EU territory". 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., p. 21 et 22.

2.2. La suffisance discutée du lien de rattachement territorial

493. L'identification et la justification *prima facie* de la mesure extraterritoriale européenne sont deux étapes nécessaires à l'analyse critique d'une telle initiative. Des étapes nécessaires, mais insuffisantes, puisque le qualificatif "extraterritorial" accolé à cette mesure, bien qu'il ne permette pas de condamner à lui seul l'initiative, fait néanmoins surgir des interrogations légitimes quant à l'exercice par le législateur européen de son titre de compétence *ratione loci* dans le domaine des émissions aériennes de GES. L'analyse de ces interrogations est d'ailleurs source de nombreux enseignements qu'il serait essentiel de prendre en compte si l'occasion d'une initiative unilatérale se renouvelle dans le cadre du transport aérien international.

494. Par principe donc, lorsqu'un lien territorial est établi, le droit international ne semble pas exiger que tous les éléments pris en compte par la norme se soient déroulés à l'intérieur du territoire¹³⁹. Mais au-delà d'un tel principe, et bien que ce dernier justifie *prima facie* l'extraterritorialité de la mesure européenne, l'existence d'un lien de rattachement territorial ne peut pas être considérée comme une "condition nécessaire et suffisante"¹⁴⁰ à la licéité de cette mesure. Comme le souligne en effet V. CORREIA :

ce n'est pas l'existence d'une dimension extraterritoriale *per se* qui peut permettre de remettre en cause la validité de la directive, mais bien le caractère insuffisant du rattachement dans le cadre de l'exercice extraterritorial de la compétence normative de l'Union¹⁴¹.

A ce titre, et bien que l'existence d'un lien de rattachement ait été constatée, la mesure *corrective* européenne ne peut en effet se soustraire aux exigences de prudence et de modération clairement établies par la jurisprudence en matière d'extraterritorialité¹⁴². L'essence même de l'extraterritorialité, suppo-

139 V. LOWE (V.), STAKER (C), 2010, "Jurisdiction", in *International Law*, M. EVANS (dir.), Oxford, Oxford University Press, p. 313 et s. ; GARDINER (R.K.), 2003, *International Law*, Upple Saddle River, Pearson Education, 571 p. (v. chap. 8, "Jurisdiction of States") ; SCHARF (M.P.), 2007, "Jurisdiction with Respect to Crime: Universal Jurisdiction and the Harvard Research", in *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, J.P. GRANT and J. CRAIG BARKER (dir.), Library of Congress, p. 275 et s.

140 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", *préc.*, p. 386.

141 CORREIA (V.), 2014, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, *op. cit.*, p. 828. L'avocat général J. KOKOTT reconnaît d'ailleurs elle-même l'importance d'un lien "suffisant" afin de justifier la directive européenne : "ce qui importe du point de vue du droit international, c'est que les faits présentent un lien **suffisant** avec l'État ou l'organisation internationale concernée". 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. 149 (souligné par nous).

142 V. *infra*, n°497.

sant un dépassement du cadre habituel de la compétence normative de l'État, ouvre en effet la voie aux éventuelles réactions des États tiers concernés¹⁴³. Et c'est en ce sens que la suffisance du lien de rattachement territorial, par le respect de la condition du raisonnable, doit à présent être discutée. Cette analyse s'avère d'ailleurs essentielle dans le contexte de la directive 2008/101/CE. Il s'agit en effet du terrain qui présente le plus d'arguments légitimes à la critique de la solution de la CJUE dans l'affaire *ATAA (A)*. Décortiquer le raisonnement de l'avocat général et des juges afin de répondre à cette condition du raisonnable permet à ce titre de souligner un élément tout à fait central dans le cadre d'une réflexion sur l'articulation que semble aujourd'hui effectuer l'Union européenne entre le droit international de l'aviation civile et le droit international des changements climatiques : celui de l'influence progressive du défi climatique – voire de la prépondérance de la logique de l'ordre juridique encadrant un tel défi et d'une remise en cause des acquis du droit international de l'aviation civile – dans le choix de la politique extérieure actuelle de l'Union européenne (B).

A. *La prise en compte raisonnable d'éléments factuels extraterritoriaux : une exigence de prudence imposée au législateur européen*

495. Si le rattachement de la mesure *corrective* européenne à la catégorie des normes extraterritoriales ne fait plus aucun doute, l'importance variable des éléments factuels extraterritoriaux pris en compte lors de l'application de cette mesure interroge. Cela permet en effet de remettre en cause l'existence d'un lien de rattachement suffisamment solide afin de justifier de telles proportions¹⁴⁴.

496. L'avocat général J. KOKOTT, dans ses conclusions sur l'affaire *ATAA*, évoque pourtant la suffisance du "*facteur de rattachement territorial*"¹⁴⁵. Mais cette affirmation mérite d'être discutée avant de conclure à la conformité de la mesure européenne au regard des règles du droit international public s'appliquant au domaine de l'extraterritorialité. Dans un premier temps, et

143 Pour la valeur et les implications juridiques de cette opposition, v. *supra*, n°28. A ce sujet, V., également, 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. 356.

144 "When some elements of any activity occur within a State, that State undoubtedly has some jurisdiction over it. But it by no means follows that the State can extend its jurisdiction without limit to control all the other elements which accompany the intraterritorial elements". LOWE (V.), 1985, "The Problem of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution", préc., p. 735.

145 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 150 à 155.

afin de comprendre la démonstration de l'avocat général, il est alors nécessaire de préciser que selon J. KOKOTT, "le décollage et l'atterrissage sont des éléments essentiels et particulièrement caractéristiques de tout vol"¹⁴⁶. Peu importe selon elle que la portion dite "extraterritoriale" du vol en question soit largement majoritaire, la localisation du décollage ou de l'atterrissage sur le territoire d'un État membre de l'Union suffirait à considérer le vol dans son intégralité.

Au-delà du seul domaine de l'aviation civile internationale, et toujours afin de démontrer la suffisance de ce lien de rattachement territorial, J. KOKOTT fait d'ailleurs référence à des exemples tirés du principe de revenu mondial en matière d'impôt sur le revenu ou tirés du droit de la concurrence et du contrôle des concentrations¹⁴⁷. Elle fait également référence à l'arrêt rendu dans l'affaire *Poulsen*¹⁴⁸ afin de constater que

si l'Union européenne est habilitée, sur le fondement du principe de territorialité, à confisquer du poisson pêché en dehors de l'Union européenne sur un bateau battant pavillon d'un pays tiers entré dans un port de l'Union européenne, alors il ne saurait être interdit de tenir compte, à l'occasion du décollage ou de l'atterrissage d'un aéronef dans un aéroport de l'Union européenne, des gaz à effet de serre émis par celui-ci en dehors de l'espace aérien de l'Union européenne, pour le calcul des quotas d'émission à restituer¹⁴⁹.

146 *Ibid.*, pt. 152.

147 "En droit de la concurrence, ainsi qu'en matière de contrôle des concentrations, il est de pratique dans le monde entier que les autorités de la concurrence s'interposent contre des accords entre entreprises, ces derniers fussent-ils conclus en dehors de leur champ de compétence territorial et eussent-ils, éventuellement, des effets s'exerçant en grande partie en dehors de ce champ territorial". 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. 148. V., également et à ce sujet, STIGALL (D.), 2012, "International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in US Domestic Law", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 35, n° 2, p. 323 et s.

148 CJCE, 24 novembre 1992, Aff. C-286/90, *Anklagemyndigheden contre Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp.*, Rec. 1992, p. I-06019 (Affaire *Poulsen*), pts. 3, 4 et 30 à 34. La Cour de justice affirme en effet dans cet arrêt que "la juridiction nationale ne peut en principe ordonner la confiscation d'une cargaison de saumon pêché dans les zones visées à l'article 6, paragraphe 1, sous b), du règlement (CEE) n 3094/86, du Conseil, du 7 octobre 1986, prévoyant certaines mesures techniques de conservation des ressources de pêche, qui est transportée provisoirement dans les eaux relevant de la juridiction de la Communauté et qui est gardée à bord d'un bateau enregistré dans un État tiers et propriété d'une société ayant son siège dans cet État, **que lorsque le bateau se trouve dans les eaux intérieures ou dans un port d'un État membre**". V. CJCE, 24 novembre 1992, Aff. C-286/90, préc., pt. 34 (souligné par nous).

149 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. 155. B.F. HAVEL et J.Q. MULLIGAN critiquent frontalement la pertinence de cette jurisprudence : "it is important to note that the regulation in *Poulsen* was passed with an intended application to ships of Member States under the nationality principle and was subsequently held to extent to a foreign ship that made an emergency stop with the territorial jurisdiction (...). Directive 2008/101, by contract, is intended from the outset to apply to foreign carriers that have already created business models around frequent arrivals at and departure from EU airports. It essentially constructs an entire regulatory scheme out of the loophole introduced

Cette solution est très loin de faire l'unanimité parmi la doctrine. B.F. HAVEL et J.Q. MULLIGAN vont d'ailleurs jusqu'à évoquer une "semantic manipulation" effectuée par l'avocat général permettant de "creatively slides past customary law limitation on extraterritorial jurisdiction"¹⁵⁰.

497. Afin de juger de la suffisance du lien de rattachement territorial dans le cadre de la mesure *corrective* européenne, et donc de la pertinence de l'argumentation proposée par l'avocat général et les juges de la CJUE dans l'affaire ATAA, il convient alors de centrer l'analyse sur une condition progressivement apparue afin d'encadrer l'exercice extraterritorial de la compétence normative : la condition du raisonnable¹⁵¹. En ce sens, et comme le souligne B. STERN, "le rattachement ne doit pas être fortuit ou dénué de signification : il doit exister une certaine adéquation entre le contenu de la norme et le type de rattachement sur lequel

in Poulsen". 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., p. 20. Cette critique, certainement pertinente d'un point de vue économique ou politique, ne convainc néanmoins pas entièrement sous un angle exclusivement juridique. Elle n'apporte en effet pas d'argument décisif à la remise en cause d'une application extraterritoriale de la compétence normative de l'Union, dans l'hypothèse où celle-ci se trouve justifiée par un lien de rattachement territorial suffisamment solide. Il y a bien une extension effectuée par la CJUE en 2011 puisque les juges passent d'une justification à la mise en œuvre spécifique d'une norme ne visant en principe que les compagnies européennes, dans le cas concret de la jurisprudence *Poulsen*, à la justification d'une réglementation *per se* dans le contexte de la jurisprudence ATAA. L'argumentation juridique n'en reste pas moins la même : le rattachement territorial étant établi, les juges refusent de voir dans la simple prise en compte d'éléments factuels extérieurs au territoire des États membres de l'Union une justification suffisante au rejet de la compétence de l'Union. Il peut néanmoins être noté que dans le domaine spécifique du droit international de la mer, l'article 211, paragraphe 3 de la convention de Montego Bay reconnaît à ses États membres le droit d'imposer, sous condition de publicité, "aux navires étrangers des conditions particulières pour l'entrée dans leurs ports ou leurs eaux intérieures ou l'utilisation de leurs installations terminales au large", et ceux "dans le but de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin". V. Convention de Montego Bay, 1982, préc., Art. 211 (3). Ainsi, et comme l'indique Z.A. ZERK, "there are a small number of environmental regimes that permit – and indeed require – the use of direct extraterritorial jurisdiction over private actors and conduct abroad. The MARPOL regime on maritime pollution is probably the best-known example. In codifying relevant states' regulatory responsibilities, this regime has fostered a more even and consistent international regulatory system for an industry with global environmental implications". V. ZERK (J.A.), 2010, "Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas", préc., p. 9.

150 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., p. 18.

151 V., sur ce sujet, ROTH (P.M.), 1992, "Reasonable Extraterritoriality: Correcting the 'Balance of Interests'", *ICLQ*, vol. 51, n°2, p. 245 et s.

*l'application extraterritoriale de la norme se fonde*¹⁵². Quarante ans après l'affaire du Lotus, le juge G. FITZMAURICE confirme dans son opinion individuelle sur l'affaire *Barcelona Traction* que "le droit international n'impose aux États aucune règle rigide délimitant le domaine de leur compétence nationale" et "leur laisse à cet égard une grande latitude"¹⁵³. Il insiste néanmoins, pour éviter ce qu'il dénomme un "excès de compétence"¹⁵⁴, sur le caractère raisonnable de l'exercice puisque le droit international ne manque pas d'imposer

à tout État l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre État, quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée¹⁵⁵.

Face aux réactions souveraines ayant suivi l'adoption de la mesure extraterritoriale européenne, la pertinence de ce conseil semble prendre tout son sens. Les successifs *Restatement of Foreign Relations Law of the United States*¹⁵⁶ invitent d'ailleurs à la prudence lors de la reconnaissance de la compétence extraterritoriale d'un État¹⁵⁷. Certainement conscient de la fragilité d'une scène internationale sensible aux déséquilibres des rapports de force permettant à un État d'influencer les agissements des ressortissants d'un État tiers, le droit international public a ainsi progressivement pris en considération les implica-

152 STERN, 1992, "L'extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de Bois* et de quelques autres...", préc., p. 253. V., également, BROWNLIE (I.), 2008, *Principles of Public International Law*, op. cit., p. 311 : "extra-territorial acts can only lawfully be object of jurisdiction if certain general principles are observed : that there should be a substantial and bona fide connection between the subject-matter and the source of jurisdiction".

153 Opinion individuelle du juge G. FITZMAURICE dans l'affaire CIJ, 5 février 1970, Affaire *Barcelona Traction* (Belgique c. Espagne), préc., p. 105.

154 *Ibid.*, p. 104.

155 *Ibid.*, p. 105.

156 Les Restatements of the Law contiennent une "series of detailed statements of the basic law in the United States on a variety of subjects written and updated by well-known legal scholars under the auspices of the American Law Institute since the 1930s. While not having the force of statutes or of decided precedents, the Restatement (as lawyers generally call it) has the prestige of the scholars who have studied the legal questions". V. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Restatement+of+the+Law> (consulté le 1^{er} août 2016).

157 Le paragraphe 103 de la troisième version de ce document, tout en affirmant la compétence de l'État à l'égard des agissements "that, wholly or in **substantial part**, takes place within its territory", nuance ainsi la force d'une telle affirmation en indiquant qu'un État "may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable". V. United States, 1987, Restatement (third) of Foreign Relations Law of the United States, préc. (souligné par nous). Pour une réflexion critique à l'égard de ce third restatement, v. HIXSON (K.), 1988, "Extra-territorial Jurisdiction Under the Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States", *Fordham International Law Journal*, vol. 12, n°1, p. 127 et s.

tions politiques d'une initiative extraterritoriale en imposant cette condition du raisonnable.

498. Et c'est bien là le "talon d'Achille" du raisonnement de l'avocat général et de la CJUE dans l'affaire *ATAA*. Tout en reconnaissant le risque d'une double réglementation¹⁵⁸, reflet du rapport de force dans la réglementation potentielle du comportement des compagnies aériennes immatriculées dans un État tiers, l'avocat général semble en effet se contenter d'affirmer qu'une "double prise en compte de ce type, aussi contraignante qu'elle puisse être pour les compagnies aériennes concernées, n'est pas prohibée par le droit international coutumier"¹⁵⁹. Cette affirmation est insuffisante, et se doit d'être confrontée aux exigences du droit écrit. A leur tour, et par le simple constat d'un lien de rattachement territorial, les juges se contentent d'affirmer la "pleine applicabilité du droit de l'Union"¹⁶⁰. Cette notion a eu l'effet d'une bombe dans le monde de l'aviation civile internationale. A la lecture de l'arrêt de la CJUE, et bien que les juges semblent conscients de l'enjeu de la question posée¹⁶¹, il est en effet surprenant de constater la corrélation effectuée entre la présence physique d'un aéronef sur le territoire d'un État et la "pleine juridiction" de cet État sur cet aéronef, ainsi que sur les implications de cette notion de "pleine juridiction"¹⁶². Pourtant, et comme le souligne V. LOWE, "even if there is a valid basis of jurisdiction in respect of part of an activity, it will always be necessary to consider whether the jurisdiction asserted is too far-reaching to be supported upon that basis"¹⁶³. Cela permet tout simplement d'éviter l'abus de droit.

158 "Il est vrai que l'inclusion des parties de vols effectuées au-dessus de la haute mer et du territoire d'États tiers implique un risque de « double réglementation », à savoir une double prise en compte de la même partie du trajet dans les systèmes d'échanges de quotas d'émission de deux États. Tel pourrait être en particulier le cas si, tant sur le lieu de départ que de destination d'un vol international, un système d'échange de quotas d'émission s'applique qui – comme la directive 2008/101/CE – tient compte de l'ensemble du trajet". 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. 157.

159 *Ibid.*, pt. 158. La présence de ces juridictions concurrentes ne dérange donc pas l'avocat général, et permettrait même de pousser les acteurs à la coopération internationale : "ce n'est que par des mesures unilatérales ou par des accords conclus entre les États ou organisations internationales concernés que l'on peut éviter qu'un seul et même vol ne soit pris en compte deux fois dans le cadre de deux systèmes différents d'échanges de quotas d'émission". 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. 159

160 *Ibid.*, pt. 129.

161 Ils affirment en effet que "c'est au regard de cet aspect lié à la prise en compte de la consommation de carburant pour l'intégralité des vols internationaux à l'arrivée ou au départ d'aérodromes situés sur le territoire des États membres qu'il convient d'examiner la validité de la directive". V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 120.

162 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.

163 LOWE (V.), 1985, "The Problem of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution", préc., p. 735.

499. Bien qu'il faille à nouveau préciser qu'il est 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 commerciale¹⁶⁴, il est instructif de s'arrêter un instant sur l'analyse comparative de la jurisprudence OMC dans les affaires *Thons/ Dauphins*¹⁶⁵ et *Tortues/ Crevettes*¹⁶⁶. Examinant la validité des dénommées "*mesures environnementales extraterritoriales*"¹⁶⁷, les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel dans ces affaires permettent en effet d'apporter quelques éléments de comparaison avec les conclusions des juges de la CJUE dans l'affaire *ATAA*. L'analyse de ces affaires permet alors de revisiter, à la suite de M. PROST, la notion de "*mesures environnementales extraterritoriales*" et de conclure à l'éloignement, par les juges de l'ORD, d'une approche exclusivement centrée sur la question du titre de compétence¹⁶⁸. Selon M. PROST, à la lecture de cette jurisprudence :

sans doute l'existence d'un point de rattachement permet-elle d'établir une forme de compétence *prima facie* au bénéfice de l'État importateur. Mais elle n'est pas une condition nécessaire et suffisante, comme dans la doctrine classique de l'extraterritorialité. C'est ailleurs, semble-t-il, que se situent, pour l'Organe d'appel, les conditions de validité des mesures environnementales extraterritoriales¹⁶⁹.

Si l'existence d'un lien de rattachement reste nécessaire, et que l'éloignement par les juges de l'OMC de la question du titre de compétence s'avère tout à fait relatif¹⁷⁰, la suffisance de ce lien apparaît donc clairement conditionnée à ce que l'auteur dénomme un "*triple test de validité*" :

164 V. *supra*, n°60.

165 ORD, 2008-2017, Aff. DS381, États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (Affaire Thon – Dauphins).

166 ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc.

167 V. PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc.

168 L'auteur indique ainsi qu'après avoir ouvert la porte à l'extraterritorialité, la jurisprudence de l'OMC se désintéresse "*très largement de la question du titre de compétence et du lien de rattachement entre la situation visée par les mesures commerciales et le territoire de l'État importateur*". V. PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 385.

169 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 386.

170 Nous ne pensons en effet pas qu'il s'agisse, comme l'indique M. PROST, d'un "*élément secondaire aux yeux de l'organe d'appel*". V. PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 386. Bien que n'y consacrant qu'un court paragraphe, l'organe d'appel dans l'affaire *Tortues/ Crevettes* s'assure néanmoins de l'existence de ce lien : "*nous observons seulement que, au vu des circonstances particulières de l'affaire dont nous sommes saisis, il existe un lien suffisant entre les populations marines migratrices et menacées d'extinction considérées et les États-Unis*". V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, distribué le 12 octobre 1998, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc., pt. 133.

si la question du rattachement n'est pas déterminante, quels sont, alors, les critères de validité pris en compte par le juge de l'OMC ? La jurisprudence, sur ce point, est encore jeune et n'est pas toujours cohérente. Mais on peut dire qu'elle conditionne la légalité des mesures environnementales à un triple test de la validité qui renvoie à une obligation générale de négocier, à une exigence de transparence, et enfin à un impératif de flexibilité¹⁷¹.

Reflet de la condition du raisonnable dans l'exercice de la compétence normative extraterritoriale d'un État souverain, ce "*triple test de validité*" deviendrait ainsi le "*triple test de la prudence*" lorsqu'il se trouve appliqué à la mesure extraterritoriale européenne. L'obligation de négocier serait à ce titre le premier test à effectuer, une obligation détaillée par le groupe spécial de l'OMC dans l'affaire *Tortues/ Crevettes*¹⁷². La mesure extraterritoriale se doit ainsi de rester une "*solution de dernier recours*"¹⁷³ ou une solution supplétive. Cette obligation de négociation se trouve néanmoins être une obligation de moyen, et non de résultat, et s'analyse donc comme une obligation dérivée de la coopération internationale, principe directeur du droit international de l'aviation civile. L'examen du respect de cette exigence de coopération a déjà été effectué¹⁷⁴. Il suffit donc de rappeler ici qu'un tel examen a conduit à la démonstration du respect, par le législateur européen, de la condition préalable de la négociation internationale. L'exigence de transparence constituerait le second test, notamment face au risque d'arbitraire :

afin qu'une législation environnementale extraterritoriale soit légitime, et qu'elle respecte la lettre comme l'esprit du GATT, il faut (...) qu'elle soit transparente, qu'elle donne lieu à des décisions motivées et argumentées, et qu'elle aménage des voies de recours minimales¹⁷⁵.

Dans le cas de l'initiative extraterritoriale européenne, la consultation, la publication et l'existence de recours devant la CJUE semblent satisfaire cette

171 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., 386.

172 Rapport du Groupe spécial 21:5, WT/DS58/RW, distribué le 15 juin 2001, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc., p. 166.

173 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 386. L'organe d'appel évoque ainsi l'exigence de "*négociations générales sérieuses dans le but de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux*". V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, distribué le 12 octobre 1998, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc., pt. 166. Cet organe d'appel se référera d'ailleurs à l'article 12 de la Déclaration de Rio pour renforcer cette obligation en matière environnementale. V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, distribué le 12 octobre 1998, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc., pt. 168.

174 V. *supra*, n°433

175 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 388. V., également, V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, distribué le 12 octobre 1998, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc., pt. 183.

exigence. La Commission européenne a en effet effectué de nombreuses consultations, dont l'une, qui s'est déroulée du 7 mars 2016 au 30 mai 2016, a spécifiquement concerné les mesures *fondées sur le marché* dans le cadre de l'aviation civile internationale¹⁷⁶. Quant à la publication, et au-delà de la publication de la directive 2008/101/CE au Journal officiel de l'Union, le considérant n°10 de la Directive 2008/101/CE indique les différents documents, eux-mêmes publiés, ayant préparé l'adoption d'un tel acte de droit dérivé¹⁷⁷. Enfin, le recours effectué et la décision rendue par la CJUE dans l'affaire *ATAA* illustrent en effet très clairement l'existence de voies de recours minimales¹⁷⁸. La jurisprudence de l'OMC met enfin en avant l'impératif de flexibilité. L'organe d'appel précise en effet la nécessité de prendre en compte les "*autres politiques et mesures spécifiques qu'un pays exportateur a pu adopter pour assurer la protection et la conservation des tortues marines*"¹⁷⁹. C'est d'ailleurs cette dernière exigence qui est la source principale des critiques de la législation américaine dans l'affaire *Tortues/ Crevettes*. M. PROST indique à ce titre que

les États-Unis auraient dû aménager dans leur dispositif législatif une certaine marge de manœuvre permettant de certifier que des pays qui (...) disposent de réglementations qui, du point de vue de leur efficacité et compte tenu des conditions particulières dans ces pays, sont comparables¹⁸⁰.

L'article 25 *bis* de la Directive 2008/101/CE semble néanmoins répondre à cette exigence de prise en compte des politiques et mesures spécifiques adoptées par les États tiers dans le domaine des émissions aériennes de GES. Il indique en effet que

176 Consultation intitulée "Consultation on market-based measures to reduce the climate change impact from international aviation". Le site web de la Commission européenne indique à ce titre que "*the European Commission is launching a public consultation to collect experiences, suggestions and opinions related to international and EU policies tackling climate change impacts from international aviation emissions through market-based measures. The consultation seeks input on questions concerning the policy options currently being developed at the International Civil Aviation Organisation (ICAO) and in relation to the EU emissions trading system (EU ETS)*". V.Site web de la Commission européenne, disponible à http://ec.europa.eu/clima/consultations/articles/0029_en.htm (consulté le 30 septembre 2016).

177 "*En vertu du sixième programme d'action communautaire pour l'environnement institué par la décision n° 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil, la Communauté doit définir et prendre des mesures spécifiques pour réduire les émissions de gaz à effet de serre provenant des avions si aucune action de cette nature n'est décidée au sein de l'OACI d'ici à 2002. Dans ses conclusions d'octobre 2002, de décembre 2003 et d'octobre 2004, le Conseil a, à maintes reprises, engagé la Commission à proposer des mesures en vue de réduire l'impact du transport aérien international sur le climat*". Directive 2008/101/CE, préc., Considérant n° 10.

178 V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc.

179 V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, distribué le 12 octobre 1998, dans l'affaire ORD, 1996-2001, Aff. DS58, préc., pt. 163.

180 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 390.

lorsqu'un pays tiers adopte des mesures en vue de réduire l'impact sur le climat des vols partant de ce pays et atterrissant dans la Communauté, la Commission, après avoir consulté ce pays tiers et les États membres au sein du comité visé à l'article 23, paragraphe 1, examine les options disponibles de façon à assurer une interaction optimale entre le système communautaire et les mesures prises par ce pays tiers¹⁸¹.

Lorsque M. PROST s'interroge, à la fin de son analyse, afin de savoir "*si, à l'avenir les États sont capables d'intégrer cette exigence d'équité procédurale dans leurs politiques environnementales unilatérales*"¹⁸², on serait tenté de répondre que cette directive 2008/101/CE, sur le terrain de l'extraterritorialité, lui apporte un élément de réponse. Et bien qu'il faille reconnaître avec l'auteur que "*la jurisprudence de l'OMC sur ces questions est loin d'être claire et cohérente*"¹⁸³, cela semble, à tout le moins, renforcer la force du fil directeur de ces développements : l'existence d'un lien de rattachement ne semble plus être aujourd'hui, si elle ne l'a jamais été, une condition *suffisante* permettant la conclusion automatique de la validité et de la légitimité d'une mesure à portée extraterritoriale¹⁸⁴. Tout cela reflète néanmoins l'éventuelle maladresse du législateur européen. Les spécificités du droit du transport aérien justifiant le maintien de son exclusion du droit de l'OMC, l'Union européenne ne peut valablement imposer une approche "OMC" de l'extraterritorialité qui ne correspond pas aux spécificités du droit international de l'aviation civile. Elle ferait ainsi prévaloir la branche environnementale du droit international public sur la branche aérienne de ce même droit en surfant sur l'évolution de l'encadrement par l'ORD des dénommées "*mesures environnementales extraterritoriales*".

500. Il apparaît d'ailleurs nécessaire d'approfondir cette remarque puisqu'elle permet d'entrevoir l'avenir des normes extraterritoriales d'anticipation face aux problématiques issues de l'interaction entre les ordres juridiques fonctionnels du droit international public. C'est en effet l'intérêt en jeu – lié aux dangers annoncés des changements climatiques – motivant cette initiative qui semble être l'argument décisif aux yeux de l'avocat général et des juges de la CJUE dans l'affaire *ATAA*.

181 Plus précisément, l'article indique que "*si nécessaire, la Commission peut adopter des modifications de manière que les vols en provenance du pays tiers concerné soient exclus des activités aériennes visées à l'annexe I ou de manière à apporter aux activités aériennes visées à l'annexe I toute autre modification requise par un accord conclu conformément au quatrième alinéa*". V. Directive 2008/101/CE, préc., Art. 25 bis.

182 PROST (M.), 2010, "Du rattachement à l'équité : l'OMC, l'environnement et l'extraterritorialité revisitée", préc., p. 401.

183 *Ibid.*, p. 384.

184 Notons ici que contrairement à la jurisprudence OMC, le cas de la mesure *corrective* européenne ne concerne pas exclusivement une confrontation entre pays développés et pays en voie de développement, puisque l'une des principales condamnations de l'extraterritorialité de la mesure européenne est venue des États-Unis.

B. *L'influence de l'enjeu climatique : une défense prématurée par la Cour de justice de l'Union européenne*

501. Face à l'exigence de prudence imposée par le droit international, une nouvelle lecture de l'affaire *ATAA* permet de déceler l'argument décisif aux yeux du législateur européen et des juges de la Cour de Justice : la primauté actuelle de la donnée climatique. Cet argument se doit alors d'être clairement isolé car il permet, si ce n'est de justifier, au moins d'expliquer cette nouvelle facette de la politique extérieure de l'Union européenne faisant primer les priorités que cet acteur considère universelles – et l'enjeu climatique est ici particulièrement illustratif – sur les spécificités de l'ordre juridique encadrant depuis de nombreuses décennies l'activité internationale qu'il peut aujourd'hui normativement influencer.

C'est ainsi dans l'importance de l'intérêt en jeu qu'il faut rechercher, et éventuellement craindre, la réponse des juges de la CJUE à l'éventuelle violation de la condition du raisonnable dans l'affaire *ATAA* :

le fait que, dans le cadre de l'application de la réglementation de l'Union *en matière d'environnement*, certains éléments contribuant à la pollution de l'air, de la mer ou du territoire terrestre des États membres trouvent leur origine dans un événement qui se déroule *en partie* en dehors de ce territoire n'est pas de nature (...) à remettre en cause la *pleine applicabilité* du droit de l'Union sur ledit territoire¹⁸⁵

Prise en sens inverse, cette affirmation permet en effet d'entrevoir un lien entre le domaine en jeu, la protection du climat mondial, et l'affirmation d'une "*pleine applicabilité*" du droit de l'Union¹⁸⁶. Le domaine en question, reflet d'un enjeu relativement récent des relations internationales, justifierait ainsi cette "*pleine juridiction*" et la prise en compte d'éléments trouvant leur origine dans un événement qui se déroule en dehors du territoire. Selon l'avocat général J. KOKOTT, ce serait d'ailleurs la logique même de la branche environnementale du droit international public que de permettre cette "*pleine applicabilité*" puisque cette approche

correspond (...) à la nature et à la finalité des mesures qui visent à protéger l'environnement et le climat. Nul n'ignore que la pollution aérienne n'est pas limitée

185 CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 129. Le point 129 est d'ailleurs le point le plus commenté de l'arrêt *ATAA*. Il permet de comprendre une affirmation précédente de la Cour : "*la réglementation de l'Union peut être appliquée à un exploitant d'aéronef lorsque son aéronef se trouve sur le territoire de l'un des États membres et, plus particulièrement, sur un aéroport situé sur un tel territoire, puisque, dans un tel cas, ledit aéronef est soumis à la pleine juridiction de cet État membre et de l'Union*". V. CJUE, 21 décembre 2011, Aff. C-366/10, préc., pt. 124.

186 Pour une critique liée à l'utilisation de cette notion, ou de la notion connexe de "*pleine juridiction*", v. *supra*, n°441.

et que les gaz à effet de serre contribuent, indépendamment du lieu où ils sont émis, au changement climatique à l'échelle mondiale ; ils peuvent avoir des répercussions sur l'environnement et le climat dans chaque État ou association d'États, et donc aussi dans l'Union européenne¹⁸⁷.

502. Certains y ont vu une justification à l'application de la théorie des effets dans le domaine de la protection de l'environnement¹⁸⁸. Ce paragraphe de conclusions de l'avocat général se trouve pourtant directement lié à la démonstration de l'existence et de la suffisance – caractère raisonnable – du lien de rattachement territorial aux fins de la prise en compte d'éléments extraterritoriaux. L'avocat général ne suggère donc pas ici l'application de cette dénommée théorie des effets, et se contente de mettre en avant l'importance de la problématique actuelle des changements climatiques afin de justifier le caractère suffisant, puisque raisonnable, de ce lien de rattachement territorial. Nous n'irons donc pas ici jusqu'à la formulation de la prédiction de B.F. HAVEL et DE J.Q. MULLIGAN :

the boundary-pushing use of the effects test in both the opinion and the judgement has wide-ranging implications for environmental law that should excite green activists and terrify business. If one follows the logic of "effects", the EU could legitimately apply its emissions requirements to the manufacture and transport of any product in or shipped to EU territory¹⁸⁹.

Un pas a néanmoins été franchi, puisque le fait de se trouver face à une réglementation dans le domaine des changements climatiques justifie, pour le législateur européen et pour la CJUE, la prise en compte d'éléments factuels extraterritoriaux en matière d'aviation civile internationale. Cela semble en effet, aux yeux de l'avocat général et des juges de la CJUE, l'argument décisif à la conclusion de la suffisance du lien de rattachement territorial de la mesure *corrective* européenne.

503. Une hiérarchie entre le droit international des changements climatiques et le droit international de l'aviation civile se dessine ainsi derrière cette logique démonstrative, ce qui ouvre à la critique puisque le droit international

187 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. 154. Elle indique d'ailleurs également qu'«une telle prise en compte de la route totale parcourue n'est en définitive que la traduction du principe de proportionnalité et correspond au principe du «pollueur-payeur» connu du droit de l'environnement». 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. 153.

188 V, notamment, GLENNON (J.), 2013, "Directive 2008/101 and Air Transport: A Regulatory Scheme Beyond the Limits of the Effects Doctrine", *JALC*, vol. 78, p. 479 et s.

189 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., p. 22.

public n'attribue pas à l'heure actuelle un statut hiérarchiquement supérieur – ce qui passerait par sa difficile qualification de *jus cogens*¹⁹⁰ – à la branche climatique du droit international de l'environnement.

Une autre conclusion consisterait à déduire de cette logique démonstrative une primauté d'un enjeu extra-juridique dans la détermination de la validité d'une mesure extraterritoriale. Cet argument serait lui aussi sujet à d'évidentes critiques. L'objectif politique prendrait ainsi le pas sur l'argumentation juridique, bien que cette dernière ne disparaisse pas totalement. Le travail d'une qualification de la mesure européenne en tant que norme extraterritoriale d'anticipation, suivi d'une délimitation de la discussion à la suffisance du lien de rattachement territorial ont en effet permis d'introduire l'usage de cet argument dans un cadre précis : celui de la justification d'un respect de la condition du raisonnable. Cette justification ne peut alors qu'être sujette à un examen au cas par cas, et il n'est pas surprenant que l'objectif prioritaire de l'Union européenne d'une lutte contre les changements climatiques ait poussé la CJUE vers la décision qu'elle a adopté dans l'affaire *ATAA*.

La CJUE n'est d'ailleurs pas le seul acteur à justifier un recours à l'extraterritorialité par la mise en avant d'intérêts extra-juridiques. Afin de s'assurer du respect de la condition du raisonnable lors de l'adoption d'une mesure à portée extraterritoriale, il est en effet révélateur que le troisième *Restatement of Foreign Relations Law* invite le régulateur américain à prendre non seulement en considération "*the importance of regulation to the regulating state (...) and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted*", mais également "*the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system*"¹⁹¹.

190 Sur ce sujet, v., notamment, RAGAZZI (M.), 2000, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford University Press, Oxford.

191 United States, 1987, *Restatement (third) of Foreign Relations Law of the United States*, préc., pts. 403 (2) (c) et 403 (2) (e). A la lecture de ce document, et parmi la liste des critères – non cumulatifs – posés afin de s'assurer du respect de la condition du raisonnable, il peut d'ailleurs être souligné que le premier et le second critère – se rapportant à l'existence même d'un lien de rattachement entre les agissements appréhendés par la mesure et le territoire de l'État à l'origine de cette dernière – ont déjà fait l'objet d'une précédente analyse. V. *supra*, n°484 à 492. Le document invite en effet à prendre en considération "*the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory*" ainsi que le "*the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory*". V. United States, 1987, *Restatement (third) of Foreign Relations Law of the United States*, préc., pts. 403 (2) (a) et 403 (2) (b). A leur tour, les quatrième, septième et huitième critères ne font qu'illustrer une nouvelle fois la prudence nécessaire imposée au régulateur lorsqu'il exprime le désir d'un recours au droit extraterritorial. Le document invite à prendre en considération "*the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation*", "*the extent to which another state may have an interest in regulating the activity*" et "*the likelihood of conflict with regulation by another state*". V. United States, 1987, *Restatement*

Une partie de l'argumentation effectuée par les juges dans l'affaire du *Lotus* apparaît transposable à la situation en cause dans l'affaire *ATAA*. Elle permet en effet de justifier le caractère raisonnable de l'exercice extraterritorial de la compétence normative de l'Union. Il suffit pour cela de ne changer qu'une seule expression à l'argumentation proposée dans cette affaire du *Lotus* pour révéler l'intérêt de cet argument dans le contexte actuel :

ni la compétence exclusive de l'un ou de l'autre État, ni la compétence de l'un et de l'autre limitée aux faits qui se sont passés sur [leur espace aérien respectif], ne semble de nature à satisfaire aux exigences de la justice et à une *protection efficace des intérêts des deux États*. Il n'est que naturel que chacun puisse exercer sa juridiction et que cette juridiction *s'étende au fait tout entier*¹⁹².

La justification du caractère raisonnable du lien passerait donc ainsi, dès 1927, par l'importance de l'intérêt en jeu.

504. Tout cela révèle les implications juridiques de l'interaction entre les deux ordres juridiques fonctionnels objets de cette étude. Il faut à ce titre reconnaître que dans le cadre du droit international de l'aviation civile, la prise en compte du vol dans son intégralité avec pour unique lien de rattachement l'utilisation de l'origine ou de la destination du vol en question n'apparaît pas vraiment respectueuse de la condition raisonnable. Mais la norme extraterritoriale de l'Union ne se borne pas ici à réglementer un domaine relevant exclusivement du droit international de l'aviation civile, elle entend s'attaquer à une problématique située à la frontière de deux branches distinctes du droit international public. A ce titre, la branche environnementale de ce droit apporterait une justification éventuelle au champ d'application *ratione loci* de la mesure européenne.

Justifier cela impliquerait sans doute un parallèle avec la logique justifiant les recours de plus en plus fréquents au principe d'intégration systémique. Il s'agit en effet ici d'interpréter les règles de droit encadrant l'adoption de normes extraterritoriales. A ce titre, et par application du principe d'intégration systémique, il apparaît alors nécessaire "*de procéder à l'interprétation de sorte que les règles soient considérées à la lumière d'un objectif compréhensible et cohérent, pour accorder la priorité aux enjeux majeurs, au détriment d'objectifs moins importants*"¹⁹³. En ce sens, l'interprétation des règles du droit international public encadrant l'exercice de la compétence *ratione loci* pourrait permettre une mise

(third) of Foreign Relations Law of the United States, préc., pts. 403 (2) (d), 403 (2) (g) et 403 (2) (h).

192 V. CPJI, Arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus* (France/ Turquie), préc.

193 CDI, Rapport de 2006, Rapport du groupe d'étude de la Commission du Droit international établi sous sa forme définitive par M. KOSKENNIEMI, "Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international", préc., p. 230.

en avant de la priorité aujourd'hui accordée à l'enjeu planétaire des changements climatiques, et plus généralement l'enjeu global d'un développement durable. La sauvegarde de l'équilibre établi dans le cadre du droit international de l'aviation civile dissuadant les États membres de l'OACI d'un recours trop fréquent au mécanisme de l'extraterritorialité céderait ainsi la place, dans le contexte climatique actuel, à un enjeu de durabilité dépassant les intérêts secondaires d'un simple développement des échanges aériens internationaux. C'est en ce sens que le juge M. WEERAMANTRY indique, dans son opinion individuelle dans l'affaire du *Projet Gabèïkovo-Nagyymaros* que le droit au développement "*does not exist in the absolute sense, but is relative always to its tolerance by the environment*"¹⁹⁴. Le droit au développement de l'activité aérienne internationale a déjà adopté cette logique de développement durable, ce qui pourrait justifier la mise en avant de l'enjeu climatique dans l'interprétation de la condition du raisonnable.

Un lien est d'ailleurs fréquemment effectué, dans le cadre spécifique du droit international de l'environnement, entre le principe d'intégration systémique et le principe de développement durable. En ce sens, et par application du principe d'intégration systémique, les règles issues du droit international de l'environnement à prendre en compte – lors de l'interprétation d'une disposition d'un traité encadrant un aspect lié au développement économique de ses États membres – s'avèrent "pertinentes" lorsqu'elles relèvent de la logique aujourd'hui juridiquement consolidée du développement durable. Les arbitres de la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire *Iron Rhine* évoquent l'"obligation de prendre en compte les principes environnementaux émergents en droit international malgré leur statut actuel imprécis" ainsi que l'"interrelation entre le droit du développement et le droit de l'environnement qui se renforcent mutuellement" par application du concept de développement durable¹⁹⁵.

505. En s'appuyant sur cette démonstration, le législateur européen et la CJUE pourraient ainsi justifier le respect de l'exigence de prudence lors de la prise en compte d'éléments factuels extraterritoriaux aux fins d'application de la directive 2008/101/CE. Cela impliquerait la conformité de cette mesure extraterritoriale européenne au regard des règles du droit international public. Une fois encore, et lors d'une "*prise de hauteur*"¹⁹⁶ nécessaire à l'analyse des arguments permettant de justifier les éventuelles ripostes unilatérales à l'initiative multilatérale actuelle de l'OACI, il faut cependant reconnaître que le recours

194 V. Opinion individuelle du juge M. WEERAMANTRY dans l'affaire CIJ, 25 septembre 1997, Affaire du *Projet Gabèïkovo-Nagyymaros*, préc., p. 92.

195 V. Cour permanente d'arbitrage, 24 mai 2005, Chemin de fer dit Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas (Belgique c. Pays-Bas), préc., pts. 58 et 59. V., également, VOIGT (C.), 2004, "Conflicts and Convergence in Climate Change and Trade Law: The Role of the Principle of Sustainable Development", préc.

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

au principe d'intégration systémique n'est pas exempt de critiques. La principale se trouve liée à la faiblesse juridique actuelle accompagnant la recherche d'une solution *corrective* aux émissions aériennes de GES : celle de la permanence d'une variable d'inquiétude déstabilisant la recherche d'un climat de sécurité juridique indispensable au développement soutenable de l'aviation civile internationale.

Le recours à une interprétation de la condition du raisonnable en faisant primer l'enjeu climatique afin de justifier une norme confrontée aux spécificités normatives du droit international de l'aviation civile se rapproche en effet d'une interprétation évolutive de ces spécificités, une technique elle-même source de cette variable d'inquiétude. En se limitant à un cadre strictement juridique, la justification du champ d'application *ratione loci* par la mise en avant de l'enjeu climatique par les juges de la CJUE a donc pu apparaître comme prématurée par le reste de la Communauté aérienne internationale, et ce bien que les changements climatiques soient devenus une priorité stratégique de l'OACI.

506. Tout cela se heurte en outre à la revendication d'une spécificité du droit international de l'aviation civile justifiée par les caractéristiques intrinsèques de l'activité régulée. Les défenseurs d'une telle approche affirmeront en effet que la démarche de l'Union européenne revient à faire primer la branche climatique du droit international de l'environnement sur l'ordre juridique fonctionnel encadrant le développement soutenable de l'aviation civile internationale. Il reste donc à espérer que l'initiative actuelle de l'OACI sera un véritable succès et préviendra ainsi l'apparition de nouvelles initiatives extraterritoriales. Dans le cas contraire, le recours à l'extraterritorialité risque d'ouvrir une nouvelle période d'incertitude, à moins que le droit international de l'aviation civile ne se tourne définitivement vers la nécessité de sa propre réforme afin de clarifier la place de la problématique environnementale au sein de l'ordre juridique fonctionnel qu'il n'a cessé de consolider.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

507. Sur le terrain spécifique de l'extraterritorialité, et après avoir procédé à un exercice précis d'identification, la mesure unilatérale européenne semble donc bénéficier d'arguments justificatifs : l'existence d'un lien de rattachement territorial associée à une application elle-même strictement territoriale. Une argumentation en défense de l'approche extraterritoriale européenne n'est néanmoins pas sans conséquence sur l'évolution des deux branches du droit international public objet de ce travail de recherche. Si les principes restent, leur interprétation par les acteurs du droit international évolue. L'importance grandissante de l'enjeu climatique a ainsi poussé l'Union vers l'utilisation,

juridiquement discutable, de l'extraterritorialité en matière de transport aérien international.

508. Tout cela a cependant permis de constater qu'une condamnation des initiatives unilatérales sur le simple constat de leur rattachement à la catégorie des normes extraterritoriales ne saurait être jugée satisfaisante. Une analyse rigoureuse de l'exemple européen permet en effet d'entrevoir les justifications possibles d'une démarche d'anticipation extraterritoriale lorsque le lien de rattachement de la mesure envisagée s'avère suffisant et reflète ainsi la prudence exigée dans la prise en compte d'éléments factuels extraterritoriaux.

Cette remarque, associée aux conclusions apportées à la suite de l'étude du champ d'application *ratione materiae* de la mesure européenne, consolide ainsi l'hypothèse d'actes unilatéraux "négociés" afin d'imaginer une solution unilatérale et *fondée sur le marché* des États membres de l'OACI respectueuse des spécificités *institutionnelles* du droit du transport aérien international. Il est d'ailleurs remarquable de constater que l'Union européenne a agi contre son propre intérêt en justifiant l'extraterritorialité de son initiative par la mise en avant de la suffisance du lien de rattachement territorial de sa mesure. Cet argument confirme en effet le rattachement de son initiative au droit du transport aérien international, branche elle-même spécifique du droit international de l'aviation civile. Cela implique, sous l'angle du champ d'application *ratione materiae* de la mesure, le respect de l'exigence d'autorisation encadrée par l'article 6 de la convention de Chicago. Et c'est bien l'exigence que l'Union n'a pas jugé nécessaire de respecter.