

BILATERALISME ET MULTILATERALISME POUR LE COMMERCE AERIEN INTERNATIONAL

Loïc GRARD

Professeur de droit public

Chaire Jean Monnet

Université de Bordeaux

Depuis le début des années 1980, le commerce aérien reste en constante croissance, en dépit de quelques crises, épiphénomènes sans grande conséquence sur une tendance constante. D'après l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), les déplacements de voyageurs ont augmenté de 4.028 milliards en 1980 à 19.125 milliards en 2012. En 2013, le trafic de passagers régulier international était en hausse de 5.2 % par rapport à 2012 et il devrait atteindre plus de 6.4 milliards de passagers d'ici 2030¹

L'aérien demeure bien un chapitre « non négligeable » du commerce international et donc potentiellement des règles auxquelles ce dernier est soumis. Mais, activité incontestablement globale, l'aérien se révèle de manière constante hermétique à l'émergence d'un droit global ou en tout au moins multilatéral quant à ses aspects commerciaux

Le premier avatar du désamour entre le transport aérien international et le multilatéralisme remonte à la négociation de la convention de Chicago et à l'échec de l'accord « transport » qui devait accompagner cette dernière en 1944 : échec originaire de la multilatéralisation du commerce aérien avec cet accord mort-né... Le protectionnisme britannique l'a, à l'époque, emporté sur l'appel à une ouverture mondiale des marchés aériens portée par les Etats-Unis. Il en a découlé l'accord « Bermudes » signé le 11 février 1946 entre le R-U et les Etats-Unis qui initie un modèle juridique devenu incontournable : le bilatéralisme. Le commerce aérien est depuis lors bilatéral

¹ OCDE, Rapport, la concurrence dans le secteur aérien, 26 janv. 2015, DAF/COMP(2014)14

Le succès de la multilatéralisation est ailleurs : il a pour for, les questions aériennes non économiques dans le cadre de l'OACI. En effet l'aérien reste un des rares domaines d'activité internationale, pour lequel les règles en matière de navigabilité, sécurité sûreté sont harmonisées et donc globalisées

Succès encore, mais régressif cette fois-ci, de la multilatéralisation des intérêts de la profession dans le cadre de l'IATA : autoréglementation professionnelle de l'activité sans grand équivalent. Aujourd'hui, les membres de l'IATA représentent environ 85 % du trafic aérien total à travers le monde

Il existe au total une gouvernance globale de l'aérien dans ses aspects non commerciaux. Il n'existe aucune gouvernance globale de l'aérien dans ses aspects commerciaux.... C'est une constante, nullement remise en cause par les négociations qui ont conduit au GATS dans les années 90 : la suprématie historique du modèle juridique bilatéral perdure ; évoquer la voie multilatérale est donc un non sujet (**I.**). Mais depuis quelques années seulement, le modèle bilatéral rencontre une crise que l'on peut qualifier de structurelle en tant que c'est le modèle en lui-même qui est en train d'afficher quelques limites (**II.**). De ce fait, la voie multilatérale, et peut-être globale est en train de connaître un regain d'intérêt (**III.**)

I. La suprématie historique du commerce aérien bilatéral

L'ordre juridique aérien international s'est bâti sur un réseau d'accords bilatéraux. Ces derniers ont, dans un premier temps, structuré les prestations aériennes sur une logique de fermeture en tant que les liaisons entre deux Etats demeuraient réservées aux pavillons de ceux-ci. Avec l'arrivée des accords bilatéraux dits « open skies », émerge une certaine ouverture à des compagnies tierces, synonyme d'un début de multilatéralisme commercial. Pour autant, ce multilatéralisme commercial naissant n'a pas engendré de formule juridique multilatérale pour structurer l'activité.

A. Le modèle bilatéral dopé par la doctrine « open skies »

Le commerce aérien international a toujours reposé et repose encore, de manière quasi systématique, sur des accords de services aériens (ASA) conclus par les Etats deux par deux, d'où le terme bilatéralisme ou encore commerce aérien

bilatéral. Autrement dit, l'environnement juridique est façonné en dehors de toute ambition multilatérale et fondé sur une stricte réciprocité en termes d'échanges de droits de trafic.

1) Bilatéralisme et protection du pavillon national : une constante

Les accords bilatéraux, déterminent généralement les conditions économiques dans le cadre desquelles les compagnies aériennes peuvent accéder à des services et assurer leur exploitation et leur fourniture entre les deux pays signataires (droits de trafic réciproques). Ces conditions peuvent être très précises : définir par exemple les routes, les points d'entrée, les tarifs, les fréquences et les capacités. D'après l'IATA, en 2007, plus de 3 000 ASA étaient en vigueur.

Malgré la nature mondiale du transport aérien, les compagnies exercent indéfectiblement leurs activités dans des cadres réglementaires complexes, morcelés et variés. Sorte de paramétrage indépassable, la plupart des accords bilatéraux de services aériens comportent des restrictions sur la propriété et le contrôle étrangers, en application desquelles les compagnies aériennes exploitant des services de transport aérien désignés doivent être « détenues substantiellement et contrôlées effectivement » par l'un des deux États signataires.

Si ces restrictions sont dans une certaine mesure justifiées par diverses considérations liées à la sûreté et à la sécurité, elles imposent dans les faits une structure artificielle au secteur du transport aérien, qui n'existe pas dans d'autres secteurs ; ce qui limite la liberté commerciale des compagnies aériennes. En particulier, les règles en matière de propriété et de contrôle restreignent la possibilité de fusions et d'acquisitions transnationales, restriction que ne connaissent pas les autres secteurs. Il n'existe pas de transporteur multinational et encore moins global...

Le bilatéralisme, c'est une manière de protéger le pavillon national : c'est une constante. Le multilatéralisme est pour sa part interprété comme étant de nature à dénationaliser l'activité aérienne. Ce que personne ne souhaite.

Mais vecteur de marchés refermés sur des perspectives bilatérales réservées et partagées entre transporteurs des deux partenaires étatiques, le bilatéralisme a récemment muté en direction de la concurrence et de l'ouverture ; ce faisant

limitée aux opérateurs désignés par l'accord bilatéral. En d'autres termes, l'axiome aérien résiste, bien que battu en brèche par ce qu'on pourrait désigner par néolibéralisme : les accords « *open skies* »

2) Le bilatéralisme « *open skies* », mettre en concurrence le pavillon national sans le mettre en péril

La version « *open skies* » du bilatéralisme s'est imposée au début des années 90 et n'a cessé de prospérer depuis. Elle a été portée d'abord par les Etats-Unis, puis dans une certaine mesure par l'Union européenne.

Un accord « *open skies* » libéralise l'échange aérien entre les compagnies des deux partenaires, en supprimant toute limite aux possibilités de créer des droits de trafic entre ceux-ci, en laissant les opérateurs libres de leurs choix commerciaux en terme de destination de fréquences d'horaires de tarifs, etc. Certains accords « *open skies* » vont un peu au-delà, en prévoyant l'échange réciproque de la cinquième liberté : c'est-à-dire autoriser les opérateurs du partenaire à exercer un droit de trafic complémentaire vers un Etat tiers.

Dans ce dernier scénario, quand les Etats-Unis concluent dans les années 90 un « *open skies* » avec les Pays Bas, puis avec l'Italie, avec dans chaque cas possibilité de cinquième liberté, les compagnies américaines obtiennent le droit de concurrencer les compagnies européennes sur leur pré-carré : ce qui multilatéralise la concurrence entre l'Italie et les Pays-Bas. La combinaison d'accords « *open skies* » crée donc un début de multilatéralisation du commerce aérien.

Le sommet non encore égalé de cette évolution : c'est l'accord « *open skies* » conclu entre les Etats-Unis et l'Union européenne le 31 mars 2007² complété le 24 juin 2010. Deux caractéristiques vont dans le sens de la multilatéralisation

- Généralisation de la cinquième liberté ; en d'autres termes possibilité d'en faire usage vers n'importe quelle destination au départ du territoire du partenaire
- L'appropriation de compagnies tierces par les compagnies européennes devient possible. Par exemple si une compagnie de l'Union devient propriétaire d'une compagnie d'un Etat africain, les Etats-Unis ne feront

² Loïc Grard, Ciel ouvert entre l'Union européenne et les Etats-Unis, Enfin ! Déjà ? Bientôt...., Revue du marché Commun et de l'Union Européenne, n° 526 mars 2009, p. 145

pas jouer la clause de nationalité pour s'opposer à la desserte de leur territoire par cette dernière. De même, ils acceptent qu'une compagnie extérieure à l'Union devienne propriétaire d'un transporteur de l'Union sans opposer ladite clause de nationalité qui est devenue entre-temps clause européenne.

Sur l'autel du néo-bilatéralisme, commence donc à prospérer des possibilités de concurrence non bilatérale, donc multilatérale. Mais cela reste embryonnaire. La multilatéralisation du commerce aérien demeure maîtrisée ; ce qui, en d'autres termes, n'autorise pas d'envisager une formule juridique multilatérale, considérée comme créant les conditions d'une concurrence trop ouverte ; ce qui explique pourquoi le transport aérien demeure irréductiblement en dehors des règles de l'OMC et plus particulièrement du GATS

B. L'échec du modèle multilatéral à l'OMC³

Dans les années 1980, les négociations du GATT, l'ancêtre de l'OMC, ont permis d'encadrer les activités de services, avec l'accord général sur le commerce des services (AGCS). Il s'agit d'un texte « fourre-tout » et notamment suffisamment vague dans sa définition des subventions : autant de caractéristique qui le rende peu compatible avec l'ordre juridique aérien, véritable jardin à la française.

Bien qu'incontestablement reconnu comme une activité de service, le transport aérien a donc été remisé dans une annexe *ad hoc* au texte GATS⁴. Cette annexe sur les services de transport aérien s'applique aux services aériens internationaux, mais les droits de trafic et les services liés aux droits de trafic, qui constituent la majeure partie des prestations aériennes internationales, en ont été exclus. La plupart des services relatifs au transport aérien et bien évidemment l'opération en tant que telle restent réglementés et négociés par les États souverains, principalement par le biais des accords bilatéraux de services aériens (*V. supra*)⁵.

³ H. Ruiz Fabri, L'OMC et les transports internationaux, in L. Grard, L'Europe des transports, documentation française 2005, p.507

⁴ Voir le texte en annexe de la présente étude

⁵ OMC, Les transports aériens et l'AGCS, 1995/2000,

https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/airtransport_2000_f.pdf

1) La crainte des effets de la Clause de la Nation la Plus Favorisée

Cette situation d'exception s'explique par les effets supposés de l'application de la « Clause de la Nation la Plus Favorisée », comme le résume parfaitement le rapport de l'IATA en la matière⁶ :

« Par opposition à l'ancien système de réciprocité bilatérale, le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) est le principe fondamental de l'Accord général. Un membre de l'AGCS doit accorder immédiatement et sans conditions aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays. Cette obligation s'applique systématiquement, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas se limiter aux secteurs pour lesquels les Membres souscrivent des engagements spécifiques en matière d'accès au marché et de traitement national. Des mesures en contradiction avec le principe NPF ne peuvent être maintenues qu'à la condition qu'elles soient couvertes par les exemptions déposées par chaque Etat à la fin des négociations du cycle de l'Uruguay »

Dans les années 90, l'application du principe « NPF » au transport aérien international avait été considérée (et c'est toujours le cas aujourd'hui) comme un frein au processus de libéralisation entre Etats de sensibilité proche. Il convient d'ajouter, qu'à la lumière de l'histoire des négociations bilatérales, beaucoup voyaient avec un enthousiasme limité le fait que certains Etats, qui n'étaient pas prêts à ouvrir leur marché, puissent en réalité bénéficier des avantages de la libéralisation. Ni les Etats, ni les compagnies aériennes ne désiraient alors voir un double régime réglementaire s'installer, en particulier en matière de droits de trafic, où certains Etats appliqueraient les principes de l'AGCS pendant que d'autres s'en tiendraient aux dispositions existantes.

Le modèle possiblement alternatif de « traitement « NPF » conditionnel » n'a lui pas été retenu. Pourtant le traitement « NPF conditionnel » a été inclus pour la

⁶ La libéralisation du transport aérien et l'accord général sur le commerce des services, une analyse de l'Association du Transport aérien international Département des Affaires Gouvernementales - Division des Relations Externes, Octobre 1999,

https://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/gatsfrench.doc

première fois dans l'Accord relatif aux marchés publics. Ce modèle s'articule autour des principes de *traitement NPF conditionnel* ou de *réciprocité exacte*

Il vise à limiter l'ouverture vers les seuls pays qui ont pris des mesures similaires. Cette disposition implique que le même traitement entre un certain nombre d'Etats de sensibilité proche soit appliqué conformément à un accord modèle transparent basé sur les principes de l'AGCS. On peut ensuite envisager que d'autres Etats puissent se joindre au « club plurilatéral », à la condition qu'ils acceptent le principe de réciprocité exacte. Un Etat qui choisirait de ne pas adhérer, continuerait à être lié par les accords bilatéraux existants qu'il a conclus avec chaque membre du club.

Cet entre-deux n'a pas recueilli l'adhésion des milieux aériens. La seule concession, qui a été obtenue, est que l'OMC devait réaliser un examen quinquennal de l'évolution du marché des transports aériens⁷, indépendamment de l'évolution des négociations plus générales de l'OMC. Si une première étude a bien été réalisée en 2000, la seconde, initiée en 2005 est toujours dans les limbes. Pour l'heure, les négociations sont enlisées à l'OMC. La situation reste donc la suivante. Le transport aérien international demeure partiellement couvert par l'Accord général sur le commerce des services

2) Une multilatéralisation limitée aux services aériens périphériques

L'annexe sur les services de transport aérien ne couvre que trois types de services auxiliaires⁸ :

- Les services de réparation et de maintenance des aéronefs,
- La vente ou la commercialisation des services de transport aérien, et
- Les services de systèmes informatisés de réservation (SIR).

Elle exclut expressément tout ce qui affecte les droits de trafic et les services directement liés à l'exercice de ces droits (§2), et cela de manière absolue en donnant une définition à spectre large de ce qui est entendu par droits de trafic

Le paragraphe 6(d) de l'Annexe stipule que :

⁷ L'Annexe sur les services de transport aérien, paragraphe 5, stipule que le Conseil du commerce des services "examinera périodiquement, et au moins tous les cinq ans, l'évolution de la situation dans le secteur des transports aériens et le fonctionnement de la présente Annexe en vue d'envisager la possibilité d'appliquer plus largement l'Accord dans ce secteur."

⁸ Un quatrième, les services d'assistance au sol, a été envisagé pendant longtemps au cours des négociations du cycle de l'Uruguay mais a été finalement abandonné.

« *l'expression 'droits de trafic' s'entend du droit pour les services réguliers ou non de fonctionner et/ou de transporter des passagers, du fret et du courrier moyennant rémunération ou location en provenance, à destination, à l'intérieur ou au-dessus du territoire d'un Membre, y compris les points à desservir, les itinéraires à exploiter, les types de trafic à assurer, la capacité à fournir, les tarifs à appliquer et leurs conditions, et les critères de désignation des compagnies aériennes, dont des critères tels que le nombre, la propriété et le contrôle.* »

Il en découle une distinction entre droits économiques durs qui demeurent en dehors des règles du GATS et quelques droits économiques mous, au nombre de trois (voir *supra*), qui en relèvent. L'AGCS a de surcroît eu une incidence très limitée sur les conditions dans lesquelles les trois types de prestation de services en cause sont commercialisés. Le manque de clarté et de compréhension des dispositions de l'Annexe a joué.

En tout état de cause, les engagements premiers⁹ des Etats furent modestes, que ce soit dans leur envergure ou leur portée et n'étaient rien de plus qu'une reconnaissance du *statu quo*. Par exemple, des exemptions au principe de l'obligation « NPF » ont été déposées par environ la moitié des Etats qui avaient souscrit des engagements sur les SIR et la vente et la commercialisation. De même les engagements pris par l'Union européenne ne brillent pas par leur degré d'ouverture¹⁰. Et le nombre d'Etats à avoir pris des engagements reste guère élevé¹¹.

Ce faisant en 2007¹², l'Union européenne exprimait que les services d'escale et de gestion des aéroports constituent deux éléments essentiels du système de transport aérien et qu'il serait souhaitable de libéraliser le marché de ces services. Ce d'autant plus qu'un tel processus était en voie de concrétisation sur le plan multilatéral, du fait que certains Membres de l'OMC proposaient déjà des engagements dans ces domaines.

A cet égard, une clarification de ce qui serait visé par les règles de l'OMC améliorerait la confiance qu'ont dans le système les Membres de l'OMC, qui

⁹ Par exemple, des exemptions au principe de l'obligation NPF ont été déposées par environ la moitié des Etats qui avaient souscrit des engagements sur les SIR et la vente et la commercialisation.

¹⁰ OMC, 9 oct. 2006, doc n°S/C/W/273

¹¹ Sur la problématique des engagements pris par l'Union européenne, V. CJCE, 30 novembre 2009, Avis 1/08, Rec. I-11129

¹² OMC, S/C/W/280 28 février 2007

souhaitent prendre des engagements, et les fournisseurs de services souhaitant commercialiser leur produit sur le marché international.

Ce faisant aller plus loin dans la multilatéralisation n'a pas été complètement exclu. Les locations d'aéronefs avec équipages¹³, l'assistance au sol, les redevances d'aéroports et de navigation aérienne et certains domaines relatifs au fret, dont les procédures douanières, le transport intermodal et la concordance de l'interprétation de règles communes. En un mot, l'élargissement du multilatéralisme aux services auxiliaires¹⁴ ne représente pas une ligne rouge infranchissable. De même, l'intégration de certains services comprenant des droits solides, en particulier les services de fret, les services de distribution expresse et les services charter n'est pas exclue.

3) Un droit multilatéral difficile à mettre en œuvre

En l'état, l'annexe « transport aérien » pose un certain nombre de difficultés juridiques. Ainsi en va-t-il des insuffisances évidentes figurant dans la Classification Centrale de Produits (CPC) : la nomenclature internationale utilisée par les Etats, lorsqu'il s'agit de prendre des engagements ou d'établir des listes d'exemptions¹⁵. A l'exception des services de réparation et de maintenance, il n'existe pas de relation directe entre la classification « CPC » et les services figurant au paragraphe 3 de l'Annexe. Il en découle que l'utilisation de la classification « CPC » peut avoir des conséquences sur les services qui sont visés par l'Annexe.

Le transport aérien a développé non seulement un langage précis et largement reconnu pour les besoins de la négociation, mais aussi des classifications pour l'établissement de normes et de services par l'OACI et l'IATA. Ce lexique commun utilisé au sein de l'industrie du transport aérien lors de discussions concernant l'AGCS et la réforme réglementaire, ne correspond pas forcément à celui utilisé par les négociateurs « commerciaux ». L'aérien et le commerce n'utilisant pas le même vocabulaire, faut-il s'étonner du déficit de dialogue ?

¹³ Appelé également *wet lease*. Implique la location d'un aéronef avec l'équipage d'un autre transporteur possédant un certificat d'exploitation valable.

¹⁴ Dans le même sens communication from the European Communities and their member states : The Review of the GATS Annex on Air Transport Services, WTO doc S/C/W/ 186, 4 déc. 2000, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/february/tradoc_113083.pdf

¹⁵ Les Membres de l'OMC sont libres d'utiliser les définitions figurant au CPC ou bien des définitions *sui generis*, ou encore une combinaison des deux. La plupart utilisent la classification CPC.

II. La crise contemporaine du modèle bilatéral

L'actualité du sujet est ici. Le modèle bilatéral est confronté à une crise sans précédent, qui montre les limites de ce dernier à structurer le transport aérien international dans un contexte d'ouverture ascendante à la concurrence. L'incompatibilité entre le bilatéralisme et la déréglementation commence à voir le jour et de ce fait interroge quant au chemin de la multilatéralisation.

A. *Open skies* et recherche de la concurrence équitable

Le modèle bilatéral est habité d'un déficit juridique quasi structurel : le contrôle des pratiques et comportements anticoncurrentiels. Qui arbitre la compétition économique internationale de plus en plus vive ? Qui donne les cartons rouges ou jaunes aux opérateurs qui utilisent des moyens autres que leurs propres mérites pour développer leur activité économique ? La question se pose depuis quelques années à l'égard des grandes alliances aériennes susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence. Elle devient prioritaire depuis environ cinq ans avec la montée en puissance de nombreuses pratiques déloyales. Dans les deux cas, face à l'incapacité de la formule bilatérale à donner des réponses, se pose la question d'une formule multilatérale.

1) La concurrence faussée

Parmi les caractéristiques les plus frappantes du secteur du transport aérien international figure la variété et le nombre d'accords de coopération conclus entre les compagnies aériennes : alliances aériennes « sky team », « one world », « star alliance », principalement. Ils sont généralement utilisés pour réduire les coûts et répartir les risques opérationnels. Cependant, quel que soit le type de coopération internationale conclu, qu'il s'agisse d'un accord interligne de base ou d'une fusion horizontale pure et simple, cette coopération peut avoir des effets anticoncurrentiels.

Les compagnies aériennes membres d'une alliance sont contraintes de jongler avec divers régimes de concurrence pour avoir l'assurance de la légalité de leurs activités communes et internationales¹⁶. L'efficacité des mesures de mise en

¹⁶ R. Papy, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, PUAM, 2013

œuvre du droit de la concurrence peut être en conséquence compromise si des décisions divergentes ou incompatibles sont prises s'agissant de la même alliance. En raison de cette diversité, une coopération entre les autorités de la concurrence et les instances de réglementation, ainsi que l'examen, par les États de solutions de remplacement aux clauses des ASA qui restreignent les prises de participation s'imposent encore plus.

L'UE et les États-Unis, par exemple, coopèrent étroitement par un travail de surveillance et de mise en commun de leurs expériences en matière de mise en œuvre du droit de la concurrence. En 2010, la Commission européenne et le ministère américain des Transports ont publié conjointement le document EU/DOT Alliance Report (2010)

Les fusions transnationales entre compagnies aériennes sont limitées par les restrictions relatives à la nationalité contenues dans des accords sur les services aériens et « ciel ouvert » bilatéraux. La levée de ces restrictions accentuerait le mouvement de libéralisation et ouvrirait la voie à de nouvelles fusions. Les fusions internationales, ainsi que les fusions nationales de transporteurs possédant un réseau international, rendent d'autant plus indispensable une coopération entre les autorités de la concurrence.

2) La concurrence déloyale

Les problèmes de concurrence déloyale dans le commerce aérien international sont en train de se multiplier et deviennent le prochain enjeu de la gouvernance mondiale du secteur¹⁷. Ils proviennent de toute sorte d'avantage que l'Etat du pavillon est susceptible d'offrir à ses compagnies. Vu d'Europe c'est un étonnant vide juridique qui voit ainsi le jour.

Car l'Union européenne est le seul territoire au monde à avoir adopté un droit des aides d'État contraignant, notamment par des règles strictes écartant toute subvention ou mesure d'effet équivalent envisagées par les gouvernements des pays de l'UE. Ces règles ont pour but de garantir une concurrence loyale ainsi

¹⁷ La problématique a été officiellement mise en évidence en 2012 par la Commission européenne : la politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation – Anticiper les défis à venir, COM (2012) 556 final, 27 sept. 2012

que des règles du jeu équitables entre les États membres et les entreprises de l'UE ; elles sont rigoureusement appliquées au transport aérien.

Éliminés au plan régional, ces problèmes liés aux subventions peuvent se poser en revanche au niveau mondial. Ils sont parfois, réglés par les accords bilatéraux de services aériens, dans lesquels sont énumérés les mécanismes d'aide d'État non autorisés, susceptibles de porter atteinte à une concurrence loyale. Mais c'est assez rare.

C'est pourquoi, sur certaines destinations intercontinentales comme l'Asie, les trois grands groupes européens, perdent des parts de marché face à des concurrents plus performants ou agressifs en termes de prix. Lufthansa, pour sa part, a perdu 32 % des parts du marché sur les routes entre l'Europe, l'Inde et le Sud-Est asiatique, tandis que les compagnies aériennes du Golfe ont vu leur part augmenter de 340 %. Le problème n'est pas qu'euro-péen ; les mêmes compagnies sont passées de 12 % à 40 % de parts de marché sur le trafic entre les États-Unis, l'Inde et l'Asie du Sud-Est entre 2008 et 2014...

Autre chiffre symptomatique : au cours des quinze dernières années, l'aéroport de Dubaï est passé du 30^e rang mondial, avec 12,3 millions de passagers, à la place de premier aéroport international en 2014, avec 70,4 millions de passagers, devançant Londres-Heathrow. Pour la première fois en 2013, les trois hubs de Dubaï, Doha et Abu Dhabi ont accueilli plus de passagers intercontinentaux en correspondance (22,9 millions) que les trois principaux hubs européens de Londres, Paris et Francfort (22,4 millions).

Ces chiffres ne font que représenter ce qui est supposé devenir un problème de concurrence déloyale. Les compagnies du Golfe, dont la stratégie de développement est axée sur la mise en correspondance, via leurs hubs des passagers européens avec l'Asie, l'Océanie et l'Afrique orientale bénéficient de subventions, de garanties publiques importantes, ainsi que de faibles redevances aéroportuaires de la part des États qui les contrôlent¹⁸. Cette situation porte préjudice aux compagnies aériennes européennes et fait peser des menaces sérieuses sur la connectivité directe de l'Europe et de la France en particulier vers ces destinations à fort potentiel.

¹⁸ Etihad, Qatar Airways et Emirates ont touché 42 milliards de dollars de subventions au cours des dix dernières années. 18 milliards pour Etihad, 17,5 milliards pour Qatar Airways et 6,8 milliards pour Emirates

C'est connu. Les transporteurs du Golfe ont bénéficié de prêts sans intérêts, de terrains gratuits et de droits aéroportuaires faibles, ne contribuent aucunement au financement des infrastructures notamment aéroportuaires par le paiement de redevances, de taxes d'atterrissage, etc. Quand le hub est installé sur un site où les infrastructures sont gratuites ou à coûts limités, cela constitue évidemment un énorme avantage... Ce d'autant plus, qu'ailleurs dans le monde, ce sont les compagnies aériennes qui assurent ces financements. De même les aéroports sont par exemple ouverts 24h24h...

Les transporteurs du Golfe prétendent ne pas être subventionnés, ou s'ils reconnaissent l'être, ils répondent que l'Europe et les États-Unis le font aussi. Ils peuvent également prétexter du fait que c'est pour eux un secteur naissant

Un nouveau modèle de transport aérien, plus que de transporteur aérien, émerge de la sorte. Les compagnies concernées sont en train de devenir les premiers acteurs mondiaux avec une marque mondiale et du personnel venant de tous horizons, contrairement aux compagnies historiques qui restent des acteurs multinationaux à fort ancrage national.

Tout cela résulte d'une volonté politique forte. Les Etats du Golfe considèrent le transport aérien comme une activité stratégique. Ils ont par conséquent investi massivement dans les infrastructures et ont mis en place un cadre réglementaire et juridique permettant de développer le transport aérien. C'est pourquoi il convient d'évoquer une nouvelle concurrence aérienne : une concurrence entre systèmes aériens. Cela recouvre bien sûr les compagnies, mais également le système réglementaire, fiscal, social. Les taux de cotisation sociale, la fiscalité ou la réglementation avantageuse sont autant d'éléments qui viennent doper les opérateurs économiques qui en bénéficient sur les marchés mondiaux¹⁹.

Les trois compagnies du Golfe, Emirates (Dubai), Etihad (Abu Dhabi) et Qatar Airways sont de la sorte devenues leaders sur les marchés long-courriers et donc mondiaux, alors qu'elles étaient quasi inexistantes il y a encore 15 ans L'essor phénoménal des trois compagnies du Golfe, depuis une dizaine d'années, chamboule une industrie structurée depuis une quinzaine d'années autour des

¹⁹ Le professeur Jaap de WITa réalisé une analyse approfondie de l'augmentation des coûts dans les Émirats et en Europe et faire remarquer que 85% de la différence peut être expliquée par un coût de main-d'œuvre beaucoup plus faible et par le fait que la situation géographique des transporteurs du Moyen-Orient leur permet de gérer des long-courriers plutôt que des courts et moyen-courriers comme la plupart des transporteurs européens. 15 % seulement serait lié au contexte concurrentiel loyal («*same level playing field*»)

trois grandes alliances globales (Star Alliance, Oneworld et Skyteam) dont la soixantaine de compagnies membres transportent les $\frac{3}{4}$ du trafic mondial.

Elles viennent troubler un scénario aérien mondial qui semblait pourtant acquis. Elles perturbent le jeu des alliances notamment en cassant des partenariats historiques comme Emirates l'a fait en s'alliant avec Qantas, obligeant celle-ci mettre fin à son alliance avec British Airways et comme a réussi Etihad, en mettant fin à l'alliance entre Air France-KLM et Alitalia, contrepartie du maintien en vie à coups d'injection de « cash » de cette dernière promise à une très probable disparition.

Vont-elles dominer le transport mondial, comme elles en prennent le chemin grâce à leur croissance vertigineuse, à l'excellente position géographique de leurs hubs, à la qualité de leur flotte et de leurs services, et au soutien direct ou indirect de leurs riches états actionnaires ? Ou bien devront-elles revoir à la baisse leurs ambitions, en raison de réactions « protectionnistes » de certains Etats, soucieux de défendre leur pavillon frappé de plein fouet par cette offensive?

En tout état de cause le phénomène n'est pas neutre quant aux options de politique aérienne internationale que doivent mettre en place les concurrents. Alors que depuis plus de vingt ans, les autorités américaines n'ont eu de cesse d'encourager les Etats du monde entier à signer des accords d'« *open skies* », en vantant les vertus du libre-échange, voilà que les « majors » américaines (American, Delta et US Airways), trois fois plus grosses que les trois plus grosses compagnies du Golfe réunies, demandent à leur gouvernement de dénoncer l'accord de ciel ouvert signé en 1999 avec les Emirats arabes unis, en invoquant la préservation des intérêts nationaux...

L'Europe est pareillement fragilisée ; ce d'autant plus que ses divisions sont parfaitement comprises. C'est ainsi que certains pays de l'Union européenne se sont déjà montrés plutôt conciliants envers des transporteurs du Golfe qui souhaitent ouvrir de nouvelles liaisons, y compris sur le plan de la cinquième liberté... L'Italie a ainsi autorisé « Emirates » à voler entre Milan et New York,

3) L'Europe ouverte et non offerte à la concurrence

a. Consolider les transporteurs

Les États membres de l'Union européenne sont soumis à des règles strictes pour garantir une concurrence loyale à l'intérieur de l'Union européenne (*V. supra*). Face à l'impossibilité d'imposer ces mêmes règles à l'échelle mondiale, de nombreux éléments, tels que la baisse des charges sociales ou l'exonération des charges patronales, pourraient aider à rééquilibrer les conditions de concurrence avec certains pays tiers. Une telle amélioration de l'environnement fiscal et social pourrait prendre la forme d'un régime sectoriel spécifique du type de celui mis en œuvre dans le transport maritime.

Les coûts de personnel représentent environ deux tiers des coûts modulables des compagnies européennes. Une baisse des charges sociales pour les navigants long-courriers, voire une exonération totale des charges patronales à l'image de ce qui a été obtenu par les armateurs, avec le système du «*shipping*», est souhaitée, en réponse à la compétition frontale imposée par les transporteurs du golfe persique : statuts sociaux contre statuts sociaux. Le régime du «*shipping*» européen a permis d'avoir les trois plus grands armateurs mondiaux en Europe ; véritable socle de la politique européenne en matière de compétitivité du transport et des services maritimes».

Mais le principal différentiel de compétitivité avec la nouvelle concurrence extra européenne provient des « autorités en situation de monopole » qui pourraient offrir leurs services à des coûts plus compétitifs à l'échelle internationale ; les aéroports en charge de décider des taxes liées à l'infrastructure et à « la prise en charge des mesures de sûreté », mais aussi le contrôle aérien, avec une régulation des grèves et un changement de stratégie pour le Ciel Unique européen.

Les redevances d'Aéroports de Paris (ADP) se sont modifiées en faveur des passagers en correspondance fin juillet 2015 ; ce qui est évidemment profitable à la politique de « hub » d'Air France. C'est un premier pas, qui doit contribuer à préserver la connectivité de l'Union européenne au reste du monde, en péril ces dernières années comme en attestent les chiffres les plus récents qui montrent que les nœuds aériens notamment vers l'Asie se déplacent en moyen orient (*Voir supra*).

b. Faire respecter les lois européennes du marché

La Commission européenne a été saisie afin d'enquêter sur les investissements capitalistiques d'Etihad dans les compagnies aériennes de l'Union ou des pays ayant signé des accords aériens avec cette dernière comme la Suisse ou la

Serbie²⁰ et ainsi évaluer leur compatibilité avec le règlement européen n° 1008/2008²¹ établissant les conditions d'octroi des licences de transporteurs communautaires et notamment son article 4 qui impose que le capital d'une compagnie européenne soit majoritairement contrôlé par des capitaux communautaires ou nationaux.

En contradiction avec ces règles européennes, ces investisseurs obtiennent un très haut degré de contrôle des compagnies européennes ; ce qui leur donne la possibilité d'exercer, directement ou indirectement, une influence décisive pour orienter le trafic au départ des aéroports européens vers leur hubs, en mettant en place des capacités de sièges excessives et, le plus souvent, des tarifs extrêmement bas. La revendication au-delà de la plainte est la suivante : *"Les compagnies des pays tiers investissant dans des transporteurs européens doivent communiquer aux Etats membres et à la Commission européenne l'origine des fonds et les conditions de leurs activités de restructuration. Si cela n'est pas conforme à la législation, la Commission devrait prendre toutes les mesures appropriées pour assurer des mesures équitables"*,

Par ailleurs, transporter en Europe suppose clairement de respecter des règles de concurrence loyales, que l'opérateur soit ou non européen. Les subventions y étant interdites, le fait que les compagnies et les aéroports des pays du Golfe soient soutenus par leur gouvernement ou des organismes gouvernementaux pourrait faire l'objet d'une plainte devant la Commission européenne, voire les tribunaux²².

B. A droit bilatéral constant, les solutions restent limitées

C'est la raison pour laquelle la Commission européenne a inscrit dans son programme de travail 2015 une communication à venir identifiant les défis et

²⁰ La compagnie d'Abu Dhabi est pour le moment la seule des trois compagnies du Golfe à mener cette stratégie d'investissements avec les prises de participations dans Aer Lingus, Air Berlin, Air Serbia, Darwin Airlines (Suisse) et Alitalia.

²¹ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, JOCE n° L 293 du 31 oct. 2008, p.3

²² Regula Dettlin-Hott, La concurrence des compagnies du golfe est-elle loyale ? Colloque DGAC-CSAC, D'une concurrence réglementée une concurrence loyale 4 mai 2015, http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/SDE1_-_2078h_-_Actes_colloque_DGAC-CSAC_04mai2015.pdf

mesures pour la compétitivité du secteur aérien européen. La France a mené un exercice similaire en 2014 puisque le député Bruno Le Roux a remis au Gouvernement, le 3 novembre 2014, un rapport sur la compétitivité du transport aérien français²³.

1) Les contre-mesures

a) Avant les contre-mesures : la conditionnalité par le gel de l'octroi des droits tant que les pratiques déloyales n'ont pas cessé

La position la plus affirmée provient des Pays Bas et a été formulée le 21 mai 2015 « *Aussi longtemps que cet accord est en cours de négociation, les Pays-Bas n'accorderont pas de nouveaux droits d'atterrissage pour les compagnies aériennes du Golfe, en raison des possibles subventions (dont elles bénéficieraient)* ». Le message a été le même à Paris et Berlin, refus d'octroi de nouveaux droits de trafic aux compagnies du Golfe afin de protéger Air France et Lufthansa. *Le gouvernement américain est pour sa part pressé par les syndicats de transporteurs d'ouvrir des consultations avec les Emirats arabes unis et le Qatar, afin de geler en l'état les vols de leurs transporteurs subventionnés vers les États-Unis jusqu'à ce que ces violations commerciales trouvent une solution.*

Cette position dite de *stand bye* ne fait pas totalement consensus. Les grands aéroports régionaux en France, qui ont perdu tout espoir de voir un jour Air France développer des lignes intercontinentales ailleurs qu'à Roissy-CDG, souhaitent pour leur part de nouvelles opportunités internationales vers le golfe. Tel est le cas de Lyon, mais aussi de villes comparables, comme Düsseldorf, Milan ou Hambourg²⁴.

b) Une législation de l'Union européenne protectrice

²³ <http://www.fnam.fr/uploads/default/files/d12725bd2ac566dcf22aa0f781b9d4b4.pdf>

²⁴ L'engagement a été pris en juin 2015 pour accorder des vols supplémentaires à la compagnie qatarie vers Nice et Lyon à raison de trois vols hebdomadaires. Ceci en plus des 21 vols par semaine dont disposent la compagnie du Golfe, tous utilisés sur la ligne Doha-Paris. Une réunion de négociations aéronautique entre la France et le Qatar, pour amender l'accord aérien entre les deux pays est nécessaire.

Les pays européens ont réclamé la révision d'autres instruments, et notamment une nouvelle législation contre les aides d'États et les pratiques tarifaires déloyales faussant le marché du transport aérien, afin d'éviter toute concurrence déloyale à l'avenir : en d'autres termes la possibilité de contre-mesures. Pourtant, éviter aux transporteurs de l'Union Européenne de se retrouver dans une situation d'inégalité face à leurs concurrents sur les marchés à destination ou en provenance de la Communauté était l'objectif du règlement n° 868/2004 du 21 avril 2004²⁵.

Il peut en effet être interprété comme fondant la capacité aérienne de l'Union à prononcer des contre-mesures financières à l'encontre des transporteurs non communautaires, qui sont subventionnés excessivement ou qui mènent une politique tarifaire abusive.

Au terme d'une procédure précise, la Commission est fondée à adopter des mesures de réparation qui s'interprètent comme n'allant pas au-delà de la stricte compensation du préjudice subi. Des mesures provisoires peuvent être adoptées²⁶.

A son égard en 2002, *Pascal Lamy, alors commissaire chargé du commerce, avait déclaré : "Les règles de l'OMC ne couvrent pas ce secteur pour le moment. L'instrument que nous proposons est destiné à combler cette lacune tout en restant cohérents avec l'approche que nous avons adoptée dans des secteurs soumis aux règles de l'OMC"*.

L'Organisation mondiale du commerce et, surtout, l'Accord général sur le commerce des services, ne prévoient en effet pas de règles pour contrer les effets de distorsion des échanges dus aux aides octroyées au secteur du transport aérien international, et l'OMC n'a adopté aucune règle en cas de pratiques tarifaires déloyales de la part de transporteurs aériens sous contrôle de l'État. Les instruments commerciaux multilatéraux n'offrent donc pas une protection adéquate : le constat est là dès 2002.

Contrairement à ce qui se passe dans le domaine du commerce de marchandises, l'Union européenne ne dispose d'aucun moyen de se défendre contre la concurrence déloyale dans le transport aérien. Les accords bilatéraux conclus dans le secteur aérien prévoient très peu de dispositions sur les pratiques déloyales et aucune règle multilatérale n'a été adoptée.

²⁵ PE et Cons. UE, règl. n° 868/2004, 21 avr. 2004, JOUE n° L 162, 30 avr. 2004, p. 1

²⁶ Un mécanisme équivalent existe pour le maritime (Cons. UE, règl., 22 déc. 1986, relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes : JOCE n° L 378, 31 déc. 1986).

La Commission avait donc décidé dès 2002 de combler cette lacune juridique et de doter la Communauté européenne d'un instrument qui lui permette de réagir en cas d'infraction au libre jeu de la concurrence. Le règlement n° 868/2004 qui en découle autorise le prélèvement de droits auprès de transporteurs aériens de pays tiers qui reçoivent des aides. Ces droits sont calculés en proportion de l'aide accordée aux compagnies, mais leur montant ne doit pas dépasser le montant nécessaire pour compenser le dommage subi par les transporteurs aériens de l'Union européenne. Des droits peuvent également être imposés aux transporteurs de pays tiers sous contrôle de l'État, de manière à compenser les pratiques tarifaires illicites résultant d'autres avantages non commerciaux octroyés par les gouvernements²⁷. Les cas sont examinés sur la foi de plaintes démontrant que des compagnies aériennes de la Communauté ont subi un préjudice²⁸.

Le règlement prévoit également qu'il convient d'évaluer l'ensemble des intérêts en présence avant d'adopter des mesures visant à compenser le préjudice, de manière à déterminer si ces mesures répondent à l'intérêt général de l'Union européenne, en tenant compte de l'ensemble de ses politiques.

Depuis 2014, et en réaction au nouveau contexte concurrentiel international, la Commission envisage d'élargir le champ d'application du règlement n° 868/2004 pour couvrir un plus large éventail de prétendues pratiques déloyales, par exemple les niveaux de redevances aéroportuaires. C'est ainsi qu'elle a ouvert une consultation sur la protection des compagnies aériennes communautaires

²⁷ Le règlement est appliqué à la suite d'une plainte déposée par un représentant de l'industrie aérienne (compagnie aérienne, par exemple) ou à l'initiative de la Commission européenne. A la suite de cette plainte, la Commission publie un avis au journal officiel et ouvre l'enquête. Une solution à l'amiable peut être trouvée à tout moment avec le pays tiers concerné, celui-ci étant invité à présenter ses observations avant que l'enquête soit lancée.

Trois décisions peuvent être prises au terme de l'enquête:

- adoption de mesures provisoires d'une durée maximum de 6 mois;
- classement sans suite de l'affaire en l'absence de preuves suffisantes démontrant le lien entre l'action du gouvernement du pays tiers et le préjudice;
- adoption de mesures définitives. Ces mesures peuvent être révisées à la lumière d'éléments nouveaux.

²⁸ Certains pays tiers se sont toutefois dotés d'instruments pour faire face à de telles situations. Aux États-Unis, par exemple, le ministre des transports est autorisé, depuis 2000, à prendre des mesures pour contrer les actions du gouvernement d'un pays étranger ou de toute autre organisation étrangère, tel un transporteur étranger, lorsque l'on estime qu'elles constituent des pratiques anticoncurrentielles à l'égard d'un transporteur aérien (Code des États-Unis, paragraphe 41310).

contre les pratiques tarifaires déloyales, de la part de compagnies subventionnées de pays tiers.

De ces dernières découle déjà le contenu possible d'une nouvelle législation avec six points d'évolution

1. Pour les compagnies aériennes, les pratiques déloyales prennent de multiples formes qui **ne se limitent pas aux subventions publiques et aux tarifs anormalement bas**. La mise à disposition à titre quasiment gratuit d'infrastructures, l'obligation imposée aux transporteurs aériens européens par certains États de disposer d'un « *sponsor* » local pour commercialiser leurs propres services, ou encore la garantie illimitée de l'État pour l'acquisition d'avions, sont autant d'exemples de pratiques contraires à l'établissement d'une concurrence saine. Les pratiques déloyales peuvent également trouver leur origine dans la structure verticale et étatique de l'organisation du transport aérien dans certains États, aux moyens financiers très importants, qui ont fait de leurs compagnies aériennes un outil de développement économique.
2. Le nouveau texte couvrira-t-il la **problématique de l'investissement de compagnies** de pays tiers dans le capital de transporteurs européens ? En effet, la réglementation européenne autorise aujourd'hui des investissements de la part de ressortissants de pays tiers à hauteur de 49,9 % du capital alors que 1) d'une part, la réciprocité n'existe pas nécessairement *de jure* (cas des compagnies aériennes américaines où les droits de vote sont limités à 25 % pour des ressortissants étrangers) ou *de facto* (cas de compagnies du Golfe qui sont entièrement détenues par leur État d'origine) 2) d'autre part, des règles très strictes en matière d'aides d'État sont applicables au sein de l'Union dès lors que l'investisseur public est originaire d'un État membre alors que ces mêmes règles ne s'appliquent pas quand l'investisseur public est originaire d'un État tiers.
3. Une conception stricte de ce que recouvre la concurrence déloyale devrait être arrêtée : elle ne saurait être tolérée au motif qu'elle profite, par exemple, au consommateur. La **notion de concurrence déloyale** devrait être redéfinie en tenant compte, par exemple, du comportement des acteurs du transport aérien qui se démarque singulièrement d'un comportement rationnel d'investisseur avisé. La

mise à disposition de services, d'infrastructures ou de carburant à des tarifs déconnectés de la réalité économique pourrait être révélatrice d'une concurrence déloyale.

4. La **notion de préjudice** subi par l'industrie européenne ne devrait pas être déterminée au regard d'une route donnée, ou de routes « se ressemblant étroitement », mais s'analyser au regard des conséquences globales sur le réseau d'un transporteur européen ou de plusieurs transporteurs aériens.
5. La charge de la preuve devrait tenir compte des difficultés d'accès aux documents, dans les États n'appartenant pas à l'Union européenne. Les délais de **procédure** tels qu'actuellement prévus devraient être considérablement réduits pour éviter que les préjudices subis ne conduisent à des situations irréversibles.
6. Le règlement devrait prévoir des **sanctions** à la fois dissuasives et efficaces dans leurs effets pour réparer le préjudice subi. Pour éviter des mesures de rétorsion à l'encontre d'un État membre, les sanctions devraient être prises au niveau de l'Union ou par un État membre, en application d'une décision européenne contraignante. Il semblerait ainsi adapté qu'au nombre des mesures de sanctions puissent figurer en particulier les suivantes dès lors qu'un État tiers est reconnu comme ayant subventionné un transporteur établi dans son pays : 1) limitation avec effet immédiat par les États membres de l'attribution de nouveaux droits de trafic au bénéfice des transporteurs établis dans le pays tiers concerné ; 2) limitation avec effet immédiat de toute possibilité pour le transporteur concerné ou son État d'origine d'investir au capital d'un transporteur communautaire ; 3) dénonciation simultanée par l'ensemble des États membres des accords aériens les liant à l'État tiers concerné.

2) Renégocier les accords bilatéraux sensibles

Les pays du Golfe savent mettre en balance les droits de trafic pour leurs compagnies dans une négociation commerciale et diplomatique globale. Suite à la vente du Rafale au Qatar, l'engagement de la France d'accorder à Qatar Airways des droits de trafic supplémentaires dans l'Hexagone en témoigne. Mais conditionner de la sorte l'octroi de droits de trafic à des contrats commerciaux

contrevient aux règles de l'OACI, qui interdisent de lier l'attribution des droits de trafic à des considérations commerciales. Donc ce n'est pas une négociation bilatérale comme une autre qu'il convient d'engager.

D'autant que, en coulisse, les constructeurs aériens, Boeing et Airbus en tête, et qui sur cette question convergent (!), s'activent pour désamorcer le conflit. Il faut dire qu'ils auraient beaucoup à perdre en cas de guerre ouverte. Les compagnies du Golfe sont parmi leurs meilleurs clients²⁹.

A l'heure actuelle, les droits de trafic aérien entre l'Europe et le Golfe sont régis par des traités bilatéraux d'Etat à Etat et sont donc distincts selon chaque pays de l'UE, mais pour nombre d'entre eux obéissent aux principes « *open skies* ».

Compte tenu du degré d'intégration des marchés aériens au niveau européen, la France et l'Allemagne soutenus notamment par les Pays-Bas, ont proposé qu'un mandat global de négociation des services aériens soit confié à la Commission européenne³⁰ ; ce mandat allant dans le sens d'une libéralisation à terme des services, en conditionnant au préalable cette évolution au respect effectif des principes élémentaires de concurrence loyale. Cette stratégie est admise par la Commission européenne. Elle est d'ailleurs sur le point de demander un mandat aux Etats en ce sens ; ce qui semble la voie la plus adéquate pour défendre les intérêts du secteur aérien européen : négocier un « *level playing field* » homogène, au sein duquel les conditions de concurrence soient comparables.

Il reste à négocier avec les pays d'origine de ces opérateurs, au niveau européen, un accord global équilibré et « gagnant-gagnant » en ouvrant la voie d'un accès libre au marché des liaisons avec l'Europe, en échange du respect des règles de concurrence loyale. Pour cela, il revient au Conseil « Transports » de l'Union

²⁹ Emirates, Qatar Airways et Etihad ont encore en commandes pour 200 milliards de dollars d'avions auprès d'Airbus et Boeing. La compagnie de Dubaï représente à elle seule la moitié du carnet de commandes de l'A380, qui n'aurait jamais survécu sans elle. Emirates est aussi le meilleur client de champagne Dom Perignon, avec plus de 110.000 bouteilles, et l'un des plus gros acheteurs de vin de Bordeaux. Au total, les retombées économiques de l'activité d'Emirates génèreraient 6,8 milliards d'euros et 81.500 emplois dans l'Union européenne, selon une étude commandée par la compagnie. Les Emirats arabes unis laisseraient également pour 20 milliards de dollars d'excédent commercial aux Etats-Unis. Des arguments qui ne manqueront pas de peser lourd dans la balance.

³⁰ Parallèlement, les Majors américaines poussent Washington à remettre en cause des accords de « ciel ouvert » signés avec les pays du Golfe

européenne d'adopter un mandat, en s'accordant sur les conditions de cette concurrence loyale.

L'accord passé entre Union européenne et Israël en 2013 pourrait à cet effet faire « jurisprudence », puisqu'est évoqué un « *environnement concurrentiel* » (article 7). Pour la première fois figure une notion que l'on ne retrouve pas dans les autres accords : la notion de subvention. Les transporteurs aériens ne doivent pas percevoir de subventions.

Une porte s'ouvre : c'est plus le problème des subventions qui est en cause que celui des compagnies du Golfe. Les accords bilatéraux ne traitent pas de ce problème, et devrait à cet effet muter. C'est un point sur lequel les accords « *open skies* », par ailleurs révolutionnaires n'ont pas coupé avec l'héritage bermudien.

Les négociateurs d'antan sur ce point étaient-ils aveugles? Non, mais à l'époque, il n'était tout simplement pas nécessaire de parler de subventions dans le monde de l'aviation. De 1940 à 1970, les gouvernements ont régulé les marchés. Ils établissaient les prix avec les transporteurs nationaux. Combien de compagnies aériennes peuvent opérer et sur quelles destinations ? Ils définissaient ainsi les capacités, les fréquences. Personne ne parlait du financement de ces compagnies aériennes. Ce genre de problématique a émergé plus tard.

Désormais, il convient de discuter de ce que l'on appelle les « *clauses de compétitivité loyale* ». Chantier bien difficile, car « *La notion de loyauté est très délicate, où commence-t-elle, où finit-elle ? Est-ce que l'on est loyal quand on est absolument identique. Si on est tous identique, il n'y a plus de concurrence, car la concurrence c'est aussi la différence* ».

Si les transporteurs du Golfe, voire Turkish Airlines, demandent un accès libéralisé au marché européen, ils doivent respecter les règles de la concurrence loyale et notamment en ce qui concerne les aides d'État. Ce ne serait pas une concurrence équitable si les règles n'étaient pas les mêmes pour tous les transporteurs et si les règles s'appliquaient différemment dans l'aérien et dans d'autres secteurs économiques.

Ne pas savoir pas d'où vient l'argent investi chez les concurrent interdit de parler de concurrence loyale. Il faut *ad minima* de la transparence pour savoir si la concurrence est loyale et s'il y a subventions ou non. La solution bilatérale

n'est pas encore devenue l'assurance tout risque attendu ; dès lors s'élèvent des voies en faveur d'un retour au moins partiel du multilatéralisme

III. Le multilatéralisme au secours du bilatéralisme

Considérer l'AGCS comme une machine à libéraliser les droits de trafic demeure chimérique que ce soit en réalisant un accord spécial incluant des dispositions précises pour traiter des spécificités fondamentales de l'aviation, ou qu'il s'agisse d'abroger l'Annexe en transférant les services de transports aériens au sein de l'Accord général, l'aviation recevant ainsi un traitement identique aux autres services. Ni le droit du commerce ni le droit aérien n'y sont prêts.

Les chantiers juridiques ont en conséquence pris une autre tournure. Côté droit du commerce international, la libéralisation multilatérale des droits économiques nous revient à l'agenda dans un contexte « extra GATS » pour le moment : le TISA, au regard duquel il est prématuré de se prononcer, tant les versions préparatoires de ce dernier restent confidentielles et leur contenu sujet à hésitation, compte tenu du caractère non officiel de leur diffusion.

Côté droit aérien, un système mixte basé sur des accords de type multilatéral ou plurilatéral et incluant certains principes de l'AGCS peut offrir une base solide pour une libéralisation bilatérale bonifiée en tant que le modèle exprime, de plus en plus, le besoin d'un corps de règles communes prévisibles pour survivre.

A. Le cas des services aériens périphériques : réduire l'emprise du bilatéralisme avec l'adoption du « TISA »

« TISA » pour « Trade in services agreement » (accord sur les services - ACS) est ouvert à tous les membres de l'OMC qui souhaitent libéraliser le commerce des services. La négociation a commencé début 2013.

Le projet est fondé sur l'accord général de l'OMC sur le commerce des services (AGCS), auquel participent tous les membres de l'OMC. Cela signifie que, si un nombre suffisant de membres de l'OMC y participent, l'ACS pourrait être étendu à l'ensemble de l'OMC et ses avantages pourraient profiter également aux pays qui n'y participent pas actuellement.

A l'égard des problématiques contemporaines du transport aérien international cette initiative comporte deux vertus. D'une part l'accord devrait inclure des dispositions sur la politique de concurrence, y compris les dispositions relatives aux lois antitrust, les fusions et les subventions. En outre, l'accord doit traiter les monopoles d'État, les entreprises publiques et entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. D'autre part l'accord comprendra un mécanisme de règlement des différends approprié, ce qui fera que les parties respectent les règles convenues. Par ailleurs, en l'état dans lequel la rédaction du document est consultable, il semble que des règles soient envisagées pour ouvrir la propriété des compagnies aériennes aux intérêts extranationaux

Là où le bât blesse : les droits de trafic ne sont pas concernés et, surtout, les Emirats arabes unis et le Qatar ne font pas partie des négociations... Le cœur du commerce aérien international ne sera donc pas touché. Il en va autrement de ce qu'on désigne par les droits économiques mous qui pourraient rencontrer une réelle mutation juridique, s'il advenait que le TISA s'impose. Par ailleurs et c'est peut-être le point le plus essentiel : le cercle des droits économiques mous incorporés aux règles multilatérales s'élargit pour incorporer des activités directement liées aux droits économiques durs ; ce qui révèle, en d'autres termes, l'intention de réduire le bilatéralisme au strict minimum.

Le secteur des transports aériens devient particulièrement visé. Seront libéralisés la maintenance et la réparation de véhicules aériens, les systèmes de réservation informatique, la vente et de services aériens, les services au sol, et plus largement l'assistance aéroportuaire ainsi que le travail aérien. C'est une libéralisation poussée : les accords GATS de 1995 ne couvraient que les trois premiers secteurs (Voir *infra*). L'annexe proposée du TISA affirme que ses règles auraient la priorité sur celles de l'Organisation internationale de l'aviation civile (ICAO), qui a beaucoup plus de crédibilité et d'expertise en la matière.

Ce qui peut, en l'état, paraître problématique, car au sein de l'annexe sur les services de transport, il n'y a pratiquement pas de discussion sur les standards de sécurité... Laisser prospérer la concurrence en direction de la sous-traitance et du *offshoring* de la réparation des avions comporte quand-même des implications possiblement négatives pour la sécurité présente et future de l'aviation. Avec la libéralisation de la maintenance, c'est la sécurité aérienne qui est en cause. La part des accidents « impliquant la maintenance est en augmentation ». Les syndicats s'inquiètent de voir leur pouvoir de négociation

réduit car leurs interlocuteurs, les gouvernements nationaux, perdraient la main en matière de réglementation.

L'enjeu n'est pas négligeable car la régulation du commerce aérien par la coordination dans le cadre de l'Organisation internationale de l'aviation civile, et la réciprocité dans le cadre des accords bilatéraux laisserait place sur un ensemble élargies d'activités « péri-aériennes » et aériennes à « un système multilatéral basé sur la clause de la nation la plus favorisée ». Plus question d'accorder un avantage à un État particulier au nom de la coopération. Ce qui est accordé à l'un l'est à tous les autres, riches ou pauvres.

B. La tentation d'un modèle multilatéral type « OMC », pour l'usage des droits de trafic

Les professionnels de l'aérien en Europe et en Amérique du Nord n'ont jamais autant fait référence à l'Organisation Mondiale du Commerce que ces derniers mois, plaidant qu'elle puisse s'emparer du dossier. Le fait que son Organe de règlement des différends ait été saisi à plusieurs reprises pour régler les différends entre Airbus et Boeing n'y est pas étranger. C'est ainsi que dans leur mémorandum contre les compagnies du Golfe, leurs homologues américains ne se privent pas, de faire référence aux règles de l'OMC, pour dénoncer les subventions illégales accordées aux « gulfies ». Etihad est même accusée de violer le sacro-saint principe de l'OMC du « *traitement national* », ce qui en creux revient à revendiquer l'égalité de traitement entre entreprises étrangères et entreprises nationales... En d'autres termes : s'il y avait les règles OMC, cela se passerait autrement !

Pour abonder dans le sens de ce regret : deux pistes prévalent

- La piste 1 : mettre une dose de multilatéral dans le bilatéral
- La piste 2 : abandonner le bilatéral au profit du multilatéral

1) Combiner le multilatéral et le bilatéral

La principale revendication « multilatérale » vise la création de mécanismes antisubventions et d'arbitrage similaires à ceux de l'OMC. La Commission européenne, fort d'une telle base, disposerait d'une capacité à négocier avec les

Etats membres « *les conditions d'un accord aérien équilibré* » avec les Etats du Golfe³¹. Mais la tentation multilatérale va au-delà.

a) Multilatéraliser le règlement des différends

A cet effet, ajouter un chapitre ou un protocole à la convention de Chicago, pour créer un système de règlement des différends qui fonctionne régulièrement et de manière institutionnelle, qui permette également d'engager soit des discussions, soit des négociations pour régler les problèmes de manière plus régulée et normale, proche de ce qui se fait à l'OMC, est souvent évoqué.

Ce système des règlements des différends est donc envisagé au sein de l'Organisation de l'aviation civile internationale, qui aurait pour mission, notamment, de trancher le différend sur les soutiens directs ou indirects dont bénéficient les compagnies du Golfe, Etihad, Qatar Airways et Emirates de leur état actionnaire.

Pousser l'OACI à utiliser l'expertise de l'OMC, habituée à de tels conflits pour ne pas perdre de temps est certainement nécessaire. Pour autant, l'OMC n'est pas non plus un modèle de rapidité. La longueur du traitement du bras de fer entre Bruxelles et Washington sur le soutien respectif à leur industrie aéronautique en atteste

L'arbitrage constitue une autre voie et naturellement un mode intéressant et efficace de résolution de certains litiges pour les entreprises, dès lors qu'il existe une volonté commune des parties. Le recours à une telle procédure est même fondamental dans les litiges qui opposent États et entreprises afin d'éviter que le rapport de forces soit totalement déséquilibré si l'entreprise était contrainte d'avoir recours à une juridiction d'État. L'arbitrage constitue une garantie d'équité, notamment dans les pays où l'État pèse de tout son poids sur certaines décisions économiques. Il faut ce faisant être vigilant sur les risques de bureaucratisation qui, dans certains cas, guettent l'arbitrage. Quand les procédures se prolongent, la facture est forcément élevée.

Il faut donc un « ORD » aérienne sous forme arbitrale ou non, agissant dans des délais raisonnables, condition essentielle à la vie des affaires aériennes.

b) Multilatéraliser le droit « anti-subvention »

³¹ Le Monde, Tribune 22 juillet 2015

Les compagnies européennes comme américaines veulent éviter d'être soumises à des charges ou à des obligations trop lourdes par rapport aux autres compagnies opérant dans le monde. Elles réclament en conséquence un code global « anti-subsidation ».

Mais le sujet des soutiens publics est complexe car la notion d'aides d'Etat reste floue. Celle-ci se heurte au principe de souveraineté des États. On tombe sur des questions de fiscalité qui relèvent des politiques nationales. Les règles mondiales sur les aides d'État au secteur aérien restent à inventer.

L'OACI ne brille pas par son dynamisme sur ce sujet. Elle travaille sur la définition de règles concurrentielles équitables pour tenter de les présenter lors de la prochaine assemblée générale de l'OACI en 2016. Lors de la session 2013 a été votée une résolution ambitieuse dans ce domaine, chargeant l'organisme de mettre à jour les règles d'orientation sur la concurrence loyale dont la conférence a confirmé qu'il s'agissait d'un *«important principe général dans l'exploitation des services aériens internationaux»*. Vu la complexité du dossier, il est peu probable qu'elle y parvienne, du moins avec le degré d'attente des Européens. En l'état actuel des choses, seul un effort concret en faveur de la transparence a été consenti par la mise en place d'un recueil des règles de concurrence appliquées par les membres de l'OACI³².

c) Envisager un mécanisme multilatéral de sanction

Mettre en place des sanctions qui s'appliquent est également envisagé. Elles devraient être proportionnées et ne pas fermer la porte pour la concurrence d'autres compagnies aériennes dont on penserait qu'elles ont reçu des subventions déloyales. Il ne s'agit pas simplement de mettre un terme à un accord et de libéraliser, mais de mettre en place des sanctions qui peuvent s'appliquer alors que l'accord reste d'actualité.

Il faudra du temps pour y parvenir. L'approche de l'OACI pour y arriver, peu à peu, consiste à mettre en place des clauses cadres pour les accords : clauses modèles, de prix prédateurs ou de subventions qui doivent être identifiées.

³² Rapport ATRP12, 26/30 mai 2014

http://www.icao.int/Sustainability/Compendium/Documents/ReferenceDocuments/ATRP12_Report_fr.pdf

d) Multilatéraliser les règles relatives à la propriété

Enfin, les transporteurs européens doivent pouvoir trouver des financements dans le monde entier ; ce qui implique de moderniser les règles de l'aviation en matière de propriété et de contrôle qui, pour l'heure, entravent les investissements. L'assemblée de l'OACI a convenu d'avancer sur un accord multilatéral visant à libéraliser la propriété et le contrôle des transporteurs aériens. Ce dernier est à l'étude au sein du groupe spécial Réglementation du transport aérien : accord international sur la libéralisation de la propriété et du Contrôle des transporteurs aérien³³ qui pourrait substituer aux clauses de nationalité le concept de «*principal établissement et de contrôle réglementaire effectif* ». A suivre...

e) Multilatéraliser certaines conditions d'exploitation

Mais le besoin de multilatéralisation va au-delà pour que deviennent harmonisées plus encore qu'aujourd'hui les conditions d'exploitation du transport aérien international. Sur le plan environnemental, la question de la limitation des émissions de CO₂, de l'aveu même des compagnies européennes, devrait être traitée non pas au niveau européen, mais au niveau mondial via l'OACI, afin d'avoir une réglementation qui s'applique à tous

2) Vers le tout multilatéral ?

« *A terme, nous souhaitons que le transport aérien soit inclus dans un régime multilatéral de type OMC* »³⁴. Menace ou réelle prétention juridiques ? Telle est la question. Il demeure que circule discrètement à l'état de *draft*, depuis décembre 2014, une maquette d'accord aérien multilatéral en provenance des services de l'OACI et notamment du groupe spécial réglementation du transport aérien (ATRP – *Air Transport Regulation Panel*)³⁵ : mandat consistant à «*élaborer un accord international à utiliser par les États dans la libéralisation de l'accès aux marchés.* »

³³ Rapport ATRP12, 26/30 mai 2014

http://www.icao.int/Sustainability/Compendium/Documents/ReferenceDocuments/ATRP12_Report_fr.pdf

³⁴

³⁵ Rapport ATRP12, 26/30 mai 2014

http://www.icao.int/Sustainability/Compendium/Documents/ReferenceDocuments/ATRP12_Report_fr.pdf

Le dossier reste encore largement à l'état de spéculations :

« ... certains Etats soulignent la nécessité d'une approche graduelle assortie de mécanismes de protection, d'autres proposent d'adopter dans un premier temps une démarche de libéralisation régionale avant d'en arriver à un accord multilatéral à l'échelle mondiale. Il est indiqué aussi qu'il serait nécessaire de prendre en considération les mécanismes de protection pour aider à répondre aux préoccupations de certains États quant à la libéralisation. Plusieurs participants soulignent également le besoin de dispositions sur la «concurrence loyale», qu'ils jugent être étroitement liée à la libéralisation des marchés ».

En d'autres termes, les opinions divergent d'abord sur la question de l'application ; certains participants appuyant une application universelle, alors que d'autres préfèrent une formule plus souple (telle que l'option «choisissez vos partenaires»), type ce qui semble prévaloir au niveau TISA.

Les points de vues se multiplient ensuite sur la cible de la libéralisation (tout cargo, transport mixte, régulier, non régulier, etc.) ainsi que sur le degré de libéralisation : le consensus semble acquis jusque la sixième liberté, mais reste difficile sur la septième, hormis peut-être pour les services « tout cargo ». Cela reste ce faisant le début du début d'un accord multilatéral de commerce aérien international.