

# **LA LIBERALISATION DU TRANSPORT AERIEN INTERNATIONAL ET LA FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL**

Martin Barberot, McGill University, Montréal.

Institut de Droit Aérien et Spatial

Août 2010

Une thèse soumise à McGill dans la complétion partielle du diplôme de Master.

© Martin Barberot, 2010. Tous droits réservés

## ABSTRACT

*L'évolution rapide et les bouleversements successifs sont des traits caractéristiques du transport international aérien. Près de soixante-dix ans après la signature de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale, un constat s'impose : l'importance économique du transport aérien a considérablement augmenté. Qu'il s'agisse de transporter des marchandises, au soutien du commerce international, ou des individus, de plus en plus nombreux à avoir accès à ce mode de transport, une véritable prise de conscience de la part des Etats a révolutionné les paradigmes traditionnels du droit aérien ; ce dernier, initialement tourné vers les aspects de sécurité et sûreté des transports, ne peut plus délaissier la dimension économique du secteur.*

*Parallèlement, la société internationale a connu un phénomène de complexification croissante. Cette évolution ne résulte pas seulement de l'apparition progressive, dans la période d'après guerre froide, d'un monde multipolaire, mais également d'un développement matériel du droit international aujourd'hui divisé en de multiples régimes juridiques indépendants aux légitimités politiques et juridiques égales. Ainsi a-t-on assisté au développement d'un droit international de l'environnement, d'un droit international du commerce, ou encore d'un droit international du développement.*

*La présente étude a pour objet l'étude de l'évolution du droit international du transport aérien, historiquement associé à l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI) et « ses » diverses conventions internationales, dans le contexte de la fragmentation du droit international. A travers cette démarche, l'évolution factuelle et juridique du droit associé au système de l'OACI sera mis en perspective dans ses rapprochement au système traditionnellement associé à la libéralisation du commerce international, celui de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Sera notamment souligné la « crise identitaire » actuellement traversée par le droit du transport aérien et les diverses pistes qui pourraient être explorées par les Etats pour favoriser le développement harmonieux du transport international aérien.*

*Fast evolution and successive dislocations are well known attributes of international air transportation. Nearly seventy years after the Chicago Convention has been signed, one must acknowledge the economic importance of international transportation has grown considerably. Focusing both on transportation of goods, supporting the development of international trade, and transportation of individuals, whose access to air transportation has constantly grown, States and their governments began to modernize, and thereby revolutionize air law's traditional paradigms; air law, initially focusing exclusively on safety and security aspects of transportation, must now integrate the economical dimensions of air transportation.*

*At the same time, international society has become more and more complex in two different ways: firstly, in the Post-Cold War Area, a multi-polarized world began to emerge. Secondly, material developments of international law have resulted in the apparition of numerous independent legal systems of the same value such as environmental international law, international trade law or international development law.*

*The main purpose of the following thesis is to study the recent evolutions of international air transportation law, historically based on the creation and development of the International Civil Aviation Organization (ICAO) and associated international conventions, within the framework of the fragmentation of international law. Through this study, both the legal and factual evolutions of IACO Law will be addressed in the perspective of its joined application with the World Trade Organization (WTO) law. Particular attention will be given to the question of an "identity crisis" the air transportation law is said to suffer from, and to the different ways of thoughts that could be followed to support a healthy economic development on international air transportation.*

## REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance au Mme la Professeure Ellis, qui a accepté de superviser mon travail et a su faire preuve de beaucoup de patience compte tenu de mes contraintes de travail.

Mes remerciements vont aussi au personnel de la bibliothèque de l'Université McGill, dont les explications m'ont été précieuses.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	6
<b>PARTIE 1 : UNE FRAGMENTATION ACCENTUEE PAR LA LIBERALISATION</b> .....	16
Titre 1 : L'essoufflement du système de Chicago dans la libéralisation du transport aérien .....	18
Chapitre 1. Le fondement protectionniste du système de Chicago .....	19
Chapitre 2. La libéralisation au sein du système de Chicago : une démarche possible mais limitée .	30
Titre 2 : Les promesses du droit de l'OMC en matière de libéralisation du transport aérien .....	42
Chapitre 3. L'AGCS : un outil puissant de libéralisation du transport aérien.....	43
Chapitre 4. Le traitement de la NPF et le transport aérien : vers la coexistence du droit de l'OMC et du droit de Chicago dans la réglementation du secteur du transport aérien.....	55
<b>PARTIE 2 : UNE FRAGMENTATION AU SERVICE DE LA LIBERALISATION</b> .....	68
Titre 3 : L'annexe à l'AGCS sur les services de transport aérien comme clé de voute de la libéralisation : un instrument voué à perfectionnement .....	70
Chapitre 5. Un document obscur objet d'interprétations contradictoires .....	71
Chapitre 6. L'approche sectorielle des examens périodiques : études de cas.....	84
Titre 4 : Pluralisme et unité dans le droit du transport aérien .....	89
Chapitre 7. L'existence d'interaction entre les deux systèmes juridiques.....	90
<b>CONCLUSION</b> .....	96
<b>ANNEXE</b> .....	98
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	101

## INTRODUCTION

La fin de la seconde guerre mondiale s'est accompagnée d'un changement de regard sur le transport aérien. Depuis l'accord multilatéral de 1898 conclu entre l'Allemagne, l'Italie et l'Autriche Hongrie élaborant des règles de survol des territoires pour les ballons et les dirigeables à usage militaire, le ciel est progressivement devenu l'objet de transaction<sup>1</sup>. Au début du 21<sup>ème</sup> siècle, plus de mille compagnies aériennes opèrent plus de 15 000 aéronefs, alors que l'industrie assure le transport de 1,6 milliards de passagers et 22 millions de tonnes de cargo sur une base annuelle, soit 40% de la valeur des exportations manufacturées<sup>2</sup>. Le commerce international et la circulation des personnes sont aujourd'hui fortement conditionnés par l'existence d'une industrie de transport aérien fiable, plus particulièrement pour les Etats aux économies fortement dépendantes du tourisme ou du commerce de biens ou de services par voie aérienne<sup>3</sup>.

Il est de vérité générale de dire que tout changement de circonstances de faits entraîne un renouvellement de pensée des normes applicables dans un domaine donné. Le droit international aérien est entré dans une période de transition, passant d'un modèle fondé sur une dimension sécuritaire, dans lequel la souveraineté de l'Etat est garante de sa capacité à protéger son territoire, à un modèle fondé sur une dimension commerciale de celle-ci. A travers ce bouleversement progressif,

---

<sup>1</sup> Dempsey, Paul Stephen, *International Public Air Law* (Montréal; McGill University Press, 2008), p. 10

<sup>2</sup> *Ibid.* p. xiii.

<sup>3</sup> Voir, par exemple, la situation de la Barbade. OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation*, libéralisation de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens pour les pays en voie de développement, note présentée par la Barbade, ATConf/5-WP/48, point 1.1.

« tirailé » entre ces deux paradigmes, le droit du transport aérien connaît une véritable crise identitaire qui ne saurait manquer d’avoir un impact considérable sur le droit existant.

De ses balbutiements à l’après seconde guerre mondiale, le transport aérien fut l’objet d’autant de craintes que d’espoir. L’étude des conventions internationales signées après la seconde guerre mondiale comptant pour partie intégrante de la recherche proposée, il est ici suffisant d’adresser quelques remarques générales concernant l’évolution du transport aérien au cours de la seconde moitié du 20<sup>ième</sup> siècle. Le droit international aérien s’est largement développé consécutivement ou parallèlement aux grands conflits armés mondiaux du XXème siècle<sup>4</sup>, bien que ce développement ne se soit pas fait sans que les Etats ne perçoivent le potentiel commercial de l’aviation : si la Convention de Paris de 1919 réaffirme de manière sans équivoque la souveraineté des Etats sur leur espace aérien<sup>5</sup>, La Convention de Chicago introduit la notion de « libertés de l’air », chère aux Etats-Unis pour sa vertu commerciale<sup>6</sup>. Le changement de paradigme s’est alors produit progressivement, les vagues successives de libéralisation ayant pour l’essentiel débuté au niveau national<sup>7</sup>, puis régional<sup>8</sup>, et enfin par le biais de la conclusion de nombreux accords internationaux de plus en plus libéraux, jusqu’aux accords type « *open skies* »<sup>9</sup>. Néanmoins, alors que les forces guidant les relations internationales en matière de transport aérien connaissent un changement profond, le cadre juridique leur donnant leur pleine portée est demeuré identique tout au long de la seconde partie du XXème siècle : la Convention de Chicago confère un large mandat à l’Organisation de l’Aviation Civile Internationale (OACI) pour assurer le développement harmonieux et ordonné de l’aviation civile internationale, essentiellement par le biais de l’adoption des « Standards et Pratiques Recommandées » (SPR) dans les domaines technique, sécuritaire ou environnemental. En dépit de l’octroi à l’OACI d’un mandat économique large par la

---

<sup>4</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n° 1, p. 8

<sup>5</sup> Convention de Paris, 1919, article 1. Citée dans Dempsey, *Op. cit.* n° 1..

<sup>6</sup> Voir Partie I

<sup>7</sup> Aux Etats-Unis, principalement, *Infra* Partie I.

<sup>8</sup> Au niveau communautaire, *Infra* Partie I

<sup>9</sup> *Infra* Partie I

Convention de Chicago<sup>10</sup>, c'est aux Etats qu'il est laissé le soin de déterminer le rythme et le degré de la libéralisation du transport aérien à travers la conclusion d'accords bilatéraux ou plurilatéraux caractérisés par un principe fort *d'intuitu personae*. Peut-être faut-il y voir une conséquence de la réaffirmation solennelle de la souveraineté territoriale des Etats sur leur espace aérien opérée par l'article 1<sup>er</sup> de la Convention<sup>11</sup>.

C'est donc du côté de la pratique étatique que la dimension économique du transport aérien a trouvé sa pleine expression. Les accords bilatéraux et plurilatéraux révèlent, dans leur évolution, une tendance des Etats à libéraliser les différentes composantes du transport aérien<sup>12</sup> : autrefois conçu comme une menace, ce dernier devient un service à forte potentialité commerciale. Commence à naître l'idée que le transport aérien pourrait bien être une « marchandise comme les autres » : une marchandise qui, à l'image de tout autre bien et/ou service, est destiné à obéir aux règles du commerce international.

Avant le Round de l'Uruguay, le système du *General Agreement on Tariff and Trade* (GATT), ne s'appliquait qu'aux biens, les services étant considérés comme échappant aux logiques du système du commerce international. Ce n'est ainsi qu'en 1994, lors de l'instauration du système de l'OMC, que la libéralisation du commerce international en service a pu être envisagée à travers la conclusion d'un accord international multilatéral, l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS). Cette évolution s'explique par des bouleversements majeurs traversés par les différents marchés de services :

« First of all, because of technological developments, it is possible to effect many services transactions without physical proximity between the provider and consumer of the service. For example, many international banking or insurance transactions can be accomplished through electronic data transfers. Second, in almost all countries through most of the post-war period, many important

---

<sup>10</sup> Voir Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale signée le 7 décembre 1944, article 44, accessible en ligne : <http://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944a-fr.pdf>

<sup>11</sup> « Les Etats contractants reconnaissent que chaque Etat a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire ».

<sup>12</sup> *Infra*. Partie I

service industries had been highly regulated, or maintained as state monopolies (...). The regulatory reform trend during the 1970s and 1980s resulted in a removal or loosening of prior substantial limits on domestic competition in these industries, thereby focusing new attention on the possibilities of international competition (...). Third, many services have traditionally been viewed as functions integral to the production of goods. The splintering of services from goods, and the increasing use of external contracting to obtain service inputs into the production of goods, have created a new explicit markets.»<sup>13</sup>

En 1994, les systèmes de réservations informatisés permettent à tout un chacun d'acheter ses billets d'avions à distance à des compagnies étrangères, et le développement d'Internet tend à démocratiser cette pratique, qui ne nécessite plus de payer un supplément à une agence de voyage. Le développement du tourisme fait alors du transport aérien un marché distinct, alors que le transport cargo apparaît comme le soutien nécessaire à la libéralisation du commerce international des biens. Enfin, les vagues de libéralisation successives menées au niveau national traduisent une volonté forte de désengagement de la part des Etats.

L'AGCS entre en vigueur en 1995, après plus de dix années de préparation et tractations. Pour la première fois depuis 1947 est établi un corpus de principes et de règles sur le commerce en services, à l'image du GATT, en reprenant les principes fondateurs de ce dernier, comme l'obligation du traitement de la Nation la Plus Favorisé (NPF)<sup>14</sup>. « L'AGCS définit les conditions dans lesquelles l'élimination progressive des obstacles au commerce des services peut être effectuée (...). Le but est d'englober tous les services fournis sur une base commerciale dans tous les secteurs d'activité (...). Les avantages dont un pays bénéficie sont mesurés sur la base d'une évaluation du commerce des services global et non sectorielle ». Dans cette mesure, les services de transports aériens se verraient totalement assimilés à des objets de commerce, sur lesquels chaque mesure prise devrait s'apprécier à l'aune du commerce international global.

---

<sup>13</sup> Trebilcock, M.J., Howse, R., *The Regulation of International Trade*, (New York, Routledge, 2005), p. 349.

<sup>14</sup> *Infra*. Partie I

A deux visions antagonistes correspondent ainsi l'application de deux « systèmes » juridiques distincts. Dans son acception doctrinale, la notion de système juridique, ou d'ordre juridique, est fortement débattue<sup>15</sup> ; on n'adoptera ici qu'une définition minimaliste, sans qu'il ne soit fait de distinction notable entre la notion d'ordre et de système : dans ses conclusions sur la fragmentation du droit international, la Commission du droit international (CDI) parle de Régime spéciaux ou « autonomes » comme d'un « groupe de règles et de principes intéressant une matière particulière (...), souvent dotés d'institution qui leur son propres pour administrer les règles pertinentes »<sup>16</sup>. Tel semble être le cas du système constitué par la Convention de Chicago et les multiples accords bilatéraux et/ou plurilatéraux (plus loin le « système de Chicago ») en ce qu'il partage certaines caractéristiques fondamentales d'une part<sup>17</sup>, et le droit mis en place par l'AGCS d'autre part, au moins depuis le Round de l'Uruguay et la création de l'OMC, organisation dotée de ses propres règles d'interprétation des accords couverts et mécanismes spécifiques de règlement des différends (Plus loin le « système de l'OMC).

L'application simultanée du système de l'OMC et du système de Chicago au transport aérien présente le risque de voir apparaître des conflits entre les deux systèmes, susceptibles d'obéir à des logiques différentes. Au-delà de simples conflits de normes, c'est toute l'intelligibilité des réglementations applicables au transport aérien qui s'en trouverait pénalisée de multiples façons ; peut on obliger un pays A, alors qu'il signe une convention libérale avec un pays B, à accorder les mêmes droits aux pays C, sans que celui-ci n'ait fait de concession particulière, sur le fondement du droit l'OMC, alors même que la Convention prévoyait un échange réciproque des droits ? Le transport international

---

<sup>15</sup> Voir notamment : Combacau, J., "Le droit international: bric-à-brac ou système? », (1986) 31 Archives de philosophie du Droit, pp. 85-105

<sup>16</sup> Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport d'étude de la Commission du Droit International, Commission du Droit international, 58<sup>ième</sup> sess., A/CN.4/L.682/Add.1 (2006).

<sup>17</sup> *Infra* Partie I.

semble ne pas pouvoir s'accommoder d'une situation dans laquelle son application serait fractionnée entre deux régimes juridiques *a priori* incompatibles...

Il n'existe pas, en doctrine, de définition unique de la fragmentation du droit international. Les auteurs concèdent que le thème n'est pas nouveau en droit international, dans la mesure où il compte parmi les nombreux « facteurs de crise » de la société internationale. « C'est devenu une banalité que de dire que le droit international est en pleine transformation », lançait Maurice Bourquin à son cours à La Haye de 1961<sup>18</sup>, et l'on s'accorde sans peine à dire que le débat sur la fragmentation est pour partie une « illusion d'optique engendrée par une répétition de la pensée (...), une peur récurrente parmi les internationalistes ». <sup>19</sup> : celle de découvrir que le droit international, loin d'être le système normatif unifié qu'il s'agirait de prévenir du danger de la fragmentation, ne voit en réalité son unité garantie qu'au gré des tensions politiques qui traversent la société qu'il régit. Parler de fragmentation du droit international est bien souvent un terme commode pour exprimer des peurs diverses, qui n'ont pour autre source qu'un présupposé systémique qui forcerait le droit international à constituer un véritable *ordre* international.

Ce présupposé sera par ailleurs approprié par la CDI comme support nécessaire à toutes ses recherches sur la fragmentation : « le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (...) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date ».

---

<sup>18</sup> Bourquin, M., 'Règles générales du droit de la paix (cours général) », (1931) 35 R.C.A.D.I. p. 5

<sup>19</sup> Martineau, Anne-Charlotte, « La Fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », Conférence Biennale de la Société Européenne de Droit International, Paris, 18-20 mai 2006, accessible en ligne [http://www.esil-sedi.eu/english/Paris\\_Agora.../Martineau.PDF](http://www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora.../Martineau.PDF), p. 1, p. 4.

A considérer, comme point de départ, que le droit applicable au transport aérien est le seul droit de Chicago et constitue bien un système, plusieurs axes d'analyse sont susceptibles d'être traités dans le contexte d'une éventuelle fragmentation. La Commission mène les analyses successives des différents outils en matière d'interprétation et de conflits de normes, tous présent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette conception pragmatique de la fragmentation trouve un certain écho dans le domaine du transport aérien : Tout d'abord, la Convention de Chicago, les différents accords bilatéraux et accords multilatéraux, et l'AGCS ainsi que les différents accords comptant parmi le droit de l'OMC ne sont pas signés par les mêmes parties<sup>20</sup>. En plus de restreindre la portée de la présente recherche, cette fragmentation pose des problèmes de cohérence une partie seulement des Etats pouvant être liés par un traité et non un autre, d'autant plus que ce phénomène serait de plus influencé par d'éventuelles reconnaissances de l'existence de coutumes internationales.

Toujours dans l'approche adoptée par la CDI, aucune hiérarchie ne peut être faite entre le système de l'OMC et le système de Chicago ; ces deux systèmes constituant des systèmes autonomes, seul un « principe d'harmonisation » pourra être appliqué : il s'agira de, « dans la mesure du possible », interpréter les normes contradictoires « de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles »<sup>21</sup>. Ce principe s'inscrit en accord avec les règles du bon sens et d'interprétation des normes internationales, notamment le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui oblige l'interprète d'un traité à tenir compte de « toute règle pertinente de droit

---

<sup>20</sup> La Convention de Chicago est ratifiée par 190 Etats. L'accord sur les droits de transits, conférant aux signataires des droits de premières et seconde libertés est ratifiée par 129 Etats, alors que l'OMC compte 153.

<sup>21</sup> *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport d'étude de la Commission du Droit International, Commission du Droit international, 58<sup>ième</sup> sess. A/CN.4/L.682/Add.1 (2006), point 4).

international applicable dans les relations entre les parties ». Ce processus d'intégration systémique a déjà permis de résoudre certains différends dans des matières fragmentés<sup>22</sup>.

Par opposition, il semblerait difficile de recourir à un principe de *lex specialis*<sup>23</sup>, comment déterminer, par une approche casuistique, lequel des deux systèmes devrait être considéré comme le régime « spécial », et selon quels critères ? L'application de la *lex posterior*, elle, n'aurait de pertinence qu'au moment où la champ d'application de l'AGCS serait élargi à de nouveaux domaines du transport aérien, sans oublier qu'il serait alors nécessaire de s'assurer de l'identité des différentes parties aux accords et/ou systèmes juridiques<sup>24</sup>.

Il est vrai que les risques de voir apparaître de véritables conflits de normes en matière de transport aérien entre le système de l'OMC et le système de Chicago demeurent à l'heure actuelle une simple possibilité, sauf dans des les cas marginaux où les distinctions faites par l'Annexe ne sont pas assez claires pour garantir l'intelligibilité de la réglementation dans certains sous secteurs donnés<sup>25</sup>. Passées ces situations exceptionnelles, on est amené à reconnaître que l'application au transport aérien des conclusions des travaux de la Commission ne saurait constituer l'objet exclusif de cette recherche. A l'inverse d'une démarche exclusivement positiviste, la fragmentation doit ici s'entendre d'une situation s'inscrivant dans le temps où une matière donnée est susceptible de connaître un bouleversement se traduisant par l'application progressive de deux systèmes juridiques différents. Elle est un phénomène

---

<sup>22</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J., Recueil 2003, p. 161. , par. 41. Ici, les parties sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès.

<sup>23</sup> « Méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique. ». Rapport d'étude de la Commission du Droit international, *Op. Cit.* n°21, point 2.5.

<sup>24</sup> Selon l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lorsque toutes les parties à un traité sont également parties à un traité antérieur sur le même sujet, et que ce dernier n'a pas pris fin ou que son application n'a pas été suspendue, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, U.N.T.S. 1155, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

<sup>25</sup> *Infra* Partie 2

progressif, aux conséquences difficilement appréhendables, et relève tout autant du droit positif que d'une certaine analyse sociologique du droit. Par ailleurs, la notion n'y gagne-t-elle pas ainsi en profondeur ?

Cet aspect du droit du transport aérien a été quasiment ignoré de la doctrine. Si les organisations internationales ont commencé à s'en soucier, comme on le verra, dès 1994, cette recherche constitue le premier travail de type doctrinal sur le sujet. Néanmoins, l'OACI, l'OMC, et l'International Air Transport Association (IATA) ont commencé à analyser les tenants et aboutissants de l'application potentielle de l'AGCS au transport aérien, et, depuis 1994, les Conférences successives sur la libéralisation du transport aérien, menées sous l'égide de l'OACI, offrent une lumière nouvelle sur ce que pourrait être le futur de la libéralisation. De nombreuses questions se posent alors : Doit-on craindre la fragmentation du droit du transport aérien ? Les deux systèmes juridiques sont-ils réconciliables ? Que signifierait, en terme pratique, l'application élargie de l'AGCS ?

Plus que de répondre à certaines questions fondamentales sur l'évolution de la régulation internationale en matière de réglementation du transport international, la recherche permettra de dresser un tableau des difficultés qui se présenteront à l'OACI, à l'OMC, et/ou aux Etats, et qui pourraient aboutir tout autant à l'enrichissement qu'à l'effritement des principes fondamentaux des deux systèmes juridiques distincts. Il s'agira donc d'analyser les différents rapports « inter-systémiques » qui ont commencé, en 1994, à se dessiner, entre le droit de l'OMC, le droit de l'OACI, et la notion de fragmentation du droit international ; rapports qui seront déterminants à l'établissement d'un modèle de libéralisation pour le 21<sup>ème</sup> siècle.

Dans une première partie, il s'agira d'analyser les différences substantielles qui existent entre les systèmes de Chicago et de l'OMC, afin d'évaluer l'impact potentiel ou réel de leur application respective sur le processus de libéralisation du transport aérien. La nature et la signification de la

fragmentation en tant que phénomène néfaste à l'unité du transport international y sont identifiées (Partie 1). Dans un second temps, la mise en place de mécanismes de coordination/transition/règlement des conflits normatifs devront être à même de proposer un remède à la fragmentation du transport aérien (partie 2).

# **PARTIE 1 : UNE FRAGMENTATION ACCENTUEE PAR LA LIBERALISATION**

Il a été souligné que la fragmentation du droit international pouvait faire l'objet de différentes approches distinctes, chacune présentant des réalités complémentaires et offrant différents niveaux de solution. On identifiera ici trois approches majeures qui, tout en permettant une certaine reconnaissance de la fragmentation comme un phénomène notable du droit du transport aérien (et, plus largement, du droit international), lui donnent chacune un sens et une portée particulière.

Au terme de **l'approche conflictuelle**, l'accent est mis sur les risques de contradiction résultant de l'application conjointe de deux régimes distincts. Appliquée au transport aérien, cette approche suppose l'identification des conflits potentiels qui pourraient naître de l'application conjointe du droit de l'OMC et du droit de Chicago. A terme, des mécanismes de conflits de règles peuvent être élaborés. **L'approche concurrentielle** vise à mettre en balance les différents *qualités* et *défauts* des systèmes juridiques applicables au secteur concerné afin d'identifier lequel de ces régimes serait le plus à même d'atteindre un objectif considéré comme *désirable* ; en d'autres termes, la fragmentation du droit du transport aérien constituerait alors une opportunité pour les Etats et les organisations internationales impliqués d'opérer un choix entre le droit de Chicago et le droit de l'OMC, choix dicté par les capacités de ces différents systèmes à procéder à la libéralisation. A l'inverse, **l'approche combinée** se fonde sur le postulat de l'application non exclusive des deux systèmes juridiques dans la recherche de mécanismes de coordination permettant de tirer avantage de l'application conjointe des deux systèmes.

L'analyse ici proposée se doit d'emprunter à ces diverses approches ; l'objectif de libéralisation a souligné les contraintes systémiques du droit de Chicago, conduisant ainsi certains Etats à promouvoir la poursuite de la libéralisation par application du droit de l'OMC, et plus particulièrement de l'AGCS (Titre 1). Pour autant, on peut se demander si les avantages indéniables du droit de l'OMC en la matière justifient l'application exclusive de ce dernier au secteur du transport aérien (Titre 2).

## ***Titre 1 : L'essoufflement du système de Chicago dans la libéralisation du transport aérien***

Le préambule de la Convention de Chicago de 1944 ne fonde pas le dispositif de la Convention sur une quelconque volonté de libéralisation : au contraire s'agit-il de « préserver entre les Nations et les peuples du monde l'amitié et la compréhension » afin d'éliminer toute « menace pour la sécurité générale », de « développer d'une manière sûre et ordonnée » les services de transports aériens internationaux (...) sur la base de l'égalité des chances »<sup>26</sup>. De même, le mandat donné à l'OACI ne correspond-il pas, en sa quasi-totalité, en un mandat économique . Certes, l'article 44 mentionne la prévention du gaspillage économique résultant d'une concurrence déraisonnable<sup>27</sup>, la réponse aux besoins des peuples du monde en matière de transport aérien « économique »<sup>28</sup>, ou encore la « promotion, en général, du développement de l'aéronautique civile internationale sous tous ses aspects »<sup>29</sup>. Pour autant, l'OACI s'est pendant longtemps concentrée sur l'uniformisation et l'harmonisation des standards de sécurité à travers la technique originale des SPR<sup>30</sup>, délaissant ainsi la composante économique de son mandat. Il n'y a rien d'étonnant que, pendant plusieurs décennies, les piliers du système de Chicago aient été utilisés à des fins protectionnistes par les Etats (Chapitre 1).

Le système de Chicago n'est pas pour autant incompatible avec l'évolution du secteur, et les Etats ont su en faire un système évolutif en se fondant sur sa nature hétéroclite. Tout système juridique est susceptible de faire l'objet d'une interprétation évolutive, au fur et à mesure de l'évolution de la

---

<sup>26</sup> Préambule de la Convention de Chicago de 1944 sur l'aviation civile internationale, *Op. Cit.* n° 10.

<sup>27</sup> Article 44 (e)

<sup>28</sup> Paragraphe (d)

<sup>29</sup> Paragraphe (i)

<sup>30</sup> DEMPSEY, *Op. Cit.* n° 1, chapitre 1.

matière qu'il régleme. Bien que limités par des contraintes politiques et juridiques liées aux caractéristiques intrinsèques du système de Chicago, certains Etats sont parvenus à procéder à une certaine libéralisation dans le respect de ses règles (Chapitre 2).

## **Chapitre 1. Le fondement protectionniste du système de Chicago**

En introduction, il a été souligné que l'existence d'un système juridique se déduit de la création d'un ensemble de règles primaires (et/ou secondaire) dont le contenu et l'agencement tend à la réalisation des objectifs visés par les personnes juridiques qui décident de s'y soumettre<sup>31</sup>. Tout système ou ordre juridique aurait ainsi des objectifs vers lesquels ses principes fondateurs seraient tournés ; à ce stade, le système de Chicago n'est pas sans ambiguïté : l'étude de ses éléments fondateurs permet d'en dégager la *signification* première, tout autant que ses capacités à en changer au cours du temps. Avec le concept de libertés de l'air, le système de Chicago réaffirme paradoxalement, et de manière inconditionnelle, le principe de souveraineté, cher au droit international (Paragraphe 1). Sur cette base, il semble s'inscrire en *opposition* à la libéralisation du transport aérien (Paragraphe 2)

### **Paragraphe 1. Les libertés de l'air comme fondement de la négociation internationale des accords de transport aérien**

Dans son acception originelle, le concept de libertés de l'air correspond à l'aspiration de certains Etats de voir la Conférence de Chicago aboutir à l'échange multilatéral des droits de trafic ; néanmoins,

---

<sup>31</sup> Rapport d'étude de la Commission du Droit international, *Op. Cit.* n° 21.

leur multiplication et le caractère minutieux de leur définition (A) en font des outils de libéralisation peu efficaces (B)

### ***A. Les libertés de l'air, clés de voute du système de Chicago***

La notion de liberté de l'air demeure le fondement du système de négociation internationale des accords de transport aérien, reconnue universellement comme telle par les Etats et les diverses organisations internationales<sup>32</sup>.

Le Manuel de réglementation du transport aérien international de l'OACI<sup>33</sup> définit la première liberté comme « Le droit ou privilège accordé par un Etat à un ou plusieurs autres Etats, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, de survoler son territoire sans y atterrir ». La seconde liberté est alors « le droit ou privilège accordé par un Etat à un ou plusieurs autres Etats, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, d'atterrir sur son territoire pour des raisons non commerciale »<sup>34</sup>. A ce stade, il est important de souligner que ces libertés, qui ne sont pas considérées par l'OACI comme des libertés de trafic mais comme des libertés « opérationnelles »<sup>35</sup>, sont en général échangées dans un traité multilatéral quasi-universel, l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux (ATSAI), de 1994. Ce statut particulier semble confirmé par la Convention de Chicago

---

<sup>32</sup> L'OACI a consacré des définitions officielles pour chacune de ces libertés, définitions auxquelles il est fait régulièrement référence à l'occasion des travaux menés au sein de l'OACI ou d'autres organisations. OMC, Conseil du commerce des services, *Evolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusion du Cycle d'Uruguay*, cinquième partie, *addendum. 3, S/C/W/163/Add. 3* (2001).

<sup>33</sup> OACI, *Manual of the Regulation of International Air Transport*, Doc. 9626 (2004).

<sup>34</sup> *Ibid.* p.. 4. 1-8.

<sup>35</sup> Absence de trafic commercial, voir ci-après.

elle-même, lorsqu'elle consacre en son article 5, l'existence des droits de première et deuxième libertés aux vols non réguliers<sup>36</sup>.

Par opposition, les libertés suivantes ne sont pas échangées par un accord à portée universelle : la Convention de Chicago ne les mentionne pas<sup>37</sup>, et les définitions élaborées par l'OACI ne prévoient pas l'échange de ces libertés entre « un ou plusieurs Etats ». Ainsi, la troisième liberté est « le droit ou privilège accordé par un Etat à un autre Etat, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, de débarquer, dans le territoire du premier Etat, du trafic en provenance de l'Etat dont le transport a la nationalité ». La quatrième, parfaite réciproque de la troisième est constituée par « le droit ou le privilège accordé par un Etat à un autre d'embarquer, sur son territoire, les passagers et marchandises à destination de l'Etat dont l'aéronef possède la nationalité ». <sup>38</sup>

La cinquième liberté est définie comme « le droit au privilège accordé par un Etat à un autre Etat, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, de débarquer de d'embarquer, dans le territoire du premier Etat, du trafic en provenance ou à destination d'un Etat tiers »<sup>39</sup>.

La Conférence de Chicago n'ayant défini que cinq libertés de l'air, les droits au-delà sont traditionnellement qualifiés de droits « dits » de *x-ième* liberté. Il s'agit respectivement du « droit ou privilège, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, de transporter, en passant par l'Etat dont le transporteur a la nationalité, du trafic entre deux autres Etats »<sup>40</sup>, du « droit ou privilège accordé par un Etat à un autre (...) de transporter du trafic entre le territoire de l'Etat qui accorde ce

---

<sup>36</sup> Convention de Chicago, *Op. Cit.* n° 21, article 5. L'article 15 précise par ailleurs : « Aucun Etat contractant ne doit imposer de droits, taxes ou autres redevances uniquement pour le droit de transit, d'entrée ou de sortie de son territoire de tout aéronefs d'un Etat contractant, ou de personnes ou biens se trouvant a bord ».

<sup>37</sup> Les rédacteurs de la Convention avaient cependant envisagé un système multilatéral d'échange de ces droits, et l'Accord relative au transport aérien international incluait les droits des troisième à septième libertés. *Ibid.* p. 4. 1-12 et 4. 1-13. Cet accord ne fut cependant ratifié que par 19 Etats, huit d'entre eux s'étant retirés par la suite.

<sup>38</sup> Voir OACI, *Manual of the Regulation of International Air Transport*, Doc. 9626 (2004). *Op. Cit.* n° 33, p. 4. 1-12.

<sup>39</sup> *Ibid*

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 4 1-13.

droit ou privilège et un troisième Etat quelconque sans obligation d'inclure dans cette opération un point du territoire de l'Etat bénéficiaire... »<sup>41</sup> ; le cabotage consécutif, c'est-à-dire le « droit ou privilège (...) de transporter du trafic de cabotage entre deux points situés à l'intérieur du territoire de l'Etat qui accorde le droit ou privilège au moyen d'un service qui commence ou se termine dans le territoire de l'Etat dont le transporteur étranger a la nationalité, ou à l'extérieur du territoire de l'Etat qui accorde ce privilège »<sup>42</sup> ; pour finir, la liberté dite « neuvième liberté », ou cabotage autonome, est « le droit ou privilège de transporter du trafic de cabotage de l'Etat qui accorde ce droit ou privilège au moyen d'un service effectué entièrement à l'intérieur du territoire dudit Etat. ». De fait, l'échange des 7ième, 8ième et 9ième libertés est peu répandu dans les accords bilatéraux traditionnels.<sup>43</sup>

La consécration de libertés de l'air par le système de Chicago, et la réaffirmation de l'entière et exclusive souveraineté des Etats membres sur leur espace aérien par la Convention de Chicago<sup>44</sup>, pose la question de la véritable portée de ces libertés.

### ***B. Les libertés de l'air comme outil de libéralisation du transport aérien***

« In Chicago, the United States promoted the position that airlines of all nations should have relatively unrestricted operating rights on international routes. In the US view, reliance on commercial air carriers to provide the quantity and quality of transport services demanded by consumers was preferable to economic regulation by government fiat. In pursuit of this policy, US negotiators called for a multilateral granting of all of the so called "five freedoms" of the air, and insisted that the

---

<sup>41</sup> c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire que le service raccorde à un autre service ou prolonge un autre service, à destination ou en provenance de l'Etat dont le transporteur a la nationalité » *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 4 1-14.

<sup>43</sup> Point abordé *Infra*

<sup>44</sup> Point abordé *Infra*

determination of capacities, frequencies, and fares should be left to market forces rather than delegated to an international regulatory body»<sup>45</sup>

Comme le remarquait Ki-Gab PARK au sujet de la souveraineté aérienne, « en tant qu'institution définie par l'ordre juridique international, la souveraineté, quant à son contenu, dépend de l'état de développement de cet ordre juridique à un moment donné »<sup>46</sup>. Initialement innovation juridique visant à définir à la baisse le contenu de la souveraineté dans sa composante aérienne, le concept de liberté de l'air doit se lire de paire avec la réaffirmation par l'article 1 de la Convention de Chicago du principe de souveraineté aérienne, ainsi que des principes affirmés aux articles 5 et 6<sup>47</sup>. Il ne s'agit, au demeurant, que d'une réaffirmation du droit coutumier tel qu'énoncé par la Cour Internationale de Justice dans l'*affaire du Nicaragua*<sup>48</sup>, de sorte que la délégation américaine dû faire face aux réticences des autres Nations à une consécration multilatérale des libertés de l'air.<sup>49</sup> Finalement, les libertés de l'air ne semblent-elles pas constituer « l'antithèse » de la liberté? Les définir revient à restreindre l'ouverture de l'espace aérien, « for every newborn freedom of the air is in reality an additional shackle on the right to fly of foreign carriers, to be removed only at a price »<sup>50</sup>.

Le résultat est pour le moins paradoxal : les libertés de l'air, loin de conférer au transport aérien un caractère *sui generis*, lient le droit international aérien aux paradigmes traditionnels du droit international public, façonnant ainsi les piliers juridiques du transport aérien international : tout Etat a le droit absolu et exclusif d'autoriser ou de refuser l'entrée et/ou l'exercice d'autres droits sur son territoire ; le territoire de l'Etat inclut l'espace aérien situé au-dessus de ce territoire, comprenant les terres, les eaux intérieures et territoriales ; à l'image de la navigation, seul le survol de la haute mer

---

<sup>45</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n° 1, p. 23

<sup>46</sup> Park, Ki-Gab, *La protection de la souveraineté aérienne*, (Paris, A. Pedone, 1991), p. 21.

<sup>47</sup> Point abordé *Supra*.

<sup>48</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14. Voir également Park, *Op. Cit.* n° 45, p. 3

<sup>49</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n°1, pp. 27-31.

<sup>50</sup> Chen, Bin, *The Law of international air transport*, (Londre and New York, Stevens and Sons Ltd. And Oceana Publications Inc., 1962). , p. 17.

obéit a un regime de liberté<sup>51</sup> ; les aéronefs sont dotés d'une nationalité, à l'image des navires en droit maritime, les Etats d'immatriculation étant responsables de la bonne conduite de leurs aéronefs.

PARK dégage trois domaines principaux où l'Etat peut arguer de sa souveraineté à des fins de protection de son espace aérien<sup>52</sup> ; à titre marginal, il peut invoquer sa souveraineté pour prevenir la pollution aérienne transfrontalière<sup>53</sup> . Il peut ensuite mettre en œuvre des mesures de protection de l'intégrité territoriale contre la menace ou l'emploi de la force ou contre toute violation des frontières aériennes par des aéronefs étrangers<sup>54</sup> ; ici, on peut affirmer avec Georges Orwell : « We were told once that the aeroplane had abolished frontiers. Actually it is only since the aeroplane became a serious weapon that frontiers have become definitely impassable »<sup>55</sup>. Enfin, la souveraineté intervient comme fondement du système de négociation des droits de trafic, ou le consentement donné de l'Etat dépend de considérations purement mercantiles. Cette dernière conception transparait d'autant plus dans les politiques nationales au fur et a mesure que la valeur commerciale du transport aérien, et donc de l'espace aérien au dessus du territoire de chacun, est importante.

Il revient alors a chaque Etat d'opérer un arbitrage entre ces divers impératifs afin de donner leur plein contenu aux libertés de l'air.

---

<sup>51</sup> *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, U.N.T.S. 1834

<sup>52</sup> Park, *Op. Cit.* n° 46, pp. 21-28

<sup>53</sup> De La Pradelle, P.G., «Les frontière de l'air », (1954) 86 R.C.A.D.I., p. 180.

<sup>54</sup> Lors de la Conférence de Chicago, c'est cette dernière préoccupation qui conduisit les Etats à faire prévaloir la souveraineté sur la liberté en matière de transport aérien.

<sup>55</sup> Orwell, G., « You and the Atomic Bomb », (1945) Oct. 15 Tribune.

## **Paragraphe 2. Le contrôle de l'accès au marché de services aériens par les Etats**

Le paradigme souverainiste du droit aérien a permis aux Etats le contrôle absolu du degré et/ou de rythme de la libéralisation du transport aérien. Cette forte volonté de contrôle se manifeste à deux niveaux des accords : on peut affirmer avec la Chambre de commerce international que « la structure des accords bilatéraux sur les services aériens, qui date des débuts du transport par air, s'est développée après la convention de Chicago de 1944 : elle permet traditionnellement aux Etats de conserver le contrôle de l'accès à leurs marchés des services aériens »<sup>56</sup> (A). Dès lors, il n'y a rien d'étonnant, à ce qu'au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, les Etats aient usé de cette capacité à des fins de protectionnistes (B).

### ***A. La décomposition des libertés de l'air comme dialectique de négociation***

La décomposition des libertés de l'air au sein des accords bilatéraux ou plurilatéraux s'entend de la réglementation distincte, au sein des libertés et par des clauses spécifiques, de la désignation précise des routes sur lesquelles les libertés sont exercées, la nomination des transporteurs habilités à les exploiter, les prix pratiqués sur ces routes, ainsi que la capacité et la fréquence des vols programmés. De nombreux travaux sont consacrés à l'étude de la quantité considérable d'accords bilatéraux et plurilatéraux existant au sein du système de Chicago, qu'il s'agisse d'œuvres doctrinales<sup>57</sup> ou de

---

<sup>56</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation (2003)*, nécessité d'une libéralisation accrue du transport aérien international, Note présentée par la Chambre de commerce international, ATConf/5-WP/35, p. 3.

<sup>57</sup> Chen, *Op. Cit.* n° 50..

recherches menées directement par des organisations internationales<sup>58</sup> : il ne s'agit donc pas ici d'effectuer une telle étude, mais plus simplement de décrire la structure historique des accords d'échange de droits de trafic, élément pertinent à l'interprétation du but et de l'objet du système de Chicago.

Cette structure fut initialement élaborée par l'« Accord standard d'échange de droits de trafic », lui-même élaboré lors de la Conférence de Chicago<sup>59</sup>, puis, à titre principal<sup>60</sup>, par le premier accord des Bermudes conclu entre les États-Unis et le Royaume-Uni en 1946 : la désignation des transporteurs et des routes exploitées y sont prévues à l'article 2<sup>61</sup>, le mécanisme de fixation des prix pratiqués à l'article II de l'annexe : ce dernier deviendra le « prototype »<sup>62</sup> des accords bilatéraux pour les trente prochaines années : « In addition to representing an essential compromise between the world's two leading civil aviation powers, *Bermuda I* reinforced the role of national governments in formulating international civil aviation policy »<sup>63</sup>. Non seulement les États-Unis ont-ils eu recours à des accords semblables avec plus de 75 autres parties, mais un grand nombre de nations tierces se sont également grandement inspirées de ce modèle dans l'élaboration de leurs propres accords<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> Le Recueil de sommaires codes des accords bilatéraux de transport aérien a été préparé en réponse à la Résolution A24-11 de l'Assemblée générale, donnant mission au Conseil de l'OACI "d'établir et de tenir un répertoire des principales dispositions des accords bilatéraux existants". Ce Recueil comprend des explications des principales dispositions des accords bilatéraux et plurilatéraux ; la Partie B concerne les dispositions relatives à l'échange des droits de trafic. Voir OACI, *Digest of Bilateral Air Transport Agreements*, Doc. 9511 (2002).

<sup>59</sup> OACI, *Standard form bilateral air transport agreement*, adopted as part of the final act of the Chicago Conference on international civil aviation, Proceedings of the international civil aviation conference, Chicago, Illinois, 7 décembre 1944.

<sup>60</sup> «The form of Standard Agreement is essentially a structural model ; the Form itself does not determine routes or designate which traffic rights are to be exchanged, leaving these crucial details to be included in annexes to the agreement. Although the so-called Standard Chicago Agreement includes certain substantive provisions of economic importance which would subsequently influence other types of bilateral, it contained no provisions which address the important issues of ratemaking or capacity determination on international routes". Dempsey, *Op. Cit.* n° 1, p. 520.

<sup>61</sup> Articles 2(1) et 2(2)

<sup>62</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n° 1, p. 524.

<sup>63</sup> *Ibid.* pp. 524-525.

<sup>64</sup> *Ibid.* p. 525.

Si le contenu concret des clauses réglementant les différentes composantes des accords ont connus de fortes évolutions au fur et à mesure que les Etats définissent de manière plus libérale leur politique de transport aérien<sup>65</sup>, le *modus operandi* est demeuré identique dans la plus grande partie des accords ; ainsi le modèle d'accord *open skies* établis par le *bureau of economic and business affairs of the US department of state* du 13 avril 2004<sup>66</sup> prévoit des mécanismes de désignation et d'autorisation (Article 2), d'établissement des routes (Annexe I, Section I), ou des clauses relatives aux prix pratiqués sur les dites routes (Article 12).

L'étude de ces composantes respectives est une approche incontournable à la comparaison des différents accords existants, qu'il s'agisse d'études menées par des organisations internationales<sup>67</sup> ou par la doctrine<sup>68</sup>. De fait, au cours de négociations, tout Etat a l'occasion de faire valoir sa souveraineté dans l'établissement de chacune des composantes des libertés de l'air, soulignant une démarche fondée sur la « réciprocité, un équilibre des avantages, (et) la protection de la dimension d'intérêt public et des politiques actives »<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> Les politiques de libéralisation sont abordées *Infra*.

<sup>66</sup> Bureau of Economic and Business Affairs of the US Department of State, *US Current Model Open Skies Agreement* (updated 13 april 2004), online: <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/19514.htm>

<sup>67</sup> Le secrétariat de l'OMC, sans son examen périodique du secteur aérien, procède à l'étude de l'évolution des accords en vigueur en se référant successivement aux règles de désignation, incluant les exigences de nationalité, de tarifs, et de capacités. OMC, Conseil du commerce des services, *Evolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusion du Cycle d'Uruguay*, cinquième partie, *addendum. 3*, S/C/W/163/Add. 3 (2001). pp. 237-247

<sup>68</sup> Le Professeur Paul Dempsey, dans son ouvrage de droit international public aérien, identifie comme clauses majeures de tout accord les clauses touchant aux conditions de désignations de routes et des transporteur, des conditions de nationalités, de cabotage, de détermination des prix, des capacités et fréquences des vols programmés, mais également des clauses relatives à la concurrence et au règlement pacifiques des différends. Voir Dempsey, *Op. Cit.* n° 1, pp. 583-664.

<sup>69</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation* (2003), Libéralisation de l'accès aux marchés, Note présentée par la Fédération Internationales des ouvriers du transport, ATConf/5-WP/74, p. 1.

## **B. Le « précédent » protectionniste**

Le premier accord des Bermudes, conciliation des politiques de transport aérien des parties, prévoit en son article 2 que la désignation des transporteurs internationaux autorisés à desservir les routes prévues revient aux autorités gouvernementales compétentes<sup>70</sup> :

« Each government is authorized to designate a 'carrier or carriers' to operate on those routes identified in the Annex to the agreement, subject to the requirement that the designated carrier(s) of each nation satisfy certain standards imposed by the aeronautical authorities of the other »<sup>71</sup>.

La désignation consiste alors en un dépôt diplomatique officiel par un Etat à un autre du nom du transporteur choisi pour utiliser les droits d'accès au marché reçus par cet Etat en vertu de l'accord. L'accord prévoit la désignation « d'un ou plusieurs transporteurs »<sup>72</sup>, mais un grand nombre de bilatéraux de type *Bermudes* ne prévoient qu'un système de désignation simple<sup>73</sup>.

Le respect des conditions de nationalité des transporteurs désignés<sup>74</sup>, « the most important principle in aeronautical law »<sup>75</sup>, semble être une conséquence directe du principe de réciprocité gouvernant la conclusion des accords de transport aérien. Les sections 5 et 6 des premiers articles de l'accord de transit et l'accord relatif au transport aérien international prévoient le droit pour les parties, « de refuser à une entreprise de transport aérien d'un autre Etat un certificat ou une autorisation, ou de révoquer le certificat ou une autorisation lorsqu'il n'a pas la preuve **qu'une part substantielle de propriété ainsi que le contrôle effectif** de cette entreprise sont détenus par des ressortissants d'un Etat contractant... ». Les critères de propriété substantielle et de contrôle effectif seront repris par l'accord

---

<sup>70</sup> Article 2

<sup>71</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n°1, p. 585.

<sup>72</sup> Article 2.

<sup>73</sup> Seuls les Etats disposant de plus d'un transporteur international, à l'image des Etats-Unis, ont pris l'habitude de prévoir des systèmes de désignations multiples dans leurs bilatéraux. La pratique indique alors que chacune des parties désignera le même nombre de transporteurs.

<sup>74</sup> A ne pas confondre avec la nationalité des aéronefs, réglementée par l'article 17 de la Convention de Chicago.

<sup>75</sup> Cobb Cooper, J., « Background of International public Air Law » (1967) *Yearbook of Air and Space law* 3, p. 31.

des Bermudes en son article 6<sup>76</sup>. L'objectif d'une telle clause est de prévenir le phénomène des drapeaux de complaisance, répandu en droit maritime, mais aussi d'assurer la protection de la sécurité nationale ; au final, il s'agit bien entendu de sauvegarder l'équilibre des concessions aériennes de chacune des parties en empêchant une partie tierce de bénéficier de concessions pour lesquelles elle n'aurait pas apporté de contrepartie.

L'annexe II de l'accord des Bermudes prévoit la fixation initiale des prix par l'IATA (a), sous réserve de l'accord postérieur des deux gouvernements (règle dite de la « double approbation » (b)). Le paragraphe (c) exige un délai minimum de trente jours entre la soumission des tarifs proposés aux autorités gouvernementales des deux parties et l'application effective de ces tarifs, assurant ainsi le droit des parties de refuser une proposition<sup>77</sup>. « Like *Bermuda I*, many bilateral provide that rates are to be determined initially by the carriers involved and that any such fares are subject to the prior approval of both governments »<sup>78</sup>. Cependant, le recours aux techniques de l'IATA en matière de fixation des prix n'est pas, en général, une obligation.

En opposition aux dispositions précédentes, les règles relatives aux conditions de capacités et de fréquences, du paragraphe 3 au paragraphe 6 de l'Acte Final de l'Accord des Bermudes, sont marquées par un certain libéralisme, relativement peu de contraintes étant prévues : la capacité doit conserver un « contact étroit aux exigences du public en matière de transport aérien », et il doit y avoir « une opportunité juste et égale pour les transporteurs des deux nations d'opérer sur les routes désignées ». « Les intérêts des transporteurs de l'autre partie doivent être pris en considération afin de

---

<sup>76</sup> En la matière, l'accord des Bermudes constitue une copie quasi-exacte de l'accord standard, article 4 (a).

<sup>77</sup> Le paragraphe 3 (f) et (g) met en place des procédures auxquelles les parties pourront avoir recours dans la situation où l'approbation d'une des deux parties n'aurait pas été émise dans un délai de trente jours, si la Conférence de l'IATA ne parvient pas à aboutir à un accord, ou si une partie ne renouvelle par son approbation.

<sup>78</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n° 1, p. 618.

pas indument affecter les services fournis par ceux-ci sur toutes ou partie des routes concernées »<sup>79</sup>, l'objectif premier restant la satisfaction de la demande<sup>80</sup>.

## **Chapitre 2. La libéralisation au sein du système de Chicago : une démarche possible mais limitée**

Depuis la conclusion du premier accord des Bermudes, la volonté des Etats de libéraliser le secteur du transport aérien s'est manifestée à travers deux tendances complémentaires mais distinctes : d'une part, le contenu des accords bilatéraux ou plurilatéraux ont évolué vers le libre accès au marché (Paragraphe 1). D'autre part, l'intégration européenne fournit un exemple incontournable de libéralisation entre pays partageant un marché commun (Paragraphe 2)

### **Paragraphe 1. Les accords « ciels ouverts » : le bilatéralisme au service de la libéralisation**

Depuis 1995 , on estime que près de 70% des accords bilatéraux conclus sont des accords de type *open skies*<sup>81</sup>. Fruit d'une évolution entamée au lendemain de la Conférence de Chicago (A), le terme *open skies* vise à définir une certaine catégorie d'accords de transport aérien qui, tout en conservant la structure précédemment étudiée, caractéristique du système de Chicago, introduisent des éléments de libéralisation du marché (B).

---

<sup>79</sup> Traduction personnelle.

<sup>80</sup> Paragraphe 6.

<sup>81</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation* (2003), Initiatives récentes de type libéral ayant une incidence sur l'accès aux marchés, note présentée par le Secrétariat, ATConf/5-WP/21. p. 2

## **A. Le développement des accords open skies : la politique américaine de libéralisation**

On distingue traditionnellement deux générations d'accords dits « accords open skies »<sup>82</sup> : La première, apparue au début des années 1970 sous l'impulsion du Président américain Gerald Ford, reprise par le Président Carter, aboutit à la conclusion d'accords entre les Etats-Unis, les Pays Bas, la Belgique, et Israël<sup>83</sup>. A travers une libéralisation discriminante, l'objectif recherché était de profiter d'accords libéraux ponctuels avec ces pays afin de contraindre les pays voisins, hostiles à la libéralisation<sup>84</sup>, d'assouplir les accords auparavant signés avec les Etats-Unis. Etaient promus l'établissement d'un marché régi par la concurrence, à travers la circulation des capitaux, des personnes et des biens, dans le respect des objectifs de sécurité nationale, de politique étrangère et des impératifs du commerce international.

Cette stratégie « agressive » avait un cependant un prix :

« in August 1983, the Subcommittee on Investigations and Oversight of the House Committee on Public Works and Transportation issued a report which was sharply critical of US implementation of international aviation policy. As to the “open skies” policy, the subcommittee agreed (...) that “we have been giving up routes and schedules of greater economic value than we have been getting”<sup>85</sup>

Un vent de contestation s'est rapidement élevé parmi les compagnies aériennes américaines, qui jugeaient que les accords open skies aboutissaient le plus souvent à l'échange de « *hard rights* » (accès des compagnies étrangères aux aéroports américains) en faveur des compagnies étrangères contre des « *soft rights* » (obligation générale et imprécise de libre détermination des prix et de

---

<sup>82</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n°1, p. 528

<sup>83</sup> Ces accords furent rédigés en forme de protocole ou d'amendement d'accords préexistant, *Ibid.* p. 532. Des accords ont également été signés avec le Costa Rica, la Finlande, la Jordanie, la Jamaïque, la Corée du sud, La Thaïlande, et Singapour.

<sup>84</sup> Grande Bretagne notamment.

<sup>85</sup> *House Report on Improvement Needed in US International Aviation Policy*, Chapter VIII, note 25, at. 14, cite dans Dempsey, Paul Stephen, *International Public Air Law* (Montréal; McGill University Press, 2008). p. 540.

prévention des pratiques anticoncurrentielles)<sup>86</sup>. L'adoption du *International Air Transportation Act*, en 1979, suivi d'une vingtaine d'audiences publiques<sup>87</sup>, conduisit l'administration Reagan à élaborer une politique moins agressive, dont est issue la seconde génération d'accords *open skies*.

La seconde génération d'accord *open skies* se caractérise par la conclusion de multiples accords avec des partenaires choisis de manière indiscriminatoire. Les revenus attribuables au transport international des compagnies américaines ont plus que doublé dans la première partie des années 1980, et la contribution des transports internationaux au revenu global généré par l'industrie aéronautique à augmenté de 20%.<sup>88</sup>. En juin 2002, 85 accords de type ciel ouvert avaient été conclus, leur champ d'application s'étendant à plus de 70 pays, développés ou non. Les Etats-Unis étaient partie aux deux tiers de ces accords<sup>89</sup>. Les Etats-Unis ont ainsi pu développer un modèle standard d'accord *open skies*, qui « reprend la plupart des éléments compris dans les accords types post 1977 », tout en incluant « des révisions de fond ou de formes »<sup>90</sup>

Si l'absence de libellé normalisé limite la comparabilité des divers accords *open skies* en vigueur aujourd'hui, certains d'entre eux ont particulièrement retenu l'attention des organisations internationales et de la doctrine, soit en raison de leur importance économique (variant selon les parties

---

<sup>86</sup> « the US international airlines (...) knew that the real threat would not be from foreign airlines but rather from home, where deregulation was quickly spawning a new generation of highly efficient and aggressive carriers whose international flights, once they were permitted would be fed by huge domestic networks. From the outset, therefore, the incumbent airlines, as they were called, were hostile to the entire enterprise". OACI, *ICAO Global Symposium on Air Transport Liberalization* (Dubai, 2006), Air Transport Liberalization: the US Experience, en ligne : [www.dot.gov/affairs/jeffshane091806.htm](http://www.dot.gov/affairs/jeffshane091806.htm)

<sup>87</sup> La loi de 1979 incitait les négociateurs à évaluer les impacts de la signature d'accord ciel ouvert sur les compagnies nationales. En Aout 1983, un rapport émis par le « *Subcommittee of the House of Representative on the conduct of international aviations négociations* » dénonça la conduite irraisonnable des agences gouvernementales et la signature d'accords économiquement non viables en ce qu'ils accroissaient les effets néfastes de la libéralisation domestique à la sphère internationale. *Ibid.*

<sup>88</sup> US Department of Transportation, *Air Transport Liberalization: Ideal and Ordeal* (2005), en ligne: [http://ostpxweb.ost.dot.gov/S-3/Data/Kotaita%20Lecture%20\(12-8-05\).pdf](http://ostpxweb.ost.dot.gov/S-3/Data/Kotaita%20Lecture%20(12-8-05).pdf), p. 7.

<sup>89</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation* (2003), Etudes de cas de libéralisation, Note présentée par le Secrétariat, ATConf/5/WP/8., p. 2

<sup>90</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Evolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusions du Cycle d'Uruguay*, cinquième partie, addendum, S/C/W/163/Add. 3 (2001), p. 235. L'accord type peut être consulté en ligne: <http://www.state.gov/documents/organization/114970.pdf>

à l'accord), soit en raison de leur caractère spécialement libéral. A ce titre, il est fréquemment fait référence à l'accord plurilatéral passé entre cinq pays de l'APEC (Etats-Unis, Negara, Chili, Nouvelle Zélande, et Singapour.), qui comporte notamment une clause permettant l'adhésion à l'accord par des Etats tiers, et se présente ainsi comme facteur progressif de libéralisation globale<sup>91</sup>.

Le marché unique de l'aviation Australie-Nouvelle Zélande et l'accord ciel ouvert passé entre ces deux pays se caractérisent par leur contenu libéral dans pratiquement tous les domaines de l'accès aux marchés, à l'exception des restrictions imposées sur la propriété étrangère des transporteurs nationaux. On estime que la levée de ces restrictions donneraient naissance à un véritable marché commun de l'aviation<sup>92</sup>.

L'accord *open skies* conclu entre les Etats-Unis et l'Union européenne le 30 avril 2007 vise à l'établissement d'un « ciel commun » au dessus de l'océan Atlantique. En dépit des négociations longues et difficiles, au cours desquelles les Etats-Unis et l'Union Européenne se sont maintes fois opposées sur les questions des clauses de propriété et de cabotage<sup>93</sup>, l'accord représente aujourd'hui une avancée significative dans la libéralisation d'une part quantitativement considérable des transports aériens internationaux.

---

<sup>91</sup> Article 20 (2) : « Any State which is a party to the aviation security convention (...) may accede this Agreement by deposit of an instrument of accession with the Depositary»

<sup>92</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Evolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusions du Cycle d'Uruguay*, cinquième partie, *addendum. 3*, S/C/W/163/Add. 3 (2001). p. 235.

<sup>93</sup> Sur le suivi des négociations, consulter *Air Transport liberalization : Ideal and Ordeal*, *Op. Cit.* n° 87, pp. 9-12.

<sup>93</sup> OMC, S/C/W/163/Add. 3, *Op. Cit.* n° 92, p. 235

## **B. Le contenu des accords *open skies***

Comme souligné plus haut, il n'existe pas un seul modèle d'accord *open skies* auxquels les Etats feraient correspondre chacun des accords signés. «De plus, des expressions semblables peuvent refléter des intentions différentes et prendre des sens différents, des éléments particuliers peuvent être introduits par les parties de diverses façons »<sup>94</sup>.

Le nombre de libertés de l'air échangées varie, un même Etat pouvant décider souverainement, au cas par cas, de l'opportunité d'étendre les possibilités d'exploitation commerciale des transporteurs étrangers. Les accords ciels ouverts se caractérisent néanmoins par l'octroi des cinq premières libertés de l'air sans aucune restriction, pouvant s'étendre jusqu'à la septième liberté pour les services cargo<sup>95</sup>. Les droits de cabotage, cependant, demeurent l'exception<sup>96</sup> : l'accord APEC les exclut explicitement<sup>97</sup>, et l'accord conclu entre les Etats-Unis et l'Union européenne (accord US/UE) réserve aux transporteurs américains la possibilité d'assurer des vols au sein de l'Europe, à condition de ne pas opérer entre deux points à l'intérieur d'un seul Etat membre<sup>98</sup>.

Le Département Des Transports américain (DOT) identifia en 1992 les principales composantes des accords *open skies*, dont les plus importantes sont ici reprises<sup>99</sup>:

---

<sup>94</sup> OMC, S/C/W/163/Add. 3, *Op. Cit.* n° 92, p. 235

<sup>95</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n°1, p. 544.

<sup>96</sup> OMC, C/W/163/Add. 3, *Op. Cit.* n° 92, p. 223.

<sup>97</sup> Articles 2(1)(c)(i) et 2(5).

<sup>98</sup> Voir articles 3(1)(c)(i), 3(1)(c)(ii), 3(6)(a), et 3(6)(b), L'accord permet néanmoins aux transporteurs européens de créer des filiales aux Etats Unis, qui seront alors autorisées à assurer des vols intérieurs si elles remplissent certaines exigences.

<sup>99</sup> US Department of Transportation, *In the matter of defining « open skies »*, DOT order 92-8-3, en ligne: <http://www.dot.gov/new/index.htm>

1. *Toute compagnie aérienne doit pouvoir desservir toutes les routes prévues par les parties à l'accord.*

En écho aux accords de type *Bermudes*, les accords prévoient le droit explicite pour un Etat de rejeter la désignation de l'autre uniquement au motif que la propriété substantielle et le contrôle effectif du transporteur ne sont pas détenus par des ressortissants de l'Etat désignateur. Dans les accords ciels ouverts, le critère de la propriété substantielle et du contrôle effectif tend parfois à être remplacé par les critères de « l'établissement principal » ou de la « communauté d'intérêts »<sup>100</sup>.

2. *Les capacités et fréquences des transports ne sont pas limitées par l'accord.*

La libre détermination des capacités et des fréquences des services offerts par les transporteurs désignés sont respectivement prévues aux articles 3.4 et 11.2 des accords UE/US et APEC.

3. *Flexibilité dans la détermination des prix pratiqués par les transporteurs*

Les accords ont évolué de dispositions tarifaires très détaillées à des dispositions accordant aux transporteurs une grande latitude dans l'établissement de leurs propres tarifs. La règle de la « double approbation » fut tout d'abord remplacée par celle du « pays d'origine », par laquelle le droit d'une partie de suspendre les tarifs pratiqués était limité aux situations où le premier point de la route concernée se situait sur son territoire<sup>101</sup>. La règle de la « double désapprobation » refuse aux parties le droit de désapprouver unilatéralement tout tarif, la suspension étant conditionnée par l'accord des deux parties<sup>102</sup>. Les accords ciel ouverts modernes excluent généralement toute intervention des parties dans la fixation des tarifs pratiqués<sup>103</sup>.

4. *Adoption d'un régime libéral pour les transports cargo et/ou irréguliers*

---

<sup>100</sup> Voir Partie II.

<sup>101</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n°1, p. 537.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Article 12 de l'accord APEC, article 13 de l'accord US/UE.

L'accord APEC accorde indifféremment aux vols réguliers et irréguliers des droits illimités, sur toutes les libertés de l'air, à l'exception des droits de cabotage<sup>104</sup>, ainsi que des droits de septième liberté pour les activités cargo<sup>105</sup>. Ces dernières contraintes justifient l'apparition des phénomènes d'intégration partielle...

## **Paragraphe 2. « L'intégration partielle » à défaut de la libéralisation universelle**

Confrontés à l'hétérogénéité de la société internationale, les Etats désireux d'accélérer la marche vers la libéralisation ont recouru aux diverses techniques « d'intégration partielle » : dans le contexte bien connu, en droit international, du régionalisme, il peut s'agir de procéder à la libéralisation complète et progressive du marché du transport aérien entre Etats partageant des affinités particulières (A) ; les initiatives de libéralisation sectorielle globale se sont également multipliées. Ces dernières démarches reposent sur l'identification de sous-secteurs du marché du transport aérien se prêtant particulièrement à une libéralisation globale, tel que le marché du cargo (B).

### **A. La libéralisation du transport aérien dans la Communauté européenne (CE)**

« La libéralisation du secteur du transport aérien de l'Union Européenne constitue le premier écart notable d'Etats particuliers au cadre réglementaire bilatéral »<sup>106</sup>. Au niveau *intra-européen*, la libéralisation totale du marché s'est faite de façon progressive à travers l'adoption de trois « trains de

---

<sup>104</sup> Définis *Supra*

<sup>105</sup> Voir respectivement les articles 2(1) (c)(i), 2(5), 2(1)(c)(ii).

<sup>106</sup> S/C/W/163/Add. 3, *Op. Cit.* n° 92, p. 236.

mesures »<sup>107</sup>, sous la forme de directives, assurant que la transition à une réglementation quasi-nationale du transport aérien se fasse en douceur, le délai de transition visant à donner aux transporteurs le temps d'adapter leur exploitation à une concurrence accrue, et aux Etats de s'engager dans les réformes adéquates.

Le premier « train de mesure » visait à i) étendre l'applicabilité des articles 85 et 86 de la Convention de Rome<sup>108</sup> à l'ensemble de l'aviation civile, ii) exempter catégoriellement et partiellement les systèmes informatisés de réservation et de services d'escales des règles de la concurrence<sup>109</sup>, iii) renforcer la libéralisation en matière de fixation tarifaire<sup>110</sup>, et iv) réglementer la capacité et l'accès au marché<sup>111</sup>.

Les Etats-Unis multipliant, à partir de 1992, la signature d'accord ciels ouverts avec certains pays membres, L'Union européenne fut contrainte de poursuivre la libéralisation<sup>112</sup> à travers le second « train de mesure » : le règlement du 23 juillet 1992 définit l'accès des transporteurs aux liaisons intracommunautaires et la libéralisation des droits de trafic, tout en réservant la possibilité aux Etats membres d'imposer une obligation de service public à certains services réguliers de/vers des aéroports régionaux ou sur des routes considérées comme vitales pour le développement économique de la

---

<sup>107</sup> Aussi appelé « packages »

<sup>108</sup> *Convention de Rome instituant la Communauté Economique Européenne*, 25 mars 1957, en ligne : <http://mjp.univ-perp.fr/europe/1957rome3.htm>

<sup>109</sup> *Règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens JO L 374 du 31.12.1987, p. 9–11 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)*

<sup>110</sup> *Directive 87/601/CEE du Conseil du 14 décembre 1987 sur les tarifs des services aériens réguliers entre États membres JO L 374 du 31.12.1987, p. 12–18 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)*

<sup>111</sup> *Directives 87/602/CEE du Conseil du 14 décembre 1987 sur la capacité d'accès aux marchés des services aériens réguliers entre États Membres JO L 374 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)*

<sup>112</sup> De manière générale, il apparaît que la libéralisation européenne du transport aérien est largement qualifiée de libéralisation « subie », puisque dictée par la pression américaine. Voir Sénat français, *La politique commune des transports*, rapport du Sénat, en ligne : <http://www.senat.fr/rap/r00-300/r00-3002.html>

région<sup>113</sup>. A compter de l'adoption du troisième train de mesures, en 1993, les droits de cabotage sont accordés dans le cadre de la huitième liberté<sup>114</sup>, pour être généralisés au 1<sup>er</sup> avril 1997. Dans cette mesure, la libéralisation européenne constitue aujourd'hui l'exemple d'ouverture à la concurrence le plus important, la notion de « transporteur communautaire » se substituant aux exigences liées à la propriété substantielle et au contrôle effectif.

Les tarifs aériens sont également libéralisés sur la base de l'interdiction faite aux Etats membres de désapprouver un tarif aérien qui présente un rapport raisonnable avec l'ensemble des coûts supportés par le transporteur.

Les institutions européennes se sont dotées des moyens d'étendre la libéralisation *intra-communautaire* à leurs relations extérieures. Le 5 novembre 2002, la Cour de Justice des Communautés Européennes rend la décision « *open skies* », mettant fin à des luttes de compétences acharnées entre la Commission européenne et les Etats membres<sup>115</sup> : si la Cour rejeta l'argument de la Commission selon lequel cette dernière détenait la compétence *exclusive* et globale dans la négociation des accords bilatéraux, elle affirma cependant l'exclusivité de sa compétence dans les domaines des tarifs sur les routes intra-européennes et les systèmes de réservations informatiques. Dans les accords bilatéraux déjà conclus, l'exigence de la propriété substantielle et du contrôle effectif fut déclarée contraire à l'article 43 du traité de Rome<sup>116</sup>. « The ECJ decision made it clear that no EU Member State

---

<sup>113</sup> Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires JO L 15 du 23.1.1993, p. 33 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)

<sup>114</sup> Cabotage prolongeant ou entamant un service international.

<sup>115</sup> Tout commença en mars 1993 lorsque les Etats membres refusèrent de conférer à la Commission les compétences externes nécessaires à la négociation des accords de transport aérien. Les institutions européennes soulignèrent par la suite le décalage existant entre les accords bilatéraux existant et les réalités du marché unique européen. Après avoir averti les Etats que des négociations individuelles des accords bilatéraux pourraient conduire à des actions en manquement intentées devant la Cour, six Etats furent assignés en 1995 en raison des accords signés avec les Etats Unis. La décision *open skies* de la Cour européenne doit également être lu à la lumière de la volonté conjointe des Etats Unis et de Commission de voir naître un projet d'accord ciel ouvert entre les deux continents. Voir Dempsey, *Op. Cit.* n°1, pp. 566-572.

<sup>116</sup> *Commission v. Republic of Austria*, C-466-98, C 467/98, C-468-98, C472-98, C475-98, C 476-98 [2002] E.C.R

could lawfully enter into a bilateral air transport agreement that included a « substantial ownership and effective control » clause unless access to routes was open to all EU air carriers»<sup>117</sup>.

## B. L'intégration sous-sectorielle : l'exemple du cargo aérien

Les particularités du fret aérien ont été à maintes occasions soulignées pour justifier une libéralisation accélérée dans un contexte multilatéral<sup>118</sup> :

- a) L'importance grandissante que présente le trafic de fret aérien pour l'économie mondiale est largement reconnue.
- b) « De par leur nature, les marchandises sont généralement moins sensibles que les passagers au temps écoulé entre le point d'origine et le point de destination (...). Les marchandises peuvent être acheminées sur des routes différentes et elles peuvent faire de nombreux arrêts...
- c) Le fret aérien tend à utiliser davantage le transport intermodal, en combinant l'avion et d'autres formes de transport. Cela permet aux services de fret d'emprunter des aéroports plus éloignés et moins encombrés qui sont peu attrayants pour les services de passagers. »<sup>119</sup>
- d) « Le trafic de fret s'effectue généralement dans un seul sens (...). Les opérations triangulaires, l'utilisation de plates-formes de correspondance et de fréquents ajustements des routes sont donc nécessaires pour mener des activités de transport de fret commercialement viables »<sup>120</sup>, ce qui suppose l'existence de routes ouvertes, et la totalité des libertés de l'air pour les vols cargo.

Ces particularités justifient, d'une part, que certains Etats prennent unilatéralement des mesures de libéralisation de leurs services tout cargo<sup>121</sup>, mais aussi que certaines organisations

---

<sup>117</sup> Dempsey, *Op. Cit.* n°1, p. 574.

<sup>118</sup> Le fret aérien a fait l'objet, en 2003, de plusieurs travaux allant jusqu'à arguer de la pertinence de l'insertion du sous-secteur dans le champs d'application de l'AGCS ; voir OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Libéralisation des services de fret aérien, Note présentée par les Etats-Unis d'Amérique, ATConf/5-WP/49.

<sup>119</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Libéralisation des services de fret aériens, Note présentée par le Secrétariat, ATConf/5-WP/10. , p. 2

<sup>120</sup> *Libéralisation des services de fret aérien*, OACI, ATConf/5-WP/49, *Op. Cit.* n° 118. p. 2.

<sup>121</sup> On peut citer le cas de l'Inde, qui a ouvert certains aéroports aux services tout cargo de tous les transporteurs sans exiger de réciprocité bilatérale. La difficulté provient alors des transporteurs mixtes, qui transportent à la fois

internationales, dont, à titre principal, l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE), s'intéresse de près aux diverses voies de libéralisation internationale du sous-secteur.

L'OCDE n'a pas compétence pour prendre des décisions finales quant à la libéralisation du fret aérien international, mais elle a néanmoins contribué, à travers diverses études et ateliers, à l'élaboration d'un cadre théorique de libéralisation, en collaboration avec les autorités compétentes des pays intéressés. Le premier atelier, organisé en 1999, a souligné la nécessité « d'une réglementation qui devrait viser à établir un régime qui permette de répondre aux besoins du marché »<sup>122</sup>, alors que le second atelier, en 2000, fut consacré à la libéralisation en tant que telle, en prenant en compte « la nécessité d'établir un équilibre entre les objectifs des pays membres et les intérêts des opérateurs et de leur personnel, des usagers et des autres parties »<sup>123</sup>.

Trois rapports furent publiés et mis à la disposition des pays membres de l'Organisation : le premier, proposant un ensemble de mesures pratiques destinées à favoriser la libéralisation du transport aérien, incorpore un Protocole aux accords aériens libéralisant certains domaines spécifiques du fret ainsi qu'un projet d'Accord multilatéral libéralisant non seulement les domaines spécifiques du fret, mais également les questions aéropolitiques liées au transport de fret. L'article 2 du Projet prévoit diverses possibilités d'échange des droits des neuf libertés, sous la forme « d'options »<sup>124</sup>, le remplacement possible des conditions de propriété substantielle et de contrôle effectif par les critères de « l'établissement principal » et de « détention d'un certificat d'exploitation aérienne délivré par la

---

des passagers et du cargo, et dont certains vols sont par conséquent susceptibles d'obéir à deux régimes juridiques distincts.

<sup>122</sup> OCDE, *Atelier sur la Réforme de la réglementation du fret aérien international* (Paris, 1999), en ligne : [http://www.oecd.org/document/7/0,3343,fr\\_2649\\_33755\\_1801351\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/7/0,3343,fr_2649_33755_1801351_1_1_1_1,00.html)

<sup>123</sup> OCDE, *Deuxième atelier sur la réforme de la réglementation du fret aérien international*, (Paris, 2000), en ligne : [http://www.oecd.org/document/7/0,3343,fr\\_2649\\_33755\\_1801351\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/7/0,3343,fr_2649_33755_1801351_1_1_1_1,00.html)

<sup>124</sup> OCDE, *Principes pour la libéralisation du fret aérien*, Atelier sur la Réforme de la réglementation du fret aérien international (Paris 1999), *Op. Cit.* n° 122, Art.2.

Partie »<sup>125</sup>. Le Projet prévoit également la libre fixation des tarifs par les prestataires de services, y compris en cas de transport intermodal, et certaines dispositions visent à instaurer une concurrence loyale<sup>126</sup>.

Les deux autres rapports constituent des incitations faites aux Etats à libéraliser leur politique de fret aérien sur le plan national et international en édictant des principes directeurs visant à les assister dans cette transition<sup>127</sup>.

L'étude de ces différents modèles de libéralisation et/ou d'intégration, brève compte tenu des restrictions inhérentes à cette recherche, montre à quel point le système de Chicago recelle la flexibilité nécessaire à la libéralisation. De multiples avancées peuvent être réalisées en la matière, aussi longtemps qu'elles ne remettent pas en cause les principes de réciprocité et d'équilibre dans la cession des droits. On perçoit d'ores et déjà qu'une conception rigide des systèmes juridiques dits « auto-suffisants » est souvent responsable d'une exagération des conséquences négatives de la fragmentation du droit international : en réalité, ces systèmes *a priori* opposés, ou incompatibles avec certains objectifs, conservent en eux une forte capacité d'évolution qui pourrait contribuer à leur rapprochement. L'étude du système de l'OMC révèle alors que la fragmentation ne s'exerce de manière caractérisée qu'au niveau des principes *fondateurs* (réciprocité, équilibre dans le cas du système de Chicago) des systèmes autosuffisants.

---

<sup>125</sup> Article 3.1. Les Parties sont cependant libres de préférer les critères traditionnels de propriété substantielle et de contrôle effectif, repris dans la seconde option.

<sup>126</sup> Voir respectivement les articles 6.1 et 11 du Projet.

<sup>127</sup> OECD, *Liberalisation of Air Cargo Transport* (2002), en ligne:

[http://www.oecd.org/findDocument/0,3354,fr\\_2649\\_33755\\_1\\_119666\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/findDocument/0,3354,fr_2649_33755_1_119666_1_1_1,00.html)

## ***Titre 2 : Les promesses du droit de l'OMC en matière de libéralisation du transport aérien***

Les insuffisances du système de Chicago en matière de libéralisation conduiraient logiquement les Etats désireux de poursuivre la libéralisation à se prononcer en faveur de l'application exclusive du droit de l'OMC au secteur du transport aérien. S'inscrivant dans une démarche globale, les accords de l'OMC ont pour objectif de participer à la libéralisation des échanges mondiaux, orientés vers « l'utilisation optimale des ressources mondiales » et « l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales »<sup>128</sup> ; l'AGCS fait siens ces objectifs en matière de service et vise l'expansion du commerce dans des conditions de « transparence » parfaite. De fait, la libéralisation s'inscrit au centre des objectifs poursuivis par l'AGCS et il semble de prime abord étonnant que les Etats aient choisi, en 1994, de soustraire le transport aérien de son champ d'application.

Certes, il y avait dans les motivations des Etats des préoccupations justes et réelles : celles-ci tenaient à la préexistence d'une enceinte historique, spécialisée dans les questions de transport aérien, l'OACI, et aux éventuels conflits qui pourraient naître de l'action conjointe de deux organisations relevant chacune de branches différentes du droit international, ou encore à la complexification d'un secteur déjà sensible aux fluctuations des politiques internationales de chacun. Nonobstant la pertinence de ces positions, force est de constater qu'elles ont bien souvent été défendues par des arguments juridiques révélant une certaine incompréhension du système multilatéral développé par l'OMC, privant ainsi le transport aérien des multiples avantages offerts par l'AGCS (Chapitre 3).

---

<sup>128</sup> Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/final\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm)

Ces prises de positions ont également été faites au détriment d'une analyse juridique poussée de l'AGCS, qui fonde son action sur le principe de la Nation la Plus Favorisée, à l'image des autres accords relevant de l'OMC. Si la question n'était pas de savoir si le droit de l'OMC offrirait des avantages concrets à la libéralisation du transport aérien, il s'agissait d'appréhender son application à un secteur transnational complexe, en envisageant des solutions intermédiaires et/ou provisoires, dans lesquelles le droit de l'OMC interviendrait à l'appui du droit de Chicago (Chapitre 4).

### **Chapitre 3. L'AGCS : un outil puissant de libéralisation du transport aérien**

De multiples arguments ont été soulevés au cours de ces dernières années pour justifier l'exclusion initiale du secteur aérien de l'AGCS, à l'occasion des négociations d'Uruguay. Cette recherche se fonde sur les examens périodiques de l'Annexe sur le transport aérien et les Conférences successives de l'OACI pour, en dépit de l'hétérogénéité des attitudes et des arguments adoptés par les Etats et les organisations internationales, identifier deux tendances principales: tout d'abord, ont été soulignées les spécificités du secteur du transport aérien afin de mettre en exergue son incompatibilité « absolue » avec le droit de l'OMC (Paragraphe 1). La seconde tendance consiste alors en la défense du *statu quo* réglementaire, les gains résultant de l'inclusion du transport aérien dans la discipline de l'AGCS étant minimes, voir inexistantes (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1. L'argument à rejeter : l'incompatibilité du droit de l'OMC avec les objectifs de libéralisation du secteur aérien**

L'élaboration et le maintien d'un régime juridique spécialisé est tributaire de l'existence de traits caractéristiques distinctifs de la matière que l'on cherche à réguler. Doit être maintenue une certaine adéquation entre le régime juridique appliqué et la matière réglementée, cette dernière définissant l'objet et le but du premier. En matière de transport aérien, les détracteurs de l'application du système de l'OMC recourent à une comparaison des objets et buts de ce dernier et des spécificités du secteur aérien pour dénoncer leur inadéquation : d'une part, est mise en exergue la tendance à la libéralisation « sauvage » souvent reprochée à l'OMC par l'opinion publique (A) ; d'autre part, est mise en question la capacité du droit de l'OMC à s'adapter à un secteur marqué par l'existence de ressources limitées (B). Or, ces deux arguments relèvent d'une lecture éronée des accords de l'OMC.

### ***A. L'OMC ne laisserait pas aux Etats le contrôle de la libéralisation***

Les Etats-Unis privilégiant une libéralisation du transport aérien par le biais de la conclusion d'accords de type *ciels ouverts*, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'ils soulignent les mérites d'une libéralisation fondée sur la réciprocité et la progressivité ; à la Conférence internationale de l'OACI de 2003, soulignant « les progrès considérables » accomplis en matière de libéralisation, ils ont affirmé leur attachement au système de Chicago, qui demeure « très efficace dans le renforcement général de la libéralisation... ». Ils ajoutent : « Il est clair que la meilleure façon de réaliser cet objectif est de s'en tenir

au système actuel d'accords sur les services aériens qui permet à chaque Etat de continuer à libéraliser à un **rythme et selon une méthode répondant à ses propres besoins** » (emphase ajoutée)<sup>129</sup>.

Cet argument sera repris maintes fois à l'OMC dans le cadre de l'examen périodique de l'annexe sur les services de transport aérien : « une des raisons principales du succès persistant du système bilatéral, c'est qu'il permet aux gouvernements de gérer le rythme et l'orientation de la libéralisation de l'accès aux marchés. »<sup>130</sup>

Or, il ne résulte pas de la lecture de l'AGCS que les Etats, durent-ils procéder à la libéralisation du transport aérien au moyen des mécanismes de l'OMC, perdraient le contrôle du rythme de la libéralisation. L'AGCS offre aux gouvernements la possibilité de faire des choix fondés sur leur intérêt national ; il permet aux Membres de choisir de prendre des engagements en matière de traitement national et d'accès au marché pour certains secteurs. « C'est également aussi en grande partie un accord de *statut quo*, c'est-à-dire que les Membres acceptent de ne pas imposer de mesures commerciales nouvelles ou plus limitatives dans les secteurs qu'ils inscrivent sur leur liste nationale »<sup>131</sup>. L'article XVI de l'AGCS prévoit le mécanisme selon lequel un Membre, si et seulement si il contracte un engagement en matière d'accès aux marchés en relation avec la fourniture d'un service, s'engage à accorder aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre « un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu (...) dans sa Liste » d'engagements, ainsi qu'à ne pas adopter de limitations qui reviendraient sur l'octroi de ces avantages<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Libéralisation de l'accès au marché, Note présentée par les Etats-Unis d'Amérique, ATConf/5-WP/50, p. 4

<sup>130</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/168 (2000), at. 3

<sup>131</sup> *Ibid.*, at. 6

<sup>132</sup> *Accord Général sur le commerce des services*, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services), Article XVI.1. et XVI.2..

Au surplus, les Membres sont libres de poursuivre leurs divers objectifs à travers l'établissement d'exemptions sur la base du paragraphe 2 de l'article II de l'AGCS. Indépendamment de toute exemption, l'AGCS n'exclut pas le droit des Membres de réglementer des matières qui demeurent exclues de l'AGCS, à l'image de la sécurité et de la moralité<sup>133</sup>.

Finalement, l'inclusion du transport aérien dans le champ d'application de l'AGCS n'obligerait pas les Membres à libéraliser, ni ne signifierait la déréglementation du secteur : l'AGCS *permet* simplement aux Membres de prendre des engagements sur ces services. Pour l'Australie, il s'agit là « d'un avantage par rapport aux solutions de rechange multilatérales ou régionales, souvent présentées comme des accords « tout ou rien ». (En appliquant l'AGCS,) les Membres n'auraient pas à sacrifier leur maîtrise du rythme et de l'orientation de la libéralisation en échange d'un plus grand accès au marché »<sup>134</sup>.

**B. « La libéralisation des droits de trafic entre Etats n'entraîne pas forcément une libéralisation de l'accès au marché » <sup>135</sup>**

La Fédération internationale des ouvriers du transport de poursuivre :

« ...D'autres contraintes entrent en jeu. Les limites des capacités aéroportuaires (...) imposent aux Etats de continuer à mettre en place des mécanismes limitant ou réglementant l'accès aux marchés dans de nombreux cas. »<sup>136</sup>.

Il est donc important de déterminer dans quelle mesure l'AGCS est apte à assurer la libéralisation d'un secteur aux ressources limitées, dans la mesure où la possibilité pour un transporteur

---

<sup>133</sup> Voir Partie II.

<sup>134</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/168 (2000), at. 8

<sup>135</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003) ; Libéralisation de l'accès au marché, Note présentée par la Secrétariat, ATConf/5-WP/8, p. 3.

<sup>136</sup> *Ibid.*

aérien d'exercer les droits d'accès aux marchés qui lui ont été accordés dépend étroitement de l'existence de créneaux<sup>137</sup> aux aéroports pour lesquels cet accès lui a été accordé.

Les conséquences associées à l'existence de ressources limitées dans le secteur du transport aérien sont cependant incertaines ; tout d'abord, plus de libéralisation n'entraîne pas nécessairement plus de difficultés pour les transporteurs à exercer leur droit de trafic. Si les accords multilatéraux avec désignations multiples ont accru le problème des capacités aéroportuaires, « l'attribution de droits de trafic ouverts de pays à pays permet aussi aux transporteur d'utiliser des aéroports moins saturés »<sup>138</sup>. Par ailleurs, la multiplication des accords ciels ouverts par des Etats connaissant des difficultés dans la répartition des créneaux aéroportuaires semble montrer que l'existence de ressources limitées n'est pas un obstacle absolu à la libéralisation<sup>139</sup>.

Il est traditionnellement revenu à l'IATA de coordonner l'attribution des créneaux à l'échelle internationale, à l'occasion de deux Conférences annuelles (en juin et novembre)<sup>140</sup>. Jugeant parfois insatisfaisant le système existant<sup>141</sup>, l'OACI est intervenue à plusieurs reprises afin de promouvoir

---

<sup>137</sup> Définis comme les « heures désignées de décollage ou d'atterrissage d'un aéronef », OACI, ATConf5/5-WP8, *Op. Cit.* n° 134, p. 4.

<sup>138</sup> « Les réservations de capacités et le partage de codes peuvent aussi réduire la nécessité de desservir des aéroports saturés. En outre, les accords libéraux ont dans certains cas accordé des droits de trafic auxquels les compagnies ne s'intéressent pas ou qu'elles ne sont pas en mesure d'exploiter pour le moment », *Ibid.* p. 6.

<sup>139</sup> *Ibid.* Le Secrétariat souligne tout de même : « Néanmoins, la poursuite à long terme de la croissance des services aériens et les difficultés que rencontrent de plus en plus d'aéroports qui cherchent à accroître leur capacité continueront de gêner la libéralisation des services aériens internationaux, voire de la limiter »

<sup>140</sup> Les créneaux sont rendus publics, et toutes les compagnies aériennes internationales, qu'elles exploitent des vols réguliers, à bas coût, non régulier ou de fret, dont l'Etat dont elles ont la nationalité est admissible au titre de membre de l'OACI. Les compagnies doivent être désignées comme transporteur aériens internationaux par leur Etat d'attache. Voir S, Conseil du commerce des services, *Evolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusions du Cycle d'Uruguay*, cinquième partie, *addendum*, S/C/W/163/Add.5, p. 286.

<sup>141</sup> Le système de coordination repose sur les notions de « précédents historiques » et de « droits acquis » : « il s'agit là du droit du transporteur de conserver les créneaux qu'il détenait et qu'il a utilisé au cours de la saison précédente équivalente ». Ce système nuit bien entendu aux nouveaux transporteurs entrants. Certains accord bilatéraux accordent également des priorités à certains compagnies d'une nationalité donnée. L'Union européenne, elle, applique un système inspiré de celui de l'IATA et assorti de nouvelles contraintes : si la Conférence de l'IATA revêt un caractère volontaire, les règles de l'UE sont obligatoires aux aéroports désignés comme étant des aéroports coordonnés. Voir *Règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil, du 18 janvier 1993, fixant des*

l'adoption d'un système d'attribution juste, non discriminatoire et transparent afin de tenir compte des intérêts de toutes les parties en présence<sup>142</sup>. Or, il semble qu'il n'y ait pas incompatibilité entre l'inclusion du transport aérien dans le champ d'application de l'AGCS et l'adoption d'un système international d'attribution des créneaux aéroportuaires viables et répondant aux préoccupations de la communauté internationale.

Le problème des ressources limitées n'est pas spécifique au transport aérien. L'exemple le plus instructif d'inclusion d'un secteur aux ressources limitées dans la mécanique de l'AGCS est celui des télécommunications : l'annexe sur les services de télécommunications prévoit notamment l'obligation, pour chaque Membre, de faire en sorte « que tout fournisseur de services de tout autre Membre se voit accorder l'accès aux réseaux et services publics de transports des télécommunications et l'usage de ces réseaux et services *suivant des modalités et à des conditions raisonnables non discriminatoires* » (emphase ajoutée)<sup>143</sup>. Dans l'enceinte de l'OMC, il a par ailleurs été maintes fois souligné que ces questions, généralement non abordées dans les accords bilatéraux, ont trouvé réponses au sein de l'AGCS<sup>144</sup>.

---

*règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté JO L 14 du 22.1.1993, p. 1-6 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT) visant à « faciliter la concurrence et encourager l'entrée sur le marché aérien de la Communauté, faire en sorte que l'attribution (...) soit fondée sur des règles neutres, transparentes et non discriminatoire ». Voir également S/C/W/163/Add.5, Op. Cit. n° 140, pp. 288-289.*

<sup>142</sup> En 2001, le Secrétariat publie notamment une étude intitulée *Incidences de la réglementation sur l'attribution de créneau de départ et d'arrivée aux aéroports internationaux* (Circulaire 283). La Conférence de 2003 reviendra sur la question. Depuis, l'OACI mène des études régulières sur le sujet. Voir pour exemple l'étude menée à l'occasion de la conférence de 2008 sur l'économie des aéroports et des services de navigation aérienne, OACI, *Conférence sur l'économie des aéroports et des services de navigation aérienne*, Accès à l'infrastructure des aéroports, Note présentée par le Secrétariat, CEAN-WP/21. Elle a publié des lignes directrices destinées à guider les Etats dans l'adoption de procédure d'attribution des créneaux : OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), circulaire 283, ATConf/5.

<sup>143</sup> *Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur les télécommunications, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services), point 5. a). cette obligation générale est suivie d'une série d'obligations spécifiques visant à remplir ces objectifs. Voir points 5 b) à f).

<sup>144</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de la Nouvelle Zélande*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/185 (2000), at. 15.

Il n'existe ainsi pas d'argument s'opposant en soi catégoriquement à l'inclusion du transport aérien dans l'AGCS. Au surplus, ne peut-on affirmer que le secteur du transport aérien partage certaines *affinités* avec celui-ci... ?

## **Paragraphe 2. Le droit de l'OMC constitue un cadre approprié de libéralisation**

Les différences fondamentales qui existent entre le droit de l'OMC et le système de Chicago ne parviennent pas à effacer une certaine convergence de leurs principes dans la poursuite de la libéralisation. On peut se demander si, au-delà d'analogies nombreuses et de l'utilisation d'un langage commun (A), le droit de l'OMC ne constitue pas le prolongement logique du système de Chicago en matière économique (B).

### ***A. La convergence du droit de l'OMC et de la pratique du droit de Chicago***

De multiples études ont été réalisées par le Secrétariat de l'OMC afin de souligner les analogies pouvant être établies entre les accords bilatéraux et multilatéraux aériens et les dispositions de l'AGCS et/ou du GATT. Poursuivant la distinction opérée entre libertés opérationnelles et libertés commerciales<sup>145</sup>, le Secrétariat remarquait au sujet de ces premières : « (les libertés opérationnelles) ne sont pas en général traitées dans des accords bilatéraux, mais plutôt dans un accord multilatéral quasi universel, à savoir l'ATSAI de 1944 de l'OACI. Les dispositions pertinentes sont, pour l'essentiel, similaires à celles de l'article V du GATT »<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Voir à ce sujet la possible insertion des libertés opérationnelles dans le champ d'application de l'AGCS, abordé dans la seconde Partie.

<sup>146</sup> S/C/W/163/Add. 3, *Op. Cit.* n° 92, p. 209.

A l'image de la section 1 de l'ATSAI, qui oblige les Etats contractant à accorder aux services réguliers les droits de traverser leur territoire sans atterrir et d'atterrir pour des raisons non commerciales, l'article V du GATT, sur le transit des marchandises, dispose :

« Il y aura liberté de transit à travers le territoire des parties contractantes pour le trafic en transit à destination ou en provenance du territoire d'autres parties contractantes empruntant les voies les plus commodes pour le transit international. Il ne sera fait aucune distinction fondée sur le pavillon des navires ou bateaux, le lieu d'origine, les points de départ, d'entrée, de sortie ou de destination ou sur des considérations relatives à la propriété des marchandises, des navires, des bateaux ou autres moyens de transport »<sup>147</sup>.

Au-delà du principe, un grand nombre de dispositions portant sur les limites et les modalités de l'exercice des droits de transit de l'ATSAI trouvent leur équivalent dans le GATT ou l'AGCS : il en va ainsi de l'exclusion des droits de la section 1 de l'ATSAI des aéroports utilisés à des fins militaires, des zones où se déroulent des hostilités, qui trouvent leur équivalent dans les articles 1.3 c) et XIV bis de l'AGCS et XXI du GATT<sup>148</sup> ; de même que la possibilité pour les Etats, de désigner des routes à suivre et/ou d'imposer des droits justes et raisonnables pour l'utilisation de aéroports et autres installations<sup>149</sup>, qui trouvent leur équivalent dans les paragraphes 2 à 6 de l'article V du GATT, il est vrai plus libéral<sup>150</sup>.

Certes, une différence notable entre le GATT/AGCS et l'ATSAI demeure : l'ATSAI ne concerne que les services réguliers, par opposition au GATT/AGCS qui englobent dans la

---

<sup>147</sup> Article V-2 du GATT. L'article V-1 définit le « trafic en transit » : « Les marchandises (...) ainsi que les navires et autres moyens de transport seront considérés comme étant en transit à travers le territoire d'une partie contractante, lorsque le passage à travers ce territoire, qu'il s'effectue ou non avec transbordement, entreposage, rupture de charge ou changement de mode de transport, ne constituera qu'une fraction du voyage complet commençant et se terminant au-delà des frontières de la partie contractante sur le territoire de laquelle il a lieu. Dans le présent article, un trafic de cette nature est appelé « trafic en transit ». *General Agreement on Tariffs and Trade*, 30 October 1947, 58 U.N.T.S.

<sup>148</sup> Exceptions concernant la sécurité nationale.

<sup>149</sup> ATSAI, Section 4.1 et 4.2, citée dans Dempsey, *Op. Cit.* n°1, Annexes.

<sup>150</sup> Le langage du GATT comporte en effet quelques variations : le paragraphe 2 de l'article V prévoit que la liberté de transit s'exercera sur « les voies les plus commodes pour le transit international » ; le paragraphe 4 prévoit l'application juste et équitable des règlements et des droits éventuels, qui doivent s'appliquer conformément au principe de la Nation la Plus Favorisée (paragraphes 5 et 6). Pour le Secrétariat de l'OMC, le caractère plus libéral du GATT « peut contribuer à répondre aux contraintes techniques du trafic aérien ». Il souligne par ailleurs que les « corridors du trafic aérien sont *ipso facto* les « voies les plus commodes ». Voir S/C/W/163/Add. 3, *Op. Cit.* n° 92, p. 214.

définition du transit la totalité des modes de transports<sup>151</sup>. La tendance marquée des Etats à accorder aux services irréguliers un régime identique à celui des services réguliers diminue cependant fortement la portée de cette divergence.

Dans les accords bilatéraux portant sur l'octroi de libertés dites commerciales, des nombreuses analogies peuvent également être identifiées, notamment dans deux domaines : tout d'abord, les modalités et les limites d'exercice de leurs pouvoirs réglementaires par les Etats, consacré par l'AGCS permettraient aux Etats et/ou à l'OACI de conserver leurs compétences en la matière<sup>152</sup> : dans le domaine de la sécurité, l'article XIV de l'AGCS prévoit l'adoption par les Membres des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et nécessaires « pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'AGCS, y compris celles qui se rapportent iii) à la sécurité ; en matière d'immigration, de douanes et de mise en quarantaine, des prescriptions analogues aux accords bilatéraux peuvent être trouvées dans l'article VI de l'AGCS<sup>153</sup> ; en matière de prix, les accords ciels ouverts comme l'AGCS n'ont pas pour objectif la réglementation<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> ATSAI, *Op. Cit.* n° 149, section 1.

<sup>152</sup> La Nouvelle Zélande argue en ces domaines d'une possible coexistence des deux systèmes juridiques distincts, réglementant tout deux le secteur aérien. De fait, « un grand nombre de mesures réglementaires du secteur de l'aviation qui relève normalement d'accords bilatéraux sur les services de transports aérien ou de cadres réglementaires nationaux ne seraient pas nécessairement touchées par les disciplines de l'AGCS » OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de la Nouvelle Zélande*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/185 (2000), at. 14.

<sup>153</sup> Les accords aériens prévoient généralement l'applicabilité de certaines lois et règles du pays d'hôte à l'aéronefs, aux passagers ainsi qu'à l'équipage et aux marchandises. L'article VI de l'AGCS précisent que les prescriptions de la réglementation intérieure doivent être fondées sur des critères objectifs et transparents et ne pas être plus rigoureuses que nécessaire.

<sup>154</sup> On notera néanmoins que les articles VIII et IX de l'AGCS sont consacrés aux questions concurrentielles posées par l'existence de monopole, de fournisseurs exclusifs de services et aux pratiques commerciales.

Finalement, des parallèles intéressants peuvent être mis en exergue entre la structure traditionnelle des accords bilatéraux<sup>155</sup> et certaines dispositions de l'AGCS. En matière de désignation et d'autorisation, par exemple, les articles XVI, XVII et XXVII de l'Accord définissent de manière générale la notion de fournisseurs de services auxquels sont octroyés le droit de bénéficier de l'accord dans leur prestation<sup>156</sup>; la notion de principal établissement et de contrôle effectif et sa récente évolution, précédemment évoquée, trouvent un certain écho dans l'AGCS lorsque celui-ci définit les personnes morales d'un Etat Membre, « constituées ou autrement organisées conformément à la législation (...) et qui effectuent d'importantes opérations commerciales »<sup>157</sup>.

Sans établir de correspondance parfaite entre ces diverses dispositions, force est de constater l'existence d'un langage commun aux deux accords, qui tout deux s'appliquent à un/des secteur(s) de services et fixent des objectifs de libéralisation; lorsque les dispositions varient substantiellement, il en ressort le plus souvent des avantages marqués pour le système de l'OMC.

---

<sup>155</sup> Telle qu'abordée en première Partie.

<sup>156</sup> Voir S/C/W/163/Add. 3, *Op. Cit.* n° 92, p. 225.

<sup>157</sup> Les annexes sur les services financiers et les télécommunications y ajoutent certaines spécificités sectorielles. Voir *Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur les services financiers, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services), pt. 1, et annexe sur les télécommunications pt. 3.

## B. Les réponses du droit de l'OMC aux difficultés rencontrées par le système de Chicago

Il ne suffit pas de constater l'existence d'analogies d'une part, et l'absence d'incompatibilité d'autre part, entre le secteur du transport aérien et le droit de l'OMC pour fonder un changement systémique important qui supposerait une transition réglementaire laborieuse.

« (La question est) celle de savoir si le développement de la libéralisation du transport aérien international aurait plus de chances de progresser si on laissait le système existant d'accords spécialisés suivre son cours ou si on intégrait certains, voire tous les éléments du transport aérien dans l'AGCS (...) La question essentielle reste de savoir quelle option permettra le mieux de faciliter la libéralisation du secteur des transports aériens »<sup>158</sup>.

La multiplication des accords plurilatéraux et régionaux peut être interprétée comme un symptôme de l'épuisement du système de Chicago<sup>159</sup>. Loin d'être une solution, « l'accord multilatéral ou régional peut être une voie sans issue pour ce qui est de la libéralisation de l'accès au marché. Lorsque le nombre de membres augmente, il devient à toutes fins utiles impossible d'obtenir le consensus pour amender l'accord, et les obstacles empêchant l'accès au marché qui s'y trouvent encore peuvent y demeurer en permanence. Les pays qui acceptent de devenir membres de ces « clubs » régionaux franchissent peut être une étape importante vers la libéralisation de l'accès au marché, mais il se pourrait bien qu'ils sacrifient leur maîtrise (...) de la libéralisation »<sup>160</sup>, particulièrement pour les Pays en voie de développement (PED).

---

<sup>158</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Etats-Unis*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/198 (2000), at. 5..

<sup>159</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/179 (2000), at. 4.

<sup>160</sup> *Ibid.* at. 5.

Par opposition au formalisme du droit des traités, le droit de l'OMC constitue un cadre dans lequel multilatéralisme et engagement unilatéral sont conciliés afin de faciliter la libéralisation. En incluant le transport aérien dans le droit de l'OMC, les Etats bénéficieraient donc :

*a- De la possibilité de souscrire les engagements de leur choix au titre de l'AGCS.*

Alors que les nouvelles parties aux traités plurilatéraux subissent un « coût d'entrée » élevé lors de leur adhésion, puisqu'ils ne peuvent que difficilement influencer l'élaboration des mécanismes essentiels de l'accord, le droit de l'OMC offre la possibilité aux gouvernements d'opérer des choix sur la base de leur seul intérêt national.

*b- De la possibilité, pour les PED, de prendre activement part à la libéralisation*

La libéralisation progressive dans le cadre de l'AGCS permet de prendre en compte les différents niveaux de développement des Membres. L'accord prévoit la participation croissante des PED, à travers des engagements spécifiques négociés, l'étendue et le niveau des engagements étant liés à la situation de chaque pays<sup>161</sup>.

*c- De bénéficier d'un système normatif complet et sophistiqué*

Face à la multiplication des accords bilatéraux et plurilatéraux, « l'absence de mécanisme satisfaisant de règlement des différends (fait) obstacle à la sécurité juridique que requiert un régime de services aériens »<sup>162</sup>. Par ailleurs, comme l'a souligné le Secrétariat de l'OACI, « les différends deviendront multipartites, faisant souvent intervenir une tierce partie directement ou indirectement concernée ».

---

<sup>161</sup> Article IV. L'article XIX.2 prévoit notamment que le processus de libéralisation respectera les objectifs stratégiques nationaux et tiendra compte du niveau de développement de chacun des Membres, en particulier des pays en développement Membres.

<sup>162</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie, Du Chili et de la Nouvelle Zélande*, Examen de l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, S/C/W/206 (2002), at. 20.

Ainsi, les mécanismes actuels, fondés, pour l'essentiel, sur la consultation et/ou l'arbitrage<sup>163</sup>, ne semblent pas compatibles avec l'aspiration à la libéralisation du secteur. Le mécanisme prévu par l'AGCS s'affranchi des diverses difficultés liées à la forme des traités bilatéraux et/ou multilatéraux, en soumettant les services à la procédure de règlement des différends de l'OMC<sup>164</sup>.

A ce stade, les deux systèmes juridiques de Chicago et de l'OMC ne présentent que des différences qu'on ne saurait qualifier de fondamentales ; cette convergence rend *a priori* possible l'application d'un certain « principe d'harmonisation » tel que l'entend la CDI. Il en va tout autrement lorsque l'on compare les principes fondateurs des deux systèmes.

*d- Le cas du principe de la Nation la Plus Favorisée (NPF)*

L'application du traitement de la Nation la Plus favorisée constitue-t-elle un avantage du droit de l'OMC en terme de libéralisation du transport aérien ? Situé au fondement des principes de l'OMC, le principe de la NPF a fait l'objet de multiples débats dans son application au secteur du transport aérien...

## **Chapitre 4. Le traitement de la NPF et le transport aérien : vers la coexistence du droit de l'OMC et du droit de Chicago dans la réglementation du secteur du transport aérien**

Le traitement de la NPF ne saurait être appréhendé comme une simple caractéristique du droit de l'OMC qui pourrait contribuer à la libéralisation du transport aérien. En raison de sa nature et de sa

---

<sup>163</sup> En réalité, la plupart des différends se règlent de manière informelle par des consultations entre les parties, souvent après de long délais. « L'arbitrage est rare, surtout à cause de son coût et de sa durée. Il est donc jugé peu approprié pour régler les différends qui exigent un correctif rapide comme ceux qui concernent des pratiques concurrentielles déloyales, en matière de capacité et de tarifs par exemple ». OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation*, Amélioration du règlement des différends dans un environnement libéralisés, Note présentée par le Secrétariat, ATConf/5-WP/15, p. 3.

<sup>164</sup> Article XXIII de l'AGCS.

portée, il constitue un axe d'analyse à part entière. D'une part, le principe est un principe « changeant » selon les secteurs auxquels il s'applique, posant la question de son impact réel sur la libéralisation du secteur spécifique qu'est le transport aérien (Paragraphe 1). Passés ces stades d'analyse générale : Fondement du droit du commerce international, échappant *a priori* à toute harmonisation, son application au transport aérien laisse cependant apercevoir certaines possibilités de *coordination* des deux systèmes entre eux (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Une portée variable au gré de la volonté des Etats**

Le secteur des transports aériens constitue une « anomalie »<sup>165</sup> dans le cadre de l'AGCS : il s'agit du seul secteur de services assujéti à des exclusions sectorielles particulières de l'AGCS, dont le principe fondateur est le traitement de la NPF (A). En dépit de ce statut d'exception, les Etats demeurent néanmoins hostiles à son application au transport aérien (B).

#### ***A. Un principe fondamental du commerce international***

Les discussions relatives à l'application du principe de la NPF au transport aérien ont un caractère confus : considéré tantôt comme une « question résiduelle »<sup>166</sup>, tantôt comme la différence fondamentale entre le système de l'OMC et le système de Chicago, il apparaît difficile de positionner le principe de la NPF dans les positions respectives des différents Etats.

---

<sup>165</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la deuxième session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien* (2000), Note du Secrétariat, S/C/M/50, at. 84.

<sup>166</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de la Nouvelle Zélande*, Examen de l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, S/C/W/185, at. 18.

Pierre angulaire des accords OMC par laquelle les Etats Membres s'engagent à ne pas, en principe, établir de discrimination entre leurs partenaires commerciaux, le principe de la NPF est énoncé à l'article premier du GATT, et à l'article 2 de l'AGCS en ces termes :

« En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera *immédiatement et sans condition* 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 »<sup>167</sup>

Les Etats reconnaissent sans peine que l'application de ce principe constituerait un véritable changement de paradigme pour la libéralisation du transport aérien<sup>168</sup>. En appliquant le principe de la NPF, les Etats seraient conduits à ouvrir leur marché sur une base unilatérale ; de plus, certaines pratiques aujourd'hui largement répandues et visant à atténuer les contraintes liées aux clauses de propriété et de contrôle<sup>169</sup>, verraient leur utilité remise en cause, modifiant ainsi du tout au tout la structure du marché du transport aérien.

Reste que le principe de la NPF ne doit jamais être lu de manière absolue : son application n'élimine pas définitivement toute attention donnée aux caractéristiques individuelles des partenaires commerciaux ; en effet, par exception, les Etats Membres peuvent conclure un accord de libre échange s'appliquant uniquement aux marchandises échangées à l'intérieur du groupe, établissant ainsi une discrimination à l'encontre des marchandises provenant d'Etats tiers. En l'absence d'accord dérogatoire, l'inclusion du transport aérien dans le champ d'application du GATS ne supprimerait pas

---

<sup>167</sup> Le principe est également défini à l'article 4 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Les libellés des définitions comportent quelques variations d'un accord à l'autre, sans qu'il soit entraîné de conséquences importantes dans leur application. Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), 14 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#TRIPs](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#TRIPs)

<sup>168</sup> De fait, pour le Secrétariat de l'OMC « La question du traitement NPF est au cœur de l'exclusion des droits essentiels » de l'AGCS en matière de transport aérien. OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la première session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien* (2000), Note du Secrétariat, S/C/M/49, at. 61.

<sup>169</sup> Point abordé en seconde Partie.

cette possibilité donnée aux Etats<sup>170</sup>. Outre les dispositions prévoyant la participation croissante des pays en voie de développement<sup>171</sup>, l'AGCS atténue d'autant plus les effets du principe de la NPF qu'il octroie aux Etats le droit de souscrire des exceptions au titre de l'article II.2 et de l'annexe sur les exemptions des obligations<sup>172</sup>. Finalement, il est utile de rappeler que de nombreux secteurs réglementés par les pouvoirs publics ou par des ententes intergouvernementales, comme la sécurité, échapperaient à la discipline de l'AGCS<sup>173</sup>.

En ce sens, il semble légitime de se demander si l'application du principe de la NPF contribuerait plus à la libéralisation que le maintien du secteur du transport aérien en dehors du cadre de l'OMC : simple « concours de beauté »<sup>174</sup> entre le système bilatéral et le système de l'OMC pour certains, « consolidation »<sup>175</sup> des engagements souscrits pour d'autres, la portée réelle du principe de la NPF demeurerait tributaire de la volonté des Etats...

### ***B. Les conséquences de l'inclusion du transport aérien à l'AGCS sur les exemptions adoptées par les Etats au titre du paragraphe 2 de l'article II***

En gardant à l'esprit que l'inclusion des transport aériens dans le champ d'application de l'AGCS ne résulterait qu'en la possibilité, pour les Membres, de souscrire des engagements dans ce secteur sur

---

<sup>170</sup> AGCS, Article V : « 1. Le présent accord n'empêchera aucun des Membres d'être partie ou de participer à un accord libéralisant le commerce des services entre deux parties audit accord ou plus, à condition que cet accord :

- a) Couvre un nombre substantiel de secteurs, et
- b) Prévoit l'absence ou l'élimination pour l'essentiel de toute discrimination, au sens de l'article XVII, entre deux parties ou plus, dans les secteurs visés à l'alinéa a)... ».

A l'image du GATT, dont l'application n'est pas incompatible avec les principes de la communauté européenne, le ciel unique européen ne serait pas affecté par l'application du principe de la NPF issu du GATS.

<sup>171</sup> Article IV de l'AGCS.

<sup>172</sup> Point abordé dans la Partie II

<sup>173</sup> Point abordé dans la Partie II.

<sup>174</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la troisième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les service de transport* (2001), Note du Secrétariat, S/C/M/57, at. 12

<sup>175</sup> *Ibid.*

la base de la partie III de l'Accord<sup>176</sup>, les Etats pourraient encore conserver la possibilité de prévoir des exemptions à leurs propres engagements.

A l'occasion de l'examen périodique de l'annexe sur les transports aériens, il a été souligné :

« La (...) question porte sur l'incidence (de l'inclusion du transport aérien dans la discipline du GATS) sur les actuelles exemptions des obligations NPF et sur la possibilité d'inscrire de nouvelles exemptions des obligations NPF sur la base d'une liste élargie de services »<sup>177</sup>

En d'autres termes, à considérer l'inclusion du transport aérien dans le GATS, les Membres manifesteraient la volonté de recourir massivement aux exemptions du traitement NPF, à travers deux voies distinctes :

a) *Au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord (ou de sa modification, le cas échéant)*

Au moment de la conclusion du GATS : l'article II.2 du GATS et l'annexe sur les exemptions, mentionnés précédemment, qui définit « les conditions dans lesquelles un Membre, au moment de l'entrée en vigueur de (L'AGCS), est exempté de ses obligations au titre du paragraphe 1 de l'article II » (Traitement NPF). Une fois contractées, ces exemptions doivent faire l'objet d'un réexamen périodique par le Conseil du commerce qui i) déterminera si les conditions qui ont rendu l'exemption nécessaire existent encore, et ii) déterminera la date d'un nouveau réexamen éventuel<sup>178</sup>.

A la question de savoir si l'inclusion du transport aérien permettrait aux Etats de prendre de nouvelles exemptions au titre de l'article II.3 du GATS, les avis divergent. Pour le Canada, « lorsque (les Membres) avaient établi des exemptions des obligations NPF à la fin du Cycle D'uruguay, (Ils) l'avaient fait sur la base de ce qu'ils pensaient être le champ d'application de l'accord ». Dès lors, « il appartenait à

---

<sup>176</sup> En la matière, l'inclusion des trois sous secteurs mentionnés dans l'annexe sur le transport aérien demeure d'une portée fortement controversée.

<sup>177</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la deuxième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur le service de transport aérien* (2007), note du Secrétariat, S/C/M/89, at. 115.

<sup>178</sup> *Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur exemptions générales, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services).

chaque Membre de déterminer si l'élargissement hypothétique du champ d'application de l'AGCS exigerait qu'il inscrive ou non de nouvelles exemptions des obligations NPF ». A l'inverse, l'Australie estime : « l'AGCS vise déjà les services (de transport aérien) et (...), par conséquent, la certitude juridique de sa propre offre concernant ces services est suffisante (...). Comme aucun secteur n'était ajouté, il ne pouvait souscrire à l'idée d'un droit automatique à ajouter de nouvelles exemptions des obligations NPF »<sup>179</sup>.

Le Secrétariat de l'OMC ne clarifiera pas la situation, estimant qu'il « appartenait aux Membres de décider s'ils voulaient autoriser l'inscription de nouvelles exemptions des obligations NPF ».<sup>180</sup>

*b) le recourt à de nouvelles exemptions après la date d'entrée en vigueur de l'Accord en cas de circonstances exceptionnelles.*<sup>181</sup>

L'accord de Marrakech instituant l'OMC prévoit qu'en cas de « circonstances exceptionnelles », il pourra être accordée à un Membre une dérogation à une des obligations qui lui sont imposées par l'Accord ou par l'un des Accords commerciaux multilatéraux, à la condition qu'une telle décision soit prise par les trois quarts des Membres ». L'exigence de circonstances exceptionnelles, et leur réexamen annuel par la Conférence Ministériel semblent cependant rendre le recours à ces exemptions difficiles<sup>182</sup>.

En matière de transport aérien, la problématique de la fragmentation semble se concentrer sur l'application du principe de la Nation La Plus Favorisée. Il est intéressant de remarquer que cette fragmentation s'exerce tant sur le contenu positif d'une règle que sur une règle définissant l'évolution des relations des Etats Membres entre eux : les deux systèmes ne diffèrent pas tant par le contenu que

---

<sup>179</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la deuxième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les service de transport aérien* (2007), note du Secrétariat, S/C/M/89, at. 120 et 122..

<sup>180</sup> *Ibid.* at. 126.

<sup>181</sup> Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II, *Op. Cit.* n° 168, paragraphe 2.

<sup>182</sup> *Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/final\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm), Article IX paragraphe 3.

par la direction qu'ils font prendre à leurs Etats Membres *dans le temps*. Lorsque l'on envisage une modification du principe de la NPF, cette double dimension doit toujours être gardée à l'esprit...

## **Paragraphe 2. Le principe de la NPF comme pilier de l'articulation de deux régimes juridiques coexistant**

L'hostilité des Etats à l'application du principe de la NPF ne correspond pas seulement à des aspirations politiques, mais aussi aux difficultés concrètes qui pourraient être entraînées par son application au transport aérien (A). Son analyse révèle les limites d'une conception concurrentielle des deux systèmes juridiques que sont le droit de Chicago et le droit de l'OMC, laissant alors place à la question de l'élaboration de mécanismes de coexistence des deux régimes (B).

### **A. Les apports du traitement de la NPF conditionnel au transport aérien**

Préserver les fondements du système de l'OMC et favoriser l'obtention d'un consensus en faveur de la libéralisation multilatérale du transport international sont les principes directeurs des tentatives d'aménagement du traitement NPF. Face à la nécessité de concilier ces deux objectifs contradictoires, on s'accorde à écarter l'application d'un traitement de NPF *absolu* au profit d'un aménagement *conditionnel* de celui-ci.

A considérer qu'il serait envisageable d'obtenir un consensus en faveur de l'application d'un traitement NPF absolu, la nature *transnationale* du marché du transport aérien aboutirait à un résultat pour le moins discriminatoire ; contrairement à d'autres services qui peuvent être offerts à partir du

territoire d'un pays étranger à des consommateurs d'un marché intérieur, les services internationaux de transport aérien sont offerts sur un marché où les consommateurs et les marchandises proviennent d'au moins deux pays, entre lesquels ils se déplacent. Dès lors, dans une situation où un pays A et B seraient liés par un accord bilatéral de type libéral, et A et C par un accord plus restrictif, l'application du principe NPF conduirait A à appliquer des conditions libérales sur le marché de transport entre son territoire et le territoire de C. Le résultat serait pour le moins contradictoire : les passagers et/ou marchandises voyageant de A vers C se verraient appliquer un traitement libéral, alors que le pays C pourrait continuer à appliquer des conditions restrictives aux passagers et/ou marchandises de C vers A, sur le fondement de l'accord bilatéral restrictif<sup>183</sup>. Cette situation paradoxale, qui fait correspondre *in fine* à un principe juridique de non discrimination une discrimination de fait, résulte de la coexistence, en l'absence de rapport hiérarchisé, des systèmes de l'OMC et de Chicago<sup>184</sup>.

A l'inverse, l'application d'un principe de NPF conditionnel a parfois été promu dans les négociations internationales :

« D'aucun ont avancé que l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, si sa portée était élargie, devrait reconnaître la légitimité de la réciprocité spécifique à un secteur comme elle s'applique dans le système bilatéral. Certains Membres ont proposé d'utiliser le traitement NPF conditionnel »<sup>185</sup>

En application de ce traitement, lorsqu'un pays A accorde un privilège à un pays B, le pays A est dans l'obligation d'accorder à C le même traitement qu'à B *seulement et seulement si* C a consenti à A des avantages réciproques<sup>186</sup>. Deux objections peuvent cependant être formulées : le *retour*<sup>187</sup> de la

---

<sup>183</sup> Qui constitue le moyen par lequel le meilleur traitement à appliquer de manière non discriminatoire peut être identifié.

<sup>184</sup> Ce qui accredité l'application d'un principe de la NPF conditionnel au transport aérien.

<sup>185</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/179 (2000), at. 12.

<sup>186</sup> Le traitement de la NPF conditionnelle revêt avant tout une dimension historique, ayant longtemps été utilisé en Europe avant l'entrée en vigueur du GATT. Aujourd'hui, on retrouve ce principe dans certains accords, dont les annexes de l'accord de l'OMC sur les marchés publics signé à Marrakech le 15 avril 1994.

<sup>187</sup> *Ibid.*

conditionnalité pourrait mener à l'érosion du principe NPF dans son application quasi-absolue aux accords de l'OMC ; par ailleurs, il est possible de se demander si le concept d'un traitement NPF conditionnel ne reviendrait simplement pas à l'adoption d'un « bilatéralisme déguisé »<sup>188</sup>.

Force est aujourd'hui de constater l'absence quasi-totale de propositions alternatives efficaces et respectueuses des systèmes juridiques respectifs, qui satisfassent l'ensemble des acteurs du droit international. Peut être a-t-on condamné trop vite un principe de NPF conditionnel, dont les effets et la dynamique seraient pourtant aux antipodes du bilatéralisme, tout en conservant les effets bénéfiques de ce dernier ; en un mot, emprunter à chacun des deux régimes ce qui semble souhaitable, pour délaisser ce qui ne le semble pas. Lors de la conférence de l'OACI de 2003, la Chambre de Commerce International (CCI) soulignait justement :

« Il conviendrait de se rappeler que l'objectif de la NPF est de faire que le meilleur traitement offert par un pays au prestataires de service étrangers soit la norme minimum pour tous les membres de l'OMC. Pour respecter l'objectif de la NPF en ce qui concerne les « hard rights »<sup>189</sup>, le principe doit s'appliquer en tenant compte du moyen par lequel les pays accordent ce meilleur traitement, c'est-à-dire par les accords bilatéraux établissant une régulation économique commun d'un marché transnational. Le principe de la NPF devrait pas conséquent s'appliquer aux conditions les plus favorables qu'un pays est disposé à accorder en matière d'échange égal d'accès à destination et en provenance des marchés transnationaux. En d'autres termes, l'application du principe de la NPF obligerait chaque membre de l'OMC à offrir à tous les autres membres les conditions de son accord bilatéral le plus favorable, sur la base d'une *réciprocité en miroir*. Ainsi, un membre disposé à conclure un accord libéral pourrait pas exemple offrir à tous les autres membres les mêmes conditions en échange des mêmes avantages. Un membre plus restrictif pourrait par contre n'offrir que ces conditions restrictives, en échange des mêmes conditions. Chaque membre devrait identifier dans sa liste d'accès au marché les conditions les plus libérales auxquelles il est prêt, à cette date, à procéder à un échange égal de droit » (emphase ajoutée)<sup>190</sup>

Cette approche, en plus de respecter une certaine réciprocité des rapports interétatiques, favoriserait la non discrimination entre transporteurs, marchandises et consommateurs. A l'inverse du

---

<sup>188</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie, Du Chili et de la Nouvelle Zélande*, Examen de l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, S/C/W/206 (2002), at. 30.

<sup>189</sup> Droits de trafic.

<sup>190</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation*, fret aérien et Organisation Mondiale du Commerce, Note présentée par la Chambre de commerce internationales, ATConf/5-WP/36, p. 5.

modèle bilatéral aujourd'hui dominant, les Etats se verraient offrir la possibilité de conclure des accords bilatéraux sur un pied d'égalité, sur une base réciproque « en miroir ». Si deux pays A et B ont un accord libéral et A et C un accord restrictif, le pays C, dès lors qu'il manifesterait la volonté d'ouvrir son marché de manière identique au pays B, bénéficierait *automatiquement* du droit au même accès libéral vers le pays A. Pour ce dernier, cela signifierait également que lorsque le pays C signe un accord libéral avec un pays tiers, les conditions de cet accord lui seraient immédiatement accessibles, ainsi qu'à tous les autres pays. **Il s'agirait alors d'un véritable mécanisme de libéralisation progressive.**

Il n'existe pas, *a priori* de raison notable d'exclure purement et simplement les droits de trafic de la discipline du GATS, les désaccords entre Etats pouvant être résolus par l'adoption d'une solution mesurée et respectueuse des fondements de la libéralisation du transport aérien. Le choix d'une approche *combinée* au détriment d'une approche *absolue* semble cependant démontrer qu'il existe, entre les deux systèmes juridiques distincts, des interactions dont le droit doit pouvoir se saisir afin d'éviter que l'un nuise à l'accomplissement des objets et buts de l'autre...

## **B. Le transport aérien, un secteur de services inévitablement fragmenté**

De même que le transport aérien est à la fois un service économique primordial à l'économie internationale et un enjeu diplomatique et politique important, le droit de l'OMC et de Chicago ont tout deux une certaine légitimité à s'y appliquer. Peut être n'est-il pas pertinent de se poser la question de savoir lequel des deux devra *in fine* s'appliquer aux rapports interétatiques, de même que la fragmentation du droit international est un phénomène naturel, résultant de l'absence de hiérarchie intégrée des normes dans la société internationale. La fragmentation ne pose pas tant la question du « comment s'en prévenir » que du « comment conserver un corpus cohérent de normes en l'absence de

hiérarchisation ». En d'autres termes, le système fondé sur la réciprocité et le système de la NPF peuvent-ils coexister pour les différents éléments du secteur de l'aviation (absence de conflits « matériels ») ? les deux systèmes peuvent-ils coexister, s'agissant des relations entre différents groupes d'Etats pour les mêmes éléments du secteur de l'aviation (absence de conflits « personnels ») ?

Ces questions, traditionnellement rattachées à la problématique de la fragmentation du droit international, ont une portée tout à fait relative. De manière générale, il doit être souligné que *le secteur du transport aérien, loin de constituer une forteresse isolée, fait d'ores et déjà l'objet d'une intégration à de nombreuses activités liées au transport de marchandises et de passagers comme la distribution, le tourisme, les services postaux et les messageries. Les Communautés européennes de rajouter : « en même temps, les transports aériens même dépendent d'une infrastructure de services efficace, notamment en ce qui a trait aux télécommunications, au commerce électronique, ou aux services financiers »*<sup>191</sup>, chacun de ces secteurs obéissant à des règles propres. La coexistence de divers systèmes juridiques réglementant des activités intégrées ne nuit pas nécessairement au bon fonctionnement du droit.

Par ailleurs, force est de constater que « dans beaucoup de pays, deux systèmes (juridiques) étaient appliqués en parallèle ; l'un est fondé sur la politique aérienne d'un pays (par exemple, les droits de trafic), l'autre sur les règles communes relatives aux services de ce pays, qui s'appliquaient aux services connexes tels que les services de traiteur, d'escale, etc. Une coexistence du système NPF, et du système fondé sur la réciprocité, est possible, y compris dans le même secteur. Il y a ainsi différents

---

<sup>191</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la première session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien* (2000), Note du Secrétariat, S/C/M/49, at. 23.

régimes qui s'appliquent au même service. Le fret, par exemple, est un service beaucoup plus ouvert que le service de transport aérien de passagers »<sup>192</sup>.

Les négociateurs du cycle de l'Uruguay ont très vite compris que le transport aérien était régi par un ensemble complexe de plus de 3 500 accords bilatéraux dont chacun était « un dosage équilibré d'échanges de droits entre Etats effectués *sans discrimination ni distinction* »<sup>193</sup> La réglementation existante paraissait alors dotée de suffisamment de flexibilité pour permettre le développement de services de transport aérien de plus en plus compétitifs. L'application du principe de la NPF a donc logiquement été considérée comme un frein au processus de libéralisation entre Etats de « sensibilités proches »<sup>194</sup>.

De fait, la survenance d'un double régime réglementaire, avec toute sa connotation négative, est le plus souvent perçue comme un obstacle au développement harmonieux du droit. La fragmentation d'un même objet au sein de deux systèmes distincts ne créerait-elle pas plus de chaos que de richesse ? L'unité comme postulat de la théorie juridique ne semble pas pouvoir s'accomoder de la fragmentation. La survenance de conflits de normes entre les deux systèmes doit donc être appréhendée, et des solutions élaborées.

---

<sup>192</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la quatrième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport*, Note du Secrétariat, S/C/M/62 (2002), at. 28. Les Etats-Unis de renchérir : « la délégation des Etats-Unis n'était pas convaincue qu'il s'agissait là de questions nouvelles. Pour (les divers secteurs du transport aérien), les Membres de l'OMC avaient fait face de façon tout à fait adéquate à une combinaison d'approches NPF et non NPF. » *Ibid.*, at. 30.

<sup>193</sup> IATA, Département des Affaires Gouvernementales, Division des Relations Externes, *La libéralisation du transport aérien et l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) : Une analyse de l'association du transport aérien international* (1999), en ligne : [http://wto.org/french/tratop\\_f/serv\\_f/gatsfrench.doc](http://wto.org/french/tratop_f/serv_f/gatsfrench.doc), p. 3

<sup>194</sup> *Ibid.*

S'agit-il pour autant d'exclure toute application large de l'AGCS au transport aérien ? La fragmentation suppose la survenance de conflits éventuels, qui ne doivent cependant pas être un obstacle à l'évolution du droit lorsque celle-ci s'avère *souhaitable* au regard des objectifs poursuivis.

En l'absence de hiérarchie normative entre systèmes juridiques, les Etats et les organisations internationales ont la responsabilité d'élaborer des mécanismes de coordination susceptibles de prévenir les éventuels conflits. L'analyse de ces outils permettrait alors d'appréhender la fragmentation du transport aérien non plus comme un obstacle à son intelligibilité, mais comme un véritable support à sa libéralisation. L'industrie du transport aérien elle-même, auparavant sceptique quant aux bénéfices qui pourraient être tirés de l'application de l'AGCS à leur activité semblent aujourd'hui sembler aujourd'hui plus favorable à cette solution<sup>195</sup>.

Le secteur du transport aérien ne va pas sombrer dans le chaos dont semblent se prémunir certains Etats ou certaines organisations internationales du seul fait de sa soumission potentielle à deux systèmes juridiques aux objectifs *a priori* antagonistes. Au contraire peut-on voir en la fragmentation du secteur la clé de voute du processus souhaité de libéralisation...

---

<sup>195</sup> Finlay, C., Round, D.K., « The 'three pillars of stagnation': challenges for air transport reform", (2006) 5 World Trade Review 251-270, Cambridge University Press, p. 252.

## **PARTIE 2 : UNE FRAGMENTATION AU SERVICE DE LA LIBERALISATION**

Tenant du pluralisme juridique, Santi Romano soutenait que l'ordre juridique n'était pas seulement une entité qui se conduit selon les normes, mais également une entité qui « conduit les normes elles-mêmes »<sup>196</sup>. La notion d'ordre juridique constitue alors une « entité dynamique qui conduit les normes elles-mêmes dans un développement dynamique cohérent »<sup>197</sup>.

Ces paroles, qui face à la fragmentation permettront à la doctrine de dépasser les conceptions *Hartiennes* du normativisme, voient leur portée valorisée lorsqu'on oppose le droit de l'OMC et le droit de Chicago dans leur application au transport aérien. Ne doit-on pas voir, dans l'AGCS, un instrument du « développement dynamique » en faveur de la libéralisation ?

Le compromis élaboré à l'occasion du Round de l'Uruguay a laissé la porte ouverte à un élargissement futur du droit de l'OMC au transport aérien. Certes, en 1994, ni les Etats ni les compagnies aériennes ne désiraient voir un double régime réglementaire s'imposer, et l'OACI paraissait naturellement l'organisation la plus qualifiée pour poursuivre les efforts de libéralisation. La création d'une annexe à l'AGCS sur le transport aérien révèle cependant, en contradiction apparente avec la volonté d'unité exprimée en faveur du droit de Chicago, l'existence de mécanismes plus souples qu'il n'y paraissait alors. S'il faut reconnaître que jusqu'à présent, « l'Annexe a eu une incidence très limitée sur les conditions dans lesquelles (les services de transport aérien) ont été commercialisés »<sup>198</sup>, son potentiel n'a pas été ignoré par les organisations internationales impliquées dans la libéralisation (Titre 3). L'expansion du droit international, et de ses divers régimes juridiques autonomes, doit s'appréhender dans sa globalité, les ensembles normatifs ne constituant pas des compartiments étanches sans aucune possibilité de communication ; l'interaction qui peut en résulter peut tout autant contribuer à la confusion qu'à l'émergence d'une démarche évolutive souhaitable (titre 4).

---

<sup>196</sup> Romano S., « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? » (2006) 11 *Lex Electronica* n° 2, p. 11.

<sup>197</sup> *Ibid.* p. 11.

<sup>198</sup> *La libéralisation du Transport Aérien et l'Accord Général sur le Commerce des Services, Op. Cit. n° 194*, p. 4.

### ***Titre 3 : L'annexe à l'AGCS sur les services de transport aérien comme clé de voute de la libéralisation : un instrument voué à perfectionnement***

Fruit de multiples compromis, l'Annexe sur les services de transport aérien compte parmi les plus courts documents joints au corps de l'AGCS. En guise de préambule il affirme « qu'aucun engagement ou obligation spécifique contracté en vertu du présent accord ne réduira ni n'affectera les obligations découlant pour un membre d'accords bilatéraux ou multilatéraux en vigueur à la date d'entrée en vigueur de l'OMC »<sup>199</sup>. Les Etats ne semblent cependant pas s'être satisfaits d'un document qui se résumerait à la consécration d'un principe de type *lex specialis*, sur le fondement duquel le droit de l'OMC, alors considéré comme droit général, ne trouverait pas à s'appliquer en présence d'un accord relevant du système de Chicago, droit spécial. Au contraire, les participants au Round de l'Uruguay ont entendu faire de l'Annexe un instrument complexe laissant aux Etats la possibilité d'adapter le principe de *lex specialis* aux particularités du transport aérien, et ce non seulement au moment de la signature, mais également au gré des évolutions économiques et réglementaires du secteur.

Instrument original, l'Annexe devait se caractériser par une certaine rigueur dans sa rédaction et dans les mécanismes de contrôle mis en place pour le suivi de son exécution. On perçoit déjà les dangers de dispositions imprécises et trop brèves, qui pourraient faire de la fragmentation du droit du transport aérien une véritable pathologie. Au terme de la lecture de l'Annexe, il est peu probable que les Etats sachent avec précision quels sont les secteurs pour lesquels ils sont libres de prendre des engagements

---

<sup>199</sup> *Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur les services de transport aérien, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services), paragraphe 1.

de type NPF (Chapitre 5). Dans ce contexte, les discussions sectorielles prenant place dans l'enceinte de l'OMC ne se révèlent que peu fructueuses et vouées à l'échec (Chapitre 6).

## **Chapitre 5. Un document obscur objet d'interprétations contradictoires**

L'Annexe ne procède pas à une insertion instantanée du transport aérien dans le régime de l'OMC. Au contraire établit-elle une série de distinctions contraignantes visant à répartir les différents secteurs du transport aérien entre le système de l'OMC d'une part, et le système de Chicago d'autre part (Paragraphe 1). A cette fonction de « répartition » vient s'ajouter une fonction « d'évolution » qui, nonobstant certaines exclusions claires et définitives de certains secteurs, permettrait une inclusion progressive du transport aérien dans la compétence de l'OMC (Paragraphe 2).

A l'image de tout texte contraignant de droit international, l'Annexe est sujette à interprétation, et ce dans ces deux composante de « répartition » et « d'évolution ». Plus un texte est général et succinct, plus la tâche d'interpréter ses dispositions est ardue : au-delà des caractéristiques originales revêtues par l'interprétation en droit international, résultant de l'existence concurrentielle de plusieurs méthodes d'interprétation qui peuvent être utilisées librement par les Etats eux mêmes<sup>200</sup>, l'interprète se doit de prendre garde à ne pas franchir l'étroite ligne qui sépare l'interprétation de la modification, cette dernière étant régie par des règles spécifiques. En effet, à l'image de l'élaboration et de l'application des règles de droit international, l'interprétation revêt un caractère concerté et négocié. Au sein de l'Annexe, il en résulte l'effacement des lignes de démarcations qui existent entre l'interprétation du champ d'application actuel de l'Annexe, son extension éventuelle au titre de sa « fonction d'évolution », et sa pure et simple modification.

---

<sup>200</sup>Amselek, P., Sur, S., *Interprétation et droit* (Bruxelles, Bruylant, 1995).

## **Paragraphe 1. La fonction de répartition de l'Annexe**

Les paragraphes 2 et 3 visent à exclure de la discipline de l'AGCS une partie substantielle des secteurs liés au transport aérien. En dépit de l'apparente clareté de l'Annexe, les difficultés naissent de l'opposition entre un énoncé restrictif imparfait d'une part (A) et la possibilité d'interpréter l'Annexe comme un instrument flexible visant à l'inclusion de l'intégralité des services intervenant en support de l'exploitation des droits de trafic d'autre part (B).

### ***A. Un énoncé imparfait***

A la lecture des paragraphes 2 et 3 de l'annexe sur les transports aériens, une certaine confusion naît : d'une part, le second paragraphe exclue du champ d'application de l'AGCS « les droits de trafic, quelle que soit la façon dont ils ont été accordés »<sup>201</sup> et les « services directement liés à l'exercice des droits de trafic »<sup>202</sup>, laissant ainsi entendre que les services qui ne constitueraient pas des services « directement liés à l'exercice des droits de trafic » seraient susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'AGCS ; d'autre part, l'annexe ne définit pas la notion de « services directement liés » ; tout au plus le paragraphe 3 prévoit-il l'application de l'AGCS à trois secteurs de services comme « exceptions »<sup>203</sup> faites au paragraphe 2, laissant ainsi sous entendre que ces services sont inclus dans la notion de « services directement liés à l'exercice des droits de trafic ».

---

<sup>201</sup> Annexe sur les Services de Transport Aérien, *Op. Cit.* n° 198, para. 2 a)

<sup>202</sup> *Ibid.*, Para. 2 b

<sup>203</sup> « ... *Exception* faite de ce qui est prévu au paragraphe 3 de la présente annexe... » (emphase ajoutée), *Ibid.*

Une interprétation textuelle ne se révèle que de peu d'utilité face à la complexité de la classification mise en place par l'annexe. Dans une première situation possible, i) l'annexe ne viserait qu'à éviter que l'AGCS entre en conflit avec le droit de Chicago, exception faite des trois secteurs visés dans le paragraphe 3<sup>204</sup>. Une seconde interprétation ii) consisterait en l'identification de quatre sous secteurs distincts:

- Les droits de trafic eux mêmes, exclus catégoriquement de l'AGCS.
- Les services directement liés à l'exercice de droits de trafic, obéissant au même régime que les droits de trafic.
- Les services expressément mentionnés par le paragraphe 3 de l'annexe, susceptibles de faire l'objet d'engagement de type NPF par les Membres : les services de réparation et de maintenance des aéronefs, les services de vente ou de commercialisation des services de transport aériens, et les services de systèmes informatisés de réservation (SIR)
- Les services qui ne sont pas énumérés dans le paragraphe 3 de l'annexe mais qui ne sont pas directement liés aux droits de trafic : l'annexe ne renseigne pas quant à la question de savoir si les Membres sont libres de prendre des engagements relatifs au commerce de ces services dès la conclusion de l'AGCS ou s'il doit être fait état d'une interprétation élargie de l'annexe à l'occasion de l'examen périodique du Conseil<sup>205</sup>.

L'examen de la phase d'élaboration de l'annexe reflète l'ambiguïté inhérente aux paragraphes 2 et 3. Pour le Secrétariat de l'OMC,

« L'exclusion des droits de trafic et des services liés aux droits de trafic était essentiellement motivée par la volonté de maintenir le cadre existant des accords bilatéraux. Toutefois, les Membres prônant un

---

<sup>204</sup> Cette interprétation correspond à celle adoptée par les Etats-Unis.

<sup>205</sup> Cette catégorie constituant alors le point de mésentente entre les deux catégories d'Etats.

élargissement de la portée de l'AGCS avaient obtenu de leurs partenaires de négociation une clause d'examen (...). Le secteur des transports aérien était la seule exception sectorielle du GATT. Les seules autres exceptions importantes à l'assujettissement à l'AGCS étant les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental, ce qui pouvait revêtir un intérêt du point de vue (...) de tout service aéronautique gouvernemental si la portée de l'Annexe devait être élargie à un certain point. La rédaction du champ d'application même de l'Annexe était imprécise puisqu'on ne définissait pas les services qui étaient liés aux droits de trafic. Voilà sans doute la raison pour laquelle certains Membres avaient pris des engagements qui allaient au-delà des trois services fondamentalement visés que sont les SIR, la vente et la commercialisation et la maintenance. Autres aspect relatif à la rédaction de l'Annexe, l'assujettissement de ces trois services était présenté en tant qu'exception à l'exclusion des services directement liés aux droits de trafic. »<sup>206</sup>

Finalement, l'Annexe ne contient pas en elle-même les moyens nécessaire à l'atteinte de ses objectifs, laissant aux Etats le devoir d'interpréter sa portée au gré des examen périodiques du paragraphe 5...

### ***B. Les deux axes d'interprétation possibles pour une interprétation flexible du champ d'application de l'Annexe***

Au cours des deux examens périodiques de l'Annexe s'étant jusqu'à présent déroulés, deux axes d'interprétation ont été développés par les Etats ; l'un vise à la création d'une définition de la notion de « services directement liés à l'exercice des droits de trafic », permettant d'inclure dans l'Annexe des services qui n'y sont pourtant pas explicitement mentionnés ; l'autre consiste à exploiter les carences des définitions figurant au paragraphe 6 de l'Annexe pour inclure ou exclure certains sous secteurs dans le champ d'application de l'AGCS.

#### *a- La recherche d'une définition des services directement liés à l'exercice des droits de trafic.*

Les Etats Membres ont fait de multiples propositions quant à l'identification des services qui seraient directement liés à l'exercice de droits de trafic, sans que celles-ci n'aient fait l'objet d'une étude

---

<sup>206</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la première session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien* (2000), Note du Secrétariat, S/C/M/49, at. 59.

poussée ; en l'absence de plus de précisions, certaines apparaissent redondantes, ou trop floues. L'examen des interventions des Etats en la matière éclairent plus quant à la motivation politique des propositions que quant à leur consistance juridique, l'adoption d'un critère large à la définition des services directement liés correspondant à la volonté de voir plus de services soumis à l'AGCS.

**Le critère économique** : Parmi les propositions les plus flexibles, le critère des « services de soutien », ou « activités autonomes » correspondent à une vision évolutive de l'application de l'AGCS. Les Communautés Européennes espèrent ainsi voir l'intégralité du transport aérien, à l'exception des droits de trafics explicitement exclus de l'AGCS, être susceptibles d'engagement NPF au fur et à mesure de leur externalisation par les compagnies aériennes. On peut distinguer un critère organique<sup>207</sup>, au terme duquel c'est l'externalisation qui rendrait un service donné susceptible d'être soumis à l'AGCS, et le critère des « activités autonomes » qui pourrait, lui, se référer à l'indépendance économique, y compris par le biais de filiales autonomes des compagnies aériennes<sup>208</sup>.

L'adoption d'un critère économique présente l'avantage de faire correspondre l'articulation des deux systèmes juridiques à la réalité du marché : les Etats étendant l'application de l'AGCS prennent

---

<sup>207</sup> La position des Communauté Européenne n'est pas tout le temps très clair. Tantôt, elles choisissent de se référer à un critère purement organique : au sujet des services de traiteurs, elles souligneront que « (ils) ont traditionnellement, dans beaucoup de cas, été des activités internes des compagnies aériennes, mais des fournisseurs qui ne sont pas directement dépendants des activités de base des compagnies aériennes ont pris de plus en plus d'expansion et se sont regroupés. L'examen peut révéler s'il existe des cas où des obstacles réglementaires empêchent les services de traiteur de poursuivre leur croissance ». Voir OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Communautés européennes et de leurs Etats Membres*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/168 (2000), at. 21. Tantôt, au contraire, elles semblent affirmer que la soumission de certains services à l'AGCS pourrait résulter de leur simple indépendance économique.

<sup>208</sup> « Les compagnies aériennes se sont en général, au cours des dernières années, soit consacrées à des activités essentielles et se sont départies de bon nombre de filiales qui assuraient les services de soutien, ou encore, ont fait prendre de l'expansion à ces entreprises et les ont transformées en filiales autonomes à part entière, offrant des services partout dans le monde à un large éventail de compagnies aériennes. Il semble donc que les Membres pourraient se demander à propose d'un plus grand nombre de services lesquels pourraient maintenant être considérés indépendamment de l'exercice de droits de trafic, et pourraient confirmer que le paragraphe 3 ne donne pas une liste exhaustive des services visés par les engagements de l'AGCS. D'autres domaines connexes relèvent également de l'AGCS, y compris les services de traiteur et la fourniture d'équipement en crédit-bail ». *Ibid.*, at. 18.

acte de l'évolution du transport aérien, et la gamme de services couverts par l'AGCS visent ainsi à « favoriser le bon fonctionnement du système de transport aérien »<sup>209</sup>. Cependant, le critère économique pourrait poser des problèmes de précisions, étant difficile de dire à un moment « t » lesquels des services ont atteint un degré d'indépendance suffisant pour ne plus être considérés comme « directement liés à l'exercice des droits de trafic ».

A l'occasion du second examen, les Communautés Européennes se sont quelque peu démarquées de leur position précédente : « L'annexe gagnerait certainement à être modifiée afin d'en clarifier le champ d'application possible, ce qu'il convient de faire non pas en distinguant les services selon qu'ils sont liés directement ou non à l'exercice des droits de trafic, mais plutôt en identifiant les services qui sont importants économiquement pour tous les Membres de l'OMC »<sup>210</sup>. Les CE ne précisent pas cependant si par l'idée « d'importance » elles entendent « indépendance », ou si l'importance d'un secteur donné s'analyse en recourant à des critères plus larges. L'adoption d'une position plus claire contribueraient sans aucun doute à l'avancée des débats.

**Le critère de la « détention nécessaire de droits de trafic » :**

« La formulation du paragraphe 2 b) (de l'Annexe) instruit sur les paramètres définissant l'exclusion des services directement liés à l'exercice de droits de trafic- les services en questions doivent être « directement liés » à « l'exercice de droit de trafic ». Cela implique donc que la fourniture de service de ce type **ne peut se faire que si l'on détient les droits de trafics désignés** ». En conséquence, par services directement liés à l'exercice de droit de trafic, on peut entendre les services pour lesquels le fournisseur serait tenu d'exercer ses droits de trafics désignés pour les fournir » (emphase ajoutée)<sup>211</sup>.

Ce critère se distingue du critère économique et/ou organique en ce qu'il n'est plus question d'identifier lesquels des services sont *effectivement fournis de manière économiquement indépendante* à l'exercice de droits de trafic, mais plutôt de rechercher lesquels des services connexes au transport

---

<sup>209</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Communautés européennes et de leur Etats Membres*, Examen de l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, S/C/W/280 (2007), at. 4.

<sup>210</sup> *Ibid.*, at. 50.

<sup>211</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de la Nouvelle Zélande*, Examen de l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, S/C/W/185 (2000), at. 5.

aérien *ne pourraient pas* être fournis par des personnes autres que les détenteurs de droit de trafics. Autrement dit, sont retirés de la catégorie des services directement liés les services économiquement dépendants des compagnies aériennes, mais qui pourraient être fournis par des tiers ne possédant pas de droits de trafic. On pourrait y inclure, au gré de chaque situation, les services d'escale, d'exploitation des aéroports, de contrôle de la circulation aérienne, etc.

Clair et précis, ce critère pourrait cependant se révéler difficile dans son application concrète ; notamment lorsqu'il s'agirait d'identifier des services économiquement dépendants des compagnies aériennes mais qui ne nécessitent pas la détention des droits de trafic. *In fine*, il se pourrait que le critère économique serve d'unique fondement à la répartition des différents services.

#### **Le critère du « domaine réservé » des accords bilatéraux :**

Par analogie au domaine réservé des Etats, à la géométrie variable, au fur et à mesure que l'Etat donne son consentement à ce que le droit international régleme des activités autrefois souveraines, constituerait un service directement lié à l'exercice des droits de trafic tout service que le système de Chicago ne réglementerait pas/plus. Ce critère trouve son fondement dans l'idée selon laquelle les accords bilatéraux viseraient certains services liés parce qu'ils seraient jugés nécessaires à l'exercice de droit de trafic<sup>212</sup>, et trouve sa légitimité dans le préambule de l'Annexe.

Fondée sur l'interprétation textuelle de l'Annexe et sur l'histoire des négociations de l'AGCS, cette proposition américaine<sup>213</sup> présente cependant une certaine ambiguïté : elle rend le paragraphe 2

---

<sup>212</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la deuxième session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien, S/C/M/50 (2000)*, at. 105. Ce critère ne doit pas être confondu cependant avec le critère précédent, pour lequel les services directement liés sont pour lesquelles la détention de droits de trafic et nécessaires à leur fourniture. Par exemple, si les services d'escale sont nécessaires à l'exercice de droit de trafic, la détention de droit de trafic n'est pas nécessaire à la prestation de services d'escale.

<sup>213</sup> « Les rédacteurs de l'Annexe sur les transports aériens ont exclu de l'AGCS les services pour lesquels des droits étaient échangés au titre d'accord bilatéraux ou multilatéraux sur les services de transport aérien. Les obligations générales résultant de l'AGCS ne s'appliquent pas aux services exclus et des engagements spécifiques ne peuvent

b) de l'Annexe dépourvu de toute utilité et vide de sens, puisqu'il serait inutile d'introduire la catégorie des services directement liés dès lors que l'Annexe prévoit que l'AGCS « ne réduira ni n'affectera les obligations découlant pour un Membre d'accords bilatéraux ou multilatéraux »<sup>214</sup>.

Peut-on étendre l'interprétation de l'Annexe jusqu'à y inclure certaines composantes des droits de trafic eux-mêmes ? Quelle que soit la définition des « services directement liés à l'exercice des droits de trafic », l'Annexe s'oppose, en principe, à ce que les droits de trafic soient considérés comme susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'AGCS<sup>215</sup>. En dépit de ce constat, certains Etats ont tenté d'atténuer la portée du paragraphe 2 a) de l'Annexe.

*b- La définition des droits de trafic*

Selon l'annexe, l'expression droits de trafic doit s'entendre « 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 »<sup>216</sup>. Certains Etats ont tenté d'interpréter cette définition de manière large pour en exclure certaines libertés de l'air qui, selon eux, devraient relever du régime de l'AGCS<sup>217</sup>.

La répartition imparfaite des sous secteurs entre secteurs tombant dans le champ d'application de l'AGCS et secteurs demeurant subordonnés aux échanges bilatéraux pourrait être contrebalancée par

---

pas être pris pour ces services ». OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Etats-Unis*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/198 (2001).

<sup>214</sup> Paragraphe 1 de l'Annexe.

<sup>215</sup> Sauf à envisager la modification de l'Annexe.

<sup>216</sup> *Op. Cit.* n°213, para. 6 d).

<sup>217</sup> Point abordé précédemment.

la mise en place d'un mécanisme évolutif, permettant aux Etats de juger périodiquement de l'évolution économique du secteur aérien pour en déduire l'extension et/ou la réduction de l'application de l'AGCS. Tel est l'objet du paragraphe 5 de l'Annexe...

## **Paragraphe 2. La fonction d'évolution du paragraphe 5 de l'Annexe**

Le paragraphe 5 de l'Annexe est le résultat d'un compromis entre les Etats désireux de maintenir le rôle du système de Chicago dans l'échange international des droits de trafic et les Etats désireux de confier la libéralisation du secteur à l'AGCS<sup>218</sup>. Il concède à ces derniers un mécanisme de contrôle périodique dont la portée n'est pas exempte des imperfections générales de l'Annexe : ne sont précisées ni la portée réelle de l'examen (A) ni la compétence du Conseil à étendre, au terme du contrôle, le champ d'application de l'AGCS (B).

### ***A. Un processus purement informatif***

« Le Conseil du commerce des services examinera périodiquement, et au moins tous les cinq ans, l'évolution de la situation dans le secteur des transport aérien et le fonctionnement de la présente annexe en vue d'envisager la possibilité d'appliquer plus largement l'Accord à ce secteur »<sup>219</sup>.

Il serait tentant de voir dans le paragraphe 5 un véritable mécanisme d'expansion de l'Annexe, par lequel le Conseil déciderait de l'expansion de l'Annexe en fonction de l'évolution économique du

---

<sup>218</sup> *Ibid.*

<sup>219</sup> *Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur les services de transport aérien, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services), para. 5.

secteur du transport aérien. Le paragraphe 5 définit ainsi trois phases qui doivent être suivies à l'occasion de chaque examen périodique : l'examen de l'évolution de la situation dans le secteur du transport aérien, le fonctionnement de l'Annexe, et la possibilité d'appliquer plus largement l'Accord<sup>220</sup>. Au cours de cette recherche, deux tendances se sont dégagées de l'analyse des rapports des examens périodiques :

*a- L'examen doit être distinct de la négociation.*

Un certain nombre d'Etats se sont efforcés de distinguer l'examen de l'évolution du secteur et/ou du fonctionnement de l'Annexe de la phase de « négociation », souvent au motif de protéger ainsi les compétences de l'OACI, forum spécialisé dans la négociation en matière de transport aérien<sup>221</sup>. En dépit de la fragilité de cet argument purement historique, la phase de négociation a été progressivement exclue des examens périodiques, les Etats ne parvenant pas à s'entendre sur le contenu précis qu'il fallait lui donner<sup>222</sup>. En d'autres termes, le contrôle périodique s'est vite révélé n'être qu'une réunion d'observation factuelle...

*b- Un examen au caractère purement informatif*

La phase de négociation placée à la périphérie des examens périodiques, l'examen prescrit par le paragraphe 5 ne représente plus qu'une « occasion importante d'échanger des *renseignements* sur l'évolution de la réglementation et de l'économie entre les Membres et les organisations internationales liées au services de transport aérien. »<sup>223</sup>. Pour le Mexique notamment, « L'examen est un processus de

---

<sup>220</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la quatrième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport*, Note du Secrétariat, S/C/M/62 (2002), at. 44.

<sup>221</sup> Pour le Sénégal, « l'examen des transports devait être distinct des négociations en cours comme l'établissait clairement le cadre de référence des négociations relatives à l'examen... Le Sénégal a également attiré l'attention sur le rôle de l'OACI en tant que tribune pour les affaires relatives au secteur du trafic aérien », OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la première session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien* (2000), Note du Secrétariat, S/C/M/49, at. 35.

<sup>222</sup> Ceci explique la longueur des débats au sein de l'OMC lors des différents examens périodiques.

<sup>223</sup> OMC, S/C/M/49, *Op. Cit.* n° 219, at. 39.

caractère informatif, distinct des négociations et sans pouvoir juridique permettant d'interpréter la portée de l'Annexe »<sup>224</sup>

Ces interprétations restrictives du paragraphe 5 ont trouvé leur principal fondement dans les compétences restreintes accordées au Conseil à l'occasion des examens périodiques.

### ***B. Les pouvoirs restreints du Conseil en matière d'interprétation et d'élargissement de l'Annexe***

En droit international, le principe d'*interprétation authentique* désigne les Etats parties comme principaux interprètes de leurs propres engagements. Lorsqu'ils se regroupent au sein d'organisations internationales, il arrive cependant que cette compétence soit accordée à des organes de l'organisation établis par les Etats : ce transfert de compétence, visant à faciliter l'obtention d'un consensus au sein des principales grandes organisations internationales, est consenti par les Etats eux mêmes dans le traité instituant l'organisation internationale. De la même façon, les règles de modification des engagements des Etats sont susceptibles d'être modifiées, et le rôle tenu par les organes de l'organisation est parfois accentué pour éviter des phénomènes de dislocation et de fragmentation des engagements, afin de préserver l'unicité des engagements des Etats Membres<sup>225</sup>.

L'article IX :2 de l'Accord de l'OMC dispose que la Conférence ministérielle et le Conseil général ont le pouvoir *exclusif* d'adopter des interprétations des accords commerciaux multilatéraux. Les interprétations sont adoptées à la majorité des trois quarts. En matière de modification des traités, le paragraphe 5 de l'article X de l'Accord de l'OMC énumère certains « Conseils », parmi lesquels figure le

---

<sup>224</sup> *Ibid*, at. 65.

<sup>225</sup> Voir *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, articles 108 et 109.

Conseil sur le commerce des services, pouvant présenter à la Conférence ministérielle des propositions visant à modifier les dispositions de l'accord commercial multilatéral correspondant. La proposition doit alors demeurer à l'étude pendant 90 jours, après quoi toute décision de la Conférence de présenter la modification devrait être prise par consensus.

Pour certains Etats, le paragraphe 5 de l'Annexe suggère que le Conseil puisse être compétent à l'élargissement du paragraphe 3, le Conseil pouvant « être habilité à décider de lui-même si la liste présentée au paragraphe 3 de l'Annexe (devrait) être élargie et, le cas échéant, par quelles mesures... Il (semble) étrange de devoir invoquer l'Accord sur l'OMC chaque fois que les Membres (souhaitent) ajouter un autre secteur à la liste des secteurs visés par l'AGCS »<sup>226</sup>

Au terme d'une interprétation juridique plus stricte, « le Conseil du commerce des services réunis aux fins de l'examen n'a pas le pouvoir de tirer des conclusions sur toute interprétation de l'Annexe »<sup>227</sup>, et « l'examen ne peut porter sur l'interprétation de l'Accord, puisqu'il s'agit de questions à négocier »<sup>228</sup> dans le cadre de la Conférence ministérielle.

Le Secrétariat de l'OMC optera pour une solution de compromis, atténuant ainsi la portée potentielle des examens périodiques :

« ... Au moins deux possibilités pouvaient être envisagées. Premièrement, les Membres pouvaient décider de procéder à une interprétation officielle de l'Annexe dans l'intention d'en préciser le champ d'application actuel. Par exemple, ils pouvaient proclamer qu' « après examen, le Conseil est d'avis que les services non directement liés aux droits de trafic et donc visés par l'AGCS comprendraient les suivants... »...

En addition de l'article IX :2 de l'Accord sur l'OMC, il poursuit :

« L'Accord sur l'OMC mentionne que, dans le cas d'une interprétation d'un accord commercial multilatéral visé à l'Annexe 1, comme l'AGCS, (la Conférence ministérielle et le Conseil général) exercent

---

<sup>226</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la deuxième session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien*, S/C/M/50 (2000), at. 78.

<sup>227</sup> *Ibid.*, intervention des Etats-Unis, at. 26.

<sup>228</sup> *Ibid.*, intervention du Brésil, at. 28.

leur pouvoir sur recommandation du Conseil chargé de surveiller le fonctionnement de l'accord en question. Il est donc clairement énoncé que le Conseil du commerce des services fait une recommandation sur l'interprétation qu'adopte le Conseil général, dont la marge de manœuvre pour ne pas adopter une recommandation faite semble très limitée. Ces organismes exercent leur pouvoir d'après une recommandation, ce qui signifie que l'essentiel du travail se fait au Conseil du commerce des services, après quoi l'adoption officielle a lieu au Conseil général... »

Dans ce cas, aucun texte n'indique qu'une majorité des trois quart est nécessaire pour *présenter* la recommandation, « ce qui laisse supposer qu'il faut un consensus au Conseil du commerce des services »<sup>229</sup>

Le deuxième niveau de décision que les Membres peuvent prendre consiste à modifier le champ d'application de l'Accord. L'Annexe stipule actuellement que les droits de trafic et tous les services directement liés à leur exercice sont exclus. Toutefois, si les Membres voulaient changer cette situation en décrétant que certains services directement liés sont maintenant assujettis à l'Accord, cela constituerait une modification de l'Annexe faisant partie de l'AGCS. Elle relèverait donc de l'article X de l'Accord sur l'OMC... »<sup>230</sup>

Les Etats semblent se trouver dans une position délicate à l'occasion des examens périodiques : comment, en effet, déterminer quels secteurs tombent effectivement dans le champs de l'AGCS ? Comment, en l'absence de certitude quant au champ d'application actuel de l'Annexe, discuter de son élargissement ? Quelles suites donner à l'examen périodique ? Ces difficultés ressurgissent d'autant plus alors que les phase d'examen du paragraphe 5 se déroulent selon une approche sectorielle... Le caractère « pathologique » de la fragmentation du droit applicable au transport aérien se trouve ici : non pas dans les normes qui lui sont applicables, mais dans les normes qui définissent elles même l'évolution des normes applicables, dans la méthode plus que dans le fond.

---

<sup>229</sup> *Ibid.* at 92.

<sup>230</sup> *Ibid.*, at. 88-91.

## **Chapitre 6. L'approche sectorielle des examens périodiques : études de cas**

Les développements suivants visent à mettre en exergue les difficultés inhérentes à l'approche sectorielle suivie par les Etats au cours des phases d'examen périodique du paragraphe 5. L'absence de lignes de démarcation claires et précises entre les interprétations/extensions/modifications de l'Annexe rend les discussions des plus confuses, quand bien même il est question de secteurs dont on pouvait penser la situation parfaitement réglée par l'Annexe (Paragraphe 1). Pour de nombreux sous-secteurs à la situation plus ambiguë, les discussions n'ont alors pu qu'aboutir à de multiples impasses (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Les libertés de l'air : une exclusion totale et définitive de l'AGCS ?**

Alors même que le paragraphe 2 de l'Annexe semble exclure de façon catégorique l'inclusion des libertés de l'air du champ d'application de l'AGCS, certains Etats ont cherché à donner une dimension particulière à certaines d'entre elles afin de souligner leur appartenance naturelle aux domaines réglementés par l'OMC.

Tout d'abord, s'il ne fait aucun doute que les libertés commerciales de l'air sont bien exclues de l'AGCS, les analogies qui peuvent être dressées entre les libertés opérationnelles de l'air et les mécanismes du droit de l'OMC<sup>231</sup>, rendent la situation des première et seconde libertés plus équivoque :

« Pour exploiter facilement leurs droits de trafic internationaux, les transporteurs aériens doivent pouvoir traverser l'espace aérien d'autres pays et être sûrs qu'au besoin il sera possible de faire des escales techniques (...). Dans le cadre de l'examen de l'Annexe, il serait possible d'étudier comment

---

<sup>231</sup> Point abordé précédemment dans la Partie I.

l'AGCS pourrait garantir ces droits- conformément aux principes de l'OACI- à tous les transporteurs de tous les autres Membres de l'OMC. De cette manière, les aéronefs pourraient suivre l'itinéraire le plus efficace entre leur point de départ et leur destination, sous réserve des restrictions nécessaires pour des raisons de sécurité »<sup>232</sup>

Cette inclusion serait supportée, dans la définition des droits de trafic, par l'accent mis sur les libertés commerciales plus que sur les libertés opérationnelles<sup>233</sup>.

D'autres Etats ont tenté une interprétation similaire de la 9<sup>ième</sup> liberté. Pour la Nouvelle Zélande, la 9<sup>ième</sup> liberté ne doit pas être considérée comme une liberté de l'air commerciale, mais une simple opération d'investissement. Ainsi, l'application de l'AGCS aux droits de cabotages permettrait de contourner les règles relatives à la propriété telles que rédigées dans les accords relevant du système de Chicago<sup>234</sup>.

Ces interprétations extensives ne sont cependant pas partagées par tous les Etats Membres :

« Le Canada était cependant quelque peu préoccupé par l'idée que les premières et deuxième libertés pouvaient être couvertes par les discipline de l'AGCS. A son avis, elles étaient des droits de trafic et devaient être et rester en dehors du champ d'application de l'AGCS. Le Canada n'était pas partie à l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux de l'OACI. Il s'en était retiré en 1988 pour des raisons liées à la possibilité de contrôler son vaste espace aérien et d'obtenir des engagements de la part de ses partenaires bilatéraux. Le Canada était disposé à garantir ces droits de survol par le biais d'accords bilatéraux. Lorsque de tels accords n'existaient pas, il avait continué à approuver le survol sur une base de réciprocité (...). Le Canada convenait aussi que les mots « fonctionner » et « transporter » avaient été ajoutés pour inclure les escales techniques et les vols de mise en place ou de convoyage sans transport de passagers payants, que les mots « en provenance » et « à destination » couvraient les deuxième, troisième et quatrième libertés et que les mots « à l'intérieur » se référaient au cabotage et les mots « au dessus » à la première liberté »<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Communautés européennes et de leurs Etats Membres*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/168 (2000), at. 41.

<sup>233</sup> La définition se réfère en effet au transport de passagers, de fret et de courrier moyennant rémunération ou location, supposant l'exercice de liberté commerciale.

<sup>234</sup> « La neuvième liberté n'est pas liée à l'exercice des droits de trafic en soi. C'est en fait une question d'investissement intéressant seulement le marché national. » OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la quatrième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'Annexe sur les service de transport aérien*, Note du Secrétariat, S/C/M/62 (2002), at. 9.

<sup>235</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la troisième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'Annexe sur les services de transport aérien*, Note du Secrétariat, S/C/M/57 (2002), at. 24.

Faudrait-il pour autant recourir à la procédure de modification de l'Annexe, décidée par consensus, plutôt qu'à la procédure en interprétation officielle, décidée à la majorité des trois quart, pour élargir l'Annexe à certains droits de trafic ?

## **Paragraphe 2. Quelques sous secteurs potentiellement visés par l'Annexe : la pratique européenne au sein de l'OMC**

De nombreux secteurs sont susceptibles d'être intégrés à l'Annexe en tant qu'ils constitueraient des services non directement liés à l'exercice des droits de trafic, qu'il s'agisse d'interpréter le champ d'application actuel de l'Annexe ou de l'élargir à l'occasion d'un examen périodique. Parfois, ces sous secteurs ont déjà fait l'objet d'engagements par les Etats membres en raison du support indispensable qu'ils constituent à l'exploitation des droits de trafic. Pour ces activités, les difficultés proviennent du flou qui existe entre le problème de l'identification du champ d'application réel de l'Annexe d'une part, et la possibilité pour les Membres de prendre des engagements de type NPF dans des secteurs qui ne sont pas explicitement inclus dans l'AGCS par l'Annexe<sup>236</sup>, d'autre part. Face aux controverses précédemment présentées, la stratégie européenne au sein de l'OMC présente un intérêt particulier : pour elles, la prise d'engagement concernant des sous-secteurs particuliers constitue un appel faits aux Membres à éclaircir le champ d'application actuel de l'Annexe, voir à y incorporer les dits sous-secteurs sur le seul fondement de leur importance économique pour les Membres. Toute la question est alors de

---

<sup>236</sup> En effet, comment déterminer la portée d'un engagement NPF formulé par un Etat pour un secteur qui ne serait pas visé par l'Annexe comme tombant dans le champ d'application de l'AGCS ? S'agirait-il de plus que d'une simple déclaration d'intention, ou d'un engagement juridiquement contraignant ? Pour certains Etats, la prise d'engagement dans ces secteurs constitue avant tout une incitation faite aux Etats membres de clarifier le champ d'application réel de l'Annexe. Voir OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Communautés européennes et de leurs Etats membres*, Examen de l'annexe de l'AGCS sur les service de transport aérien, S/C/W/280 (2007), at. 42.

savoir si une telle pratique pourrait en venir, à terme, à la modification du droit applicable, si elle venait à s'élargir à l'ensemble de membres.

Ainsi, les Communautés européennes ont cherché à inciter les Membres à s'engager en faveur de la libéralisation du secteur des **services d'escale** : activité distincte des droits de trafic, « ayant sa propre justification économique »<sup>237</sup>, les services d'escales sont un aspect essentiel du transport aérien permettant de tirer le meilleur parti des capacités aéroportuaires, limitées de par leur nature. Les Communautés européennes ont déjà pris des engagements NPF dans ce secteur, en dépit du fait que certains accords bilatéraux actuels sur les services aériens contiennent des clauses sur les services d'escale<sup>238</sup>. Pour les Communautés, « S'il est évident que dans un aéroport donné seules les compagnies auxquelles des droits de trafic ont été accordés par le pays concerné auront la possibilité d'assurer elles mêmes leurs services d'escale, l'octroi à des sociétés indépendantes du droit de fournir ces services dans un aéroport donné ne doit pas être soumis à la condition qu'elles bénéficient de droits de trafic dans la mesure où ces services d'escale sont complètement indépendants des autres composantes du produit transport aérien »<sup>239</sup>. Ainsi, « on peut considérer que l'AGCS s'applique aux services d'escale sans aucune incidence sur le droit des Membres de distribuer des droits de trafic ou sur le droit des transporteurs aériens de les utiliser. La libéralisation des services d'escale ne fait que favoriser l'utilisation efficace des droits de trafic existants que détiennent déjà les transports aériens »<sup>240</sup>

Au-delà des sous-secteurs présentant des rapports étroits avec l'exercice de droits de trafic, certaines activités pourraient poser moins de difficultés, en raison de leur rattachement moindre à ces

---

<sup>237</sup> Communication des Communautés européennes à l'occasion du second examen de l'Annexe, S/C/W/280, at. 42.

<sup>238</sup> *Ibid.* at. 43.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la deuxième session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien*, S/C/M/50 (2000), at. 82. Une nouvelle fois, les Etats-Unis se sont opposés à une telle analyse, déclarant: « il n'a jamais fait de doute que les services d'escale étaient directement liés à l'exercice des droits de trafic parce que, sans la possibilité d'exécuter ou d'obtenir des services d'escale, les droits de trafic ne peuvent simplement pas être exercés ». *Ibid.* at. 26.

droits. La ***gestion des aéroports***, par exemple, tout en constituant un élément « essentiel du système de transport aérien qu'il serait souhaitable de libéraliser », échappe à tout critère organique qui pourrait le lier à l'existence de droits de trafic<sup>241</sup>.

Il n'existe aucun instrument qui ne règle de façon claire et précise la question de la fragmentation du droit du transport aérien. Comme en général en droit international, les conséquences de la fragmentation dépendent exclusivement du bon vouloir des organisations internationales et des Etats concernés...

---

<sup>241</sup> OMC, S/C/W/280, *Op. Cit.* n° 234, at. 44-47.

#### ***Titre 4 : Pluralisme et unité dans le droit du transport aérien***

Lorsqu'elle rend ses conclusions sur la fragmentation du droit international, la CDI<sup>242</sup> adopte une approche positiviste aux termes de laquelle la fragmentation présente des dangers qui peuvent être évités au moyen de l'élaboration de règles d'interprétation ou de règles de conflits ; dès lors, rien d'étonnant à ce qu'elle reprenne et explicite les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

En choisissant une démarche strictement positiviste, la CDI n'épuise cependant pas le thème de la fragmentation. En adoptant une approche plus pratique et *sociologique* du droit, il est probable que deux organisations internationales, ayant chacune une influence substantielle sur le développement d'un système juridique donné, préféreront résoudre pragmatiquement d'éventuels conflits normatifs plutôt que de soumettre ceux-ci à des règles dont l'exercice leur échappe : l'OACI comme l'OMC ont beaucoup plus à gagner d'un dialogue profond et d'une évolution progressive de leur régime juridique que de l'intervention d'un tiers ou d'interprétations hétérogènes opérées par les Etats membres (Chapitre 1), qui à terme les priveraient de leur autorité respective... Ne s'agit-il pas, au demeurant, d'un véritable renforcement de leur fonction qu'elles opèrent par œuvre de création d'un ordre juridique du transport aérien ? (Chapitre 2).

---

<sup>242</sup> *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport d'étude de la Commission du Droit International, Commission du Droit international, 58<sup>ième</sup> Sess., A/CN.4/L.682/Add.1 (2006).

## **Chapitre 7. L'existence d'interaction entre les deux systèmes juridiques**

Les systèmes normatifs autonomes n'opèrent pas de façon hermétique les uns par rapport aux autres. En plus de mécanismes formels prévoyant la coopération des acteurs internationaux concernés au sein des différents systèmes (Paragraphe 1), s'ajoute le postulat de l'interaction naturelle que les fondements normatifs des systèmes respectifs exercent l'un sur l'autre (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. La coopération entre les organes de l'OMC impliqués dans le commerce de services et l'OACI**

La nécessité de libéraliser le transport aérien et les négociations du Round de l'Uruguay en 1994 ont conduit l'OACI à renforcer son mandat économique. Aujourd'hui, l'OACI apparaît comme le forum naturel en matière de coordination de réglementations économiques. Le rôle de l'OACI ainsi que les tâches et vœux des Etats sont maintenant résumés dans une source unique, la Résolution A33-19 de l'Assemblée. Les Etats y reconnaissent : « les caractéristiques particulières du transport aérien international » et « le rôle primordial de l'OACI dans l'élaboration d'orientations de politiques sur le réglementation du transport aérien international »<sup>243</sup>.

Il ne devrait pas être contesté le rôle primordial de l'OACI dans la libéralisation, sur lequel l'extension éventuel du champ d'application de l'Annexe ne devrait avoir aucun impact. Il existe une « relation étroite entre les aspects économiques, environnementaux, de sécurité et de sûreté du transport aérien international »<sup>244</sup>, qui justifie l'établissement de relations solides entre l'OACI d'une part, et

---

<sup>243</sup> OACI, *Exposé récapitulatif de la politique permanente de l'OACI dans le domaine du transport aérien*, GA Res. A33-19, 33nd Sess.

<sup>244</sup> *Ibid.*

l'OMC d'autre part, étant reconnu que l'intervention de cette dernière dans le transport aérien doit être considérée comme « la plus significative (...) dans la perspective de ses développements possibles »<sup>245</sup>

« Depuis l'établissement de l'OMC et l'entrée en vigueur de l'AGCS, l'OACI entretient des relations de coopération constructives avec le Secrétariat de l'OMC et participe à des réunions de l'Organe directeur de l'AGCS, le Conseil du commerce des services, lorsque des questions intéressantes ce secteur sont examinées. Le Secrétariat de l'OMC s'en remet dans une large mesure au concours du Secrétariat de l'OACI en ce qui concerne l'information et les développements dans le secteur de l'aviation, en particulier pour l'examen de l'Annexe »<sup>246</sup>.

L'OACI a très vite substitué à une attitude « défensive » une attitude « proactive »<sup>247</sup>. En juin 1997, l'OACI a officiellement demandé à l'OMC d'être désignée comme observateur à ses réunions touchant le transport aérien. En juillet de l'année suivante, le Conseil du commerce des services a accepté d'accorder à l'Organisation le statut d'observateur « au cas par cas ». Si l'OACI, en 2001, a contacté l'OMC en vue d'établir des relations plus officialisées, notamment par une proposition de protocole d'entente ou d'accords<sup>248</sup>, il semblerait qu'aucun accord n'ait été conclu à ce jour.

En marge des prérogatives (limitées<sup>249</sup>) qui résultent du statut d'observateur *ad hoc* de l'OACI au sein de l'OMC, l'OACI a déjà entamé un processus d'harmonisation informelle des deux systèmes juridiques....

---

<sup>245</sup> OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Rôle de l'OACI dans la facilitation de la libéralisation, Note présentée par le secrétariat, ATConf/5-WP/18, point 3.4.

<sup>246</sup> *Ibid.*

<sup>247</sup> OACI, Comité du transport aérien, *Note de travail de l'assemblée sur le commerce des services*, Note présentée par le Secrétariat, WP/1898 (2001), point 2.1

<sup>248</sup> De tels accords existent entre l'OMC et d'autres organisations internationales, comme l'Union Internationale des Télécommunications.

<sup>249</sup> Voir [http://www.wto.org/french/thewto\\_f/igo\\_obs\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/igo_obs_f.htm)

## **Paragraphe 2. La fragmentation du droit du transport aérien : « glissez mortels, n'accrochez pas ! »<sup>250</sup>**

Depuis 1994, les piliers du système de Chicago sont remis en cause tant par la tendance économique à la libéralisation que par l'application potentielle de l'AGCS. L'OACI, afin de préserver ses compétences, semble avoir entamé une réflexion substantielle sur les fondements souverainistes des accords de transport aérien. A ce titre, l'exemple de la clause de « propriété substantielle » et de « contrôle effectif » est particulièrement pertinent.

Evoquée au chapitre 1, cette clause permet aux Etats de se réserver « le droit de différer ou de révoquer l'autorisation dont un transporteur aérien étranger a besoin pour exploiter les services convenus ou d'imposer des conditions relatives à cette autorisation, si ce transporteur n'est pas « détenu substantiellement et contrôlé effectivement » par l'Etat désignateur ou ses ressortissants »<sup>251</sup>. Cette clause a deux objectifs primordiaux : d'une part il s'agit d'identifier les Etats responsables des questions de sécurité et de sûreté des vols opérés sur le fondement d'un accord donné ; d'autre part, en établissant un lien pratique entre le transporteur et l'Etat désignateur, cette clause garantit l'application d'une « politique d'équilibre des avantages » entre les parties tout en empêchant un Etat non partie de bénéficier indirectement d'un avantage sans réciprocité. A ce dernier titre, la clause de propriété substantielle et de contrôle effectif garantit l'effectivité des fondements du système de Chicago.

Or, depuis 1994, l'OACI, à travers la Conférence mondiale de transport aérien, multiplie les incitations à remplacer ces critères stricts par deux critères élargis. L'un de ces critères vise à étendre les critères de propriété substantielle et de contrôle effectif à tout ou partie des Etats parties à l'accord

---

<sup>250</sup> Conforti, Benedetto, « Unité et fragmentation du droit international : « Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », (2007) 111 Revue générale de droit international public, pp. 5-18.

<sup>251</sup> IACO, *Worldwide Air Transport Conference : Challenges and Opportunities of Liberalization* (2003), Liberalizing air carrier ownership and control, Presented by the Secretariat, ATConf/5-WP/7, point 1.1.

considéré, et l'autre introduit la notion de « communauté d'intérêts »<sup>252</sup> et l'étend à tout Etat appartenant à un groupe prédéfini. Ce dernier critère s'appliquerait « dans des cas où la propriété substantielle et le contrôle effectif des transporteurs demeurent détenus par un ou par plusieurs Etats qui ne sont pas nécessairement des Parties à l'accord en question, mais plutôt des membres d'un groupe prédéterminé (par exemple, les Etats membres de l'UE) »<sup>253</sup>. Dans biens des situations, les Etats ont modifié leurs politiques pour assouplir les restrictions sur les investissements étrangers, sans toutefois faire toujours appel à un critère commun. Finalement, en 2001, le critère du « principal établissement » et de « contrôle effectif » fut introduit par l'OACI comme base d'harmonisation des différentes politiques adoptées par les pays Membres<sup>254</sup>.

Une atténuation s'impose : si certains accords bilatéraux adoptent ces nouveaux critères, la majorité des accords libéraux ou de « ciels ouverts » demeurent aujourd'hui régis par le critère traditionnel, et ce en l'absence même de définition précise de ses composantes. L'accord de transport conclu entre l'Union Européenne et les Etats-Unis y recourt<sup>255</sup>, alors que l'accord APEC combine le critère du contrôle effectif aux critères du lieu d'incorporation et du lieu principal d'activité<sup>256</sup>.

Ces évolutions, en faveur d'une libéralisation « inconditionnelle », ne résultent pas d'une ignorance du danger que peut représenter l'apparition du phénomène des pavillons de complaisance en transport aérien<sup>257</sup>, mais bien d'une réévaluation des avantages tirés d'un régime juridique exclusivement fondé sur un principe de réciprocité parfaite. Il est vrai que depuis plusieurs décennies,

---

<sup>252</sup> La notion de communauté d'intérêt trouve naissance dans la résolution A24-12 de l'Assemblée adoptée en 1983. Jusqu'en 1994 cependant, peu de travaux ont été réalisés sur la question. OACI, GA Res. A24-12, 12<sup>th</sup> Sess (1983).

<sup>253</sup> OMC, Conseil du commerce des services, *Evolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusions du Cycle d'Uruguay*, cinquième partie, addendum. 3, S/C/W/163/Add. 3 (2001), p. 239.

<sup>254</sup> IACO, *Worldwide Air Transport Conference : Challenges and Opportunities of Liberalization* (2003), Liberalizing air carrier ownership and control, Presented by the Secretariat, ATConf/5-WP/7, point 2.2.

<sup>255</sup> Article 4 (a) pour les compagnies américaines, Article 4 (b) pour les compagnies européennes.

<sup>256</sup> Article 3 (a) et (b).

<sup>257</sup> OACI, ATConf/5-WP/7, *Op. Cit.* n° 254, point 3.4. Un haut niveau de sécurité et de sûreté doit être atteint par la satisfaction de la condition du « contrôle réglementaire effectif » tel que proposé aux Etats par l'OACI.

l'épuisement du système de Chicago avait donné naissance à la pratiques des alliances et/ou comportements potentiellement anticoncurrentiels.

De son côté, le droit de l'OMC n'a-t-il jamais recouru à des sources juridiques extérieures à son système ? Lorsque son Organe d'Appel fait appel aux conventions internationales existantes en matière de défense de l'environnement sur le fondement du principe d'intégration systémique de la Convention de Vienne<sup>258</sup>, ne faut-il pas y voir une ouverture d'esprit qui lui permettrait de mener un raisonnement semblable avec les sources du système de Chicago ?

En d'autres termes, menacée dans son mandat par la potentielle application élargie de l'AGCS au transport aérien, l'OACI ne peut se permettre d'ignorer les aspirations qu'on certains Etats à plus de souplesse dans les négociations internationales et qui justifient que l'OMC montre un réel intérêt à l'extension de l'Annexe sur les transport aérien. Pris dans sa généralité, comme phénomène social, la fragmentation apparaît ici comme un phénomène productif qui incite les acteurs du droit international à pousser le droit existant vers son évolution naturelle.

---

<sup>258</sup> Article 31.2 c).



## CONCLUSION

Les Etats et les organisations internationales se sont engagés sur la route de la libéralisation internationale du transport aérien. Dans la recherche des meilleurs outils qui leur sont offerts, l'AGCS et le système de l'OMC occupent une place de premier choix. En dépit de son champ d'application aujourd'hui des plus restreints, l'AGCS a d'ores et déjà contribué à renforcer la volonté de libéralisation exprimée par l'OACI, qui entame une phase de « réexploration de son mandat » dans ses composantes économiques.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette recherche ; tout d'abord, le débat théorique sur la fragmentation du droit international, tel que repris par la Commission du droit international des Nations Unies s'est focalisé sur les mécanismes juridiques aptes à prévenir et/ou résoudre les risques de conflit de normes entre systèmes juridiques autonomes sans pour autant analyser les possibles interactions bénéfiques qui peuvent s'établir entre eux, en particulier lorsque deux organisations internationales distinctes jouent un rôle primordial dans l'évolution des dits systèmes. En tant qu'exemple de fragmentation du droit international, le transport aérien révèle l'importance de la composante « sociologique » de la fragmentation, objet d'interaction et d'enrichissement du droit, composante qu'une pure conception hartienne des systèmes juridiques ne saurait appréhender.

A l'avenir, une consolidation et une clarification de l'Annexe sur les transports aériens doit être perçue comme la condition *sine qua non* d'avancées significatives sur le terrain de la libéralisation. L'essoufflement d'un système exclusivement fondé sur les principes de réciprocité et de bilatéralisme ne se conteste que difficilement ; néanmoins, l'AGCS ne constitue qu'une piste qu'il conviendrait d'explorer, moyennant les adaptations précédemment étudiées.

Aux niveaux national et régional, les expériences américaines et européennes ont souligné le besoin de mettre les différents accords bilatéraux et/ou plurilatéraux en corrélation afin d'aboutir à un cadre potentiellement multilatéral. En 1999, l'IATA estimait que toute avancée du nouveau cadre réglementaire : « ne pouvait se faire sans que les Communautés européennes et les Etats-Unis ne s'entendent parfaitement sur un secteur spécifique, à savoir la création d'un espace transatlantique commun pour l'aviation »<sup>259</sup>. L'accord récemment signé, s'il résulte de multiples compromis, offre de telles bases. Au surplus, des accords impliquant un principe dérivé du principe de la Nation la Plus Favorisée auraient un potentiel important, qu'ils soient négociés dans le cadre de l'OMC ou non. « Il est maintenant de la responsabilité de la communauté de l'aviation et des négociateurs de déterminer dans quelles mesures l'approche préconisée par l'AGCS et l'OMC peut offrir le meilleur moyen pour répondre aux besoins des consommateurs, que ce soit les passagers ou les expéditeurs, tout en prenant en compte le rôle économique et social joué par l'aviation civile »<sup>260</sup>.

A considérer que le droit de l'OMC n'offre pas toutes les réponses aux questions qui aujourd'hui traversent la libéralisation du transport aérien, son apport devrait continuer d'enrichir les débats internationaux et contribuer au renouvellement des mécanismes de libéralisation progressive d'un marché essentiel au développement des échanges internationaux.

---

<sup>259</sup> IATA, Département des Affaires Gouvernementales, Division des Relations Externes, *La libéralisation du transport aérien et l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) : Une analyse de l'association du transport aérien international* (1999), en ligne : [http://wto.org/french/tratop\\_f/serv\\_f/gatsfrench.doc](http://wto.org/french/tratop_f/serv_f/gatsfrench.doc), p. 11

<sup>260</sup> *Ibid.* p. 11

## ANNEXE

*Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur les services de transports aériens, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services)

1. La présente annexe s'applique aux mesures qui affectent le commerce des services de transport aérien, qu'ils soient réguliers ou non, et des services auxiliaires. Il est confirmé qu'aucun engagement ou obligation spécifique contracté en vertu du présent accord ne réduira ni n'affectera les obligations découlant pour un Membre d'accords bilatéraux ou multilatéraux en vigueur à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

2. L'Accord, y compris les procédures de règlement des différends qui y sont prévues, ne s'appliquera pas aux mesures qui affectent:

- a) les droits de trafic, quelle que soit la façon dont ils ont été accordés; ou
- b) les services directement liés à l'exercice des droits de trafic,

exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 3 de la présente annexe.

3. L'Accord s'appliquera aux mesures qui affectent:

- a) les services de réparation et de maintenance des aéronefs;
- b) la vente ou la commercialisation des services de transport aérien;
- c) les services de systèmes informatisés de réservation (SIR).

4. Les procédures de règlement des différends prévues dans l'Accord ne pourront être invoquées que dans les cas où des obligations ou des engagements spécifiques auront été contractés par les Membres concernés et après que les possibilités de règlement des différends prévues dans les accords ou arrangements bilatéraux et les autres accords ou arrangements multilatéraux auront été épuisées.

5. 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.

6. Définitions:

a) L'expression "*services de réparation et de maintenance des aéronefs*" s'entend desdites activités lorsqu'elles sont effectuées sur un aéronef ou une partie d'un aéronef retiré du service et ne comprend pas la maintenance dite en ligne.

b) L'expression "*vente et commercialisation des services de transport aérien*" s'entend de la possibilité pour le transporteur aérien concerné de vendre et de commercialiser librement ses services de transport aérien, y compris tous les aspects de la commercialisation tels que l'étude des marchés, la publicité et la distribution. Ces activités ne comprennent pas la tarification des services de transport aérien ni les conditions applicables.

c) L'expression "*services de systèmes informatisés de réservation (SIR)*" s'entend des services fournis par des systèmes informatisés contenant des renseignements au sujet des horaires des transporteurs aériens, des places disponibles, des tarifs et des règles de tarification, et par l'intermédiaire desquels des réservations peuvent être effectuées ou des billets délivrés.

d) 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.



## BIBLIOGRAPHIE

### DOCUMENTS OFFICIELS

#### CONVENTIONS INTERNATIONALES

*Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, 15 avril 1994, en ligne :

[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/final\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm)

*Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur les marchés publics, 15 avril 1994, en ligne :

[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services)

*Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur les services de transports aériens, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services)

*Accord Général sur le commerce des services*, Annexe sur les télécommunications, 15 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services)

*Accord Général sur le commerce des services*, 15 avril 1994, en ligne :

[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#services](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#services)

*Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, 14 avril 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#TRIPs](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#TRIPs)

*Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, U.N.T.S. 1834.

*Convention de Rome instituant la Communauté Economique Européenne*, 25 mars 1957, en ligne :

<http://mjp.univ-perp.fr/europe/1957rome3.htm>

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, U.N.T.S. 1155, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

*Convention relative à l'aviation civile internationale*, signée le 7 décembre 1944, accessible en ligne :

<http://www.mcgill.ca/files/iasl/chicago1944a-fr.pdf>

*General Agreement on Tariffs and Trade*, 30 October 1947, 58 U.N.T.S.

## ORGANISATIONS INTERNATIONALES

### IATA

IATA, Département des Affaires Gouvernementales, Division des Relations Externes, *La libéralisation du transport aérien et l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) : Une analyse de l'association du transport aérien international* (1999), en ligne :

[http://wto.org/french/tratop\\_f/serv\\_f/gatsfrench.doc](http://wto.org/french/tratop_f/serv_f/gatsfrench.doc)

### OACI

IACO, *Worldwide Air Transport Conference : Challenges and Opportunities of Liberalization* (2003), Liberalizing air carrier ownership and control, Presented by the Secretariat, ATConf/5-WP/7.

OACI, AG Res. A24-12, 12<sup>th</sup> Sess (1983)

OACI, Comité du transport aérien, *Note de travail de l'assemblée sur le commerce des services*, Note présentée par le Secrétariat, WP/1898 (2001).

OACI, *Conférence sur l'économie des aéroports et des services de navigation aérienne* (2003), Accès à l'infrastructure des aéroports, Note présentée par le Secrétariat, CEAN-WP/21.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation*, Amélioration du règlement des différends dans un environnement libéralisés, Note présentée par le Secrétariat, ATConf/5-WP/15.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), circulaire 283, ATConf/5.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation* (2003), Etudes de cas de libéralisation, Note présentée par le Secrétariat, ATConf/5/WP/8.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Fret aérien et Organisation Mondiale du Commerce (OMC), ATConf/5-WP/36.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation* (2003), Initiatives récentes de type libéral ayant une incidence sur l'accès aux marchés, note présentée par le Secrétariat, ATConf/5-WP/21.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Libéralisation de l'accès au marché, Note présentée par les Etats-Unis d'Amérique, ATConf/5-WP/50.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003) ; Libéralisation de l'accès au marché, Note présentée par le Secrétariat, ATConf/5-WP/8

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation* (2003), Libéralisation de l'accès aux marchés, Note présentée par la Fédération Internationales des ouvriers du transport, ATConf/5-WP/74

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation*, libéralisation de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens pour les pays en voie de développement, note présentée par la Barbade, ATConf/5-WP/48.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Libéralisation des services de fret aérien, Note présentée par les Etats-Unis d'Amérique, ATConf/5-WP/49.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Libéralisation des services de fret aériens, Note présentée par le Secrétariat, ATConf/5-WP/10.

OACI, *Conférence Mondiale de transport aérien: défis et promesses de la libéralisation* (2003), nécessité d'une libéralisation accrue du transport aérien international, Note présentée par la Chambre de commerce international, ATConf/5-WP/35.

OACI, *Conférence Mondial de transport aérien : défis et promesses de la libéralisation* (2003), Rôle de l'OACI dans la facilitation de la libéralisation, Note présentée par le secrétariat, ATConf/5-WP/18.

OACI, *Digest of Bilateral Air Transport Agreements*, Doc. 9511 (2002).

OACI, *Exposé récapitulatif de la politique permanente de l'OACI dans le domaine du transport aérien*, GA Res. A33-19, 33nd Sess.

OACI, *ICAO Global Symposium on Air Transport Liberalization* (Dubai, 2006), Air Transport Liberalization: the US Experience, en ligne: , [www.dot.gov/affairs/jeffshane091806.htm](http://www.dot.gov/affairs/jeffshane091806.htm)

OACI, *Manual of the Regulation of International Air Transport*, Doc. 9626 (2004).

OACI, *Standard form bilateral air transport agreement*, adopted as part of the final act of the Chicago Conference on international civil aviation, Proceedings of the international civile aviation conference, Chicago, Illinois, 7 décembre 1944.

OCDE

OCDE, *Atelier sur la Réforme de la réglementation du fret aérien international* (Paris, 1999), en ligne : [http://www.oecd.org/document/7/0,3343,fr\\_2649\\_33755\\_1801351\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/7/0,3343,fr_2649_33755_1801351_1_1_1_1,00.html)

OCDE, *Deuxième atelier sur la réforme de la réglementation du fret aérien international*, (Paris, 2000), en ligne : [http://www.oecd.org/document/7/0,3343,fr\\_2649\\_33755\\_1801351\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/7/0,3343,fr_2649_33755_1801351_1_1_1_1,00.html)

OECD, *Liberalisation of Air Cargo Transport* (2002), en ligne: [http://www.oecd.org/findDocument/0,3354,fr\\_2649\\_33755\\_1\\_119666\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/findDocument/0,3354,fr_2649_33755_1_119666_1_1_1,00.html)

OCDE, *Principes pour la libéralisation du fret aérien*, Atelier sur la Réforme de la réglementation du fret aérien international (Paris 1999)

## OMC

OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie, Du Chili et de la Nouvelle Zélande*, Examen de l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, S/C/W/206 (2002).

OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/168 (2000), at. 3

OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de l'Australie*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/179 (2000).

OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de la Nouvelle Zélande*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/185 (2000).

OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Communautés européennes et de leurs Etats Membres*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/168 (2000).

OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Communautés européennes et de leur Etats Membres*, Examen de l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, S/C/W/280 (2007).

OMC, Conseil du commerce des services, *Communication des Etats-Unis*, Examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS, S/C/W/198 (2001).

OMC, Conseil du commerce des services, *Evolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusions du Cycle d'Uruguay*, cinquième partie, *addendum. 3*, S/C/W/163/Add. 3 (2001).

OMC, Conseil du commerce des services, *Evolution de la situation dans le secteur des transports aériens depuis la conclusion du Cycle d'Uruguay*, cinquième partie, *addendum*, S/C/W/163/Add.5

OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la première session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien* (2000), Note du Secrétariat, S/C/M/49.

OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la deuxième session de l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien* (2000), Note du Secrétariat, S/C/M/50

OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la deuxième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport aérien* (2007), note du Secrétariat, S/C/M/89.

OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la quatrième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport*, Note du Secrétariat, S/C/M/62 (2002).

OMC, Conseil du commerce des services, *Rapport de la troisième session consacrée à l'examen prescrit au paragraphe 5 de l'annexe sur les services de transport* (2001), Note du Secrétariat, S/C/M/57.

## ONU

*Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport d'étude de la Commission du Droit International, Commission du Droit international, 58<sup>ième</sup> sess., A/CN.4/L.682/Add.1 (2006).

## Union Européenne

*Directive 87/601/CEE du Conseil du 14 décembre 1987 sur les tarifs des services aériens réguliers entre États membres JO L 374 du 31.12.1987, p. 12–18 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)*

*Directives 87/602/CEE du Conseil du 14 décembre 1987 sur la capacité d'accès aux marchés des services aériens réguliers entre États Membres JO L 374 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)*

*Règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens JO L 374 du 31.12.1987, p. 9–11 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)*

*Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires JO L 15 du 23.1.1993, p. 33 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)*

*Règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil, du 18 janvier 1993, fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté JO L 14 du 22.1.1993, p. 1–6 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT)*

## JURISPRUDENCE

### CJ

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrpet, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.*

*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J., Recueil 2003, p. 161.*

### CJCE

*Commission v. Republic of Austria, C-466-98 [2002] E.C.R.*

*Commission v. Republic of Austria, C 467/98 C [2002] E.C.R.*

*Commission v. Republic of Austria, C-468-98 [2002] E.C.R.*

*Commission v. Republic of Austria, C472-98 [2002] E.C.R.*

*Commission v. Republic of Austria, C475-98 [2002] E.C.R*

*Commission v. Republic of Austria, C 476-98 [2002] E.C.R..*

### ORD OMC

*Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (1998), WTO Doc. WT/DS58/AB/R (Organe d'Appel), en ligne : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/distab\\_f.htm#r58](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/distab_f.htm#r58)*

## DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

Bureau of Economic and Business Affairs of the US Department of State, *US Current Model Open Skies Agreement* (updated 13 april 2004), online: <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/19514.htm>

*House Report on Improvement Needed in US International Aviation Policy*, Chapter VIII, note 25, at. 14, cite dans Dempsey, Paul Stephen, *International Public Air Law* (Montréal; McGill University Press, 2008).

Sénat français, *La politique commune des transport*, rapport du Sénat, en ligne : <http://www.senat.fr/rap/r00-300/r00-3002.html>

US Department of Transportation, *Air Transport Liberalization: Ideal and Ordeal* (2005), en ligne: [http://ostpxweb.ost.dot.gov/S-3/Data/Kotaite%20Lecture%20\(12-8-05\).pdf](http://ostpxweb.ost.dot.gov/S-3/Data/Kotaite%20Lecture%20(12-8-05).pdf)

US Department of Transportation, *In the matter of defining « open skies »*, DOT order 92-8-3, en ligne: <http://www.dot.gov/new/index.htm>

## **DOCTRINE**

### **OUVRAGES GENERAUX**

Trebilcock, M.J., Howse, R., *The Regulation of International Trade*, (New York, Routledge, 2005)

Amselek, P., Sur, S., *Interprétation et droit* (Bruxelles, Bruylant, 1995).

### **MONGRAPHIE**

Chen, Bin, *The Law of international air transport*, (Londre and New York, Stevens and Sons Ltd. And Oceana Publications Inc., 1962).

Dempsey, Paul Stephen, *International Public Air Law* (Montréal; McGill University Press, 2008)

Park, Ki-Gab, *La protection de la souveraineté aérienne*, (Paris, A. Pedone, 1991)

### **ARTICLES**

Bourquin, M., « Règles générales du droit de la paix (cours général) », (1931) 35 R.C.A.D.I.

Cobb Cooper, J., « Background of International public Air Law » (1967) Yearbook of Air and Space law 3

Combacau, J., «Le droit international: bric-à-brac ou système? », (1986) 31 Archives de philosophie du Droit, pp. 85-105.

Conforti, Benedetto, « Unité et fragmentation du droit international : « Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », (2007) 111 Revue générale de droit international public, pp. 5-18.

De La Pradelle, P.G., «Les frontières de l'air », (1954) 86 R.C.A.D.I.

Finlay, C., Round, D.K., « The 'three pillars of stagnation': challenges for air transport reform", (2006) 5 World Trade Review 251-270, Cambridge University Press.

Martineau, Anne-Charlotte, « La Fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », Conférence Biennale de la Société Européenne de Droit International, Paris, 18-20 mai 2006, accessible en ligne [http://www.esil-sedi.eu/english/Paris\\_Agora.../Martineau.PDF](http://www.esil-sedi.eu/english/Paris_Agora.../Martineau.PDF)

Orwell, G., « You and the Atomic Bomb », (1945) Oct. 15 Tribune.

