

INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps.

Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.

Bell & Howell Information and Learning
300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106-1346 USA

UMI[®]
800-521-0600

LES SYSTEMES INFORMATISES DE
RESERVATION,
CADRE LEGAL ET PERSPECTIVES D'AVENIR.

Directeur de thèse: Professeur Dr. M. MILDE.

Thèse présentée par: T. HERMAN.

FACULTE DE DROIT, Institut de Droit Aérien
et Spatial, MCGILL UNIVERSITY, Montréal.

Mars 1998.

Une thèse soumise à la Faculté des Etudes Supérieures et de la Recherche afin de
satisfaire partiellement aux exigences liées à l'obtention de la Maîtrise en Droit.



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

For the library reference

Our file / votre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-44060-5

Canada

ABSTRACT.

The methods of distribution of air transport services evolved tremendously through the years. Based on the airlines' internal reservation systems, the Computerized Reservation Systems (CRS) became the key element of today's distribution process.

Their operation involves different parties: consumers, system vendors, be they air carriers or not, other air carriers and subscribers. CRS operation generated many problems, mainly when they were almost exclusively carrier owned. Among the most common critics made to CRS we find: systems bias by which the informations appearing on the screen are of such nature as to favour one or more carriers in relation to other carriers, contractual provisions drafted in order to prevent subscribers to switch to another system vendor, and the level of booking fees carriers have to pay to system vendors.

In my opinion, in the absence of specific regulations, competition law and antitrust laws were likely to address these issues efficiently, particularly through the application of the essential facility doctrine.

However that may be, specific regulations were adopted in the United States, Europe, and within the ICAO framework. If these regulations proved to be efficient to solve CRS related problems, one may regret their lack of uniformity. Indeed, having in mind the nationality of the predominant CRS on the market, uniformity among these regulations would have created, de facto, a universal legal framework.

CRS' industry having a strong international flavour, many disputes will go beyond the limits of a single jurisdiction. Bilateral and multilateral agreements, notably through provisions providing for an arbitration, constitute an efficient manner to settle disputes between States. On the contrary, the ICAO Code of Conduct does not provide any satisfactory solution. Indeed, it only provides for negotiations between States parties to a dispute, and, as we know, the result of a negotiation is not binding upon a State.

Regarding the GATS, Article IX, dealing with restrictive business practices, could prove to be an interesting tool to solve CRS related problems, if it was also applicable to measures adopted by private entities and not only to measures adopted by

Members. If, like it was considered by some experts, an international antitrust code was annexed to the WTO Agreement, many problems arising from the operation of CRS could be easily dealt with. Moreover, in case of a dispute between States, they could turn themselves to the dispute settlement procedure of the Annex II of the WTO Agreement.

Code sharing agreements became very popular among airlines lately, creating, at CRS level, a screen padding problem. The European Code of Conduct and the ICAO Code of Conduct addressed the issue by limiting the number of times a same flight may be mentioned under different codes.

Another aspect worth mentioning is that the believe according to which every carrier has to participate to CRS tends to fade away, a few carriers having stopped their participation.

The last point is that if, right now, Internet is not really threatening the CRS market, it might do so in the near future, depending on the growth rate of the number of household connected to that network

REMERCIEMENTS.

Tout d'abord, je tiens à remercier le Professeur Dr. Michaël MILDE pour son aide soutenue et ses encouragements répétés tout au long de la rédaction de ma thèse. Il m'a donné la motivation nécessaire pour mener à bien mon projet et je lui en serai toujours reconnaissant.

Je voudrais également remercier Mr. R.I.R ABEYRATNE pour son assistance dans la collecte d'informations et pour les discussions constructives que nous avons pu avoir au sujet des SIR.

Je souhaite aussi remercier tout le Secrétariat de l'Institut de Droit Aérien et Spatial qui a fait preuve d'une grande efficacité et d'une extrême gentillesse, tant pendant mon année d'étude à Montréal qu'à l'occasion de la rédaction de ma thèse.

Ensuite, je voudrais remercier mes parents pour leur soutien indéfectible tout au long de mes études, de même que pour les heures passées à la correction de ma thèse.

Enfin, je tiens également à remercier mon frère pour son assistance informatique de tous les instants

RESUME.

Les méthodes de distribution des services de transport aérien ont beaucoup évolué au fil des ans. Développés à partir des systèmes internes de réservation des compagnies aériennes, les Systèmes Informatisés de Réservation (SIR) sont devenus l'élément clé de l'actuel schéma de distribution.

Leur mise en oeuvre implique diverses parties, à savoir, les consommateurs, les vendeurs de SIR, qu'ils soient des transporteurs aériens ou non, les autres transporteurs et les abonnés. Cette mise en oeuvre a engendré un certain nombre de problèmes, surtout à l'époque durant laquelle les SIR étaient le plus souvent la propriété d'une seule compagnie aérienne. Parmi les principaux reproches adressés, on peut citer: le biaisage de l'affichage qui entraîne un affichage des informations favorisant un ou plusieurs transporteurs par rapport aux autres transporteurs, les clauses contractuelles tendant à éviter la conversion d'un abonné vers un autre SIR, ou encore, le montant des redevances de réservation devant être payé par les transporteurs au vendeur de SIR.

Nous soutenons que le droit de la concurrence et les lois antitrust étaient susceptibles, en l'absence de réglementations particulières, d'apporter une solution à ces problèmes, notamment par le biais de l'application de la doctrine des facilités essentielles.

Quoi qu'il en soit, des réglementations particulières ont été adoptées aux Etats-Unis, en Europe, ainsi qu'au sein de l'OACI. Si ces réglementations se sont montrées efficaces dans le traitement des problèmes posés par les SIR, on peut cependant regretter leur manque d'uniformité. En effet, compte tenu de la nationalité des principaux SIR, une uniformité des réglementations aurait engendré, de facto, un cadre légal universel.

L'industrie des SIR présentant un caractère hautement international, de nombreux litiges excéderont le cadre d'une seule juridiction. Les accords bilatéraux et multilatéraux, notamment par le biais de dispositions prévoyant une procédure d'arbitrage, offrent une possibilité de règlement efficace des litiges. Il n'en va pas de même pour le code de conduite de l'OACI qui ne fait qu'imposer une négociation. Or

concerne le GATS, son article IX, relatif aux pratiques restrictives, pourrait présenter un grand intérêt pour la matière des SIR, s'il ne s'appliquait pas seulement aux mesures prises par des Membres, mais aussi aux pratiques des entreprises. Si, comme cela a été envisagé, on décidait d'inclure un code international de la concurrence dans l'Accord OMC, de nombreux problèmes liés à l'exploitation des SIR à l'échelon international pourraient être résolus. Qui plus est, en cas de litige, les Etats pourraient avoir recours à la procédure de règlement des litiges prévue dans l'Annexe II de l'Accord OMC.

Le partage de code s'étant fortement développé ces dernières années, il en découla, au niveau des SIR, un problème de remplissage d'écran qui a été résolu par le code européen et par le code de l'OACI en limitant le nombre de fois qu'un même vol pourra être affiché sous des codes différents.

Il faut aussi noter que la croyance selon laquelle tout transporteur se doit de participer aux SIR semble s'effriter à la vue du comportement adopté par une certaine catégorie de transporteurs.

Notons enfin que si l'Internet n'est pas encore une menace importante pour les SIR, il est susceptible de le devenir dans un avenir proche, pour autant que le nombre de foyers informatisés continue à croître à ce rythme.

BIBLIOGRAPHIE.

LIVRES ET ARTICLES.

ABEYRATNE, R., *Legal and Regulatory Issues of Computer Reservation Systems and Code Sharing Agreement in Air Transport*, Forum for Air and Space Law, Vol. 3, Ed. Frontières (1995)

ABEYRATNE, R., *Would Competition in Commercial Aviation Ever Fit in the World Trade Organization?*, The Journal of Air Law and Commerce, Vol. 61 (1995-1996)

Airline Business, *What's in a code?*, (June 1995)

Airline Business, *Coded Warnings*, (January 1995)

AREEDA, P., TURNER, D., *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, Harvard Law Review, Vol. 88 (1975)

ARGYRIS, N., *The EEC Rules of Competition and the Air Transport Sector*, Common Market Law Review, n°26 (1989)

Aviation Daily, *Jury Rules Major CRS Did Not Monopolize*, n°298 (1989)

BOUDREAUX, D., ELLIG, J., *Beneficient Bias: The Case Against Regulating Airline Computerized Reservation System*, Journal of Air Law and Commerce, Vol. 57 (1992)

BRENNER, M., *Airline Deregulation - A case study in public policy failure*, Transportation Law Journal, Vol. 16 (1988)

BRODLEY, F., CHING-TO, A., *Contract Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy*, Stanford Law Review, Vol. 45 (May 1993)

Business Travel News, *End of the road for CRS Suit*, (April 20, 1992)

COHEN, *The Antitrust Implications of Airline Deregulation*, The Antitrust Bulletin (1982)

COPELAND, D., MCKENNEY, J., *Airline Reservation Systems: Lessons from History*, MIS Quaterly (September 1988)

DONOGHUE, J., WOOSLEY, J., *Over 30 years, widebodies, liberalization and CRS recast the industry: Catering to a growing leisure market and containing costs*, Air Transport World (May 1994)

Ed. Butterworths, *Butterworths Competition Law*, Vol. II, Div. VI

ELLIG, J., *Computer Reservation Systems, Creative Destruction, and Consumer Welfare: Some Unsettled Issues*, *Transportation Law Journal*, Vol. XIX (1991)

EVANS, J., *Divestiture as a legislative solution to the anti-consumer effects of airline ownership of computer reservation systems*, *Computer Law Journal*, Vol. X (1990)

FAHY, R., *Regulation of Computerized Reservation Systems in the United States and Europe*, *Air Law*, Vol. XI, n°6 (1986)

FAIR, P., *Anti-Competitive Aspects of Airline Ownership of Computer Reservation Systems*, *Transportation Law Journal*, Vol. 17 (1989)

FELDMAN, J., *Alliances: Are we making money yet?*, *Air Transport World* (October 1995)

FELDMAN, J., *Surf's up for distribution*, *Air Transport World* (June 1995)

FLINT, P., *Delta's shot heard 'round the world'*, *Air Transport World* (April 1995)

FLINT, P., *Cyber hope or cyber hype?*, *Air Transport World* (October 1996)

FRUHLING, P., GODFROID, M., *Examen de Jurisprudence: Droit Aérien Communautaire 1986-1992*, *Revue de Droit Commercial Belge* (1993)

GOODMAN, P., *Technology and Organizations* (1990)

GUERIN-CALVERT, M., *Vertical Integration as a Threat to Competition: Airline Computer Reservation Systems*, dans: KWOKA, J., WHITE, L., (Eds.), *The Antitrust Revolution*, Glenview, Ill.: Scott, Foresman & Co. (1989)

HAANAPPEL, P., *Bilateral Air Transport Agreements*, Unpublished Documentation

HANCE, O., *Business et Droit d'Internet*, Ed. Mc Graw Hill (1996)

Harvard Law Review, *The Legal and Regulatory Implications of Airline Computer Reservation Systems*, Vol. 103 (1990)

HENDERSON, D., *Airlines in Cyberspace*, *Air Transport World* (November 1995)

HOVENKAMP, H., *Economics and Federal Antitrust Law*, Ed. Lawyer (1985)

HUMPHREYS, B., *Les nouveaux développements des SIR*, ITA Etudes et documents, Vol. 32 (1994)

HUMPHREYS, B., *Do airlines still need to own CRSs?*, *The Avmark Aviation Economist* (April 1994)

HUMPHREYS, B., *CRSs: Pressure mounts to reduce fees*, The Avmark Aviation Economist (October 1994)

IANNA CONNE, A., VOLONINO, L., *Marginal costs and relevant market determination in information technology antitrust cases*, Rutgers Computer & Technology Law Journal, Vol. 18 (1992)

I.A.T.A., *Report of the Traffic Committee to the 43d Annual General Meeting*, (October 26-28, 1987)

ITEAN, O., *Internet et le Droit, Aspects juridiques du commerce électronique*, Ed. Eyrolles (1996)

JENNINGS, M., *Wired for a new era*, Airline Business (August 1996)

JOHNSON, K., *Computer Reservations Systems Participation: Is It Still Necessary for Small Carriers?*, The Air and Space Lawyer, Vol. 11, n°4 (Spring 1997)

KLEIT, A., *Computer Reservations Systems: Competition Misunderstood*, The Antitrust Bulletin (Winter 1992)

LEAMING, M., *Enlightened Regulation of Computerized Reservations Systems Requires a Conscious Balance Between Consumer Protection and Profitable Airline Marketing*, Transportation Law Journal, Vol. XXI (1993)

LEVERE, J., *Paperless Journey*, Airline Business (January 1995)

LEVINE, M., *Airline Competition in Deregulated Markets: Theory, Firm Strategy, and Public Policy*, Yale Journal on Regulation, Vol. 4 (1987)

LOCKE, L., *Flying the Unfriendly Skies: The Legal Fallout Over the Use of Computerized Reservation Systems as a Competitive Weapon in the Airline Industry*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 2 (Spring 1989)

LUNDSTROM, D., *A Few Good Men from Univac*, MIT Press, Cambridge (1987)

LYLE, C., *Computer-age vulnerability in the international airline industry*, Journal of Air Law and Commerce, Vol. 5, n°1 (1988)

MAGDELENAT, J.L., *Systèmes informatisés de réservation (SIR) et la réglementation de la CEE*, European Transport Law, Vol. 24 (1989)

MAGNAY, K., *CRSs extend global ties*, Aviation Informatics (July/ August/ September 1993)

MAHINKA, S., *Vertical Restraints as Exclusionary Practices: Current Issues in Regulated and Deregulated Industries*, Antitrust Law Journal, Vol. 58 (1990)

MENCIK VON ZEBINSKY, A., *The General Agreement on Trade in Services: Its Implication for Air Transport*, Annals of Air and Space Law, Vol. XVIII-I (1993)

MIETUS, J., *European Community Regulation of Airline Computer Reservation Systems*, Law & Policy in International Business, Vol. 21 (1989)

MISFUD, P., *Computer Reservations Systems and Automated Market Distribution in a Deregulated Aviation Industry*, Journal of Law and Technology, Vol. 1 (1986)

MOSCO, V., *Introduction: Information in the Pay-Per Society*, The Political Economy of Information, Ed. Vincent Mosco et Janet Wasko (1988)

MOSS, R., *Outlook. What to expect in the next CRS rulemaking*, T.D.R. (January 4, 1996)

NOUEL, B., *Le droit de la concurrence et les données publiques*, Computer & Telecoms Law Review, n°3 (1996)

PETERSMANN, E-U., *The GATS WTO Dispute Settlement System*, Ed. Kluwer (1996)

SAUNDERS, D., *The Antitrust Implication of Computer Reservation Systems*, The Journal of Air Law and Commerce, Vol. 51 (1985-1986)

SAUVANT, K., *International Transactions in Services: The Politics of Transborder Data Flows*, Boulder: Westview for the Atwater Institute (1986)

SNAPE, R., *Principles in Trade in Services*, dans: MESSERLIN, P., SAUVANT, K., *The Uruguay Round, services in the world economy*, IBRD/The World Bank (1990)

T.D.R., *Annual survey of worldwide CRS: Amadeus widen the lead over other systems*, (November 21, 1996)

T.D.R., *Amadeus continue dominance of European CRS market*, (February 29, 1996)

T.D.R., *Galileo set to increase airline fees 3%; mulls multi-host system*, (February 27, 1997)

T.D.R., *America West loses Sabre lawsuit on booking fees; airlines lament on precedent*, (April 24, 1997)

T.D.R., *DOT proposes rulemaking in support of Alaska petition on CRS parity clauses*, (August 15, 1996)

T.D.R., *System One lawsuit against American and Sabre is important to watch*, (April 24, 1997)

T.D.R., *DOJ asks EC to investigate European airlines for anti-competitive practices*, (May 8, 1997)

T.D.R., *EC changes to CRS code draw some concerns, little surprise*, (April 25, 1996)

T.D.R., *PC Travel shuts down online booking service*, (April 10, 1997)

T.D.R., *Speakers debate interactive cost savings*, (September 12, 1996)

T.D.R., *First secure Internet payment made across national borders*, (April 24, 1997)

T.D.R., *Airline committee pushes for electronic commerce standards* (January 16, 1997)

T.D.R., *Airlines propose procedures for CRSs, online booking procedure*, (May 8, 1997)

TYLER, C., *Bookings and the Internet*, Airline International (July-August 1996)

VAN BAEL, I., BELLIS, J-F., *Droit de la concurrence de la Communauté Economique Européenne*, Ed. Bruylant (1991)

VAN GERVEN, W., *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Handels en economisch recht, Ed. Story-Scientia (1996)

WALLER, S., *Understanding and Appreciating EC Competition Law*, Antitrust Law Journal, Vol. 61 (1992)

ZUR HAUSEN, H., *CRS regulation and the GATS*, Montreal: Institute of Air and Space Law, McGill University (October 1994)

PUBLICATIONS OFFICIELLES, REGLEMENTATIONS, TRAITES ET RESOLUTIONS.

Traité Etablissant la Communauté Economique Européenne, 298 U.N.T.S. 3 (1957)

Règlement (CEE) n°17 du Conseil du 6 février 1962 portant application des articles 85 et 86 du Traité de Rome, J.O.C.E. du 21 février 1962

Règlement (CEE) n°2299/89 du Conseil du 24 juillet 1989 instaurant un code de conduite pour l'utilisation des SIR, J.O.C.E. L220 du 29 juillet 1989 p. 1

Règlement (CEE) n°3089/93 du Conseil du 29 octobre 1993 modifiant le Règlement (CEE) n°2299/89 instaurant un code de conduite pour l'utilisation des SIR, J.O.C.E. L278 du 11 novembre 1993 p. 1

Règlement (CEE) n°3652/93 de la Commission du 22 décembre 1993 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 à des catégories d'accords entre entreprises

portant sur les systèmes informatisés de réservation pour les services de transport aérien, J.O.C.E. L333 du 22 décembre 1993

Commission Européenne: Proposition pour un Règlement du Conseil (CE) modifiant le Règlement du Conseil (CEE) n°2299/89 instaurant un code de conduite pour l'utilisation des SIR, (26 juin 1997)

Civil Aeronautics Board, Order 82-12-85, *Competitive Marketing Investigation* (16 December 1982)

Civil Aeronautics Board, 14 C.F.R. Part 255, 49 Federal Register (1984) pp. 32540-32544

Federal Aviation Authority Act, 49 U.S.C.A. § 1381 (West 1989)

Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C.A. § 45 (West 1989)

United States Department of Transportation Regulations: Amendment n°255-9 of 14 C.F.R. Part 255, 57 Federal Register (September 22, 1992) pp. 43780-43837

United States Department of Transportation, 56 Federal Register (March 26, 1991) p. 12586, p. 12617

United States Department of Transportation, *Airline Marketing and the Need for CRS Rules*, (September 22, 1992)

United States Department of Transportation, 61 Federal Register (August 14, 1996) p. 42208

Advance Notice of Proposed Rulemaking, 62 Federal Register (September 10, 1997) pp. 47606-47611

OACI Circulaire 214 - AT/84

ICAO Circular 269 - AT/110, *Implication of Airline Code Sharing*

New ICAO Code of Conduct and Model Clauses for Computer Reservation Systems, State Letter EC 2/28 - 96/74

Convention relative à l'Aviation Civile Internationale, Signée à Chicago, le 7 décembre 1944, 15 U.N.T.S. 295

Final Act of the Multilateral Trade Negotiations (The Uruguay Round), 33 I.L.M. 1 (1994)

Agreement establishing the Multilateral Trade Organization, 33 I.L.M. 13 (1994)

General Agreement on Trade in Services, 33 I.L.M. 44 (1994)

JURISPRUDENCE.

ETATS-UNIS.

United States v. Standard Oil, 221 U.S. 1 (1911)

United States v. St Louis Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383 (1912)

United States v. Aluminium Co. of America, 148 F. 2d 416 (2d. Cir. 1945)

Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945)

United States v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948)

United States v. E.I. du Pont de Neumours & Co., 351 U.S. 392 (1956)

United States v. Grinnell Corp., 384 U.S., 563 (1966)

Federal Trade Commission v. Texaco, 393 U.S. 223 (1968)

United States v. CBS Inc., 459 F. Supp. 832 (C.D. Cal. 1978)

Byars v. Bluff City News Co., 609 F. 2d. 850 (6th Cir. 1979)

in re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation, 481 F. Supp. 965 (1979)

Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F. 2d. 263 (2d. Cir. 1979)

MCI Communication Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 701 F. 2d. 1132 (7th Cir. 1983)

United Airlines v. Civil Aeronautics Board, 766 F. 2d 1107 (7th Cir. 1985)

Kerasotes Michigan Theatres Inc. v. National Amusement Inc., 854 F. 2d. 135 (6th Cir. 1988)

United Airlines v. Austin Travel Corp., 681 F. Supp. 176 (S.D.N.Y. 1988)

in re Air Passenger Antitrust Litigation, 694 F. Supp. 1443 (C.D. Cal. 1988)

United Airlines v. Austin Travel Corp., 867 F. 2d. 737 (2d Cir. 1989)

in re "Apollo" Air Passenger Computer Reservation System, 720 F. Supp. 1068 (S.D.N.Y. 1989)

Alaska Airlines v. United Airlines, 948 F. 2d. 536 (9th Cir. 1991)

Alaska Airlines v. United Airlines, 112 S. Ct. 1603 (1992)

EUROPE.

Commercial Solvens c. Commission; Zoja / Commercial Solvens; Affaires jointes 6 et 7/73, Rec., p. 223; J.O.C.E. L299 du 31 décembre 1972

United Brands v. Commission, 27/76, 1978 E.C.R.

Affaire C.B.E.M., 311/84, Rec., 1985

London European c. Sabena, J.O.C.E. L317/47 du 24 novembre 1988

Affaire R.T.T. / G.B. - Inno - B.M., C-18/88, Rec., 1991

TABLE DES MATIERES.

<u>I. INTRODUCTION.</u>	p. 1
<u>II. COMPRENDRE LES SIR.</u>	p. 3
A. DESCRIPTION.	p. 3
<u>1. GENERALITES</u>	p. 3
<u>2. LES PARTIES.</u>	p. 4
a. LES CONSOMMATEURS.	p. 4
b. LES VENDEURS DE SIR.	p. 4
c. LES AUTRES TRANSPORTEURS.	p. 5
d. LES ABONNES.	p. 5
<u>3. LES REVENUS</u>	p. 6
B. HISTORIQUE.	p. 7
<u>1. EVOLUTION</u>	p. 7
a. LES SYSTEMES INTERNES.	p. 7
b. VERS LES SIR.	p. 8
<u>2. IMPORTANCE DES SIR.</u>	p. 10
C. STRUCTURE DE L'INDUSTRIE.	p. 12
<u>1. PREAMBULE</u>	p. 12
<u>2. STRUCTURE DE L'INDUSTRIE DANS LES ANNEES 1990.</u>	p. 13
a. AMADEUS.	p. 13
b. GALILEO INTERNATIONAL.	p. 13
c. SABRE.	p. 14

d. WORLDSPAN.	p. 14
e. LES SIR REGIONAUX.	p. 14
<u>III. LES PROBLEMES JURIDIQUES.</u>	p. 16
A. INTRODUCTION.	p. 16
B. BIAISAGE DU SYSTEME.	p. 16
<u>1. PROBLEME CRUCIAL.</u>	p. 16
<u>2. BIAISAGE DE L’AFFICHAGE.</u>	p. 17
<u>3. BIAISAGE FONCTIONNEL OU ARCHITECTURAL.</u>	p. 19
C. CLAUSES CONTRACTUELLES TENDANT A EVITER LA CONVERSION D’UN ABONNE VERS UN AUTRE SIR.	p. 19
<u>1. LA DUREE.</u>	p. 19
<u>2. CLAUSE DE RENOUVELLEMENT</u>	p. 19
<u>3. CLAUSES D’USAGE EXCLUSIF OU D’USAGE MINIMUM</u>	p. 20
<u>4. DOMMAGES ET INTERETS COMPENSATOIRES.</u>	p. 20
D. RELATIONS ENTRE TRANSPORTEURS PARTICIPANTS ET VENDEURS DE SIR.	p. 21
<u>1. LES REDEVANCES DE RESERVATION</u>	p. 21
<u>2. LES CLAUSES DE PARITE.</u>	p. 22
E. DETOURNEMENT D’UN CLIENT PAR UN SIR AU DETRIMENT D’UN AUTRE SIR.	p. 23
F. ACCES AUX INFORMATIONS.	p. 24
<u>IV. SOLUTIONS AUX PROBLEMES JURIDIQUES.</u>	p. 25
A. APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DES LOIS ANTITRUST.	p. 25

<u>1. INTRODUCTION.</u>	p. 25
<u>2. AUX ETATS-UNIS.</u>	p. 25
a. ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS LE MARCHÉ CONCERNÉ.	p. 25
<u>POSITION DOMINANTE DANS LE MARCHÉ CONCERNÉ.</u>	p. 26
<u>MARCHÉ CONCERNÉ.</u>	p. 26
<u>POSITION DOMINANTE.</u>	p. 29
<u>ABUS DE POSITION DOMINANTE.</u>	p. 32
<u>THÉORIES DÉRIVÉES.</u>	p. 36
<u>THE MONOPOLY LEVERAGING THEORY.</u>	p. 37
<u>DOCTRINE DES FACILITES ESSENTIELLES.</u>	p. 38
b. LES ENTENTES	p. 41
<u>3. EN EUROPE.</u>	p. 42
a. ABUS DE POSITION DOMINANTE.	p. 42
<u>COMPARAISON.</u>	p. 42
<u>DOCTRINE DES FACILITES ESSENTIELLES.</u>	p. 44
b. LES ENTENTES.	p. 46
B. ADOPTION D'UNE RÉGLEMENTATION PARTICULIÈRE.	p. 49
<u>1. UNE RÉGLEMENTATION PARTICULIÈRE ÉTAIT-ELLE</u> <u>NECESSAIRE?</u>	p. 49
<u>2. LE RÔLE DES AGENCES DE VOYAGE.</u>	p. 51
<u>3. COMPARAISON DES DIFFÉRENTES RÉGLEMENTATIONS.</u>	p. 54
a. HISTORIQUE.	p. 54
<u>PREAMBULE</u>	p. 54
<u>AUX ETATS-UNIS.</u>	p. 55
<u>EN EUROPE.</u>	p. 55
<u>L'OACI.</u>	p. 56
b. CHAMP D'APPLICATION.	p. 57
<u>AUX ETATS-UNIS.</u>	p. 57
<u>EN EUROPE</u>	p. 58
<u>L'OACI.</u>	p. 61
<u>COMPARAISON.</u>	p. 62
c. BLAISAGE DE L'AFFICHAGE.	p. 63
<u>AUX ETATS-UNIS.</u>	p. 63
<u>EN EUROPE.</u>	p. 65
<u>L'OACI.</u>	p. 66
<u>COMPARAISON.</u>	p. 67

d. RELATIONS AVEC LES ABONNES.	p. 68
<u>AUX ETATS-UNIS.</u>	p. 68
<u>EN EUROPE.</u>	p. 70
<u>L'OACI.</u>	p. 72
<u>COMPARAISON.</u>	p. 73
e. RELATIONS AVEC LES TRANSPORTEURS PARTICIPANTS.	p. 74
<u>AUX ETATS-UNIS.</u>	p. 74
<u>EN EUROPE</u>	p. 75
<u>L'OACI.</u>	p. 77
<u>COMPARAISON.</u>	p. 78
C. SOLUTIONS AUX LITIGES INTERNATIONAUX.	p. 78
<u>1. PREAMBULE.</u>	p. 78
<u>2. LES ACCORDS BILATERAUX ET LES NEGOCIATIONS INTERGOUVERNEMENTALES.</u>	p. 80
<u>3. L'OACI.</u>	p. 83
<u>4. GATS ET OMC.</u>	p. 84
a. APPLICABILITE DU GATS AUX SIR.	p. 84
b. L'INTERET DU GATS POUR L'INDUSTRIE DES SIR.	p. 86
<u>MESURES PRISES PAR DES MEMBRES.</u>	p. 86
<u>PREVENTION ET REGLEMENT DES LITIGES.</u>	p. 88
<u>PRATIQUES COMMERCIALES RESTRICTIVES.</u>	p. 90
c. DANS LE CADRE DE L'OMC.	p. 91
<u>5. RELATIONS OACI-GATS-OMC EN MATIERE DE SIR.</u>	p. 92
<u>V. EVOLUTIONS.</u>	p. 94
A. LE PARTAGE DE CODE.	p. 94
<u>1. PREAMBULE.</u>	p. 94
<u>2. AVANTAGES ET INCONVENIENTS DU PARTAGE DE CODE.</u>	p. 95
a. POUR LES TRANSPORTEURS.	p. 95
b. POUR LES CONSOMMATEURS.	p. 96
c. QUANTIFICATION.	p. 97

<u>3. DANS LE DOMAINE DES SIR.</u>	p. 98
a. PROBLEMES.	p. 98
b. AUX ETATS-UNIS.	p. 99
c. EN EUROPE.	p. 100
d. L'OACI.	p. 101
e. CEAC-TASK FORCE.	p. 102
B. LA PROPRIETE DES SIR.	p. 103
C. LES TRANSPORTEURS ONT-ILS LE CHOIX?	p. 105
D. L'ALTERNATIVE OFFERTE PAR INTERNET.	p. 107
1. <u>PREAMBULE.</u>	p. 107
2. <u>DANS LE DOMAINE DE L'AVIATION.</u>	p. 109
a. LES DIFFERENTS CAS DE FIGURE.	p. 109
b. SITUATION ACTUELLE.	p. 111
c. LES AVANTAGES ET LES RISQUES.	p. 112
<u>LES AVANTAGES.</u>	p. 112
<u>LES RISQUES.</u>	p. 113
LE PAIEMENT PAR CARTE DE CREDIT ET L'INTERMEDIATION FINANCIERE.	p. 113
INVENTAIRE DES TRANSPORTEURS.	p. 114
 <u>VI. CONCLUSIONS.</u>	 p. 117

I. INTRODUCTION.

Les méthodes de distribution des services aériens proposés par les compagnies aériennes ont beaucoup évolué au fil des ans. De nos jours, la grande majorité des réservations et des émissions de billets se fait grâce aux Systèmes Informatisés de Réservation (SIR), ce qui justifie que l'essentiel de notre étude y sera consacrée. Cependant, un scénario, qui il y a quelques années semblait relever de la science-fiction, est en train de se concrétiser. La réservation et la vente de billets par l'intermédiaire de réseaux informatiques, tel l'Internet, connaît depuis peu un essor important. Cette nouvelle méthode de distribution est vraisemblablement appelée, si pas à éradiquer les SIR, au moins à les concurrencer.

Dans un premier temps, nous nous attacherons à faire comprendre au lecteur ce que sont les SIR. Cela suppose, entre autres, une description des parties impliquées dans leur mise en oeuvre, à savoir, les consommateurs, les vendeurs de SIR, les autres transporteurs, et les abonnés. Une étude de la structure du marché des SIR s'imposera aussi car, une analyse valable des problèmes posés par les SIR ne pourra se faire qu'en ayant cette structure à l'esprit.

Nous aborderons ensuite les problèmes juridiques qu'a engendrés la mise en oeuvre des SIR. Les SIR ayant, à l'origine, été développés et commercialisés par des transporteurs, ce phénomène d'intégration verticale a été à la source d'une bonne partie de ces problèmes posés par les vendeurs de SIR dans leurs relations avec les autres parties à cette industrie.

Notre étude envisagera alors les diverses manières par lesquelles ces problèmes peuvent être traités. Dans ce cadre, nous nous attacherons d'abord à montrer qu'une réglementation particulière en la matière ne se justifiait pas nécessairement, le droit de la concurrence et les lois antitrust, et notamment des théories dérivées dont la doctrine des facilités essentielles, offrant, selon nous, des remèdes valables. Des réglementations particulières ayant néanmoins été adoptées, nous adopterons une approche comparative des solutions choisies par les règles américaines, le code de conduite européen, ainsi que le code de conduite de l'OACI. Notons que cette réglementation est en pleine évolution. Outre le nouveau code ayant récemment été adopté par l'OACI, les Etats-Unis et l'Union Européenne étudient actuellement les

amendements devant être apportés à leurs règles respectives. A ce titre, l'OACI et la Commission Européenne sont décidées à tenir compte de l'importance du rôle joué par les agences de voyage dans la distribution des services aériens. Au-delà des litiges pouvant survenir au sein d'une même juridiction, le caractère international de l'industrie des SIR entraîne fatalement des litiges dépassant le cadre d'une unique juridiction. A cet égard, nous examinerons les possibilités de règlement des litiges qu'offrent les accords bilatéraux et multilatéraux, le code de l'OACI, le GATS et enfin, l'Annexe II de l'Accord OMC.

L'aviation civile est une industrie en permanente évolution, les transporteurs cherchant sans cesse à améliorer leur rentabilité. Ces mesures ayant une influence directe sur l'industrie des SIR, notre étude s'intéressera alors, pour finir, aux dernières évolutions dans le domaine des SIR. Nous aborderons donc la question du partage de code, de la propriété des SIR, du choix exercé par certains transporteurs et bien sûr à l'alternative offerte par Internet.

II. COMPRENDRE LES SIR.

A. DESCRIPTION.

1. GENERALITES.

Schématiquement, un SIR est constitué d'une base centrale de données reliée par des lignes téléphoniques à des terminaux situés, pour la plupart des cas, dans les bureaux des agences de voyage¹.

A la requête d'un de ses clients, l'agent pourra obtenir des renseignements relatifs aux différents vols, aux prix pratiqués, ainsi qu'aux sièges disponibles pour une destination donnée² et ce, tant pour le ou les transporteurs propriétaires du SIR que pour les autres transporteurs. Il pourra aussi effectuer les réservations nécessaires et procéder à l'impression des billets. Les réservations sont faites par voie de transmission automatique des informations à la base centrale de données du vendeur de SIR qui se chargera, dans les cas où la situation le requiert, de relayer les informations vers l'ordinateur central du transporteur sur lequel un vol a été réservé. Tout ceci nécessite bien sûr un réseau de télécommunication étendu et fiable. Les réseaux les plus fréquemment utilisés sont ARINC pour les communications ne dépassant pas les frontières des Etats-Unis, et SITA pour les liaisons internationales³. Néanmoins, ces deux réseaux n'ont pas l'exclusivité et les vendeurs de SIR peuvent faire appel à d'autres fournisseurs, entreprises publiques ou privées. Notons que depuis de nombreuses années déjà les fonctions des SIR sont loin de se limiter au domaine du transport aérien. De fait, ils ont étendu leur champ d'activité au monde de l'hôtellerie, du spectacle et de la location d'automobiles. Les transporteurs utilisent aussi les SIR à des fins statistiques et pour le yield management.

¹ EVANS, J., *Divestiture as a legislative solution to the anti-consumer effects of airline ownership of computer reservation systems*, Computer Law Journal, Vol. X (1990) p.8, (Ci-après: EVANS, *Divestiture*)

² ZUR HAUSEN, H., *CRS regulation and the GATS*, Montreal: Institute of Air and Space Law, McGill University (October 1994) p.4, (Ci-après: ZUR HAUSEN, *CRS*)

³ HUMPHREYS, B., *Les nouveaux développements des SIR*, ITA Etudes et documents, Vol. 32 (1994) p.51, (Ci-après: HUMPHREYS, *SIR*)

Remarquons également que les vendeurs de SIR proposent à leurs clients d'autres fonctions. Elles sont appelées fonctions "d'arrière boutique". Elles permettent essentiellement, aux agences qui y ont souscrit, de tenir leur comptabilité et d'établir leurs factures.

Enfin, l'important développement des réseaux informatiques, tel l'Internet, autorise désormais toute personne ayant accès à un ordinateur, d'acheter des billets par l'intermédiaire de différents serveurs. Il nous appartiendra plus tard dans notre étude de déterminer, dans un premier temps, si les services accessibles via ces serveurs sont assimilables aux services fournis par un SIR, et ensuite, s'ils sont susceptibles de modifier de manière radicale le schéma actuel de distribution.

2. LES PARTIES.

a. LES CONSOMMATEURS.

Les problèmes juridiques qui découleront de la mise en oeuvre des SIR résultent donc d'une interaction entre quatre groupes distincts, le premier d'entre eux étant constitué par les consommateurs. Il s'agit des personnes s'informant sur un produit de transport aérien et/ou comptant acheter pareil produit⁴. Même si ce groupe constitue la source originelle de l'ensemble des revenus de l'industrie, son interaction avec les autres groupes est assez limitée, puisque le consommateur se contentera de décider s'il désire acquérir le billet au tarif qui lui sera proposé par l'agent ou, plus rarement, par la compagnie aérienne, s'il a choisi de s'adresser directement à elle.

b. LES VENDEURS DE SIR.

Parfois appelés serveurs, il s'agit des propriétaires d SIR qui ont mis un système sur le marché en vue de son exploitation. De nos jours la propriété exclusive d'un SIR n'existe, pour ainsi dire, plus. Même SABRE, qui fut longtemps la propriété d'un seul transporteur, à savoir American Airlines⁵(American), a vu son capital se diversifier⁶.

⁴ Règlement (CEE) n°3089/93 du Conseil du 29 octobre 1993 modifiant le règlement (CEE) n°2299/89 instaurant un code de conduite pour l'utilisation de SIR, JOCE, L278 (11 novembre 1993): Article 2.m)

(Ci-après: Code UE)

⁵ LYLE, C., *Computer-age vulnerability in the international airline industry*, Journal of Air Law and Commerce, Vol.5, n°1 (1988) p.163, (Ci-après: *Computer-age*)

Quand un transporteur est propriétaire en tout ou en partie d'un SIR, on le qualifiera de transporteur associé⁷.

c. LES AUTRES TRANSPORTEURS.

Il s'agit ici des compagnies aériennes n'étant pas propriétaires du SIR concerné, ceci comprenant donc également les transporteurs qui seraient associés dans un autre SIR. Ce troisième groupe peut être subdivisé en deux catégories, à savoir, d'une part les transporteurs participants, c'est-à-dire ceux qui ont conclu avec le vendeur un accord tendant à la distribution de leurs produits⁸ par l'intermédiaire du SIR concerné, et ce, quel que soit leur niveau de participation, et d'autre part les transporteurs non participants dont les routes et les horaires seront ou non incorporés dans le système⁹, compte tenu du bon vouloir du vendeur. Un vendeur pourra en effet intégrer dans son SIR des informations concernant un transporteur non participant s'il estime que la présence de telles informations dans son système le rendra plus attractif auprès d'éventuels abonnés.

d. LES ABONNES.

Ce seront, dans la majorité des cas, des agences de voyage, mais aussi parfois des entreprises. Les contrats qu'ils signent avec les vendeurs portent, moyennant le paiement de frais d'abonnement, sur l'utilisation du système ainsi que sur la location du matériel informatique nécessaire à sa mise en oeuvre. Notons tout de même que la tendance actuelle va vers l'acquisition de ce matériel, et non plus sa location. En ce qui concerne les agences de voyage, elles tirent leurs revenus des commissions qui leur sont payées par les transporteurs, chaque réservation sur un de leurs vols donnant lieu au paiement de pareilles commissions. D'un rôle secondaire, les agences de voyage sont, depuis la déréglementation aux Etats-Unis, passées à l'avant-plan de la distribution des produits de transport aérien. Cette évolution a joué un rôle considérable dans la problématique des SIR. Ce rôle a longtemps été largement ignoré

⁶ 62 Fed. Reg. (September 10, 1997). p.47607

⁷ Code UE. Article 2.i), (Supra note 4)

⁸ Ibid., Article 2.k)

⁹ MAGDELENAT, J.L., *Systèmes informatisés de réservations (SIR) et la réglementation de la CEE*, European Transport Law, Vol.24 (1989) p.456, (Ci-après: MAGDELENAT, SIR)

par les diverses réglementations¹⁰. Dans l'état actuel des choses, seul le développement de l'Internet semble pouvoir amener une alternative.

3. LES REVENUS.

Les revenus générés par le SIR au profit du vendeur peuvent être classés en deux catégories.

Premièrement, les revenus directs issus, d'une part des redevances payées par les transporteurs pour les réservations faites sur ses vols grâce au SIR et, d'autre part, les frais d'abonnement payés par les agences de voyage pour l'utilisation du système et, éventuellement, pour la location du matériel informatique¹¹.

Deuxièmement, les revenus indirects découlant du nombre additionnel de réservations effectuées sur les vols des transporteurs associés, en raison de leur qualité de propriétaire de SIR. Il apparaît en effet que les agences ont tendance à faire plus de réservations sur les vols de la compagnie aérienne dont elles utilisent le SIR¹². La cause de cet accroissement n'a jamais été établie avec certitude. La théorie selon laquelle cette augmentation des revenus des vendeurs de systèmes était due exclusivement au biaisage de l'affichage¹³ s'est avérée fausse puisque, malgré l'interdiction du biaisage ce type de revenu a subsisté¹⁴. Selon le Département of Transportation (DOT), ce phénomène découlerait de l'existence de biaisages fonctionnels¹⁵ et des bonnes relations commerciales existant entre le transporteur vendeur de SIR et ses abonnés¹⁶. Quoi qu'il en soit, on peut légitimement penser que ce phénomène va perdre en importance du fait de la complexité croissante de la structure du capital des SIR. Cette complexité rend plus difficile le maintien d'une relation privilégiée avec un des transporteurs associés et moins probable la création de biaisages fonctionnels.

¹⁰ Voir infra:

¹¹ LEAMING, M., *Enlightened Regulation of Computerized Reservations Systems Requires a Conscious Balance Between Consumer Protection and Profitable Airline Marketing*, *Transportation Law Journal*, Vol. XXI, (1993), p. 475, (Ci-après: LEAMING, CRS)

¹² 57 Fed. Reg. (22 September 1992), p. 43810

¹³ Voir infra: p.19

¹⁴ ELLIG, J., *Computer Reservation Systems, Creative Destruction, and Consumer Welfare: Some Unsettled Issues*, *Transportation Law Journal*, Vol. XIX, (1991), p. 303, (Ci-après: ELLIG, CRS)

¹⁵ Voir infra:

¹⁶ 57 Fed. Reg. (22 September 1992), p. 43810

B. HISTORIQUE.

1. EVOLUTION.

a. LES SYSTEMES INTERNES.

Une bonne compréhension des problèmes posés suppose, au-delà de la compréhension du fonctionnement des SIR, un aperçu des données historiques ayant mené à l'industrie telle que nous la connaissons aujourd'hui.

Tout commença aux Etats-Unis vers la fin des années quarante. On assista, à l'époque, à une démocratisation du transport aérien, ce qui entraîna une croissance importante du volume d'informations à traiter. Cette situation eut tôt fait de rendre obsolètes les méthodes de réservation existantes. En effet, le système se caractérisait par une dichotomie entre la gestion des places disponibles, celle-ci se faisant par voie d'inscriptions manuscrites sur des panneaux d'affichage disposés dans les différents bureaux de réservation qui communiquaient entre eux par téléphone ou télex, et le traitement des informations contenues dans le dossier des passagers (P.N.R.), celles-ci étant postérieurement rattachées à la réservation du ou des vols¹⁷. Si, dès les années cinquante, des bandes magnétiques remplacèrent les panneaux d'affichage, la dualité subsistait. La première compagnie à s'attaquer au problème fut American. En collaboration avec IBM, le transporteur développa le système SABER (Semi-Automatic Business Environment Research)¹⁸ qui, à partir de 1965, permit de faire la connection entre les informations contenues dans le P.N.R. et celles relatives à la disponibilité des sièges¹⁹. Notons à cet égard que les fonctions du système se limitaient à la réservation. Suite à ce premier succès, IBM entreprit de vendre son système aux autres transporteurs qui, de leur côté, prirent vite conscience de l'utilité d'un tel système. Ainsi, dès 1965, Eastern Airlines (Eastern) fit aussi appel à IBM pour mettre en place son propre système²⁰. Celui-ci devint rapidement le plus performant de l'industrie. D'autres transporteurs, tels Trans World Airlines (T.W.A.) et United

¹⁷ COPELAND, D.G., McKENNEY, J.L., *Airline Reservation Systems: Lessons from History*, MIS Quarterly (September 1988) p. 354, (Ci-après: COPELAND & McKENNEY, CRS)

¹⁸ Le nom SABER se transforma en SABRE lorsque American et IBM décidèrent d'exercer seuls leurs activités.

¹⁹ COPELAND & McKENNEY, CRS, p.355. (Supra note 17)

²⁰ Eastern-Based PARS

Airlines (United), se lancèrent dans des projets semblables. Ceux-ci se révélèrent être des échecs en raison, notamment, d'une surestimation des capacités technologiques de l'époque, ainsi que d'une sous-estimation des difficultés techniques qu'engendre une telle entreprise²¹. Entre-temps les compagnies disposant de systèmes efficaces eurent tôt fait de découvrir les possibilités que ceux-ci offraient en matière de gestion et de marketing. L'avantage concurrentiel procuré par ces systèmes incita l'ensemble des transporteurs américains à persévérer et, de fait, dès le début des années 1970, toutes les compagnies possédaient un système interne de réservation fiable

b. VERS LES SIR.

Comme nous venons de le voir, l'informatisation des systèmes de réservation ne dépassait pas le cadre de la compagnie aérienne. Il en résultait, en pratique, que l'agence de voyage à laquelle un client s'adressait, devait consulter divers guides contenant les tarifs, et ensuite prendre contact avec le transporteur, par téléphone ou par télex. Ce procédé était fastidieux et l'arrivée du jet et des gros porteurs n'arrangeait rien à la situation.

Dans ce cadre, dès la fin des années 1960, plusieurs initiatives tendant à fournir aux agences de voyage un système informatisé qui modifierait la structure de la distribution dans le secteur, virent le jour. Les premiers projets qui visaient à mettre en place un système commun furent des échecs, soit en raison d'une mésentente entre les différentes parties²², soit en raison d'un refus du Civil Aeronautics Board (CAB)²³ d'octroyer l'immunité quant à l'application des lois antitrust. Ce n'est, finalement, qu'en 1976 que United et American décidèrent individuellement d'étendre leurs réseaux de distribution à un nombre important d'agences de voyage et de départements spécialisés au sein des entreprises²⁴. A cet effet, les compagnies développèrent les SIR et l'on assista à l'essor d'une nouvelle industrie. Notons à cet égard que la différence fondamentale entre un SIR et un système interne de réservation réside dans le fait que le premier permet d'accéder à des informations concernant une

²¹ LUNDSTROM, D.E., *A Few Good Men from Univac*, MIT Press, Cambridge (1987) p.35

²² COPELAND & MCKENNEY, CRS, p. 358, (Supra note 17)

²³ BOUDREAUX, D., ELLIG, J., *Beneficient Bias: The Case Against Regulating Airline Computerized Reservation System*, Journal of Air Law and Commerce, Vol. 57 (1992) p.571, (Ci-après: BOUDREAUX & ELLIG, CRS)

²⁴ BRENNER, M., *Airline Deregulation* (1985) p.65

multitude de transporteurs, ce qui rend les SIR attractifs aux yeux des agences de voyage²⁵.

Par cette intégration verticale les compagnies aériennes ont été à même de renforcer leur contrôle sur le marché des passagers²⁶. Au cours des premières années American et les autres vendeurs de SIR concentrèrent leurs efforts d'expansion sur les régions desservies par leurs propres vols. Rapidement American motivé par sa volonté de freiner l'implantation d'Apollo²⁷, offrit à d'autres compagnies, ne possédant pas de SIR, de se joindre à lui pour

proposer SABRE aux agences de voyage situées en-dehors de son réseau de route²⁸. Cette attitude fut promptement imitée par les autres transporteurs propriétaires de SIR. Les compagnies "hébergées" bénéficiaient, en échange de frais de réservation payés au propriétaire, d'un positionnement préférentiel de leurs vols sur les écrans du SIR.

La déréglementation du transport aérien intervenue aux Etats-Unis en 1978 constitua un autre élément important dans l'évolution de l'industrie des SIR. En effet, celle-ci entraîna une croissance sensible du nombre de routes, une modification fréquente des tarifs, ainsi qu'une augmentation dans la diversité des prix²⁹, en conséquence de quoi le rôle des agences de voyage se trouva renforcé. Elles ne se contentaient plus d'informer leurs clients quant à la disponibilité de sièges, mais elles devaient désormais aussi les guider dans le dédale des tarifs. On assistait à l'avènement des SIR dans la distribution des services de transport aérien.

A la lumière de cette évolution, on peut se demander quelle était l'attitude en Europe. On s'intéressa aux SIR relativement tôt, mais le cadre dans lequel évoluait l'industrie était fort différent de ce que l'on pouvait trouver aux Etats-Unis. Au début des années 1980, étant donné l'absence de concurrence sur le marché européen, les SIR qui y étaient proposés se caractérisaient par leur infériorité technologique ainsi que par l'importance de leur nombre. Sur le territoire de presque chaque Etat on trouvait un système différent. On peut citer, à titre d'exemple, Esterel en France, Start en

²⁵ LOCKE, L. G., *Flying the Unfriendly Skies: The Legal Fallout Over the Use of Computerized Reservation Systems as a Competitive Weapon in the airline Industry*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 2 (Spring 1989) p. 219, (Ci-après: LOCKE, CRS)

²⁶ LEAMING, CRS, p. 472, (Supra note: 11)

²⁷ Apollo a été créé par United

²⁸ FAHY, R. J., *Regulation of Computerized Reservation Systems in the United-States and Europe*, Air Law, Vol. XI, n°6 (1986) p. 233, (Ci-après: FAHY, CRS)

Allemagne, Saphir en Belgique et Smart dans les pays scandinaves. Au fil des ans cette multitude a disparu pour laisser la place à Amadeus et Galileo, qui sont désormais des géants de l'industrie.³⁰

2. IMPORTANCE DES SIR.

La solution aux problèmes juridiques découlant de la mise en oeuvre des SIR revêt une importance capitale pour l'ensemble des activités de l'industrie du transport aérien, l'informatisation ayant eu sur celle-ci un immense impact³¹.

Les chiffres sont éloquentes. Aux Etats-Unis, la proportion du nombre de billets, pour des vols internes, a connu une importante croissance depuis la dérèglementation. Ainsi, en 1977, juste avant la dérèglementation, le rapport était de 38%. Ce rapport n'a ensuite cessé de croître. Il était de 53% en 1979, pour passer à 65% en 1982³². En 1987, 92% des ventes des compagnies américaines se faisaient par l'intermédiaire d'une agence de voyage³³, et cette tendance ne s'est, depuis, jamais démentie. Ajoutons à cela, que plus de 95% des agences sont équipées d'au moins un SIR et que, celles qui ne le sont pas se trouvent en général loin des grands centres urbains et /ou sont de petite taille³⁴, leur volume d'affaire étant dès lors, dans la plupart des cas, inférieur à celui d'une agence disposant d'un SIR. Notons aussi que le niveau de concentration varie grandement en fonction du SIR et en fonction du marché géographique sur lequel ce même SIR est mis en oeuvre. Ainsi, cette concentration sera élevée dans les régions proches du ou des "noyaux" d'activité d'un transporteur propriétaire de SIR³⁵. En Europe l'évolution fut comparable puisque, dès le début des années 1990, 80% des réservations de billets d'avion étaient laissées aux bons soins des agences de voyage et 80% de ces réservations se faisaient sur un ordinateur³⁶.

²⁹ COPELAND & MCKENNEY, CRS, p. 362, (Supra note: 17)

³⁰ La position exacte des différents SIR au sein de l'industrie sera traitée dans le chapitre relatif à la structure de l'industrie. Voir infra:

³¹ DONOGHUE, J., WOOSLEY, J., *Over 30 years, widebodies, liberalization and CRS recast the industry. Key challenges: Catering to a growing leisure market and containing costs*, Air Transport World (May 1994) p. 36

³² CAB, Order 82-12-85, *Competitive Marketing Investigation*, (16 December 1982)

³³ LEAMING, CRS, p.472, (Supra note 11)

³⁴ KLEIT, A. N., *Computer Reservations Systems: Competition misunderstood*, The Antitrust Bulletin, (Winter 1992), p. 839, (Ci après: KLEIT, CRS)

³⁵ LOCKE, CRS, p. 221, (Supra note 25)

³⁶ MAGDELENAT, SIR, p. 455, (Supra note 9)

Cette influence n'a pas toujours été pressentie. Ainsi, les partisans de la dérèglementation invoquaient fréquemment, à l'appui de celle-ci, que le marché du transport aérien constitue un "marché contestable". Selon cette théorie économique, même dans les cas où le nombre de concurrents est faible, les prix et le service demeureront compétitifs en raison de la crainte de l'arrivée de nouveaux concurrents aux conditions plus attractives pour le consommateur³⁷. L'applicabilité de cette théorie requiert que trois conditions soient réunies:

.1° Les concurrents potentiels doivent avoir accès à la même technologie que les agents économiques occupant déjà le marché.

.2° Ils doivent pouvoir pénétrer le marché et être capables d'en sortir sans que l'opération n'entraîne pour eux de coûts trop élevés.

.3° Ils doivent pouvoir maintenir des prix plus bas que ceux des concurrents déjà positionnés sur le marché, et ce pendant une période suffisamment longue pour pénétrer le marché et y établir une réputation³⁸.

Nombreux étaient donc ceux qui pensaient que l'industrie du transport aérien réunissait ces conditions. Selon eux, une petite compagnie disposant de quelques appareils pourrait s'implanter et, éventuellement, se retirer du marché à moindres coûts³⁹, assurant ainsi le jeu de la concurrence. Il n'en fut rien, notamment en raison de l'importante évolution apportée par les SIR dans le schéma de distribution. En effet, il faut, dans l'état actuel des choses, tenir compte des coûts qu'implique l'établissement d'un nom et d'une réputation, de ceux découlant de la communication des informations relatives aux tarifs et aux services, et, enfin, de ceux qu'implique l'élaboration d'une relation suivie avec les agences de voyage afin que celles-ci vendent les services proposés par les transporteurs concernés⁴⁰. Tous ces éléments étant étroitement liés à la mise en oeuvre des SIR, on voit dès lors aisément l'importance de leur influence, tant comme méthode de distribution que comme arme au service de la concurrence. Tout dysfonctionnement des SIR aura donc des répercussions immédiates sur l'ensemble de l'industrie, ceci justifiant l'attention qu'il

³⁷ BRENNER, M., *Airline Deregulation - A case study in public policy failure*, *Transportation Law Journal*, Vol. 16 (1988) p. 193, (Ci-après: BRENNER, *Deregulation*)

³⁸ EVANS, CRS, p. 6, (Supra note 1)

³⁹ BRENNER, *Deregulation*, p. 194, (Supra note 37)

faut porter aux problèmes juridiques découlant des relations entre les différentes parties impliquées dans l'industrie des SIR.

C. STRUCTURE DE L'INDUSTRIE.

1. PREAMBULE.

La structure de l'industrie des SIR a pour caractéristique d'évoluer à un rythme soutenu. Au début de leur développement, le nombre de SIR augmenta rapidement, chaque transporteur désirant, soit à titre exclusif, soit avec un nombre limité de partenaires, acquérir la propriété d'un tel système. Aux Etats-Unis, cette attitude était largement motivée par l'avantage concurrentiel que l'on attachait à la propriété des systèmes. En Europe, si les SIR étaient souvent rattachés à une seule compagnie aérienne, c'est aussi en raison du protectionnisme étatique, la plupart des SIR étant la propriété des compagnies nationales. La tendance s'est ensuite modifiée, les capitaux des SIR s'ouvrant progressivement à un plus grand nombre d'entreprises, compagnies aériennes ou autres. On évolua vers une internationalisation, et une concentration de l'industrie. Ces changements sont dus, en partie, à la réglementation de l'industrie des SIR un peu partout dans le monde. Si l'influence de la réglementation est difficilement quantifiable à posteriori, on peut faire remarquer qu' en 1988, lorsque seuls les Etats-Unis avaient adopté des règles en la matière, il y avait encore environ soixante SIR différents de par le monde⁴⁰. Ce nombre a décliné de manière sensible tout au long des années 1990 et il y a peu de chance que la tendance s'inverse⁴². On ne compte plus aujourd'hui que quatre SIR opérant à l'échelle mondiale et une poignée d'entre eux se limitant à des marchés régionaux. Pour évaluer l'importance d'un SIR sur le marché, la méthode la plus fréquemment utilisée consiste à compter le nombre d'abonnés. Une autre méthode consiste à comparer le nombre de terminaux reliés à un système. La place d'un SIR dans le classement pourra varier en fonction de la méthode utilisée,

⁴⁰ LEVINE, M. E., *Airline Competition in Deregulated Markets: Theory, Firm Strategy, and Public Policy*, Yale Journal on Regulation, Vol. 4 (1987) p. 421

⁴¹ LYLE, *Computer-age*, p. 163, (Supra note 5)

⁴² Ceci est dû, d'une part à la difficulté technique et aux investissements faramineux qui seraient nécessaires pour mettre sur le marché un SIR concurrentiel, et d'autre part, à l'émergence des réseaux informatiques comme moyen de distribution susceptible de concurrencer les SIR.

compte tenu du fait que les abonnés importants utilisent un plus grand nombre de terminaux.

2. LA STRUCTURE DE L'INDUSTRIE DANS LES ANNEES 1990

a. AMADEUS.

Depuis sa fusion en 1995⁴³ avec System One⁴⁴, à l'époque propriété de Continental, Amadeus a continué à accroître ses parts de marché quant au nombre de souscripteurs. Ceux-ci étaient au nombre de 39,583 en octobre 1996, ce qui équivalait à 27% du marché⁴⁵. La fusion, qui intervint après l'échec des négociations avec Sabre⁴⁶, ne permit cependant pas à Amadeus de prendre la première place quant au nombre de terminaux installés puisque avec 111,434 unités, il demeure devancé par Galileo International et Sabre⁴⁷. Notons que, si à l'échelon mondial cette domination n'est pas écrasante, Amadeus règne en maître sur la majorité des marchés européens⁴⁸ ainsi que sur le marché sud-américain⁴⁹.

b. GALILEO INTERNATIONAL.

Galileo International⁵⁰ est né en 1993 de la fusion entre Covia, filiale de United qui exploitait Apollo, et Galileo⁵¹. Dans le chef des compagnies européennes, on peut légitimement penser que cette fusion était en partie motivée par une volonté d'être plus rapidement à même de proposer de nouveaux produits sur le marché des SIR⁵². La fusion amena Galileo International à être le leader du marché global des SIR, mais

⁴³ Avant la fusion, le capital d'Amadeus appartenait à Air France, Iberia, Lufthansa et Amadeus Data Process à concurrence de 25% chacun.

⁴⁴ T.D.R., *Annual survey of worldwide CRS: Amadeus widen lead over other systems*, (November 21, 1996) p. 4. (Ci-après: T.D.R., *Annual survey*)

⁴⁵ Ibid., p. 4

⁴⁶ HUMPHREYS, B., *Do airlines still need to own CRSs?*, *The Aviation Economist* (April 1994) p. 13, (Ci-après: HUMPHREYS, *Airlines*)

⁴⁷ T.D.R., *Annual survey*, p. 4, (Supra note 44)

⁴⁸ T.D.R., *Amadeus continue dominance of European CRS market*, (February 29, 1996) p. 5

⁴⁹ T.D.R., *Annual survey*, p. 5, (Supra note 44)

⁵⁰ En 1994, le capital se structurait comme suit: United 38%, US Air 11%, Air Canada 1%, British Airways 14,7%, Swissair 13,2%, KLM 12,1%, Alitalia 8,7%, Olympic 1%, Austrian 0,1%, Air Portugal 0,1%, Aer Lingus 0,1%. Les parts de British Airways s'élevaient à 25,7% en y incluant celles de US Air.

⁵¹ HUMPHREYS, *Airlines*, p. 13, (Supra note 46)

⁵² Ibid., p. 14

maintenant avec ses 31,055 abonnés, soit environ 22% du marché, il a rétrogradé à la seconde place⁵³. Il est intéressant de noter qu'il s'agit du premier SIR opérant à l'échelle mondiale à enregistrer une diminution du nombre global de ses abonnés. Cette réduction est intervenue essentiellement aux Etats-Unis et sur le marché européen⁵⁴. Galileo maintient néanmoins une position de force en Extrême-Orient et demeure le SIR prédominant en Afrique et au Moyen-Orient⁵⁵.

c. SABRE.

Longtemps propriété exclusive de AMR Corporation, Sabre occupe la troisième place avec ses 30,604 abonnés qui représentent environ 22% du marché⁵⁶. Les Etats-Unis restent pour Sabre le marché de prédilection, loin devant la concurrence. On y trouve plus de la moitié de ses abonnés. Déjà très présent sur le marché d'Extrême-Orient, Sabre a décidé d'acquérir 25% du capital d'Access, jusque là propriété exclusive de JAL.

d. WORLDSPAN.

Sensiblement plus petit que les précédents, il est la propriété de Delta Airlines (Delta), Northwest Airlines (Northwest), Trans World Airlines (TWA) et d'Abacus⁵⁷. Worldspan détient actuellement 11% de parts de marché, avec près de 1600 abonnés de par le monde. Le plus gros de son activité se concentre aux Etats-Unis et en Europe⁵⁸. A cet égard, notons que Worldspan s'est montré particulièrement actif sur le marché britannique, face à un Galileo affaibli.

e. LES SIR REGIONAUX.

En Extrême-Orient l'aviation civile connaît une période de développement important et l'industrie des SIR n'échappe pas à la règle. Quatre SIR opèrent exclusivement dans cette région du globe. Abacus⁵⁹ est le seul parmi ceux-ci à avoir des abonnés dans

⁵³ T.D.R., *Annual survey*, p. 4, (Supra note 44)

⁵⁴ Ibid., p. 4

⁵⁵ Ibid., p. 6

⁵⁶ Ibid., p. 5

⁵⁷ ZUR HAUSEN, *CRS*, p. 8, (Supra note 2)

⁵⁸ T.D.R., *Annual survey*, p. 4, (Supra note 44)

⁵⁹ Le capital d'Abacus appartient à une douzaine de transporteurs d'Asie et du Pacifique. Avec ses 6,600 abonnés il détient 5% du marché mondial.

l'ensemble de la région, les autres limitant leurs activités au territoire d'un Etat, à savoir, le Japon pour Axiess⁶⁰ et Infiniti⁶¹, et la Corée pour Topas⁶². Ensemble ils représentent 16% du marché mondial.

Le système GETS a un statut particulier au sein de l'industrie puisqu'il est la propriété de ses quelques quarante-neuf membres⁶³. Gets est une création de la SITA, visant à fournir un réseau de distribution efficace à des transporteurs de pays en voie de développement⁶⁴. Une autre caractéristique du système est qu'il ne contracte pas avec les agences de voyage. Ce sont seulement ses membres qui se chargent de la mise en oeuvre de Gets sur leurs marchés respectifs. Il compte quelque 3000 abonnés qui lui confèrent 2% du marché⁶⁵. Notons pour finir que Gets ne restera sans doute plus longtemps un SIR indépendant. En effet, on parle depuis quelque temps de son rachat imminent par un autre SIR, le candidat le plus sérieux semblant être Galileo⁶⁶. Cela aurait bien sûr pour effet de concentrer encore plus le marché des SIR.

⁶⁰ Avec 6,696 abonnés regroupés sur le seul territoire japonais Axiess a environ 5% du marché mondial.

⁶¹ Infiniti a quant à lui 4% du marché mondial avec 6,200 abonnés

⁶² Topas a 2,439 abonnés, ce qui équivaut à 2% du marché mondial.

⁶³ T.D.R., *Galileo poised to acquire GETS Marketing Company*, (December 19, 1996) p. 1

⁶⁴ MAGNAY, K., *CRSs extend global ties*, *Aviation Informatics* (July/ August/ September 1993) p. 5

⁶⁵ T.D.R., *Annual survey*, p. 4, (Supra note 44)

⁶⁶ T.D.R., *Galileo set to increase airline fees 3%; mulls multi-host system*, (February 27, 1997) p. 1

III. LES PROBLEMES JURIDIQUES.

A. INTRODUCTION.

Compte tenu de l'importance du rôle des SIR, les problèmes juridiques émanant des relations entre les diverses parties impliquées méritent toute notre attention. Remarquons tout de même que, malgré les critiques faites aux vendeurs, si les avantages procurés par les SIR ne dépassaient pas les inconvénients, cela fait longtemps que ceux-ci auraient disparu. Soulignons que, grâce aux SIR, les agences de voyage ont vu diminuer par trois le temps nécessaire pour effectuer une réservation, ce qui s'est traduit par une augmentation de leur productivité⁶⁷ et, par voie de conséquence, par un accroissement de leurs revenus. Les passagers, quant à eux, bénéficient aussi de cette rapidité, ainsi que d'un accès facilité à la masse d'informations constituée par les différents horaires et tarifs. Enfin, les transporteurs y trouvent un moyen efficace et fiable de distribuer leurs produits.

B. BIAISAGE DU SYSTEME.

1. PROBLEME CRUCIAL.

Le biaisage des différents systèmes, qui fut l'une des causes essentielles de la réglementation de l'industrie des SIR, a depuis perdu beaucoup de son importance et ce, probablement, en raison de la dite réglementation. Comme nous le verrons plus loin, un résultat semblable aurait sans doute pu être atteint par d'autres moyens⁶⁸.

Le biaisage d'un système suppose une manipulation des informations contenues dans le SIR de manière à ce que les informations apparaissant sur l'écran du terminal favorisent les vols d'un ou plusieurs transporteurs par rapport aux autres transporteurs⁶⁹. Quand un SIR était la propriété d'une unique compagnie, c'était

⁶⁷ On parle d'une augmentation pouvant atteindre les 40%.

⁶⁸ Voir infra: pp. 25 - 44

⁶⁹ SAUNDERS, D., *The Antitrust Implication of Computer Reservations Systems*, The Journal of Air Law and Commerce, Vol. 51 (1985-1986) p. 180, (Ci-après: SAUNDERS, CRS)

manifestement celle-ci qui bénéficiait de la manipulation; mais à partir du moment où la propriété se partage entre plusieurs transporteurs, plus ceux-ci seront nombreux, moins le biaisage paraît probable. Or, nous le savons, la propriété exclusive n'existe pour ainsi dire plus dans l'industrie des SIR. C'est ici que l'on voit l'influence de la réglementation dont nous venons de parler, puisque l'on peut légitimement penser que c'est la réglementation du biaisage qui a réduit l'intérêt qu'une compagnie aérienne pouvait avoir dans la propriété exclusive d'un SIR, initiant ainsi une tendance vers la propriété multiple, cette dernière éliminant grandement les risques de biaisage. Il y a plusieurs formes de biaisage. On distingue en général deux grandes catégories, à savoir le biaisage de l'affichage et le biaisage architectural, aussi appelé biaisage fonctionnel⁷⁰.

2. BIAISAGE DE L'AFFICHAGE.

Compte tenu du fait que les écrans des terminaux informatiques ont une capacité d'affichage limitée, les informations relatives aux différents vols proposés entre deux points ne sauraient toutes être affichées sur le même écran. Dès lors, l'agent de voyage, voulant prendre connaissance de l'ensemble des possibilités qu'il pourrait offrir à son client, devra faire défiler plusieurs écrans. Ceci ne pose pas de difficultés techniques particulières. Néanmoins, il apparaît comme un fait établi que 90% des réservations effectuées par une agence de voyage le sont à partir du premier écran affiché et, que outre cela, plus de 50% des billets vendus concernent la première option de vol ayant été présentée à l'agent de voyage⁷¹. Ces quelques chiffres permettent aisément de comprendre l'intérêt, dans le chef d'une compagnie aérienne propriétaire de SIR, de s'assurer que ses vols apparaissent aux yeux de l'agent avant ceux de la concurrence⁷². C'est pour atteindre ce résultat que le biaisage interviendra. Voici une liste non-exhaustive de différents types de biaisages de l'affichage:

- Affichage systématique des vols du transporteur propriétaire du SIR sur le premier écran. C'est la forme la plus primaire de biaisage. Il s'agit donc d'un biaisage basé sur

⁷⁰ ELLIG, J., CRS, p. 304, (Supra note 14)

⁷¹ Harvard Law Review, *The Legal and Regulatory Implications of Airline Computer Reservation Systems*, Vol. 103 (1990) p.1932, (Ci-après: H.L.R., CRS)

⁷² FAIR, P., *Anti-Competitive Aspects of Airline Ownership of Computer Reservation Systems*, Transportation Law Journal, Vol. 17 (1989) p. 333, (Ci-après: FAIR, CRS)

l'identité du transporteur. Une variante de ce biaisage existe quand l'affichage se fait en fonction du statut du transporteur. De fait, à une époque, les compagnies ayant payé pour être "co-hébergées" dans le système bénéficiaient d'un traitement préférentiel.

- Retards, voire omissions, d'afficher des informations relatives aux activités de la concurrence, comme ses tarifs par exemple.

- Maintien d'un même numéro de vol pour l'entièreté du voyage, alors que celui-ci implique un changement d'appareil. Ces vols apparaîtront comme ne faisant qu'un et seront donc affichés avant les options impliquant une connection.

- Biaisage relatif aux points de connection. Pour une compagnie pratiquant le système des "noyaux et rayons"⁷³, si son noyau n'est pas repris comme point de connection dans le SIR, tous ses vols nécessitant un transit par son noyau n'apparaîtront pas à l'écran. On imagine facilement le préjudice pouvant découler d'une telle pratique. Ce type de biaisage se distingue du biaisage classique de l'affichage par le fait qu'il ne saurait être découvert par l'agent de voyage faisant preuve de zèle.

- "Remplissage de l'écran"⁷⁴ en vue de faire passer les vols de la concurrence sur un autre écran. Ainsi, dans le cadre des accords de "partage de code"⁷⁵ le même vol s'affichera plusieurs fois à l'écran sous le code des différentes parties à l'accord.

Traditionnellement le plus controversé des biaisages, il n'entraîne plus aujourd'hui que peu de litiges. Ainsi, en Europe, depuis l'entrée en vigueur du premier amendement au code de conduite en décembre 1993⁷⁶, sur les vingt-deux plaintes enregistrées, relatives à une violation du code, si cinq plaintes visaient ce type de biaisage, seules deux d'entre elles aboutirent à ce qu'une modification soit apportée à l'affichage incriminé⁷⁷.

⁷³ "Hub and spoke system"

⁷⁴ "Screen padding"

⁷⁵ "Code sharing"

⁷⁶ Code UE, (Supra note 4)

3. BIAISAGE FONCTIONNEL OU ARCHITECTURAL.

Un biaisage fonctionnel suppose la mise en oeuvre par le SIR de procédés informatiques et de moyens de communication plus rapides et plus fiables ayant pour effet de permettre à l'agent de voyage, soit d'obtenir des informations plus précises quant aux services proposés par le transporteur propriétaire du SIR, soit d'effectuer les réservations sur les vols de cette même compagnie avec une certitude et une rapidité accrue⁷⁸. L'agent sera dès lors tenté d'effectuer un plus grand nombre de réservations sur les vols de cette compagnie. Cette dernière s'assurera ainsi des revenus supplémentaires.

C. CLAUSES CONTRACTUELLES TENDANT A EVITER LA CONVERSION D'UN ABONNE VERS UN AUTRE SIR

1. LA DUREE.

Les vendeurs de SIR ont une tendance certaine à élaborer les clauses des contrats qu'ils signent avec les abonnés de manière à éviter que ces derniers ne passent à un autre système. Les contrats de longue durée constituent un bon moyen de réaliser ce but. Ainsi, imposée à l'origine par les vendeurs et toujours autorisée par la réglementation actuelle⁷⁹, la durée normale d'un contrat est de cinq ans⁸⁰.

2. CLAUSE DE RENOUVELLEMENT.

Afin d'accroître la durée du contrat initial, en évitant ainsi d'avoir à en négocier le renouvellement, ces clauses prévoyaient un renouvellement automatique du contrat dès que l'abonné acceptait d'apporter une amélioration à son équipement

⁷⁷ Proposal for a Council Regulation (EC) Amending Council Regulation (EEC) N°2299/89 on a Code of Conduct for Computerised Reservation Systems (CRSs), (1997), p. 5, (Ci après: Proposition UE)

⁷⁸ DOT, *Airline Marketing and the Need for CRS Rules*, (September 22, 1992)

⁷⁹ DOT, 14 C.F.R. part 255.8(a): Notons qu'auparavant, la durée de ces contrats pouvait atteindre les dix ans.

informatique, soit de par l'acquisition de terminaux supplémentaires, soit par une modernisation du matériel existant⁸¹. Dans de pareilles circonstances, le renouvellement s'opérait pour une période identique à celle du contrat initial.

3. CLAUSES D'USAGE EXCLUSIF OU D'USAGE MINIMUM.

Variantes plus ou moins restrictives d'un même type de clause, une clause d'usage exclusif interdit à l'abonné de souscrire simultanément à plusieurs SIR, alors que la clause d'usage minimum impose à l'abonné d'effectuer un certain nombre de réservations sur le SIR du vendeur dans un délai déterminé, faute de quoi l'abonné est tenu de payer des dommages et intérêts. Sans être une interdiction, ce deuxième type de clause est néanmoins un frein sérieux à la souscription multiple. L'interdiction dont elles font l'objet n'a eu, en pratique, que peu d'effet vu que, même en l'absence de telles clauses, les agences de voyage, dans leur grande majorité, ne souscrivent qu'à un seul système⁸². Cela s'explique par divers facteurs. Parmi ceux-ci, on peut citer le coût de la formation complémentaire du personnel, chaque SIR ayant un mode de fonctionnement distinct, de même que le prix de la location d'un équipement supplémentaire.

4. DOMMAGES ET INTERETS COMPENSATOIRES.

Intervenant en cas de rupture anticipée du contrat par l'abonné, il s'agit d'une pratique courante en droit des contrats. Ces dommages et intérêts visent à protéger le créancier. Dans le cadre de l'industrie des SIR, ils furent vivement critiqués, pas tant dans le principe que dans la manière d'en établir le montant. A cet égard, les clauses qui firent le plus parler d'elles sont celles incluant dans les dommages et intérêts, le montant des frais de réservation perdus par le SIR en raison de la rupture anticipée. La méthode d'évaluation de ces frais de réservation, telle que prévue par les contrats, avait tendance à être par trop généreuse pour le vendeur. Nul doute que les sommes qu'auraient rapportées les ventes, si le contrat s'était poursuivi jusqu'à son terme,

⁸⁰ LEAMING, CRS, p. 487, (Supra note 11)

⁸¹ ELLIG, CRS, p. 305, (Supra note 14)

doivent être prises en compte⁸³. Il appartiendra aux juges d'apprécier si l'évaluation est abusive.

D. RELATIONS ENTRE TRANSPORTEURS PARTICIPANTS ET VENDEURS DE SIR.

1. LES REDEVANCES DE RESERVATION.

A un même niveau de service, différents niveaux de redevances de réservation étaient exigés par les vendeurs. Cette variation était basée sur l'identité du transporteur participant. Le tarif plus ou moins préférentiel dépendait de deux facteurs distincts. Premièrement, le moment auquel le transporteur a commencé à participer au SIR. En effet, au début du développement des SIR, les transporteurs étaient invités à y participer à des conditions préférentielles, d'une part parce que le succès des SIR était loin d'être assuré et, d'autre part, cela rendait les systèmes plus attractifs auprès des agences de voyage⁸⁴. Deuxièmement, en fonction du degré de concurrence existant entre un transporteur et la compagnie propriétaire, les redevances de réservation étaient plus ou moins élevées. Les nouvelles compagnies venant concurrencer le propriétaire se voyaient demander des redevances plus élevées. L'excédent de redevances, par rapport à ce que payaient d'autres transporteurs, pouvait être utilisé par le propriétaire pour verser de plus importantes commissions aux agences de voyage⁸⁵, rendant l'accès au marché plus difficile pour la concurrence. Le fait de demander un prix différent pour un service identique⁸⁶ fut considéré comme une pratique discriminatoire rendue possible par la position dominante du vendeur de SIR sur le marché.

Un problème connexe est celui de la définition d'une réservation. En effet, le transporteur peut-il être tenu de payer des redevances de réservation lorsque celle-ci

⁸² BOUDREAUX & ELLIG, CRS, p. 572. (Supra note 23)

⁸³ H.L.R., CRS, p. 1945, (Supra note 71)

⁸⁴ KLEIT, CRS, p. 845, (Supra note 34)

⁸⁵ Ibid., p. 845

⁸⁶ HOVENKAMP, H., *Economics and Federal Antitrust Law*. (1985) p.338

n'aboutit pas à la vente d'un billet, comme dans le cas de "réservation fictives"⁸⁷? La question des réservations valides et non valides s'est récemment posée devant une juridiction américaine⁸⁸. En l'espèce, Sabre avait introduit une action contre America West Airlines (America West) afin d'obtenir le paiement de trois millions de dollars de redevances de réservation que cette dernière se refusait à payer considérant ces réservations comme non valides. La juridiction texane saisie de la demande donna gain de cause à Sabre. Cette décision ne manqua pas de jeter une certaine panique parmi les transporteurs participants. Elle aura probablement une influence sur la manière dont les accords liant les transporteurs participants et les vendeurs de SIR seront rédigés, et ce afin de clarifier la notion de réservation et préciser les concepts de réservation valide et non valide. Plus de précision dans les contrats apparaît comme la solution la plus évidente à ce type de problèmes! Notons qu'il n'y a pas de raisons valables pour que les transporteurs supportent seuls les charges qu'induisent les "réservations fantômes".

2. CLAUSES DE PARITE.

Forme plus récente de clause, elle consiste en une interdiction faite aux transporteurs participants de choisir un niveau de participation inférieur à celui qu'il pourrait avoir dans un autre SIR. A partir du moment où le niveau de participation imposé au transporteur lui apparaît comme trop contraignant, une clause de parité ne l'empêche aucunement de mettre fin à ses relations contractuelles avec le vendeur⁸⁹. La critique vient du fait que les SIR sont encore considérés comme le moyen de distribution dont aucun transporteur ne peut se passer. Dès lors, le choix entre, d'une part une participation à un niveau au moins aussi élevé que dans les autres SIR et, d'autre part, la cessation de toute participation, est ressenti comme étant de nature à limiter la concurrence sur le marché des SIR. Aux Etats-Unis, une requête introduite par Alaska Airlines auprès du DOT attaque les clauses de parité telles que contenues dans les contrats proposés par Sabre. Le DOT semble vouloir mettre fin au problème en

⁸⁷ Voir infra: p. 54

⁸⁸ T.D.R., *America West loses Sabre lawsuit on booking fees; airlines lament on precedent*, (April 24, 1997) p. 1

⁸⁹ T.D.R. *DOT proposes rulemaking in support of Alaska petition on CRS parity clauses*, (August 15, 1996) p. 6

recourant, un fois de plus, à la voie réglementaire⁹⁰. Remarquons que trois des quatre SIR opérant aux Etats-Unis utilisent de telles clauses dans les contrats qu'ils proposent aux transporteurs.

E. DETOURNEMENT D'UN CLIENT PAR UN SIR AU DETRIMENT D'UN AUTRE SIR.

Les problèmes juridiques entre SIR concurrents ne sont pas monnaie courante. C'est pourquoi, l'action récemment intentée en Floride par System One contre American et Sabre⁹¹ présente un intérêt particulier pour l'ensemble de l'industrie. En l'espèce, le demandeur avait un accord avec Burger King qui prévoyait un certain nombre d'avantages au profit de ce dernier, pour autant qu'il passe par System One pour effectuer ses réservations. Parmi ces avantages on peut, par exemple, citer l'octroi de tarifs préférentiels sur des billets d'avion. Lorsque Burger King décida de mettre un terme à cet accord, System One fut convaincu que cette décision était le résultat d'une conspiration orchestrée par American et Sabre en vue de le priver de son client⁹². C'est donc pour conspiration que le demandeur introduit son action en vue d'obtenir réparation du dommage subi de par la cessation du contrat. A l'heure actuelle, aucune décision n'ayant encore été rendue, on imagine aisément l'anxiété des vendeurs de SIR, des accords comme celui qui liait System One et Burger King étant légion dans l'industrie. Certains, évoquant les nombreuses zones d'ombre existant dans le domaine des pratiques mises en oeuvre par les SIR à l'égard des entreprises qu'ils comptent parmi leur clients, suggèrent, là aussi, l'intervention du DOT⁹³.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ T.D.R., *System One lawsuit against American and Sabre is important to watch*, (April 24, 1997) p. 2. (Ci après: *System One lawsuit*)

⁹² "American and Sabre engaged in a conspiracy to interfere tortiously with System One advantageous business relations with Burger King"

⁹³ T.D.R., *System One lawsuit*, p. 2, (Supra note 91)

F. ACCES AUX INFORMATIONS.

Les informations contenues dans un SIR ont une valeur économique considérable. Ainsi, en observant la manière dont une compagnie aérienne fait varier ses tarifs et ses horaires, on pourra en déduire la stratégie commerciale qu'elle est en train de développer. Il est évident que celui qui a accès à ces données bénéficiera, par rapport au reste de la concurrence, d'un avantage important⁹⁴. De même, les informations relatives aux passagers, et notamment celles contenues dans le PNR, peuvent être utilisées à des fins de gestion ainsi que pour établir des statistiques. Elles peuvent aussi être revendues à des commerçants cherchant à cibler leur clientèle. On comprend donc bien la tentation du transporteur propriétaire de se réserver l'accès à ces données.

Cette question a été traitée par les différentes réglementations par rapport à leurs marchés respectifs. Une controverse subsiste néanmoins quant au transfert d'informations d'un marché à un autre. Ainsi, Sabre et Worldspan se plaignent en Europe de difficultés d'accès aux informations relatives aux transporteurs propriétaires d'Amadeus⁹⁵. Avant cela, les plaintes émanaient des transporteurs européens qui avaient des difficultés à obtenir des informations relatives au marché intérieur américain⁹⁶. Le débat en matière de circulation n'est pas clos.

⁹⁴ LOCKE, *CRS*, p. 222, (Supra note 25)

⁹⁵ T.D.R., *DOJ asks EC to investigate European airlines for anti-competitive practices*, (May 8, 1997) p. 1

⁹⁶ HUMPHREYS, *SIR*, p. 92, (Supra note 3)

IV. SOLUTIONS AUX PROBLEMES JURIDIQUES.

A. APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DES LOIS ANTITRUST.

1. INTRODUCTION.

Notre but sera ici de démontrer que le droit de la concurrence et les lois antitrust offrent des possibilités de protection contre les pratiques des SIR de nature à porter atteinte au libre jeu de la concurrence. Les solutions que nous allons étudier rendaient, à mon avis, inutile l'adoption des diverses réglementations particulières que nous connaissons aujourd'hui.

2. AUX ETATS-UNIS.

a. ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS LE MARCHE CONCERNE.

Le Sherman Act⁹⁷ contient les règles visant à garantir le libre jeu de la concurrence aux Etats-Unis. En son article 2, il interdit la monopolisation ou la tentative de monopolisation par une entreprise⁹⁸. La personne voulant établir la monopolisation⁹⁹ d'un marché devra, premièrement, démontrer que l'entreprise incriminée occupe une position dominante sur le marché concerné et, deuxièmement, que celle-ci a acquis cette position, ou s'y maintient de manière délibérée¹⁰⁰. Il faudra donc prouver l'existence d'une position dominante, élément matériel, qui se caractérise par le pouvoir de contrôler les prix ou d'éliminer la concurrence dans le marché concerné¹⁰¹, ainsi que l'élément intentionnel, qui a pour plus petit dénominateur, le

⁹⁷ 15 U.S.C.

⁹⁸ 15 U.S.C. §2 (1990)

⁹⁹ Les législations américaines et européennes utilisent une terminologie différente pour décrire une situation identique. Dans notre exposé nous utiliseront indifféremment les termes "monopolisation", "abus de position dominante" ou encore "abus de pouvoir de marché"

¹⁰⁰ H.L.R., CRS, p. 1941, (Supra note 71)

¹⁰¹ United States v. Grinnell Corp., 384 U.S., p. 563, 571, (1966), (Ci-après: U.S. v. Grinnell)

maintien délibéré de la position dominante¹⁰². Il faudra, enfin, établir les effets anticoncurrentiels de cette position¹⁰³.

POSITION DOMINANTE DANS LE MARCHE CONCERNE:

Le test généralement appliqué¹⁰⁴ en la matière comporte deux volets distincts, à savoir la détermination du marché concerné, élément sur base duquel on appréciera l'ampleur de la domination exercée par l'entreprise incriminée. La détermination du marché concerné implique que l'on identifie le produit ou le service sur lequel il porte, ainsi que son étendue géographique¹⁰⁵

MARCHE CONCERNE:

Marché des services: Dans le domaine des SIR, la définition du service concerné a fait l'objet de controverses. Ainsi, dans *re Air Passenger*¹⁰⁶, deux thèses s'affrontaient. Les demandeurs voulant établir une monopolisation par Sabre suggéraient que le marché visé se composait des agences de voyage ayant souscrit à Sabre¹⁰⁷. Ils avaient donc une vision très restrictive du marché qui aurait inévitablement amené à constater que Sabre possédait près de la totalité du marché¹⁰⁸. Sabre, le défendeur, faisait quant à lui référence à l'ensemble des agences de voyage utilisant un SIR, quel qu'il soit¹⁰⁹. Cela amena la juridiction à s'interroger sur l'existence d'un sous-marché pouvant être considéré comme le marché concerné¹¹⁰, la jurisprudence antérieure¹¹¹ autorisant qu'une seule marque constitue le marché concerné, pour autant que cette marque permette à l'entreprise dominant le sous-marché d'y contrôler les prix et d'en exclure la concurrence¹¹². En l'espèce, bien que, le fait que la majorité des compagnies aériennes participe à plusieurs SIR semblait indiquer que celles-ci considèrent chaque SIR comme un marché distinct¹¹³, la pluralité des SIR limitait Sabre dans sa possibilité

¹⁰² SAUNDERS, CRS, p. 165, (Supra note 69)

¹⁰³ In *re Air Passenger*, 694 F. Supp., p. 1460, (C.D. Cal. 1988), (Ci-après: *re Air Passenger*)

¹⁰⁴ *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d, p. 416 (2d. circ. 1945), (Ci-après: *U. S. v. ALCOA*)

¹⁰⁵ SAUNDERS, CRS, p. 166, (Supra note 69)

¹⁰⁶ *re Air Passenger*, p. 1443, (Supra note 103)

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 1457

¹⁰⁸ IANACONNE, A., VOLONINO, L., *Marginal cost and relevant market determination in information technology antitrust cases*, Rutgers Computer & Technology Law Journal, Vol. 18 (1992)

p. 691, (Ci-après: IANACONNE & VOLONINO, *Antitrust cases*)

¹⁰⁹ *re Air Passenger*, p. 1457, (Supra note 103)

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 1458

¹¹¹ *United States v. CBS Inc.*, 459 F. Supp., p. 832, (C.D. Cal. 1978)

¹¹² *re Air Passenger*, p. 1457, (Supra note 103)

¹¹³ *Ibid.*, p. 1457

de contrôler les prix¹¹⁴. La juridiction décida qu'il s'agissait là d'une question de fait devant être laissée à l'appréciation du jury. Celui-ci n'eut pas l'occasion de se prononcer, un accord étant intervenu entre les parties¹¹⁵. Notons que les deux définitions susmentionnées mettent l'accent sur la fourniture de services aux agences de voyage, ce qui les rend trop restreintes à mon sens. D'autres propositions sont, par contre, bien trop extensives. Celle consistant à définir le marché concerné comme étant celui "des services de distribution de billets d'avion"¹¹⁶ en est un exemple. Une telle définition serait un obstacle difficilement franchissable quant à la constatation d'une monopolisation.

Pour déterminer un marché de produits ou de services, il faut y inclure tout produit ou service pouvant être considéré comme substitut valable¹¹⁷, les possibilités de substitution devant s'apprécier de manière raisonnable¹¹⁸. A titre d'exemple, un service de réservation non informatisé ne pourrait plus actuellement être envisagé comme pouvant raisonnablement remplacer un SIR¹¹⁹. Etant donné l'état actuel du développement des SIR, il nous semble qu'une bonne définition du marché concerné consiste à dire qu'il s'agit du "marché pour les services offerts par les SIR dans le domaine du transport aérien"¹²⁰. Nous excluons donc de ce marché les services de réservation existant sur l'Internet car, outre le fait que les parties impliquées ne sont pas forcément les mêmes, il s'agit, pour le moment, plus d'un nouveau canal de distribution que d'un substitut aux SIR. Nous développons ce point de vue compte tenu de l'état actuel de la situation, mais il est fort probable que dans un avenir proche les services disponibles sur l'Internet puissent effectivement être considérés comme des substituts aux SIR. Qui plus est, cette prise de position intervient dans le cadre précis de la détermination du marché concerné en vue de l'application des lois antitrust, la disponibilité de ces services de réservation sur l'Internet influençant déjà le comportement des vendeurs de SIR.

¹¹⁴ Ibid., p. 1458

¹¹⁵ IANNA CONNE & VOLONINO, *Antitrust cases*, p. 693, (Supra note 108)

¹¹⁶ Telle était la définition proposée par American et United lors de l'élaboration de la réglementation des SIR par le CAB en 1984.

¹¹⁷ SAUNDERS, CRS, p. 167, (Supra note 69)

¹¹⁸ AREEDA, P., HOVENKAMP, H., *Antitrust Law* (1989) p. 431

¹¹⁹ H.L.R. CRS, p. 1941, (Supra note 71)

¹²⁰ COHEN, *The Antitrust Implications of Airline Deregulation*, The Antitrust Bulletin (1982) p. 131

Marché géographique: On le définit en général comme le territoire à l'intérieur duquel une concurrence effective s'exerce entre entreprises concurrentes¹²¹. Cet élément a aussi fait l'objet de controverses, principalement au sein de la doctrine, la jurisprudence semble avoir adopté une position continue. Parmi la doctrine, certains prônent une approche nationale alors que d'autres préconisent une approche régionale. L'intérêt de la question est évident. Moins le marché est étendu, plus les chances de constater l'existence d'une monopolisation seront grandes.

La jurisprudence américaine consacre une approche nationale du marché, soit de l'accord des parties¹²², soit sur base de l'appréciation des juridictions¹²³. Nous n'adhérons pas à ce point de vue. Dans le cadre de la globalisation du commerce, phénomène auquel les technologies de l'information ont grandement participé¹²⁴, si l'on se réfère à notre définition d'un marché géographique, c'est bien l'approche régionale qu'il faut adopter. Il peut paraître contradictoire d'invoquer la globalisation à l'appui d'une conception régionale. Il n'en est rien. La globalisation transcende les frontières nationales en érigeant la réalité économique en principe. Or, comme nous l'avons déjà mentionné¹²⁵, dans l'industrie des SIR, cette réalité présente la forme d'une forte concentration autour des noyaux d'activité des transporteurs vendeurs de SIR, cet état de fait ayant d'ailleurs été reconnu depuis longtemps par le CAB¹²⁶.

Il existe une importante corrélation entre les régions des Etats-Unis où le transporteur vendeur de SIR offre un grand nombre de vols et les régions du pays où une large partie de ses SIR est utilisée¹²⁷. Cette situation est due, en partie, à une tendance qu'ont les transporteurs vendeurs de SIR à ne pas distribuer leurs systèmes là où leur activité en tant que compagnie aérienne est faible¹²⁸. La politique se dégageant de ces éléments se résume à une volonté d'écouler un nombre substantiel de leurs billets par

¹²¹ *United States v. E.I. du Pont de Neumours & Co.*, 351 U.S., p. 392, (1956), (Ci-après: *U.S. v. du Pont de Neumours*)

¹²² *re Air Passenger*, p. 1457, (*Supra* note 103)

¹²³ *United Airlines v. Civil Aeronautics Board*, 766 F. 2d., p. 1107, (7th Cir. 1985)

United Airlines v. Austin Travel Corp., 681 F. Supp., p. 176, (S.D.N.Y. 1988)

re "Apollo" Air Passenger Computer Reservation System, 720 F. Supp., p. 1068, (S.D.N.Y. 1989), (Ci-après: *re "Apollo"*)

¹²⁴ IANNA CONNE & VOLONINO, *Antitrust cases*, p. 681, (*Supra* note 108)

¹²⁵ Voir *supra* note 35

¹²⁶ 49 Fed. Reg., p. 32540 à 32544, (1984)

¹²⁷ FAIR, CRS, p. 336, (*Supra* note 72)

¹²⁸ *Ibid.*, p. 336

l'intermédiaire de leurs propres SIR¹²⁹, s'assurant ainsi un meilleur contrôle de la distribution.

Dans un même courant d'idées, les transporteurs participants ne seront tentés que par la participation au(x) SIR dominant le marché dans les régions où ils concentrent leurs vols¹³⁰.

Nous l'avons déjà dit, l'essor des SIR est étroitement lié à la déréglementation du transport aérien aux Etats-Unis. Cette déréglementation est aussi à l'origine du développement de la méthode d'exploitation des "noyaux et rayons". A notre avis, plus que deux effets distincts, il y a eu interaction entre la mise en oeuvre du système des "noyaux et rayons" et l'expansion des SIR.

De fait, la domination exercée par un transporteur sur un noyau, renforce la domination de son SIR aux alentours de ce même noyau car les agences de voyage de la région auront tendance à considérer un abonnement à ce SIR comme plus avantageux¹³¹. Les avantages perçus par les agences sont divers. Il y a tout d'abord des avantages objectifs tels qu'une fiabilité accrue quant aux réservations et à l'émission des billets, et des informations plus précises quant aux vols¹³². Il y a aussi des avantages à connotation subjective résultant des bonnes relations commerciales se nouant entre l'agence de voyage et le vendeur de SIR.

A la vue de ce que nous venons d'exposer quant au comportement des différentes parties que sont les transporteurs vendeurs de SIR, les transporteurs participants et les agences de voyage, on ne peut nier le caractère régional du marché géographique. Nous insistons sur ce caractère car, selon nous, si la jurisprudence avait adopté une approche régionale, les choses auraient pris un tour fort différent. La démonstration de l'existence d'une position dominante se serait avérée beaucoup plus aisée, rendant par la même inutile l'adoption d'une réglementation particulière.

POSITION DOMINANTE:

Les parts de marché: Parmi les différentes méthodes pouvant être utilisées pour déterminer l'existence d'une domination, une analyse sur base des parts de marché est directement liée à la manière dont est envisagé le marché concerné. Même si elle n'est

¹²⁹ SAUNDERS, CRS, p. 168, (Supra note 69)

¹³⁰ Ibid., p. 168

¹³¹ BRODLEY, F., CHING-TO, A., *Contact Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy*, Stanford Law Review, Vol. 45 (May 1993) p. 1190

¹³² Ibid., p. 1190

plus la seule méthode utilisée, elle demeure néanmoins un des éléments déterminants. En effet, si la possession par une entreprise d'un nombre très important de parts de marché¹³³ n'établit pas *de facto* l'existence d'une position dominante sur le marché concerné, cela amènera cependant les juridictions à interpréter tout acte visant à acquérir ou à maintenir une telle part, comme preuve de l'existence d'une telle position¹³⁴. Dès lors, dans une optique régionale du marché, lorsque le DOJ¹³⁵ constate que dans vingt-neuf zones urbaines des Etat-Unis un SIR détient au moins 40% de parts de marché, les chiffres grimpant à plus de 70% dans cinq de ces zones¹³⁶, la déduction de l'existence d'une position dominante devrait, en principe, s'imposer. Nous utilisons le conditionnel car la jurisprudence en la matière¹³⁷ laisse subsister le doute. Remarquons toutefois que, en général, les juridictions reconnaissent l'existence d'une position dominante lorsque l'entreprise détient, au minimum, 50 à 70% de parts de marché¹³⁸.

Barrières à l'entrée sur le marché: Des parts de marché conséquentes ne sauraient être à elles seules synonyme d'une position dominante si une entreprise concurrente peut aisément pénétrer le marché concerné. Il y a donc lieu de rechercher l'existence d'éléments susceptibles de faire obstacle à la pénétration du marché par la concurrence. Dans le cadre de l'industrie des SIR, l'existence de telles barrières ne fait aucun doute. Premièrement, les coûts de développement et de programmation d'un SIR sont très élevés. Qui plus est, pareil investissement serait à fond perdu si le concurrent venait à quitter l'industrie¹³⁹. Deuxièmement, la taille importante, de nature à permettre des économies d'échelle, ainsi que l'expérience accumulée par les SIR existants, sont autant d'obstacles à de nouvelles entrées sur le marché¹⁴⁰. Troisièmement, on peut faire état des coûts induits par la conversion d'une agence de voyage à un autre SIR. Cela comprend une nouvelle formation du personnel de l'agence, l'acquisition de nouveaux équipements et le paiement de dommages et intérêts compensatoires du fait

¹³³ Il est déjà arrivé que la possession de 70% de parts de marché ne soit pas considérée comme établissant l'existence d'une position dominante.

¹³⁴ *Byars v. Bluff City News Co.*, 609 F., 2d., p. 850 à 853, (6th Cir. 1979)

¹³⁵ SAUNDERS, CRS, p. 171, (Supra note 69)

¹³⁶ FAIR, CRS, p. 339, (Supra note 72)

¹³⁷ *U.S. v. ALCOA*, p. 424, (Supra note 104)

¹³⁸ SAUNDERS, CRS, p. 170, (Supra note 69)

¹³⁹ BOUDREAUX & ELLIG, CRS, p. 572, (Supra note 23)

¹⁴⁰ H.L.R., CRS, p. 1942, (Supra note 71)

de la rupture anticipée du contrat liant l'agence à un SIR¹⁴¹. On imagine bien que ces nombreux frais ne sont pas de nature à encourager le passage à un autre SIR, ou encore la souscription à plusieurs d'entre eux.

Performances économiques: Que ce soit les parts de marché ou les différentes barrières à l'entrée sur le marché, ces critères s'intéressent à la structure du marché¹⁴². Outre cette approche structurelle de la position dominante, on peut également se référer aux performances économiques de l'entreprise en cause¹⁴³. Ainsi, dans plusieurs affaires impliquant la mise en oeuvre des lois antitrust, les demandeurs invoquaient le taux de profit du défendeur comme preuve de l'existence d'une position dominante¹⁴⁴. A ce titre, le maintien de profits supérieurs à la normale a été considéré par la jurisprudence comme indicatif d'une position dominante¹⁴⁵. Notons que les juridictions appréciaient le caractère excessif du profit en tenant compte des risques commerciaux ayant été pris par l'entreprise¹⁴⁶. Cette approche se justifie pleinement.

Dans le cas de *re Air Passenger Computer Reservation System Antitrust Litigation*¹⁴⁷ on utilisa pour la première fois une analyse économique de la pratique du défendeur consistant à fixer ses prix à un niveau sensiblement supérieur à celui de ses coûts marginaux¹⁴⁸, comme élément de preuve de l'existence d'une position dominante. La juridiction fit remarquer le caractère complexe de la détermination du coût marginal et déclara cependant qu'il s'agissait là d'une question de fait qui devait être laissée à l'appréciation du jury¹⁴⁹. La mise en oeuvre de tels critères dans une industrie de fourniture d'informations a fait l'objet de diverses critiques. Une de ces critiques consiste à dire qu'une notion économique aussi complexe que le coût marginal ne devrait pas relever de l'appréciation de simples quidam. Mais, au-delà de cet aspect, c'est le concept économique lui-même qui prête à la critique. Les demandeurs faisaient valoir que le montant des frais de réservation imposés par Sabre

¹⁴¹ MISFUD, P., *Computer Reservations Systems and Automated Market Distribution in a Deregulated Aviation Industry*, *Journal of Law and Technology*, Vol. 1 (1986) p. 153

¹⁴² SAUNDERS, CRS, p. 175, (Supra note 69)

¹⁴³ Ibid., p. 175

¹⁴⁴ IANACONNE & VOLONINO, *Antitrust cases*, p. 682, (Supra note 108)

¹⁴⁵ *re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation*, 481 F., Supp., p. 965, 976, (1979)

¹⁴⁶ *U.S. v. du Pont de Neumours*, p. 404, (Supra note 121)

¹⁴⁷ *re Air Passenger*, p. 1443, (Supra note 103)

¹⁴⁸ "Le coût marginal est l'augmentation du coût total résultant de la production d'une unité additionnelle", ARREEDA, P., TURNER, D., *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, *Harvard Law Review*, Vol. 88 (1975) p.697

¹⁴⁹ LOCKE, CRS, p. 231, (Supra note 25)

aux transporteurs participants étaient largement supérieur aux coûts marginaux du vendeur de SIR, preuve selon eux de l'existence d'une position dominante¹⁵⁰. Nous n'adhérons pas à cette manière de voir les choses car dans le type d'industrie qui nous intéresse, la référence aux coûts marginaux ne nous semble pas judicieuse. En effet, une industrie de distribution de l'information, comme celle des SIR, se caractérise par des coûts fixes élevés et de faibles coûts marginaux. Un accroissement de la demande pour les services d'un SIR n'entraînera pas forcément une augmentation des coûts marginaux. Dès lors, en l'absence d'un accroissement, celui-ci se situera à un niveau inférieur à celui du coût variable moyen et nettement en-dessous du coût total moyen¹⁵¹. Or, une entreprise ne saurait survivre longtemps en pratiquant une tarification à un taux inférieur à celui de son coût total moyen puisque, en ce faisant, elle perdrait de l'argent sur chaque vente d'information. Ce raisonnement justifie, selon nous, que les prix pratiqués par un vendeur de SIR soient sensiblement supérieurs à son coût marginal. Ceci ne veut cependant pas dire que nous nous opposons à la prise en compte de performances économiques dans la détermination de l'existence d'une position dominante. Nous considérons seulement que le critère d'appréciation choisi n'est pas le bon et qu'il conviendrait de le remplacer par celui de coût total moyen, plus en phase avec la réalité d'une industrie de vente d'information.

ABUS DE POSITION DOMINANTE:

La position dominante n'est pas sanctionnable en tant que telle. Pour tomber sous le coup de l'article 2 du Sherman Act, il faudra démontrer que le détenteur de la position dominante a agi de manière anticoncurrentielle, c'est-à-dire de manière à exclure la concurrence¹⁵². Notons que bien sûr toute entreprise qui se respecte a pour but de prendre le dessus sur ses concurrents et que, pour déterminer si un comportement de nature à réduire la concurrence est sanctionnable, il faudra l'apprécier à la lumière de certains facteurs¹⁵³. Ainsi, on vérifiera si le comportement a tendance à accroître les barrières à l'entrée, si elle s'inscrit ou non dans le cadre des pratiques ordinaires au sein de l'industrie, ou encore, si elle est ou non justifiée par des qualités particulières de l'entreprise¹⁵⁴.

¹⁵⁰ IANNA CONNE & VOLONINO, *Antitrust cases*, p. 694, (Supra note 108)

¹⁵¹ Le coût total moyen est la somme du coût variable moyen et du coût fixe moyen.

¹⁵² *United States v. Griffith*, 334 U.S., p. 100, 107, (1948)

¹⁵³ H.L.R., CRS, p. 1943, (Supra note: 71)

¹⁵⁴ *U.S. v. Grinnell*, p. 563, (Supra note: 101)

Une des pratiques les plus critiquées de par sa tendance à élever les barrières à l'entrée est celle du recours aux clauses dont nous avons parlé plus haut¹⁵⁵, dans les contrats liant les vendeurs de SIR et les agences de voyage.

Dans leur appréciation du caractère abusif de ce genre de clauses, les juridictions se sont montrées favorables aux vendeurs de SIR. Ainsi, dans le cas *United Airlines v. Austin Travel*¹⁵⁶, Austin, une agence de voyage de Long Island, faisait valoir dans sa demande reconventionnelle que United tendait à exclure la concurrence par le biais de clauses relatives aux dommages et intérêts compensatoires. En l'espèce, le contrat prévoyait des dommages et intérêts s'élevant à un montant équivalent à 80% de la somme des loyers à échoir jusqu'à la fin du contrat, montant auquel s'ajoutait une somme représentant 50% des frais de réservation qui, selon estimation, auraient été générés par le SIR jusqu'au terme du contrat. La juridiction décida que de telles clauses sont valables et de ce fait susceptibles d'être mises en oeuvre¹⁵⁷.

Dans le cas "*Apollo*" *Air Passenger Computer Reservation System*¹⁵⁸, un certain nombre d'agences de voyage, se basant sur une promesse d'indemnisation faite par System One, mirent anticipativement fin aux contrats qui les liaient à Apollo. Devant la juridiction System One invoqua que les clauses relatives aux dommages et intérêts compensatoires, à l'usage minimum et au renouvellement automatique étaient anticoncurrentielles et que, dès lors, elles ne devraient pas pouvoir être mises en oeuvre¹⁵⁹. La Cour ne suivit pas System One et rendit un jugement sommaire en faveur de Apollo. Elle considéra que les dommages et intérêts prévus par le contrat étaient raisonnables et absolument pas contraires au libre jeu de la concurrence¹⁶⁰. Concernant l'usage minimum, les demandeurs n'ayant pas établi que cette clause était de nature à exclure la concurrence au sein du marché concerné, la Cour conclut qu'il n'y avait pas violation des lois antitrust¹⁶¹. Elle estima qu'il est légitime de la part du vendeur de SIR, afin de garantir son investissement, de s'assurer d'obtenir une certaine partie de

¹⁵⁵ Voir supra: pp.19-20

¹⁵⁶ *United Airlines v. Austin Travel Corp.*, 867 F. 2d., p. 737, (2d Cir. 1989)

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 740

¹⁵⁸ re "*Apollo*", p. 1068, (Supra note 123)

¹⁵⁹ MAHINKA, S., *Vertical Restraints as Exclusionary Practices: Current Issues in Regulated and Deregulated Industries*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, (1990), p. 927, (Ci après: MAHINKA, *Vertical Restraints*)

¹⁶⁰ "En l'absence d'une telle clause, en cas de rupture de contrat, United serait en droit de recouvrir ce qu'elle pouvait légitimement espérer en vertu du contrat" (Traduction libre), re "*Apollo*", p. 1075 et 1076, (Supra note 123)

¹⁶¹ MAHINKA, *Vertical restraints*, p. 928, (Supra note 159)

ce qui constitue sa principale source de revenu, à savoir les réservations effectuées par les agences de voyage¹⁶². Finalement, la Cour rejeta la demande relative aux clauses de renouvellement automatique sur base d'une absence de preuves démontrant que de telles clauses auraient pour effet d'exclure la concurrence ou de permettre un contrôle des prix¹⁶³.

Remarquons ici que les juridictions auront été influencées dans leur appréciation du caractère abusif de ces clauses par leur approche nationale du marché géographique. Nous pensons que même dans le cadre d'une approche régionale, telle que nous la préconisons, l'orientation des décisions aurait dû être identique.

Nous estimons que, concernant les clauses contractuelles liant les vendeurs aux abonnés, la constatation d'un abus de position dominante ne devra intervenir qu'en cas d'extrême gravité. Nous pouvons avancer deux raisons à cela.

La première présente plusieurs aspects et est spécifique aux relations entre l'agence de voyage et le vendeur de SIR. Contrairement aux compagnies aériennes qui sont, encore de nos jours¹⁶⁴, obligées de participer à tous les SIR existant dans les régions où leurs billets sont vendus afin de demeurer concurrentielles sur le marché, les éléments guidant une agence de voyage dans le choix d'un SIR particulier tiennent plus de la convenance personnelle puisque, primo, comme nous venons de le dire, la grande majorité des compagnies aériennes participe à plusieurs SIR et que, secundo, en l'absence d'une clause d'exclusivité, rien n'interdit à une agence de voyage de s'abonner à plusieurs SIR. Les clauses d'exclusivité représentent l'exemple type de clauses que nous estimons susceptibles d'être sanctionnées sur base de l'article 2 du Sherman Act, leur prohibition par une réglementation particulière semblant, dès lors, inutile.

La seconde a un caractère général et devra être prise en considération chaque fois que l'on est amené à apprécier si le comportement du vendeur de SIR est de nature à exclure la concurrence. Le développement des technologies de l'information a eu un effet important sur le monde de l'entreprise. Ces nouvelles technologies ont modifié, tant le mode de fonctionnement de l'entreprise que leur champ d'activité avec, à

¹⁶² re "Apollo", p. 1077. (Supra note 123)

¹⁶³ Ibid., p. 1077

¹⁶⁴ Cette situation est susceptible de changer dans le futur de par le développement de la vente de billets par l'intermédiaire de l'Internet. Voir infra: pp.107-114

l'arrivée, une transformation du paysage concurrentiel¹⁶⁵. Les firmes maîtrisant les technologies de l'information jouissent d'un contrôle accru et d'une meilleure faculté de réponse aux changements intervenant au sein d'une industrie¹⁶⁶. Les vendeurs de SIR ayant perçu suffisamment tôt l'intérêt de ceux-ci font, sans nul doute, partie de ces firmes; ce qui leur permet de diminuer leurs coûts et d'accroître leurs bénéfices et parts de marché. Ils ont dès lors bénéficié d'un outil stratégique, fruit d'une application novatrice de la technologie disponible¹⁶⁷, leur permettant d'établir un avantage concurrentiel par rapport aux entreprises n'ayant pas pris assez vite conscience de la nécessité pour eux de posséder cet outil. Les retardataires voulant prendre le train en marche se trouvaient donc confrontés aux coûts importants qu'implique la création d'un SIR. Face à de telles dépenses, l'attitude la plus sécuritaire consiste à s'assurer un nombre important de clients¹⁶⁸. Pour ce faire, les entreprises devront, au sein de l'industrie, fusionner ou créer des joint ventures, faute de quoi elles seraient amenées à mettre fin à leurs activités. Ce processus entraîne une concentration au sein de l'industrie, ainsi qu'une augmentation des parts de marché¹⁶⁹. Cette modification dans la structure du marché amène aussi les entreprises bien implantées à lutter pour préserver leurs parts de marché.

On peut ici faire état des clauses contractuelles liant les vendeurs de SIR aux agences de voyage. Elles ont justement pour but de les assurer d'une clientèle importante. Cette attitude est justifiée par le fait que lorsqu'une avancée technologique est devenue la norme dans une industrie, l'avantage concurrentiel qu'elle procurait disparaît et il faudra dès lors apporter de nouvelles innovations technologiques pour regagner l'avantage perdu. Or, le développement de ces innovations technologiques requiert également des sommes importantes que les entreprises entendent se procurer par le biais de leur clientèle. Cette pratique doit être appréciée dans une optique proconcurrentielle. Les marchés des technologies de l'information sont des marchés dynamiques qui évoluent rapidement, une nouveauté n'en restant jamais longtemps une. Le mécanisme concurrentiel que nous venons d'exposer induit que les concurrents remplacent rapidement une innovation par une autre, afin de demeurer

¹⁶⁵ MOSCO, V., *Introduction: Information in the Pay-Per Society*, The Political Economy of Information, Ed. Vincent Mosco et Janet Wasko (1988) p. 3 à 26

¹⁶⁶ IANNA CONNE & VOLONINO, *Antitrust cases*, p. 682, (Supra note 108)

¹⁶⁷ Ibid., p. 710

¹⁶⁸ Ibid.

compétitifs. Les périodes d'équilibre et de déséquilibre se succéderont ici à un rythme plus élevé que dans les autres industries. C'est pourquoi, lorsqu'une juridiction est amenée à se prononcer sur un abus de position dominante, il faudra, en analysant le comportement des vendeurs de SIR, qu'elle tienne compte de cette dynamique du marché qui impose à ses participants des innovations, nécessitant de lourds investissements, de manière plus fréquente qu'ailleurs.

Les redevances de réservation, demandées aux transporteurs participants par les vendeurs de SIR, ont également fait l'objet de critiques. Nous envisagerons plus loin¹⁷⁰ l'influence qu'elles sont susceptibles d'exercer sur le marché du transport aérien, mais examinons d'abord leur rôle éventuel sur le marché des SIR. Ces redevances sont, selon nous, de nature à élever les barrières quant à l'entrée sur le marché des SIR. En effet, si leur montant est fixé à un taux excessif, les sommes ainsi récupérées pourraient servir à proposer aux agences de voyage des tarifs préférentiels pour la location du matériel informatique, ou encore, si le vendeur de SIR est aussi un transporteur, à leur verser des commissions plus importantes que les autres transporteurs. Il devient alors très difficile, pour un vendeur potentiel, d'arriver à concurrencer les prix des vendeurs déjà établis. Ce sera d'autant plus difficile si le vendeur potentiel est lui même un transporteur ayant à supporter la charge des redevances excessives. Dès lors, comme pour la détermination de l'existence d'une position dominante, nous suggérons que le caractère abusif des redevances de réservation, de nature à exclure la concurrence, de par l'accroissement des barrières à l'entrée, s'apprécie eut égard au coût total moyen du vendeur de SIR.

THEORIES DERIVEES:

Basées sur un abus de position dominante, ces théories s'intéressent à l'utilisation faite d'une position dominante sur un marché pour influencer un marché connexe. L'application de ces théories suppose donc que l'on se trouve dans une situation d'intégration verticale¹⁷¹, ce qui est bien le cas en matière de SIR puisque, nous le savons, ceux-ci sont, le plus fréquemment, la propriété de compagnies aériennes.

¹⁶⁹ GOODMAN, P., *Technology and Organizations* (1990) p.135

¹⁷⁰ Voir infra: pp. 74-76

¹⁷¹ MAHINKA, *Vertical restraints*, p. 925, (Supra note 159)

THE MONOPOLY LEVERAGING THEORY:

Selon cette théorie, une entreprise ne peut utiliser, de manière illégitime, sa position dominante, au sein d'une industrie, pour acquérir un avantage concurrentiel injustifié au sein d'une autre industrie¹⁷². Elle a été admise par des juridictions du second et du sixième circuit¹⁷³, mais rejetée par le neuvième circuit, dans une affaire impliquant les SIR¹⁷⁴. En l'espèce, les demandeurs, à savoir Alaska Airlines, Southwest Airlines et Northwest Airlines, invoquaient que les pratiques de Sabre et d'Apollo, consistant, selon ces transporteurs, en un biaisage de l'information et une tarification discriminatoire, leurs étaient dommageables et contraires aux lois antitrust. Suite à cet échec, les demandeurs introduirent un recours auprès de la Cour Suprême¹⁷⁵. Celle-ci rejeta le pourvoi, les défendeurs l'ayant convaincu du manque de preuves quant au dommage qu'auraient subi les demandeurs¹⁷⁶. Dès lors, si des preuves suffisantes avaient été apportées à l'appui de la demande, la Cour Suprême aurait peut-être fait application de la théorie. Nous pensons, en tout état de cause, que tel devrait être le cas. Il suffit de rappeler que la raison d'être des lois antitrust est d'assurer le libre jeu de la concurrence sur les marchés américains. Il n'y a donc pas de raison valable pour ne pas sanctionner une entreprise, jouissant d'une position dominante sur un marché, dont les comportements produisent un effet anticoncurrentiel au sein d'un autre marché. Nous l'avons vu, un des critères, pour établir le caractère abusif du comportement d'une entreprise bénéficiant d'une position dominante, consiste à vérifier si ce comportement peut se justifier par les qualités particulières de l'entreprise incriminée. Or, quand des compagnies aériennes obtiennent, de par un comportement anticoncurrentiel dans l'industrie des SIR, des avantages concurrentiels au sein de l'industrie du transport aérien, cela ne correspond pas à un avantage légitime qui trouverait sa source dans des qualités propres à ces compagnies. Nous maintenons qu'il faut apprécier le comportement des SIR avec une certaine latitude, mais lorsqu'un abus est constaté, il doit être sanctionné. Voilà pourquoi nous voyons en cette théorie un moyen valable pour lutter contre certaines pratiques des transporteurs

¹⁷² LEAMING, CRS, p. 492, (Supra note 11)

¹⁷³ *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d ., p. 263 (2d. circ. 1979)

Kerasotes Michigan Theatres Inc. v. National Amusement Inc., 854 F. 2d., p. 135 (6th circ. 1988)

¹⁷⁴ *Alaska Airlines v. United Airlines*, 948 F. 2d., p. 536 (9th circ. 1991)

¹⁷⁵ *Alaska Airlines v. United Airlines*, 112 S. Ct., p. 1603 (1992)

¹⁷⁶ *Business Travel News, End of the road for CRS Suit*, (April 20, 1992) p. 6

vendeurs de SIR, telles le biaisage de l'affichage ou les redevances de réservation excessives.

DOCTRINE DES FACILITES ESSENTIELLES:

Nous abordons cette doctrine parce qu'il nous semble qu'elle aurait pu se révéler une arme antitrust efficace, notamment en matière de biaisages, de quelque nature qu'il soient, ou encore en ce qui concerne les redevances de réservation excessives. Alors que ces éléments furent l'une des principales causes à l'adoption d'une réglementation particulière, nous pensons que la doctrine des facilités essentielles rendait une telle réglementation superflue. Remarquons que, même après l'adoption de la réglementation, la doctrine reste d'actualité, spécialement en ce qui concerne les biaisages architecturaux. Par ailleurs, le DOT supporte l'application de cette doctrine¹⁷⁷. Elle fut reconnue pour la première fois par la Cour Suprême dans le cas *United States v. St Louis Terminal Railroad Association*¹⁷⁸. Dans cette affaire, la Cour imposa à un holding de compagnies de chemin de fer, possédant tous les ponts menant à la ville de St Louis, d'accorder aux compagnies ne faisant pas partie du holding, un accès *impartial*¹⁷⁹ à ses facilités¹⁸⁰.

En cas d'application de la doctrine, pour établir une violation du droit antitrust, le demandeur doit établir: " le contrôle d'une facilité essentielle par le détenteur d'une position dominante; que le concurrent ne peut pratiquement ou raisonnablement reproduire la facilité essentielle; le refus opposé au concurrent quant à l'utilisation de la facilité et, la possibilité de fournir la facilité"¹⁸¹.

Une facilité sera considérée comme essentielle si une entreprise ne peut, sans accès à la facilité, participer de manière représentative au jeu de la concurrence dans le marché sous-jacent¹⁸².

En ce qui concerne la possibilité de reproduire la facilité, on ne l'appréciera pas seulement en fonction de critères techniques. On tiendra aussi compte des possibilités économiques de l'entreprise et du temps nécessaire à la reproduction de la facilité¹⁸³.

¹⁷⁷ DOT, *Airline Marketing and the Need for CRS Rules*, (September 22, 1992)

¹⁷⁸ *United States v. St Louis Terminal Railroad Association*, 224 U.S., p. 383 (1912), (Ci-après: *U.S. v. St Louis Terminal*)

¹⁷⁹ Nous insistons sur le terme

¹⁸⁰ *U.S. v. St Louis Terminal*, p. 410

¹⁸¹ *MCI Communication Corp. v. American Tel. & Tel. Co.*, 701 F. 2d., p. 1132 - 1133 (7th circ. 1983)

¹⁸² IANNA CONNE & VOLONINO, *Antitrust Cases*, p. 688, (Supra note 108)

¹⁸³ SAUNDERS, *CRS*, p. 186, (Supra note 69)

Le refus ne doit, quant à lui, pas forcément être un refus absolu et peut tout aussi bien être un refus d'accès à la facilité à des conditions raisonnables¹⁸⁴ et impartiales¹⁸⁵.

Il nous semble que le marché des SIR remplit ces conditions. En effet, le recours aux SIR est, encore aujourd'hui¹⁸⁶, indispensable à la grande majorité des compagnies aériennes¹⁸⁷, afin de survivre sur le marché sous-jacent du transport aérien. De plus la création de nouveaux SIR, par des transporteurs non-propriétaires, apparaît comme impossible pour les plus petites compagnies, compte tenu de l'importance des fonds nécessaires, et très improbable pour les plus grosses compagnies, compte tenu du retard accumulé. Reste alors à examiner la question du refus d'accès. A partir du moment où un vendeur de SIR impose des redevances de réservation excessives¹⁸⁸ ou à biaiser son système, on ne pourrait considérer qu'il offre un accès impartial et raisonnable à sa facilité. L'influence de tels comportements sur le jeu de la concurrence au sein du marché du transport aérien nous apparaît comme indiscutable.

Cette doctrine a néanmoins fait l'objet de critiques, tant du point de vue de son principe, que de celui de son applicabilité au marché des SIR.

Quant au principe, il a été dit que la doctrine permet à des concurrents d'éviter tous les risques inhérents au développement d'une innovation, tout en retirant tous les bénéfices¹⁸⁹. Cela aurait pour effet de porter atteinte à la volonté novatrice des entreprises, alors que cette volonté doit justement être protégée par le droit antitrust. Nous ne partageons pas ce point de vue. Certes, nous l'avons déjà écrit¹⁹⁰, il faut inciter l'innovation et la protéger par les lois antitrust, mais nous ne pensons pas que la doctrine des facilités essentielles soit un frein important à l'innovation. Les entreprises visionnaires retireront des avantages concurrentiels de la mise en oeuvre de leurs innovations, en raison, entre autres, de l'avance technologique qu'ils pourront exploiter commercialement, mais il ne faut pas qu'elles en abusent. C'est aussi le rôle des lois antitrust.

Du point de vue de son applicabilité à l'industrie des SIR, on a avancé que l'existence de plusieurs SIR rendait la doctrine inapplicable, un transporteur mécontent pouvant

¹⁸⁴ *Jury Rules Major CRS Did Not Monopolize*, *Aviation Daily*, n° 298 (1989) p. 518

¹⁸⁵ SAUNDERS, *CRS*, p. 186, (*Supra* note 69)

¹⁸⁶ Voir *infra*: p.105

¹⁸⁷ Voir *infra*: p.106

¹⁸⁸ Pour apprécier le caractère excessif on se référera aux principes exposés plus haut

¹⁸⁹ H.L.R., *CRS*, p. 1937, (*Supra* note 71)

¹⁹⁰ Voir *supra*:

changer de SIR¹⁹¹. Mais, la présence de plusieurs facilités au sein du même marché n'enlève rien au fait que chacune d'entre elles est essentielle pour le transporteur¹⁹². Rappelons que la plupart des transporteurs doivent participer à plusieurs SIR pour distribuer efficacement leurs services.

On a aussi dit que dans la majorité des cas dans lesquels une juridiction avait fait application de la doctrine¹⁹³, la facilité essentielle avait été développée par un groupe d'entreprises. Dans une telle situation, les entreprises ayant partagé les risques, on comprendrait mieux qu'on leur impose de donner accès à la facilité aux autres entreprises¹⁹⁴. Les SIR ayant été développés par des entreprises individuelles, l'application de la doctrine ne se justifierait pas. Nous ne souscrivons pas non plus à cet argument. Jamais cet élément de pluralité n'a été mis en avant par la jurisprudence. A notre avis, peu importe le nombre d'entreprises ayant participé au développement d'une facilité, c'est l'usage qui en est fait qu'il faut prendre en considération; à savoir l'utilisation, par un vendeur, de sa position dominante sur le marché des SIR, pour acquérir une position dominante sur le marché sous-jacent du transport aérien¹⁹⁵. La doctrine des facilités essentielles a été invoquée par les demandeurs dans le cas *re Air Passenger*. Ils avançaient que les redevances de réservation qu'on leur demandait étaient excessives et portaient atteinte à leur position concurrentielle sur le marché national du transport aérien¹⁹⁶. La cour éluda la question de la facilité essentielle en se penchant sur le marché sous-jacent. Elle n'y constata pas de position dominante et rendit un jugement sommaire au bénéfice des défendeurs¹⁹⁷. Il n'en demeure pas moins que, selon nous, la doctrine des facilités essentielles est un bon moyen de lutter contre les abus des transporteurs propriétaires de SIR.

¹⁹¹ H.L.R., *CRS*, p. 1938, (*Supra* note 71)

¹⁹² SAUNDERS, *CRS*, p. 186, (*Supra* note 69)

¹⁹³ *U.S. v. St Louis Terminal*, (*Supra* note 178)

Associated Press v. United States, 326 U.S., p. 1 (1945)

¹⁹⁴ H.L.R., *CRS*, p. 1938, (*Supra* note 71)

¹⁹⁵ *re Air Passenger*, p. 1451, (*Supra* note 103)

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 1455-1456

b. LES ENTENTES.

L'article 1 du Sherman Act prohibe les ententes de nature à réfréner le commerce.

Cet article a été invoqué dans le cas "Apollo" Air passenger Computer Reservation System. Le demandeur faisait valoir que les restrictions contenues dans les contrats, passés entre United et ses agents Apollo, constituaient une violation de l'article 1. Pour apprécier s'il y avait eu violation, la juridiction appliqua la règle de raison. En effet, la Cour Suprême a décidé que l'article 1 doit s'interpréter comme interdisant les pratiques réfrénant le commerce de manière déraisonnable¹⁹⁸. En l'espèce, la cour décida, à la lumière de ce test, que les clauses contractuelles incriminées étaient justifiées et ne violaient pas l'article 1. Nous pensons que quand une compagnie aérienne a fait preuve d'esprit d'entreprise en innovant, il faut apprécier son comportement comme on apprécie celui du SIR qu'elle a créé¹⁹⁹; c'est pourquoi nous adhérons à la position de la juridiction. Ceci ne signifie, bien sûr, pas que le transporteur et son SIR doivent être immunisés mais seulement qu'il faut envisager leur comportement en fonction des particularités de l'industrie et de la règle de raison. Notons que, dans le futur, si la propriété des SIR, par des entreprises autres que des compagnies aériennes, tendait à se généraliser, on pourrait envisager des ententes entre les compagnies aériennes et les vendeurs de SIR, mais nous n'en sommes pas encore là.

Examinons maintenant les ententes ou pratiques concertées pouvant survenir entre les autres parties participant à l'industrie des SIR.

Des ententes entre les différents SIR sont peu probables car tant que les transporteurs seront tenus, pour assurer la bonne distribution de leurs services, de participer à l'ensemble des SIR, les vendeurs ne seront pas tentés de recourir à des pratiques concertées, celles-ci ne se révélant pas nécessaires. De plus, les SIR étant, encore une fois, dans la grande majorité des cas, la propriété de transporteurs, il est peu probable qu'ils agissent de concert pour obtenir des avantages dans l'industrie des SIR, si leur comportement est de nature à leur porter préjudice au sein de l'industrie du transport aérien²⁰⁰.

¹⁹⁸ *United States v. Standard Oil*, 221 U.S. 1, p. 60-68 (1911)

¹⁹⁹ Voir *supra*: pp. 34-36

²⁰⁰ ZUR HAUSEN, *CRS*, p. 18, (*Supra* note 2)

En ce qui concerne la relation entre vendeurs de SIR et abonnés, on peut très bien imaginer que des ententes interviennent, notamment par le biais de redevances d'abonnement réduites, afin d'obtenir une position concurrentielle sur le marché des SIR²⁰¹ ou encore, dans le cas de transporteurs vendeurs, pour en retirer des avantages dans le marché du transport aérien.

Enfin, on peut également concevoir que les transporteurs participants s'entendent pour utiliser les informations fournies par les SIR pour fixer les prix sur le marché du transport aérien.

Dans les deux derniers cas envisagés, l'article 1 du Sherman Act devrait constituer une arme efficace au cas où ces situations venaient à se présenter.

3. EN EUROPE.

a. ABUS DE POSITION DOMINANTE.

COMPARAISON:

Nous n'allons pas reprendre, de manière aussi extensive que précédemment, les éléments nécessaires à la constatation d'un abus de position dominante, sanctionné par l'article 86 du Traité de Rome. Nous allons plutôt effectuer une comparaison avec les conditions requises aux Etats-Unis, pour l'application de l'article 2 du Sherman Act. Nous examinerons ensuite l'application jurisprudentielle qui en a été faite.

Les concepts utilisés en Europe sont identiques à ceux utilisés aux Etats-Unis, mais leur appréciation va souvent différer²⁰². Ainsi en va-t-il du marché géographique. La conception régionale, dont nous avons beaucoup parlé, a été adoptée, une partie du territoire d'un Etat membre suffisant à répondre au critère de l'article 86²⁰³.

Concernant la prise en considération des parts de marché, les seuils retenus comme indicatifs d'une position dominante sont différents. En Europe, 60% de parts de marché sont presque toujours suffisants²⁰⁴, alors qu'aux Etats-Unis, s'il y a une chance, on est loin de la certitude²⁰⁵. La capacité d'adopter un comportement de

²⁰¹ Ibid., p. 12

²⁰² WALLER, S., *Understanding and Appreciating EC Competition Law*, Antitrust Law Journal, Vol. 61 (1992) p. 68, (Ci-après: WALLER, *Competition Law*)

²⁰³ Ibid. p. 69

²⁰⁴ *United Brands v. Commission*, 27/76, 1978 E.C.R. p. 207

²⁰⁵ *U.S. v. ALCOA*, p. 424, (Supra note 104)

nature à exclure la concurrence a aussi été consacrée en tant que preuve de l'existence d'une position dominante²⁰⁶.

Compte tenu de ces éléments et de la variété des comportements que sanctionne l'article 86²⁰⁷, il semble que, dans l'état actuel de la situation en Europe, l'on dispose là d'un outil idéal pour lutter contre les problèmes posés par l'exploitation des SIR. La preuve en a d'ailleurs été apportée par l'application qu'en a faite la Commission dans sa décision London European contre Sabena²⁰⁸. En l'espèce, Sabena refusait l'accès de son SIR Saphir, à la compagnie London European, qui exploitait une ligne entre Bruxelles et Luton, si cette dernière refusait de signer un contrat d'assistance au sol de ses appareils par la Sabena²⁰⁹. Saisie sur base de l'article 86, la Commission rendit une décision riche en enseignements. Dans sa détermination du marché de services, la Commission considéra qu'il fallait distinguer deux marchés différents, à savoir, celui sur lequel le vendeur de SIR fournit ses services à un ou plusieurs transporteurs, et celui dans lequel il fournit ses services aux agences de voyage²¹⁰. C'est, selon nous, le seul élément critiquable de la décision. Nous pensons que les vendeurs, les transporteurs participants et les agences de voyage sont trois intervenants économiques participant au même marché²¹¹.

Du point de vue du marché géographique, le territoire belge fut reconnu comme suffisamment substantiel pour être pris en considération.

L'existence d'une position dominante dans le chef de la Sabena fut établie sur base de deux éléments. Premièrement, la quasi totalité des compagnies aériennes opérant à Bruxelles étaient intégrée dans le système Saphir. Deuxièmement, ce système détenait

²⁰⁶ WALLER, *Competition Law*, p. 69, (Supra note 202)

²⁰⁷ Article 86: "(...) Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à: a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions nonéquivalentes, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats". La liste n'est pas exhaustive.

²⁰⁸ London European contre Sabena, J. O., L317/47 du 24 novembre 1988

²⁰⁹ FRUHLING, P., GODFROID, M., *Examen de Jurisprudence: Droit Aérien Communautaire 1986-1992*, Revue de Droit Commercial Belge (1993) p. 484, (Ci-après: FRUHLING & GODFROID, *Jurisprudence*)

²¹⁰ VAN BAEL, I., BELLIS, J-F, *Droit de la concurrence de la Communauté Economique Européenne*, Bruylant (1991) p. 95 et p. 570, (Ci-après: VAN BAEL & BELLIS, *CEE*)

²¹¹ Voir supra p. 27

45% de parts de marché auprès des agences de voyage. Sur environ 140 agences de voyage souscrivant à un SIR, 118 étaient reliées à Saphir²¹².

A la lumière de cette domination, la Commission déduisit le caractère abusif de celle-ci sur base de trois éléments.

D'une part, l'attitude de Sabena tendait, indirectement, à provoquer une augmentation des tarifs de l'autre compagnie, ce qui est contraire à la bonne marche d'un régime de libre concurrence. Notons ici que, quand il s'agit d'appliquer l'article 86, il faut démontrer l'affectation du commerce entre Etats membres. Cette condition est considérée comme remplie, même si le comportement est seulement susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres²¹³.

D'autre part, conformément à l'article 86. b), cette attitude démontrait une volonté de limiter la production, les débouchés ou le développement technique au détriment des consommateurs.

Enfin, il n'y avait aucune connexité entre les contrats de SIR et d'assistance au sol. Qui plus est, cette attitude était de nature à porter atteinte aux échanges entre Etats membres, puisqu'elle tendait à éliminer la concurrence sur la ligne Bruxelles-Londres²¹⁴.

Sur ces bases, la Commission condamna Sabena au paiement d'une amende. Remarquons que la Sabena avait déjà mis fin aux pratiques incriminées avant que la Commission ne rende sa décision. La décision fut donc rendue pour l'exemple. C'était la première fois que le règlement n°17²¹⁵ était appliqué en matière de SIR.

La Commission fut aussi saisie, entre 1985 et 1988, d'un certain nombre de plaintes relatives au biaisage de l'information²¹⁶.

DOCTRINE DES FACILITES ESSENTIELLES.

Comme aux Etats-Unis, c'est sous l'angle de l'abus de position dominante que la doctrine évoque, et a tendance à fonder, la théorie des facilités essentielles²¹⁷, et plus spécifiquement sous l'angle du refus de livrer.

²¹² FRUHLING & GODFROID, *Jurisprudence*, p. 485, (Supra note 210)

²¹³ *Butterworths Competition Law*, Butterworths (1991) Vol. II, Div. VI, p. 324, n° 606

²¹⁴ FRUHLING & GODFROID, *Jurisprudence*, p. 485, (Supra note 210)

²¹⁵ Règlement (C.E.E.) n°17 du Conseil du 6 février 1962 portant application des articles 85 et 86 du Traité de Rome. Journal Officiel, 21 / 2 / 1962. (Ci-après: Règlement n°17)

²¹⁶ TWA, PanAm et Northwest contre la République Fédérale d'Allemagne et Lufthansa; American Airlines contre le Royaume Uni; TWA, Northwest et PARS contre British Airways; Voir MAGDELENAT, *SIR*, p. 462, (Supra note 9)

La jurisprudence, elle aussi, a évoqué la théorie au titre de refus de livrer émanant d'une entreprise dominante et constitutif d'un abus au sens de l'article 86²¹⁸. Dès lors, une entreprise, qui dispose d'une facilité ou d'une infrastructure de nature telle que d'autres entreprises ne peuvent fournir des services à des utilisateurs qu'en ayant accès à cette facilité ou infrastructure, ne peut refuser de mettre ladite facilité ou infrastructure à la disposition de l'entreprise demanderesse²¹⁹. Un pareil comportement de ces opérateurs économiques sera sanctionné parce qu'il produit des effets sur la concurrence en ce qu'il tend à empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché en cause, ou même sur un marché voisin, ou à entraver la vente par ce dernier des biens essentiels, ou encore d'autres biens, qui ne peuvent être vendus sans avoir accès à certains services ou infrastructures considérés essentiels à la vente des dits biens²²⁰. Sera donc aussi sanctionné le fait pour une entreprise qui détient une position dominante sur un marché donné, de par sa possession de biens essentiels, de se réserver, sans nécessité objective, l'activité connexe qui pourrait être exercée par une entreprise tierce dans le cadre de ses activités sur un marché voisin mais distinct, un tel comportement ayant pour seul but d'éliminer la concurrence sur le marché voisin et de renforcer la position dominante, déjà existante, sur le marché d'origine²²¹.

L'affaire London European contre Sabena²²² est un exemple de l'application de cette théorie, Sabena violant l'article 86 en refusant de délivrer l'accès à son SIR. Il apparaît aussi que, comme aux Etats-Unis, l'impossibilité pour un concurrent de développer son activité ou de se maintenir sur le marché, en raison du refus d'accès à la facilité essentielle, ne doit pas forcément être absolue. Elle peut donc n'être que relative. En effet, Sabena n'interdisait pas l'accès à son SIR, mais subordonnait celui-ci à des conditions par trop restrictives, de nature à porter atteinte au libre jeu de la concurrence sur le marché du transport aérien entre Londres et Bruxelles. La théorie

²¹⁷ VAN BAELE & BELLIS, *CEE*, p. 518-519, (Supra note 200); VAN GERVEN, W., *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Handels and economisch recht, Deel II, Mededelingsrecht, B, Kartelrecht, Story-Scientia (1996) p. 415, (Ci-après: VAN GERVEN, *Privaatrecht*); NOUEL, B., *Le droit de la concurrence et les données publiques*, *Computer & Telecoms Law Review*, n° 3 (1996) p. 20, (Ci-après: NOUEL, *Concurrence*)

²¹⁸ *Commercial Solvens c. Commission; Zoja / Commercial Solvens*, Affaires jointes 6 et 7/73, rec., p. 223; JOCE, L 299 du 31 décembre 1972, p. 51

²¹⁹ VAN GERVEN, *Privaatrecht*, p. 514, (Supra note 217)

²²⁰ NOUEL, *Concurrence*, p. 20, (Supra note 217)

²²¹ *Affaire C.B.E.M.*, 311/84, Rec., 1985, p. 3261 et 3278; *Affaire R.T.T. / G.B. - Inno - B.M.*, C-18/88, Rec., 1991, I, p. 5941, 5979 et 5980

²²² Voir supra: p. 43

des facilités essentielles se révèle donc être un instrument efficace, en cas de d'abus commis par les vendeurs de SIR.

b. LES ENTENTES.

L'article 85 du Traité de Rome régleme la question. On y trouve une liste extensive, mais non exhaustive, des accords et des pratiques concertées qu'il tend à réprimer en raison de leur effet sur le commerce entre Etats, ainsi que sur le libre jeu de la concurrence au sein du marché commun. Il y aura une violation de l'article 85 uniquement si l'objet ou l'effet d'un tel accord est de limiter la concurrence au sein de la Communauté, l'endroit où les agissements ont pris place n'étant pas significatif²²³.

La mise en oeuvre de l'article 85 se fait essentiellement via un système de notification à la Commission des accords entre entreprises. Les parties à un accord vont donc le soumettre à la Commission qui se prononcera sur la violation de l'article 85. Les parties chercheront à obtenir, soit une attestation négative²²⁴ qui est une décision formelle de la Commission par laquelle elle constate l'absence de violation, soit une lettre de confort qui, si elle constate la même chose, ne lie cependant pas la Commission²²⁵. Une notification des accords s'impose également si les parties entendent pouvoir bénéficier d'une exemption telle que visée par l'article 85.3°, qui autorise la Commission à exempter de l'application de l'article 85.1°, certains accords individuels, de nature à restreindre la concurrence, lorsque ceux-ci permettent de réaliser d'autres buts importants pour la Communauté²²⁶, tels l'amélioration de la production ou de la distribution, ou la promotion du progrès technique ou économique²²⁷.

²²³ WALLER, *Competition Law*, p. 60, (Supra note 202)

²²⁴ Règlement n°17, Article 2, (Supra note 215)

²²⁵ WALLER, *Competition Law*, p. 61, (Supra note 202); Cette procédure de notification est aussi valable pour ce qui est des comportements susceptibles de violer l'article 86

²²⁶ Règlement n°17, Article 4, (Supra note 215)

²²⁷ Article 85.3°: "(...) les dispositions du § 1er peuvent être déclarées inapplicables: à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, (...), à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Il faut distinguer l'approche de l'article 85.3° de la règle de raison appliquée par la jurisprudence américaine. Aux Etats-Unis, le seul élément pris en compte est l'effet de l'accord examiné sur le jeu de la concurrence. Il ne s'agit pas de déterminer si l'entente est raisonnable eu égard à d'autres facteurs pouvant être bénéfiques pour la société. En Europe, l'article 85.3° ne trouvera à s'appliquer que si l'accord considéré est de nature à violer l'article 85.1°, et non pour apprécier cette nature. Le problème avec l'article 85.3° c'est que, compte tenu du temps nécessaire à l'examen d'un cas et du grand nombre de notifications, la Commission fut dépassée par les événements, perdant du temps sur des accords sans importance alors qu'elle n'en avait pas assez pour d'autres accords aux effets véritablement anticoncurrentiels. Au fil des ans, la Commission réussit néanmoins à développer une expérience lui permettant, d'une part, de formaliser sa méthode de travail selon des procédures standardisées et, d'autre part, de dégager des critères généraux applicables à l'exemption d'accords peu à même de porter atteinte à la concurrence au sein de la Communauté²²⁸. Forte de ces qualifications, la Commission s'est vue autorisée, par le Conseil des Ministres, à adopter des règlements exemptant, en bloc, certaines catégories d'accords entre entreprises, de l'application des règles de concurrence en matière d'ententes²²⁹. C'est dans ce cadre qu'ont été adoptés plusieurs règlements successifs concernant l'application de l'article 85.3° à des catégories d'accords, entre entreprises, portant sur des SIR, pour les services de transport aérien²³⁰. Le premier règlement a été adopté à une époque à laquelle les SIR américains commençaient à pénétrer le marché européen, alors que les SIR développés au sein de la Communauté n'étaient pas techniquement suffisamment avancés que pour concurrencer ces SIR étrangers²³¹. L'opération avait clairement pour but de permettre l'établissement de grands SIR, comme Amadeus et Galileo, qui seraient eux capables de faire face à cette concurrence étrangère. On le voit ici, si l'article 85.3° est souvent utilisé pour exempter des accords anticoncurrentiels qui font progresser l'intégration communautaire et qui transcendent

²²⁸ WALLER, *Competition Law*, p. 63, (Supra note 202)

²²⁹ MAGDELENAT, *SIR*, p. 463, (Supra note 9)

²³⁰ Règlement 2672/88, *Journal Officiel*, 1988, L 239/13

Règlement 83/91, *Journal Officiel*, L 10 du 15/1/1991, p. 9, modifié par le Règlement 1618/93, *Journal Officiel*, L 155 du 26/6/1993, p. 23, ce dernier Règlement ayant expiré le 31 décembre 1993, il fut remplacé par le Règlement 3652/93, *Journal Officiel*, L 333 du 22/12/1993, p. 37, (Ci-après: Règlement 3652/93)

²³¹ ARGYRIS, N., *The EEC Rules of Competition and the Air Transport Sector*, *Common Market Law Review*, n°26 (1989) p. 30

les marchés nationaux²³², il est aussi utilisé comme outil au service de la politique industrielle de l'Union²³³ pour favoriser ses entreprises par rapport à la concurrence étrangère. Les exemptions prévues par l'article premier du règlement 3652/93 ont été conçues pour promouvoir la coopération. Ces exemptions autorisent "les accords entre entreprises qui ont pour objet a) d'acquérir ou de développer en commun un SIR, ou b) de constituer une entreprise vendeur du système pour commercialiser et exploiter le SIR, ou c) de contrôler l'offre des fonctionnalités de distribution par le vendeur du système ou par les distributeurs"²³⁴. La portée de ces exemptions a néanmoins été limitée par certaines clauses contractuelles. Ainsi, le participant à une joint venture, tendant à créer un SIR, ne peut participer à un autre SIR et, un vendeur de SIR doit autoriser les transporteurs participants ou associés à devenir distributeurs exclusifs dans leurs pays, accorder à ces distributeurs le droit exclusif de démarcher l'ensemble ou une partie des abonnés dans une partie définie du territoire du marché commun, interdire aux distributeurs de vendre des fonctionnalités de distribution offertes par d'autres vendeurs de SIR²³⁵. Encore une fois, une telle disposition s'adressait manifestement à Amadeus et Galileo²³⁶ qui étaient et demeurent les seuls SIR européens auxquels elle pourrait s'appliquer.

A partir du moment où un accord remplit les conditions d'exemption automatiques, il ne devra pas être notifié à la Commission. Notons que le bénéfice de l'exemption peut être retiré si un accord, normalement couvert par l'exemption, a des effets "incompatibles avec les conditions prévues par l'article 85.3° ou qui sont interdits par l'article 86"²³⁷. Signalons aussi que le règlement actuellement en vigueur expirera en 1998.

On peut, à la lumière de l'évolution du marché des SIR, compte tenu des places prédominantes qu'occupent les deux méga systèmes européens, se demander si le renouvellement d'une telle exemption se justifie encore. Nous ne le pensons pas. L'article 85.1° devrait s'appliquer aux accords entre parties participantes à l'industrie

²³² WALLER, *Competition Law*, p. 63, (Supra note 202)

²³³ Ibid.

²³⁴ Règlement 3652/93, Article premier, p. 38, (supra note 230)

²³⁵ Ibid.

²³⁶ MIETUS, J., *European Community regulation of Airline Computer Reservation Systems*, Law & Policy in International Business, Vol. 21 (1989) p. 107

²³⁷ Règlement 3652/93, Article 14, p.43, (Supra note 230)

des SIR. Si, comme nous l'avons vu²³⁸, dans l'état actuel des choses, des ententes entre ces parties est peu probable, les risques que de tels accords feraient courir sur le libre jeu de la concurrence méritent que la Commission supporte le surcroît de travail que la notification des accords engendrerait.

B. ADOPTION D'UNE REGLEMENTATION PARTICULIERE.

1. UNE REGLEMENTATION PARTICULIERE ETAIT-ELLE NECESSAIRE?

Sans vouloir entrer dans un débat dogmatique opposant les chantres du libéralisme aux défenseurs d'un interventionnisme étatique, nous pensons que, dans les principes, l'adoption de pareilles réglementations ne s'imposait pas. En effet, il nous semble, à la lumière des développements qui ont précédé, que l'on disposait de suffisamment de moyens pour contrôler les excès de l'industrie.

Les principaux reproches faits aux vendeurs de SIR pouvaient être adressés de manière efficace par le biais de clauses contractuelles plus précises, ou par la mise en oeuvre du droit de la concurrence ou des lois antitrust, pour autant qu'appliqués en suivant les critères que nous préconisons.

L'innovation réalisée et la prise de risque assumée par les entreprises ayant les premières développé un SIR sont les arguments les plus souvent avancés à l'encontre d'une réglementation²³⁹. Quand American a lancé son projet, la compagnie a dû faire face à de nombreux problèmes, tels le manque de fiabilité des moyens de communication et des problèmes de logiciels²⁴⁰; tout cela sans aucune garantie de succès. Il est donc, comme nous l'avons déjà écrit, légitime de tenir compte de ces éléments dans l'appréciation du comportement des parties. Selon nous, et contrairement à ce que pensent certains²⁴¹, cette prise en considération n'est pas antinomique par rapport à la reconnaissance de la théorie des facilités essentielles.

²³⁸ Voir *supra*: p. 41

²³⁹ FAHY, *CRS*, p. 232, (*Supra* note 28); LOCKE, *CRS*, p. 234, (*Supra* note 25); BOUDREAUX & ELLIG, *CRS*, p. 593, (*Supra* note 23)

²⁴⁰ COPELAND & MCKENNEY, *CRS*, p. 355-356, (*Supra* note 17)

²⁴¹ BOUDREAUX & ELLIG, *CRS*, p. 593, (*Supra* note 23)

Nous envisageons l'innovation comme un prisme à travers lequel on examine les conditions d'applicabilité de la théorie. Remarquons ici que diverses initiatives ont été prises, au sein de l'industrie des SIR, afin de mettre fin à certains problèmes, sans avoir recours au gouvernement et à la réglementation. Ainsi, par le biais de l'IATA, les compagnies aériennes ont voulu développer une banque de données mondiale afin de fournir aux vendeurs de SIR, pour un faible coût, des informations extensives et non biaisées²⁴².

Certains ont suggéré qu'il fallait considérer la position des informations sur l'écran d'un SIR comme un service négociable²⁴³. Selon ces auteurs, les transporteurs pourraient acheter au vendeur de SIR un ordre d'affichage plus ou moins avantageux, en fonction de l'importance qu'ils attachent à une ligne. Si l'on admet une telle théorie, toute réglementation relative au biaisage de l'information serait inutile. Les défenseurs de cette théorie assimilent cette méthode à d'autres techniques de marketing, telles la vente de billets à prix réduits et l'affichage publicitaire²⁴⁴. Nous ne sommes pas d'accord, car, contrairement à ces autres techniques, l'obtention payante d'une position avantageuse sur l'écran serait toujours subordonnée au bon vouloir du vendeur de SIR, alors que ce dernier est, le plus souvent, sur le marché du transport aérien, un concurrent de la compagnie aérienne souhaitant acquérir la position privilégiée. De plus, avec un tel système, l'information apparaissant en premier ne correspondrait pas, dans la majorité des cas, à la formule la plus avantageuse pour le consommateur, le taux de réservation effectué sur la première ligne de l'écran chuterait probablement, rendant vraisemblablement la méthode caduque. Il nous semble en effet que cette pratique ne resterait pas longtemps ignorée des consommateurs, qui demanderaient dès lors à l'agent de voyage de faire le nécessaire pour lui trouver le service qui convient le mieux à ses besoins. Cette situation contraste avec celle de la pratique du biaisage de l'affichage, méconnue des consommateurs. Enfin, sur base des mêmes considérations, le temps requis pour rechercher l'information se trouverait allongé, or le gain de temps est un des principaux avantages des SIR.

²⁴² IATA, *Report of the Traffic Committee to the 43d Annual General Meeting* (October 26-28, 1987)

²⁴³ BOUDREAUX & ELLIG, CRS, p. 578, (Supra note 23)

²⁴⁴ Ibid., p. 581

Reconnaissons néanmoins que, en pratique, l'adoption de réglementations particulières a sans doute, en clarifiant la situation, permis d'éviter bon nombre de litiges devant les juridictions, or ces litiges sont très coûteux pour les parties.

2. LE ROLE DES AGENCES DE VOYAGE.

On a toujours diabolisé les vendeurs de SIR, en en faisant la source de tous les maux. C'est dans cette optique que se place le DOT quand il déclare entendre mettre fin au biaisage de l'affichage et autres pratiques injustes qui *poussent*²⁴⁵ les agences de voyage à guider leurs clients vers les vols, parfois plus chers, du transporteur vendeur de SIR²⁴⁶. Cette vision manichéenne néglige le rôle actif que jouent les agences de voyage dans la mise en oeuvre des SIR.

Le problème que posent les agents, qui sont les seuls à voir les informations affichées sur l'écran, vient du fait que ceux-ci sont perçus, par les consommateurs, comme des conseillers neutres et objectifs²⁴⁷, alors qu'en vérité il n'en est rien. Dès lors, étant convaincu d'avoir face à lui un interlocuteur neutre, le client qui a été mal servi ne s'en rendra probablement même pas compte, ignorant le lien privilégié existant entre l'agence de voyage et le transporteur vendeur de SIR, et ne changera donc, vraisemblablement, pas d'agence, ce qui empêche un jeu de la concurrence basé sur la qualité du service.

Loin de toujours chercher la solution la plus avantageuse pour son client, l'agent pensera surtout à son propre intérêt. Il est vrai que les agences de voyage se voient proposer nombres d'avantages par les transporteurs les incitant à effectuer des réservations sur les vols de ces derniers. Quoi qu'il en soit, le choix de l'intégrité appartient à l'agent.

Parmi les différentes formes d'incitants, on peut distinguer quatre principaux types²⁴⁸. Premièrement, les transporteurs offrent un surplus de commission aux agences dont le nombre de réservations sur leurs vols dépassent un certain seuil. Deuxièmement, le transporteur propriétaire du SIR garantit aux agences une disponibilité sur ses vols,

²⁴⁵ Nous insistons sur ce point.

²⁴⁶ 56 Fed. Reg., 12, 586 (1991), (Proposition de réglementation par le DOT)

²⁴⁷ KLEIT, CRS, p. 856, (Supra note 34)

²⁴⁸ LEAMING, CRS, p. 482, (Supra note 11)

alors que ceux-ci sont affichés comme complets sur l'écran. Cela permet aux agences de donner satisfaction à leurs clients voyageant pour des raisons professionnelles²⁴⁹. Troisièmement, les agences se voient proposer l'accès aux clubs VIP des compagnies aériennes. Enfin, elles

bénéficient des programmes proposés aux voyageurs réguliers, ainsi que de billets à prix réduits, voir même gratuits²⁵⁰.

On imagine aisément dans quelle mesure l'attitude des agences de voyage, à l'égard de telles propositions, est susceptible d'influencer leur comportement à l'égard des clients et, par voie de conséquence, de porter atteinte au libre jeu de la concurrence au sein de l'industrie des SIR.

Signalons qu'aux Etats-Unis le DOT a le pouvoir d'agir, non seulement en cas de violation des lois antitrust, mais aussi en cas de violation de la politique gouvernant ces lois²⁵¹. L'article 411 du F.A.A. Act²⁵² est comparable à l'article 45 du Federal Trade Commission (FTC) Act²⁵³ qui autorise la FTC à prendre les mesures nécessaires afin d'éviter les violations des lois antitrust. Il est dès lors intéressant de constater que la FTC a conclu à l'existence d'une telle violation en se prononçant sur des pratiques similaires à celles existant dans le domaine des SIR. En effet, dans le cas *FTC v. Texaco*²⁵⁴, un fabricant de pneus et de batteries payait des commissions à la compagnie pétrolière Texaco afin que celle-ci incite ses franchisés à vendre des produits du fabricant en question, plutôt que ceux d'autres fabricants indépendants. La Cour Suprême confirma la décision du FTC, constatant que l'attitude de Texaco était de nature à violer l'article 5 du FTC Act²⁵⁵. On peut aisément établir un parallèle avec le surplus de commission payé aux agences par les transporteurs vendeurs de SIR, les agences jouant un rôle similaire à celui de Texaco. On pourrait donc envisager que les agences soient mises en cause par le DOT sur base du FAA Act.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Une étude du GAO, datant de 1987, indique que, aux Etats-Unis, 41% des agences bénéficient de billets gratuits, 52% gagnent des surplus de commission, 36% peuvent effectuer des réservations au-delà de ce qu'indique le SIR, et 11% ont obtenu gratuitement l'accès à un club VIP.

²⁵¹ HOVENKAMP, H., *Economics and Federal Antitrust Laws*, Lawyer ed. (1985) p.50-51

²⁵² 49 U.S.C.A. app. § 1381 (West 1989)

²⁵³ 15 U.S.C.A. § 45 (West 1989)

²⁵⁴ *FTC v. Texaco*, 393 U.S., p. 223 (1968)

²⁵⁵ *Texaco* "unfairly burdened competition for a not significant volume of commerce", 393 U.S., p. 230 (1968)

Lorsque la doctrine, traitant des SIR, examine la décision *FTC v. Texaco*, sa réaction est symptomatique²⁵⁶. Plutôt que de condamner l'attitude des agences de voyage, elle analyse la décision à l'encontre des transporteurs vendeurs de SIR, estimant que ces derniers barrent l'entrée au marché des SIR à d'autres entreprises, en conséquence de quoi, le DOT devrait initier une action dirigée contre les vendeurs, basée sur une violation de la politique sous-tendant les lois antitrust²⁵⁷. Inutile de dire que ce courant doctrinaire n'emporte pas notre adhésion.

En ce qui concerne le biaisage de l'affichage, hormis les cas de biaisages fonctionnels qui sont très difficilement détectables, l'agent, en tant que professionnel du tourisme, doit être à même de les identifier et de trouver l'option la plus appropriée aux besoins de son client. Evidemment, cette démarche demande un effort particulier de l'agent, ce qui signifie une perte de temps et donc de productivité. Si nous voulons bien admettre que, comme cela semble être le cas, ce temps de recherche induit des coûts importants pour l'agence et que la souscription à plusieurs SIR suppose de grosses dépenses, il ne faut pas oublier de mettre dans la balance les sommes énormes investies par les vendeurs pour créer leurs SIR, de même que l'ampleur des commissions perçues par les agences²⁵⁸. Notons à cet égard que les transporteurs se sont attaqués ces dernières années au coût des commissions, qui représentent pour les compagnies aériennes une dépense parfois plus importante que celle induite par l'achat de carburant. Ainsi, Delta Airlines décida en 1995 de limiter le montant des commissions qu'elle versait aux agences²⁵⁹. Cette décision fit grand bruit à l'époque, causant l'émoi parmi les rangs des agences de voyage. De ce fait, une approche des relations entre vendeurs de SIR et abonnés, dirigée exclusivement vers une protection de ces derniers face à la vilénie des premiers, nous semble injuste. Pourtant, tant dans la jurisprudence que dans les différentes réglementations c'est cette dernière option qui a le plus souvent été retenue. Il y a cependant une réorientation de ce mode de pensée. En effet, le code de

²⁵⁶ EVANS, *CRS*, p. 31, (Supra note 1)

²⁵⁷ Ibid., p. 32

²⁵⁸ Les agences touchent jusqu'à plus de 15% du prix du billet vendu, pour des vols internationaux; T.D.R., *Average commission dwindles to 8.38%*, (December 5, 1996) p. 7

²⁵⁹ Delta limita la commission, en ce qui concerne les vols à l'intérieur du territoire des Etats-Unis, à 50\$ pour les vols aller-retour et 25\$ pour les vols aller simples; et pour les vols internationaux, à 8% du plein tarif. ; FLINT, P., *Delta's shot heard 'round the world'*, *Air Transport World* (April 1995) p. 61

conduite de l'OACI et la proposition présentée par la Commission Européenne²⁶⁰ contiennent tous deux des obligations à charge des abonnés.

Un autre problème posé par les agences de voyage est celui des réservations fictives. Certaines compagnies aériennes se sont en effet plaintes du nombre important de réservations n'aboutissant pas à une émission de billet. Que ce soit afin d'entraîner son personnel, ou en raison de relations particulières avec d'autres transporteurs, un tel comportement est répréhensible et contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Remarquons, pour finir, que l'apparition de nouvelles méthodes de distribution met en danger la position des agences. Cela amènera les agences à redéfinir leurs activités vers l'organisation de voyages dans leur intégralité, plutôt que la simple vente de billets d'avion. Certaines d'entre elles ont déjà passé des accords tripartites avec des vendeurs de SIR et les départements "voyage" de certaines entreprises. Ces accords visent à assurer la fourniture de services tels des rabais sur les chambres d'hôtel et les locations de voiture, lorsque les réservations sont groupées, des assurances, ou encore la délivrance de chèques de voyage²⁶¹. Même si une diminution des commissions les poussait à vouloir accroître leur productivité, l'existence d'alternatives les incitera à redoubler d'efforts pour satisfaire leurs clients. Le fait que le problème du biaisage ait perdu de son amplitude devrait les aider dans l'acquittement de cette tâche.

3. COMPARAISON DES DIFFERENTES REGLEMENTATIONS.

a. HISTORIQUE.

PREAMBULE.

Plutôt que d'étudier les différentes réglementations²⁶², article par article, l'un à la suite de l'autre, il nous paraît plus intéressant de se placer sous l'angle des problèmes juridiques et d'analyser la manière dont ils ont été abordés par ces réglementations.

²⁶⁰ Proposition UE, p. 11, (Supra note 77)

²⁶¹ LYLE, *Computer-age*, p. 173, (Supra note 5)

²⁶² Bien que le code de conduite de l'OACI ne contienne que des recommandations quant à la manière dont les Etats devraient réglementer les SIR, nous l'analyserons avec les autres réglementations en raison de sa force morale et de l'influence qu'il est susceptible d'exercer dans les pays qui l'adopteront.

Avant cela rappelons brièvement leur chronologie qui est en corrélation avec le développement de l'industrie des SIR dans les diverses régions du monde.

AUX ETATS-UNIS:

Suite à une demande du Congrès, le Civil Aeronautics Board (CAB) publia, en 1983, un rapport sur l'état de la concurrence au sein de l'industrie des SIR. Ce rapport suscita des inquiétudes qui incitèrent le CAB à initier une procédure tendant à l'élaboration d'un règlement en la matière²⁶³. Celui-ci fut adopté en août 1984²⁶⁴ et entra en vigueur en novembre de la même année. Le pouvoir du CAB d'adopter ce règlement découlait principalement de l'article 411 du FAA Act, dont nous avons déjà parlé, et qui fut à nouveau codifié en tant que 49 U.S.C. 41712. Le règlement fut amendé par le DOT en septembre 1992²⁶⁵, et il devrait expirer le 31 décembre 1997²⁶⁶ si le DOT n'en adopte pas un nouveau ou ne prolonge pas l'applicabilité de celui-ci. Pour ce qui est de nouvelles règles, leur adoption avant la fin de l'année est déjà exclue. Par contre, il est presque certain que les règles existantes seront maintenues, le temps pour le DOT d'arriver au terme de la procédure de révision qu'il a entamée. En effet, il a déjà publié une "Advance Notice of Proposed Rulemaking" (ANPR)²⁶⁷ dans laquelle il soutient que, moyennant quelques révisions, les règles existantes doivent être conservées²⁶⁸. Au vu du cheminement de la précédente révision²⁶⁹, il faudra peut-être attendre plusieurs années avant que le règlement ne soit amendé.

EN EUROPE.

Le premier règlement a été adopté à une époque à laquelle Amadeus et Galileo étaient en plein essor et où l'on avait déjà identifié les principaux problèmes liés au marché des SIR. Les amendements ont, quant à eux, été adoptés pour clarifier certaines dispositions du précédent règlement et, bien sûr, pour s'adapter aux évolutions étant intervenues dans le domaine des SIR²⁷⁰. L'article 23 du code amendé prévoit que le Conseil devra statuer, sur la révision de ce règlement, "au plus tard le 31 décembre

²⁶³ GUERIN-CALVERT, M., *Vertical Integration as a Threat to Competition: Airline Computer Reservation Systems*, dans: KWOKA, J., WHITE, L., (eds.), *The Antitrust Revolution*, Glenview, Ill.: Scott, Foresman & Co. (1989) p. 339

²⁶⁴ 14 C.F.R. part 255; 49 Fed. Reg. (August 15, 1984) p. 32540

²⁶⁵ 57 Fed. Reg. (22 September 1992) p. 43780

²⁶⁶ 14 C. F. R. part 255. 12; 57 Fed. Reg. (22 September 1992) p. 43829-43830

²⁶⁷ 62 Fed. Reg. (10 September 1997) p. 47606-47611, (Ci-après: 62 Fed. Reg.)

²⁶⁸ Ibid. p. 47606

²⁶⁹ Il avait fallu presque deux ans entre la publication de l'ANPR (Septembre 1989) et celle de la NPR (Mars 1991), puis encore une grosse année avant l'adoption du règlement amendé (Septembre 1992)

²⁷⁰ Proposition UE, p. 3, (Supra note 77)

1997, sur la base d'une proposition de la Commission présentée au plus tard le 31 mars 1997, assortie d'un rapport²⁷¹ sur la manière dont le code a été appliqué. La Commission a donc présenté sa proposition²⁷² de règlement tendant à modifier le règlement existant. Il est cependant peu probable que le nouveau règlement soit adopté avant le 31 décembre 1997. Nous devons vraisemblablement attendre, pour cela le courant de l'année 1998 et la présidence du Royaume-Uni. Le règlement existant devra donc être prorogé jusqu'à ce que la proposition soit adoptée.

Notons que le règlement initial était, en grande partie, inspiré du code de conduite adopté par la Conférence Européenne sur l'Aviation Civile (CEAC). Ce code n'avait, quant à lui, pas force obligatoire; cette collaboration entre la Commission et la CEAC s'est, par ailleurs, prolongée lorsqu'il fallut élaborer les amendements au règlement.

L'OACI:

Consciente de l'internationalisation des SIR, l'OACI publia en décembre 1988 des "éléments indicatifs pour la réglementation des SIR"²⁷³ qui devraient permettre aux Etats contractants de concevoir une politique visant à limiter les abus dans l'industrie des SIR. Ces éléments furent ensuite discutés à l'Assemblée de septembre 1989. Sur base de ces discussions, il fut décidé d'élaborer un code de conduite²⁷⁴. La procédure aboutit en décembre 1991, lorsque le Conseil adopta une résolution engageant les Etats membres à appliquer le code²⁷⁵. Le code aurait dû être révisé avant la fin de l'année 1994, mais ce n'est, finalement, qu'en juin 1996 que le Conseil adopta un nouveau code de conduite destiné à remplacer le précédent dans son intégralité. Ce nouveau code, qui entra en vigueur le premier novembre 1996, est complété et renforcé par deux modèles de clauses sur les SIR pouvant être intégrées par les Etats dans leurs accords bilatéraux ou multilatéraux²⁷⁶. Rappelons que ce code de conduite n'a pas, en tant que tel, d'effets obligatoires.

Comme nous pouvons le voir, la rédaction de cette thèse intervient en pleine évolution réglementaire. En effet, l'OACI a adopté un nouveau code de conduite, des

²⁷¹ Code UE, Article 23, (Supra note 4)

²⁷² Proposition UE, (Supra note 77)

²⁷³ OACI Circulaire 214 - AT/84

²⁷⁴ HUMPHREYS, *SIR*, p. 74, (Supra note 3)

²⁷⁵ Ibid., p. 74; En 1992, 18 Etats avaient déclaré leur adhésion au code. Ce nombre était passé à 27 en 1994. On ne sait néanmoins pas dans quelle mesure le code de conduite a été effectivement mis en oeuvre.

²⁷⁶ New ICAO Code of Conduct and Model Clauses for Computer Reservation Systems, State Letter EC 2/28 - 96/74, (Ci-après: Code OACI)

amendements au code européen devraient prochainement être adoptés par le Conseil, et le DOT a initié une procédure visant à la modification du règlement américain. Dès lors, dans la comparaison qui va suivre, nous serons amenés à traiter, tant de la réglementation en vigueur, que des nouveaux projets, ces derniers étant représentatifs des évolutions qu'a récemment connue l'industrie des SIR.

b. CHAMP D'APPLICATION.

AUX ETATS-UNIS:

Les règles en vigueur ne s'appliquent qu'aux SIR permettant, contre rémunération, d'effectuer des réservations²⁷⁷ et qui sont, pour tout ou partie, la propriété d'une compagnie aérienne²⁷⁸ ou d'un affilié. Le niveau de participation retenu pour apprécier le critère de propriété a été fixé à 5%²⁷⁹. Le transporteur ne doit donc pas forcément détenir la majorité du capital pour se voir appliquer le règlement.

La nationalité du SIR est sans importance sur l'applicabilité du règlement, pour autant que le système soit utilisé par des agences de voyage situées sur le territoire des Etats-Unis. Si le vendeur de SIR constate qu'un transporteur étranger se livre à des pratiques discriminatoires, il sera dispensé, moyennant notification écrite préalable au DOT, de respecter les obligations que lui impose le règlement en vue de protéger les transporteurs²⁸⁰.

Les systèmes utilisés par les hôtels, les agences de location de voiture, les autres moyens de transport, ou encore les départements spécialisés des entreprises ne sont pas couverts par le règlement²⁸¹.

Dans sa récente ANPR, le DOT examine les développements intervenus dans l'industrie des SIR depuis l'adoption de la dernière modification du règlement. Il constate, bien sûr, le développement de nombreux sites Internet par les compagnies aériennes, les agences de voyage et les SIR permettant aux consommateurs de réserver directement leurs vols. Qui plus est, ces sites proposent souvent des vols à tarifs réduits qui ne sont disponibles nulle part ailleurs²⁸².

²⁷⁷ Les systèmes fournissant exclusivement des informations sont donc exclus du champ d'application.

²⁷⁸ 14 C.F.R., part. 255.2

²⁷⁹ 14 C.F.R., part. 255.3

²⁸⁰ 14 C.F.R., part. 255.11

²⁸¹ LEAMING, CRS, p. 496, (Supra note 11)

²⁸² 62 Fed. Reg., p. 47608, (Supra note 267)

Le DOT fait également valoir que l'intérêt de ces sites, pour les consommateurs et les transporteurs, s'est accru, de par le développement parallèle du "electronic ticketing"; Cela rend plus intéressant le recours à l'Internet pour effectuer une réservation, puisque l'"electronic ticketing" évite aux voyageurs de devoir, soit se faire envoyer le billet, soit aller le retirer auprès d'une agence de voyage, et évite aux transporteurs de devoir supporter les coûts induits par ces pratiques. Cela permet donc à ces parties d'effectuer des économies tout en gagnant en efficacité²⁸³. Remarquons que le DOT signale qu'un débat sur l'applicabilité aux réservations faites via Internet, des règles relatives aux SIR, impose que l'on tienne compte des différences entre les deux méthodes de réservation. Ainsi, il faudra prendre en considération le fait que les consommateurs passant par Internet ont directement accès à l'écran et ne sont pas soumis aux mêmes exigences de productivité que les agences de voyage, exigences qui poussent ces dernières à réserver la première option de vol s'affichant à l'écran. Le DOT semble considérer que le biaisage est un problème moins important dans le cas de vente via Internet, les consommateurs disposant de plus de temps pour faire leur choix. Le DOT adopte ici, encore une fois, une attitude tendant à excuser le comportement adopté par les agences de voyage à l'égard des consommateurs²⁸⁴.

Sur base de ces constatations, le DOT invite aux commentaires²⁸⁵. Il y a fort à parier que les futurs amendements prendront ces éléments en considération, même si le DOT semble faire preuve d'une certaine réticence quant à une extension des règles à la vente de billets par l'intermédiaire de l'Internet.

EN EUROPE:

Le code actuellement en vigueur s'applique aux SIR "contenant des produits de transport aérien, lorsqu'ils sont proposés et/ou utilisés sur le territoire de la Communauté"²⁸⁶. En ce qui concerne le produit de transport aérien, peu importe qu'il soit "pur"²⁸⁷, c'est-à-dire comprenant uniquement le vol et les éléments connexes au vol, ou "combiné"²⁸⁸, c'est-à-dire regroupant le vol et d'autres services, comme, par exemple, des nuits d'hôtel. Cela signifie que le code ne s'applique pas aux autres moyens de transport, ni aux éléments connexes susmentionnés, lorsqu'ils sont

²⁸³ Ibid., p. 47608

²⁸⁴ 62 Fed. Reg., p. 47610

²⁸⁵ Ibid., p. 47609

²⁸⁶ Code UE, Article premier, (Supra note 4)

²⁸⁷ Ibid., Article 2.a

envisagés séparément d'un vol. Notons aussi que le code s'applique indifféremment aux vols réguliers et aux vols non réguliers.

La proposition de la Commission²⁸⁹, relative à l'adoption d'un règlement amendant le règlement en vigueur, suggère une extension du champ d'application du code à deux égards. La première extension concerne le transport ferroviaire. Ce type de transport a connu, en Europe, un important développement, spécialement depuis la mise en place d'un réseau de lignes sur lesquelles opèrent des trains à grande vitesse (TGV). Ces trains couvriront, par exemple, à partir du 14 décembre 1997, la distance Paris-Bruxelles en 1 heure et 25 minutes. Ce sera la première ligne internationale aménagée dans son intégralité pour permettre aux trains de voyager à grande vitesse. Il existe aussi de nombreuses lignes partiellement aménagées ou en voie d'aménagement. Nul doute que ce type de transport est susceptible de concurrencer le transport aérien sur des distances allant de 300 à 800 km²⁹⁰. Dans l'exemple du trajet Paris-Bruxelles, si le temps de vol entre les aéroports des deux villes est plus court que celui du trajet en train, le temps requis pour aller d'un centre ville à l'autre sera lui plus long, compte tenu du fait que les aéroports sont excentrés et que la procédure d'enregistrement demeure relativement longue²⁹¹. A cela, on peut ajouter des considérations tarifaires et environnementales, le train étant moins cher et moins polluant que l'avion. Compte tenu de cette concurrence naissante entre les deux modes de transport, la Commission considère que la distribution des services aériens et ferroviaires, par deux canaux séparés, rend difficile, pour le voyageur, la comparaison des différentes options qui s'offrent à lui²⁹². De plus, cette dualité dans les services de réservation augmente inutilement les coûts de distribution²⁹³. C'est sur base de ces considérations que la Commission propose, sous certaines conditions, l'intégration des options ferroviaires au sein des informations fournies par les SIR en matière de service aérien. Selon elle, la meilleure méthode pour atteindre ce but consiste à appliquer aux fournisseurs de services ferroviaires, les mêmes règles que celles applicables aux transporteurs

²⁸⁸ Ibid., Article 2.b

²⁸⁹ Proposition UE, (Supra note 77)

²⁹⁰ Ibid., p. 12

²⁹¹ Il y a cependant des évolutions, tel le recours à des cartes magnétiques (Smart Card), qui tendent à réduire les délais.

²⁹² Proposition UE, p. 13, (Supra note 77)

²⁹³ Ibid., p. 13

participants²⁹⁴. La Commission reconnaît cependant qu'il existe quelques difficultés, notamment quant à la détermination des services ferroviaires pouvant être inclus dans le SIR²⁹⁵, ainsi que dans l'établissement des critères régissant l'affichage de ces services.

La deuxième extension tend à adapter le code au développement des nouveaux moyens électroniques de distribution des services aériens.

Si l'on se réfère à la définition que le code en vigueur donne d'un SIR²⁹⁶, il apparaît que l'Internet ne saurait être considéré comme un SIR. En effet, contrairement aux SIR, il ne contient pas d'informations, il en véhicule. Dans ce sens, il ressemble plus aux réseaux ARINC ou SITA. Ne pouvant être considéré comme un SIR, il ne tombe donc pas, en tant que tel, dans le champ d'application du code. Dès lors, en cas de vente de services de transport aérien, par l'intermédiaire de réseaux comme l'Internet, c'est l'entité, SIR ou autre, qui fournit les informations, qui devra s'assurer de la conformité avec les règles du code²⁹⁷, ceci, pour autant que le consommateur soit, raisonnablement, en droit d'attendre des informations objectives de sa part. Ainsi, celui qui se branche sur le site d'une compagnie aérienne ou d'un groupe de compagnies aériennes, ne saurait raisonnablement penser que les informations qu'il y trouvera seront objectives. Ces compagnies ne seront donc pas tenues de respecter les règles imposées par le code. Cette manière de voir les choses est conforme à l'esprit du code actuellement en vigueur²⁹⁸.

Compte tenu des spécificités de la vente de services de transport aérien par l'intermédiaire de l'Internet, une simple transposition des règles existantes ne suffit pas. Certains aménagements doivent être apportés au code pour le rendre applicable à ce type de transactions. A cette fin, la Commission propose que l'article 2.1 du code définissant l'abonné, soit amendé pour faire référence à "l'utilisateur d'un SIR" plutôt qu'à celui qui utilise les possibilités de distribution (...) offertes par un SIR"²⁹⁹. Cette

²⁹⁴ Ibid., p. 27

²⁹⁵ Si on peut d'emblée exclure les services locaux, doit-on limiter l'inclusion aux TGV, ou bien l'étendre aux trains Inter City?

²⁹⁶ Code UE, Article 2.f: "Système informatisé de réservation (SIR): un système informatisé qui contient des informations concernant, entre autres: les horaires, les places disponibles, les tarifs et les services connexes, av ou sans moyens permettant: d'effectuer des réservations ou de délivrer des billets, dans la mesure où certains ou l'ensemble de ces services sont accessibles à des abonnés."

(Supra note 4)

²⁹⁷ Proposition UE, p. 18, (Supra note 77)

²⁹⁸ Code UE, Article 21, (Supra note 4)

²⁹⁹ Ibid., Article 2.1

nouvelle définition aurait pour effet d'englober les cas dans lesquels un consommateur accède à un SIR sans l'intermédiaire d'une agence de voyage. En relation directe avec cette nouvelle définition de l'abonné, la Commission propose un autre amendement visant à compléter la définition du consommateur, en y ajoutant que, dans les cas où un vendeur de système aurait conclu un arrangement avec un consommateur, les principes relatifs à la neutralité, contenus dans le code, trouveraient à s'appliquer. Il nous semble que, dans une optique d'extension du champ d'application du code, pareils amendements se justifient pleinement.

L'OACI:

Le code de conduite de l'OACI s'applique en principe, à la seule distribution de services aériens réguliers aux passagers, par l'intermédiaire d'un SIR³⁰⁰. Compte tenu de la définition que le code donne d'un SIR et d'un abonné, il ne s'appliquera pas aux produits de transport aérien combinés, pas plus qu'il ne s'appliquera quand un SIR est utilisé pour vendre des services de transport aérien à d'autres personnes que le public, comme, par exemple, les départements spécialisés des entreprises. Ce champ d'application restreint peut être étendu de par la volonté des Etats, à des cas qui, compte tenu de la définition que le code donne d'un SIR, ne devraient pas, en principe, tomber dans son champ d'application. Ceux-ci peuvent déclarer le code applicable aux systèmes informatisés n'offrant pas de possibilités de réservation³⁰¹, telles les versions électroniques du ABC World Airways Guide et du Official Airline Guide. Les Etats peuvent également étendre le champ d'application aux services aériens non réguliers. En pratique, la question ne se posera que dans les Etats où les services aériens non réguliers occupent une portion significative du marché du transport aérien³⁰². Si une pareille extension est décidée par un Etat, il faut s'assurer que les abonnés et les consommateurs soient mis au courant du caractère non régulier du service pour lequel des informations sont affichées. Une dernière extension possible, qui constitue une nouveauté par rapport au précédent code, vise la distribution de services aériens internationaux, par d'autres moyens que les SIR, comme, par exemple, l'Internet. Nous pensons que cette extension nécessite une clarification. En effet, la note sur

³⁰⁰ Code OACI, Article 3.a. (Supra note 276)

³⁰¹ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 3, p. 10. (Supra note 276)

³⁰² ABEYRATNE, R., *Legal and Regulatory Issues of Computer Reservation Systems and Code Sharing Agreement in Air Transport*, Forum for Air and Space Law, Vol. 3, Ed. Frontières (1995) p. 126, (Ci-après: ABEYRATNE, CRS & Code Sharing)

l'application du code ³⁰³ mentionne que l'extension du champ d'application à ces nouveaux moyens de distribution ne pourra se faire que dans le cas où les parties concernées remplissent les définitions de "serveur" et "d'abonné"³⁰⁴. La situation d'un particulier utilisant l'Internet pour effectuer une réservation ne serait donc pas couverte par le code, vu qu'un particulier ne correspond pas à la définition d'un abonné. Ceci nous paraît regrettable, car la vente des services aériens, directement au consommateur, via des réseaux comme l'Internet, est une alternative de distribution qui est appelée à connaître un développement important dans les années à venir. Cette critique du code de l'OACI peut être mitigée par le fait qu'un Etat, qui choisit de suivre le code, peut décider "d'étendre le champ d'application de sa réglementation au-delà de ce que le code prévoit, à condition que cela n'entraîne pas d'incompatibilité avec ce dernier et avec son objet"³⁰⁵. Or, en l'occurrence, il ne nous semble pas que le fait d'étendre le champ d'application du code aux cas où un consommateur accèderait à un SIR ou à une agence de voyage, par l'intermédiaire d'Internet, soit incompatible avec le code ou son objet.

Rappelons, pour finir, que l'OACI "a pour buts et objectifs (...) de promouvoir la planification et le développement du transport aérien international"³⁰⁶, ce qui l'empêche de faire des recommandations concernant le transport aérien à l'intérieur du territoire d'un Etat signataire. Toutefois, lorsque l'OACI suggère que le code peut être utilisé par les Etats pour développer leur réglementation nationale³⁰⁷, on peut imaginer que la réglementation en question trouvera aussi à s'appliquer à la distribution de services aériens nationaux³⁰⁸.

COMPARAISON

La première constatation qui s'impose, c'est que le champ d'application du code européen est beaucoup plus étendu que celui des règles émanant du DOT. Tout d'abord, le code européen n'impose pas qu'un système permette d'effectuer des

³⁰³ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 3, p. 10, (Supra note 276)

³⁰⁴ Code OACI, Article 2.b: "Serveur" est une entité qui exploite ou commercialise un SIR.

Ibid., Article 2.d: "Abonné" est une entité, comme une agence de voyage, qui utilise un SIR en vertu d'un contrat avec un serveur pour vendre des services de transport aérien au grand public.

³⁰⁵ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 1, p.9, (Supra note 276)

³⁰⁶ Convention relative à l'Aviation Civile Internationale, Signée à Chicago, le 7 décembre 1944 (15 U.N.T.S. 295) Article 44

³⁰⁷ Code OACI, Introduction, p. 1, (Supra note 276)

³⁰⁸ ZUR HAUSEN, CRS, p. 105, (Supra note 2)

réservations³⁰⁹. Ensuite, il ne fait pas référence à la propriété d'un SIR, devant être détenue par un transporteur ou une filiale, mais à tout établissement et ses filiales, responsables de l'exploitation ou de la commercialisation d'un SIR³¹⁰. De plus, il étend son champ d'application aux produits de transport aérien combinés et aux services aériens non réguliers. Il est vrai que le DOT ne pourrait réglementer les produits combinés, sans excéder le cadre de ses compétences, et que les services non réguliers sont rares aux Etats-Unis. De même, l'extension du champ d'application du code aux services ferroviaires à grande vitesse relève d'une spécificité du marché européen. En ce qui concerne le code de l'OACI, il reprend largement les idées développées en Europe et aux Etats-Unis et, lorsque les deux approches divergent, le code retiendra souvent le plus petit dénominateur commun³¹¹ ou bien, il offrira aux Etats le choix entre les deux solutions adoptées. Dans les comparaisons qui vont suivre, nous n'aborderons le code de l'OACI que dans la mesure où il présente quelques spécificités par rapport aux règles américaines et au code européen.

c. BIAISAGE DE L'AFFICHAGE.

AUX ETATS-UNIS

Les règles³¹² imposent à tous les systèmes d'offrir un affichage détaillé et complet des services proposés par tous les transporteurs participants. Cet affichage intégré, que doivent offrir les systèmes, doivent contenir les horaires, les tarifs, les conditions, de même que les disponibilités sur les vols des transporteurs participants. Dans les cas où les SIR contiennent des affichages secondaires, ceux-ci ne pourront présenter un caractère plus attrayant que l'affichage principal. Un tel attrait pourrait, par exemple, découler d'une plus grande rapidité d'utilisation. Ceci vise à éviter que les vendeurs ne contournent les règles relatives à l'affichage principal.

Un des éléments clé, sur lequel repose la réglementation américaine, en matière de biaisage, consiste à laisser aux vendeurs de SIR *le libre choix quant aux critères*³¹³ de services qu'ils utiliseront pour déterminer l'ordre d'affichage des informations, pour autant que ces critères de services, sur lesquels ils se basent, *ne reflètent pas*

³⁰⁹ Code UE, Article 2.f, (Supra note 4)

³¹⁰ Ibid., Article 2.h

³¹¹ HUMPHREYS, *SIR*, p. 74, (Supra note 3)

³¹² 14 C.F.R., par.255.4

³¹³ Nous soulignons cet élément

*directement ou indirectement l'identité du transporteur*³¹⁴ concerne³¹⁵. Ceci est aussi vrai en matière de vols avec correspondance.

Parmi les autres dispositions importantes en matière d'affichage de l'information, on peut citer l'obligation du vendeur d'indiquer, sur demande, les critères qu'il utilise pour établir l'ordre des vols, en ce compris les vols avec correspondance. On peut aussi faire état de son obligation, d'entrer dans le système, les informations relatives aux vols des transporteurs participants, ceci avec circonspection et dans les mêmes délais que celles concernant les vols du transporteur de SIR. Cela tend à éviter les biaisages fonctionnels. Signalons aussi que les transporteurs participants sont en droit, pour ce qui est de l'élaboration de l'affichage des vols avec correspondance, d'exiger la prise en considération d'un maximum de cinq points de correspondance. Le SIR doit, quant à lui, utiliser quinze points simples et six points doubles, à moins que seul un nombre inférieur de points ne remplisse le critère de service, pour autant que celui-ci ne reflète pas l'identité du transporteur et qu'il soit appliqué à tous les transporteurs et marchés, de manière constante. Notons ici que le problème des points de correspondance est lié au développement, par les transporteurs, du système de "noyaux et rayons". Dans le cadre de la mise en oeuvre d'un tel système, on comprend aisément l'influence que l'exclusion, en tant que point de correspondance, du ou des noyau(x) d'un transporteur, pourrait avoir sur le jeu de la concurrence au sein du marché du transport aérien. Mentionnons enfin que, lorsque un vol suppose un changement d'appareil avant l'arrivée à destination, cette information devra être affichée sur l'écran.

Une récente proposition du DOT³¹⁶ suggérait que l'on impose que l'affichage se base sur des critères ayant un lien rationnel avec les préférences du consommateur et aussi, que l'on interdise la création d'affichages qui n'utiliseraient pas la durée du voyage comme facteur important dans la sélection des vols affichés, ou qui ne donnerait pas la priorité à un vol sans changement d'appareil, par rapport à un vol supposant une correspondance. Les commentaires qu'a suscité cette proposition sont, pour le

³¹⁴ Nous soulignons cet élément

³¹⁵ Si un transporteur est le seul à servir un certain vin sur ses vols et qu'il utilise le critère de ce vin pour déterminer l'ordre d'affichage des vols, il est clair qu'il utilise là un critère qui reflète indirectement son identité et qui, de ce fait, est interdit.

³¹⁶ 61 Fed. Reg. (August 14, 1996) p. 42208

moment, analysés par le DOT. Peut-être débouchera-t-elle sur une modification des règles existantes.

Dans son ANPR³¹⁷, tendant à la modification des règles en vigueur, le DOT invite aux commentaires sur plusieurs éléments concernant le biaisage de l'affichage. Il fait d'abord remarquer les changements intervenus au niveau de la propriété des SIR, tous ayant désormais plusieurs propriétaires³¹⁸ et un, au moins, ayant une portion de son capital détenue par le public. Il se demande si cet aspect des choses doit influencer la réglementation en la matière³¹⁹. Nous pensons, comme nous l'avons déjà dit, que, en effet, il faudrait tenir compte de cet élément, si pas pour supprimer³²⁰, au moins pour réduire la pression réglementaire, notamment en matière d'affichage de l'information. Le DOT demande ensuite si, actuellement, les algorithmes d'affichage des systèmes portent atteinte à la concurrence. Dans l'affirmative, il souhaite qu'on lui fasse des propositions quant aux solutions qui permettraient de mettre fin à ces atteintes, sans, pour autant, s'engager vers une réglementation détaillée des critères utilisés pour déterminer la méthode ainsi que l'ordre d'affichage³²¹.

EN EUROPE

Le code impose que les affichages fournis par les SIR soient clairs et non discriminatoires³²². Le ou les affichages principaux doivent reprendre les informations relatives aux horaires, aux tarifs, et aux places disponibles, conformément aux renseignements fournis par les transporteurs participants³²³. L'ordre de classement des différentes possibilités s'offrant aux consommateurs ne peut être directement ou indirectement lié à l'identité du transporteur³²⁴. Pour ce qui est de l'affichage principal, le code indique en annexe l'ordre dans lequel les options de vol doivent être affichées³²⁵, pour autant que le consommateur ne demande pas un ordre différent, compte tenu de ses besoins spécifiques³²⁶. Toujours à la demande du consommateur, celui-ci doit pouvoir obtenir "un affichage principal limité aux seuls services réguliers

³¹⁷ 62 Fed. Reg., (Supra note 267)

³¹⁸ Voir supra: p.103

³¹⁹ 62 Fed. Reg., p. 47609, (Supra note 267)

³²⁰ C'est une position à laquelle nous sommes favorables mais qui, dans le contexte de la politique actuelle en matière de SIR, semble plus qu'improbable.

³²¹ 62 Fed. Reg., p. 47610, (Supra note 267)

³²² Code UE, Article 5.1.a), (Supra note 4)

³²³ Ibid., Article 5.2.a)

³²⁴ Ibid., Article 5.2.e)

³²⁵ Ibid., Article 5.2.d)

³²⁶ Ibid., Annexe. 1

ou aux seuls services non réguliers³²⁷. L'annexe impose que soient d'abord affichés "tous les vols directs sans escales entre les paires de villes concernées"³²⁸, ensuite "les autres vols directs entre paires de villes concernées, sans changement d'appareil"³²⁹ et enfin, "les vols avec correspondance"³³⁰. Parmi les vols du premier type, l'affichage se fait dans l'ordre chronologique des départs; tandis que pour les deux autres types de vols, cet affichage se fait en fonction de la durée totale du trajet³³¹. En ce qui concerne les vols avec correspondance, effectués dans le cadre de services réguliers proposés par les transporteurs participants, la construction de l'affichage principal suppose l'utilisation d'au moins neuf points de correspondance.

Dans sa proposition, la Commission souligne l'effet important que le développement de l'utilisation du système des "noyaux et rayons" a eu sur les services proposés aux consommateurs. Grâce à ce système, la qualité de service offerte par les vols nécessitant un changement d'appareil est, dans bien des cas, d'un niveau équivalent à celle offerte par des vols avec escale sans changement d'appareil³³². C'est pourquoi, la Commission suggère que les critères déterminant l'ordre d'affichage des vols soient modifiés de manière à ce que soient d'abord affichés les vols sans escales entre les villes paires, et ensuite tous les autres vols. D'une classification tripartite, on passerait donc à une classification bipartite³³³.

L'OACI:

Le problème est traité à l'article 7 du code. On retrouve l'obligation du vendeur de SIR de fournir un affichage principal reprenant, de manière neutre et non discriminatoire, les horaires, les tarifs et les disponibilités des transporteurs participants. La neutralité de l'affichage s'apprécie sur base de deux critères spécifiques et d'une règle générale³³⁴, à moins, bien sûr, que le consommateur ne demande qu'un critère particulier soit utilisé. Premièrement, l'affichage ne peut être directement ou indirectement influencé par l'identité d'un transporteur. Deuxièmement, l'affichage ne peut pas être influencé par l'identité d'un aéroport. Ce second critère spécifique vise, entre autres, à éviter une discrimination se basant sur

³²⁷ Ibid., Article 5.2.b)

³²⁸ Ibid., Annexe. I.i

³²⁹ Ibid., Annexe. I.ii

³³⁰ Ibid., Annexe. I.iii

³³¹ Ibid., Annexe. 2

³³² Proposition UE, p. 19, (Supra note 77)

³³³ Ibid., p. 19

l'aéroport desservi dans la ville d'origine ou de destination du vol, quand cette ville compte plusieurs aéroports³³⁵. La règle générale impose que l'ordre retenu pour l'affichage principal doit être utilisé de manière uniforme. Elle tend ainsi à éviter que des critères différents soient choisis en fonction des marchés concernés, en vue de favoriser un transporteur plutôt qu'un autre³³⁶.

En ce qui concerne, justement, les critères utilisés pour déterminer l'ordre d'affichage des différentes options de vol dans l'affichage principal, le code laisse aux Etats le choix entre plusieurs possibilités. Soit l'ordre sera le même que celui prévu par le code européen, soit il se basera sur tout autre critère, pour autant qu'il soit objectif, ou bien enfin, il résultera d'une combinaison entre ces deux méthodes de classement³³⁷.

Du point de vue de l'affichage des vols avec correspondance, le code laisse, là aussi, une grande latitude aux Etats, puisqu'il ne prévoit pas un nombre précis de points devant être pris en considération pour l'élaboration de l'affichage principal. Ils devront seulement être choisis sur base de critères non discriminatoires, de manière à assurer un vaste choix d'options³³⁸. Ces paramètres sont, pour le moins, vagues et laissent une place importante à la subjectivité; ceci étant dû à la vocation universelle du code. Chaque marché étant différent, il appartiendra aux Etats, si ils le désirent, de déterminer avec précision le nombre de points requis³³⁹.

COMPARAISON:

Ces instruments présentent une identité dans le but qu'ils poursuivent; à savoir, l'élimination, dans l'élaboration des affichages par les vendeurs de SIR, des biaisages basés sur l'identité du transporteur. Il faut néanmoins faire remarquer quelques divergences quant aux règles qu'ils imposent pour atteindre ce but.

Si le DOT exige que les vendeurs de SIR publient leurs critères d'affichage, ils bénéficient, nous l'avons vu, d'une grande liberté dans le choix de ces critères. En Europe, aucune publication n'est requise mais les règles d'affichage sont strictes. Lorsque, entre autres, la CEAC et la Commission Européenne ont demandé aux Etats-Unis d'adopter les mêmes règles d'affichage qu'en Europe, faisant valoir que la liberté dans le choix des critères d'affichage revient, en pratique, à traiter de manière

³³⁴ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 7, p. 18, (Supra note 276)

³³⁵ Ce critère se retrouve aussi dans le code européen en son article 5.2.c)

³³⁶ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 7, p. 19, (Supra note 276)

³³⁷ Code OACI, Article 7.e), (Supra note 276)

³³⁸ Ibid., Article 7.h)

discriminatoire les transporteurs étrangers opérant sur le marché américain³⁴⁰, le DOT rejeta l'argument, avançant que les transporteurs des différentes régions du monde doivent se faire concurrence " en utilisant les avantages pratiques attachés à la structure de leurs réseaux respectifs et à la place qu'ils occupent sur leur marché national"³⁴¹ Le DOT reste donc attaché au principe de liberté dans le choix des critères. Néanmoins, la récente proposition du DOT³⁴² peut laisser à penser que, sans imposer des critères précis, il semble vouloir canaliser cette relative liberté dont jouissent les vendeurs de SIR.

d. RELATIONS AVEC LES ABONNES.

AUX ETATS-UNIS:

En ce qui concerne les dispositions contractuelles de nature à empêcher la conversion d'abonnés à un autre SIR, le DOT est intervenu à de nombreux égards. Du point de vue de la durée du contrat, le vendeur ne pourra conclure, avec l'abonné, un contrat d'une durée supérieure à cinq ans. Pour ce qui est des contrats allant de trois à cinq ans, ils ne pourront être conclus que si un contrat d'une durée inférieure à trois ans a également été proposé à l'abonné³⁴³. Les contrats d'une durée de cinq ans restent cependant la norme, notamment en raison des conditions plus avantageuses auxquelles le matériel informatique est fourni, dans le cadre des contrats les plus longs. Les conditions, prévues par un contrat de plus courte durée, ne peuvent cependant pas être excessivement plus onéreuses, auquel cas elles seraient considérées comme contraires à la bonne foi. Les règles américaines visent également d'autres types de clauses. Ainsi, sont désormais interdites, les clauses de renouvellement automatique³⁴⁴ et les clauses limitant le nombre d'autres terminaux de SIR qu'une agence peut utiliser³⁴⁵. Les clauses imposant l'usage exclusif³⁴⁶ ou minimum³⁴⁷ d'un SIR particulier sont également proscrites. Les vendeurs de SIR ne peuvent donc pas s'assurer d'un certain revenu par le biais de clauses d'usage minimum, comme c'était le cas auparavant.

³³⁹ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 7, p. 21, (Supra note 276)

³⁴⁰ HUMPHREYS, *SIR*, p. 35, (Supra note 3)

³⁴¹ Ibid.

³⁴² 61 Fed. Reg. (August 14, 1996) p. 42208

³⁴³ 14 C.F.R. par. 255.8.(a)

³⁴⁴ Ibid.

³⁴⁵ 14 C.F.R. par. 255.8.(b)

³⁴⁶ 14 C.F.R. par. 255.8.(c)

³⁴⁷ 14 C.F.R. par. 255.8.(b).i)

Les dommages et intérêts compensatoires sont, quant à eux, toujours autorisés, mais la base sur laquelle ils sont calculés se trouve diminuée, en conséquence de l'interdiction des clauses d'usage minimum ou exclusif³⁴⁸. En traitant ces clauses, le DOT avait à l'esprit l'influence qu'elles sont susceptibles d'avoir sur le libre jeu de la concurrence. Les clauses interdites le furent sur base de la conviction du DOT qu'elles sont de nature à restreindre fortement la concurrence. Inversement, le DOT considère que les clauses prévoyant des dommages et intérêts compensatoires ne font que refléter le dommage contractuel réellement subi par le vendeur en cas de rupture du contrat³⁴⁹.

Dans son ANPR, le DOT se demande justement si ces mesures, visant à assurer la concurrence au sein du marché des SIR, sont, comme il le souhaite, favorables à la concurrence sur le marché du transport aérien³⁵⁰, une concurrence accrue entre SIR, pour attirer des souscripteurs, étant de nature à engendrer une augmentation des coûts pour les transporteurs participants. Dans ce contexte, certains prônent jusqu'à la suppression de l'article relatif aux clauses contractuelles liant le vendeur de SIR à l'abonné³⁵¹. Le DOT demande aussi que des commentaires lui soient adressés concernant l'attitude adoptée par les grandes compagnies aériennes propriétaires de SIR, à l'égard des agences de voyage établies à proximité d'un de leurs "noyaux". Certains participants à l'industrie se sont, en effet, plaints de comportement tendant à forcer la décision des agences de voyage.

Aucune des règles actuellement en vigueur ne traitent le problème du rôle joué par les agences de voyage. Il faut dire que les compétences du DOT sont limitées aux questions directement liées au transport aérien³⁵². Cependant, dans son ANPR, lorsque le DOT aborde la question des réservations fictives et des frais inutiles qu'elles imposent aux transporteurs, il reconnaît le problème posé par les agences de voyage, en demandant des commentaires sur la possibilité, ou l'impossibilité, pour les compagnies aériennes, de mettre fin à de telles pratiques, par voie d'actions dirigées contre les agences de voyage ayant recours aux réservations fictives³⁵³.

³⁴⁸ LEAMING, CRS, p. 497, (Supra note 11)

³⁴⁹ Nous avons déjà examiné la manière dont ces dommages et intérêts doivent être envisagés

³⁵⁰ 62 Fed. Reg., p. 47610, (Supra note 267)

³⁵¹ MOSS, R., *Outlook. What to expect in the next CRS rulemaking*, T.D.R. (January 4, 1996) p. 4

³⁵² 49 U.S.C.S. Appx. sections 1302, 1324, 1381, 1502

³⁵³ 62 Fed. Reg., p. 47610, (Supra note 267)

Les dispositions adoptées en 1992 ont également introduit un nouveau pan de réglementation influençant les relations entre vendeurs et abonnés. Les vendeurs doivent désormais autoriser les agences, propriétaires de leur équipement informatique, à se connecter, au moyen de ce matériel, à d'autres SIR ou bases de données³⁵⁴. Cette règle ne jouera pas quand l'équipement est la propriété du vendeur. Les abonnés sont aussi autorisés à utiliser des logiciels d'autres vendeurs, en conjonction avec le SIR auquel ils ont souscrit³⁵⁵, pour autant que les programmes soient compatibles avec le système.

EN EUROPE:

Les vendeurs de SIR ne peuvent adopter un comportement discriminatoire vis-à-vis des abonnés, tant en ce qui concerne l'accès aux SIR, que du point de vue de l'amélioration des services³⁵⁶. Le code interdit également au vendeur d'imposer aux abonnés des clauses d'exclusivité, tout comme il leur interdit d'empêcher directement, ou indirectement, un abonné d'utiliser, ou de s'abonner, à un ou plusieurs autres SIR³⁵⁷. On peut vraisemblablement classer comme empêchements indirects, les clauses d'usage minimum, ainsi que les clauses de renouvellement. En ce qui concerne la durée des contrats, le code prévoit qu'un abonné peut mettre fin au contrat qui le lie au vendeur moyennant un "préavis n'excédant pas trois mois et expirant, au plus tôt, à la fin de la première année du contrat"³⁵⁸. Il n'impose, par contre, pas de durée spécifique ou de durée maximum, le seul critère étant que les conditions ne soient pas déraisonnables³⁵⁹. Du point de vue des dommages et intérêts compensatoires, ils ne peuvent excéder les coûts directement liés à la résiliation anticipée du contrat³⁶⁰.

Dans sa version actuellement en vigueur, le code contient déjà quelques obligations indirectes à charge des abonnés, puisqu'il exige que le contrat, que le vendeur signe avec l'abonné, interdise à ce dernier de manipuler les éléments fournis par le SIR de manière à entraîner une présentation de l'information au consommateur, "qui soit inexacte, susceptible d'induire en erreur ou discriminatoire"³⁶¹. Les vendeurs se sont plaints des difficultés qu'ils éprouvent à s'assurer du respect de cette disposition par

³⁵⁴ 14 C.F.R. par. 255.9.(a).ii)

³⁵⁵ 14 C.F.R. par. 255.9.(a).i)

³⁵⁶ Code UE, Article 9.1 et 9.3, (Supra note 4)

³⁵⁷ Ibid., Article 9.2

³⁵⁸ Ibid., Article 9.4.a)

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Ibid.

leurs abonnés³⁶². Consciente du problème que posent les agences de voyage, de par leur rôle d'intermédiaire entre les informations fournies par le SIR et le consommateur, la Commission propose que celles-ci se voient directement imposer des obligations. La Commission entend par là réaliser deux objectifs:

Premièrement, elle désire s'assurer d'un certain niveau de confiance dans le caractère non- discriminatoire des informations fournies au consommateur³⁶³. Pour ce faire, elle suggère que, en l'absence d'une demande spécifique de la part du consommateur, l'abonné soit tenu d'utiliser un affichage neutre. Il serait également tenu de ne pas manipuler les informations fournies par les SIR, si une telle manipulation a pour effet d'aboutir à présenter au consommateur des informations inexactes, discriminatoires ou susceptibles de l'induire en erreur³⁶⁴. L'obligation indirecte deviendrait donc bien directe. De plus, l'abonné devrait obligatoirement communiquer au consommateur un nombre accru d'informations affichées par le SIR. Parmi celles-ci, on peut noter le changement d'appareil en cours de voyage, le nombre d'escales, le nom du transporteur exploitant le vol, ainsi que les changements d'aéroport³⁶⁵. Enfin, le consommateur aurait le droit de demander que soit mise à sa disposition une copie de ce qui est affiché à l'écran,, ou qu'on lui donne accès à un écran affichant les mêmes informations que celles dont dispose l'abonné³⁶⁶.

Deuxièmement, la Commission souhaite protéger les transporteurs des effets néfastes produits par les réservations fictives, ce type de réservation engendrant un surcroît injustifié de redevances de réservation, ainsi qu'une diminution de la fiabilité des systèmes de contrôle des inventaires³⁶⁷. Pour atteindre ce but, elle propose que l'on impose aux abonnés de n'effectuer que des réservations valides. L'abonné serait tenu d'effectuer les réservations et d'émettre les billets conformément aux informations contenues dans le SIR, et, si possible, sur le même SIR. La Commission veut également interdire les réservations multiples, pour un même passager, alors que celui-ci ne pourrait toutes les honorer. Cela vise une pratique courante des agences de voyage, qui consiste à effectuer plusieurs réservations sur différents vols, afin

³⁶¹ Ibid., Article 9.5.b)

³⁶² Proposition EU, p.11, (Supra note 77)

³⁶³ Ibid., p.12

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ Ibid.

³⁶⁷ Ibid.

d'assurer à un client un siège sur un vol, peu importe l'heure à laquelle il arrive à l'aéroport³⁶⁸. Des organisations représentatives des agences de voyage ont, bien évidemment, critiqué la position de la Commission, avançant que ces réservations multiples sont conformes à ce que désirent leurs clients payant le prix fort, à savoir les hommes d'affaire³⁶⁹. Nous ne les suivons pas sur ce point et adhérons à l'approche de la Commission, le recours aux réservations fictives ou multiples nous semblant contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Qui plus est, cette pratique est de nature à provoquer une augmentation des prix du transport aérien, augmentation qui sera, en fin de compte, supportée par les consommateurs.

Le code autorise les abonnés à utiliser de l'équipement, ou des logiciels, proposés par un vendeur tiers, le vendeur de SIR pouvant néanmoins exiger que l'équipement et les logiciels soient compatibles avec son propre système³⁷⁰. La proposition de la Commission prévoit que l'interdiction pour les abonnés de manipuler les informations, fournies par le SIR, devrait s'étendre aux cas où un abonné utilise le logiciel d'un vendeur tiers comme interface entre le SIR et lui³⁷¹.

L'OACI:

Le code interdit aux vendeurs d'opérer, dans l'offre de services de SIR, une discrimination, à l'encontre des abonnés³⁷². En ce qui concerne les mesures prises par les vendeurs pour limiter l'accès des abonnés à d'autres SIR, elles font l'objet d'une interdiction générale. Cela couvre les clauses d'usage exclusif, qui sont proscrites *expressis verbis*³⁷³, mais aussi les clauses d'usage minimum³⁷⁴. Du point de vue de la durée des contrats, le code propose un choix entre la solution américaine de contrats, ne pouvant excéder cinq ans³⁷⁵, et la solution européenne de contrats, pouvant être résiliés à tout moment, au plus tôt un an après leur conclusion³⁷⁶. Ces règles relatives à la durée ne peuvent être contournées par des clauses portant atteinte aux clauses d'expiration, telles les clauses de renouvellement³⁷⁷. Les clauses prévoyant le paiement

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ T.D.R., *EC changes to CRS code draw some concerns, little surprise*, (April 25, 1996) p. 7

³⁷⁰ Code UE, Article 9.6, (Supra note 4)

³⁷¹ Proposition UE, p. 12

³⁷² Code OACI, Article 6.a)

³⁷³ Ibid., Article 6.b)

³⁷⁴ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 6, p. 16, (Supra note 276)

³⁷⁵ Code OACI, Article 6.g).1), (Supra note 276)

³⁷⁶ Ibid., Article 6.g).2)

³⁷⁷ Ibid., Article 6.g).3)

de dommages et intérêts compensatoires, en cas de résiliation, sont autorisées jusqu'à concurrence d'un montant équivalent au dommage réellement subi, de par la résiliation anticipée du contrat³⁷⁸. Cette disposition tend, bien sûr, à éviter les clauses irréalistes eu égard à l'évaluation des dommages.

Le nouveau code, tout comme le précédent, impose directement des obligations aux abonnés. Ce sont ces obligations qui sont reprises, dans les grandes lignes, par la Commission Européenne, dans sa récente proposition. Les abonnés sont tenus, hormis le cas d'une demande spécifique du consommateur, d'utiliser ou de fournir un affichage principal neutre³⁷⁹, de ne pas manipuler les informations de manière à tromper le consommateur³⁸⁰, d'informer le consommateur sur divers éléments susceptibles de guider son choix³⁸¹ et, enfin, de ne pas faire de réservations fictives³⁸².

Le code interdit aussi à un vendeur d'imposer aux abonnés, l'usage exclusif de ses terminaux³⁸³, tout comme il est interdit au vendeur de s'opposer à ce que les abonnés utilisent des logiciels fournis par des tiers. Le vendeur a néanmoins le droit d'exiger que les logiciels, utilisés par les abonnés, soient compatibles avec son système, en vue de garantir l'intégrité de celui-ci³⁸⁴.

COMPARAISON

On remarque une forte similitude entre les différentes réglementations, toutes interdisant les clauses d'usage exclusif et d'usage minimum, ainsi que les clauses de renouvellement, et toutes autorisant les clauses prévoyant des dommages et intérêts compensatoires.

Aux Etats-Unis, la durée normale d'un contrat demeurant, en pratique, de cinq ans, le passage d'un SIR à l'autre sera plus difficile pour un abonné américain que pour un abonné européen, la réglementation européenne offrant une plus grande souplesse aux abonnés.

³⁷⁸ Ibid., Article 6.g).2)

³⁷⁹ Ibid., Article 10.a)

³⁸⁰ Ibid., Article 10.b)

³⁸¹ Ibid., Article 10.d) et 10.e)

³⁸² Ibid., Article 10.f)

³⁸³ Ibid., Article 6.f)

³⁸⁴ Ibid.

Du point de vue des obligations à charge des abonnés, l'OACI a été le précurseur, puisque de telles obligations figuraient déjà dans son précédent code de conduite. En Europe, le futur nouveau code imposera, vraisemblablement, des obligations similaires. Remarquons que, dans la pratique, le respect de ces règles s'avérera difficile à contrôler. En effet, contrairement aux agissements des vendeurs pouvant aisément être contrôlés par les autres vendeurs, ainsi que par les transporteurs participants, un contrôle effectif des agences de voyage nécessiterait pratiquement qu'une personne soit affectée à cette tâche dans chacune d'entre elles. Cette solution n'est, bien évidemment, pas envisageable. L'alternative la plus efficace semble résider dans un contrôle ponctuel doublé d'amendes sévères. Les Etats-Unis, quant à eux, ne semblent pas encore décidés à prendre le même chemin.

Enfin, chaque réglementation interdit au vendeur d'empêcher les abonnés d'utiliser des logiciels fournis par des tiers, sous réserve de compatibilité.

e. RELATIONS AVEC LES TRANSPORTEURS PARTICIPANTS.

AUX ETATS-UNIS

Dans le cadre des relations entre vendeur de SIR et transporteur participant, la question des redevances de réservation est celle qui a posé le plus de problèmes³⁸⁵. Avant l'adoption des règles, les redevances de réservation demandées aux transporteurs participants par United et American s'échelonnaient entre zéro et 3,60\$ par réservation³⁸⁶. Cette tarification discriminatoire est désormais interdite³⁸⁷, ce qui ne veut pas dire que la situation des vendeurs s'en est, pour autant, affaiblie. L'uniformisation des redevances a engendré, outre le mécontentement des transporteurs qui bénéficiaient d'un taux préférentiel, un accroissement des revenus des vendeurs de SIR³⁸⁸, le DOT n'ayant pas imposé de plafond aux redevances de réservation. Pareille mesure, qui a pour but avoué de protéger la concurrence, empêche les transporteurs participants de négocier des conditions plus avantageuses. Le but poursuivi ne nous semble donc pas atteint.

³⁸⁵ Parmi les autres problèmes, nous avons déjà cité le cas des clauses de parité qui sont, actuellement, dans le collimateur du DOT; Voir *supra*:

³⁸⁶ COPELAND & MCKENNEY, *CRS*, p. 363, (Supra note 17)

³⁸⁷ 14 C.F.R., par. 255.6

³⁸⁸ COPELAND & MCKENNEY, *CRS*, p. 363, (Supra note 17)

Les transporteurs participants doivent, quant à eux, s'assurer de fournir à chaque SIR des informations complètes et exactes³⁸⁹ de manière à ce que les SIR puissent se conformer aux obligations qui leur sont imposées quant à la manière d'afficher les informations³⁹⁰.

Dans son ANPR, le DOT constate le criticisme de certains transporteurs face à une fréquente augmentation des redevances de réservation, ainsi qu'aux difficultés qu'ils ont d'exercer un contrôle sur ces augmentations³⁹¹. Le DOT fait également état du problème du paiement de redevances de réservation pour des réservations fictives, alors que celles-ci ne rapportent rien aux transporteurs³⁹². Sur base de ces constatations, le DOT demande qu'on lui adresse des propositions quant aux mesures à prendre à l'égard du niveau et de la structure des redevances de réservation³⁹³.

EN EUROPE:

Le code européen impose que les redevances de réservation soient non discriminatoires et raisonnablement structurées. Il prescrit aussi qu'elles soient "en rapport raisonnable avec le coût du service fourni et utilisé"³⁹⁴. Le vendeur de SIR est également tenu de fournir aux transporteurs participants des factures suffisamment détaillées, afin de permettre à ces derniers de voir, avec précision, quels services ont été utilisés et les redevances demandées pour ceux-ci³⁹⁵.

Les transporteurs participants doivent, quant à eux, s'assurer que les informations qu'ils introduisent dans le système sont exactes, n'induisent pas en erreur, et sont aussi transparentes et complètes que celles fournies aux autres SIR³⁹⁶. Cela tend à permettre aux vendeurs de SIR de se conformer aux critères de l'annexe relatifs à l'ordre d'affichage des différentes options de vol³⁹⁷.

Dans sa proposition, la Commission souligne que la question des redevances de réservation est celle qui, depuis l'entrée en vigueur du code amendé, a engendré un des plus grands nombres de plaintes³⁹⁸. Dans quatre cas, regroupant vingt et une

³⁸⁹ 14 C.F.R., par. 255.4.(6).(f)

³⁹⁰ Les vendeurs de SIR ont également une obligation de fournir aux transporteurs participants des informations d'intérêt commercial; Voir infra:

³⁹¹ 62 Fed. Reg., p. 47609, (Supra note 267)

³⁹² Ibid.

³⁹³ Ibid., p. 47610

³⁹⁴ Code UE, Article 10.1, (Supra note 4)

³⁹⁵ Ibid., Article 10.2

³⁹⁶ Ibid., Article 4.1

³⁹⁷ Ibid.

³⁹⁸ Proposition UE, p. 5, (Supra note 77)

compagnies aériennes, celles-ci invoquaient une violation de l'article 10.1 du code. Cette violation, sous forme de discrimination, découlait, selon elles, des effets combinés d'une inadaptation du contrôle, par les vendeurs de SIR, de la validité des réservations effectuées et, des différents avantages octroyés aux abonnés par ces mêmes vendeurs, avec pour conséquence, une répartition inéquitable des coûts entre les transporteurs et les abonnés³⁹⁹. D'après les transporteurs, les coûts qu'impliquent, pour les vendeurs de SIR, les avantages octroyés aux abonnés se répercutent sur le montant des redevances de réservation et sont, en fin de compte, supportés par les transporteurs. Il résulte d'une étude mandatée par la Commission que les avantages octroyés aux abonnés constituent un instrument de marketing important pour les vendeurs de SIR⁴⁰⁰. Ces avantages sont, en effet, utilisés par les vendeurs de SIR, soit pour s'implanter sur un nouveau marché, soit pour renforcer leur position concurrentielle, sur un marché où ils sont déjà présents. Sur les marchés où la concurrence est forte, il a été établi que le montant des avantages alloués excède parfois le montant versé par l'abonné pour la location de l'équipement informatique⁴⁰¹. La Commission constate qu'une constante escalade du montant des avantages octroyés n'est pas dans l'intérêt des vendeurs et que, dès lors, il paraît injustifié de penser que cette escalade relève d'une politique délibérée, adoptée par les vendeurs, en vue de faire grimper le montant des redevances de réservation. Le montant de ces avantages constitue plutôt, dans le chef du vendeur, un coût de distribution qui doit pouvoir être pris en compte dans le calcul des redevances de réservation⁴⁰². Qui plus est, puisque l'ensemble du code vise à protéger le libre jeu de la concurrence, l'octroi de pareils avantages, afin de s'assurer une position concurrentielle sur le marché, ne semble pas critiquable, même s'il en résulte une augmentation des redevances de réservation. Pour éviter de futures controverses, relatives à une discrimination entre abonnés et transporteurs participants, la Commission propose que l'article 10.1 devienne l'article 10.1.a, qui ne s'appliquerait qu'aux transporteurs participants, et que l'on adopte un article 10.1.b, de teneur comparable, qui ne s'appliquerait qu'aux abonnés⁴⁰³. De la sorte, il apparaît très clairement que les discriminations prohibées

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 14

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ Ibid.

sont, d'une part, les discriminations entre transporteurs participants et, d'autre part, les discriminations entre abonnés.

L'OACI:

Le code prévoit trois critères que les vendeurs de SIR devront respecter lorsqu'ils établissent le niveau des redevances demandées aux transporteurs participants.

Tout d'abord, les redevances ne pourront être discriminatoires. Cela signifie, comme dans les autres réglementations, qu'à niveau de service égal la redevance demandée doit être identique⁴⁰⁴.

Ensuite, les redevances ne pourront être structurées de manière à écarter la participation des petits transporteurs⁴⁰⁵. Si les transporteurs peuvent choisir un niveau de participation correspondant à leurs besoins, certains vendeurs exigent, outre les redevances de réservation, une redevance initiale conditionnant l'accès au système. Une redevance initiale, sans être discriminatoire, est susceptible, si elle est trop élevée, d'empêcher que les petits transporteurs participent à un SIR⁴⁰⁶. C'est donc cela que l'article 5.e.2) tend à prévenir. Notons que la notion de petit transporteur variera d'un marché à un autre. Il appartiendra donc aux Etats de préciser cette notion⁴⁰⁷.

Enfin, le caractère raisonnable des redevances demandées, tant du point de vue de la structure que du niveau, s'appréciera par rapport au coût du service fourni et utilisé⁴⁰⁸.

Le vendeur est également tenu de fournir aux transporteurs participants des informations suffisamment précises sur la facturation des services, afin de permettre à ces derniers de vérifier l'exactitude des factures⁴⁰⁹.

Les transporteurs sont responsables de l'exactitude des informations qu'ils transmettent aux vendeurs de systèmes⁴¹⁰. Ils doivent aussi veiller à ne pas donner une présentation trompeuse des services et indiquer clairement les éléments qui permettront aux vendeurs de respecter leurs obligations en matière d'affichage de l'information⁴¹¹.

⁴⁰⁴ Code OACI, Article 5.e.1 et 5.e.3, (Supra note 276)

⁴⁰⁵ Ibid., Article 5.e.1

⁴⁰⁶ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 5, (Supra note 276)

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Code OACI, Article 5.e.3), (Supra note 276)

⁴⁰⁹ Ibid., Article 5.f

⁴¹⁰ Ibid., Article 9.a

COMPARAISON:

Alors que les obligations imposées aux transporteurs participants par les différentes réglementations sont fort semblables, en ce qui concerne la fourniture d'informations, on peut noter certaines différences quant à la philosophie ayant gouverné l'adoption des règles en matière de redevance de réservation.

Si toutes les réglementations interdisent la discrimination de la part des vendeurs de SIR, les critères retenus pour apprécier les redevances de réservation ne sont pas les mêmes. Là où le code européen et le code de l'OACI prévoient une appréciation du caractère raisonnable des redevances, par rapport aux coûts supportés par les vendeurs de SIR, la réglementation américaine, plus empreinte de libéralisme économique, se base uniquement sur une identité quant au niveau du service fourni par le vendeur⁴¹². Le code de l'OACI présente, en plus, la caractéristique de s'attacher à la protection des petits transporteurs. Cette prise en considération est caractéristique de la vocation universelle du code de l'OACI qui, contrairement aux autres réglementations, trouvera éventuellement à s'appliquer dans des régions où le transport aérien en est encore à ses balbutiements. Notre dernière remarque doit s'apprécier à la lumière du fait que , quelle que soit la région du monde, les vendeurs de SIR seront souvent les mêmes.

C. SOLUTIONS AUX LITIGES INTERNATIONAUX.

1. PREAMBULE.

Il faut distinguer, d'une part, les litiges relatifs au respect des dispositions des diverses réglementations, par les parties auxquelles elles sont applicables et, d'autre part, les litiges entre Etats, relatifs à la teneur de leurs lois, règlements et mesures

⁴¹¹ Ibid., Article 9.b.1 et 9.b.2

⁴¹² On retrouve cet esprit dans certaines considérations du DOT: "(...) any efforts to regulate fee levels may well have more disadvantages than advantages. A rule limiting booking fees would be equivalent to rate regulation, and rate regulation usually creates inefficiencies", 56 Fed. Reg. (26 March 1991) p. 12617

gouvernementales, ainsi qu'aux pratiques d'entreprises relevant de leurs juridictions respectives.

Notons que la réglementation américaine de même que le code européen prévoient un mécanisme visant à garantir leur propre mise en oeuvre et à régler les litiges relatifs à leur application. Ainsi, aux Etats-Unis, le DOT pourra, de sa propre initiative ou sur base d'une plainte, mener une enquête et procéder à des auditions⁴¹³. Dans le cas où le DOT viendrait à constater l'existence de pratiques répréhensibles, il pourra ordonner qu'il soit mis fin à ces pratiques ou imposer des sanctions civiles pour chaque violation. Le code européen prévoit, quant à lui, que la Commission pourra, de sa propre initiative, ou sur base d'une plainte émanant d'un Etat membre ou d'une personne, morale ou physique, justifiant d'un intérêt légitime, engager des procédures en vue de mettre fin à toute infraction aux dispositions du code⁴¹⁴. La Commission dispose, à ces fins, d'importants pouvoirs d'investigation, afin de réunir les renseignements nécessaires à l'aboutissement de son enquête⁴¹⁵. Elle pourra, "par voie de décision, infliger aux vendeurs de systèmes, aux transporteurs associés, aux transporteurs participants et/ou aux abonnés qui enfreignent" le code "des amendes pouvant atteindre au maximum 10% du chiffre d'affaires réalisé annuellement par l'entreprise en cause (...) le montant de l'amende est fixé en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction"⁴¹⁶. Ces décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice⁴¹⁷.

Nous avons déjà longuement parlé de l'application du droit de la concurrence et des lois antitrust aux problèmes juridiques posés par la mise en oeuvre des SIR. Il nous paraît important de signaler que les Etats-Unis et l'Union Européenne sont favorables à une application extraterritoriale des règles en matière de concurrence⁴¹⁸. Dans l'affaire ALCOA⁴¹⁹, la juridiction a développé la doctrine des "effets". Cette doctrine, qui depuis, a été appliquée avec constance, consiste à soumettre aux lois antitrust, les actes, de nature commerciale, accomplis à l'étranger avec l'intention qu'ils produisent

⁴¹³ Federal Aviation Act, Section 411(a)

⁴¹⁴ Code UE, Article 11, (Supra note 4)

⁴¹⁵ Ibid, Articles 13 et 14

⁴¹⁶ Ibid., Article 16.2

⁴¹⁷ Ibid., Article 17

⁴¹⁸ ABEYRATNE, R., *Would Competition in Commercial Aviation Ever fit in the World trade Organization ?*, *The Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 61 (1995-1996) p. 849, (Ci-après: ABEYRATNE, *World Trade Organization*)

⁴¹⁹ U.S. v. ALCOA, p. 416, (Supra note 104)

des effets aux Etats-Unis⁴²⁰. Dans son arrêt Woodpulp, la Cour de Justice de la Communauté Européenne décida que les dispositions européennes en matière de concurrence trouveraient à s'appliquer aux accords, entre entreprises étrangères, conclus en dehors du territoire de la Communauté, pour autant que ces accords soient mis en oeuvre au sein du marché commun. Pareille attitude semble se justifier compte tenu de la globalisation des échanges et de l'absence, dans certains Etats, d'une réglementation en matière de concurrence. Cela se justifie d'autant plus lorsqu'on a à l'esprit le caractère fortement international de l'industrie des SIR. S'il faut adhérer au principe, l'application extraterritoriale du droit de la concurrence et des lois antitrust pose, dans la pratique, un certain nombre de problèmes, tels des coûts élevés, des difficultés de mise en oeuvre, ou encore des conflits de juridiction. La procédure de règlement des litiges de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), que nous étudierons plus loin⁴²¹, semble pouvoir constituer une alternative valable.

2. LES ACCORDS BILATERAUX ET LES NEGOCIATIONS INTERGOUVERNEMENTALES.

On peut définir les accords bilatéraux, en matière de transport aérien, comme des accords relatifs au commerce international de services, par lesquels deux Etats souverains réglementent l'exploitation des services aériens commerciaux, entre leurs territoires respectifs⁴²² et, souvent, au-delà⁴²³. S'il existe aussi des accords multilatéraux, comme en Europe, le bilatéralisme reste la norme.

Dans le domaine des SIR, il nous semble qu'une disposition, que l'on retrouve, quasi systématiquement dans les accords bilatéraux, est d'un intérêt particulier. En effet, ceux-ci prévoient que: "There shall be *fair and equal opportunity* for the designated airlines of both contracting parties to participate in the international air transportation covered by the agreement"⁴²⁴. Les Etats s'engagent aussi à prendre, dans les limites de leur juridiction, toutes les mesures nécessaires à l'élimination de toute forme de discrimination ou de pratiques anticoncurrentielles portant atteinte à la position

⁴²⁰ ABEYRATNE, R., *World Trade Organization*, p. 849, Supra note 418)

⁴²¹ Voir infra: pp. 88. 89

⁴²² HAANAPPEL, P., *Bilateral Air Transport Agreements*, Unpublished Documentation.

⁴²³ Dans les cas où les Etats échangent la cinquième "liberté" de l'air.

concurrentielle de la/des compagnie(s) aérienne(s) de l'autre Etat contractant. On peut, selon nous, trouver dans pareille disposition le moyen, pour un Etat, de lutter contre certaines pratiques des vendeurs de SIR étrangers, susceptibles de nuire à ses propres transporteurs. On pense bien sûr, au biaisage des systèmes, aux redevances de réservation, ou encore, aux clauses de parité.

Il nous semble aussi, que ce type de dispositions, contenues dans des accords bilatéraux, interdit à un Etat partie d'adopter une réglementation qui aurait pour effet de discriminer les transporteurs désignés par l'autre Etat. On pourrait envisager qu'une telle discrimination existe quand un Etat, par sa réglementation, limite, pour les transporteurs étrangers, l'accès aux données commerciales contenues dans un SIR.

En cas de conflit entre parties à un accord, celui-ci prévoit généralement une procédure de règlement des litiges. La négociation entre Etats constitue un mécanisme de base qui, parfois, en cas d'échec de celle-ci, laisse la place à un arbitrage⁴²⁵.

Des accords bilatéraux d'une autre nature peuvent également jouer un rôle. Ainsi, le DOJ américain, sur base d'un accord de 1991 visant à accroître la coopération entre les Etats-Unis et la Communauté Européenne quant à la mise en oeuvre du droit de la concurrence, a récemment introduit une requête auprès de la Commission Européenne, engageant celle-ci à mener une enquête relative à un éventuel comportement anticoncurrentiel de la part de plusieurs transporteurs européens⁴²⁶. En l'espèce, le DOJ avance que les propriétaires de Amadeus, à savoir, Air France, Iberia et Lufthansa, empêchent plusieurs SIR basés aux Etats-Unis d'accéder à certaines informations, notamment celles relatives à certains tarifs de ces transporteurs, ce qui porterait atteinte à la position concurrentielle de ces SIR dans divers pays européens⁴²⁷. L'affaire est maintenant entre les mains de la DG-IV⁴²⁸ et cela prendra sans doute de très longs mois avant que l'enquête n'aboutisse.

⁴²⁴ Extrait de l'accord type proposé par le Royaume des Pays-Bas; Document non publié

⁴²⁵ A titre d'exemple, l'accord type, que les Pays-Bas proposent aux autres Etats, prévoit qu'en cas d'échec des négociations, le litige pourra, à la demande de l'une ou l'autre Parties, être soumis à un tribunal arbitral composé de trois arbitres. Chacune des Parties à l'accord désignera un arbitre, le troisième arbitre étant désigné par les deux arbitres déjà désignés, étant entendu que ce troisième arbitre ne peut être un ressortissant d'un des Etats parties au litige.

⁴²⁶ T.D.R., *DOJ asks EC to investigate European airlines for anti-competitive practices*, (May 8, 1997) p.1

⁴²⁷ Ibid., p. 4

⁴²⁸ Division Générale de la Commission traitant des problèmes de concurrence.

Alors que les accords bilatéraux en matière de transport peuvent servir de base au règlement d'un litige relatif à la position concurrentielle des compagnies aériennes désignées par les Parties à l'accord, le second type d'accord a un champ d'application plus étendu en ce qu'il permet de régler des litiges relatifs à la position concurrentielle, tant de l'ensemble des compagnies aériennes des Parties, que des vendeurs de SIR basés dans ces Etats.

Notons aussi que certains accords bilatéraux traitent spécifiquement de l'accès au marché pour les SIR.

D'une manière plus générale, les litiges entre Etats trouvent, le plus souvent, en dehors du cadre d'accords bilatéraux, une solution par la voie de négociations intergouvernementales. Bien sûr, les Etats n'ont aucune obligation d'accepter de négocier et, s'ils acceptent la négociation, son résultat et la mise en oeuvre de celui-ci dépendront, encore une fois, de la bonne volonté des Etats parties au litige. Dans le domaine des SIR, les négociations ont souvent permis d'atteindre des résultats satisfaisants. Ainsi, les Etats-Unis et l'Union Européenne parvinrent, par voie de négociation, à mettre fin à un litige qui les opposait concernant la communication d'informations de marketing, par les vendeurs de SIR américains, aux transporteurs non-américains. En l'espèce, la réglementation américaine interdisait aux vendeurs de SIR américains de transmettre, à des compagnies aériennes étrangères des informations de marketing relatives au marché national du transport aérien. Or, la réglementation européenne ne contient, elle, aucune disposition discriminatoire de même nature. Sur ces bases, Amadeus notifia à la Commission son intention de se prévaloir des dispositions de l'article 7 du code européen qui prévoit que certaines obligations du code, à charge des vendeurs de SIR, ne sont pas applicables, si des droits réciproques ne sont pas octroyés dans un Etat tiers⁴²⁹. Amadeus comptait donc mettre fin à ses ventes d'informations de marketing aux transporteurs américains. Etant donné la gravité de la situation, la Commission s'adressa au DOT afin qu'une solution au litige soit trouvée. Les discussions qui s'en suivirent entre la DG-VII⁴³⁰ et le DOT aboutirent à ce que les autorités américaines accordent une exemption aux vendeurs de SIR américains, autorisant désormais ceux-ci à vendre, aux transporteurs européens, des informations relatives au marché national américain.

⁴²⁹ Proposition UE, p. 6, (Supra note 77)

⁴³⁰ Division Générale de la Commission traitant de la matière des transports

3. L'OACI.

Le code de l'OACI énonce, en son article 4, diverses obligations devant être assumées par les Etats décidant de suivre le code. Les Etats doivent ainsi s'assurer du respect du code par les vendeurs et les transporteurs aériens. Si l'administration compétente dispose du pouvoir nécessaire, elle veillera aussi à ce que les abonnés respectent le code. Ils doivent aussi favoriser l'élargissement de la propriété des SIR, en levant les éventuels obstacles réglementaires qui empêcheraient les compagnies aériennes, ou toute autre entité domiciliée dans un autre Etat suivant le code, d'investir dans des SIR domiciliés sur son territoire⁴³¹.

De plus, du point de vue de l'accès au marché, ils doivent permettre aux vendeurs de SIR, qui respectent le code, de fournir les services de leur SIR sur leurs territoires, de manière non-discriminatoire et pour autant que cette fourniture soit compatible avec les obligations s'imposant aux Etats de par les accords ou arrangements, bilatéraux ou multilatéraux, qu'ils ont conclu. Nous avons déjà abordé le cas des accords bilatéraux. Pour ce qui est des accords multilatéraux, on pense tout de suite aux obligations s'imposant aux Etats qui sont parties au "General Agreement on Trade in Services" (GATS)⁴³². Cette condition de compatibilité tend à éviter tout conflit entre Etats qui, à la fois, suivent le code et sont partie au GATS. Nous reviendront plus loin sur le rôle de l'OACI dans le domaine économique, ainsi que sur ses relations avec l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)⁴³³.

Les Etats ont également l'obligation de traiter les vendeurs de SIR de manière impartiale, qu'ils soient nationaux ou étrangers⁴³⁴, et de s'assurer de la libre circulation des informations contenues dans les SIR⁴³⁵.

Du point de vue du règlement des litiges entre Etats suivant le code, ce dernier prévoit que les Etats recourent, pour autant que faire se peut, aux négociations intergouvernementales, plutôt que de laisser les transporteurs et les vendeurs prendre

⁴³¹ Code OACI, Article 4.b), (Supra note 276)

⁴³² Ibid., Article 4.c); General Agreement on Trade in Services, 33 I.L.M. 44 (1994), (Ci-après: GATS)

⁴³³ Voir infra: pp. 92. 93

⁴³⁴ Code OACI, Article 4.d), (Supra note 276)

⁴³⁵ Ibid., Article 4.e)

des mesures unilatérales⁴³⁶. On peut douter de l'intérêt de cette disposition, puisque, comme nous l'avons vu, la négociation intergouvernementale apparaît comme un mode naturel de règlement des litiges entre Etats qui ne nécessitait pas d'être expressément mentionné par le code, celui-ci ne prévoyant pas de mode alternatif de règlement des litiges, tel l'arbitrage, en cas d'échec des négociations. De plus, nous le savons, le résultat d'une négociation ne s'impose pas, avec force obligatoire, aux parties au litige. Le code prévoit néanmoins qu'en cas d'échec des négociations, un Etat suivant le code peut permettre ou imposer aux transporteurs ou aux vendeurs, relevant de sa compétence, de déroger aux dispositions du code⁴³⁷.

4. GATS ET OMC.

a. APPLICABILITE DU GATS AUX SIR.

Le GATS, qui établit un cadre de négociation en vue d'une libéralisation du commerce des services, résulte des négociations de l'Uruguay Round. Il est annexé à l'Accord établissant l'OMC⁴³⁸, qui est lui-même annexé à l'Acte Final des Négociations Multilatérales sur le Commerce (L'Uruguay Round)⁴³⁹, l'Accord et l'Acte Final ayant tous deux été conclus à Genève le 15 décembre 1993.

Le GATS, né de négociations lancées dans le cadre du GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), procède du même esprit que celui-ci, à savoir, qu'une libéralisation du commerce est bénéfique à l'économie.

Le GATS contient, de l'article II à l'article XV, un certain nombre d'obligations générales s'imposant donc à tous les Etats parties à l'Accord et dans tous les secteurs de service, en conformité avec les annexes sectorielles. L'obligation générale principale se trouve à l'article II du GATS. Il s'agit de la clause de la nation la plus favorisée, par laquelle les membres s'engagent à accorder immédiatement, et de manière inconditionnelle, aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, un traitement aussi favorable que celui accordé à de semblables services ou

⁴³⁶ Ibid., Article 4.f)

⁴³⁷ Ibid. Article 4.g)

⁴³⁸ A l'origine appelée Multilateral Trade Organization (33 I.L.M. 13 (1994)), les participants à l'Uruguay Round décidèrent de changer son nom (Doc. MTN/FA/Corr. 1 du 15 décembre 1993, tel que cité dans 33 I.L.M. 44 (1994))

⁴³⁹ 33 I.L.M. 1 (1994)

fournisseurs de services de tout autre pays⁴⁴⁰. Viennent ensuite, de l'article XVI à l'article XVIII, les engagements spécifiques qui ne s'appliqueront qu'aux Etats qui y souscrivent (Accès au Marché, Traitement National, Engagements Additionnels). On trouve ensuite des dispositions visant à une libéralisation progressive du commerce des services (Articles XIX à XXI), des dispositions institutionnelles (Articles XXII à XXVI), où l'on retrouve le mécanisme destiné au règlement des litiges, et, enfin, les dispositions finales (Articles XXVII à XXIX). L'article XXIX traite des annexes sectorielles, en précisant que celles-ci font partie intégrante du GATS. Ces annexes sont l'expression d'une réalité économique. Il apparaît en effet que, compte tenu de la grande diversité des secteurs de service, peu de règles sont applicables à l'ensemble de ceux-ci. Les annexes sont donc là pour répondre aux spécificités des divers secteurs de service.

Parmi ces annexes sectorielles figure l'annexe sur les services de transport aérien⁴⁴¹. Si le champ d'application de cette annexe ne s'étend pas aux droits de trafic aérien (Hard rights)⁴⁴², il couvre, néanmoins, trois types de droits secondaires (Soft rights), à savoir, la réparation et la maintenance des aéronefs, la vente et le marketing des services de transport aérien, ainsi que les SIR⁴⁴³. Notons que la définition que l'annexe donne d'un SIR n'inclut pas les systèmes fournissant seulement des informations et ne permettant pas d'effectuer de réservations⁴⁴⁴.

Les principes du GATS trouveront donc à s'appliquer aux mesures affectant le commerce international des SIR. L'article I du GATS, qui détermine la portée de l'Accord, mentionne, en son premier paragraphe, que "l'Accord s'applique aux mesures des Membres affectant le commerce de services"⁴⁴⁵. L'Annexe, quant à elle, énonce que l'Accord s'appliquera aux mesures affectant les SIR. On le voit, le paragraphe 3 de l'Annexe mentionne simplement les mesures, sans faire référence aux Membres. Il ne semble cependant pas faire de doute que les mesures de l'Annexe sont

⁴⁴⁰ GATS, Article II.1, (Supra note 432)

⁴⁴¹ 33 I.L.M. 44 (1994) p.77, (Ci-après: Annexe Serv. Tr. Aérien)

⁴⁴² Nous ne développerons pas ici la controverse de l'extension de l'application des principes du GATS aux droits de trafic aérien, cet aspect des choses dépassant le cadre de notre thèse; Annexe Serv. Tr. Aérien, par. 2, (Supra note 441)

⁴⁴³ Ibid., par. 3

⁴⁴⁴ Ibid., par. 6.c

⁴⁴⁵ GATS, Article I, (Supra note 432)

bien des mesures prises par des Membres⁴⁴⁶. L'Annexe faisant, comme nous l'avons déjà souligné, partie intégrante de l'Accord, rien ne semble indiquer que celui-ci s'appliquerait, dans le domaine des services de transport aérien, à un autre type de mesures que celles prises par des Membres, puisque l'Accord, en son article XXVIII (a), définit une mesure comme "toute mesure prise par un Membre (...)".

En ce qui concerne le commerce de services, il est défini à l'article I.2 comme la fourniture de services: du territoire d'un Membre au territoire de tout autre Membre; sur le territoire d'un Membre au consommateur de service de tout autre Membre; par un fournisseur de service d'un Membre, par l'intermédiaire d'une implantation commerciale sur le territoire de tout autre Membre; et enfin, par un fournisseur de service d'un Membre, par l'intermédiaire d'une personne physique située sur le territoire de tout autre Membre.

Nous connaissons le caractère fortement international de l'industrie des SIR, les parties impliquées étant souvent de nationalités différentes. Les cas de figure envisagés par l'article I.2 reflètent donc bien une réalité de l'industrie des SIR. Se pose maintenant la question de savoir quel rôle le GATS est-il susceptible de jouer dans le domaine des SIR.

b. L'INTERET DU GATS POUR L'INDUSTRIE DES SIR.

MESURES PRISES PAR DES MEMBRES.

Nous venons de le voir, les principes du GATS s'appliquent à des mesures prises par des Membres. Dès lors, il nous appartient de déterminer si, dans le cadre de l'industrie des SIR, des Membres ont dressé des obstacles réglementaires à la circulation des fournisseurs, des services, des consommateurs de services; voire même des obstacles au commerce lui-même⁴⁴⁷. Force nous est de constater que si l'on peut aisément imaginer un éventail de mesures pouvant constituer pareil obstacle, la pratique nous a donné assez peu d'occasions d'en observer l'existence, les problèmes juridiques naissant de la mise en oeuvre des SIR résultant, le plus souvent, du comportement adopté par les vendeurs de SIR ou par les abonnés.

⁴⁴⁶ Ibid., Article I.3.(a): "measures by members" means measures taken by: (i) central, regional, or local governments and authorities; and (ii) non-governmental bodies, in the exercise of powers delegated by central, regional or local governments or authorities; (...).

⁴⁴⁷ SNAPE, R., *Principles in Trade in Services*, in: MESSERLIN, P., SAUVANT, K., *The Uruguay Round, services in the world economy*, IBRD/The World Bank (1990) p. 7

Quoi qu'il en soit, et compte tenu du fait que les consommateurs de services fournis par les SIR ne doivent pas se déplacer pour bénéficier du service, on pourrait concevoir que des Membres adoptent des mesures limitant le transfert transfrontalier de données et d'informations (Transborder Data Flow), comme, par exemple, en interdisant les connections entre les lignes louées et le réseau des téléphones publics; en imposant des critères techniques incompatibles⁴⁴⁸, ou encore en interdisant la communication de certains types d'informations. Reprenons ici le cas, vu plus haut⁴⁴⁹, de l'interdiction faite, par la réglementation américaine, aux vendeurs de SIR américains, de transmettre des informations de marketing relatives au marché national du transport aérien, à des compagnies aériennes étrangères. Si cette interdiction s'applique de manière uniforme, à tous les Etats, la clause de la nation la plus favorisée est respectée. Si, par contre, les Etats-Unis accordent une exemption uniquement à certains Etats, ce qui semble être le cas, ils violent cette même clause⁴⁵⁰.

On pourrait aussi envisager les réglementations particulières en matière de SIR comme autant de mesures faisant obstacle au commerce des SIR. On pense, entre autres, aux dispositions prescrivant un ordre spécifique d'affichage des informations, ou à celles imposant une participation à d'autres systèmes⁴⁵¹. S'il s'agit bien là de mesures prises par des Membres, pouvant éventuellement constituer un obstacle au commerce de services, elles s'appliquent uniformément aux parties concernées, indifféremment de leurs nationalités et elles visent à assurer le libre jeu de la concurrence, tout en protégeant les consommateurs. Il ne semble donc pas, de ce point de vue, que ces réglementations soient critiquables.

Remarquons aussi que l'article VIII prévoit que chaque Membre doit faire en sorte que tout fournisseur de service détenant, sur son territoire, un monopole, n'agisse pas, dans la fourniture du service monopolistique sur le marché concerné, de manière incompatible

avec les obligations s'imposant au Membre en vertu de l'article II et de ses engagements spécifiques⁴⁵². S'il est vrai que la mise en oeuvre des SIR pose des

⁴⁴⁸ SAUVANT, K., *International Transactions in Services: The Politics of Transborder Data Flows*, Boulder: Westview for the Atwater Institute (1986) p.207

⁴⁴⁹ Voir supra: p.12

⁴⁵⁰ La clause de la nation la plus favorisée ne s'applique pas quand le traitement préférentiel est accordé, par un Etat, à un Etat voisin: GATS, Article II.3, (Supra note 432)

⁴⁵¹ ZUR HAUSEN, CRS, p. 136, (Supra note 2)

⁴⁵² GATS, Article VIII.1, (Supra note 432)

problèmes liés à la monopolisation et à l'abus de position dominante, ce n'est pas dans les circonstances visées par l'article VIII, puisque l'article XXVIII définit le fournisseur de service détenant un monopole, comme toute personne publique ou privée qui, dans le marché concerné du territoire d'un Membre, est autorisé ou établi par ce Membre comme seul fournisseur de ce service⁴⁵³, ce qui ne correspond pas à la réalité actuelle de l'industrie des SIR. Ceci n'aurait pas forcément été vrai il y a quelques années, à l'époque à laquelle on comptait fréquemment un SIR différent par Etat et dont la propriété appartenait souvent à la compagnie aérienne nationale. L'article VIII n'a donc, de nos jours, pour ainsi dire, aucun impact sur les mesures concernant la mise en oeuvre des SIR.

D'une manière générale, conformément à ce que nous venons d'observer dans cette section, ce n'est qu'en de rares occasions que les problèmes, dans l'industrie des SIR, découlent de mesures prises par un Etat. L'importance du GATS, en matière de SIR, nous semble, dès lors, minime.

PREVENTION ET REGLEMENT DES LITIGES:

Notons que l'Accord sur le Règlement des Litiges (ARL) de l'Annexe II, fait partie intégrante de l'Accord sur l'OMC.

On retrouve à l'Annexe II les dispositions relatives au DSB qui a été institué afin d'administrer les règles et la procédure de l'Annexe, ainsi que les consultations et les dispositions des accords couverts par l'ARL en matière de règlement des litiges⁴⁵⁴. Le DSB a, pour ce faire, le pouvoir de constituer des groupes de spécialistes, d'adopter les rapports de ces groupes et de l'Appellate Body, d'assurer le contrôle de la mise en oeuvre des décisions et recommandations, et d'autoriser la suspension des obligations s'imposant en vertu de l'accord couvert⁴⁵⁵.

Si les dispositions relatives au règlement des litiges entre Membres de l'OMC encouragent la médiation et la conciliation volontaire⁴⁵⁶, en cas d'échec de celles-ci, la partie plaignante pourra demander qu'un groupe d'experts soit constitué. Quand le DSB décide qu'un tel groupe sera constitué, il devra l'être pour, au plus tard, la réunion du DSB suivant celle à l'occasion de laquelle la demande a été introduite⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Ibid., Article XXVIII.h)

⁴⁵⁴ ABEYRATNE, *CRS & Code Sharing*, p. 267, (Supra note 302)

⁴⁵⁵ Annexe II, Article 2.1

⁴⁵⁶ Ibid., Article 5.1

⁴⁵⁷ Ibid., Article 6.1

Le groupe sera composé de personnes hautement qualifiées, sélectionnées de manière à assurer l'indépendance du groupe⁴⁵⁸. Le groupe de spécialistes ayant pour mission d'assister le DSB dans sa tâche, il est tenu de faire, devant celui-ci, un compte rendu de la matière⁴⁵⁹. Le rapport du groupe sera soumis aux parties vingt jours avant qu'il ne soit examiné par le DSB⁴⁶⁰. Les parties auront alors dix jours, à partir de la remise, pour faire valoir leurs objections auprès du DSB⁴⁶¹. Le DSB, quant à lui, aura, à moins qu'il n'en soit décidé autrement, soixante jours, à compter de la remise du rapport, pour statuer sur son adoption⁴⁶². Un recours contre cette décision peut être introduit devant l'Appellate Body composé de sept experts. Quand le groupe de spécialistes, ou l'Appellate Body, conclut que les mesures attaquées ne sont pas conformes aux dispositions d'un accord couvert, il enjoindra la partie de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à ces dispositions. Il pourra, le cas échéant, donner des indications quant à la manière de mettre en oeuvre la recommandation⁴⁶³. Sur ces bases, et dans un délai de neuf mois à partir de la constitution du groupe de spécialistes, le DSB délibérera sur le rapport de ce groupe ou de l'Appellate Body⁴⁶⁴. La décision, ou la recommandation, prise par le DSB s'imposera à la partie dont les mesures ont été jugées non conformes. Cette partie devra dès lors manifester au DSB son intention de s'y conformer.

Remarquons ici qu'il découle de l'article 1.1 de l'ARL qu'il s'applique, entre autres, aux litiges introduits sur base des dispositions du GATS relatives au règlement des litiges⁴⁶⁵.

Dans le cadre du GATS, l'article XXII prévoit un mécanisme de consultation en vue d'éviter les litiges. La demande de consultation émanant d'un Membre et concernant toute matière affectant la mise en oeuvre de l'Accord doit être considérée avec attention par le Membre auquel elle est adressée. L'ARL s'appliquera à ces consultations⁴⁶⁶. Si cette consultation échoue, le Conseil pour le Commerce des

⁴⁵⁸ Ibid., Article 8.4

⁴⁵⁹ Ibid., Article 11

⁴⁶⁰ Ibid., Article 16.1

⁴⁶¹ Ibid., Article 16.2

⁴⁶² Ibid., Article 16.4

⁴⁶³ Ibid., Article 19.1

⁴⁶⁴ Ibid., Article 20

⁴⁶⁵ PETERSMANN, E-U, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Ed. (1996) p. 177. (Ci-après: PETERSMANN, *GATT/WTO*)

⁴⁶⁶ GATS, Article XXII.1, (*Supra* note 432)

Services, un organe créé par le GATS⁴⁶⁷, ou le DSB, relevant lui de l'OMC, pourront, à la demande d'un Membre, entrer en consultation avec un ou plusieurs autres Membres⁴⁶⁸.

L'article XXIII relatif au règlement des litiges fait aussi référence à l'ARL. Un Membre pourra y recourir lorsqu'il considère qu'un autre Membre ne respecte pas ses obligations ou ses engagements spécifiques en vertu de l'Accord⁴⁶⁹. Le DSB pourra, quand il estime que la situation le justifie, autoriser un ou des Membres à suspendre l'exécution de leurs obligations et le respect de leurs engagements spécifiques envers un ou plusieurs Membres⁴⁷⁰.

L'Annexe sur les Services de Transport Aérien atténue la portée de ces dispositions puisqu'elle prévoit en son paragraphe 4 que, en ce qui concerne les services visés au paragraphe 3, ce qui comprend donc les SIR, la procédure de règlement des litiges du GATS ne s'appliquera qu'après l'épuisement des procédures de règlement des litiges prévues par les accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux⁴⁷¹. Ce mode de règlement des litiges a donc en matière de SIR un caractère supplétif.

PRATIQUES COMMERCIALES RESTRICTIVES:

Les problèmes posés par l'industrie des SIR sont étroitement liés à l'existence de pratiques commerciales restrictives. Pareilles pratiques peuvent permettre à certains participants à l'industrie; on pense bien sûr aux vendeurs de SIR, d'accroître leurs parts de marché, d'acquérir une position dominante et, éventuellement, d'abuser de cette position dominante⁴⁷². Si, comme nous l'avons vu, de nombreux Etats, tant développés qu'en voie de développement, ont adopté des législations tendant à assurer le libre jeu de la concurrence, ce n'est pas le cas de tous. Dès lors, durant les négociations sur le commerce de service, plusieurs participants au Groupe de Négociation sur les Services (GNS) ont milité en faveur de l'inclusion dans le GATS de dispositions relatives à ces pratiques commerciales restrictives⁴⁷³. Ces négociations ont débouché sur l'adoption de l'article IX qui figure parmi les obligations générales du GATS. L'article IX.1 stipule que les "Membres reconnaissent que certaines

⁴⁶⁷ Ibid., Article XXVI

⁴⁶⁸ Ibid., Article XXII.2

⁴⁶⁹ Ibid., Article XXIII.1

⁴⁷⁰ Ibid., Article XXIII.2

⁴⁷¹ PETERSMANN, *GATT/WTO*, p. 178, (Supra note 432)

⁴⁷² Voir supra: Ch droit de la concurrence

pratiques commerciales de fournisseurs de services, (...), sont susceptibles de réfréner la concurrence et ainsi limiter le commerce de services". L'article IX.2 prévoit, quant à lui, que " chaque Membre devra, à la demande de tout autre Membre, entrer en consultation afin d'éliminer les pratiques visées au paragraphe 1 (...)".

Cet article IX entraîne trois remarques. Premièrement, il a un caractère purement déclaratif puisque les Etats "reconnaissent" l'existence de pratiques restrictives. Deuxièmement, il ne cadre pas avec le reste des dispositions du GATS. En effet, alors que les pratiques restrictives émaneront le plus souvent d'entités privées, le GATS, lui, s'applique aux mesures prises par des Membres⁴⁷⁴. Il ne s'appliquera donc que dans les cas où la pratique restrictive peut être assimilée à une mesure d'un Membre, comme dans le cas d'une délégation, ce qui lui ôte son intérêt en matière de SIR. Troisièmement, le statut particulier de l'article IX est confirmé par le fait qu'il contient une disposition relative au règlement des litiges, ce qui semble exclure l'application des articles XXII et XXIII du GATS aux litiges relatifs aux pratiques commerciales restrictives. Le processus de consultation prévu par l'article IX.2 n'a, à notre sens, pas plus d'intérêt que celui prévu par l'article 4 du code de l'OACI. A l'examen de l'article IX, on est cependant tenté de croire, de par ce processus spécifique de règlement des litiges et de par l'exclusion de son champ d'application des pratiques commerciales émanant de fournisseurs monopolistiques ou exclusifs telles que visées à l'article VIII du GATS, que les rédacteurs ne visaient pas exclusivement les pratiques pouvant être considérées comme une mesure d'un Membre. Quoi qu'il en soit, si telle avait été leur intention, il aurait fallu le spécifier. Si en l'état l'article IX ne présente que peu d'intérêt pour l'industrie des SIR, de futures négociations pourraient faire évoluer la situation.

c. DANS LE CADRE DE L'OMC.

Etant donné le lien existant entre les pratiques adoptées par les entreprises et le droit de la concurrence des Etats où ces entreprises sont établies, et compte tenu de la globalisation des échanges, les entreprises seront tentées d'exploiter les différences existant entre le droit national de la concurrence et les législations plus permissives

⁴⁷³ MENCIK VON ZEBINSKY, A., *The General Agreement on Trade in Services: Its Implication for Air Transport*, *Annals of Air and Space Law*, Vol XVIII-I (1993) p. 386

⁴⁷⁴ GATS. Article I.1, (Supra note 432)

d'autres Etats. Nous avons déjà parlé de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence et des problèmes pratiques que cela peut poser⁴⁷⁵. C'est pourquoi une approche multilatérale du problème semble plus appropriée, et l'OMC offre, pour ce faire, un cadre satisfaisant. Plusieurs projets émanant de Membres du GATT et visant à une harmonisation des règles de la concurrence ont vu le jour. A ce jour, le plus élaboré de ces projets est sans doute celui proposé par le Groupe de Munich, à savoir le Draft International Antitrust Code (DIAC)⁴⁷⁶. Ce code devrait couvrir un nombre important d'aspects du droit de la concurrence, tels les accords horizontaux et verticaux, les fusions et les acquisitions, ou encore les relations entre le droit de la concurrence et les politiques industrielles des Etats⁴⁷⁷. L'incorporation d'un code international de la concurrence au sein de l'Accord OMC permettrait, selon moi, de régler à l'échelon international, les problèmes naissant de la mise en oeuvre de SIR. On retombe ici sur l'idée déjà défendue que le droit de la concurrence offre, indépendamment d'une réglementation particulière en matière de SIR, une solution à de nombreux problèmes posés par ceux-ci. En cas de litige entre Etats, ils pourraient bien sûr avoir recours au processus de règlement des litiges de l'Annexe II.

5. LES RELATIONS OACI-GATS-OMC EN MATIERE DE SIR.

Contrairement au cas des droits de trafic purs pour lesquels il y a manifestement un conflit entre le principe de souveraineté des Etats sur leur espace aérien, énoncé à l'article 1 de la Convention de Chicago, et le principe de la clause de la nation la plus favorisée, contenu dans le GATS, les rapports entre ces différentes institutions en matière de SIR n'engendrent, pour ainsi dire, pas de conflits.

Les obligations du GATS sont exprimées en termes généraux et sont destinés à s'appliquer à une grande diversité de services⁴⁷⁸. L'Annexe sur les Services de Transport Aérien n'est pas destinée à établir un régime global en matière de SIR. Le code de l'OACI contient, lui, des dispositions précises destinées exclusivement à l'industrie des SIR. Ces dispositions témoignent des connaissances étendues dont

⁴⁷⁵ Voir *supra*: pp.79-80

⁴⁷⁶ ABEYRATNE, *World Trade Organization*, p. 852, (Supra note 418)

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ ABEYRATNE, *CRS & Code Sharing*, p. 261, (Supra note 302)

l'OACI fait preuve en matière de SIR. Ajoutons à cela que le GATS contient des obligations destinées aux seuls Etats, alors que le code de l'OACI impose également des obligations aux vendeurs de SIR, aux transporteurs et aux abonnés. Remarquons enfin que les dispositions du code de l'OACI s'imposent en bloc aux Etats décidant de le suivre, tandis que le GATS variera dans sa portée en fonction des exemptions et des engagements spécifiques auxquels les Etats acceptent de se soumettre. Là où l'OACI adopte une approche réglementaire, même si le choix de suivre le code repose exclusivement sur le bon vouloir des Etats, le GATS a une approche conciliatoire. Notons aussi qu'à notre connaissance la coexistence du code et des dispositions du GATS n'a, en pratique, posé aucun problème. On ne peut cependant nier l'existence d'une connexité entre les principes guidant les règles du code et la libéralisation du commerce des SIR. Dès lors, même s'il n'y a pas identité entre les Membres de l'OACI et les Membres du GATS, on pourrait imaginer que les Membres du GATS, en vertu de l'article VIII du GATS, s'engagent à respecter les dispositions du code de l'OACI. L'article VIII, qui traite des engagements additionnels, stipule en effet que les Membres peuvent négocier des engagements relatifs aux mesures affectant le commerce des services. Il nous semble que le refus par un Etat d'adopter une réglementation particulière en matière de SIR, éventuellement identique à celle du code de l'OACI, à la lumière de l'article XXVIII.(a) du GATS, constitue une mesure de nature à affecter le commerce des services. On peut, sur ces bases, aisément concevoir que des Etats négocient l'adoption d'une réglementation dans le domaine des SIR, qui en cas de litige donnerait lieu à une application des dispositions de l'Annexe II.

Au-delà de toutes ces analyses et d'un point de vue purement pratique, il nous semble que, dans l'état actuel des choses, une harmonisation des règles américaines, du code européen et du code de l'OACI instituerait *de facto*, compte tenu de la nationalité des principaux vendeurs de SIR, un régime global en matière de SIR. S'il existe de multiples divergences entre ces réglementations, des aménagements semblent possibles. Les SIR américains n'ont-ils pas adopté un affichage de type CEAC pour tous les vols vers des destinations situées hors du continent nord-américain⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ HUMPHREYS, *SIR*, p. 92. (Supra note 3)

V. EVOLUTIONS.

A. LE PARTAGE DE CODE.

1. PREAMBULE.

La coopération entre compagnies aériennes n'est pas un phénomène nouveau. Cette collaboration se limitait traditionnellement à des arrangements relatifs aux services réguliers, à la distribution des services d'un transporteur par les agents d'un autre transporteur, ou encore la manutention des bagages⁴⁸⁰. Plus récemment, les compagnies aériennes se sont lancées dans une coopération plus étendue, par le biais d'alliances, bilatérales dans la majorité des cas, mais aussi multilatérales. Elles peuvent porter sur des mesures allant de la mise en commun de programmes favorisant les voyageurs réguliers, à une prise de participation dans le capital d'une autre compagnie. La mesure la plus communément adoptée est, de loin, le partage de code⁴⁸¹. Notons ici qu'un même accord contient le plus souvent des dispositions touchant à plusieurs types de mesures. Outre les mesures dont nous venons de parler, les transporteurs peuvent également s'engager à coordonner leurs services d'entretiens, leurs achats importants tels le carburant ou les assurances, ou encore la planification de leurs vols. Ils décideront aussi parfois de partager des infrastructures aéroportuaires ou d'adopter un marketing commun⁴⁸². La liste n'est pas exhaustive.

Le partage de code peut être défini comme une pratique par laquelle un transporteur autorise un autre transporteur à utiliser son code d'identification pour un vol, ou par laquelle deux transporteurs partagent le même code de désignation⁴⁸³. Cela aura pour conséquence que le passager volera sur un appareil d'une compagnie distincte de celle mentionnée sur le billet. Les accords de partage de code sont polymorphes. Ainsi, ils

⁴⁸⁰ ABEYRATNE, *CRS & Code Sharing*, p.113, (Supra note 302)

⁴⁸¹ La presse spécialisée rapporte que sur 201 accords de coopération conclus entre 1986 et 1996, 103 contenaient des engagements relatifs à un partage de code, alors que seulement 41 d'entre eux prévoyaient une mise en commun des programmes favorisant les voyageurs réguliers, ou une prise de participation.

⁴⁸² *Implication of Airline Code Sharing*, ICAO Circular 269-AT/110, p.1, (Ci-après: ICAO Circular, Code Sharing)

⁴⁸³ *Ibid.*

peuvent impliquer un transporteur important partageant son code avec un transporteur de moindre importance, tel un transporteur régional ou un transporteur effectuant des navettes; mais aussi des transporteurs de nationalités différentes voulant établir un service en connection tout en utilisant le même code sur l'ensemble du trajet⁴⁸⁴. Les vols en partage de code sont identifiés de diverses manières. La circulaire de l'OACI sur les implications du partage de code en donne des exemples: Numéro de vol identique, mais code différent; numéro de vol et code différents; ou encore, vol avec connection présenté comme étant effectué par un seul transporteur, alors qu'en réalité plusieurs transporteurs interviennent⁴⁸⁵.

2. AVANTAGES ET INCONVENIENTS DU PARTAGE DE CODE.

a. POUR LES TRANSPORTEURS.

Outre un affichage souvent plus favorable sur les écrans des SIR, le partage de code présente de nombreux avantages pour les transporteurs qui y participent. L'accès à des marchés limités apparaît comme un des principaux avantages. En effet, quand les négociations entre Etats visant à libéraliser leurs espaces aériens respectifs, se soldent par un échec, le partage de code entre transporteurs de ces Etats constitue une alternative valable pour accéder au marché étranger⁴⁸⁶. Parmi les autres avantages, on peut citer une utilisation plus efficace des aéronefs, la possibilité d'assurer une présence commerciale sur des routes sur lesquelles le transporteur ne vole pas, la possibilité d'exploiter un service économiquement viable là où le trafic n'est pas suffisant pour que plusieurs compagnies exploitent simultanément une même route, ou encore de bénéficier d'un trafic provenant d'autres routes avec lesquelles une connection est établie. Le partage de code a donc permis aux transporteurs y participant d'accroître leur volume de trafic et, par conséquent, d'augmenter leurs revenus, ainsi que de diminuer leurs coûts de fonctionnement. Il apparaît que cet accroissement des revenus se fait au détriment des transporteurs qui, sur le même marché, n'ont pas conclu d'accords de partage de code.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Pour des exemples détaillés: Ibid., p. 2

⁴⁸⁶ FELDMAN, J., *Alliances: Are we making money yet?*, Air Transport World (October 1995) p. 25. (Ci-après: FELDMAN, *Alliances*)

b. POUR LES CONSOMMATEURS.

Potentiellement, le partage de code est susceptible d'être bénéfique pour le consommateur. Ces avantages peuvent découler d'une meilleure qualité du service fourni, d'un plus grand nombre d'options de vol et donc d'un choix plus étendu, de tarifs avantageux, ou encore de l'existence de programmes communs en faveur des voyageurs réguliers⁴⁸⁷.

Du point de vue de la qualité du service, il faut d'abord signaler que les vols en partage de code supposent, dans la majorité des cas, une connection impliquant un changement d'appareil et de transporteur. On ne peut donc pas comparer la qualité d'un service offert en partage de code et celle d'un service direct ou d'un service avec escale sans changement d'appareil ou de transporteur. Par contre, par rapport à un autre service avec connection et changement de transporteur, le service en partage de code sera fréquemment plus avantageux pour le consommateur. Tel sera le cas s'il y a, notamment, une bonne coordination des horaires, un partage des infrastructures aéroportuaires évitant au passager de devoir courir à travers tout l'aéroport lors des transferts, ou encore, une unique procédure d'enregistrement et un suivi des bagages. Tout cela fera gagner du temps au passager et lui assurera une impression de continuité du service. Malheureusement pour le consommateur, un vol en partage de code n'offre pas toujours ces avantages et lui impose parfois de longues attentes et d'importants déplacements dans l'aéroport.

En ce qui concerne les tarifs, il est probable que les économies réalisées par les transporteurs dans le cadre d'un partage de code leur permettent de pratiquer une tarification avantageuse⁴⁸⁸. Des prix intéressants sont susceptibles de compenser les désavantages découlant d'une moins bonne qualité du service. Cependant, il n'est pas certain que les transporteurs adoptent de bas prix et, s'il le font, ils ne les maintiendront peut-être que pour une courte période.

En matière de programmes favorisant les transporteurs réguliers, la chance, pour le consommateur, de bénéficier d'un programme commun, et donc d'un cumul des points, est plus grande dans le cas d'un partage de code que dans le cas d'un vol avec connection impliquant des transporteurs n'ayant pas d'accords entre eux.

⁴⁸⁷ ICAO Circular, Code Sharing, p. 33, (Supra note 482)

c. QUANTIFICATION.

Quand on en vient à évaluer les conséquences économiques du partage de code, la situation n'est pas simple. D'une part, les études en la matière ne sont pas légion et, d'autre part, il est difficile, en ce qui concerne les transporteurs, de faire la part entre les retombées provenant du partage de code et celles provenant de la mise en oeuvre d'autres aspects d'une alliance et, du point de vue du consommateur, de chiffrer un avantage tel l'accroissement de la qualité du service. En décembre 1994, le DOT rendit public le rapport sur le partage de code international qu'il avait commandé à Gellman Research Associates (GRA)⁴⁸⁹. Les conclusions de ce rapport furent plus tard reprises par le Secrétaire d'Etat aux Transports dans son annonce relative à la politique qu'adopteraient les Etats-Unis en matière d'aviation internationale⁴⁹⁰. Le rapport constatait le caractère globalement bénéfique du partage de code pour ceux qui y participent. Ce rapport constate, en effet, une augmentation du trafic et des revenus pour les transporteurs parties à un accord de partage de code, et ce au détriment de ceux n'ayant pas conclu semblable alliance, ainsi qu'une amélioration de la situation des consommateurs. L'étude du GRA n'est pas à l'abri de la critique. En effet, elle a été élaborée sur base de l'analyse de seulement quarante-six marchés concernant deux alliances à une époque à laquelle les alliances en étaient au début de leur développement⁴⁹¹. Qui plus est, elle ne traite pas, par manque de données, de la concurrence des compagnies non-américaines⁴⁹². Elle avait néanmoins le mérite, aux yeux du DOT, de le conforter dans ses opinions. Un autre rapport datant de mai 1995 et émanant du GAO constatait également les effets bénéfiques des alliances⁴⁹³. Il donnait cependant un écho plus important aux inconvénients subis par les transporteurs n'ayant pas conclu d'alliances.

Cette manière que le DOT a de voir les choses se retrouve dans sa réglementation relative à l'affichage des vols en partage de code sur les écrans des SIR.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 34

⁴⁸⁹ Airline Business, *What's in a code?*, (June 1995) p. 65, (Ci-après: Airline Business, *Code*)

⁴⁹⁰ Airline Business, *Coded Warnings*, (January 1995) p. 26

⁴⁹¹ Airline Business, *Code*, p. 65, (Supra note 489)

⁴⁹² Ibid.

⁴⁹³ ICAO Circular, *Code Sharing*, p. 33, (Supra note 482)

3. DANS LE DOMAINE DES SIR.

a. PROBLEMES.

Le problème essentiel en la matière est le remplissage d'écran qui résulte de l'affichage d'un même service sous le code des différentes compagnies participant au partage de code. Le même vol apparaîtra donc plusieurs fois sur l'écran, sous différentes désignations, repoussant d'autres options de vol plus loin sur l'écran, ou encore sur un autre écran. Lorsqu'on connaît l'importance, pour les transporteurs, d'un positionnement élevé sur l'écran⁴⁹⁴, nul ne doute que le remplissage d'écran soit néfaste pour les transporteurs dont les vols sont ainsi repoussés. Le remplissage d'écran nuit également aux consommateurs en ce qu'il leur sera difficile d'identifier les différentes options de vol⁴⁹⁵. Problème connexe affectant lui aussi les transporteurs ne participant pas au partage de code et les consommateurs, les vols en partage de code comprenant au moins une connection et dont les segments sont exploités par des transporteurs différents⁴⁹⁶, sont traités par certains SIR opérant en dehors des frontières de l'Union Européenne et de la région des pays membres de la CEAC, comme des vols avec connection dont tous les segments sont exploités par le même transporteur⁴⁹⁷. Cette situation a pour effet que des vols en partage de code impliquant un changement de transporteur en cours de route seront affichés avant les options de vol impliquant elles aussi un changement de transporteur en cours de route mais qui ne sont pas exploitées dans le cadre d'un accord de partage de code. L'avantage concurrentiel pour les transporteurs parties à un accord de partage de code est évident. Non seulement le service exploité en partage de code sera affiché avant ceux proposés par des concurrents potentiels, mais en plus, il figurera parmi les services avec connection exploités par un seul transporteur, or ce type de service jouit d'une plus grande popularité auprès des consommateurs. A titre d'exemple, United et British Midland ont conclu en 1992 un accord de partage de code qui procura à British Midland une moyenne de 2072 passagers supplémentaires par mois. Avant cela ces deux compagnies avaient déjà conclu un accord qui, lui, ne prévoyait pas le partage de

⁴⁹⁴ Voir supra: p.16

⁴⁹⁵ ICAO Circular, *Code Sharing*, p. 29, (Supra note 482)

⁴⁹⁶ Le plus souvent deux et parfois trois transporteurs.

⁴⁹⁷ ABEYRATNE, *CRS & Code Sharing*, p. 120, (Supra note 302)

code. Dans le cadre de la mise en oeuvre de ce premier accord, le transporteur britannique ne bénéficiait que d'une moyenne de 151 passagers supplémentaires par mois⁴⁹⁸. Les chiffres sont éloquentes.

Un dernier problème est celui de l'information du consommateur. En effet, un des arguments fréquemment invoqué à l'encontre du partage de code est que le service reçu par le consommateur est différent de celui qu'il a acheté. Dès lors, si le consommateur ne se voit pas notifier cette différence dans le service, on pourrait considérer qu'il y a là une pratique déloyale⁴⁹⁹. On peut imaginer la déconvenue de certains passagers qui, arrivant à l'aéroport, ou au moment de l'escale, se rendent compte qu'ils vont être amenés à voyager sur les appareils d'une compagnie aérienne qu'ils n'affectionnent pas, ou sur un type d'appareil qu'ils n'apprécient pas. Les vols en partage de code sont généralement accompagnés d'une astérisque lorsqu'ils s'affichent sur les écrans des SIR, l'astérisque signifiant que le vol n'est pas exploité par le transporteur dont le nom figure sur l'écran. De plus, des informations complémentaires sur les vols peuvent être obtenues sur des écrans secondaires. On retombe dès lors sur un problème lié aux pratiques des agences de voyage. Celles-ci pourraient aisément, si elles en prenaient le temps, informer le consommateur de manière satisfaisante au moment où celui-ci effectue sa réservation.

Examinons maintenant les différentes attitudes ayant été adoptées à l'égard de ces problèmes.

b. AUX ETATS-UNIS.

Depuis 1985 des règles ont été adoptées⁵⁰⁰ imposant au transporteur d'informer le passager de l'identité du transporteur dont les appareils seront utilisés pour effectuer le vol. Ces règles étant considérées comme ayant un champ d'application trop limité, le DOT a émis une ANPR proposant des modifications parmi lesquelles figure une extension du devoir d'information aux transporteurs étrangers⁵⁰¹.

En ce qui concerne la réglementation en matière de SIR, outre le fait que les critères d'affichage sont, dans une large mesure, laissés à la libre appréciation des vendeurs de SIR, rien ne limite l'affichage des vols en partage de code. Cette situation ne satisfait

⁴⁹⁸ *Airline Business, Code*, p. 67, (Supra note 489)

⁴⁹⁹ ICAO Circular. *Code Sharing*, p. 29, (Supra note 482)

⁵⁰⁰ C.F.R. 399.88

pas tout le monde. Ainsi, American et TWA ont introduit auprès du DOT une requête visant à l'adoption d'une disposition interdisant qu'un accord de partage de code n'aboutisse à un affichage multiple du même vol sous le code de plusieurs transporteurs⁵⁰². Subséquemment, le DOT demande que lui soient adressés des commentaires relatifs à une réglementation de l'affichage des services offerts en partage de code⁵⁰³. Encore une fois, les agences de voyage ne sont pas mises en cause.

c. EN EUROPE.

Afin d'éviter le remplissage d'écran, le code européen interdit qu'un vol ou une combinaison de vols en partage de code soient affichés plus de deux fois⁵⁰⁴. Cette disposition ne peut être mise en oeuvre par les seuls SIR. La transmission des informations nécessaires à l'élaboration de l'affichage suppose la collaboration des transporteurs impliqués, faute de quoi les SIR seront amenés à afficher la même option plus de deux fois⁵⁰⁵. A cet égard, l'AEA (Association of European Airlines) et le Reed Travel Group ont élaboré ensemble un ensemble de procédures, déclarées conformes au code par la Commission, qui, si elles sont suivies par les transporteurs, leur permettront de s'acquitter valablement de leur obligation relative à la fourniture d'informations. Dans le cas où les transporteurs ne suivent pas ces procédures, ils devront trouver une autre manière valable de transmettre les données. En ce qui concerne les vendeurs de SIR, le fait de ne pas suivre ces procédures les obligera à préciser aux transporteurs opérant en partage de code les données qu'ils auront à fournir⁵⁰⁶.

La Commission s'est posée la question de savoir si la règle de l'affichage de deux options devait être maintenue, certaines personnes trouvant cette limite arbitraire. Elle a, dans ce cadre, envisagé deux alternatives. La première alternative aurait consisté à lever toute limitation quant au nombre de fois qu'un vol en partage de code pourrait être affiché, avec le risque de remplissage d'écran que cela comporte. La Commission décida de ne pas retenir cette solution, considérant que les effets dommageables du remplissage d'écran, tant sur les consommateurs que sur les transporteurs ne

⁵⁰¹ ICAO Circular, Code Sharing, p. 30, (Supra note 482)

⁵⁰² 62 Fed. Reg., p. 47609, (Supra note 267)

⁵⁰³ Ibid., p. 47610

⁵⁰⁴ Code UE, Annexe: Paragraphes 9 et 10, (Supra note 4)

⁵⁰⁵ Proposition UE, p. 9, (Supra note 77)

participant pas au partage de code, nécessitent le maintien d'une limite⁵⁰⁷. La seconde alternative aurait, quant à elle, consisté à limiter l'affichage à un seul vol, sous le code du transporteur qui l'exploite. Là aussi la Commission décida de ne pas retenir cette solution, considérant que les avantages découlant d'un partage de code seraient sapés si les transporteurs n'étaient pas autorisés à proposer sous leur propre code les vols des transporteurs avec lesquels ils ont un accord de partage de code⁵⁰⁸. La Commission décida donc que le maintien des dispositions actuelles constituait la meilleure solution. Ajoutons à cela que la Commission suggère l'adoption d'un article 9.a qui imposerait aux abonnés d'informer le consommateur de tout changement d'appareil en cours de voyage, de toute escale prévue, ainsi que de l'identité du transporteur exploitant le vol⁵⁰⁹. Elle suggère aussi que la nouvelle Annexe I, relative aux critères d'affichage, impose que dans le cas où un vol n'est pas exploité par le transporteur sous le code duquel il est affiché, le véritable exploitant du vol soit clairement identifié⁵¹⁰. Il nous semble que ces dispositions sont de nature à régler efficacement les problèmes du remplissage d'écran et de l'information des consommateurs.

d. L'OACI.

En ce qui concerne les obligations du vendeur de SIR en matière d'affichage, le code interdit que le même vol ou combinaison de vols soient affichés plus de trois fois⁵¹¹. Encore une fois, on se trouve à mi-chemin entre la position européenne, plus restrictive, et la position américaine, plus permissive. S'il est vrai qu'en cette matière toute limite est arbitraire, la limite européenne nous semble plus en accord avec le but poursuivi, à savoir, éviter le remplissage d'écran. Toujours concernant l'affichage, du point de vue de l'information du consommateur, le code impose qu'il indique les changements d'appareil prévus en cours de voyage, ainsi que l'utilisation du code d'un transporteur par un autre et le nom de l'exploitant de chaque vol⁵¹².

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Ibid., p. 15

⁵⁰⁸ Ibid., p. 16

⁵⁰⁹ Ibid., Article 9.a.(d)

⁵¹⁰ Ibid., Annexe I, par. 7

⁵¹¹ Code OACI, Article 7.k. (Supra note 276)

⁵¹² Ibid., Article 7.g.1

Les transporteurs, quant à eux, sont également obligés, lorsqu'ils fournissent au vendeur de SIR des informations relatives à leurs vols, d'indiquer les changements d'appareil prévus en cours de voyage, ainsi que l'utilisation du code d'un transporteur par un autre et le nom de l'exploitant de chaque vol⁵¹³.

Enfin, l'abonné est lui aussi tenu de transmettre ces informations aux consommateurs⁵¹⁴. On le voit, le code organise une transmission en chaîne, des transporteurs aux consommateurs, par l'intermédiaire des SIR et des agences de voyage, des informations relatives au vol en partage de code.

e. CEAC-TASK FORCE.

En 1995, un groupe de travail constitué au sein de la CEAC pour traiter des questions liées au partage de code, admit que la protection des consommateurs passait par une plus grande transparence des opérations et ce tant au moment de la réservation que pendant le voyage ou encore, après celui-ci, dans le cas où un incident serait intervenu⁵¹⁵. Nous ne nous intéresserons qu'au stade de la réservation. L'idéal est, bien sûr, que l'information soit relayée de manière fiable jusqu'à l'agence de voyage et que celle-ci, au moment de la réservation, informe à son tour le consommateur des conditions de voyage, mais, nous l'avons assez répété, les agences de voyage, dans un souci de productivité, ne font pas toujours preuve de diligence. Le groupe de travail aboutit à la conclusion qu'une amélioration à la condition des consommateurs pouvait être apportée par le biais d'un effort conjoint de la part des transporteurs, des agences de voyage et des vendeurs de SIR. Il suggère qu'une première étape pour atteindre ce but serait de fournir de plus amples informations sur le document indiquant l'itinéraire remis au consommateur, ainsi qu'en incluant des informations additionnelles sur les billets⁵¹⁶. Ces deux mesures, pour intéressantes qu'elles soient, ont l'inconvénient de ne produire leur effet qu'une fois la réservation effectuée. De plus, en ce qui concerne les billets, si les billets automatiques offrent une perspective, ceux-ci ne sont pas encore très répandus et, selon les experts, l'inclusion d'informations complémentaires

⁵¹³ Ibid., 9.b.2

⁵¹⁴ Ibid., Article 10.e

⁵¹⁵ ICAO Circular, Code Sharing, p. 30, (Supra note 482)

⁵¹⁶ Ibid., p. 31

sur les billets classiques de type livret ne constitue pas une option valable⁵¹⁷. En outre, l'émergence du voyage sans billets pose encore des problèmes supplémentaires.

Ni les transporteurs, ni les agences de voyage n'ont intérêt à tromper le consommateur sur le produit qu'il achète car, dans le cas du partage de code, contrairement à d'autres pratiques indécrites, le consommateur se rendra compte de la tromperie, les transporteurs et les agences de voyage encourant dès lors un risque de perte de clientèle. Au-delà des dispositions des diverses réglementations envisagées, ces parties ont tout intérêt à coordonner la transmission des informations. Vu l'intérêt réciproque, on peut envisager qu'elles adopteront de leur plein gré, et de manière autonome, un code relatif à la mise en oeuvre des accords de partage de code⁵¹⁸.

B. LA PROPRIETE DES SIR.

A l'origine, un SIR était généralement la propriété d'un seul transporteur. Nous le savons⁵¹⁹, la tendance s'est complètement renversée. Selon l'OACI cette tendance est bénéfique, un grand nombre de propriétaires garantissant un fonctionnement équitable, concurrentiel et non-discriminatoire des SIR⁵²⁰.

La propriété ou le contrôle d'un SIR ne sont plus considérés comme essentiels par les grandes compagnies aériennes internationales⁵²¹. Ainsi, SAS a revendu les parts qu'elle détenait dans Amadeus, et System One, avant sa fusion avec Amadeus, bien qu'étant la propriété exclusive de Continental, était en réalité exploité par EDS⁵²². D'une manière plus générale, un nombre important de partenaires au sein d'un même SIR a un effet de dilution du contrôle. On est en droit de se demander ce qui a pu engendrer ce changement radical dans l'attitude des transporteurs. L'entrée en vigueur des différentes réglementations particulières constitue un premier élément de réponse. Ces réglementations interdisant un certain nombre de pratiques lucratives pour les propriétaires, la propriété a forcément perdu de son attrait. Un autre facteur d'explication est économique. Les compagnies aériennes ont connu ces dernières

⁵¹⁷ Ibid.

⁵¹⁸ British Midland a proposé et fait circuler pareil code.

⁵¹⁹ Voir supra: p.10

⁵²⁰ Code OACI, Note sur l'application du code: Article 4, p. 12, (Supra note 276)

⁵²¹ HUMPHREYS, B., *Airlines*, p. 19, (Supra note 46)

années de grosses difficultés financières, or le montant des investissements nécessaires à l'établissement d'un SIR est énorme. Qui plus est, les bénéfices importants qu'avaient à une époque dégagés des SIR tels Sabre et Apollo ont, à partir du début des années 1990, connu une forte diminution⁵²³, avec, à la clé, une diminution de la rentabilité. On peut également trouver une justification stratégique. Certaines compagnies aériennes sont arrivées à la conclusion que les avantages à tirer d'un SIR n'étaient plus, de nos jours, liés à la propriété de celui-ci. Les transporteurs qui obtiendront un avantage concurrentiel sont ceux qui seront les mieux à même de "transformer les données" fournies par les SIR "en information et ensuite analyser cette information avec assez de promptitude et d'intelligence pour créer un savoir supérieur aux autres"⁵²⁴. De ce point de vue, il faut bien admettre que la situation de SAS n'a guère changé depuis qu'elle a revendu ses parts. SAS dispose d'autant de données qu'auparavant et c'est ce qu'elle fera de ces données qui est aujourd'hui important. Un dernier élément qu'il nous paraît important de signaler est qu'il arrive que des transporteurs parties à une même alliance stratégique détiennent des parts dans des SIR distincts. La manière d'appréhender une telle situation varie selon les transporteurs impliqués. Ainsi, l'acquisition par Air France d'une partie du capital de Sabena amena Sabena à se retirer du consortium Galileo. Par contre, KLM et Northwest ont maintenu leur partenariat avec, respectivement, Galileo et Worldspan⁵²⁵. Quant à American, son investissement dans Canadian International était largement motivé par une volonté, de la part du transporteur américain, de reprendre les activités de réservation de Canadian International. En ce qui nous concerne, nous ne pensons pas que la participation de transporteurs parties à une même alliance à des SIR distincts pose grand problème. Il nous semble, au contraire, que l'on peut trouver là une garantie supplémentaire à la neutralité des SIR.

⁵²² HUMPHREYS, B., *CRSs: Pressure mounts to reduce fees*, *The Aviation Economist* (October 1994) p. 6. (Ci-après: HUMPHREYS, *Fees*)

⁵²³ HUMPHREYS, B., *SIR*, p. 80, (Supra note 3)

⁵²⁴ HUMPREYS, *Airlines*, p. 19, (Supra note 46); citant M. HOPPER, Senior Vice President pour les systèmes d'information chez American.

⁵²⁵ HUMPREYS, *SIR*, p. 79, (Supra note 3)

C. LES TRANSPORTEURS ONT-ILS LE CHOIX?

Nous discuterons dans notre prochaine section de l'alternative qu'offre l'Internet en tant que moyen de distribution des services aériens. Mais, en l'absence d'une telle alternative, faut-il admettre comme absolu le postulat selon lequel tout transporteur se doit de participer à plusieurs SIR différents pour assurer sa viabilité économique⁵²⁶. Si une réponse affirmative semble s'imposer pour les grandes compagnies internationales, ou même à l'échelon national, là où le marché est très développé, comme aux Etats-Unis, compte tenu du fait que les agences de voyage ne s'abonnent en général qu'à un seul SIR, une certaine catégorie de transporteurs a néanmoins défié cette logique.

Les frais de distribution représentent une dépense importante pour les transporteurs⁵²⁷. Ce problème est encore plus épineux pour les transporteurs exploitant des services sur de courtes distances, les redevances se payant par réservation⁵²⁸, ainsi que pour les transporteurs bon marché, ceux-ci opérant sur base d'un principe de compression maximum des dépenses. C'est au regard de ce contexte qu'il faut apprécier l'attitude de certains transporteurs pratiquant des tarifs très bas. Ainsi, Southwest Airlines (Southwest), compagnie texane championne des petits prix et du rendement, ne participe qu'à un seul SIR, à savoir Sabre, et ce à un niveau de fonctionnalité relativement peu élevé. Southwest a toujours refusé de participer aux trois autres SIR opérant sur le marché américain avançant, à l'appui de sa position, l'importance des dépenses qu'engendre une telle participation⁵²⁹. Malgré cela, jusqu'au début de l'année 1994, Apollo, Worldspan et System One, les trois SIR en question, autorisèrent Southwest à participer gratuitement à leurs systèmes et ce, afin de les rendre plus attractifs aux yeux des agences de voyage. A cette époque Apollo et System One décidèrent de ne plus émettre de billets pour Southwest. Ils arrêterent aussi de fournir des informations relatives aux vols du transporteur texan. Worldspan, quant à lui, décida seulement de ne plus fournir d'informations, continuant donc d'émettre des billets. Ces vendeurs prirent donc le risque de se rendre impopulaires auprès des agences de voyage, pensant sans doute que vu l'essor de Southwest, il ne pourrait

⁵²⁶ " For most carriers, alternative distribution methods are not acceptable substitute for being listed in a CRS", DOT Doc. n° 46494 (November 22, 1989) p. 10

⁵²⁷ Les frais de distribution représentent jusqu'à 20% de l'ensemble des coûts des transporteurs.

⁵²⁸ HUMPHREYS, *Fees*, p. 7, (Supra note 522)

⁵²⁹ Ibid.

survivre sans participer à l'ensemble des SIR opérant aux Etats-Unis. Si certains transporteurs auxquels le même sort fut réservé se ravisèrent et décidèrent de participer aux quatre SIR, Southwest ne modifia pas son attitude⁵³⁰. Pour remédier aux conséquences dommageables de ces décisions Southwest développa des méthodes alternatives de distribution de ses services. Ainsi, le transporteur texan commercialisa, auprès de certaines agences de voyage ayant un volume d'affaires conséquent, un logiciel (Southwest Airlines Dial Access Network) permettant à celles-ci d'accéder directement au système interne de réservation de la compagnie et d'effectuer les réservations nécessaires⁵³¹. Southwest encouragea également les consommateurs à effectuer eux-même leurs réservations de billets par téléphone⁵³². Une position plus extrême encore est celle de Valuejet, un transporteur pratiquant des prix planchers. Cette compagnie basée à Atlanta a toujours refusé de participer à un SIR et réalise la grande majorité de ses ventes par téléphone⁵³³.

La question qui se pose désormais est de savoir si une attitude identique à celle de Southwest vis-à-vis des SIR, ou même, à celle de Valuejet, peut être envisagée par d'autres transporteurs sans que ceux-ci ne courent au désastre financier. Une réponse affirmative semble pouvoir être adoptée en ce qui concerne les petites compagnies aériennes telles celles exploitant des services de navettes, celles limitant leurs activités à certaines niches, ou encore celles opérant des vols charter. Si, malgré tout, dans la majorité des cas une participation à au moins un SIR s'imposera, on peut imaginer des situations où les transporteurs pourront se passer de toute participation. On pense notamment aux navettes pour lesquelles une publicité dans la presse locale doublée d'un numéro de téléphone permettant un accès direct à la compagnie constitue une alternative valable. Ces transporteurs doivent, lorsqu'ils analysent la nécessité de participer à un SIR afin de distribuer leurs services, prendre divers éléments en considération.

Un de ces éléments est d'ordre géographique. En effet, si un transporteur exploite exclusivement un service entre deux villes où un même SIR domine le marché, en ne

⁵³⁰ Ibid., p. 8

⁵³¹ KLEIT, CRS, p. 837, (Supra note 34)

⁵³² LEVERE, J., *Paperless Journey*, *Airline Business* (January 1995) p. 20

⁵³³ FELMAN, J., *Surf's up for distribution*, *Air Transport World* (June 1995) p. 169

s'abonnant qu'à ce seul SIR, le transporteur sera assuré de toucher un nombre important de consommateurs potentiels³³⁴.

Un autre élément à prendre en considération, d'ordre économique celui-là, est celui du niveau de participation dans les SIR. En effet, vaut-il mieux participer à plusieurs SIR à un faible niveau de participation ou, au contraire, participer à un d'entre eux à un niveau plus élevé. Un plus haut niveau de participation revient plus cher à la réservation mais facilite la tâche des agences de voyage et augmente leur confiance dans le transporteur. Le choix du niveau de participation dépendra grandement du type de service exploité par le transporteur ainsi que de l'état de développement de son système interne de réservation³³⁵.

Le transporteur devra aussi prendre en considération le fait que le contrat qui le liera à un SIR est, dans une large mesure, un contrat d'adhésion et que donc, surtout pour les petits transporteurs, il ya peu de place pour la négociation.

Enfin, il devra évaluer dans quelle mesure il pourra maximaliser un affichage de ses vols. Cette maximalisation suppose une bonne maîtrise des critères d'affichage ainsi qu'une aptitude à manipuler les informations concernant ses vols. Elle passe aussi par une minimalisation des redevances de réservation, en trouvant, par exemple, un moyen efficace de lutter contre les réservations fictives.

Une fois tous ces éléments dans la balance, le transporteur sera à même de déterminer si, dans son cas, une participation à un SIR se justifie, économiquement parlant et, dans l'affirmative, à combien d'entre eux, et à quel niveau, il devra participer.

D. L'ALTERNATIVE OFFERTE PAR INTERNET.

1. PREAMBULE.

Si la vente de billets d'avions par l'intermédiaire des SIR constitue, elle aussi, une forme de commerce électronique, l'Internet rend ce type de commerce accessible au grand public.

³³⁴ JOHNSON, K., *Computer Reservations Systems Participation: Is It Still Necessary for Small Carriers?*, *The Air and Space Lawyer*, Vol. 11, n°4 (Spring 1997) p. 9

³³⁵ *Ibid.*, p. 10

L'Internet trouve sa source dans un projet développé à partir de 1969 par le Département américain de la Défense³³⁶. Ce projet ARPA (Advanced Research Project Agency) visait à assurer la transmission des instructions de tir aux bases de missiles balistiques dans le cas où une partie du réseau de communication aurait été détruite par une attaque³³⁷. ARPA déboucha sur la mise en place d'un réseau en toile d'araignée, reliant d'importants sites informatiques, qui, conjointement à l'utilisation d'informations groupées en paquets "autonomes", permit d'établir une structure souple, opérationnelle, quel que soit le type d'ordinateur utilisé³³⁸. Au début des années 1980, le système fut scindé en deux et l'exploitation de son aspect civil fut confié à la National Science Foundation (NSF). Celle-ci mit en place un réseau sur lequel pouvaient se connecter les grands centres universitaires³³⁹. Le réseau de la NSF joua le rôle de dorsale via laquelle le trafic des sous-réseaux transite. Cette exploitation à des fins principalement académiques laissa la place, au début des années 1990, à une approche plus commerciale. En effet, la NSF se dégagea progressivement de sa participation financière, ouvrant ainsi la porte à un financement par le secteur privé et, qui dit investissement de la part du secteur privé, dit exploitation commerciale.

Alors que l'ensemble des réseaux constitue un véritable enchevêtrement sans structure organisée ni méthode logique de recherche des informations, certaines entreprises telles CompuServe, America Online et Prodigy fournissent et organisent une méthode structurée d'accès à l'information, le consommateur y accédant grâce à un menu³⁴⁰.

Un autre développement important, du point de vue de l'utilisation de l'Internet pour la distribution des services aériens, réside dans la création, par les informaticiens du National Center for Supercomputing, du logiciel Mosaic qui traduit le Hypertext Markup Language (HTML) en pages pouvant contenir, outre des hyperlinks, des images de haute définition, du son et même des video³⁴¹. De telles pages rendant le système attrayant pour le consommateur, Internet est devenu un instrument de vente idéal. Notons ici que le E-mail a également un rôle car, contrairement aux sites

³³⁶ HENDERSON, D., *Airlines in Cyberspace*, Air Transport World (November 1995) p. 31, (Ci-après: HENDERSON, *Cyberspace*)

³³⁷ HANCE, O., *Business et Droit d'Internet*, Mc Graw Hill Ed. (1996) p. 38, (Ci-après HANCE, *Internet*)

³³⁸ Ibid.

³³⁹ HENDERSON, *Cyberspace*, p. 31, (Supra note 536)

³⁴⁰ Ibid.

Internet qui constituent autant de vitrines ouvertes sur le monde, il permet des communications personnalisées.

Pour finir, même si actuellement, à l'échelle mondiale, le nombre de foyers reliés à l'Internet est encore assez limité, il est appelé à se développer de manière importante dans les années à venir.

2. DANS LE DOMAINE DE L'AVIATION.

a. LES DIFFERENTS CAS DE FIGURE.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer⁵⁴², l'Internet, contrairement aux SIR, ne contient pas d'informations relatives aux vols, il en véhicule. Il permet de mettre en contact des personnes physiquement éloignées.

Dans le cadre de la réservation et de l'achat de billets par l'intermédiaire de l'Internet, trois options s'offrent au consommateur.

Il pourra tout d'abord contacter directement les compagnies aériennes, sans devoir se rendre en leurs bureaux ou avoir recours au téléphone⁵⁴³. Dans un tel cas de figure, tout comme quand le consommateur se rend dans les bureaux du transporteur, la question de l'objectivité des informations fournies ne se pose pas.

Ensuite, le consommateur pourra aussi se connecter sur le site d'une agence de voyage qui sera elle-même reliée à un SIR. Ainsi, à titre d'exemple, PC Travel était relié à Apollo⁵⁴⁴ et Worldspan fournit l'élément de réservation au système Expedia de Microsoft⁵⁴⁵. Le consommateur ne devra donc pas non plus se déplacer.

Enfin, on peut imaginer que les SIR eux-mêmes soient accessibles via Internet, le consommateur pouvant dès lors effectuer ses réservations et l'achat de ses billets sans passer par l'intermédiaire d'une agence de voyage.

Ces trois options ont en commun le fait que les parties ne se rencontrent pas physiquement. Elles posent donc toutes le problème juridique classique lié au commerce à distance, à savoir le problème de la formation du contrat. Dans le cas

⁵⁴¹ Ibid.

⁵⁴² Voir supra: p. 68

⁵⁴³ En ce qui concerne les contacts téléphoniques, seuls de rares transporteurs autorisent la vente de billets par ce moyen.

⁵⁴⁴ T.D.R., *PC Travel shuts down online booking service*, (April 10, 1997) p. 8

⁵⁴⁵ T.D.R., *Speakers debate interactive cost savings*, (September 12, 1996) p. 5

probable de l'existence d'un élément d'extranéité, se posera aussi, en cas de litige, un problème de conflit de lois. Ces problèmes n'étant en rien spécifiques à la distribution de services aériens, ils dépassent le cadre de notre thèse et ne seront dès lors pas abordés.

Outre ces questions communes à toute vente via Internet, se pose aussi celle de l'applicabilité de la réglementation en matière de SIR, à la situation nouvelle d'un consommateur accédant directement à un SIR pour effectuer sa réservation et acheter son billet. Si la réglementation américaine est muette à ce sujet et si le code de l'OACI n'offre pas une solution satisfaisante, la proposition de la Commission Européenne à cet égard⁵⁴⁶ nous semble tout à fait valable. Outre le fait que le code s'applique indépendamment "du statut ou de la nationalité du vendeur (...)" ainsi que "de la source de l'information utilisée ou de l'implantation de l'unité centrale de traitement des données"⁵⁴⁷, il découle de la proposition que les obligations du vendeur à l'égard de l'abonné s'imposeraient aussi à l'égard du consommateur utilisant un SIR, pour autant qu'il ait un accord ou un arrangement avec le vendeur. Or, pour qu'un consommateur puisse accéder à un SIR, il devra en devenir membre, ce qui suppose un arrangement entre les parties. A titre d'exemple, un particulier voulant accéder à Eeasy Sabre, la version grand public de Sabre, il devra en devenir membre⁵⁴⁸. Il se verra ainsi garantir une certaine neutralité de l'information, de même qu'un traitement équitable. Pareille solution devrait, selon nous, être prise en exemple par l'OACI en vue d'une harmonisation de la protection des consommateurs dans le cadre du développement de la vente de services aériens par l'intermédiaire d'Internet. Remarquons ici qu'il est envisageable que dans le futur l'Internet constitue un substitut valable aux SIR, avec pour conséquence de modifier la notion de marché concerné en la matière. L'application des règles du droit de la concurrence dans le domaine s'en trouverait affectée.

⁵⁴⁶ Voir supra: p. 61

⁵⁴⁷ Code UE, Article premier, (Supra note 4)

⁵⁴⁸ HENDERSON, *Cyberspace*, p. 31, (Supra note 536)

b. SITUATION ACTUELLE.

Nous venons d'envisager les trois hypothèses de distribution des services aériens qu'offre Internet. Examinons maintenant dans quelle mesure celles-ci ont été mises en oeuvre dans la pratique.

Les compagnies aériennes ont tout intérêt à distribuer leurs services via Internet. On connaît en effet l'importance de leurs coûts de distribution. Dès lors, vendre leurs services directement au consommateur, sans devoir payer de commissions aux agences ni de redevances aux vendeurs de SIR, leur permettrait de réaliser des économies substantielles. Si l'intérêt est évident, ce mode de distribution suppose une démarche positive de la part du consommateur. Celui-ci devra démontrer un intérêt particulier pour un transporteur, et la découverte d'un service qui lui convient impliquera le plus souvent qu'il visite plusieurs sites. La renommée d'un transporteur aura ici une importance cruciale, ce qui imposera aux transporteurs des efforts de promotion quant à leur image et donc des frais de publicité. A cet égard, il est intéressant de constater que contrairement à ce qu'on aurait logiquement attendu, à savoir la mise en place de site de réservation par de grandes compagnies à la renommée établie, ce sont les petits transporteurs tels Alaska, Aloha ou Western Pacific, aux Etats-Unis, et British Midland, en Europe, qui les premiers permirent à leurs clients de réserver des sièges via Internet. Une des justifications avancée est le faible coût de la mise en place de tels sites⁵⁴⁹.

En ce qui concerne les vendeurs de SIR, ils ont adopté des approches assez variées à l'égard d'Internet. Dans leur majorité, ils ne semblent pas prêts à vouloir mettre fin à leurs relations avec les agences de voyage. Les SIR étant encore, dans une large mesure, la propriété de compagnies aériennes, celles-ci craignent peut-être qu'une attitude négative de leur SIR à l'égard des agences de voyage entraîne une diminution de la vente de leurs services par les agences en question. Ainsi, les sites Internet développés par Amadeus, Worldspan ou encore Abacus n'entendent pas court-circuiter les agences de voyage. Les particuliers accédant à ces sites pourront obtenir certaines informations, ils seront toujours guidés vers une agence de voyage ou un

⁵⁴⁹ TYLER, C., *Bookings and the Internet*, Airline International (July-August 1996) p. 21

transporteur auprès desquels ils effectueront leurs réservations⁵⁵⁰. Ces sites peuvent également servir de plate-forme aux agences afin de proposer les produits qu'ils créent. Galileo, quant à lui, ne semble pas intéressé par la création d'un site.

En ce qui concerne Sabre, il a adopté une autre approche, puisque son site Travelocity propose les services d'une véritable agence de voyage. Ce site permet au consommateur, non seulement de réserver et d'acheter ses billets d'avion, mais aussi des voyages organisés, des nuits d'hôtel, des magazines ou encore des informations pratiques sur les pays à visiter. Travelocity n'est pas le seul site en son genre. Expedia offre des possibilités semblables. Il permet aussi au consommateur d'effectuer une recherche sur base du prix d'un vol ou de l'heure de départ de celui-ci, d'obtenir des informations précises sur le vol ou encore de choisir son siège sur un plan de l'appareil sur lequel il volera. Selon nous, c'est ce genre de site qui est appelé dans le futur à concurrencer les agences de voyage et les SIR.

c. LES AVANTAGES ET LES RISQUES.

LES AVANTAGES:

Les sites, qui permettent aux consommateurs de réserver leurs places et d'acheter leurs billets sans avoir à quitter leur domicile, leur évitent donc de perdre du temps à se rendre à une agence de voyage ou dans les bureaux des compagnies aériennes. Il est à noter que le shopping constitue pour beaucoup une activité de loisir privilégiée. Dès lors, l'achat de leurs vacances auprès d'une agence de voyage constitue pour de nombreuses familles une occasion de sortie. Ces sites sont plus susceptibles d'intéresser les hommes d'affaires et les entreprises qui recherchent avant tout l'efficacité, ainsi que les personnes désireuses de trouver les tarifs les plus avantageux et qui sont prêtes à y passer le temps nécessaire.

Du point de vue des transporteurs, compte tenu de l'importance de leurs coûts de distribution, l'opportunité de distribuer directement leurs services au public devrait leur permettre de réaliser des économies conséquentes. On peut voir dans ces sites, outre un moyen de réduire les dépenses, une possibilité d'accroître les revenus en développant de nouvelles méthodes de vente. La vente aux enchères des places invendues est une de ces méthodes. Plusieurs transporteurs ont déjà eu recours, avec

⁵⁵⁰ Ibid., p.24

succès, à la vente aux enchères. Parmi ceux-ci, on peut citer Cathay Pacific qui avoue que le but de l'opération était avant tout d'établir une liste de clients potentiels plutôt que d'élever le taux de remplissage de leurs appareils⁵⁵¹, ainsi qu'American qui, avec son NetSAAvers⁵⁵², a réussi à attirer un grand nombre de consommateurs et à augmenter le taux de remplissage de ses appareils. Certains estiment que ce système permettra d'atteindre les 100% de taux de remplissage⁵⁵³, ce qui nous paraît optimiste. Les agences de voyage pourront, quant à elles, faire connaître leurs produits à un plus grand nombre de consommateurs.

LES RISQUES:

LE PAIEMENT PAR CARTE DE CREDIT ET L'INTERMEDIATION FINANCIERE:

L'exécution de l'obligation principale de l'acheteur, à savoir le paiement du prix implique, pour le moment, l'utilisation d'une carte de crédit, avec éventuellement l'intervention d'un intermédiaire financier.

Le problème posé par les cartes de crédit est bivalent.

D'une part, les consommateurs sont réticents à l'idée de communiquer leur code secret. Ils craignent que l'environnement ne soit pas suffisamment sûr et que ce code soit intercepté par une personne malintentionnée qui pourrait l'utiliser pour effectuer des transactions à l'insu du titulaire de la carte. De plus, le consommateur n'est pas certain de l'identité de celui qui se présente comme un vendeur de services et à qui il est censé donner son code.

D'autre part, les entreprises veulent s'assurer du paiement des services fournis et pour ce faire, ils devraient être capables de vérifier le code. Or, pour ce faire, il faudrait que l'ordinateur du titulaire de la carte soit équipé d'un appareil pouvant lire la carte, ce qui est rarement le cas.

Dès lors, le consommateur fournira, à défaut de son code secret, son numéro de carte. La grande différence entre ces deux cas de figure est qu'un paiement par le code secret est irrévocable, ce qui n'est pas le cas du paiement par le seul numéro de carte. En outre, le fait de fournir seulement le numéro de carte n'élimine pas le risque

⁵⁵¹ FLINT, P., *Cyber hope or cyber hype?*, Air Transport World (October 1996) p. 26. (Ci-après: FLINT, *Cyber hope*)

⁵⁵² Les consommateurs donnent leur adresse E-mail et se voient envoyer chaque semaine une liste de vols pour lesquels les tarifs sont fortement réduits.

d'interception⁵⁵⁴. Une atténuation du risque est possible en recourant à la cryptologie. La cryptologie consiste à transformer des informations claires au moyen de conventions secrètes⁵⁵⁵. S'agissant d'une solution technologique, l'inviolabilité de l'information cryptée n'est cependant pas garantie.

Afin de remédier à ce problème, les professionnels ont recherché de nouvelles solutions. Parmi celles-ci on peut noter le cas de l'intermédiation financière qui est une opération par laquelle le vendeur et l'acheteur ont recours à un intermédiaire jouant le rôle d'intermédiaire financier. A cet égard, dans le domaine du transport aérien, c'est en avril 1997 que fut émis le premier billet d'avion réservé et payé via Internet, par delà les frontières d'un seul Etat⁵⁵⁶. En l'espèce, le billet a été acheté au transporteur norvégien Braathens en utilisant le compte crédit d'achats danois Europay⁵⁵⁷. Europay jouait donc le rôle de l'intermédiaire financier. Cette transaction était la première à utiliser le nouveau système de paiement sécurisé Secure Electronic Transaction. Ce système implique la création de "certificats" digitaux qui permettent de vérifier l'identité du vendeur et de l'acheteur avant que le paiement, via le réseau, ne puisse être mis en oeuvre. Par la suite, le contenu de la transaction fait l'objet d'un cryptage afin d'en améliorer la sécurité⁵⁵⁸. Il existe d'autres intermédiaires financiers opérant sur le réseau Internet. On peut citer, à titre d'exemple, Globe ID, Digicash ou encore Cybercash⁵⁵⁹.

INVENTAIRE DES TRANSPORTEURS:

Les transporteurs craignent que la distribution de leurs services via Internet ne mette en danger leurs inventaires ainsi que certaines informations sensibles⁵⁶⁰. Ils estiment qu'un manque de contrôle des services de réservation disponibles sur Internet est susceptible d'entraîner un nombre important de réservations non valides, ce qui nuirait

⁵⁵³ JENNINGS, M., *Wired for a new era*, *Airline Business* (August 1996) p. 22; Citant J. MALDUTIS, Vice President chez Salomon Brothers.

⁵⁵⁴ ITEAN, O., *Internet et le Droit, Aspects juridiques du commerce électronique*, Eyrolles Ed. (1996)

p. 136, (Ci-après: ITEAN, *Internet*)

⁵⁵⁵ Ibid., p. 65

⁵⁵⁶ T.D.R., *First secure Internet payment made across national borders*, (April 24, 1997) p. 3

⁵⁵⁷ Ibid.

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ ITEAN, *Internet*, p. 136 à p. 143, (Supra note 556)

⁵⁶⁰ T.D.R., *Airline committee pushes for electronic commerce standards*, (January 16, 1997) p. 6

effectivement à leurs inventaires⁵⁶¹ et, par voie de conséquence, porterait atteinte à leur rentabilité. En effet, si de nombreux consommateurs effectuent des réservations et que les transporteurs n'ont pas de garantie que ces réservations aboutiront à une vente, un vol pourrait apparaître comme complet alors qu'en réalité il ne rapporte rien. Pour éviter cela, le Electronic Marketplace Committee (EMC) de la Air Transport Association a élaboré des recommandations quant aux pratiques dans le domaine⁵⁶².

Une des recommandations principales des transporteurs consiste à attribuer un unique numéro d'identification à chaque fournisseur de services électroniques de réservation, ainsi qu'à imposer à ces fournisseurs d'attribuer une identification unique aux personnes utilisant un service de réservation pour obtenir des informations sur un transporteur.

Parmi les autres recommandations de l'EMC visant à prévenir les atteintes aux inventaires des transporteurs on peut relever la possibilité pour les transporteurs de: déterminer le nombre maximum de segments pouvant être réservés sous un même PNR⁵⁶³; spécifier le nombre de réservations, existant simultanément et n'ayant pas encore donné lieu à une émission de billet, pouvant être effectué avant qu'un consommateur ne se voit interdire une réservation additionnelle⁵⁶⁴; ou encore, de fixer un moment avant le départ d'un vol après lequel les réservations seront interdites.

On peut aussi relever le devoir des fournisseurs de services électroniques de réservation et des SIR de: prévenir et identifier les réservations impossibles ou illogiques pour une même personne⁵⁶⁵; de se conformer à la demande d'un transporteur quant au développement d'un système par lequel ils peuvent conformer les réservations à l'émission des billets⁵⁶⁶.

Notons aussi que les transporteurs souhaitent pouvoir disposer d'une option d'annulation automatique qui annulerait les réservations n'ayant pas donné lieu à une émission de billets un certain nombre d'heure après que la réservation ait été effectuée.

⁵⁶¹ Ibid.

⁵⁶² T.D.R., *Airlines propose procedures for CRSs, online booking procedure*, (May 8, 1997) p. 10, (Ci-après: T.D.R., *Airline committee*)

⁵⁶³ Ibid.

⁵⁶⁴ Ibid.

⁵⁶⁵ Rappelons ici la pratique des agences de voyage, pouvant se reproduire quand la réservation est effectuée directement par le consommateur, qui consiste à effectuer plusieurs réservations, pour un même passager et pour une même destination, que le passager ne pourrait toutes honorer et ce afin de lui garantir une place sur le vol qui conviendra le mieux à son emploi du temps.

⁵⁶⁶ T.D.R., *Airline committee*, p. 10, (Supra note 564)

Il nous semble que la mise en oeuvre de pareilles mesures devraient effectivement prévenir les attitudes dommageables pour les transporteurs.

A la lumière de ce que nous venons d'étudier, il apparaît que, d'une part les problèmes posés par la vente de services aériens par l'intermédiaire d'Internet ne sont pas insurmontables et que, d'autre part, à l'exception des petites agences de voyage locales, ce mode de distribution présente de nombreux avantages pour les parties impliquées dans la mise en oeuvre des SIR. Nous pensons que si le rôle de ces derniers est appelé à changer ils perdureront comme un des maillons de la distribution des services aériens. On est dès lors en droit de s'attendre à ce que la distribution via Internet connaisse un succès croissant dans les années à venir, au fur et à mesure de l'informatisation des foyers de par le monde.

VI. CONCLUSIONS.

L'étude que nous avons menée nous a permis d'analyser diverses facettes de la distribution des services de transport aérien. Dans l'état actuel de la situation, et même si de nouvelles méthodes viennent leur faire concurrence, les SIR demeurent pour le moment l'élément clé de cette distribution.

Nous l'avons vu, la mise en oeuvre des SIR n'est pas sans poser de problèmes. Le biaisage de l'affichage, les clauses contractuelles tendant à éviter la conversion d'un abonné vers un autre SIR, les relations entre transporteurs participants et vendeurs de SIR, ou encore l'accès aux informations contenues dans les SIR, sont autant de sources de conflits.

Nous avons démontré que l'adoption d'une réglementation particulière ne se justifiait pas nécessairement, le droit de la concurrence et les lois antitrust offrant, selon nous, une alternative valable à pareille réglementation. Un exemple de cette efficacité potentielle est à trouver dans l'application qu'il a été faite en Europe de la doctrine des facilités essentielles dans l'affaire London European contre Sabena.

Des réglementations particulières ayant néanmoins été adoptées aux Etats-Unis, au sein de l'Union Européenne, ainsi que par l'OACI, nous les avons analysées de manière comparatives. Il ressort de notre étude que celles-ci ont démontré une certaine efficacité, notamment en matière de biaisage de l'affichage. Ce problème semble, en effet, avoir pour ainsi dire disparu. Notons aussi que l'époque où l'on considérait les vendeurs de SIR comme la source de tous les problèmes semble révolue. En effet, l'OACI et la Commission Européenne ont enfin pris conscience du fait que l'attitude des agences de voyage à l'égard de leurs clients constitue un élément important du problème. Malheureusement, le DOT ne semble pas prêt à prendre ce même virage. Compte tenu de la nationalité des principaux SIR existant sur le marché, on peut regretter l'absence d'harmonisation entre les règles américaines et les règles européennes. En effet, en cas d'harmonisation, ces règles uniformes deviendraient *de facto* la norme en la matière.

Au niveau du règlement des litiges internationaux, il semble que les dispositions des accords bilatéraux relatives à un arbitrage offrent une bonne solution. Dans un cadre plus global, l'inclusion d'un code international de la concurrence au sein de l'Accord

OMC permettrait de traiter de nombreux problèmes liés à la mise en oeuvre des SIR et, de plus, en cas de litige, les Etats pourraient avoir recours au processus de règlement des litiges contenu dans l'Annexe II de l'Accord OMC.

Parmi les diverses évolutions qu'a connues l'industrie, il faut rappeler les modifications importantes dans la propriété des SIR. Cette nouvelle pluralité teintée de diversité devrait rendre obsolète certains des problèmes liés à la mise en oeuvre des SIR. En effet, les abus n'étant pas susceptible de profiter à un grand nombre, la pluralité des propriétaires rend de tels abus caduques. Une autre évolution est à trouver dans l'attitude de certains transporteurs qui refuse dorénavant de participer aux SIR. Cette attitude fait mentir l'opinion selon laquelle un transporteur ne pourrait survivre sans participer aux SIR. Il faut cependant préciser que seule une certaine catégorie de transporteurs peut se permettre d'adopter pareil comportement.

Enfin, le développement des réseaux informatiques tel Internet offre une nouvelle alternative de distribution qui permet au consommateur de réserver et d'acheter ses billets sans l'intermédiaire du traditionnel agent de voyage. L'essor de cette alternative semblant lié au nombre de personnes disposant d'un ordinateur personnel, seule une informatisation croissante des foyers de par le monde pourra engendrer la suprématie de ce mode de distribution, mais cela c'est l'avenir qui nous le dira...