



UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

PÔLE TRANSPORTS
INSTITUT DE FORMATION UNIVERSITAIRE ET DE RECHERCHE DU
TRANSPORT AÉRIEN (IFURTA)

**LA LIBÉRALISATION DES RÈGLES DE PROPRIÉTÉ ET DE
CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS
COMMUNAUTAIRES DANS LE SYSTÈME BILATÉRAL
INTERNATIONAL**

Mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit et Management du transport aérien

Par

Lisa BARRON

Sous la direction de Madame la professeure Julie LABORDE DIT BOURIAT

Année Universitaire 2021-2022

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

PÔLE TRANSPORTS
INSTITUT DE FORMATION UNIVERSITAIRE ET DE RECHERCHE DU
TRANSPORT AÉRIEN (IFURTA)

**LA LIBÉRALISATION DES RÈGLES DE PROPRIÉTÉ ET DE
CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS
COMMUNAUTAIRES DANS LE SYSTÈME BILATÉRAL
INTERNATIONAL**

Mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit et Management du transport aérien

Par

Lisa BARRON

Sous la direction de Madame la professeure Julie LABORDE DIT BOURIAT

Année Universitaire 2021-2022

REMERCIEMENTS

En premier lieu, je souhaite remercier Madame la professeure Julie LABORDE DIT BOURIAT qui m'a permis d'intégrer cette formation, mais aussi pour sa disponibilité et ses précieux conseils durant l'ensemble de l'année universitaire.

J'adresse également mes remerciements à l'ensemble des directeurs d'alternance Madame Fabienne CASTELLI-MAUDOUX, Madame BAH Astou et Madame PAPUSOI Elena Mariana pour la confiance qui m'a été accordée, l'encadrement et l'expérience professionnelle dont j'ai bénéficié.

Je tiens à remercier Monsieur Pierre GENOLINI (Négociateur des affaires européennes bilatérales au sein d'Air France) pour l'aide apportée et Monsieur Michiel LAUMANS (Coordinateur des affaires internationales au sein de KLM) pour le temps accordé à développer les réflexions de ce mémoire et à apporter un aspect pratique au sujet traité.

J'adresse par ailleurs ma reconnaissance à l'ensemble de l'équipe transport de la direction juridique d'Air France pour tout l'accompagnement que l'on m'a apporté.

Enfin, je remercie mes proches pour leurs conseils et leur soutien.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1 – UNE LIMITATION ÉTATIQUE ET RÉGIONALE À LA PROPRIÉTÉ ET AU CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS.....	12
TITRE 1 – LA CRÉATION DE NORMES ÉTATIQUES ET RÉGIONALES.....	12
CHAPITRE 1 – Des réglementations étatiques hétérogènes.....	12
CHAPITRE 2 – L’instauration d’une réglementation communautaire.....	20
TITRE 2 – UNE VOLONTÉ DE RÉVISER LES RÈGLES DE PROPRIÉTÉ ET DE CONTRÔLE COMMUNAUTAIRES.....	34
CHAPITRE 1 – Un bilan mitigé des apports de la réglementation communautaire.....	34
CHAPITRE 2 – Les solutions envisagées pour la modification des règles de propriété et de contrôle communautaires.....	49
PARTIE 2 – UNE LIMITATION INTERNATIONALE DES RÈGLES DE PROPRIÉTÉ ET DE CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS.....	57
TITRE 1 – UNE LIBÉRALISATION STAGNANTE DES LIMITATIONS À LA PROPRIÉTÉ ET AU CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS DANS LE CONTEXTE INTERNATIONAL.....	57
CHAPITRE 1 – La mise en place de limitations par l’insertion de clauses au sein des accords bilatéraux sur les services aériens.....	57
CHAPITRE 2 – Le rôle nécessaire de l’Organisation de l’aviation civile internationale dans la libéralisation internationale des règles de propriété et de contrôle.....	69
TITRE 2 – UNE INFLUENCE DU CONTEXTE INTERNATIONAL DANS LES DÉCISIONS STRATÉGIQUES AU SEIN DE L’UNION EUROPÉENNE.....	74
CHAPITRE 1 – Les relations entre l’Union européenne et les États tiers dans les conventions bilatérales.....	74
CHAPITRE 2 – L’influence du système des conventions bilatérales sur les décisions stratégiques dans l’Union européenne au regard des droits de trafic..	80
CONCLUSION	87

TABLE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES UTILISÉS

AFRAA – *African Airline Association*

ATRP – *Air Transport Regulation Panel* – Groupe d'experts sur la réglementation du transport aérien

CEAC - Conférence européenne de l'aviation civile

CEE – Communauté économique européenne

CJCE – Cour de justice des communautés européennes

DGAC – Direction Générale de l'Aviation civile

DG MOVE - Direction générale de l'énergie et des transports

ECAC - *European Civil Aviation Conference*

EEE – Espace économique européen

ERA – *European Airline Association*

IATA – *International Air Transport Association* - Association du transport aérien international

ICC – *International Chamber of Commerce* – Chambre de commerce internationale

IDE – Investissement direct étranger

ITF – *International transport forum* – Forum international des transports

OACI – Organisation de l'aviation civile internationale

OMC – Organisation mondiale du commerce

OSP – Obligation de service public

SARP – *Standards and Recommended Practices* - Normes et pratiques recommandées internationales

SAS - Scandinavian Airlines System

TFUE – Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

UE – Union européenne

WG – *Working Group* – Groupe de travail

INTRODUCTION

Les réglementations telles que nous les connaissons aujourd'hui ont été façonnées par des successions de crises majeures mondiales ayant impacté la plupart des secteurs ces dernières années. Le secteur de l'aérien ne fait pas exception à ce constat dès lors qu'il s'agit d'activités particulièrement sensibles aux différentes variables économiques, politiques, environnementales ou encore sanitaires, comme cela a pu l'être démontré récemment avec la crise du COVID-19.

I – Une dualité de réglementations relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens

Il existe deux catégories de limitations distinctes ayant progressivement été élaborées. Le premier type de réglementations consiste en des règles internes généralement mises en place par les États dans le cadre de l'attribution d'autorisations d'exploitations aux transporteurs aériens. La nationalité des investisseurs dans le capital social des transporteurs est alors très réglementée, notamment au moyen de seuils permettant de limiter les investissements étrangers. La deuxième catégorie de limitations est, quant à elle, internationale et ces règles sont mises en place dans le cadre d'accords bilatéraux sur les services aériens entre les États. A ce titre, les États négocient des clauses de nationalité grâce auxquelles ils ont le pouvoir de désigner des transporteurs aériens qui bénéficieront de droits de trafic pour exploiter des lignes internationales à destination ou en provenance d'aéroports situés sur le territoire de l'État cocontractant. Cependant, ces clauses sont assorties d'un droit de refus au sein de laquelle un État peut refuser la désignation d'un transporteur aérien dans le cas où il ne serait pas détenu substantiellement ou contrôlé effectivement par les ressortissants de l'État qui les désigne.

Ce système fondamental de double verrou à l'égard des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens a persisté durant de nombreuses années. Pourtant, aucune définition non-équivoque et internationalement reconnue n'a été élaborée. Cette lacune démontre la complexité à appréhender ces notions et les difficultés actuellement rencontrées dans la modification de telles normes. Il convient tout de même de distinguer les notions de propriété substantielle et de contrôle effectif.

En effet, la propriété substantielle est un critère quantitatif qui correspond aux limites fixées par les réglementations internes. Cette limite est souvent amenée à un seuil de plus de 50% d'investisseurs ressortissants de l'État sollicité afin de pouvoir attribuer la nationalité de celui-ci au transporteur. Le contrôle effectif, quant à lui, est un critère qualitatif plus difficile à saisir car il s'entend comme la détermination de la nationalité de l'actionnaire ayant le plus d'influence sur les décisions stratégiques. Cependant, en l'absence de définitions uniformisées, l'application de ces critères est hétérogène et peut donner lieu à des conflits d'interprétation. Par ailleurs, si ces restrictions relatives à la propriété et au contrôle ont été libéralisées dans de nombreux autres secteurs, ces mesures protectionnistes ont persisté à l'égard du secteur aérien. La libéralisation de ces normes s'entend, quant à elle, comme la suppression des restrictions permettant un accès libre à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens aux investissements étrangers.

II – Le passage de réglementations étatiques à l'instauration d'une réglementation communautaire

L'Union européenne a adopté un troisième paquet de mesures en 1992¹ consacrant pleinement le principe de liberté d'établissement. Ces mesures ont été décisives dans le passage de réglementations étatiques relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens à de véritables réglementations communautaires. Ainsi, pour les États membres, les limitations internes ne sont plus élaborées au niveau national car elles sont désormais harmonisées et élaborées au niveau régional par l'intermédiaire de l'Union européenne. L'instauration du marché unique européen a permis l'abolition de ces contraintes au sein des 27 États membres. Celle-ci a également été étendue à la Norvège, l'Islande, le Liechtenstein et la Suisse. Toutefois, les règles relatives à la propriété et au contrôle persistent à l'égard des investissements en provenance des États tiers.

¹ Règlement du Conseil (CEE) n°2407/92, concernant les licences des transporteurs aériens ; Règlement (CEE) n°2408/92 du Conseil, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires ; Règlement (CEE), n°2409/92 du Conseil, sur les tarifs des passagers et de fret des services aériens, 23 juillet 1992.

L'article 4 du règlement européen n°1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté² a repris ces règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens. Cet article énonce les conditions requises pour l'octroi d'une licence d'exploitation délivrée aux transporteurs aériens communautaires. A cet égard, il prévoit que les transporteurs ont l'obligation d'être directement ou indirectement détenus à plus de 50% par les ressortissants des États membres et contrôlés effectivement par ceux-ci. Les transporteurs aériens communautaires sont, quant à eux, définis par l'article 2 du Règlement européen n°1008/2008 comme tout « transporteur aérien titulaire d'une licence d'exploitation en cours de validité délivrée par une autorité compétente pour l'octroi des licences en vertu du Chapitre II »³. Ainsi, un transporteur aérien communautaire est une entreprise de transport aérien en possession d'une licence d'exploitation délivrée par les autorités des États membres, compétentes à attribuer de telles autorisations.

Les limitations rigides relatives à la propriété et au contrôle ont ainsi été remplacées par la notion d'établissement principal au sein du marché intérieur. En outre, le Règlement européen définit le « principal établissement » comme « l'administration principale ou le siège statutaire d'un transporteur aérien communautaire situés dans l'État membre au sein duquel ce transporteur aérien communautaire exerce les principales fonctions financières et le contrôle de l'exploitation, y compris la gestion du maintien de la navigabilité »⁴. La suppression des limitations a eu de nombreux effets positifs à l'égard de la totalité des acteurs du transport aérien. Ce changement de réglementation s'est traduit par un nombre de passagers en Europe ayant augmenté de 216 milliards par kilomètre à 549 milliards en 2008, lors de l'adoption du Règlement européen n°1008/2008. Il s'agit alors d'une

² Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la communauté (refonte) du 24 septembre 2008.

³ *Ibid.* Article 2.

⁴ *Ibid.*

croissance moyenne supérieure de 4,3% à ce qui était prévu dans les prévisions de base du troisième paquet⁵.

III – L'intérêt et les difficultés relatives à la modification des règles de propriété et de contrôle

Les débats autour de la libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens ne sont pas récents tant au niveau interne qu'au niveau international. En effet, ce concept de limitation a été pour la première fois évoqué aux États-Unis en 1925 dans l'objectif d'assurer la défense et la sécurité nationale. Les enjeux résidaient dans le pouvoir de mobilisation de flottes et de pilotes issus de l'aviation civile en cas de besoins militaires lors de conflits majeurs. De telles mesures protectionnistes ont également été instaurées dans l'objectif de protéger les États des intrusions involontaires ou ennemies sur leurs territoires. C'est à l'occasion de la Convention de Chicago en 1944, dans un contexte d'après-guerre, que les premières discussions relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens ont eu lieu. Cette occasion a permis la consécration du droit de souveraineté des États au sein de l'article premier de la Convention de Chicago de 1944⁶. Par la suite, les limitations internationales aux investissements étrangers dans les transporteurs aériens ont été appliqués pour la première fois dans un accord bilatéral Bermudes I entre les États-Unis et le Royaume-Uni en 1946⁷. L'évolution du contexte économique et politique mondial a apporté de nouvelles motivations à ces limitations, telles qu'un objectif de protectionnisme de nature économique. L'insertion de clauses de nationalité limitant les investissements étrangers dans les accords bilatéraux ont perduré pendant près de huit décennies et restent aujourd'hui inscrites dans la majorité des accords de services aériens entre les États, peu important les libéralisations des règles internes intervenues au sein de certains États. Face au changement de la structure du secteur inhérent à la mondialisation et aux privatisations, le maintien de

⁵ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 59.

⁶ Article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 07 décembre 1944, « *Les États contractants reconnaissent que chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire* ».

⁷ Guyana (Bermuda I) Air Transport Agreement of February 11, 1946.

telles réglementations instaurées il y a de nombreuses années suscite des interrogations. En effet, les effets néfastes de telles limitations aux investissements étrangers à l'égard de ce secteur majeur pour l'économie remettent en cause leur légitimité.

Les questionnements autour de la libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires ont notamment été évoqués dans le cadre de l'évaluation de la Commission européenne en 2019⁸. En ce sens, il est important de relever les enjeux et les limites d'une telle libéralisation, en particulier dans le cadre d'une volonté de la Commission européenne de réviser le Règlement n°1008/2008 et à la suite de l'initiative lancée par la Direction générale de l'énergie et des transports (DG MOVE) de mettre en place un appel à contributions pour une analyse d'impact. Dans un contexte de crise sanitaire, il est important de débattre de la nécessité de maintenir de telles réglementations susceptibles d'affecter la viabilité économique des transporteurs en limitant leur accès à des investissements. Les possibilités relatives à la libéralisation unilatérale des règles communautaires relatives à la propriété et au contrôle devraient être envisagées dans la perspective d'une résilience du transport aérien après la crise sanitaire mais également dans l'objectif de mieux appréhender les crises futures. C'est pourquoi ces mesures peuvent peser à l'égard des contribuables des États membres car elles sont susceptibles d'affecter les ressources des États sollicités pour une aide financière au bénéfice de certains transporteurs. De plus, de telles limitations relatives à la propriété et au contrôle pèsent sur les acteurs qui voient une incidence au regard de leur compétitivité.

Toutefois, s'il existe un certain intérêt de la Commission européenne envers les discussions relatives à la libéralisation de ces règles dans son objectif de révision du Règlement européen actuellement en vigueur, le système international semble figé et les discussions sont stagnantes. La lenteur de ces modifications est liée aux difficultés d'obtenir un consensus de la part de l'ensemble des États présents sur la scène internationale et à l'exercice du droit de souveraineté des États. Les politiques et les

⁸ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community.

expériences des États quant aux investissements étrangers sont toutes différentes, ce qui complique d'autant plus l'élaboration des nouvelles réglementations acceptées par le plus grand nombre d'États possible. Cette dualité entre une volonté de libéralisation de réglementations internes et la stagnation des règles internationales va entraîner des obstacles au développement économique des transporteurs aériens et à leur compétitivité. C'est pourquoi, s'il est important d'envisager une modification des règles communautaires relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens, il est également important de déterminer si les transporteurs pourront appliquer en pratique ce nouveau cadre réglementaire leur étant offert. En effet, dans un contexte où les limitations internationales sont peu propices à un changement, les transporteurs risquent une perte de leurs droits de trafic acquis jusqu'à présent. Car s'il est aisé d'envisager les deux catégories de réglementations comme étant parfaitement distinctes, en réalité ces deux types de normes sont complémentaires et forment un double blocage.

L'étude d'un sujet concernant les modifications des réglementations relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires est rendue difficile par le manque de clarté des normes actuelles mais également par l'absence de définitions harmonisées entre les États quant aux notions de propriété et de contrôle. Ce manque de clarté est retrouvé au sein des normes communautaires actuelles, créant ainsi une application hétérogène de la réglementation et des disparités entre les transporteurs aériens. Par ailleurs, l'autre difficulté de l'étude de ce sujet réside dans l'absence d'expérience d'une libéralisation mondiale de ces limitations. En effet, le concept de réglementations internationales relatives à la propriété et au contrôle a été mis en place au commencement de l'aviation civile internationale. C'est pourquoi il est difficile de prévoir avec exactitude les incidences directes et indirectes que la libéralisation provoquera sur l'ensemble de la chaîne de valeur du transport aérien mais également sur les économies des États dans le contexte de mondialisation tel que nous le connaissons aujourd'hui.

Dans le cadre de cette étude, il sera nécessaire de traiter le contexte de la mise en place de telles normes, leur fonctionnement, leur étendue et les relations qu'elles entretiennent l'une par rapport à l'autre afin de pouvoir apprécier l'intérêt d'une

libéralisation de celles-ci. De plus, les effets positifs ou néfastes de ces normes sont vastes et touchent à de nombreux domaines qu'il conviendra d'évoquer. Toutefois, l'analyse proposée ne traitera pas en détail de la question du contrôle actuel et futur de ces normes par les autorités étatiques mais s'attardera davantage sur l'intérêt d'une modification des limitations aux investissements étrangers dans la propriété et le contrôle des transporteurs aériens pour se concentrer sur l'articulation des normes entre elles et l'impact produit. Enfin, les questions spécifiques relevant des normes de droit de la concurrence ne seront pas étudiées en détail. Cependant, il sera important de les évoquer, dès lors que la modification des règles impacterait celles-ci.

IV – Les questionnements poursuivis quant à la modification des règles communautaires relatives à la propriété et au contrôle

Les développements qui seront évoqués au sein de ce mémoire nous amèneront à nous questionner sur la pertinence d'une modification des règles internes, et tout particulièrement les réglementations communautaires relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens dans le cadre du système de conventions bilatérales sur les services aériens au niveau international.

Dans un premier temps, il sera important de s'intéresser à la modification des règles internes en questionnant la pertinence d'une modification des limitations au regard de l'évolution du marché depuis la mise en place des réglementations mais également en questionnant la pertinence au regard des effets positifs et néfastes attendus (PARTIE 1). Par ailleurs, les développements relatifs aux limitations internationales à la propriété et au contrôle seront essentiels afin de questionner la pertinence au regard de l'évolution très lente des débats internationaux mais aussi s'interroger sur une telle pertinence au regard d'une application en pratique d'une telle libéralisation (PARTIE 2).

PARTIE 1 – UNE LIMITATION ÉTATIQUE ET RÉGIONALE À LA PROPRIÉTÉ ET AU CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS

Les investissements étrangers au sein des transporteurs aériens font l'objet d'une double limitation. La première limitation à ces investissements est étatique ou régionale. Celle-ci se distingue par une deuxième limitation au niveau international et intégrée sein des accords de services aériens. Ce premier système de limitation a été créé depuis de nombreuses années dans l'objectif d'assurer une protection de la souveraineté (TITRE 1). Ces règles ont procuré de nombreux avantages au marché européen. Cependant, de nombreuses raisons ont amené à une volonté de réviser ces normes au niveau communautaire (TITRE 2).

TITRE 1 – LA CRÉATION DE NORMES ÉTATIQUES ET RÉGIONALES

Les normes étatiques et régionales de limitation de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens sont mises en place dans la plupart des États depuis de nombreuses années et pour assurer divers objectifs (CHAPITRE 1). Toutefois, ces normes sont appliquées de façon hétérogène entre les États. Cette hétérogénéité indique que la limitation des investissements étrangers au sein des transporteurs aériens n'est pas traitée selon une règle uniformisée entre tous les États sur l'ensemble des continents et qu'elle peut revêtir de multiples formes (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 – Des réglementations étatiques hétérogènes

Si la limitation de la propriété et du contrôle est appréhendée selon des mécanismes similaires entre les États (SECTION 1), on observe des limitations et des niveaux de libéralisations internes inégaux (SECTION 2).

SECTION 1 - Le système de limitation interne de la propriété et du contrôle

La limitation des investissements étrangers au sein des transporteurs aériens revêt une forme similaire entre tous les États. Celle-ci est généralement mise en place

dans le cadre des normes relatives à la délivrance des autorisations d'exploitation pour les transporteurs aériens (I). Ces limitations sont mises en place afin d'assurer divers objectifs notamment liés aux politiques des États (II).

I - Une limitation par la délivrance d'autorisations d'exploitation

Les limitations à la propriété et au contrôle des transporteurs aérien se manifestent tout d'abord par des normes au sein de la réglementation interne des États. En effet, les États ont sous leur responsabilité la délivrance de licences ou de permis d'exploitation pour les transporteurs aériens nationaux ou étrangers souhaitant exploiter des services aériens commerciaux internes ou internationaux, de façon continue ou sur de longues périodes⁹. A cet égard, les États sont dotés d'autorités nationales chargées de la délivrance de telles autorisations en fonctions de critères déterminés par ce même État. Ces autorisations peuvent être délivrées pour des exploitations internes ou des exploitations à l'international. Une telle autorisation est définie par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) comme une « attestation officielle de la permission, accordée par une autorité constituée, d'exercer une certaine activité de services ou commerciale »¹⁰.

Les critères varient en fonction des États et sont donc discrétionnaires à ceux-ci. En conséquence, la délivrance de telles autorisations est fortement influencée par la politique intérieure et extérieure des États. Toutefois, dans la plupart des États, la délivrance de ces autorisations est très souvent conditionnée à une exigence concernant la propriété et le contrôle des transporteurs aériens. C'est pourquoi les limitations aux investissements étrangers au sein des transporteurs sont étroitement liées aux autorisations d'exploitation étatiques¹¹. En effet, ces exigences prennent habituellement la forme d'une obligation de propriété substantielle et de contrôle effectif du transporteur aérien de l'État dans lequel l'autorisation d'exploitation est sollicitée. Cette exigence peut se manifester par l'obligation d'un seuil maximal

9 Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2ème édition, 2004, p. 1.1-1.

10 Ibid., p. 1.1-2.

11 R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 165.

d'investissement étrangers autorisés dans la propriété d'un transporteur aérien. Les seuils indiqués dans les réglementations nationales prévoient généralement une limitation à 49% d'investissements étrangers dans le capital social du transporteur. Par ailleurs, de nombreux États requièrent un contrôle effectif du transporteur aérien de la nationalité de l'État sollicité pour la demande d'autorisation. Ces limites sont l'expression d'un pouvoir discrétionnaire aux États car la Convention de Chicago ne donne pas de seuil précis et pour lesquelles aucun autre accord international n'énonce de limites relatives à la propriété, au contrôle et aux investissements étrangers au sein des transporteurs aériens¹². Il appartient alors aux transporteurs et aux investisseurs de respecter ces règles, sans quoi ils pourraient se voir confisquer des droits de trafic, essentiels à l'activité de ceux-ci. Ainsi, ces réglementations nationales agissent comme un véritable verrou interne¹³ à l'égard des investissements étrangers au sein des transporteurs aériens et sont mises en place dans divers objectifs en fonction des États.

II - Les objectifs d'une limitation par les réglementations internes

Les réglementations internes sont adaptées en fonction des différents objectifs qu'entretiennent les États. Ces mesures démontrent le pouvoir de souveraineté des États sur leur territoire et les différents objectifs afférents. Dans un premier temps, il est dans l'intérêt des États de conserver des transporteurs nationaux car ils sont considérés comme un atout stratégique pour plusieurs raisons. Les transporteurs aériens sont des acteurs essentiels de la chaîne de valeur du transport aérien car cette industrie génère de nombreux emplois et impacte très largement les économies, notamment par le biais du tourisme. Ainsi, il est dans l'intérêt des États d'assurer la viabilité de ce secteur et de contrôler les normes sociales s'appliquant à ceux-ci. Par ailleurs, les aéronefs de tels transporteurs nationaux sont considérés comme davantage mobilisables par rapport aux transporteurs détenus par des ressortissants étrangers en cas de besoins en défense nationale ou afin de réquisitionner des appareils en cas

¹² M. ITUMELENG, *The effect of airline alliances in civil aviation on fair competition: a legal analysis*, University of Pretoria, 2019.

¹³ World Economic Forum, *Industry Agenda, A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016.

d'urgence¹⁴. Cependant, il n'est pas démontré que des aéronefs dont les transporteurs seraient détenus par des capitaux étrangers seraient moins prompts à être réquisitionnés. Cette exigence de nationalité rassure les États qui souhaiteraient mobiliser des aéronefs en cas de crise ou de conflit politique majeur. De plus, ces limitations internes peuvent être justifiées par une volonté de contrôler l'accès au marché interne de l'État. Selon cette logique, pour certains États, il apparaît possible d'exclure l'accès au marché à un transporteur qui serait détenu par des capitaux étrangers¹⁵. Cette raison démontre un fort protectionnisme mis en place afin d'asseoir leur souveraineté. Les États peuvent également souhaiter un tel contrôle afin d'assurer des impératifs de sécurité. Enfin, ces limitations peuvent être mises en place afin de modérer les effets néfastes d'une ouverture de la concurrence sur les consommateurs ou sur l'activité nationale des compagnies déjà existantes de cet État¹⁶. Ces restrictions observent une tendance à la libéralisation dans la plupart des États. Malgré cela, certaines restrictions étatiques s'avèrent toujours très protectionnistes. Ces limitations ne sont donc pas uniformes. Elles peuvent revêtir différentes formes et concerner certains transporteurs en particulier.

SECTION 2 - Des seuils de limitation des investissements étrangers hétérogènes

Selon les États, il existe des normes plus ou moins libéralisées. En effet, si on observe des décisions protectionnistes (I), il existe un certain mouvement de libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens (II).

I - Des États protectionnistes attachés à leur souveraineté

Les règles de propriété et de contrôle des transporteurs aériens varient en fonction des États. Celles-ci peuvent être plus ou moins strictes. Certains États sont attachés à leur souveraineté et cela a des répercussions sur de telles limitations au

¹⁴ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2^{ème} édition, 2004, p. 4.4-1.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ International Chamber of Commerce (ICC), Déclaration de politique Générale d'ICC, Document 304-2/23 Rev.3 FR, *Nécessité d'une libéralisation accrue du transport aérien international*, 2005.

niveau interne. A cet égard, plusieurs États ont mis en place des règles strictes relatives aux investissements étrangers au sein des transporteurs aériens. Parmi les États ayant limité les participations étrangères en dessous de 40% au capital social, on retrouve les États-Unis. Ceux-ci limitent les investissements étrangers à hauteur de 25% dans le capital social des transporteurs¹⁷. En effet, les États-Unis exigent que la délivrance de licences d'exploitation soit réservée aux seuls « citoyens américain »¹⁸, c'est-à-dire que les transporteurs ont l'obligation de se conformer à un tel seuil de limitation des investissements étrangers afin d'obtenir la nationalité américaine. Par ailleurs, il existe d'autres États pour lesquels le secteur aéronautique est un secteur stratégique soumis à des règles très protectionnistes. A titre d'exemple, le Canada est aligné sur les réglementations des États-Unis et limite également les participations étrangères à 25%¹⁹. De plus, en dehors du continent américain, le Japon limite les investissements étrangers à hauteur de 33%²⁰. Enfin, il existe des limites très restrictives imposées par la Chine à ses transporteurs aériens car la limite des investissements étrangers est fixée à 30%²¹. Toutefois, ces limitations étatiques très restrictives restent minoritaires car un mouvement de libéralisation plus ou moins prononcé a eu lieu selon les États.

II - Un mouvement de libéralisation des règles internes de propriété et de contrôle

Les règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens ont été de plus en plus assouplies ces dernières années. De nombreux États ont pris conscience de l'importance d'une libéralisation de ces règles et des bénéfices relatifs à celles-ci. Ainsi, la plupart des États ont mis en place des limitations raisonnables aux investissements étrangers dans le capital social des transporteurs aériens (A). Par ailleurs, des États ont rejoint ce mouvement en libéralisant entièrement leurs règles internes relatives à la propriété ou au contrôle (B).

¹⁷ HERMES Air Transport Organization, Presented by European Civil Aviation Conference (ECAC), Document R18-PP/06, *Ownership and control in airlines*, 2018.

¹⁸ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016.

¹⁹ HERMES Air Transport Organization, Presented by European Civil Aviation Conference (ECAC), *Ownership and control in airlines, op. cit.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

A – Des limitations modérées aux investissements étrangers

La plupart des États ont continué d'appliquer des limitations aux investissements étrangers dans le capital des transporteurs aériens. Ces limitations ont permis de conserver un minimum de contrôle des États tout en consentant un maximum de bénéfices issus d'une libéralisation de ces règles aux transporteurs aériens. Dans un premier temps, on observe que beaucoup de pays ont conservé les règles relatives à la limitation des investissements étrangers dans la propriété et le contrôle des transporteurs aériens, tout en les minimisant le plus possible. En instaurant une limitation de ces investissements à hauteur de 49%, les États s'assurent que les transporteurs ne puissent pas acquérir la propriété étrangère et qu'ils resteront soumis à leur législation. Ce pourcentage est donc stratégique c'est celui qui autorise le plus d'investissements étrangers possible, avant que la propriété ne soit transférée à un État étranger. C'est pourquoi de nombreux pays ont adopté cette stratégie. Le Mexique illustre bien le mouvement de libéralisation ayant eu lieu. En effet, le régime d'investissement national du pays prévoit un plafond à 49%²². L'Inde a également décidé de mettre en place ce seuil de restrictions²³. L'Australie, quant à elle, n'applique de telles restrictions que pour le transport international²⁴. Ainsi, il apparaît que la majorité des États ont mis en place des règles modérées concernant les investissements étrangers dans la propriété et le contrôle des transporteurs aériens. Cependant, il est relevé qu'il existe des règles beaucoup plus souples voire parfois une libéralisation totale de ces réglementations.

B - Des approches proactives de libéralisation des règles de propriété et de contrôle

Certains États ont permis un assouplissement de leurs limitations nationales concernant de telles restrictions. A cet égard, des réglementations ont permis la substitution de ces limites par l'instauration d'un critère d'établissement principal. C'est notamment le cas de Hong Kong ou de Singapour dans lesquels les régimes

22 HERMES Air Transport Organization, Presented by European Civil Aviation Conference (ECAC), Document R18-PP/06, *Ownership and control in airlines*, 2018.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

prévoient ce simple critère du lieu de principal établissement à la place de critères stricts et numériques, fondés sur un pourcentage de capitaux étrangers²⁵. A ce titre, le Chili a entièrement libéralisé ses règles de propriété et de contrôle depuis plusieurs décennies²⁶. En effet, cet État s'attache également à la notion du lieu d'établissement principal. Les avantages d'un tel positionnement unilatéral sont nombreux. Cela a permis aux consommateurs de bénéficier d'une plus grande concurrence entre les transporteurs et, incidemment, ceux-ci ont pu profiter d'une baisse des prix²⁷. Par ailleurs, il existe des exemples d'États ayant instauré des réglementations distinctes selon que le transport envisagé par le transporteur est purement interne ou international. C'est le cas de l'Australie et de la Nouvelle Zélande²⁸. En effet, dans ce cas de figure extrêmement rare, les États ont appréhendé les règles d'une façon unique car les transporteurs qui ne souhaitent pas effectuer de transport international peuvent être détenus en totalité par des capitaux étrangers. Toutefois, dans le cas où les transporteurs souhaiteraient effectuer du transport international, c'est-à-dire en dehors des frontières et de l'espace aérien, une limitation de 49% est applicable²⁹. Ces réglementations illustrent parfaitement la distinction des règles applicables au transport interne et le pouvoir souverain qu'exerce l'État au-dessus de son territoire, conformément à l'Article premier de la Convention de Chicago³⁰.

²⁵ World Economic Forum, *Industry Agenda, A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 28.

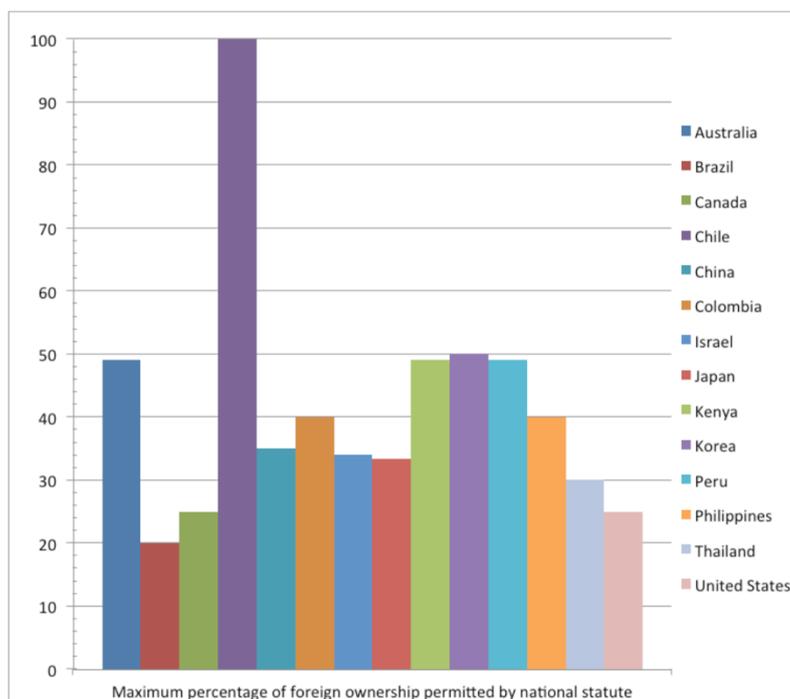
²⁹ Organisation Mondiale du Commerce (OMC), Conseil du commerce des services, Note du secrétariat, Partie H, Document S/C/W/270/Add.2, Deuxième examen de l'annexe sur les transports aériens, évolution dans le secteur des transports aériens (troisième partie), 2007, p. 420.

³⁰ Article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 07 décembre 1944, « *Les États contractants reconnaissent que chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire* ».

Le graphique ci-dessous démontre la pluralité des seuils au sein des réglementations internes des États :

Seuils de limitation des investissements étrangers en fonction des États

Maximum Percentage of Foreign Ownership Permitted by National Statute⁹



Source : World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016.

Enfin, dans de rares cas, on peut trouver des exemples de compagnies aériennes détenues par des investissements étrangers. Cela a été le cas pour la compagnie aérienne Air Corridor qui a opéré sur des lignes intérieures au Mozambique. La détention et le financement de cette compagnie aérienne était exclusivement étrangère³¹. Un autre exemple de propriété étrangère est celui de la compagnie aérienne TACV Cabo Verde Airlines, laquelle était devenue la propriété de la société Loftleidir Cabo Verde à 51% en 2019, donc l'actionnaire majoritaire de la compagnie. Cette dernière est détenue par Loftleidir Icelandic, une filiale du groupe de la compagnie

³¹ C. E. SCHLUMBERGER, HERMES Air Transport Organization, Presented by World Bank, Document R18-PP/09, *Foreign Ownership of Flag Carriers – A Contradiction or a Necessity?* 2018.

nationale Icelandair³². Cependant, les relations entre l'État du Cap Vert et l'actionnaire majoritaire à la suite de la crise sanitaire et des difficultés rencontrées par la compagnie, ont conduit à une renationalisation de la compagnie aérienne en juillet 2021³³. Par ailleurs, on retrouve des exceptions très rares de compagnies aériennes multinationales. En effet, la compagnie aérienne Scandinavian Airlines System (SAS) est une compagnie aérienne établie par trois États scandinaves qui sont le Danemark, la Suède et la Norvège. La compagnie aérienne Gulf Air est fondée par quatre États différents du Moyen-Orient tels que le Bahreïn, Oman, le Qatar et les Émirats Arabes Unis. Quant à la compagnie aérienne Air Afrique, cette compagnie aérienne qui n'existe plus a été instaurée par 11 États africains³⁴.

Ainsi, les États ont mis en place des limitations relatives aux investissements étrangers dans la propriété et le contrôle des transporteurs aériens pour diverses raisons stratégiques. Ces limitations se manifestent notamment sous la forme de seuils à respecter afin que les transporteurs puissent se voir délivrer une autorisation d'exploitation. Ces réglementations étatiques sont hétérogènes et sont plus ou moins restrictives selon les États. Toutefois, les États membres de l'Union Européenne bénéficient d'une réglementation particulière. En effet, des règles communautaires ont progressivement été mises en place en matière de restrictions à la propriété et au contrôle.

CHAPITRE 2 - L'instauration d'une réglementation communautaire

Une réglementation commune en matière de propriété et de contrôle des transporteurs aériens communautaire a progressivement été mise en place afin d'harmoniser les différentes limitations dans divers objectifs (SECTION 1). En revanche, des limitations subsistent concernant les investissements provenant d'États tiers à l'Union Européenne. Ces limitations n'ont pas été modifiées depuis de

³²C. E. SCHLUMBERGER, HERMES Air Transport Organization, Presented by World Bank, Document R18-PP/09, *Foreign Ownership of Flag Carriers – A Contradiction or a Necessity?* 2018.

³³F. DUCLOS, « Cabo Verde Airlines finalement renationalisée », *Air Journal*, 09 juillet 2021.

³⁴Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2^{ème} édition, 2004, p. 4.4-2.

nombreuses années, créant ainsi une certaine inadaptation des normes aux réalités du marché européen actuel (SECTION 2).

SECTION 1 - Un système communautaire ancien de limitation à la propriété et au contrôle

Des réglementations communes aux États membres ont progressivement été mises en place par le biais des règlements européens depuis plusieurs années (I). Actuellement, les normes relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens et des seuils applicables afin d'obtenir la délivrance d'une licence d'exploitation sont prévues au sein du Règlement européen n°1008/2008³⁵ (II).

I - La mise en place progressive d'une limitation interne communautaire

Les États membres de l'Union Européenne disposent de règles élaborées au niveau régional. Ainsi, les limitations relatives aux investissements étrangers au sein des transporteurs communautaires sont communes et permettent l'instauration d'un marché européen totalement libéralisé entre les États membres. A l'égard des États tiers, les limitations sont donc assimilables à un véritable verrou interne.

Selon l'article 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne³⁶, celle-ci bénéficie de compétences partagées pour lesquelles les États membres et l'Union peuvent être habilités à légiférer. Elles se distinguent des compétences exclusives où l'Union Européenne est la seule à pouvoir légiférer et des compétences d'appui pour lesquelles seuls les États membres sont habilités. Par ailleurs, l'Union Européenne a l'obligation d'agir selon deux principes fondamentaux qui sont le principe de proportionnalité et le principe de subsidiarité. En vertu de ces deux principes, l'Union a l'obligation d'agir uniquement si un objectif peut être atteint plus efficacement par son intermédiaire et si les moyens employés sont proportionnés aux buts recherchés, c'est-à-dire sans excéder ce qui est prévu dans l'objectif des traités.

³⁵ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la communauté (refonte) du 24 septembre 2008.

³⁶ Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), C 326/49, 26 octobre 2012.

Dès 1987, l'Europe souhaite libéraliser le transport aérien sous l'influence des modifications intervenues aux États-Unis³⁷. Ainsi, des réglementations ont été mises en place par un premier paquet de mesures. Celui-ci se compose de deux accords internationaux élaborés par la Conférence européenne de l'aviation civile (CEAC) en 1987³⁸. Un deuxième paquet de mesures a été instauré en 1990³⁹ et a permis d'entamer une seconde phase dans la libéralisation européenne entre 1990 et 1993. Ce deuxième paquet a permis à l'entière des transporteurs de l'Union européenne d'effectuer un trafic illimité de troisième et quatrième libertés de l'air⁴⁰. Par ailleurs, l'ouverture des espaces aériens des États membres a été progressive grâce à une période de transition. Enfin, l'adoption d'un troisième paquet de mesures en 1992 a abouti à la création d'un véritable système européen. Ce troisième paquet marque le passage de réglementations nationales à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens à une limitation communautaire. Ces mesures ont pris effet le 1^{er} janvier 1993 et représente l'apogée de la suppression du système de conventions bilatérales entrepris par le premier paquet de 1987. Il se compose de différentes réglementations telles que les règles relatives aux licences d'exploitation délivrées aux transporteurs aériens⁴¹, des règles sur l'accès au marché des transporteurs aériens communautaires sur les routes intracommunautaires⁴² et enfin, des normes relatives aux prix et aux tarifs pour les services aériens intracommunautaires⁴³. Ce troisième paquet s'étend à l'accord

³⁷ C. FAYOLLE, « La dérégulation du transport aérien en Europe (1987-1997) », *PUF*, n°209, 2003.

³⁸ Décision du Conseil du 14 décembre 1987 n°87/602/CEE, OJCE L.374/19 sur le partage des capacités entre les transporteurs aériens sur les services réguliers entre États membres et sur l'accès des transporteurs aériens aux services réguliers sur les routes entre États membres de la Communauté, 31 décembre 1987.

³⁹ Règlement du Conseil n°2343/90, OJCE L.217/8, sur l'accès des transporteurs aériens aux routes sur les services réguliers intra-communautaires et sur le partage des capacités entre les transporteurs aériens sur les services aériens réguliers entre les États membres, 11 août 1990.

⁴⁰ G. BURGHOUWT, P. MENDES DE LEON, J. DE WIT, International Transport Forum (ITF), *EU Air Transport Liberalisation Process, Impacts and Future Considerations*, n°2015-04, 2015.

⁴¹ Règlement du Conseil (CEE) n°2407/92, concernant les licences des transporteurs aériens, 23 juillet 1992.

⁴² Règlement (CEE) n°2408/92 du Conseil, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, 23 juillet 1992.

⁴³ Règlement (CEE), n°2409/92 du Conseil, sur les tarifs des passagers et de fret des services aériens, 23 juillet 1992.

établissant l'Espace Économique Européen. C'est pourquoi l'ensemble de ces normes est rendu applicable à l'Islande et à la Norvège⁴⁴.

Pour la première fois, le principe fondamental du droit d'établissement issu du Traité de Rome⁴⁵ est applicable au transport aérien à travers l'établissement des règles communes de délivrance de licences d'exploitation dans toute l'Union européenne⁴⁶. Ce principe est aujourd'hui prévu aux articles 49 à 55 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁷. Des critères de non-discrimination sont également instaurés quant à la propriété des appareils. En effet, les transporteurs aériens ont la possibilité d'utiliser des appareils dont les propriétaires sont établis n'importe où au sein de l'Union européenne conformément à la jurisprudence « Factortame » de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) en 1991⁴⁸. Les restrictions étatiques ont été remplacées par des restrictions communautaires grâce à la notion de « transporteur aérien communautaire », définie par ce troisième paquet de mesures comme « un transporteur aérien titulaire d'une licence d'exploitation valable, délivrée par un État membre, conformément aux dispositions du règlement CEE) n°2407/92 »⁴⁹. A cet égard, les transporteurs aériens communautaires ont donc l'obligation d'être détenus majoritairement, soit à plus de 50% des parts, et contrôlés effectivement par des ressortissants de l'Union européenne. Ainsi, les transporteurs qui remplissent les conditions de cette qualification et incidemment, obtiennent une licence d'exploitation, apporte la possibilité pour ceux-ci d'exploiter, par l'intermédiaire des droits de trafic, presque toutes les routes de l'Union européenne⁵⁰. Il existe donc une mise en place progressive d'une réglementation communautaire, aboutissant à un marché unique européen. La limitation commune aux États membres

⁴⁴ Commission des Communautés européenne, Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen, *L'impact du troisième paquet de mesures de libéralisation du transport aérien*, COM(96) 514 final, 1996.

⁴⁵ Traité de Rome (CEE) instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957.

⁴⁶ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), *Expérience européenne en matière de libéralisation des transports aériens*, 2003.

⁴⁷ Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), C 326/49, 26 octobre 2012.

⁴⁸ Arrêt CJCE du 25 juillet 1991, Affaire C221/89, Factortame, Rec.p. I-3905, n°20-21

⁴⁹ Règlement du Conseil (CE) n°2027, relatif à la responsabilité du transporteur aérien en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages, 09 octobre 1997.

⁵⁰ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), *Expérience européenne en matière de libéralisation des transports aériens*, 2003.

a été substituée aux différentes réglementations étatiques. Les réglementations communautaires agissent alors comme un véritable verrou interne à propos des limitations relatives à la propriété et au contrôle au sein des transporteurs aériens. Actuellement, le troisième paquet a été remplacé par le règlement n°1008/2008 du 24 septembre 2008.

II – Les réglementations en vigueur au sein du règlement n°1008/2008

Depuis les réglementations de 1992, très peu de modifications sont intervenues quant aux normes relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires. A partir du 1^{er} avril 1997, le marché européen a été totalement libéralisé car cette étape marque la fin de la période de transition. A cette fin, les transporteurs communautaires ont été autorisés à exploiter toutes les destinations au sein de l'Union européenne, même si cela peut impliquer l'exploitation de lignes internes au sein d'un autre État membre, c'est-à-dire du cabotage⁵¹. Les décisions marquantes des huit arrêts « ciels ouverts » démontrent parfaitement l'instauration d'un tel marché unique européen et son incidence à l'égard des États membres. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a énoncé que les accords bilatéraux alléguant des droits uniquement au bénéfice d'un seul État membre était contraire au droit de l'Union européenne et que celle-ci possédait un certain nombre de compétences exclusives, parmi lesquelles elle serait la seule habilitée à engager des discussions multilatérales avec les États tiers, dès lors qu'elle dispose d'un mandat spécifique du Conseil Européen pour le faire⁵². De plus, depuis l'entrée en vigueur du Règlement européen n°1008/2008, seulement une seule décision a été adoptée au regard des mesures spécifiquement relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens, qui est la décision Sabena contre Swissair en 1995⁵³.

⁵¹ HERMES Air Transport Organization, Presented by European Civil Aviation Conference (ECAC), Document R18-PP/06, *Ownership and control in airlines*, 2018.

⁵² HERMES Air Transport Organization, Presented by African Airline Association (AFRAA), Document R18-PP/08, *Airline ownership and control and the Single African Air Transport Market Agenda*, 2018.

⁵³ Décision de la Commission (95/404/CE), relative à la procédure d'application du règlement (CEE) n°2407/92 du Conseil (Swissair/Sabena), n° L 239/19, 19 juillet 1995.

L'Union européenne a adopté une directive en 2006 relative aux services dans le marché intérieur⁵⁴. Cependant, au sein du chapitre relatif à la libre prestation de service, celle-ci exclut de son champ d'application les services aériens. Ainsi, l'Union européenne a dû adopter des normes relatives aux domaines exclus du champ d'application de cette directive. C'est pourquoi en 2008, les trois règlements composant le troisième paquet de mesures ont été refondus et consolidés en un seul et même règlement afin de venir combler et légiférer dans le domaine de l'aviation. Ce règlement régit donc actuellement le marché intérieur de l'aviation de l'Union européenne et vient énoncer les règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires⁵⁵. Ce règlement en vigueur aujourd'hui reprend le concept de marché intérieur européen de transport aérien et la notion de transporteur aérien communautaire. Ainsi, grâce au Règlement européen n° 1008/2008, l'ensemble des libertés de l'air sont exploitables au sein de l'Union européenne.

Les règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires sont prévues à l'article 4 du Règlement européen⁵⁶. Elles prévoient deux conditions selon lesquelles les transporteurs aériens peuvent se voir attribuer une autorisation d'exploitation et convenir à la notion de transporteur aérien communautaire. Ce règlement prévoit que la délivrance de la licence d'exploitation est conditionnée à une propriété substantielle des États membres dans le transporteur aérien, soit une appartenance de plus de 50% des parts du capital social aux États membres. De plus, il est nécessaire que le contrôle effectif appartienne à des États membres. L'unique exception à cette règle est réservée à un accord avec les États tiers dont la Communauté est partie⁵⁷. Cette exigence de propriété et de contrôle peut être réalisée dans le cas d'une détention directe par un État membre ou de ses ressortissants

⁵⁴ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, relative aux services dans le marché intérieur, 12 décembre 2006.

⁵⁵ HERMES Air Transport Organization, Presented by European Civil Aviation Conference (ECAC), Document R18-PP/06, *Ownership and control in airlines*, 2018.

⁵⁶ Article 4, Règlement européen n° 1008/2008, du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la communauté (refonte), JOUE n° L 293, 31 octobre 2008.

⁵⁷ ACI EUROPE, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761198, *ACI EUROPE response to the European Commission call for evidence for an impact assessment of Regulation 1008/2008*, 2021.

membres de l'Union européenne mais également dans le cas d'une détention indirecte, par le biais de plusieurs entreprises.

Enfin, ce règlement s'applique à l'égard de tous les États membres de l'Union européenne, soit 27 États membres. Toutefois, une libéralisation des règles de propriété et de contrôle a été étendue à l'égard de certains États. C'est le cas notamment des États membres de l'Espace Économique Européen (EEE). En effet, les États tels que l'Islande, la Norvège ou bien le Liechtenstein ont bénéficié de l'élargissement des réglementations à leur égard. Par ailleurs, la Suisse a eu l'opportunité de ce même élargissement en raison de l'accord sur le transport aérien⁵⁸. Ainsi, les réglementations relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires sont anciennes et sont restées inchangées pendant plusieurs décennies. En revanche, le marché aérien européen a, quant à lui, évolué à l'égard de nombreux points. Cette évolution du marché et l'absence de modifications des règles relatives à la propriété et au contrôle peuvent avoir entraîné un décalage et une inadaptation des règles au regard de la réalité du marché.

SECTION 2 - Une réglementation inadaptée au regard de l'évolution du marché

Les limitations à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires ont été instaurées depuis le troisième paquet de mesures en 1992. Ces règles ont simplement été reprises par le Règlement européen n°1008/2008 et n'ont pas fait l'objet de modifications depuis. Si l'instauration de ces réglementations communes ont répondu à de nombreux objectifs lors de leur création (I), il existe aujourd'hui un décalage face à l'évolution du marché du transport aérien européen (II).

I - Les objectifs de la mise en place d'une réglementation communautaire

Les objectifs de la mise en place de telles normes communes de réglementation de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens sont nombreux. Dans un premier temps, l'instauration de telles normes a permis d'assurer les objectifs de l'Union

⁵⁸ Accord entre la confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, RO 2002 1705 ; FF 1999 5440, RS 0.748.127.192.68, 21 juin 1999.

européenne en matière de liberté d'établissement. En effet, instaurer une réglementation commune a permis d'éviter de potentielles discriminations entre les États membres. Il existe ainsi un lien étroit entre ces limitations et l'article 49 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁵⁹, remplaçant l'article 43 du Traité instituant la Communauté européenne et qui interdit les restrictions à la liberté d'établissement entre les États membres⁶⁰. Celui-ci prévoit que « dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites ». Ainsi, ces restrictions apparaissent comme nécessaires afin d'éviter les discriminations et instaurer un véritable marché intérieur commun aux États membres.

Par ailleurs, ces restrictions ont pour but d'assurer un niveau de sécurité suffisant au sein de l'Union européenne. En effet, l'instauration de celles-ci permettent d'élever le niveau de sécurité du transport aérien en Europe, par une instauration et une harmonisation des normes entre les États membres. De plus, ces réglementations permettent d'assurer des normes minimales sociales en Europe et de protéger les travailleurs dans le secteur du transport aérien. Ces réglementations permettent également de mettre en place un haut niveau de connectivité en Europe. Enfin, ces limitations dans la propriété et le contrôle des transporteurs aériens ont pour objectif d'assurer la meilleure concurrence et compétitivité possible au sein du marché intérieur. En outre, ces restrictions ont été notamment motivées par la conservation des droits de trafic. En effet, sans une telle conservation de ces droits, l'Union européenne pourrait empêcher les transporteurs aériens communautaires d'être compétitifs par rapport aux transporteurs des États tiers. Enfin, en assurant une meilleure concurrence des transporteurs aériens sur le marché intérieur de l'Union, les mesures profitent aux compagnies aériennes mais également aux passagers par l'intermédiaire d'une baisse des prix et des tarifs. Les réglementations ont ainsi été instaurées afin d'assurer des objectifs stratégiques au sein de l'Union européenne. Toutefois, il ne faut pas négliger l'évolution du marché intervenue depuis la mise en place des normes.

⁵⁹ Article 49 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), C 326/49, 26 octobre 2012.

⁶⁰ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 87.

II - Une évolution du marché face à l'instauration de la réglementation communautaire

Les réglementations communes aux États membres ont été mises en place dans le cadre du troisième paquet de mesures de 1992. Toutefois, depuis lors, celles-ci n'ont fait l'objet d'aucune modification. En effet, le Règlement européen n°1008/2008 a seulement repris ces règles déjà existantes relatives à la propriété et au contrôle. On remarque alors qu'une évolution du marché est intervenue entre temps. On peut observer que le secteur du transport aérien présente une spécificité à l'égard de ces règles, qui ont pu être totalement libéralisées dans d'autres secteurs (A). Par ailleurs, les transporteurs aériens ont fait face à de très nombreuses privatisations (B) et à un changement du cadre concurrentiel (C). Enfin, le secteur aérien est fortement impacté par les crises. A cet effet, la crise sanitaire intervenue à l'occasion de l'épidémie du COVID-19 a fortement influé sur les acteurs (D).

A - Une inertie des réglementations face aux autres secteurs

Dans un contexte de course à la libéralisation, de nombreux secteurs ont été libéralisés et ont vu une suppression des limitations relatives aux investissements étrangers. C'est notamment le cas des secteurs tels que l'industrie hôtelière, l'industrie financière ou bancaire ou encore l'industrie pharmaceutique⁶¹. Or, le secteur de l'aérien est un secteur qui a été séparé des négociations commerciales plus larges, tout en laissant en place des restrictions protectionnistes, sans que cela ne soit davantage contesté⁶². Pourtant, les transporteurs aériens jouent un rôle fondamental dans la chaîne de valeur de l'aérien et *a fortiori*, au sein de l'économie. C'est pourquoi l'Association du transport aérien international (IATA) a poursuivi une initiative en 2008 appelée « *The Agenda for Freedom* »⁶³. L'objectif de cette initiative était notamment « d'encourager les gouvernements du monde entier à accorder aux compagnies

⁶¹ HERMES Air Transport Organization, Presented by European Airline Association (ERA), Document R18-PP/03, *Ownership and control in airlines*, 2018.

⁶² World Economic Forum, *Industry Agenda, A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 4.

⁶³ Initiative de « l'Agenda pour la Liberté » lancée en 2008 par l'Association du transport aérien international (IATA), <https://www.iata.org/en/policy/smarter-regulation/agenda-freedom/>.

aériennes la liberté commerciale d’opérer comme toute autre entreprise mondiale »⁶⁴. Cette initiative n’est actuellement plus poursuivie mais a été approuvée par l’Union européenne. Ces mesures isolent ainsi les transporteurs aériens des autres opportunités commerciales mondiales actuelles et futures dont jouissent les autres secteurs⁶⁵. Toutefois, les restrictions en matière de propriété et de contrôle n’existent pas uniquement dans le secteur de l’aviation. En effet, d’autres secteurs se sont vus restreints par de telles limitations tels que la propriété des navires au sein des États tiers, le secteur des communications ou bien encore le secteur de l’énergie⁶⁶. Par ailleurs, on retrouve une modification du secteur de l’aérien par une vague de privatisation des acteurs.

B - Une privatisation des transporteurs aériens

Dans le secteur aérien, on observe une modification du marché par une vague de privatisation des transporteurs. Un transporteur privé est un transporteur dont le capital est détenu intégralement ou majoritairement par des intérêts privés⁶⁷. Tout d’abord, la question relative aux règles de propriété et de contrôle au sein des transporteurs aériens est inhérente à celle de la privatisation des transporteurs. En effet, les transporteurs nationalisés ne sont pas concernés par la limitation à la participation étrangère dans les transporteurs aériens. C’est à la suite de cette vague de privatisation que les débats relatifs aux restrictions de tels investissements étrangers ont pris de l’ampleur. À l’époque où de nombreux transporteurs aériens étaient nationalisés par l’État désignateur, ces critères relatifs à la propriété et au contrôle étaient largement acceptés⁶⁸. C’est pourquoi un décalage se fait aujourd’hui ressentir dans l’application de ces règles et dans ce contexte d’évolution du secteur. En effet, aujourd’hui beaucoup de transporteurs ne sont détenus que par la seule majorité des actions aux

⁶⁴Initiative de « l’Agenda pour la Liberté » lancée en 2008 par l’Association du transport aérien international (IATA), <https://www.iata.org/en/policy/smarter-regulation/agenda-freedom/>.

⁶⁵ HERMES Air Transport Organization, Presented by European Airline Association (ERA), Document R18-PP/03, *Ownership and control in airlines*, 2018.

⁶⁶ HERMES Air Transport Organization, Presented by International Air Transport Association (IATA), Document R18-PP/04, *Ownership and control in airlines*, 2018.

⁶⁷ Organisation de l’aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2ème édition, 2004, p. 5.1-3.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 4.4-4.

États ou aux ressortissants des États. Toutefois, au-delà de ces vagues de privatisation, les compagnies qui étaient anciennement nationalisées jouissent toujours d'une identité forte à l'égard des consommateurs. Certains transporteurs aériens sont toujours des marques à forte identité nationale avec le sentiment important que la compagnie est toujours nationalisée⁶⁹, notamment pour les compagnies historiques. Ainsi, même dans ce contexte de privatisation des compagnies, il est intéressant de relever que cet aspect commercial subsiste. L'exemple le plus intéressant est celui de la compagnie aérienne British Airways qui souhaitait changer la livrée de ses appareils et remplacer le drapeau emblématique porté par la compagnie, même après sa privatisation dans les années 1980, par un design différent et plus contemporain. Cette décision n'avait pas eu le succès escompté et la compagnie aérienne a pris la décision de garder le drapeau sur ses appareils⁷⁰. Cette conception relative à des transporteurs représentant toujours les États par lesquels ils étaient anciennement nationalisés gagnerait à être évincé. En effet, la suppression de l'image désuète des compagnies à forte identité nationale contribuerait en partie au maintien des réglementations relatives à la propriété et au contrôle. Or, dans de nombreux cas, la libéralisation des règles de propriété et de contrôle permettrait de nombreux avantages. Par ailleurs, on peut remarquer qu'il existe un changement en terme de concurrence au secteur de l'aérien.

C - Un changement du cadre concurrentiel

On observe que depuis l'instauration des règles relatives à la propriété et au contrôle, il existe un changement du cadre concurrentiel. Dans un premier temps, on peut remarquer un fort développement du système de hub jusque dans les années 2000 qui a fortement contribué à l'augmentation du nombre de vols. Ensuite, on observe qu'actuellement, parmi les différents modèles commerciaux de compagnies aériennes existants, deux sont prédominants. Il s'agit des compagnies aériennes qui fonctionnent en réseau et les compagnies aériennes à tarif réduit, avec une forte tendance à

⁶⁹ R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 167.

⁷⁰ P. BIPLAN, « Les compagnies Aériennes entre la Nation et la Mondialisation », *Hérodote*, n° 114, La Découverte, 2004.

l'hybridation⁷¹. Cette évolution a donc eu une incidence sur les prix. Le transport aérien est devenu plus accessible en terme de prix pour les consommateurs car le système des compagnies aériennes *low cost* a causé une pression sur les tarifs des compagnies aériennes de réseau⁷². Il existe désormais une plus grande concurrence entre ces deux modèles commerciaux. Enfin, on remarque que les compagnies aériennes se sont stratégiquement regroupées en alliances. Cela a pu modifier le cadre concurrentiel des transporteurs aériens. Les alliances ont permis aux transporteurs d'effectuer une baisse des tarifs, mais aussi proposer un plus grand nombre de dessertes, au bénéfice des consommateurs. Ainsi, on peut observer une modification dans le paysage concurrentiel des transporteurs aériens depuis l'instauration des limitations relatives à la propriété et au contrôle. Cette évolution n'est pas à négliger dans l'étude de la modification de ces règles car elles démontrent le changement du contexte dans lequel se situe le secteur actuellement et le décalage du contexte dans lequel les règles communautaires de propriété et de contrôle ont été instaurées en 1992. Enfin, il existe un changement de contexte à la suite de la crise sanitaire.

D - L'impact de la crise sanitaire

Le secteur de l'aérien est un secteur fortement influencé par les facteurs exogènes. Les crises impactent donc fortement ce secteur et les transporteurs. Le secteur aérien est un secteur assez difficile en dehors des temps de crise. Dès lors, lorsqu'une crise survient, celle-ci est très difficilement vécue pour l'ensemble des acteurs du secteur avec un très fort impact vécu. C'est pourquoi les discussions autour de ces mesures refont surface en temps de crise, notamment lorsqu'il s'agit d'évoquer les questions autour de la viabilité financière et de la résilience du secteur. Avant la crise sanitaire qui a frappé de plein fouet le secteur au début de l'année 2020, le monde de l'aérien a connu d'autres crises, notamment financières. Il a été relevé que le secteur devait donc être préparé et disposer d'une préparation réglementaire satisfaisante afin d'amoindrir les potentiels effets néfastes et durables sur le secteur⁷³. Or, les règles de

⁷¹ HERMES Air Transport Organization, SUMMARY, Ownership and control in airlines, *The Regulatory Environment for a Successful Airline Industry*, Document R18-S, 2018.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Transportforetagen, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761203, *Commentaires sur « l'invitation à soumettre des commentaires*

propriété et de contrôle empêchent les transporteurs aériens d'accéder à une source de financement lorsque celle-ci provient d'investissement étrangers. C'est pourquoi en temps de crise, les discussions autour de ces limitations refont débat. Cet aspect du secteur doit être pris en considération dans l'élaboration de règles relatives à la propriété et au contrôle. A cet égard, une étude de la CAPA en 2017 a évoqué qu'un ralentissement de l'activité, telle qu'une crise, pourrait être l'élément déclencheur qui ferait changer les esprits sur l'opportunité de supprimer ces règles⁷⁴.

À la suite de la crise sanitaire liée à l'épidémie du COVID-19, le secteur de l'aérien a vécu une crise sans précédents. Cette crise a eu des effets néfastes importants et durables sur l'ensemble du secteur. Les effets les plus notables ont été ceux qui ont impacté la viabilité financière des transporteurs. Cette crise a entraîné des besoins immédiats de liquidités pour l'ensemble des acteurs⁷⁵. A cet égard, les gouvernements ont été sollicités afin de subvenir aux besoins de financement de certains transporteurs durant la crise. Cependant, si des compagnies historiques ont pu bénéficier d'une aide de plus de 30 milliards d'euros provenant des gouvernements⁷⁶, les autres compagnies aériennes opérant sur le marché ne se sont pas vu offrir un tel support financier. Cela démontre une rupture d'égalité entre les transporteurs. Par ailleurs, cette aide financière produite par les gouvernements des États membres va venir peser sur les contribuables européens⁷⁷. C'est pourquoi les débats autour des limitations relatives à la propriété et au contrôle ont lieu en situation de crise car les sources de financement tels que les investissements étrangers permettraient une alternative à la dépendance des aides fournies par les États et d'assurer une plus grande égalité entre les transporteurs ayants bénéficié ou non des aides. La situation de crise sanitaire a également créé des inégalités au regard du traitement du personnel des compagnies

dans le cadre d'une analyse d'impact » concernant la révision du règlement (UE) 1008/2008, le règlement sur le trafic aérien, 2021.

⁷⁴ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 47.

⁷⁵ ACI EUROPE, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761198, *ACI EUROPE response to the European Commission call for evidence for an impact assessment of Regulation 1008/2008*, 2021.

⁷⁶ Ryanair, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761187, *Regulation 1008/2008 - call for evidence*, 2021.

⁷⁷ *Ibid.*

aériennes. En effet, certaines compagnies aériennes ont pris soin de leur personnel en assurant le maintien de leurs compétences par des formations durant la crise sanitaire et elles ont supporté les coûts afférents. En revanche, d'autres compagnies aériennes, tout autant en difficulté financière, ont délaissé leur personnel afin de protéger leurs liquidités. Ainsi, cette situation de crise est un élément générateur d'inégalités au regard de la viabilité économique des transporteurs aériens⁷⁸. Il est essentiel pour les transporteurs d'acquiescer les liquidités nécessaires à leur bon fonctionnement et au maintien des conditions de délivrance de licences d'exploitation.

Les crises telles que celle qu'on a pu les rencontrer dernièrement ont démontré le potentiel besoin de consolidation et de coopération dans le secteur. Dès lors, il ressort de cette crise sanitaire un objectif de résilience du transport aérien par l'intermédiaire d'un cadre réglementaire efficient et adapté au contexte actuel. Or, cette crise a mis en évidence les lacunes relatives aux difficultés financières déjà préexistantes de certains transporteurs et a permis de relever l'inadaptation de certaines règles à la réalité du secteur. C'est pourquoi il est important de débattre de la nécessité d'une modification de ces règles afin d'assurer les ajustements requis et de permettre une flexibilité pour ne pas ralentir la reprise du trafic aérien.

Les réglementations applicables ont été mises en place depuis de nombreuses années et dans divers objectifs afin d'assurer un marché unique européen. Face à une évolution du secteur depuis l'instauration de ces normes, celles-ci sont parfois désuètes et remises en question par certains acteurs. Dès lors, une modification de ces règles a été envisagée par la Commission européenne. Toutefois, afin d'assurer les objectifs de l'Union européenne, il est important de procéder à une analyse des bénéfices et des effets néfastes rencontrés, ainsi que de questionner les enjeux et les risques d'une telle modification.

⁷⁸ European Cockpit Association AISBL (ECA), Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761183, *ECA Contribution to the call for evidence for an impact assessment on air services regulation (revision) VI*, 2021.

TITRE 2 – UNE VOLONTÉ DE RÉVISER LES RÈGLES DE PROPRIÉTÉ ET DE CONTRÔLE COMMUNAUTAIRES

Afin de déterminer la pertinence d'une modification des règles communautaires relatives à la propriété et au contrôle, il est nécessaire d'effectuer un bilan des apports et des lacunes de la réglementation européenne actuelle (CHAPITRE 1). Par ailleurs, il est intéressant de relever que plusieurs solutions sont envisageables afin de modifier la réglementation en vigueur (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 - Un bilan mitigé des apports de la réglementation communautaire

Les règles relatives à la propriété et au contrôle contenues dans le règlement européen n°1008/2008 ont apporté des bénéfices mais aussi des inconvénients (SECTION 1). Toutefois, avant de procéder à une modification de ces normes, il est essentiel d'évoquer les enjeux et les risques d'une telle modification (SECTION 2).

SECTION 1 - Des bénéfices et des inconvénients justifiant une discussion autour de la révision du règlement

Les réglementations communautaires relatives à la propriété et au contrôle ont apporté de nombreux bénéfices à l'ensemble des acteurs (I). Toutefois, des lacunes et des inconvénients ont été remarqués en pratique (II).

I - Les apports de la réglementation en vigueur

Tout d'abord, on observe que la réglementation a permis de lever les restrictions entre les États membres de l'Union européenne afin de réaliser un véritable marché intérieur commun aux États membres. Ce nouveau cadre a permis l'instauration d'une plus grande liberté commerciale pour les transporteurs aériens communautaires. On a ainsi observé une plus grande compétitivité de ces acteurs. A cet effet, il a été relevé que ces règles ont entraîné une augmentation de 80% des vols

intracommunautaires mais aussi une augmentation d'environ 140% du nombre de liaisons entre 1990 et 2013⁷⁹.

Par ailleurs, cette plus grande efficacité du marché a permis une meilleure connectivité et une meilleure concurrence des transporteurs aériens au sein de l'Union européenne. En outre, les transporteurs respectant la qualification de transporteurs communautaires se sont vu attribuer l'entièreté des droits de trafic de l'ensemble des États membres. C'est pourquoi les bénéfices ont pu être constatés pour les consommateurs qui disposent dorénavant de plus d'offres de la part des compagnies aériennes, de nouveaux produits mais aussi une baisse des prix. De surcroît, les représentants syndicaux ont indiqué que ces réglementations ont eu un impact positif sur les conditions de travail au sein du marché européen, en maintenant des liaisons sur les grandes plate-formes européennes mais aussi pour la protection des emplois du personnel au sol⁸⁰. De plus, ces règles assurent que l'équipage soit européen, ce qui protège le personnel du risque de délocalisation des emplois et assure une base minimale de conditions de travail européennes⁸¹. Enfin, il a été relevé que les réglementations visant à établir un marché unique européen auraient permis la création d'environ 1,4 million d'emplois supplémentaires⁸².

D'autre part, les réglementations par la création du marché unique ont permis de nombreux investissements transfrontaliers intracommunautaires. Par conséquent, le nombre d'investisseurs potentiels a fortement augmenté⁸³. Il est intéressant de relever qu'en conséquence, cette situation a permis la création de groupes européens capables de concurrencer certains grands transporteurs d'États tiers. De plus, l'instauration de

⁷⁹ G. BURGHOUWT, P. MENDES DE LEON, J. DE WIT, International Transport Forum (ITF), *EU Air Transport Liberalisation Process, Impacts and Future Considerations*, n°2015-04, 2015.

⁸⁰ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 47.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Working Paper, Presented by Ireland on behalf of the European Union (EU) and its Member States and other Member States of the European Civil Aviation Conference (ECAC), *Air carrier ownership and control clauses in bilateral air services agreements*, ATConf/6-WP/49, 2013.

⁸³ Ministère fédéral des transports et de l'infrastructure numérique, Allemagne, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761186, 2021.

ces réglementations a permis une meilleure liberté d'établissement et de circulation des capitaux par l'intermédiaire des objectifs du marché unique européen. Cette plus grande liberté d'établissement s'est notamment traduite par la création de nombreux établissements secondaires dans les États membres⁸⁴. En somme, de nombreux bénéfices ont été acquis par l'instauration des règles internes relatives à la propriété et au contrôle au sein des transporteurs aériens communautaires dans le cadre du marché européen, pour les acteurs mais également pour les consommateurs. Pourtant, il est intéressant de relever qu'il existe une stagnation de la libéralisation des règles de propriété et de contrôle auprès des États tiers et que si celle-ci avait été laissée à la discrétion des États membres, sans une intervention de l'Union européenne pour l'établissement de ces règles, une telle libéralisation n'aurait peut-être jamais eu lieu⁸⁵. Ainsi, l'Union européenne a déjà apporté une réelle plus-value dans le cadre de la libéralisation des règles de propriété et de contrôle des transporteurs aériens intracommunautaires. Toutefois, en dépit des bénéfices qu'apporte la réglementation actuelle, il existe de nombreuses lacunes sources de difficultés dans son application pratique.

II - Les problèmes rencontrés dans l'application du règlement

L'application du règlement a permis de relever plusieurs difficultés. Tout d'abord, on a pu constater un manque de clarté du Règlement européen n°1008/2008 concernant les règles relatives à la propriété et au contrôle (A), mais aussi des désagréments au regard de la concurrence à laquelle se livrent les transporteurs (B).

A - Un manque de clarté de la réglementation

La réglementation communautaire actuelle relative à la propriété et au contrôle souffre d'un certain manque de clarté. Tout d'abord, on relève un manque de clarté à l'égard de la définition des notions de propriété substantielle et de contrôle effectif et de leur distinction (1). Ce manque de clarté a pour incidence de créer une application

⁸⁴ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 87.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 94.

hétérogène de la réglementation selon les États membres (2). Enfin, pour pallier ce manque de clarté, la Commission européenne a produit des lignes directrices qui se sont révélées inefficaces en la matière (3).

1 - Un manque de clarté dans les notions de propriété substantielle et de contrôle effectif

La réglementation européenne prévoit qu'un transporteur aérien communautaire doit faire l'objet d'une propriété substantielle et d'un contrôle effectif de la part des États membres ou de leurs ressortissants. A cet effet, il est important de distinguer la notion de propriété substantielle (a) de la notion de contrôle effectif (b).

a) La notion de propriété substantielle

Afin d'apprécier si un transporteur correspond à la notion de transporteur aérien communautaire, il existe des éléments tels que la propriété substantielle et le contrôle effectif. Les deux notions doivent nécessairement être distinguées. En effet, la propriété substantielle est un critère quantitatif tandis que le contrôle effectif est un critère qualitatif⁸⁶. Afin de déterminer la propriété substantielle d'un transporteur, il est nécessaire de se fonder sur les parts sociales du capital social. Il est généralement admis que la propriété substantielle correspond à la détention de plus de 50% des capitaux propres⁸⁷. Dans le cadre des normes relatives à la propriété et au contrôle fixées par les États, la propriété substantielle correspond à la limite fixée dans les réglementations. A titre d'exemple, dans le cas de l'Union européenne, la propriété substantielle correspond à la détention de plus de 50% des parts. Celle-ci est donc relativement facile à déterminer car elle correspond à un critère numéraire et elle est établie grâce à des données généralement transparentes. Toutefois, la détermination de la propriété substantielle peut se révéler compliquée dans le cas où il existe des structures complexes de transporteur. En effet, des transporteurs peuvent être détenus par d'autres transporteurs eux-mêmes détenus par des actionnaires différents. Or, le

⁸⁶World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 8.

⁸⁷ X. LEBRAY, « Transport aérien : restaurer une concurrence libre et loyale », Fondation Robert Schuman, Question d'Europe n°371, 16 novembre 2015.

règlement européen ne donne pas d'indication relatives à ce cas de figure. C'est pourquoi il existe un manque de clarté de la réglementation.

b) La notion de contrôle effectif

La détermination du contrôle effectif est plus difficile que celle de la propriété substantielle. En effet, le contrôle effectif est un critère qualitatif dans lequel on va déterminer le degré d'influence qu'exercera les actionnaires. Ce critère requis au sein de la réglementation communautaire est considéré comme respecté dès lors que l'actionnaire ayant le plus d'influence ou le pouvoir de décision ultime est un État membre ou un ressortissant de l'un d'eux. Ce critère est donc beaucoup plus difficile à établir que la propriété substantielle car il existe de très nombreuses variables. Ce critère est subjectif mais il existe tout de même des mécanismes pris en compte dans la détermination du contrôle effectif. Tout d'abord, on peut prendre en compte la participation dans le capital, le contrôle des droits de vote, les relations d'affaires et personnelles, les droits de veto, le statut concurrentiel ou encore les accords de participation et les autres transactions d'entreprise⁸⁸. Les éléments à prendre en compte sont donc variables et complexes. C'est pourquoi il est tout à fait possible qu'un actionnaire possède la propriété substantielle tandis qu'un autre actionnaire minoritaire détienne le contrôle effectif. En outre, des transporteurs se sont également retrouvés dans une situation où il existe une conformité à l'exigence de contrôle effectif mais où le critère relatif à la propriété substantielle n'est pas acquis à l'issue du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. Les structures de compagnies aériennes telles que par exemple Easyjet ou Ryanair ont été modifiées en ajustant la structure du conseil d'administration et les droits des actionnaires extra-communautaires⁸⁹. Cependant, il n'est pas certain que ces structures respectent les règles relatives à la propriété et au contrôle en vigueur. De plus, ces notions ont été précisées dans la décision *Swissair contre Sabena* du 19 juillet 1995⁹⁰. Dans cette décision, la compagnie

⁸⁸ M. ITUMELENG, *The effect of airline alliances in civil aviation on fair competition: a legal analysis*, University of Pretoria, 2019, p. 19.

⁸⁹ FARNBOROUGH INTERNATIONAL, « Post-Brexit airline ownership uncertainty is a “Real Issue” – HSBC », 14 février 2022, <https://www.wearefinn.com/topics/posts/post-brexit-airline-ownership-uncertainty-is-a-real-issue-hsbc/>

⁹⁰ Décision de la Commission (95/404/CE), relative à la procédure d'application du règlement (CEE) n°2407/92 du Conseil (*Swissair/Sabena*), n° L 239/19, 19 juillet 1995.

aérienne Swissair va prendre une participation à hauteur de 49,5% dans le capital de la compagnie aérienne Sabena et la prise de participation a été approuvée. Cependant, la prise de participation de Swissair était assortie de nombreuses prérogatives. Dans cette décision, le contrôle effectif peut être assimilé à l'influence décisive sur le transport aérien. Afin d'être conforme au droit communautaire, l'influence des États membres doit donc être supérieure à celle des États tiers.

Il existe également une lacune au regard du Règlement européen n°1008/2008, dans lequel ce critère de contrôle effectif n'est pas défini. Par ailleurs, dans les réglementations des États tiers, ce critère est très peu défini, ce qui pose parfois des problèmes relatifs à des conflits d'interprétations. D'autre part, le manque de clarté de la réglementation communautaire et de ces deux notions ont entraîné une application hétérogène à l'intérieur même du marché européen, en fonction des États membres.

2 - Une application hétérogène de la réglementation en Europe

Le manque de clarté des réglementations européennes a eu pour conséquence une application hétérogène de ces normes. La marge d'interprétation ayant été laissée a pu donner lieu à des incohérences. A cet égard, les États membres ont même proposé des lignes d'orientation différentes. Ces incohérences peuvent être source d'inégalités entre les transporteurs aériens car certains États vont être indulgents, tandis que d'autres vont obliger la modification des structures des transporteurs. Cela risque de créer des obstacles tels qu'une affectation de la concurrence entre les transporteurs intracommunautaires rentrant directement en conflit avec les objectifs poursuivis par l'Union européenne. Cette difficulté peut amener à une croissance du nombre de structures complexes de transporteurs aériens, alors même que ces structures ne sont pas efficaces d'un point de vue économique car elles engagent des coûts supplémentaires pour les transporteurs en augmentant le coût du capital. De plus, l'instauration de telles structures complexes sont elles-mêmes une source d'application hétérogène de la réglementation entre les États. Il existe donc un piège sans issue dont la faille découle précisément du manque de clarté des réglementations relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs communautaires. Afin de contrevenir à ces effets négatifs relatifs à un manque de clarté de la réglementation, la Commission

européenne a mis en place des lignes directrices. Toutefois, celles-ci se sont avérées inefficaces.

3 - L'échec de la mise en place de lignes directrices

Le manque de clarté de la réglementation relative à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires et le nombre d'enquêtes effectuées sur plusieurs transporteurs afin de contrôler la conformité aux réglementations européennes ont incité la Commission européenne à publier des lignes directrices interprétatives en 2017⁹¹. Ces lignes directrices ont été publiées afin de faciliter les investissements intra-européens et d'éviter les distorsions de concurrence⁹². Par ailleurs, celles-ci étaient destinées à renforcer la sécurité juridique à l'égard des limitations relatives à la propriété et au contrôle. Ainsi, à propos de ces dispositions, la Commission européenne a précisé différentes notions telles que celles de capitaux propres, la propriété et notamment les conditions relatives à la nationalité des propriétaires. Elle précise également les notions d'entreprises cotées en bourses ou d'entreprises détenues par des sociétés d'investissement⁹³. Elle a en outre produit une méthodologie afin de déterminer l'existence potentielle d'un contrôle effectif par des actionnaires étrangers⁹⁴. Or, de nombreux acteurs persistent à dire que les règles de propriété et de contrôle des transporteurs aériens communautaire sont toujours très complexes à comprendre⁹⁵. Cela est notamment dû au fait que malgré la production de ces lignes directrices, la diversité de situations et de structures empêche une compréhension efficace et homogène de l'ensemble des États membres. Enfin, ces lignes directrices ont souffert d'un manque d'interprétations car la Commission

⁹¹ Commission européenne, Lignes directrices interprétatives relatives au règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil – Obligation de service public (OSP), 2017/C 194/01, 17 juin 2017.

⁹² European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 98.

⁹³ J. COUTON, *L'évolution de la politique européenne de concurrence dans le secteur aérien*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019, p. 30.

⁹⁴ J. COUTON, *L'évolution de la politique européenne de concurrence dans le secteur aérien*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019, p. 30.

⁹⁵ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 80.

européenne est limitée par ses missions et l'interprétation relève du champ d'application de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Ainsi, ces lignes directrices interprétatives proposées par la Commission européenne en 2017 semblent ineffectives. Les raisons d'une telle inefficacité sont que ces lignes directrices restent très complexes et ne permettent pas une meilleure compréhension de la part des acteurs. De plus, la Commission européenne est limitée dans l'interprétation qu'elle peut fournir. Enfin, il existe un très grand nombre de situations qui ne peuvent pas toutes être envisagées par les lignes directrices. Ainsi, le manque de clarté de la réglementation communautaire persiste. Par ailleurs, si ces normes ont apporté de nombreux avantages par la création d'un marché unique européen, on remarque de nombreux inconvénients de ces réglementations à l'égard des transporteurs qu'il convient d'étudier.

B - Une incidence au regard de la réalité économique et concurrentielle des transporteurs

Les incidences d'une limitation des investissements étrangers dans la propriété et le contrôle des transporteurs aériens communautaires sont multiples. Il existe une incidence quant à la viabilité économique de ces transporteurs (1) et une incidence au regard de la concurrence (2). Enfin, il ne faut pas négliger l'influence de telles mesures à l'égard du contexte environnemental (3).

1 - Une incidence sur la viabilité économique des transporteurs

On peut observer une incidence quant à la viabilité économique des transporteurs. En effet, de telles limitations rendent l'accès aux capitaux plus difficile alors que le secteur aérien est un secteur risqué où les liquidités sont rares. Cette source de financements étrangers peut s'avérer indispensable à l'exercice normal des opérations d'un transporteur aérien car l'exploitation est très coûteuse. De plus, les réglementations privent les transporteurs aériens en difficulté financière d'une source de financement. A ce titre, lorsque les compagnies aériennes ont besoin de liquidités, ces réglementations empêchent les transporteurs d'obtenir l'accès à des fonds lui permettant de subsister. A cet égard, les autorités britanniques et espagnoles ont

indiqué que par le passé, elles ont été contraintes de retirer des licences d'exploitation à des transporteurs rencontrant des difficultés financières et pour lesquelles l'accès à des investissements étrangers aurait potentiellement pu les aider à conserver leurs autorisations⁹⁶. Par ailleurs, cela a des répercussions sur la sécurité des emplois au sein de l'Union européenne et menace le maintien de ceux-ci dans le cas où un transporteur rencontrerait des difficultés financières. Toutefois, il existe peu de preuves démontrant qu'un accès aux investissements étrangers aurait permis de sauver des compagnies aériennes telles qu'Air Berlin ou Alitalia de la liquidation judiciaire⁹⁷. Enfin, les règles relatives à la propriété et au contrôle ont eu de nombreux désavantages lors de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. En effet, le Royaume-Uni était une source non négligeable de capitaux au sein de transporteurs communautaires. Cela a eu pour conséquence de priver les transporteurs d'un grand nombre de potentielles liquidités. Les transporteurs communautaires ont donc un accès limité aux investissements étrangers alors que ceux-ci peuvent s'avérer essentiels à la survie d'un transporteur aérien. Cette restriction a pour conséquence d'augmenter le coût du capital et le risque de faillite tandis que la compétitivité est affectée⁹⁸.

2 - Une incidence sur la position concurrentielle des transporteurs

Tout d'abord, on observe que l'instauration de règles communautaires relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens ont une incidence au regard de la position concurrentielle de ceux-ci. En effet, les réglementations représentent une barrière à l'entrée qui empêchent des transporteurs d'accéder au marché européen et au partage du savoir-faire. De plus, les transporteurs qui manquent de capitaux perdent de la compétitivité à l'égard des fusions rendues impossibles, afin de réaliser des gains d'efficacité en intégrant pleinement leurs réseaux, un plus grand choix pour les passagers, et bénéficier d'un transfert de connaissances tout en mettant en commun la gestion⁹⁹. Ces structures complexes générées par l'établissement de ces normes ne sont

⁹⁶ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, Annexe 2.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 73.

⁹⁹ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 4.

pas efficaces pour les transporteurs d'un point de vue économique. Il apparaît que les transporteurs aériens communautaires peuvent être désavantagés par rapport à d'autres transporteurs d'États tiers qui seraient soumis à des réglementations moins strictes. Au sein de l'évaluation réalisée par la Commission européenne en 2019, plusieurs transporteurs ont indiqué que les limites aux investissements étrangers dans le contrôle et la propriété avaient significativement impacté leur position concurrentielle par rapport aux autres transporteurs, tandis que d'autres ont relevé que leurs possibilités de fusionner avec un autre transporteur avaient été affectées¹⁰⁰. Pour finir, ces règles ont nécessairement une incidence d'un point de vue environnemental.

3 - Une incidence environnementale

Tout d'abord, la libéralisation par l'instauration d'un marché européen a eu des conséquences involontaires à l'égard de l'environnement. En effet, cela a produit une augmentation du nombre de vols en passant de moins de 10 000 vols quotidiens à environ 26 000 en 2018¹⁰¹. C'est pourquoi les transporteurs vont avoir besoin de beaucoup de liquidités afin de procéder à des investissements écologiques. Ceux-ci peuvent se traduire par exemple par l'investissement dans de nouvelles technologies d'aéronefs et de moteurs ainsi que le développement de technologies durables¹⁰² conformément au « *Green Deal* » de l'Union européenne. L'aviation est un secteur à forte densité de capital et cela le sera encore plus à mesure que les aspirations environnementales pousseront le secteur à effectuer des investissements massifs dans des nouvelles technologies¹⁰³. Il est certain que les investissements écologiques seront essentiels à la pérennité du secteur aérien dans le futur. C'est pourquoi les réglementations en matière de propriété et de contrôle devraient prendre en compte cet aspect environnemental. A cette fin, le Groupe IAG recommande que les acteurs soient consultés et invités à répondre sur l'impact d'une modification des règles de propriété

¹⁰⁰ Ryanair, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761187, *Regulation 1008/2008 - call for evidence*, 2021.

¹⁰¹ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 60.

¹⁰² Ryanair, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761187, *Regulation 1008/2008 - call for evidence*, 2021.

¹⁰³ *Ibid.*

et de contrôle à l'égard de l'environnement, afin de s'assurer que les objectifs inclus dans le Green Deal soient respectés¹⁰⁴.

Ainsi, les réglementations communautaires relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens ont permis de nombreux bénéfices. Cependant, ces limitations aux investissements étrangers manquent de clarté et engendrent plusieurs inconvénients. Ainsi, il est opportun de questionner les enjeux et les risques d'une modification de ces règles.

SECTION 2 - Les enjeux et les risques d'une modification des règles de propriété et de contrôle

Il existe une volonté de la part de la Commission européenne de modifier la réglementation actuelle. Or, si on peut observer des enjeux d'une libéralisation des règles de propriété et de contrôle communautaires (I), on remarque qu'il existe des risques afférents à une telle modification à prendre en compte (II).

I - Les enjeux de la libéralisation des règles de propriété et de contrôle

On observe des enjeux relatifs à une plus grande solvabilité des transporteurs (A), mais également des enjeux relatifs à une plus grande efficacité par les structures mises en place par les transporteurs (B).

A – Des enjeux relatifs à une meilleure solvabilité des transporteurs

Dans un premier temps, on remarque que la suppression des limites communautaires relatives aux investissements étrangers dans la propriété et le contrôle des transporteurs aériens permettrait de sauver davantage de transporteurs en temps de crise. Par ailleurs, ceux-ci disposeront de plus amples capitaux afin d'affronter les crises futures. Cette meilleure solvabilité entraînera des avantages pour les passagers qui pourront bénéficier d'une baisse des prix et d'une offre plus diversifiée. A cet

¹⁰⁴ Ministère fédéral des transports et de l'infrastructure numérique, Allemagne, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761186, 2021.

égard, les transporteurs seront également davantage en mesure d'indemniser ou de rembourser les passagers. De plus, ces investissements permettront d'assurer une plus grande sécurité des emplois. En effet, cela permettra de maintenir les emplois générés par les transporteurs par une meilleure viabilité mais aussi par une plus grande possibilité de conserver leurs parts de marché par les investissements. Par ailleurs, une analyse d'impact initiale sur la révision du des règles communes pour l'exploitation de services aériens a indiqué que les employés seraient davantage protégés contre les faillites et que cela générerait plus d'emplois¹⁰⁵. L'ouverture de la propriété et du contrôle aux investissements étrangers permettrait également de soulager les États membres sollicités pour des aides publiques en cas de difficultés financières de transporteurs. De plus, cela contribuerait à une plus grande égalité entre les transporteurs qui bénéficiaient de ces aides et ceux pour lesquels il n'a pas été possible de les aider.

B – Des enjeux relatifs à une plus grande efficacité des transporteurs

On observe également des enjeux relatifs à une meilleure efficacité des transporteurs. En effet, les structures complexes adoptées par les transporteurs dans le cadre des règles actuelles de propriété et de contrôle ne sont pas efficaces économiquement car elles entraînent des coûts supplémentaires. La libéralisation de ces règles permettrait de réduire ces structures complexes. Par ailleurs, les transporteurs seraient plus efficaces car il y aurait une réduction du coût du capital, induisant une baisse des tarifs. C'est pourquoi cela pourrait être décisif pour des transporteurs qui souhaiteraient acquérir davantage de parts de marché. Enfin, il serait plus aisé pour les transporteurs de se développer par le biais de fusions ou d'acquisitions afin de devenir plus compétitifs. Toutefois, il existe des risques à la modification de ces limitations communautaires.

¹⁰⁵ European Cockpit Association AISBL (ECA), Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761183, *ECA Contribution to the call for evidence for an impact assessment on air services regulation (revision) VI*, 2021.

II - Les risques d'une modification des règles de propriété et de contrôle

Tout d'abord, la modification des règles communautaires relatives à la propriété et au contrôle peut entraîner des risques tels que des réglementations inappliquées (A) ou encore des risques relatifs à la concurrence (B).

A – Des risques relatifs à un évincement des réglementations

La modification des règles relatives à la propriété et au contrôle pourrait mener à un évincement des réglementations. En effet, cela risquerait de permettre le développement de pavillons de complaisance. C'est-à-dire que les transporteurs pourraient s'établir dans un État dans le but de contourner les règles sociales ou encore les règles relatives à l'environnement¹⁰⁶. A cet égard, il existe une possibilité selon laquelle les droits sociaux pourraient être impactés par une externalisation des emplois dans des États où la main d'œuvre serait moins onéreuse. De plus, cela ne permettra potentiellement plus de garantir les normes sociales protectrices des travailleurs de ce secteur au sein de l'Union européenne. En outre, il sera nécessaire de préciser ou de modifier la définition de la notion de transporteur aérien communautaire. Enfin, il est intéressant de questionner la possibilité pour les États de mobiliser la flotte des transporteurs aériens à la suite d'une crise politique majeure, dans le cas où ces limitations seraient supprimées et où les transporteurs seraient majoritairement détenus par des capitaux étrangers. Il est nécessaire de relever que ces flottes pourraient être potentiellement moins mobilisables. Des risques inhérents à la concurrence sont également relevés.

B – Des risques relatifs à la concurrence

Si on observe des risques liés à une concurrence accrue du transport aérien (1), on remarque qu'il existe des risques quant à des comportements anti-concurrentiels (2).

¹⁰⁶ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 4.

1 – Le risque d’une concurrence excessive

Dans un premier temps, la suppression des limitations relatives aux investissements étrangers comporte des risques car elle pourrait impliquer une concurrence excessive dans le transport aérien. En effet, cette suppression pourrait permettre le libre accès du marché européen aux États tiers. Les transporteurs européens actuels risqueraient donc de perdre des parts de marché à la suite de l’entrée sur celui-ci de transporteurs non communautaires. A cet égard, certains acteurs craignent que les transporteurs des États tiers n’agissent pas selon des objectifs commerciaux mais davantage dans le but d’accéder au marché européen¹⁰⁷. Ces réticences concernent notamment les compagnies aériennes du Golfe¹⁰⁸. Cela peut représenter un réel risque car des transporteurs d’États tiers pourraient accéder à un marché par une prise de contrôle d’un autre transporteur sans avoir négocié son entrée¹⁰⁹. Cette situation est plus délicate lorsque le transporteur de l’État tiers est en conflit avec les ceux ayant libéralisé leurs règles de propriété et de contrôle. Il est donc très important que la révision du Règlement européen n°1008/2008 prenne en considération ce risque de perte de compétitivité des transporteurs aériens communautaires. Enfin, il existe une menace dès lors que les plus grosses compagnies aériennes pourraient absorber les plus petits transporteurs et que cela conduirait à une plus grande concentration du marché. Cette situation risquerait de créer des transporteurs gigantesques et rendre l’accès au marché pour les nouveaux entrants beaucoup plus compliqué. Dans un second temps, on remarque qu’il existe des menaces face aux comportements anti-concurrentiels.

¹⁰⁷ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, Annexe 2.

¹⁰⁸ X. LEBRAY, « Transport aérien : restaurer une concurrence libre et loyale », Fondation Robert Schuman, Question d’Europe n°371, 16 novembre 2015.

¹⁰⁹ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 4.

2 – Le risque de comportements anti-concurrentiels

La suppression des limitations relatives aux investissements étrangers peut créer un risque de comportement anti-concurrentiel. En effet, cette situation peut entraîner une perte de la maîtrise des investissements étrangers. Le risque est que l'on observe des acteurs s'emparer du marché à des prix très bas, par le biais d'une concurrence désordonnée mais aussi par l'adoption de comportements prédateurs. C'est pourquoi en avril 2020, la vice-présidente exécutive de la Commission européenne, Margrethe Vestager, a averti sur les risques relatifs au rachat des transporteurs en difficulté à la suite de la crise sanitaire par des investisseurs tiers, qui pourraient adopter des comportements prédateurs¹¹⁰. Il existe également un risque que des États tiers profitent de cette ouverture pour drainer le flux de passagers de l'Union européenne vers leur réseau. Ce risque de comportements anti-concurrentiels ont été évoqués par Monsieur Michiel LAUMANS¹¹¹ dans le cas où les acteurs communautaires seraient menacés par les transporteurs aériens établies au Moyen-Orient, par leurs fonds très importants et dont il n'existe pas de droit de la concurrence aussi strict que celui que l'on peut retrouver au sein de l'Union européenne. Cette situation est donc source d'inégalités car ces transporteurs peuvent acheter massivement des parts au sein du capital social des compagnies aériennes communautaires tandis que les transporteurs aériens établies au sein de l'Union européenne n'ont pas cette même possibilité.

Ainsi, les modifications de ces règles relatives à la propriété et au contrôle ont de réelles conséquences. Si des enjeux sont constatés, il existe également des risques qu'il convient de ne pas minimiser. C'est pourquoi il est essentiel d'appréhender les solutions évoquées dans le cadre d'une modification des réglementations.

¹¹⁰ Airline Coordination Platform (ACP), Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761178, 2021.

¹¹¹ Annexe 2, Entretien avec Monsieur Michiel LAUMANS, Coordinateur des affaires internationales du Groupe Air France-KLM, le 23/03/2022.

CHAPITRE 2 - Les solutions envisagées pour la modification des règles de propriété et de contrôle communautaires

Différentes solutions ont été envisagées afin de modifier ces règles relatives à la propriété et au contrôle. Les solutions sont différentes suivant qu'une modification telle qu'une libéralisation partielle est envisagée (SECTION 1) qu'une libéralisation totale des règles est envisagée (SECTION 2).

SECTION 1 - Des solutions envisagées pour une libéralisation partielle des règles de propriété et de contrôle existantes

Dans le cas d'une modification partielle des règles relatives à la propriété et au contrôle, il est possible d'effectuer une modification des règles actuelles (I) ou encore de mettre en place des mécanismes destinés à contrer les effets désavantageux de la réglementation en vigueur (II).

I - Une adaptation des règles de propriété et de contrôle existantes

Les modifications des réglementations peuvent intervenir par trois procédés tels qu'une clarification de la réglementation actuelle (A), un abaissement du seuil de propriété (B), ou encore la suppression de la seule exigence de propriété substantielle (C).

A - Une clarification des réglementations en vigueur

Dans un premier temps, il est possible de procéder à une clarification des règles relative à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires. L'objectif d'un tel procédé est de pouvoir supprimer les effets néfastes d'une application hétérogène de la réglementation entre les États membres. Cette clarification devrait se concentrer sur la distinction et la définition des notions de propriété substantielle et de contrôle effectif. Il est également intéressant d'envisager que des dérogations à ces règles puissent être mises en place dans le cas où les investissements étrangers seraient appropriés et dans l'intérêt de l'Union européenne dès lors qu'ils permettraient de nombreux avantages à l'économie des États membres

et à leurs transporteurs. D'autre part, il est possible d'envisager une modification des règles afin que la propriété soit envisageable pour les investisseurs institutionnels tels que les fonds de pension, tout en maintenant un contrôle effectif des États membres ou de leurs ressortissants.

B - Un abaissement des seuils de propriété

Une deuxième piste de solution envisage l'abaissement du seuil actuel de propriété substantielle communautaire, qui se situe à plus de 50% des parts du capital du transporteur détenu par les États membres ou leurs ressortissants. Une solution a été proposée de réduire ces exigences à un seuil situé à 25%¹¹². Cela permettrait de maintenir une certaine part de capitaux européen, tout en assouplissant les réglementations afin de permettre un plus grand accès des transporteurs aériens aux investissements étrangers. Cela va dans le sens des solutions proposées par des transporteurs tels que Ryanair¹¹³. Toutefois, cette solution s'attache à la modification des règles relatives à la propriété substantielle mais ne modifie pas l'exigence du contrôle effectif.

C - Une suppression de l'exigence de propriété substantielle

Une libéralisation partielle des règles de propriété et de contrôle peut également être effectuée par la seule suppression de l'exigence de propriété substantielle, tout en maintenant l'exigence relative au contrôle effectif. Dans ce cas de figure, la modification devrait permettre aux transporteurs aériens de bénéficier d'une plus grande source de financement, même si celle-ci provient des États tiers. Cette solution permettrait à des transporteurs d'obtenir une viabilité économique renforcée pour surmonter les crises. Cette solution n'est pourtant pas parfaite car elle ne traite pas de la question du contrôle effectif. En effet, il apparaît peu probable que des investisseurs acceptent d'investir majoritairement dans le capital d'un transporteur aérien communautaire sans pouvoir exercer le contrôle effectif y afférent. Les réticences

¹¹² Ryanair, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761187, *Regulation 1008/2008 - call for evidence*, 2021.

¹¹³ *Ibid.*

proviendront du fait que les acteurs qui désireront beaucoup investir souhaiteront contrôler leurs investissements et seront réticent à effectuer un apport conséquent dans cette situation. Il existe toutefois d'autres solutions envisagées grâce à l'instauration de mécanismes destinés à atténuer les effets néfastes de la mise en place d'une réglementation relative à la propriété et au contrôle.

II - La mise en place de mécanismes supplémentaires à la réglementation préexistante

Des solutions relatives à la mise en place de mécanismes afin de contrer les effets néfastes des réglementations communautaires de propriété et de contrôle ont été envisagées. Ainsi, il est proposé de mettre en place un mécanisme d'évaluation préalable à l'accès à la propriété substantielle des États tiers ou de leurs ressortissants (A) ou de mettre en place un mécanisme permettant l'autorisation des fonds institutionnels dans la propriété et le contrôle (B).

A - Une évaluation préventive à l'accès à la propriété substantielle

Il est possible d'envisager la mise en place d'une évaluation préventive à l'accès à la propriété substantielle d'un transporteur aérien communautaire. En effet, ce mécanisme permettrait d'évaluer les normes sociales, économiques et environnementales de la nationalité de l'investisseur détenant la propriété substantielle en amont, afin de limiter l'intrusion d'effets néfastes provenant des réglementations plus permissives d'un État tiers¹¹⁴. Toutefois, il semble que cette solution ne tienne également pas compte du critère de contrôle effectif. En effet, il est possible que certains investisseurs minoritaires détiennent le contrôle effectif par le biais de divers avantages liés à l'exercice de leurs fonctions au sein de l'entreprise. C'est pourquoi d'autres solutions ont été envisagées.

¹¹⁴ M. FINGER, J. MONTERO, T. SERAFIMOVA, « European transport regulation observer, Future Policy Options for the Review of EU Air Services Regulation », FSR Transport, Issue 2020/25, Juin 2020.

B - Une autorisation de l'accès aux fonds institutionnels et aux fonds de pension

Il a été envisagé une solution afin d'autoriser, par dérogation aux limitations relatives aux investissements étrangers, les fonds institutionnels d'États tiers qui le souhaiteraient, à obtenir la propriété substantielle. Un fonds institutionnel et notamment les fonds de pension sont des personnes morales qui ont pour objectif d'investir massivement sur certains marchés financiers pour le compte de personnes tierces. Cette dérogation permettrait aux transporteurs aériens communautaires d'accéder à une plus grande source de financement. En effet, des données ont démontré qu'une grande source de financement des transporteurs aériens communautaires provenait de fonds institutionnels domiciliés au Royaume-Uni ou aux États-Unis¹¹⁵. La part correspondante aux fonds de pension domiciliés dans ces États correspondrait à 68% des investissements institutionnels dans l'Union européenne, soit 4 500 milliards de dollars en 2020¹¹⁶. Cette solution permettrait donc une libéralisation de l'accès à cette source de financement, à l'instar d'autres secteurs au sein de l'Union européenne. Par ailleurs, il apparaît opportun d'étudier les solutions relatives à une libéralisation totale des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires.

SECTION 2 - Les solutions envisagées pour une libéralisation totale des règles de propriété

Plusieurs solutions ont été envisagées afin d'abolir définitivement les réglementations relatives à la propriété et au contrôle. On peut ainsi retrouver une suppression des règles grâce à la mise en place de mécanismes (I), mais également par la mise en place de nouvelles notions (II).

¹¹⁵ EasyJet, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761205, *EasyJet's position revision of the air services regulation*, 2021.

¹¹⁶ *Ibid.*

I - Une suppression des règles grâce à la mise en place de mécanismes

On retrouve la volonté d'une suppression des règles grâce à un contrôle par la Commission européenne à l'égard des investissements étrangers (A), mais également par le maintien des conditions de réciprocité (B).

A - Une suppression des règles par un meilleur contrôle et une amélioration de la procédure de filtrage des investisseurs étrangers

Il est opportun d'envisager une suppression totale des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs grâce à un meilleur contrôle. Une suppression totale des règles relatives à la propriété et au contrôle serait envisagée par l'instauration d'un contrôle régulier des structures complexes. Toutefois, la mise en place d'une telle procédure est onéreuse pour les États car ils devront supporter la charge financière d'un tel processus. Ce dernier élément doit être pris en compte notamment dans le contexte de sortie progressive d'une crise qui a fortement impacté les États financièrement.

Par ailleurs, il serait également possible de mettre en place une réelle procédure de filtrage des investissements étrangers. A cet égard, des règles ont été adoptées en 2019 par l'Union européenne afin de fixer un cadre pour filtrer les investissements étrangers au sein de l'Union¹¹⁷. Ce règlement a été mis en place afin de contrôler la circulation des capitaux étrangers au sein de l'Union européenne mais aussi pour assurer une protection des objectifs stratégiques de celle-ci. Ce nouveau cadre institue une coopération entre les États membres et la Commission européenne, afin que cette institution puisse émettre un avis lorsqu'un investissement étranger est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public de plus d'un État membre. Un avis peut également être émis lorsque ces investissements sont susceptibles d'affecter des projets tels qu'Horizon 2020 ou Galileo¹¹⁸. C'est pourquoi la mise en place d'une

¹¹⁷ Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, L79 I/1, 21 mars 2019.

¹¹⁸ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 85.

procédure de filtrage des investissements directs étrangers (IDE) relatifs à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens doit respecter ce règlement. Il sera donc décisif de déterminer si ce cadre juridique est suffisant pour procéder à la suppression des règles relatives à la propriété ou au contrôle ou s'il est nécessaire de mettre une procédure complémentaire en place¹¹⁹.

B - Une suppression des règles par le maintien des conditions de réciprocité

Il est possible de concevoir une suppression de la réglementation applicable par le maintien de conditions de réciprocité. La solution envisagée consiste à mettre en place des conditions de réciprocité grâce à la négociation entre les États. Cette conception de l'assouplissement des règles permettrait de tirer les avantages d'une négociation fondée sur la réciprocité plutôt que sur un assouplissement unilatéral de la part de l'Union européenne¹²⁰. Cette solution permettrait donc, en théorie, la suppression des règles relatives à la propriété et au contrôle tout en minimisant les effets négatifs déjà évoqués lors des précédents développements. Toutefois, la mise en place d'un tel système est discutable sur le long terme car peu d'États accepteraient l'ouverture de leurs marchés en supprimant leurs règles internes sur la simple base de la réciprocité. A titre d'exemple, les États-Unis refusent d'ouvrir leur marché et d'assouplir leurs règles de propriété et de contrôle même sur la base d'une réciprocité¹²¹. Si on a pu envisager le remplacement des limitations aux investissements étrangers dans la propriété et le contrôle des transporteurs aériens communautaires par divers mécanismes, on peut également questionner un tel remplacement par de nouvelles notions.

¹¹⁹ European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community, p. 96.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 99.

¹²¹ European Cockpit Association AISBL (ECA), Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761183, *ECA Contribution to the call for evidence for an impact assessment on air services regulation (revision) VI*, 2021.

II – Une suppression des règles par la mise en place de la notion d'établissement principal ou de nationalité réglementaire

Une suppression totale des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires a été envisagée par l'intermédiaire de la mise en place de la notion d'établissement principal. Cette notion consiste à remplacer les normes strictes de propriété et de contrôle par des critères plus souples. On peut concevoir le principal établissement lorsqu'une compagnie aérienne est établie et « constituée sur le territoire de la partie désignatrice conformément aux lois et règlements nationaux pertinents, elle réalise une part substantielle de ses opérations et de ses investissements en capital dans des installations physiques dans la partie désignatrice, elle y paie l'impôt sur le revenu et y immatricule ses aéronefs, et elle emploie un nombre important de ressortissants nationaux à des postes de direction, techniques et opérationnels »¹²². Ces éléments se trouvent dans la définition de l'établissement principal fournie en 2002 par l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale¹²³. Cette conception est intéressante car elle permet de ne plus se baser sur la seule nationalité des actionnaires mais également sur une nationalité réglementaire à laquelle le transporteur est soumis. La mise en place d'une telle notion a pour avantage de soumettre le transporteur aux réglementations de l'État dans lequel il est établi. Cela évite donc les potentiels effets néfastes d'une suppression des règles de propriété et de contrôle sur les normes de sécurité, les normes sociales, environnementales ou bien les normes de sûreté¹²⁴.

De plus, l'application pratique de ce concept à la place des règles de propriété et de contrôle est utilisée par Singapour, Hong Kong ou des États d'Amérique Latine. C'est pourquoi on peut affirmer que la mise en place d'un tel procédé est réalisable en pratique. Toutefois, la notion de lieu du principal établissement ne résout pas les problèmes de clarté liés à la notion de contrôle effectif. En effet, la notion d'établissement principal peut être source de confusions et être sujette à diverses

¹²² CAPA – Center For Aviation, « Jetstar Hong Kong licence application rejected : Hong Kong becomes an island of protectionism in Asia », 29 juin 2015.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ G. BURGHOUWT, P. MENDES DE LEON, J. DE WIT, International Transport Forum (ITF), *EU Air Transport Liberalisation Process, Impacts and Future Considerations*, n°2015-04, 2015.

interprétations. En ce sens, l'arrêt Jetstar Hong Kong a démontré que cette notion peut être source de difficultés lorsque des filiales souhaitent faire reconnaître un établissement principal distinct de la société mère¹²⁵. Par ailleurs, des difficultés persistent, comme l'ont démontré les pays ayant recours à la notion d'établissement principal et qui ne la définissent pas dans la loi. À titre d'exemple, Hong Kong ne définit pas cette notion. Par ailleurs, la définition fournie par l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI) reste très vague car elle emploie de nombreux objectifs tels que « substantielle »¹²⁶.

Il existe des règles internes relatives à la propriété et au contrôle dans la plupart des États dans le monde. Avec la création du marché unique européen, les réglementations nationales ont été transférées au niveau régional à l'Union européenne. Ces règles sont actuellement prévues par l'article 4 du Règlement européen n°1008/2008 et instaurent une limitation à 49% des investissements étrangers dans le capital social des transporteurs aériens afin qu'ils puissent se voir délivrer une licence d'exploitation. Toutefois, ces règles présentent de nombreux inconvénients pour les transporteurs aériens communautaires. C'est pourquoi il existe une volonté de réviser le règlement en vigueur dans l'objectif de libéraliser les règles de propriété et de contrôle. Cependant, les réglementations internes sont dépendantes de la deuxième catégorie de limitation que sont les clauses contenues dans les accords bilatéraux sur les services aériens entre les États. Ainsi, il est important d'analyser cette deuxième catégorie de limitations car l'Union européenne reste dépendante de celles-ci dans le cadre de la révision des règles de propriété et de contrôle des transporteurs communautaires.

¹²⁵ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 15.

¹²⁶ CAPA – Center For Aviation, « Jetstar Hong Kong licence application rejected : Hong Kong becomes an island of protectionism in Asia », 29 juin 2015.

PARTIE 2 – UNE LIMITATION INTERNATIONALE DES RÈGLES DE PROPRIÉTÉ ET DE CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS

Au-delà des limitations étatiques relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens, il existe des limitations internationales contenues dans des clauses dans les accords bilatéraux. Ces règles ont été mises en place depuis de très nombreuses années et peinent à être libéralisées (TITRE 1). Par ailleurs, on remarque que les limitations internes aux États sont dépendantes de cette deuxième catégorie de réglementations. Ainsi, il existe une influence directe du contexte international sur les décisions adoptées par l'Union européenne dans le cadre de la révision de la réglementation communautaire (TITRE 2).

TITRE 1 – UNE LIBÉRALISATION STAGNANTE DES LIMITATIONS À LA PROPRIÉTÉ ET AU CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS DANS LE CONTEXTE INTERNATIONAL

Cette deuxième catégorie de limitation a été mise en place depuis de nombreuses années au sein des accords bilatéraux entre les États (CHAPITRE 1). Il est très difficile de procéder à une modification de celles-ci sans le soutien d'une majorité des États dans le monde. C'est pourquoi l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI) a procédé à des travaux dans l'objectif d'une libéralisation de ces normes (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 - La mise en place de limitations par l'insertion de clauses au sein des accords bilatéraux sur les services aériens

Des clauses relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens ont été ajoutées aux accords bilatéraux sur les services aériens depuis de nombreuses décennies (SECTION 1). Toutefois, on remarque que dans le contexte de la mondialisation et de la privatisation du secteur, ces règles peuvent apparaître inadaptées et désavantageuses pour les transporteurs aériens (SECTION 2).

SECTION 1 - Les clauses relatives à la propriété et au contrôle au sein des accords bilatéraux

Il est nécessaire d'aborder la mise en place de ce système (I) avant de se consacrer à l'étude des clauses insérées dans les contrats bilatéraux (II).

I - L'origine de la mise en place d'un tel système de limitation internationale

L'origine des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens est ancienne. Par d'exemple, les premières limitations imposées aux États-Unis ont été introduites dans la loi américaine avec le *Air Commerce Act* de 1926, afin de pouvoir réquisitionner des appareils en cas de conflit armé¹²⁷. Elles sont donc presque aussi anciennes que l'aviation commerciale. L'instauration de limitations internationales au contrôle et à la propriété des transporteurs aériens a été effectuée dans un contexte de préoccupations liées à la fin de la Seconde guerre mondiale et dans un objectif de contrôle des espaces aériens¹²⁸. Tout ce système de réglementation relatif à la propriété et au contrôle au sein d'accords bilatéraux découle directement de la Convention de Chicago ayant eu lieu en 1944. A cette occasion, deux accords auxiliaires ont été produits afin de prévoir que les États puissent se réserver le droit de retirer une autorisation d'exploitation à un transporteur aérien étranger lorsqu'il peut constater que des conditions de propriété substantielle ou de contrôle effectif ne sont pas atteintes. Ces accords sont tout d'abord l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux¹²⁹ et l'Accord relatif au transport aérien international¹³⁰ de 1944. Ce sont les accords dits « des deux libertés » et l'accord dit « des cinq libertés ». Ces restrictions protectionnistes ont alors été mises en place notamment afin d'éviter une domination des États-Unis sur l'industrie aéronautique européenne, qui a été dévastée pendant la guerre. En effet, face à un refus de mettre en place un système analogue à la *mare liberum* qui signifie « la liberté de la haute mer » que l'on retrouve en droit

¹²⁷ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 9.

¹²⁸ Ryanair, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761187, *Regulation 1008/2008 - call for evidence*, 2021.

¹²⁹ Accord relatif au transit des services aériens internationaux, signée à Chicago le 07 décembre 1944.

¹³⁰ Accord relatif au transport aérien international, signée à Chicago le 07 décembre 1944.

maritime, les États ont instauré un système fondé sur la souveraineté des États¹³¹. A cette issue, les États ont procédé à des négociations entre eux afin de créer des accords bilatéraux et d'y consacrer une clause relative à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens. L'un des premiers accords bilatéraux sur ce modèle est l'accord Bermudes I de 1946 négocié entre les États-Unis et le Royaume-Uni¹³². Cet accord prévoyait le « droit de refuser ou de révoquer l'exercice des droits spécifiés dans l'annexe (...) dans le cas où il n'est pas établi que la propriété et le contrôle substantiel de ces transporteurs sont détenus par des ressortissants de l'une ou l'autre partie contractante »¹³³. Par la suite, un grand nombre d'accords bilatéraux ont été effectués en prenant exemple sur cet accord¹³⁴. Ce système a persisté jusqu'à aujourd'hui dans l'objectif initial de contrôler l'accès aux espaces aériens des États, conformément à l'article premier de la Convention de Chicago¹³⁵.

II - Les clauses relatives à la limitation des investissements étrangers dans les accords bilatéraux

Les limitations internationales relatives aux investissements étrangers dans la propriété et le contrôle des transporteurs se trouve dans des clauses insérées au sein des accords bilatéraux. Actuellement, il en existerait environ 4 000 dans le monde¹³⁶. Ces accords sur les services aériens sont conclus entre deux États afin d'y intégrer des clauses dans l'objectif d'assurer des exigences de sûreté ou de sécurité. Ils ont pour objectif l'échange mutuel de droits de trafic. Parmi les clauses dans ces accords, on retrouve la « clause de désignation » qui permet à un État de désigner un ou plusieurs

¹³¹ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 9.

¹³² Guyana (Bermuda I) Air Transport Agreement of February 11, 1946.

¹³³ C. E. SCHLUMBERGER, HERMES Air Transport Organization, Presented by World Bank, Document R18-PP/09, *Foreign Ownership of Flag Carriers – A Contradiction or a Necessity?*, 2018.

¹³⁴ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Aspects nouveaux du bilatéralisme aérien », *Annuaire Français de Droit International*, 28, 1982, p. 914-933.

¹³⁵ Article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 07 décembre 1944, « *Les États contractants reconnaissent que chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire* ».

¹³⁶ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 6.

transporteurs aériens pour exploiter les services prévus dans l'accord¹³⁷. Cette désignation se manifeste par une notification officielle, sous la forme d'une note diplomatique par l'État désignant à un autre État cocontractant, contenant le nom du transporteur autorisé à utiliser en totalité ou en partie les droits de trafic reçus en vertu de l'accord bilatéral¹³⁸. Cette désignation peut alors concerner la totalité ou seulement une partie des droits de trafic et pour plusieurs routes, une seule en particulier ou seulement un tronçon¹³⁹. On distingue alors la désignation simple qui ne donne le droit de désigner qu'un seul transporteur, de la désignation double qui donne le droit de désigner deux transporteurs ou encore la désignation illimitée permettant de désigner n'importe quel transporteur. La dernière forme est la désignation multiple contrôlée qui autorise à désigner un nombre donné de transporteurs ou un certain nombre pour chaque route ou tronçon de route¹⁴⁰. Ces différentes désignations comprennent généralement une possibilité de substitution afin de remplacer un transporteur désigné par un autre. Cette clause de propriété et de contrôle substantiel permet donc de lier une compagnie exploitant des droits de trafic à un État désignateur.

Toutefois, cette clause de désignation est généralement liée à une seconde, qui prévoit le droit, pour un État, de refuser l'autorisation d'exploitation d'un transporteur désigné au motif que les limites de propriété substantielle ou de contrôle effectif ne sont pas respectées par le transporteur désigné¹⁴¹. Ce pouvoir est entièrement discrétionnaire et unilatéral à l'État qui souhaite le mettre en œuvre. A titre d'exemple, le *Civil Aeronautics Board* américain a refusé que la compagnie aérienne Air Jamaica, nouvellement formée à la suite de l'indépendance de la Jamaïque en 1962 puisse voler à destination des Etats-Unis. Il a été fait usage de ce droit de refus au motif que la compagnie n'était pas contrôlée effectivement par des ressortissants jamaïcains¹⁴². Cependant, il n'existe pas de définition internationalement reconnue de la propriété

¹³⁷ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2ème édition, 2004, p. 2.2-2.

¹³⁸ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2ème édition, 2004, p. 4.1-5.

¹³⁹ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2ème édition, 2004, p. 4.1-5.

¹⁴⁰ *Ibid.*

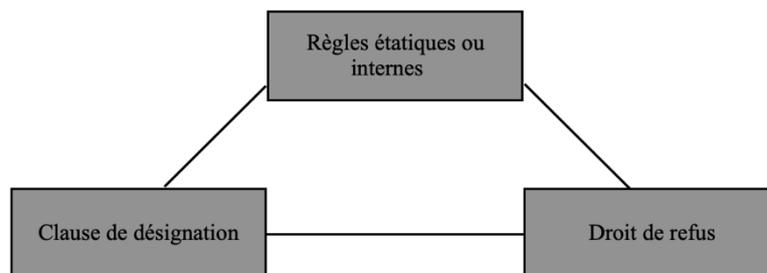
¹⁴¹ *Ibid.*, p.2.2-2.

¹⁴² D. ARDAINE, *Concentrations et acquisitions des compagnies aériennes et droit communautaire*, Institute of Air and Space Law McGill University, Montréal, 1993, p. 46.

substantielle et du contrôle effectif. L'article 6 de l'Accord de type Chicago, qui est un formulaire type afin d'aider à la création d'accords bilatéraux propose une clause relative à la propriété et au contrôle permettant aux parties de « refuser ou de révoquer un certificat ou un permis à une compagnie aérienne si elle n'est pas assurée qu'une part de propriété substantielle et un contrôle effectif appartiennent à des nationaux de l'une ou de l'autre des parties de l'accord »¹⁴³.

Ainsi, les éléments relatifs au système international de limitation des règles relatives à la propriété et au contrôle peuvent être synthétisés par le schéma qui suit :

Les trois critères relatifs aux clauses concernant la propriété et le contrôle des transporteurs dans les accords bilatéraux



Source : Secrétariat de l'OMC

Dans ce schéma, on remarque les trois critères importants des limitations internationales et les interactions entre eux. Tout d'abord, on observe généralement une cohérence entre les réglementations étatiques et la clause de désignation au sein des accords bilatéraux car les États mettent souvent en place des règles de propriété substantielle et de contrôle effectif afin de procéder à la délivrance des autorisations d'exploitation. Les clauses de désignation quant à elles, requièrent cette même propriété substantielle et ce même contrôle effectif par l'État désignateur. Ainsi, ces

¹⁴³ R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 25.

deux éléments sont souvent cohérents entre eux¹⁴⁴. Dans un second temps, on remarque que les critères tels que la clause de désignation et le droit de refus sont liés. En effet, la politique de refus d'un État partie à l'accord bilatéral influencera très largement l'État cocontractant dans sa désignation des transporteurs. En effet, l'État désignera en prévision des transporteurs qui ne risqueront pas de faire l'objet d'un refus de la part de l'État cocontractant. De plus, il est souvent remarqué que les États entretiennent la une stratégie de désignation et une stratégie de refus coordonnées. Or, il existe des cas dans lesquels la stratégie de désignation d'un État est différente de la stratégie de refus. C'est notamment le cas des États possédant des critères relatifs à la propriété et au contrôle remplacés par une exigence de principal établissement dans leurs réglementations internes et qui procèdent à des exigences plus strictes dans leurs stratégies de refus. C'est le cas de l'Union européenne qui procède à une désignation « souple » avec le critère de « communauté d'intérêts » à la suite des arrêts « ciel ouvert » de la Cour de justice de l'Union européenne mais qui continue d'appliquer des critères de refus « stricts » envers les cocontractants avec le critère de propriété substantielle et de contrôle effectif¹⁴⁵. Enfin, il existe une relation entre les critères du droit de refus et des réglementations internes. En effet, les États qui souhaitent procéder à une libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle ne peuvent pas mettre celle-ci en place car ils sont confrontés à ces droits de refus des États tiers. Ainsi, afin d'exploiter des lignes aériennes à l'international, il sera nécessaire que les compagnies aériennes détiennent l'autorisation d'exploitation en se conformant aux normes étatiques en matière de propriété et de contrôle mais également qu'elles soient conformes au deuxième type d'autorisation, qui est internationale et prévue dans les accords bilatéraux. Toutefois, ces limitations se révèlent être inadaptées à la réalité du secteur aérien contemporain.

¹⁴⁴ Organisation Mondiale du Commerce (OMC), Conseil du commerce des services, Note du secrétariat, Partie H, Document S/C/W/270/Add.2, Deuxième examen de l'annexe sur les transports aériens, évolution dans le secteur des transports aériens (troisième partie), 2007, p. 418.

¹⁴⁵ Organisation Mondiale du Commerce (OMC), Conseil du commerce des services, Note du secrétariat, Partie H, Document S/C/W/270/Add.2, Deuxième examen de l'annexe sur les transports aériens, évolution dans le secteur des transports aériens (troisième partie), 2007, p. 420.

SECTION 2 - Des règles aujourd'hui inadaptées au secteur de l'aérien

Le système international actuel de limitation du contrôle et de la propriété des transporteurs possède une multitude d'avantages et d'inconvénients (I). Toutefois, les comportements des acteurs traduisent une inadaptation des règles face au contexte international actuel (II).

I - Des avantages et des inconvénients au système international de réglementation de la propriété et du contrôle

Si on observe des avantages à la mise en place d'un tel système de limitations au niveau international (A), on remarque que ces mesures protectionnistes entraînent de nombreux inconvénients (B).

A – Des avantages aux réglementations internationales existantes

Tout d'abord, on observe des avantages à l'instauration de telles normes. Tel qu'énoncé précédemment, ces règles permettent de protéger la souveraineté des États par le contrôle de l'espace aérien. En effet, cela empêche la survenue du phénomène de *free rider*, c'est-à-dire des États qui entreraient sur le marché du secteur aérien d'un autre État sans avoir négocié au préalable son entrée. Cela peut arriver notamment lorsqu'un transporteur autorisé à exploiter des droits de trafic dans un État a un actionnaire majoritaire de la nationalité d'un État tiers. Cette situation pose de nombreux problèmes lorsque l'État dont l'espace aérien est exploité et l'État de la nationalité du transporteur n'ayant pas négocié les droits de trafic sont en conflit. De plus, ce système permet de contrôler la concurrence sur le marché en procédant à un système de désignation simple, double ou multiple contrôlé. Il est possible de répartir les transporteurs sur différentes routes ou tronçons de routes. Ce système est donc tout à fait confortable pour les États. De plus, ces limitations permettent de rattacher les transporteurs à l'État désignateur et d'éviter la prolifération de pavillons de complaisance qui nuiraient aux réglementations nationales en place dans l'État exploité telles que les normes relatives à la sécurité, à la sûreté, les normes sociales ou encore environnementales.

B – Des inconvénients aux mesures protectionnistes internationales

Ces limitations protectionnistes des États entraînent des inconvénients à l'égard des acteurs. Si ces réglementations ne causent pas beaucoup de dommages dans certains États, elles peuvent se révéler destructrices pour d'autres. Dans les États où il existe peu de diversité de transporteurs aériens, les transporteurs sont extrêmement limités dans leurs possibilités d'effectuer des fusions avec des transporteurs d'États tiers. Par conséquent, seules les fusions nationales sont envisageables. Cela empêche les transporteurs des États en difficulté de rester compétitifs et de pouvoir concurrencer d'autres transporteurs au niveau de l'international. De plus, les États dont les capitaux nationaux mobilisables sont rares, sont également désavantagés. A titre d'exemple, l'Australie est un État où les capitaux sont très limités car ils ne représentent que 2% du marché mondial des capitaux¹⁴⁶. Ainsi, les transporteurs australiens sont très désavantagés par rapport aux autres transporteurs à l'international dans leurs capacités à trouver des investisseurs nationaux. De plus, il existe des difficultés relatives à certains États, lorsque le soutien des transporteurs en difficulté financière nécessite beaucoup de fonds de la part de l'État. C'est pourquoi les transporteurs dont les États sont en difficulté financière auront davantage de mal à être soutenus. Cela mobilise beaucoup de ressources financières pour certains États dont les autres secteurs nécessitent des fonds et sont essentiels. C'est le cas par exemple sur le continent africain car les compagnies aériennes sont sous-capitalisées et ont besoin d'une restructuration financière mobilisant beaucoup de fonds¹⁴⁷. La suppression des réglementations permettrait donc de soulager les gouvernements d'un poste de coûts importants afin d'allouer ces ressources dans des domaines nécessaires tels que l'éducation ou la santé. Par ailleurs, certains États ont indiqué que le soutien financier apporté aux transporteurs n'étaient pas compensés par les avantages économiques procurés par le secteur de l'aérien¹⁴⁸. Enfin, ces règles internationales ont pour inconvénient d'empêcher les autres États de procéder à une libéralisation de leurs

¹⁴⁶ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 5.

¹⁴⁷ HERMES Air Transport Organization, Presented by African Airline Association (AFRAA), Document R18-PP/08, *Airline ownership and control and the Single African Air Transport Market Agenda*, 2018.

¹⁴⁸ C. E. SCHLUMBERGER, HERMES Air Transport Organization, Presented by World Bank, Document R18-PP/09, *Foreign Ownership of Flag Carriers – A Contradiction or a Necessity?*, 2018.

règles relatives à la propriété et au contrôle car les États cocontractants dans les accords bilatéraux pourraient utiliser leur droit de refuser l'accès à un transporteurs désigné qui ne serait pas détenu ou contrôlé par l'État désignateur. C'est donc un problème de double verrou. À la suite de ces différents inconvénients provoqués par des règles internationales inadaptées au marché actuel, les acteurs peuvent parfois procéder à un contournement des limitations par le biais de multiples mécanismes.

II - Des contournements aux règles applicables

Face à des règles inadaptées, les transporteurs aériens ont procédé à un contournement des réglementations par le biais de différents mécanismes. On retrouve le mécanisme des alliances (A) mais également la mise en place de structures complexes (B).

A - Les alliances

Face à une impossibilité de procéder à des fusions internationales entre transporteurs de nationalités différentes, les acteurs ont procédé à la constitution d'alliances internationales. On remarque donc l'émergence de « méga-alliances » qui dominent le marché du transport aérien¹⁴⁹. La première alliance est Star Alliance et a été fondée en 1997 par Lufthansa, Air Canada, Thai Airways International, United Airlines et Scandinavian Airlines System (SAS). En 2022, Star Alliance compte 26 membres de nationalités provenant de tous les continents¹⁵⁰. La deuxième alliance est One World qui a été créée en 1999 par Cathay Pacific, British Airways, Quantas et American Airlines. Cette alliance compte aujourd'hui 15 membres et dessert plus de 900 destinations dans plus de 170 pays¹⁵¹. Enfin, la troisième grande alliance est Sky Team qui a été fondée en 2000 par plusieurs transporteurs tels que Korean Air, Air France, Aeromexico ou encore Delta Air Lines. Aujourd'hui cette alliance compte 18 grandes compagnies aériennes et dessert plus de 1 000 destinations¹⁵². Ainsi, les

¹⁴⁹ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2ème édition, 2004, p. 4.8-1.

¹⁵⁰ Site internet Star Alliance, <https://www.staralliance.com/en/about>

¹⁵¹ Site internet One World, <https://fr.oneworld.com/members>

¹⁵² Site internet Sky Team, <https://www.skyteam.com/en/frequent-flyers>

alliances permettent aux transporteurs de s’émanciper des règles relatives à la propriété et au contrôle tout en donnant la possibilité à ceux-ci de se concentrer. La constitution d’alliances offre de nombreux avantages qui viennent contrebalancer les inconvénients des normes relatives à la propriété et au contrôle. En effet, ces regroupements de transporteurs vont considérablement augmenter le nombre de services fournis par ces acteurs grâce à leur forme en réseau de type hub où ils vont coordonner leurs offres et les faire coïncider pour en créer de nouvelles¹⁵³. Le pratique du partage de code au sein des alliances permet, en outre, aux transporteurs de contourner les règles relatives à la propriété et au contrôle en ayant un certain nombre de sièges réservés pour en faire une commercialisation sur des liaisons internes d’États étrangers. Les compagnies aériennes peuvent également coopérer afin de mettre en commun un programme de fidélisation, des salons, ou parfois procéder à une répartition des recettes.

Toutefois, ces alliances tendent à se multiplier et des débats ont été entrepris afin de réglementer ces pratiques car il existe de nombreuses incidences au regard du droit de la concurrence. Si certaines autorités de la concurrence ont procédé à des mesures correctives, ces pratiques continuent à faire l’objet de dérogations. C’est le cas par exemple aux Etats-Unis où une telle dérogation est appelée « immunité anti-trust »¹⁵⁴. En effet, lors de leur contrôle, les autorités de la concurrence vont fonder leur décision sur une mesure des effets pro-concurrentiels face aux effets anti-concurrentiels. Par ailleurs, même si ces regroupements permettent de contourner les règles relatives à la propriété et au contrôle, ceux-ci ne permettent pas d’atteindre le niveau d’efficacité que procurerait une véritable fusion entre deux transporteurs¹⁵⁵. En effet, une perte d’efficacité persiste car dans le cas d’une véritable fusion, la société formée peut supprimer les coûts qui pourraient n’être pris en charge que par un seul transporteur. Enfin, des effets négatifs ont été constatés dès lors que les alliances agissent comme une barrière à l’entrée pour les nouveaux entrants sur le marché du transport aérien. Ainsi, les compagnies aériennes plus modestes peuvent rencontrer des difficultés quant à leur compétitivité lors de leur entrée sur le marché.

¹⁵³ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 11.

¹⁵⁴ ENAC Alumni, Airport Think Tank, *The Future of Airports, A Vision of 2040 and 2070*, 2020.

¹⁵⁵ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 11.

Toutefois, l'apparition d'une nouvelle forme de coentreprises ou de *joint-ventures* sur le marché appelées « coentreprises à neutralité métallique » sèment le doute quant à l'attribution des immunités à l'égard du droit de la concurrence. En effet, ces coentreprises sont considérées comme étant le plus haut niveau d'intégration et le plus profond degré de coopération jamais atteint entre des compagnies aériennes étrangères par les autorités de la concurrence¹⁵⁶. Cette notion de « neutralité métallique » est apparue dans une décision du ministère des transports aux États-Unis en 2006¹⁵⁷. Aujourd'hui, cette condition est essentielle afin d'obtenir une immunité américaine¹⁵⁸. Cependant, le système de dérogations par le biais d'immunité peut être source d'abus quant aux situations de favoritisme à l'égard de certains transporteurs. C'est pourquoi il existe de nombreux problèmes à l'encadrement de ces pratiques de coentreprises et des dérogations attribuées. La menace d'une potentielle révocation de l'immunité accordée est également source d'insécurité juridique à l'égard des acteurs du transport¹⁵⁹. Or, les transporteurs aériens ont besoin d'un environnement de stabilité afin de pouvoir effectuer des prévisions sur le long terme et en raison de la masse d'investissements requis dans ce secteur. Ce procédé a apporté aux transporteurs la possibilité de contourner les obstacles créés par les règles de propriété et de contrôle. Elles ont permis aux acteurs de s'affranchir des contraintes les empêchant de réaliser des économies financières. Ainsi, la création des alliances est une réaction spontanée des transporteurs afin de contourner des règles qui les oppressent. Cependant, il existe également un contournement des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs par la création de structures complexes.

B - Les structures complexes

Les transporteurs aériens ont mis en place certains comportements afin de contourner les règles relatives à la propriété et au contrôle. C'est notamment le cas

¹⁵⁶ M. HIRIART, *Introduction of metal neutrality on the transatlantic air market: Antitrust and regulatory concerns*, Thèse, Institute of Air and Space Law, McGill University, Montréal, 2015, p. 10.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ World Economic Forum, *Industry Agenda, A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 12.

avec la création de structures complexes. Les transporteurs étrangers peuvent adopter une stratégie de contournement des règles lorsqu'ils viennent investir dans d'autres transporteurs, qui eux-mêmes investissent dans d'autres transporteurs. Dans ce cas de figure où il existe de multiples emboîtements, le propriétaire final cherche à accéder au marché d'un autre État. Si la propriété substantielle est compliquée à établir mais reste toutefois décelable, la détermination du contrôle effectif dans certaines structures s'avère extrêmement complexe voire impossible en raison d'un grand nombre de filiales dans certains montages de sociétés. Par ailleurs, ces structures complexes sont difficiles à encadrer d'un point de vue réglementaire car il est très difficile de prévoir toutes les possibilités et tous les cas de montages réalisables au sein de la réglementation. Par ailleurs, les réglementations seraient très compliquées et peu efficaces en pratique. Toutefois, à l'instar des coentreprises, ces structures complexes ne permettent pas de se substituer à l'efficacité que produirait une réelle concentration entre deux transporteurs. En effet, les structures complexes permettent d'accéder à un marché donné mais sont peu efficaces car elles engendrent de nombreux coûts supplémentaires. Cette problématique des structures complexes est notamment retrouvée sur le marché aérien européen où elles entraînent une application hétérogène des normes entre les États membres. Ces structures complexes sur le marché européen sont également employées lorsque les États tiers n'acceptent pas la notion de « désignation européenne » mise en place par l'Union. A cet égard, la Commission européenne a énoncé des cas dans lesquels une analyse détaillée des structures doit être effectuée dans ses lignes directrices interprétatives en 2017¹⁶⁰ afin d'améliorer le contrôle et le repérage de tels contournements.

En dépit des avantages procurés par les contournements des règles relatives à la propriété et au contrôle, les structures créées ne permettent pas de se substituer à de véritables concentrations de transporteurs internationaux. Ces structures engendrent parfois des coûts supplémentaires qui entravent la compétitivité des transporteurs et impactent le jeu de la concurrence par une hausse des prix. De plus, il est à noter que ces structures génèrent des failles quant à l'égalité entre les transporteurs sur le marché

¹⁶⁰ Commission européenne, Lignes directrices interprétatives relatives au règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil – Obligation de service public (OSP), 2017/C 194/01, 17 juin 2017.

car il les expose à des abus. Les avantages recherchés ne peuvent réellement être atteints que par une libéralisation totale de ces règles relatives à la propriété et au contrôle. Cependant, cette libéralisation ne pourra intervenir que par l'accord et par les efforts fournis de l'ensemble des États dans le monde, en raison du blocage relatif aux règles contenues dans les accords bilatéraux et du droit de refus. Ainsi, l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) joue un rôle déterminant dans les discussions en faveur d'une libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle.

CHAPITRE 2 - Le rôle nécessaire de l'Organisation de l'aviation civile internationale dans la libéralisation internationale des règles de propriété et de contrôle

La libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle ne peut se faire qu'avec l'assentiment de l'ensemble des États. C'est pourquoi l'OACI joue un rôle déterminant avec les travaux qu'elle entreprend (SECTION 1). A cet égard, les nombreuses discussions ayant eu lieu ne sont pas récentes et l'OACI continue ses efforts vers une libéralisation totale de ces règles (SECTION 2).

SECTION 1 - Le rôle de l'Organisation de l'aviation civile internationale dans les règles de propriété et de contrôle

Il est nécessaire de présenter l'OACI (I) avant d'énoncer les travaux entrepris à l'égard des réglementations relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens (II).

I - Présentation de l'Organisation de l'aviation civile internationale

L'OACI a été instituée par la Convention de Chicago en 1944¹⁶¹ et le siège de cette organisation se situe à Montréal. Cette organisation a été créée afin de mettre en place une coopération internationale dans le secteur du transport aérien. Cette institution possède un mandat afin d'aider les États à atteindre le plus haut degré possible d'uniformité dans les réglementations, les normes, les procédures et

¹⁶¹ Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 07 décembre 1944

l'organisation de l'aviation civile¹⁶². Elle traite avec les 193 États parties à la Convention de Chicago mais aussi avec d'autres organisations mondiales dans le secteur de l'aviation. Les objectifs de cette institution sont définis à l'article 44 de la Convention de Chicago et ont été mis en place afin d'assurer un développement économique mondial grâce au transport aérien. Elle se compose d'une Assemblée, d'un Conseil et d'un Secrétariat et élabore des normes et des pratiques recommandées internationales (SARP). Les discussions relatives à la propriété et au contrôle rentrent dans les missions attribuées à cette organisation dans le cadre de ses activités économiques, avec pour objectif d'améliorer les conditions économiques du transport aérien. Toutefois, dans le domaine économique et plus précisément dans celui des règles relatives à la propriété et au contrôle, l'OACI se contente généralement d'élaborer des règles de droit souple qui seront non contraignantes à l'égard des États.

II – Les missions de l'Organisation de l'aviation civile internationale quant aux règles de propriété et de contrôle des transporteurs aériens

Les discussions relatives à la propriété et au contrôle rentrent dans les missions attribuées à cette organisation dans le cadre de ses activités économiques, dans l'objectif d'améliorer les conditions économiques du transport aérien. Toutefois, dans le domaine économique et plus précisément dans celui des règles relatives à la propriété et au contrôle, l'OACI se contente généralement d'élaborer des règles de droit souple qui seront donc non contraignantes à l'égard des États. C'est pourquoi il est nécessaire que l'ambition de libéraliser les règles relatives à la propriété et au contrôle proviennent de l'ensemble des États. En effet, afin d'adopter un changement de politique à l'égard de ces règles, les États devraient être convaincus qu'un changement de leurs politiques protectionnistes leur procurera des avantages économiques conséquents et non négligeables¹⁶³. A cet égard, le rôle de l'OACI est primordial afin d'organiser des discussions internationales autour de ce sujet et

¹⁶² Site internet de l'OACI, <https://www.icao.int/about-icao/History/Pages/default.aspx>

¹⁶³ HERMES Air Transport Organization, Presented by Airlines Association of Southern Africa (ASAA), Document R18-PP/02, *Libéralisation de la propriété et du contrôle : A quelle vitesse et jusqu'où pour l'Afrique ?*, 2018.

évoquer les problématiques et les enjeux liés à ces normes afin d'éviter l'inertie des États.

SECTION 2 - Des discussions internationales existantes

On observe que les discussions internationales relatives à la propriété et au contrôle dans les transporteurs aériens ne sont pas récentes (I). Toutefois, les avancées dans la libéralisation de ces normes sont lentes et des débats subsistent (II).

I – Les travaux entrepris dans le cadre des discussions internationales

Lors de la 38^{ème} session de l'Assemblée de l'OACI ayant eu lieu en 2013, les États ont adopté la résolution n°A38-14. Cette résolution est un exposé récapitulatif de la politique permanente de l'OACI dans le domaine du transport aérien¹⁶⁴. A l'issue de cette résolution, les États ont demandé au Conseil « d'entreprendre des travaux sur l'élaboration d'un accord international pour libéraliser la propriété et le contrôle des transporteurs aériens »¹⁶⁵. Il est alors énoncé dans le cadre du Comité du transport aérien que cet accord devrait être réalisé sur la base des différentes expériences vécues par les États et qu'un Groupe d'experts sur la réglementation du transport aérien (ATRP) aurait la charge de récolter l'ensemble des situations et des intérêts des États membres¹⁶⁶. Un groupe de travail (WG) a également été mis en place en raison de la complexité du sujet traité pour réaliser un projet de texte sur la libéralisation de l'accès au marché et un projet d'accord quant à la propriété et au contrôle dans le transport aérien¹⁶⁷. Un consensus est intervenu sur la moitié des articles contenus dans le projet d'accord, notamment sur des aspects techniques et administratifs. Toutefois des désaccords ont persisté. Au sein de la note de travail WP/16, le Conseil de l'OACI

¹⁶⁴ OACI, Résolutions adoptées par l'Assemblée, Édition provisoire, Novembre 2013, https://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/a38_res_prov_fr.pdf

¹⁶⁵ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par le Conseil de l'OACI, Assemblée, 40^{ème} session, Commission Économique, *Rapport d'avancement sur l'élaboration d'accords internationaux concernant la libéralisation de l'accès aux marchés, du fret aérien et de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens*, A40-WP/182, 31 juillet 2019.

¹⁶⁶ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par le Conseil de l'OACI, Assemblée, 39^{ème} session, Commission Économique, *Rapport d'avancement sur l'élaboration d'accords internationaux concernant la libéralisation de l'accès aux marchés, du fret aérien et de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens*, A39-WP/5, 05 juillet 2016.

¹⁶⁷ *Ibid.*

énonce que des progrès ont été réalisés dans le cadre de l'élaboration d'un accord international aux fins de libéraliser la propriété et le contrôle des transporteurs aériens communautaires¹⁶⁸. Cette note de travail invite également à poursuivre l'élaboration d'un projet de convention sur les investissements étrangers dans les compagnies aériennes¹⁶⁹. Dans une note WP/182, le Qatar présente lui-même, dans l'objectif de libéraliser ces normes, cinq niveaux de libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle ainsi qu'un projet de texte¹⁷⁰. De plus, le Royaume-Uni et la Colombie soutiennent les initiatives entreprises. À la lumière des avis formulés par les états dans leurs notes de travail, la Commission a énoncé que les travaux relatifs à l'élaboration d'une convention sur les investissements étrangers dans les compagnies aériennes devraient se poursuivre par l'intermédiaire du Groupe d'expert en raison du nombre de difficultés inhérentes¹⁷¹. Lors de la 39^{ème} session de l'Assemblée qui a eu lieu en 2016, les États ont adopté la résolution n°A39/15 qui est un exposé récapitulatif de la politique permanente dans le domaine du transport aérien¹⁷² et dans lequel il a été demandé au Conseil de poursuivre la réalisation d'un accord international afin de libéraliser ces normes¹⁷³. Dans le cadre des deux réunions tenues par le Groupe d'experts (ATRP), il a été examiné la proposition d'un accord international qui prévoit des dérogations pour les compagnies aériennes parties à celui-ci d'être « détenues majoritairement » et sous « le contrôle effectif » de ressortissants de toute autre partie à l'accord¹⁷⁴. Toutefois, pour de nombreuses préoccupations, l'élaboration d'un tel accord est ralentie. Par conséquent, le Groupe d'expert poursuit ses travaux concernant

¹⁶⁸Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par le Conseil de l'OACI, Assemblée, 39^{ème} session, Commission Économique, *Rapport d'avancement sur l'élaboration d'accords internationaux concernant la libéralisation de l'accès aux marchés, du fret aérien et de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens*, A39-WP/5, 05 juillet 2016.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par l'État du Qatar, Assemblée, 40^{ème} session, Commission Économique, *Élaboration d'une convention internationale sur les investissements étrangers dans les entreprises de transport aérien*, A40-WP/182, 31 juillet 2019.

¹⁷¹ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), *Rapport d'avancement sur l'élaboration d'accords internationaux concernant la libéralisation de l'accès aux marchés, du fret aérien et de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens*, *op. cit.*

¹⁷² OACI, Résolutions adoptées par l'Assemblée, Édition provisoire, Octobre 2016, https://www.icao.int/meetings/a39/documents/resolutions/a39_res_prov_fr.pdf

¹⁷³ Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par le Conseil de l'OACI, Assemblée, 40^{ème} session, Commission Économique, *Rapport d'avancement sur l'élaboration d'accords internationaux concernant la libéralisation de l'accès aux marchés, du fret aérien et de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens*, A40-WP/16, 21 juillet 2019.

¹⁷⁴ *Ibid.*

l'élaboration d'un accord mais la réalisation de celui-ci dépend nécessairement des débats autour des difficultés rencontrées.

II – Les débats actuels quant à la libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle

Des travaux ont été entrepris par l'intermédiaire de l'Organisation de l'aviation civile internationale. Actuellement, il a été entrepris la réalisation de deux instruments juridiques relatifs à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens. Les instruments en travaux sont un accord international dans le but de libéraliser les règles de propriété et de contrôle et une convention sur les investissements étrangers dans les transporteurs aériens. Toutefois, l'élaboration de tels instruments est ralentie par les craintes des États à l'égard de certains comportements.

Tout d'abord, il existe une crainte à l'égard du risque de prolifération de pavillons de complaisance tel que ceux créés dans le transport maritime. En effet, ceux-ci seraient employés par des acteurs souhaitant se soustraire aux règles internes prévues par les États telles que les normes sociales ou environnementales. Ces mécanismes deviennent plus encore problématiques lorsqu'ils permettent la conformité des acteurs à des règles de sécurité moins importantes. De plus de nombreuses craintes ont été relevées à l'égard de comportements de « profiteurs » souhaitant pénétrer le marché sans avoir négocié au préalable leur entrée. Par exemple, les Etats-Unis ayant négocié un accord bilatéral avec la Corée du Sud et accordant des droits de trafic illimités sur leurs marchés respectifs ne souhaiteraient pas que des ressortissants chinois dans lequel les Etats-Unis et la Chine ont un accord bilatéral restreignant les aéroports et les capacités hebdomadaires profitent de l'accord bilatéral de la Corée du Sud en accédant à la propriété ou en procédant à une prise de contrôle effectif d'une compagnie aérienne coréenne¹⁷⁵. Cet inconvénient est encore plus problématique dans un contexte où deux États seraient engagés dans le cadre d'un conflit.

¹⁷⁵ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 9.

Par ailleurs, même si des travaux ont été entrepris au niveau international, les clauses de nationalité prévoyant le droit de refus de certaines compagnies aériennes désignées sont encore beaucoup trop utilisées dans les accords bilatéraux. Plusieurs autres solutions ont été évoquées par les États dans les débats internationaux afin de libéraliser ces règles. Une proposition a été évoquée afin d'introduire la notion de lieu principal d'activité et de contrôle réglementaire effectif pour remplacer les clauses de désignation contenues au sein des accords bilatéraux¹⁷⁶. Par ailleurs, les débats autour de la libéralisation des normes sont essentiels pour les États en développement. Enfin, des discussions ont été soulevées quant à des inquiétudes relatives à la concurrence où la libéralisation risquerait de desservir les compagnies aériennes de certains États.

Les discussions entreprises à l'international sont essentielles à une réelle libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens. En effet, le contexte international influence directement les décisions entreprises par les États en interne et, *a fortiori*, la révision des règles communautaires.

TITRE 2 – UNE INFLUENCE DU CONTEXTE INTERNATIONAL DANS LES DÉCISIONS STRATÉGIQUES AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

La libéralisation des règles de propriété et de contrôle internationales évolue très lentement. Face à cette inertie des États, l'Union européenne a mis en place des négociations avec les États tiers quant aux règles relatives à la propriété et au contrôle (CHAPITRE 1). De plus, le contexte international influence directement les décisions entreprises par l'Union européenne concernant ces normes (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 - Les relations entre l'Union européenne et les États tiers dans les conventions bilatérales

À la suite de la création du marché unique européen, l'Union européenne a procédé à la mise en place d'une politique extérieure (SECTION 1). Afin de se

¹⁷⁶ HERMES Air Transport Organization, Presented by Airlines Association of Southern Africa (ASAA), Document R18-PP/02, *Libéralisation de la propriété et du contrôle : A quelle vitesse et jusqu'où pour l'Afrique ?*, 2018.

conformer au principe de la liberté d'établissement, celle-ci a mis en place le principe de désignation européenne (SECTION 2).

SECTION 1 - La mise en place d'une politique extérieure de l'Union européenne

On remarque qu'il existe une inadéquation entre les accords bilatéraux qui ont été mis en place par les États membres et le nouveau contexte européen à la suite de la création d'un marché unique (I). Cette inadéquation a donné lieu à des négociations entreprises par l'Union européenne par le biais d'accords horizontaux (II).

I - Une inadéquation des accords bilatéraux sur les services aériens en raison de la consécration du principe de liberté d'établissement

Avant l'instauration du marché commun européen, les États membres de l'Union européenne avaient instauré des accords bilatéraux avec les États tiers, dans lesquels ont été intégrées des clauses de nationalité. Or, ces clauses ont été jugées contraires au principe de liberté d'établissement en 2002 dans les huit arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes dits « arrêts ciel ouvert »¹⁷⁷. En effet, les accords bilatéraux ne conféraient des droits qu'au bénéfice d'un seul État membre et cela a été jugé contraire au principe de la liberté d'établissement. Elle a indiqué que ces clauses incarnaient une discrimination empêchant les transporteurs des autres États membres établis dans l'État d'accueil de bénéficier du même traitement que les transporteurs détenus par des ressortissants nationaux. La Cour de justice des Communautés européennes a énoncé que les accords bilatéraux énonçant des droits uniquement au bénéfice d'un seul État membre était contraire au droit de l'Union européenne. Ainsi, « trois piliers » de la politique de l'Union européenne ont été dégagés tels que rendre les accords bilatéraux existants conformes au droit communautaire en remplaçant les clauses de nationalité par des clauses communautaires, conclure des accords globaux en matière d'aviation avec des partenaires stratégiques clés et enfin créer un espace aérien commun au sein de l'Union

¹⁷⁷ Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), Affaires n°C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 et C-476/98, Commission contre Royaume-Uni, Danemark, Suède, Finlande, Belgique, Luxembourg, Autriche, Allemagne, 05 novembre 2002.

européenne et avec les pays voisins¹⁷⁸. À la suite de ces arrêts fondateurs, on observe le commencement d'une réelle politique de l'Union européenne par l'élaboration d'accords multilatéraux.

II - Une modification initiée par l'Union européenne par le biais des accords horizontaux

Les arrêts « ciel ouvert » ont été précurseurs d'une réelle politique de l'Union européenne dans l'élaboration d'accords multilatéraux. C'est sur la base de ces arrêts que l'Union européenne a commencé à élaborer une réelle politique extérieure en matière d'aviation en rétablissant une sécurité juridique par le remplacement des clauses de désignation nationale par des clauses de désignation communautaire¹⁷⁹. En effet, ces arrêts ont précédé l'attribution d'un mandat confié par le Conseil européen à l'Union européenne en 2003 afin de négocier des accords horizontaux. Ainsi, elle a pu élaborer des accords avec ses principaux partenaires commerciaux internationaux. Parmi ces accords, certains contiennent des clauses permettant des investissements totalement libéralisés. Toutefois, certains partenaires persistent à appliquer des dispositions restrictives pour la propriété et le contrôle des transporteurs¹⁸⁰. Ce mandat a été déterminant dans la conclusion d'un accord entre les États-Unis et les États membres afin d'établir « un espace aérien sans frontières »¹⁸¹. L'Union européenne va alors conclure un accord horizontal visant à remplacer les accords bilatéraux conclus avec chacun des États membres. Cet accord conclu entre les États-Unis et l'Union européenne est alors entré en vigueur le 30 mars 2008. Aujourd'hui, il existe de nombreux accords multilatéraux mis en place (Annexe 1). Grâce à cet accord, tout transporteur aérien communautaire peut désormais effectuer des vols depuis n'importe quel aéroport situé sur le territoire de l'Union européenne vers les États-Unis, sans restriction sur le nombre d'appareils et de routes opérés¹⁸².

¹⁷⁸ HERMES Air Transport Organization, Presented by African Airline Association (AFRAA), Document R18-PP/08, *Airline ownership and control and the Single African Air Transport Market Agenda*, 2018.

¹⁷⁹ HERMES Air Transport Organization, Presented by European Civil Aviation Conference (ECAC), Document R18-PP/06, *Ownership and control in airlines*, 2018.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ X. DELPECH, « Ratification par la France de l'accord « ciel ouvert » en matière de transport aérien transatlantique », *Dalloz Actualité*, 09 avril 2008.

¹⁸² *Ibid.*

SECTION 2 - La création de la notion de désignation européenne

À la suite de l'établissement du marché intérieur communautaire, l'Union européenne a procédé à la création de la notion de désignation européenne (I). Les États membres de l'Union européenne ont donc eu pour obligation de modifier leurs clauses de nationalités incluses dans les accords bilatéraux par des clauses de désignation européenne (II).

I - La notion de désignation européenne

La création d'un marché unique européen par l'intermédiaire du troisième paquet de mesures a permis la mise en place de la notion de « transporteur aérien communautaire ». A cet égard, les clauses de nationalité contenues dans les accords bilatéraux entre les États membres et les États tiers ont été jugées contraires au principe de liberté d'établissement, en ne procurant des avantages que pour les transporteurs détenus par les ressortissants de l'État cocontractant à l'accord de services aériens. En effet, ces clauses de nationalités entraînaient des discriminations à l'égard des transporteurs établis dans l'État d'accueil partie à l'accord bilatéral mais détenus par les ressortissants d'un autre État membre. L'instauration d'une telle notion est essentielle afin de comprendre la politique extérieure menée par l'Union européenne en matière de propriété et de contrôle des transporteurs aériens. Grâce à celle-ci, un État membre peut désigner tout transporteur communautaire établi sur son territoire, même s'il n'est pas détenu substantiellement ou contrôlé effectivement par celui-ci. La notion « d'établissement » est définie à l'article 2 du règlement n°1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté comme « l'administration centrale ou le siège statutaire d'un transporteur aérien communautaire situé dans l'État membre au sein duquel ce transporteur aérien communautaire exerce les principales fonctions financières et le contrôle de l'exploitation, y compris la gestion du maintien de la navigabilité »¹⁸³. Toutefois, cette définition manque de précision. C'est pourquoi la Direction générale

¹⁸³ Article 2, Règlement européen n°1008/2008, du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la communauté (refonte), JOUE n° L 293, 31 octobre 2008.

de l'aviation civile (DGAC) a contribué à apporter des précisions par l'intermédiaire du décret n°2006-1425 du 21 novembre 2006 relatif aux bases d'exploitation des entreprises de transport aérien et modifiant le code de l'aviation civile¹⁸⁴. La notion de « base d'exploitation » qui y est alors inscrite a été introduite par l'alinéa 2 de l'article R. 330-2-1 du Code de l'aviation civile comme « l'exercice d'une activité habituelle, stable et continue de transport aérien mettant en œuvre des moyens techniques, matériels et humains, dont le recours à des salariés ayant le centre effectif de leur activité professionnelle sur l'aérodrome concerné »¹⁸⁵. Ainsi, à titre d'exemple, pour être établi en France, un transporteur aérien doit exercer une activité stable, habituelle et continue à partir d'au moins une base d'exploitation, regroupant sur le territoire français des moyens techniques, financier et humains dont des salariés ont leur centre effectif de leurs activités professionnelles en France¹⁸⁶.

Par ailleurs, le transporteur désigné doit répondre à la qualification de transporteur aérien communautaire, c'est-à-dire « un transporteur titulaire d'une licence d'exploitation en cours de validité et délivrée par un État membre conformément au règlement (CEE) n°2407/92 du Conseil du 23 juillet 1992 »¹⁸⁷. Le règlement (CEE) n°2407/92 prévoit, quant à lui, que les conditions relatives à la propriété et au contrôle à remplir afin d'obtenir la qualification de transporteur aérien communautaire et d'obtenir une licence d'exploitation est tout d'abord que le principal établissement de la compagnie aérienne ou, à défaut, son siège social se situe dans un État membre¹⁸⁸. De plus, l'activité principale du transporteur doit être le transport aérien « seul ou combiné avec toute autre exploitation commerciale d'aéronef ou la réparation et l'entretien d'aéronefs »¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Décret n°2006-1425 du 21 novembre 2006 relatif aux bases d'exploitation des entreprises de transport aérien et modifiant le code de l'aviation civile (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat), JO 23 novembre 2006.

¹⁸⁵ Code de l'aviation civile, Article R. 330-2-1.

¹⁸⁶ P. DUPONT, G. POISSONNIER, « Transport aérien de passagers – La notion d'établissement d'une compagnie aérienne devant le juge administratif », *Revue LexisNexis Energie – Environnement – Infrastructures*, n°7, Juillet 2022, Comm. 57.

¹⁸⁷ Règlement (CEE) n°2408/92 du Conseil, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, 23 juillet 1992.

¹⁸⁸ Règlement du Conseil (CEE) n°2407/92, concernant les licences des transporteurs aériens, 23 juillet 1992.

¹⁸⁹ *Ibid.*

Par ailleurs, cette désignation européenne répond à une procédure particulière afin d'assurer une transparence des négociations et assurer la conformité au droit communautaire. En effet, lorsqu'un État membre entame des négociations dans le cadre d'un accord bilatéral avec un État tiers, celui-ci doit en informer la Commission européenne au plus tard un mois avant la rencontre tout en communiquant l'ensemble des documents relatifs à ces négociations. Cette notification a également pour but que les négociations soient portées à la connaissance des États membres afin que ceux-ci ou la Commission européenne puissent faire parvenir leurs observations tandis que les parties intéressées tels que l'ensemble des transporteurs établis sur le territoire de l'État négociant seront associés aux discussions. La mise en place de la notion de désignation européenne permet donc de nombreux avantages tels qu'une plus grande égalité de traitement entre les transporteurs aériens communautaires et une suppression des discriminations. Toutefois, on peut relever des faiblesses à ce système en raison du contexte international et du droit de refus attribué aux États dans les accords bilatéraux.

II - Les faiblesses de la mise en place de la notion de désignation européenne

La mise en place de la notion de désignation européenne était nécessaire afin de servir les objectifs de l'Union européenne tels que la liberté d'établissement. Toutefois, il existe des faiblesses dès lors qu'une modification de certains accords bilatéraux est toujours en cours. Par ailleurs, cette notion de désignation européenne n'est pas unanime auprès des États tiers, lesquels refusent parfois une telle notion au sein des accords bilatéraux.

Afin d'éviter les discriminations fondées sur la nationalité des transporteurs communautaires, l'Union européenne a eu la volonté de modifier l'ensemble des accords bilatéraux pour remplacer la clause de nationalité par une clause de désignation européenne. Ainsi, toute compagnie aérienne établie dans un État membre peut être désignée en vertu de cette clause, même si la propriété substantielle appartient à un autre État membre. Les États de l'Union européenne ont alors dû procéder à des négociations avec les États tiers afin de modifier l'ensemble des anciennes clauses de nationalité contenues dans leurs accords bilatéraux par la clause de désignation

européenne élaborée au niveau de l'Union¹⁹⁰. Bien que l'Union européenne ait procédé à la modification d'un grand nombre de ces accords bilatéraux, il en existe encore dont la modification n'a pas encore eu lieu. C'est pourquoi il existe une faiblesse dans la mise en place de ce système où des accords bilatéraux n'ont pas encore été modifiés et ceux-ci empêchent l'ensemble des transporteurs communautaires de profiter pleinement du système ayant aboli la clause de nationalité¹⁹¹. Les objectifs poursuivis par l'Union européenne semblent donc avoir été partiellement atteints dès lors que tous les accords bilatéraux ne contiennent pas cette clause de désignation européenne.

De plus, si la modification des règles intracommunautaires à l'égard des États membres semble assez aisée, on remarque que la deuxième catégorie de limitations à la propriété et au contrôle, que sont les réglementations internationales, posent un problème quant à l'application de cette notion. En effet, malgré les négociations entreprises par les États membres afin de procéder à une modification des accords bilatéraux, plusieurs États tiers refusent la clause de désignation européenne et ne se contentent que d'accepter les clauses de nationalité. Ainsi, ces réticences créent une rupture d'égalité entre les différents transporteurs communautaires établis sur le territoire d'un État membre. Il apparaît difficile d'imposer à l'ensemble des États tiers la notion de désignation européenne dans un système ancien d'accords bilatéraux où ont toujours été introduites des clauses de désignation nationale. C'est pourquoi le système international influence directement les décisions que sont engagées au niveau régional ou national.

CHAPITRE 2 - L'influence du système des conventions bilatérales sur les décisions stratégiques dans l'Union européenne au regard des droits de trafic

Les réglementations internationales ont un impact conséquent sur l'évolution des réglementations internes ou régionales. C'est pourquoi il est possible d'observer des bénéfices ineffectifs issus de la mise en place d'une désignation nationale quant

¹⁹⁰ HERMES Air Transport Organization, Presented by European Civil Aviation Conference (ECAC), Document R18-PP/06, *Ownership and control in airlines*, 2018.

¹⁹¹ World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 14.

aux structures des transporteurs aériens communautaires (SECTION). Il est également possible de remarquer que le contexte international ait un impact sur la révision du règlement n°1008/2008 (SECTION 2).

SECTION 1 – L’ineffectivité du système de désignation européenne face à la nécessité du maintien des droits de trafic des transporteurs aériens communautaires

L’instauration de la désignation européenne présente des faiblesses quant à la nécessité pour les acteurs communautaires de conserver des droits de trafic. Si l’instauration d’un marché intérieur a été mise en place afin de donner la possibilité aux transporteurs de réaliser des fusions intracommunautaires, la création de la clause de désignation européenne a eu des impacts négatifs sur cet objectif. En effet, cela a pu impacter les décisions stratégiques des transporteurs aériens à cet égard (I). L’exemple de la fusion ayant eu lieu entre les compagnies aériennes Air France et KLM Royal Dutch Airlines démontre ces difficultés (II).

I - Des décisions stratégiques sur les structures des transporteurs aériens impactées

L’introduction de la notion de désignation européenne a eu un impact sur les décisions stratégiques adoptées par les compagnies aériennes communautaires. Ces effets se manifestent notamment lors de fusions intracommunautaires. En effet, certains États tiers n’acceptent pas la clause de désignation communautaires et le contexte international influence directement les décisions des transporteurs européens. Face à la nécessité de conserver leurs droits de trafic, certains transporteurs sont réticents à effectuer des opérations de concentration. C’est pourquoi ils adoptent des stratégies telles que la mise en place de structures complexes ou encore le système des alliances. C’est pourquoi le secteur aérien a tout particulièrement favorisé les alliances au détriment du mécanisme des fusions-acquisitions, qui est beaucoup plus répandu dans les autres secteurs. Toutefois, ces stratégies ne peuvent pas remplacer les bénéfices apportés par une réelle opération de fusion entre plusieurs transporteurs. Des fusions intracommunautaires ont tout de même eu lieu au cours de ces quinze dernières

années¹⁹². Malgré cela, à la différence des concentrations latino-américaines, les concentrations européennes ont adopté des structures organisationnelles sous-optimales et ont sacrifié des gains d'efficacité pour préserver leurs droits de trafic dans le cas où un État tiers refuserait l'application de la désignation européenne¹⁹³. Dans ces « quasi-fusions », les compagnies aériennes veillent à ce que la nationalité antérieure soit préservée afin de ne pas créer d'inquiétudes envers les États tiers¹⁹⁴. Ainsi, il ne s'agit pas d'une réelle fusion car les transporteurs gardent un fonctionnement distinct entre eux.

II – Des exemples de « quasi-fusions » intracommunautaires

Les limitations internationales à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires représentent un frein à la libéralisation souhaitée sur le marché européen. En effet, si des concentrations intracommunautaires ont abouti, celles-ci n'ont pas donné lieu à des structures totalement fusionnées par crainte de perdre des droits de trafic. A cet égard, plusieurs exemples démontrent les incidences de telles limitations internationales sur les décisions stratégiques des acteurs communautaires malgré la libéralisation des règles internes. C'est le cas de la fusion des compagnies aériennes Air France et KLM en 2004 et qui a eu pour effet de créer le plus grand groupe aérien en Europe à cette époque¹⁹⁵. La crainte de ces transporteurs était la perte de leurs droits de trafics et notamment ceux étant attachés aux aéroports hollandais¹⁹⁶. Il a donc fallu créer une fusion de ces transporteurs qui leur permettraient d'opérer sous leur nationalité antérieure à la concentration. C'est pourquoi le montage qui a été créé dissocie le contrôle juridique, c'est-à-dire les droits de vote, des intérêts économiques qui sont le capital tout en permettant une prise de contrôle progressive de la compagnie aérienne KLM par Air France. Le montage qui avait été créé prévoyait, dès lors, que 51% des droits de vote du transporteur aérien KLM seraient détenus pendant une période intermédiaire de 3 ans par deux fondations ayant pour

¹⁹² World Economic Forum, *Industry Agenda, A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016, p. 14.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 164.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p.165.

nationalité les Pays-Bas et par l'État néerlandais¹⁹⁷. La structure créée a tout de même permis la conservation de l'ensemble des droits de trafic vers les États-Unis et de couvrir davantage de liaisons transatlantiques¹⁹⁸. C'est pourquoi la société holding nouvellement née est distincte des deux transporteurs Air France et KLM. Sur ce même modèle, d'autres opérations de concentrations intracommunautaires ont eu lieu telles que l'absorption par la compagnie aérienne Lufthansa de Brussel Airlines, Austrian Airlines et Swiss ou encore la création du Groupe IAG qui regroupe les compagnies aériennes British Airways, Iberia, Vueling et Air Lingus¹⁹⁹. Pour ce dernier, la holding créée possède un nom distinct de celui des transporteurs qui la compose. Toutefois, la structure reste la même et la finalité reste toujours de conserver la nationalité d'origine des transporteurs pour ne pas risquer la perte de droits de trafics.

Ces exemples démontrent donc très clairement qu'une libéralisation des réglementations internes telles que les réglementations communautaires sont tout de même impactées par les réglementations internationales relatives à la propriété et au contrôle et que cela se manifeste notamment par l'adoption de structures capitalistiques de transporteurs ineffectives. Il est donc essentiel de prendre en compte le contexte des réglementations internationales dans le cadre de la révision du règlement n°1008/2008.

SECTION 2 - Une nécessaire prise en compte du contexte international dans le cadre de la révision du règlement n°1008/2008

Il existe des limitations internationales qui freinent la libéralisation des normes communautaires (I). Toutefois, la libéralisation des limitations internes semble être prometteuse en tant que premier pas vers une logique de libéralisation des limitations internationales (II).

¹⁹⁷R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 165.

¹⁹⁸ J. COUTON, *L'évolution de la politique européenne de concurrence dans le secteur aérien*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019, p. 28.

¹⁹⁹ *Ibid.*

I - Une libéralisation limitée en pratique par le contexte international

Il existe deux types de limitations aux investissements étrangers au sein de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens tels que les réglementations internes et les réglementations internationales. Or, ces deux types de limitations ne sont pas totalement détachées l'une et l'autre. En effet, il existe une influence des réglementations internationales sur les réglementations internes telles que les réglementations communautaires en matière de propriété et de contrôle. La source de cette influence provient du système bilatéral international et des clauses de nationalité y étant insérées. A cet égard, la menace d'une perte des droits de trafic par l'utilisation du droit de refus empêche la libéralisation des systèmes internes. C'est pourquoi, à ce jour, il n'existe qu'un seul État dans le monde ayant libéralisé entièrement les règles relatives à la propriété et au contrôle. Il est donc pertinent de se demander si des compagnies aériennes alors désignées par des États qui auraient totalement libéralisé de telles règles seraient acceptées par les autres États. Le rejet systématique des compagnies aériennes désignées par un État dont les règles relatives à la propriété et au contrôle seraient totalement libéralisées par les autres États tiers pourrait avoir un effet contre-productif. En effet, pour l'État qui aura libéralisé ses réglementations, cette décision pourrait bien être inutile car elle dessert bien plus les transporteurs que si les réglementations restent en place. Il apparaît donc pertinent de questionner l'opportunité d'une libéralisation de ces règles.

Par ailleurs, face à une libéralisation de telles normes, les réticences peuvent également provenir des acteurs du secteur. En effet, comme on a également pu l'observer dans le cas des réticences à effectuer des opérations de concentration par peur de se voir retirer des droits de trafic jusqu'alors acquis, les transporteurs pourraient décider de ne pas profiter pleinement du nouveau cadre réglementaire leur étant offert. Il est donc possible de douter de la pertinence d'une libéralisation totale des règles communautaires de propriété et de contrôle sans une réelle modification du système de réglementations internationales. Sans un mouvement homogène de l'ensemble des États, il est à craindre qu'une libéralisation unilatérale des réglementations internes soit au mieux inefficace pour les transporteurs aériens par une inapplication en pratique de limitations par compagnies aériennes ou que, dans le pire des cas, elles desservent grandement les transporteurs qui profiteraient du nouveau

cadre réglementaire par un refus de leur désignation. C'est pourquoi le rôle de l'OACI est essentiel dans l'ouverture des consciences de l'ensemble des États et dans la sensibilisation aux effets néfastes du protectionnisme au sein des règles relatives à la propriété et du contrôle des transporteurs aériens. En effet, sans une réelle avancée des réglementations internationales, il ne sera pas possible de permettre une libéralisation pérenne des réglementations internes telles que celles mises en place par l'Union européenne. A cet égard, il est important que cette institution rappelle le nombre élevé de restrictions imposées par les États dans ce domaine. Il est important de prendre en compte ces éléments tels qu'une possible inefficacité de la libéralisation dans le cadre de la révision des règles communautaires relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens. Par ailleurs, si ces limitations ne sont pas indépendantes l'une et l'autre, il existe une influence des normes internationales sur les réglementations internes, il existe également une influence des normes internes sur les réglementations internationales.

II - Le possible impact positif de la libéralisation des règles de propriété et de contrôle communautaires sur les discussions internationales

Si les réglementations internationales ont un impact sur la libéralisation des règles internes relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens, il est également intéressant de questionner les impacts possibles des réglementations internes à l'égard de la libéralisation des réglementations internationales. En effet, on peut se demander si un mouvement de libéralisation des réglementations internes des États ou régionales telles que les réglementations communautaires pourraient permettre de créer un mouvement propice à la libération de la deuxième catégorie de réglementations que sont les règles internationales. Ce postulat peut être confirmé dès lors que c'est précisément cette suppression des limitations internes qui alimente le débat autour de la suppression de la deuxième catégorie de limitation afin que la suppression des premières soit effective et prenne tout son sens. Sans une réelle volonté des États de libéraliser leurs réglementations étatiques, il n'existe pas de réelle nécessité de libéraliser les réglementations internationales, car elles sont le prolongement des premières.

Par ailleurs, la libéralisation effectuée par les États dans leurs réglementations étatiques permet d'alimenter les débats internationaux par leurs expériences acquises dans ce domaine. En effet, la libéralisation des règles au niveau international reste un concept abstrait pour de nombreux États qui, depuis le début du développement de l'aviation civile internationale, ont utilisé le système international de conventions bilatérales et leurs clauses de nationalités. Afin de convaincre ces États réticents et protectionnistes, l'expérience acquise des États ayant libéralisé leurs règles internes est fondamentale car elle représente les premières véritables formes de libéralisations observables dans ce domaine. Ces expériences permettent de prévoir les éventuels néfastes et bénéfiques que l'ensemble des États et des acteurs du secteur pourraient rencontrer dans le cadre d'une libéralisation globale des réglementations en la matière. Ainsi, la libéralisation, même unilatérale, des règles de propriété et de contrôle communautaires pourraient permettre une avancée majeure dans l'élan de libéralisation des réglementations internationales.

Par ailleurs, il apparaît intéressant d'envisager qu'une libéralisation unilatérale des réglementations communautaires permette l'avènement de libéralisations d'autres normes régionales afin que les négociations puissent, à l'avenir, s'effectuer entre les différents blocs régionaux. Cette solution permettrait une meilleure harmonisation des règles dans ce domaine, au profit des populations et de leurs économies²⁰⁰. Cette considération devrait être prise en compte dans le cadre d'une volonté de libéraliser les règles relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires lors de la révision de règlement n°1008/2008.

²⁰⁰ HERMES Air Transport Organization, SUMMARY, Ownership and control in airlines, *The Regulatory Environment for a Successful Airline Industry*, Document R18-S, 2018.

CONCLUSION

Les limitations internes et internationales relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens communautaires sont deux limitations différentes qu'il convient de distinguer afin de comprendre les enjeux relatifs à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens et notamment la modification des règles communautaires dans ce domaine. Les réglementations internes sont des normes mises en place par les États dans le processus de délivrance d'autorisations d'exploitations. A cet égard, les transporteurs qui demandent une telle autorisation auprès d'un État sont généralement confrontés à une obligation de propriété substantielle ou de contrôle effectif par les ressortissants de ce même État. Il existe des effets néfastes à de telles réglementations protectionnistes telles qu'une restriction à des sources nécessaires de financement en cas de crise majeure impactant le secteur. Par ailleurs, on observe des incidences sur la position concurrentielle des transporteurs mais également un possible impact quant aux mesures environnementales. Les réglementations communautaires mises en place par le troisième paquet de mesure a permis le passage de normes étatiques à des normes harmonisées au niveau régional. Elles correspondent donc toujours à une limitation interne mais elles concernent tout un marché unique européen. A cet égard, le Règlement européen n°1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la communauté a repris ces règles relatives à la propriété et au contrôle mises en place en 1992. Face à une évolution du marché sur différents aspects tel qu'un retard du secteur de l'aérien face aux autres secteurs, une privatisation des transporteurs aériens, un changement du cadre concurrentiel et une succession de crises dont l'impact majeur de la crise sanitaire depuis la mise en place des normes communautaires ont amené la Commission européenne à vouloir réviser le Règlement européen n°1008/2008.

Toutefois, il existe une deuxième catégorie de normes que sont les réglementations internationales mises en place par le biais de clauses de nationalité et insérées dans des accords bilatéraux sur les services aériens. Ces clauses de nationalité prévoient que les États ont la charge de désigner des transporteurs qui exploiteront des droits de trafic sous réserve de l'utilisation du droit de refus de l'État cocontractant lorsque l'exigence de propriété substantielle ou de contrôle effectif fait défaut. Ainsi,

il est généralement demandé, dans le cadre de ces accords bilatéraux, que les États désignent des transporteurs détenus substantiellement ou contrôlés effectivement par leurs ressortissants. Ce système de référence depuis très longtemps a été mis en place dans certaines régions du monde depuis le commencement de l'aviation civile internationale afin de pouvoir protéger le pouvoir de souveraineté des États et rattacher les transporteurs désignés à un partenaire dans le cadre de ces accords. Sans un tel cadre international et la mise en place de mécanismes adaptés, on peut craindre un développement de « pavillons de complaisance » ou encore de comportements de « profiteurs ». Pourtant, la libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle permettrait de nombreux avantages.

Ainsi, les deux types de normes se distinguent et s'influencent mutuellement lorsqu'il s'agit de les modifier. C'est pourquoi on retrouve un certain blocage à la modification des normes internes communautaires. S'il existe de nombreuses discussions au sein desquelles il est énoncé que les réglementations internes peuvent être libéralisées selon le souhait des États, cela n'est pas le cas en pratique. En effet, la mise en place d'une telle libéralisation des réglementations internes sans une libéralisation des réglementations internationales, les transporteurs pourraient ne pas appliquer en pratique ce nouveau cadre réglementaire leur étant offert. De tels comportements ont été notamment observés lors de l'instauration du marché intérieur européen avec l'échec de la création de réelles concentrations au sein de l'Union européenne face au contexte international et à la crainte des acteurs de se voir retirer leurs droits de trafic. L'application de ce nouveau cadre plus libéral leurs serait plus défavorable que bénéfique car les transporteurs s'exposeraient au risque de se voir empêcher d'exploiter à l'international dans un contexte où les États tiers auraient négocié un droit de refus.

C'est pourquoi il semble peu probable qu'une libéralisation totale des règles communautaires de propriété et de contrôle des transporteurs aériens intervienne à l'occasion de la révision du règlement n°1008/2008 sans une libéralisation préalable des limitations internationales. Toutefois, à terme, de nombreux acteurs du secteur prévoient une convergence vers une libéralisation totale des règles relatives à la propriété et au contrôle. Il est également intéressant de relever que les normes

internationales peuvent être influencées, à l'inverse, par les normes internes. En effet, la volonté de modifier le système de réglementations internationales actuel peut provenir de libéralisations progressives des normes étatiques ou régionales qui amènera un mouvement de libéralisation et une demande à la modification du système bilatéral international mais pourra également mener à une harmonisation des normes entre les différents blocs régionaux.

En outre, il existera donc une réelle pertinence de la modification des règles communautaires dans ce domaine dès lors qu'il existera une volonté d'un changement majeur au niveau international. A ce titre, l'OACI devra jouer un rôle majeur dans l'ouverture des consciences sur les effets néfastes de telles restrictions et par une coordination vers une libéralisation progressive de ces normes. A cette fin, il serait intéressant que ces problématiques soient évoquées lors de la 41^{ème} Assemblée de l'OACI qui aura lieu en septembre 2022 dans le cadre de son objectif stratégique de développement économique du transport aérien.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE.....	3
TABLE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES UTILISÉS	4
INTRODUCTION	5
I – Une dualité de réglementations relatives à la propriété et au contrôle des transporteurs aériens	5
II – Le passage de réglementations étatiques à l’instauration d’une réglementation communautaire	6
III – L’intérêt et les difficultés relatives à la modification des règles de propriété et de contrôle	8
IV – Les questionnements poursuivis quant à la modification des règles communautaires relatives à la propriété et au contrôle	11
PARTIE 1 – UNE LIMITATION ÉTATIQUE ET RÉGIONALE À LA PROPRIÉTÉ ET AU CONTROLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS	12
TITRE 1 – LA CRÉATION DE NORMES ÉTATIQUES ET RÉGIONALES	12
CHAPITRE 1 – Des réglementations étatiques hétérogènes	12
SECTION 1 - Le système de limitation interne de la propriété et du contrôle	12
I - Une limitation par la délivrance d’autorisations d’exploitation	13
II - Les objectifs d’une limitation par les réglementations internes	14
SECTION 2 - Des seuils de limitation des investissements étrangers hétérogènes	15
I - Des États protectionnistes attachés à leur souveraineté	15
II - Un mouvement de libéralisation des règles internes de propriété et de contrôle	16

A – Des limitations modérées aux investissements étrangers	17
B - Des approches proactives de libéralisation des règles de propriété et de contrôle	17
CHAPITRE 2 - L’instauration d’une réglementation communautaire	20
SECTION 1 - Un système communautaire ancien de limitation à la propriété et au contrôle	21
I - La mise en place progressive d’une limitation interne communautaire..	21
II – Les réglementations en vigueur au sein du règlement n°1008/2008	24
SECTION 2 - Une réglementation inadaptée au regard de l’évolution du marché	26
I - Les objectifs de la mise en place d’une réglementation communautaire	26
II - Une évolution du marché face à l’instauration de la réglementation communautaire	28
A - Une inertie des réglementations face aux autres secteurs.....	28
B - Une privatisation des transporteurs aériens	29
C - Un changement du cadre concurrentiel.....	30
D - L’impact de la crise sanitaire	31
TITRE 2 – UNE VOLONTÉ DE RÉVISER LES RÈGLES DE PROPRIÉTÉ ET DE CONTRÔLE COMMUNAUTAIRES	34
CHAPITRE 1 - Un bilan mitigé des apports de la réglementation communautaire	34
SECTION 1 - Des bénéfices et des inconvénients justifiant une discussion autour de la révision du règlement	34
I - Les apports de la réglementation en vigueur	34
II - Les problèmes rencontrés dans l’application du règlement.....	36
A - Un manque de clarté de la réglementation	36
1 - Un manque de clarté dans les notions de propriété substantielle et de contrôle effectif	37

a) <i>La notion de propriété substantielle</i>	37
b) <i>La notion de contrôle effectif</i>	38
2 - Une application hétérogène de la réglementation en Europe	39
3 - L'échec de la mise en place de lignes directrices	40
B - Une incidence au regard de la réalité économique et concurrentielle des transporteurs	41
1 - Une incidence sur la viabilité économique des transporteurs.....	41
2 - Une incidence sur la position concurrentielle des transporteurs	42
3 - Une incidence environnementale.....	43
SECTION 2 - Les enjeux et les risques d'une modification des règles de propriété et de contrôle	44
I - Les enjeux de la libéralisation des règles de propriété et de contrôle	44
A – Des enjeux relatifs à une meilleure solvabilité des transporteurs	44
B – Des enjeux relatifs à une plus grande efficacité des transporteurs ...	45
II - Les risques d'une modification des règles de propriété et de contrôle ..	46
A – Des risques relatifs à un évincement des réglementations	46
B – Des risques relatifs à la concurrence	46
1 – Le risque d'une concurrence excessive.....	47
2 – Le risque de comportements anti-concurrentiels	48
CHAPITRE 2 - Les solutions envisagées pour la modification des règles de propriété et de contrôle communautaires	49
SECTION 1 - Des solutions envisagées pour une libéralisation partielle des règles de propriété et de contrôle existantes	49
I - Une adaptation des règles de propriété et de contrôle existantes.....	49
A - Une clarification des réglementations en vigueur	49
B - Un abaissement des seuils de propriété	50
C - Une suppression de l'exigence de propriété substantielle	50

II - La mise en place de mécanismes supplémentaires à la réglementation préexistante	51
A - Une évaluation préventive à l'accès à la propriété substantielle	51
B - Une autorisation de l'accès aux fonds institutionnels et aux fonds de pension	52
SECTION 2 - Les solutions envisagées pour une libéralisation totale des règles de propriété	52
I - Une suppression des règles grâce à la mise en place de mécanismes	53
A - Une suppression des règles par un meilleur contrôle et une amélioration de la procédure de filtrage des investisseurs étrangers	53
B - Une suppression des règles par le maintien des conditions de réciprocité	54
II - Une suppression des règles par la mise en place de la notion d'établissement principal ou de nationalité réglementaire	55
PARTIE 2 – UNE LIMITATION INTERNATIONALE DES RÈGLES DE PROPRIÉTÉ ET DE CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS	57
TITRE 1 – UNE LIBÉRALISATION STAGNANTE DES LIMITATIONS À LA PROPRIÉTÉ ET AU CONTRÔLE DES TRANSPORTEURS AÉRIENS DANS LE CONTEXTE INTERNATIONAL	57
CHAPITRE 1 - La mise en place de limitations par l'insertion de clauses au sein des accords bilatéraux sur les services aériens.....	57
SECTION 1 - Les clauses relatives à la propriété et au contrôle au sein des accords bilatéraux	58
I - L'origine de la mise en place d'un tel système de limitation internationale	58
II - Les clauses relatives à la limitation des investissements étrangers dans les accords bilatéraux	59
SECTION 2 - Des règles aujourd'hui inadaptées au secteur de l'aérien	63

I - Des avantages et des inconvénients au système international de réglementation de la propriété et du contrôle	63
A – Des avantages aux réglementations internationales existantes	63
B – Des inconvénients aux mesures protectionnistes internationales	64
II - Des contournements aux règles applicables	65
A - Les alliances.....	65
B - Les structures complexes	67
CHAPITRE 2 - Le rôle nécessaire de l'Organisation de l'aviation civile internationale dans la libéralisation internationale des règles de propriété et de contrôle	69
SECTION 1 - Le rôle de l'Organisation de l'aviation civile internationale dans les règles de propriété et de contrôle	69
I - Présentation de l'Organisation de l'aviation civile internationale	69
II – Les missions de l'Organisation de l'aviation civile internationale quant aux règles de propriété et de contrôle des transporteurs aériens	70
SECTION 2 - Des discussions internationales existantes.....	71
I – Les travaux entrepris dans le cadre des discussions internationales	71
II – Les débats actuels quant à la libéralisation des règles relatives à la propriété et au contrôle	73
TITRE 2 – UNE INFLUENCE DU CONTEXTE INTERNATIONAL DANS LES DÉCISIONS STRATÉGIQUES AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE	74
CHAPITRE 1 - Les relations entre l'Union européenne et les États tiers dans les conventions bilatérales.....	74
SECTION 1 - La mise en place d'une politique extérieure de l'Union européenne	75
I - Une inadéquation des accords bilatéraux sur les services aériens en raison de la consécration du principe de liberté d'établissement	75

II - Une modification initiée par l'Union européenne par le biais des accords horizontaux	76
SECTION 2 - La création de la notion de désignation européenne	77
I - La notion de désignation européenne	77
II - Les faiblesses de la mise en place de la notion de désignation européenne	79
CHAPITRE 2 - L'influence du système des conventions bilatérales sur les décisions stratégiques dans l'Union européenne au regard des droits de trafic.....	80
SECTION 1 – L'ineffectivité du système de désignation européenne face à la nécessité du maintien des droits de trafic des transporteurs aériens communautaires.....	81
I - Des décisions stratégiques sur les structures des transporteurs aériens impactées	81
II – Des exemples de « quasi-fusions » intracommunautaires	82
SECTION 2 - Une nécessaire prise en compte du contexte international dans le cadre de la révision du règlement n°1008/2008.....	83
I - Une libéralisation limitée en pratique par le contexte international	84
II - Le possible impact positif de la libéralisation des règles de propriété et de contrôle communautaires sur les discussions internationales.....	85
CONCLUSION	87
BIBLIOGRAPHIE.....	96
ANNEXES	103

BIBLIOGRAPHIE

I – TRAITÉS ET MANUELS

P. M. DUPONT, *Souveraineté et libertés dans la troisième dimension*, Droit aérien, Editions A. Pedone, 2015.

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Document n°9626, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, 2ème édition, 2004

II – THÈSES ET MÉMOIRES

D. ARDAINE, *Concentrations et acquisitions des compagnies aériennes et droit communautaire*, Institute of Air and Space Law McGill University, Montréal, 1993.

J. COUTON, *L'évolution de la politique européenne de concurrence dans le secteur aérien*, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019, p. 30.

M. HIRIART, *Introduction of metal neutrality on the transatlantic air market: Antitrust and regulatory concerns*, Thèse, Institute of Air and Space Law, McGill University, Montréal, 2015.

M. ITUMELENG, *The effect of airline alliances in civil aviation on fair competition: a legal analysis*, University of Pretoria, 2019.

R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011.

III – ARTICLES

Association du transport aérien (IATA), Initiative de « l'Agenda pour la Liberté » lancée en 2008, <https://www.iata.org/en/policy/smarter-regulation/agenda-freedom/>

P. BIPLAN, « Les compagnies Aériennes entre la Nation et la Mondialisation », *Hérodote*, n° 114, La Découverte, 2004.

CAPA – Center For Aviation, « Jetstar Hong Kong licence application rejected : Hong Kong becomes an island of protectionism in Asia », 29 juin 2015, <https://centreforaviation.com/analysis/reports/jetstar-hong-kong-licence-application-rejected-hong-kong-becomes-an-island-of-protectionism-in-asia-206546>

X. DELPECH, « Ratification par la France de l'accord « ciel ouvert » en matière de transport aérien transatlantique », *Dalloz Actualité*, 09 avril 2008.

F. DUCLOS, « Cabo Verde Airlines finalement renationalisée », *Air Journal*, 09 juillet 2021, <https://www.air-journal.fr/2021-07-09-cabo-verde-airlines-finalement-renationalisee-5229056.html> , consulté le 08 août 2022.

P. DUPONT, G. POISSONNIER, « Transport aérien de passagers – La notion d'établissement d'une compagnie aérienne devant le juge administratif », *Revue LexisNexis Energie – Environnement – Infrastructures*, n°7, Juillet 2022, Comm. 57.

J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Aspects nouveaux du bilatéralisme aérien », *Annuaire Français de Droit International*, 28, 1982, p. 914-933.

FARNBOROUGH INTERNATIONAL, « Post-Brexit airline ownership uncertainty is a “Real Issue” – HSBC », 14 février 2022, <https://www.wearefinn.com/topics/posts/post-brexit-airline-ownership-uncertainty-is-a-real-issue-hsbc/>

C. FAYOLLE, « La dérégulation du transport aérien en Europe (1987-1997) », *PUF*, n°209, 2003.

M. FINGER, J. MONTERO, T. SERAFIMOVA, « European transport regulation observer, Future Policy Options for the Review of EU Air Services Regulation », *FSR Transport*, Issue 2020/25, Juin 2020.

X. LEBRAY, « Transport aérien : restaurer une concurrence libre et loyale », *Fondation Robert Schuman, Question d'Europe* n°371, 16 novembre 2015.

IV – RAPPORTS PUBLICS

ACI EUROPE, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761198, *ACI EUROPE response to the European Commission call for evidence for an impact assessment of Regulation 1008/2008*, 2021.

Airline Coordination Platform (ACP), Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761178, 2021.

G. BURGHOUWT, P. MENDES DE LEON, J. DE WIT, *International Transport Forum (ITF), EU Air Transport Liberalisation Process, Impacts and Future Considerations*, n°2015-04, 2015.

Commission des Communautés européenne, Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen, *L'impact du troisième paquet de mesures de libéralisation du transport aérien*, COM(96) 514 final, 1996.

EasyJet, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761205, *EasyJet's position revision of the air services regulation*, 2021.

ENAC Alumni, Airport Think Tank, *The Future of Airports, A Vision of 2040 and 2070*, 2020.

European Cockpit Association AISBL (ECA), Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761183, *ECA Contribution to the call for evidence for an impact assessment on air services regulation (revision) VI*, 2021.

European Commission, Commission staff working document, document SWD(2019) 296 final, Evaluation of the Regulation (EC) No 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the Community.

HERMES Air Transport Organization, Presented by African Airline Association (AFRAA), Document R18-PP/08, *Airline ownership and control and the Single African Air Transport Market Agenda*, 2018.

HERMES Air Transport Organization, Presented by Airlines Association of Southern Africa (ASAA), Document R18-PP/02, *Libéralisation de la propriété et du contrôle : A quelle vitesse et jusqu'où pour l'Afrique ?*, 2018.

HERMES Air Transport Organization, Presented by European Civil Aviation Conference (ECAC), Document R18-PP/06, *Ownership and control in airlines*, 2018.

HERMES Air Transport Organization, Presented by European Airline Association (ERA), Document R18-PP/03, *Ownership and control in airlines*, 2018.

HERMES Air Transport Organization, Presented by International Air Transport Association (IATA), Document R18-PP/04, *Ownership and control in airlines*, 2018.

HERMES Air Transport Organization, SUMMARY, Ownership and control in airlines, *The Regulatory Environment for a Successful Airline Industry*, Document R18-S, 2018.

International Chamber of Commerce (ICC), Déclaration de politique Générale d'ICC, Document 304-2/23 Rev.3 FR, *Nécessité d'une libéralisation accrue du transport aérien international*, 2005.

Ministère fédéral des transports et de l'infrastructure numérique, Allemagne, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761186, 2021.

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), *Expérience européenne en matière de libéralisation des transports aériens*, 2003.

https://www.icao.int/sustainability/CaseStudies/StatesReplies/EuropeLiberalization_Fr.pdf

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Working Paper, Presented by Ireland on behalf of the European Union (EU) and its Member States and other Member States of the European Civil Aviation Conference (ECAC), *Air carrier ownership and control clauses in bilateral air services agreements*, ATConf/6-WP/49, 2013.

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par le Conseil de l'OACI, Assemblée, 39^{ème} session, Commission Économique, *Rapport d'avancement sur l'élaboration d'accords internationaux concernant la libéralisation de l'accès aux marchés, du fret aérien et de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens*, A39-WP/5, 05 juillet 2016.

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par le Conseil de l'OACI, Assemblée, 40^{ème} session, Commission Économique, *Rapport d'avancement sur l'élaboration d'accords internationaux concernant la libéralisation de l'accès aux marchés, du fret aérien et de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens*, A40-WP/16, 21 juillet 2019.

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par l'État du Qatar, Assemblée, 40^{ème} session, Commission Économique, *Élaboration d'une convention internationale sur les investissements étrangers dans les entreprises de transport aérien*, A40-WP/182, 31 juillet 2019.

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par la Colombie, Assemblée, 40^{ème} session, Commission Économique, *Élaboration des cadres mondiaux à des fins de réglementation économique dans les domaines du transport aérien international*, A40-WP/420, 02 août 2019.

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Note de travail présentée par le Royaume-Uni, Assemblée, 40^{ème} session, Commission Économique, *Investissements étrangers dans les compagnies aériennes*, A40-WP/252, 02 août 2019.

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Résolutions adoptées par l'Assemblée, Édition provisoire, Novembre 2013, https://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/a38_res_prov_fr.pdf

Organisation Mondiale du Commerce (OMC), Conseil du commerce des services, Note du secrétariat, Partie H, Document S/C/W/270/Add.2, Deuxième examen de l'annexe sur les transports aériens, évolution dans le secteur des transports aériens (troisième partie), 2007.

Ryanair, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761187, *Regulation 1008/2008 - call for evidence*, 2021.

C. E. SCHLUMBERGER, HERMES Air Transport Organization, Presented by World Bank, Document R18-PP/09, *Foreign Ownership of Flag Carriers – A Contradiction or a Necessity?* 2018.

Transportforetagen, Appel à contribution en vue d'une analyse d'impact, Révision du règlement sur les services aériens, Avis n°F2761203, *Commentaires sur « l'invitation à soumettre des commentaires dans le cadre d'une analyse d'impact » concernant la révision du règlement (UE) 1008/2008, le règlement sur le trafic aérien*, 2021.

World Economic Forum, Industry Agenda, *A New Regulatory Model for Foreign Investment in Airlines*, 2016.

Communiqué de presse n°89/02, La Cour de justice éclaire par ces arrêts la répartition de compétences en matière de conclusion d'accords internationaux de transport aérien, 05 novembre 2002,

<https://curia.europa.eu/fr/actu/communiqués/cp02/aff/cp0289fr.htm>

V – RÉGLEMENTATION ET LIGNES DIRECTRICES

The air commerce act of 1926, <https://www.jstor.org/stable/pdf/25709555.pdf>

Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 07 décembre 1944.

Accord relatif au transit des services aériens internationaux, signée à Chicago le 07 décembre 1944.

Accord relatif au transport aérien international, signée à Chicago le 07 décembre 1944.

Guyana (Bermuda I) Air Transport Agreement of February 11, 1946

Traité de Rome (CEE) instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957.

Règlement du Conseil n°2343/90, OJCE L.217/8, sur l'accès des transporteurs aériens aux routes sur les services réguliers intra-communautaires et sur le partage des capacités entre les transporteurs aériens sur les services aériens réguliers entre les États membres, 11 août 1990.

Règlement (CEE) n°2407/92 du Conseil, concernant les licences des transporteurs aériens, 23 juillet 1992.

Règlement (CEE) n°2408/92 du Conseil, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, 23 juillet 1992.

Règlement (CEE), n°2409/92 du Conseil, sur les tarifs des passagers et de fret des services aériens, 23 juillet 1992.

Règlement du Conseil (CE) n°2027, relatif à la responsabilité du transporteur aérien en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages, 09 octobre 1997.

Accord entre la confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, RO 2002 1705 ; FF 1999 5440, RS 0.748.127.192.68, 21 juin 1999.

Décret n°2006-1425 du 21 novembre 2006 relatif aux bases d'exploitation des entreprises de transport aérien et modifiant le code de l'aviation civile (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat), JO 23 novembre 2006.

Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, relative aux services dans le marché intérieur, 12 décembre 2006.

Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la communauté (refonte) du 24 septembre 2008.

Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), C 326/49, 26 octobre 2012.

Commission européenne, Lignes directrices interprétatives relatives au règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil – Obligation de service public (OSP), 2017/C 194/01, 17 juin 2017.

Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, L79 I/1, 21 mars 2019.

Code de l'aviation civile, Article R. 330-2-1

VI - JURISPRUDENCE

Décision du Conseil du 14 décembre 1987 n°87/602/CEE, OJCE L.374/19 sur le partage des capacités entre les transporteurs aériens sur les services réguliers entre États membres et sur l'accès des transporteurs aériens aux services réguliers sur les routes entre États membres de la Communauté, 31 décembre 1987.

Arrêt CJCE du 25 juillet 1991, Affaire C221/89, Factortame, Rec.p. I-3905, n°20-21

Décision de la Commission (95/404/CE), relative à la procédure d'application du règlement (CEE) n°2407/92 du Conseil (Swissair/Sabena), n° L 239/19, 19 juillet 1995.

Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), Affaires n°C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 et C-476/98, Commission contre Royaume-Uni, Danemark, Suède, Finlande, Belgique, Luxembourg, Autriche, Allemagne, 05 novembre 2002.

TA Paris, 14 avr. 2022, n° 2008958, Sté Tui Airlines Belgium SA.

TA Paris, 14 avr. 2022, n° 2007321 à n° 2007326, Sté Ryanair Designated Activity Company.

VII – SITES INTERNET

Star Alliance, <https://www.staralliance.com/en/about>

One World, <https://fr.oneworld.com/members>

Sky Team, <https://www.skyteam.com/en/frequent-flyers>

OACI, <https://www.icao.int/about-icao/History/Pages/default.aspx>

EUR LEX, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=fr>

Air France, <https://www.airfrance.fr>

Parlement européen, <https://www.europarl.europa.eu/portal/fr>

Air France KLM, <https://www.airfranceklm.com/>

Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/index_fr

Organisation mondiale du commerce, <https://www.wto.org/indexfr.htm>

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI),
<https://www.icao.int/Pages/default.aspx>

Association du transport aérien international (IATA), <https://www.iata.org>

ANNEXES

ANNEXE 1 – Représentation des accords plurilatéraux sur les services aériens

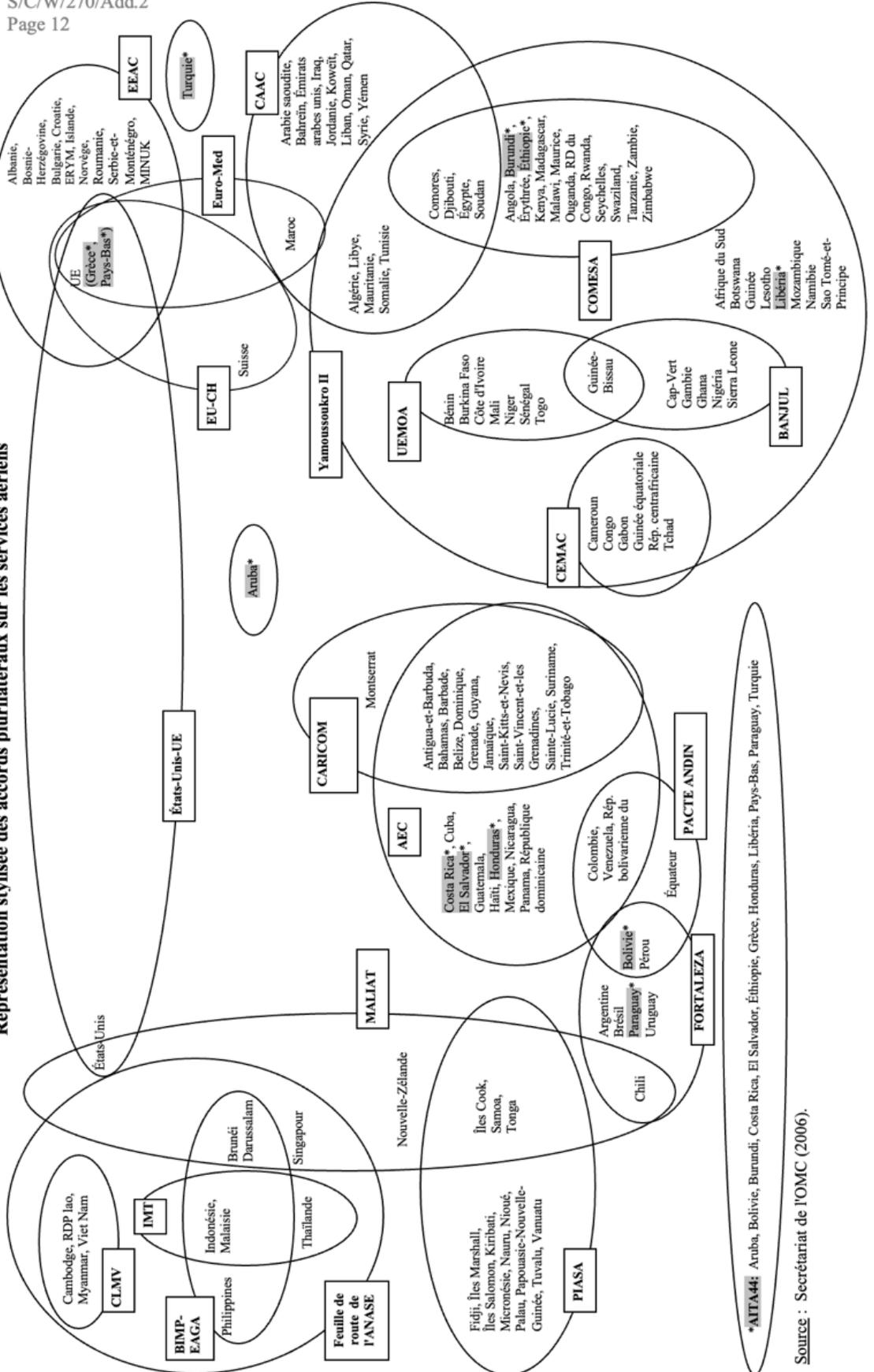
ANNEXE 2 – Entretien avec Monsieur Michiel LAUMANS, Coordinateur des affaires internationales, KLM, le 23/08/2022.

ANNEXE 1

REPRÉSENTATION DES ACCORDS PLURILATÉRAUX SUR LES SERVICES AÉRIENS

S/C/W/270/Add.2
Page 12

Figure 1
Représentation stylisée des accords plurilatéraux sur les services aériens



*ATA44: Aruba, Bolivie, Burundi, Costa Rica, El Salvador, Éthiopie, Grèce, Honduras, Libéria, Pays-Bas, Paraguay, Turquie

ANNEXE 2

Entretien avec Monsieur Michiel LAUMANS, Coordinateur des affaires internationales, KLM, le 23/08/2022

What is your name? In which company do you work? What is your position in your company?

- My Name is Michiel LAUMANS, I work for KLM on international affairs and I coordinate international affairs between: Air France, KLM, Transavia, making sure we have the same position on all different topics and we are also working very closely with all the associations such as Airlines For Europe, and there are still other associations that we work with.

Do you think that the European ownership and control rules are prejudicial for potential opportunities for airlines such as Air France or KLM?

- Our position is that we don't want to change the current rules of ownership and control as they are in regulation 1008/2008. We know that there are ideas to try to relax those rules and open the substantial ownership to non-EU interests but we are against that.

Why are you against a liberalization?

- We are against because this is not in our interests. We are in favor of EU ownership because if we have substantial ownership held by non-EU companies we put in danger the traffic rights of the other countries. The inside of EU is liberalized but outside of the EU, for example China, Japan, Russia, or the US for that matter, if we are a majority owned by non-EU interests, the bilateral agreements will be invalid. The other countries will not allow that.

Do you think that the ownership and control rules have a lack of clarity?

- We think they are clear enough, so we don't have a problem there, but what we want is for the Member States to clearly apply the rules. Because sometimes they say there is not enough clarity. We have some examples in the past with Air Berlin and Alitalia where the investments of Middle Eastern airlines were

very important. We know that these airlines were put in a crucial position, so that they are actually controlled by other companies, even though the shareholding was set at less than 50%. So we contacted the Commission and the relevant member states but those member states didn't really act. We were a bit upset about this lack of EU action because we saw that companies from outside the EU with a lot of money, like airlines from the Middle East, invest in EU airlines and this is unfair competition because they don't have any local competition rules to adhere to and they can do whatever they want, but in the UE, where we operate, we have strict rules. So, we think that this trend should be limited, because it is unfair that these airlines, with all the money they have, can have control over European airlines and give them access to the EU market that they would not otherwise have. It gives them more market share, they can lower prices, deteriorate our market position and have an impact on our position. So, we think it is unfair.

Do you think that the clauses in bilateral agreements and the position of some third countries regarding the notion of « European designation » prevent mergers between carriers within the European Union?

- Some third countries had difficulties with the principle European ownership and European designation when the Commission tried to negotiate with them. For us, it was sometimes complicated because KLM was acquired by Air France, which meant that the ownership and control was basically in French hands, not Dutch, even though legal ownership could be restated as Dutch in case of difficulties raised by third countries. So, we were very happy that the article on the EU designation was valid in this horizontal agreement concluded by the Commission, which was concluded with a number of countries, but e. g. not with Russia. There are a few powerful countries in the world that have a problem with this principle of EU designation. So, this is a potential problem for us and we support the Commission in its work to conclude more agreements with EU designation clauses.

Mergers between carriers within the EU have been made possible in the context of the liberalization of the European market. It has been noted that, potentially, some mergers

would not have been made possible or would have been adapted (like Air France and KLM) to comply with international rules.

In this context, do you think that a total or partial abolition of Community ownership and control rules will be applied in practice by Community air carriers, at the risk of losing traffic rights? On the contrary, do you think that the change or removal of the rules will have no effect in practice?

- I don't think the change in ownership and control has any impact on that, because it's more about non-European interests getting more control in the European airlines.

RÉSUMÉ - Les réglementations internes et internationales imposant des limitations aux investissements étrangers au sein de la propriété et du contrôle des transporteurs aériens ont été mises en place il y a de nombreuses années. Face à un changement de la structure du secteur depuis l'instauration de ces normes, la pertinence d'une libéralisation de ces règles est débattue. C'est pourquoi des réflexions autour de la modification de ces réglementations ont été énoncées à la suite de la volonté de la Commission européenne de réviser le Règlement européen n°1008/2008. Afin d'assurer cet objectif, il est essentiel de comprendre les enjeux et les risques afférents à une telle modification. Toutefois, la prise en compte du contexte international est essentielle. Cette étude a pour objectif de questionner la pertinence d'une libéralisation des limitations de propriété et de contrôle des transporteurs aériens communautaires.

***SUMMARY** - Domestic and international regulations imposing limitations on foreign investment in the ownership and control of air carriers were introduced many years ago. As the structure of the industry has changed since these regulations were established, the appropriateness of liberalizing these rules is being debated. This is why reflections on the modification of these regulations have been stated following the will of the European Commission to revise the Regulation 1008/2008. To ensure this objective, it is essential to understand the stakes and the risks related to such a modification. However, considering the international context is essential. This study aims at questioning the relevance of a liberalization of the ownership and control limitations of air carriers members of the European Union.*

MOTS-CLÉS : Propriété substantielle ; Contrôle effectif ; Règles internes ; Règles internationales ; Règlement européen n°1008/2008 ; Révision ; Libéralisation ; Transporteurs aériens communautaires.

KEYWORDS: *Substantial ownership ; Effective control ; Internal rules ; International rules ; Regulation 1008/2008 ; Review ; Liberalization ; European Union member air carriers.*