

Les relations extérieures de l'Union Européenne dans le domaine du transport aérien

Valentin Buruiana, doctorant à l'Université de Bordeaux IV, ancien boursier de la Fondation Robert Schuman, Moldave

Les compétences communautaires dans le domaine du transport aérien peuvent être divisées en deux catégories : les compétences en matière de transport aérien intra-communautaire et celles en matière de transport aérien international (en provenance ou à destination de l'Union européenne). Avec la création du « ciel unique européen » et la libéralisation du transport aérien intracommunautaire, l'Union européenne détient la compétence intégrale en ce domaine. En revanche, le transport aérien international est fragmenté par l'application d'approches nationales en matière de relations internationales, et en particulier par les accords aériens bilatéraux négociés individuellement par chaque Etat membre avec les Etats tiers.

Cette fragmentation entraîne plusieurs difficultés : les compagnies aériennes communautaires et leurs clients ne bénéficient pas de tout le potentiel qu'offre un marché communautaire unique ; au niveau mondial, les acteurs européens restent trop petits par rapport à leurs principaux concurrents internationaux ; certains transporteurs, de part et d'autre de l'Atlantique, sont confrontés à de graves difficultés financières mais se trouvent dans l'impossibilité de créer des partenariats ou des regroupements à l'étranger au-delà des simples alliances ; l'influence de l'Union européenne en matière de transport est réduite du fait de l'absence d'approche commune en ce qui concerne les partenaires commerciaux ou les négociations internationales.

Pour remédier à cette situation, la Commission a obtenu, dans un premier temps, la condamnation des accords bilatéraux signés par les Etats membres (affaire « open skies ») et la reconnaissance de la compétence de la Communauté dans plusieurs domaines des relations aériennes internationales. Dans un deuxième temps, la Commission s'est vu accordée les mandats de négociation des accords bilatéraux, liant la Communauté, et non plus les Etats

membres. Ainsi, se produit le passage d'une situation où les relations internationales étaient régies par des accords bilatéraux entre deux Etats, à un inter-régionalisme, avec des accords inter-régionaux. C'est également dans cette perspective que s'inscrivent la création du droit communautaire du transport aérien international et la création d'un droit de la concurrence spécifique.

1. La fin des relations aériennes internationales basées sur des accords bilatéraux

1.1. Les accords bilatéraux

L'Union européenne a réussi à créer un marché commun du transport aérien, pour les compagnies communautaires, connu sous le nom de « ciel unique européen ». Mais, le marché du transport aérien était fragilisé, dans la mesure où les relations aériennes internationales, en provenance ou à destination de l'Union, étaient encore régies par des accords bilatéraux entre un Etat de l'Union et un Etat tiers, et non par une norme communautaire.

Cette situation avait pour autre conséquence que l'Union européenne ne disposait d'aucune influence sur les décisions prises en matière de transport aérien au niveau international. L'Union européenne ne jouit d'aucun statut officiel au sein de l'Organisation internationale de l'aviation civile (OACI). Cependant, de nombreuses questions actuellement en discussion au sein de l'OACI sont couvertes par des dispositions communautaires. Une certaine forme de coordination entre les pays membres s'est révélée précieuse dans de tels cas.

Au cours de l'examen de l'annexe sur les transports aériens de l'Accord général sur le commerce des services de l'OMC, les Etats membres ont insisté pour que les services liés à l'aviation soient couverts d'une manière étendue. Il est en effet de pratique courante au sein de l'OMC que l'Union européenne parle d'une seule voix sur la base d'une position convenue.

L'absence de compétence de l'Union en ce qui concerne la partie internationale du transport aérien entraîne une inefficacité du marché intérieur du transport aérien en raison de la concurrence déloyale de la part des compagnies aériennes non-communautaires, surtout américaines.

En effet, presque tous les Etats membres ont signé individuellement les accords dits de « ciel ouvert », avec les Etats-Unis. Il s'agit d'accords bilatéraux qui donnent la possibilité aux compagnies aériennes ayant la nationalité des Etats signataires d'effectuer des liaisons aériennes entre ces deux Etats. Cet accord interdit le cabotage, mais autorise les compagnies aériennes à assurer une liaison avec un autre Etat à partir d'un aéroport du pays partenaire. Presque tous les pays membres de l'Union européenne ont signé cet accord et les compagnies aériennes américaines ont obtenu la possibilité de relier deux aéroports européens se trouvant dans deux pays différents (par exemple, Paris –Francfort ou encore Paris - Londres), donc le droit au cabotage au niveau communautaire.

Comme il s'agit d'accords bilatéraux, la Commission ne jouit pas, dans le domaine du trafic international à destination et/ou en provenance de l'Union européenne, des mêmes pouvoirs en matière de respect de la concurrence que ceux dont elle jouit pour le transport aérien intracommunautaire. La seule exception est le régime juridique des fusions, qui s'applique

entièrement à l'aviation internationale.

1.2. Les arrêts CJCE du 5 novembre 2002. La reconnaissance de compétences exclusives à la Communauté.

Dans ses arrêts du 5 novembre 2002, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) déclare que le principe découlant de la jurisprudence « AETR » s'applique au droit du transport aérien. En conséquence, l'Union européenne acquiert une compétence externe en droit du transport aérien du fait de l'exercice de sa compétence interne : « lorsque les engagements internationaux relèvent du domaine d'application des règles communes » ou « en tout cas d'un domaine déjà couvert en grande partie par de telles règles ». La Cour déclare à ce propos que « lorsque la Communauté a inclus dans ces actes législatifs internes des clauses relatives au traitement à réserver aux ressortissants des pays tiers (...) elle acquiert une compétence externe exclusive dans la mesure couverte par ces actes ».

La Cour a identifié trois domaines spécifiques de compétence exclusive de la Communauté : les créneaux horaires dans les aéroports, les systèmes informatisés de réservation, et les tarifs intracommunautaires.

Dans les arrêts « open skies », la Cour a condamné les accords dits de « ciel ouvert » sur deux points :

- Les Etats membres avaient pris des engagements dans des domaines dont la compétence a été transférée à la Communauté ;
- Les Etats membres ont manqué à l'un des principes de base du Traité, à savoir le principe de non-discrimination, car l'accès aux lignes prévu dans les accords « open skies » était réservé seulement aux compagnies ayant la nationalité des pays signataires (par exemple, Lufthansa n'avait pas accès à la ligne Paris – New York).

Cette seconde contribution des arrêts du 5 novembre 2002 est liée à la question des conditions à réunir pour conclure à la violation de l'ex article 52 du Traité CE en raison d'un traitement discriminatoire entre sociétés communautaires sur la base de la nationalité de leur propriétaire, trouvant sa source dans un acte international. Dans quelle mesure un Traité bilatéral conclu par un Etat membre avec un pays tiers peut-il être source d'entraves à la liberté d'établissement ? Le juge confirme que l'infraction trouve directement sa source non pas dans le comportement éventuel des Etats-Unis, mais bien dans la clause relative à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes, qui leur reconnaît le droit d'écarter les compagnies communautaires étrangères au pavillon de leur partenaire. Le juge a pu ensuite facilement prendre appui sur une jurisprudence récente pour faire valoir qu'une différence de traitement en raison d'un acte international devait être considérée comme contraire à l'ex article 52. Sur ce point, dans l'arrêt du 15 janvier 2002 « Elide Gottardo », le juge a déjà soutenu que « lorsqu'un Etat membre conclut avec un pays tiers une convention internationale bilatérale (...) le principe fondamental d'égalité de traitement impose à cet Etat membre d'accorder aux ressortissants des autres Etats membres les mêmes avantages que ceux dont bénéficient ses propres ressortissants en vertu de ladite convention ».

Il est intéressant de constater que, même si certains Etats membres se sont efforcés de prendre des mesures pour refléter le droit communautaire directement dans le texte de leurs accords bilatéraux, la Cour a constaté qu'ils n'ont néanmoins pas respecté leurs obligations, car ils n'ont plus le pouvoir d'entreprendre quoi que ce soit en ce qui concerne ces questions. Cela ne concerne pas seulement les huit accords examinés par la Cour, mais également tous les accords internationaux relatifs à des services aériens qui contiennent une clause de nationalité similaire, ou qui ont violé la compétence exclusive externe de la Communauté.

Suite à l'application de la jurisprudence « AETR » par les arrêts « open skies », plusieurs matières, qui font couramment l'objet de dispositions dans les accords de services aériens, relèvent désormais de la compétence externe exclusive de la Communauté. En effet, outre les domaines spécifiquement identifiés comme communautaires par la Cour, l'application de la jurisprudence « AETR » à l'aviation civile internationale implique *mutatis mutandis* la compétence communautaire dans plusieurs autres matières couvertes par les accords en cause et par le droit communautaire. Il s'agit en particulier des domaines suivants : la sécurité (règlement 1593/2002), les possibilités commerciales, dont l'assistance en escale (directive 96/67), les taxes et droits de douane (directive 92/12/CEE), les restrictions liées au bruit dans l'exploitation des aéronefs (directives 92/14/CEE et 92/81/CEE), la compensation pour refus d'embarquement (règlement 91/295/CEE), la responsabilité des transporteurs aériens (règlement 2027/97), les voyages, vacances et circuits à forfait (directive 90/314/CEE), la protection des données (directive 95/46/CE), la sûreté (règlement 2002/2320/CE).

1.3. Conséquences de la Jurisprudence « open skies » sur les accords en cours

Par les arrêts « open skies », la Communauté s'est vu reconnaître un rôle bien précis dans les relations internationales dans le domaine du transport aérien. La compétence communautaire a été reconnue dans de nombreux domaines, et en ce qui concerne les questions de propriété et de contrôle des transporteurs aériens, il est essentiel que la Communauté exerce aussi sa compétence.

Le partage extrêmement complexe des compétences rend très compliquée la renégociation des futurs accords entre la Communauté et les pays tiers. La Cour a reconnu la compétence exclusive de la Communauté dans des domaines précis. Dès lors, dans ces domaines, les Etats membres ne peuvent pas définir un régime alternatif ; ils peuvent simplement dénoncer les accords existants. Seule la Communauté a la capacité de négocier sur ces points précis. Il en résulte qu'elle seule peut modifier les clauses relatives à l'introduction de nouveaux produits identiques, aux créneaux horaires, aux systèmes informatiques de réservation proposés ou utilisés sur le territoire de la Communauté, à la sécurité et aux droits de douanes et taxes. En revanche, pour les matières qui ne relèvent pas de la compétence de la Communauté, les Etats membres peuvent prendre des engagements avec les Etats tiers. Mais la faculté dont jouissent les Etats membres de prendre des engagements internationaux dans ces domaines est désormais restreinte, et la Commission doit être informée des activités des Etats membres.

Afin de maximiser le rôle de la Communauté et de ses Etats membres dans les relations avec les pays tiers, il serait souhaitable de promouvoir l'échange d'informations sur les contacts en cours et futurs avec les pays tiers. Cela permettra à la Commission et aux Etats membres de mettre en évidence les problèmes qu'ils ont en commun avec les partenaires commerciaux spécifiques, et de coordonner leurs approches respectives, tant du point de vue du fond que sur

celui du calendrier, soit en élaborant une démarche communautaire, soit éventuellement en coordonnant leurs négociations bilatérales conformément aux dispositions de l'article 10 du Traité CE.

Par ailleurs, il découle des arrêts de la Cour du 5 novembre 2002 que, pour autant qu'ils continuent de prendre en charge la négociation d'arrangements en matière d'accès au marché, les Etats membres ne négocient plus d'accords de transport aérien dans le seul intérêt de leurs compagnies aériennes nationales respectives. Les intérêts des transporteurs nationaux resteront un argument important pour les négociateurs, mais il faut désormais considérer que les droits de trafic se négocieront pour le compte des transporteurs communautaires dans un sens plus général. Cette situation avantage la Commission car les Etats tiers vont négocier plus facilement avec la Commission sur les droits de trafic des compagnies communautaires, qu'avec un Etat membre, qui a une seule compagnie aérienne de taille, et qui prétend négocier pour l'ensemble des compagnies aériennes communautaires. Dans ce cas, la Commission sera un partenaire plus « crédible ».

La Commission a conscience de la complexité des relations entre les vingt-cinq Etats membres de l'Union européenne et leurs partenaires bilatéraux et de l'incertitude qui plane désormais sur ces relations. Il est difficile de se faire une idée précise de l'état des relations dans le secteur aérien entre la Communauté et ses partenaires commerciaux dans le monde. Chaque Etat membre a sa propre série d'accords bilatéraux et a, jusqu'à présent, entrepris des négociations pour développer et gérer ces accords tout à fait indépendamment des autres. De surcroît, certains aspects opérationnels de nombreux accords font l'objet d'annexes confidentielles qui ne sont accessibles qu'aux parties et à leurs compagnies aériennes. La licéité des accords existants, les changements qui pourraient s'imposer et la réaction des pays tiers aux propositions qui émaneront de la Communauté et de ses Etats membres suscitent de nombreuses inquiétudes. La Commission comprend également l'importance économique que revêt, pour le secteur aéronautique, la mise en place d'un environnement normatif suffisamment souple pour réagir aux variations des circonstances économiques et des besoins opérationnels, mais aussi suffisamment strict pour préserver les importants droits d'accès au marché négociés par les Etats membres ces cinquante dernières années. A l'incertitude sur la manière de remédier aux violations du droit communautaire relevées par la Cour de justice, qui nuit à la gestion et à l'amélioration des accords en vigueur, répond la crainte que les mesures éventuelles qui seraient prises pour lever cette incertitude ne compromettent les relations bilatérales déjà en place. Ainsi, dans le point 23 de la Communication de la Commission concernant les relations entre la Communauté et les pays tiers dans le domaine de l'aviation (COM/2003/94), la Commission estime qu'il faudra limiter au maximum les changements à apporter à l'équilibre des droits résultant du cadre actuel des accords bilatéraux.

La Commission souligne également que la politique communautaire dans ce domaine n'a pas pour seule ambition, si essentielle soit-elle, de corriger les irrégularités relevées par la CJCE. Les changements à apporter valoriseront davantage l'acquis actuel en ouvrant de nouvelles perspectives au secteur aéronautique européen et en élargissant l'éventail des services proposés aux consommateurs européens.

2. Le début de l'ère de l'inter-régionalisme ou la création d'un droit du transport aérien inter-régional

Le 24 juin 1996, le Conseil de l'Union européenne a autorisé la Commission à ouvrir avec les Etats-Unis, au nom de l'Union européenne, des négociations sur certains aspects d'un accord UE/Etats-Unis relatif à l'aviation civile, sans toutefois lui accorder le plein pouvoir de prendre des décisions pouvant conduire à la libéralisation totale du marché transatlantique.

Les véritables négociations ont commencé bien plus tard, avec l'octroi par le Conseil en 2003 du mandat de négociation avec les Etats-Unis.

Si Washington serait plutôt enclin à signer un simple accord de libéralisation des dessertes aériennes entre les deux rives de l'Atlantique, la Commission européenne a, de son côté, l'ambition d'arriver à négocier un véritable marché commun transatlantique.

Il y a des « trous d'air » dans les négociations sur la création d'un ciel unique transatlantique. Les négociations ont avancé en matière de sécurité et de concurrence mais se heurtent au refus des Américains d'ouvrir leur marché intérieur aux compagnies européennes. Pour contourner l'obstacle, la Commission veut un droit d'établissement sur le sol américain pour des filiales européennes de compagnies aériennes. La loi américaine ne le permet pas : les sociétés étrangères ne peuvent détenir plus de 25 % du capital d'une compagnie américaine. Pendant les négociations, les américains ont fait une avancée très significative en s'engageant à porter ce taux à 49 %, au même niveau que la limite européenne. Mais ce niveau reste insuffisant pour qu'une compagnie européenne implante outre-atlantique une filiale à 100 %.

Avec les différentes formes de coopération entre transporteurs des deux côtés de l'Atlantique, il devient de plus en plus difficile de distinguer les transporteurs de l'Union européenne de ceux des Etats-Unis. En tant que fournisseurs de services internationaux, ils doivent se plier aux exigences de deux régimes législatifs, de deux politiques *antitrust* distinctes. Il serait dans leur intérêt qu'on établisse un régime réglementaire d'application régionale ou interrégionale qui soit prévisible et le plus uniforme possible. Les transporteurs veulent une formule plus globale, et non une formule bilatérale entachée de mercantilisme.

Dans de pareilles conditions, les pays de l'Europe de l'Est, sont prêts à abolir les restrictions de marché. Nous avons donc l'espoir que, si l'Union européenne et les Etats-Unis réussissent à s'entendre sur un canevas, de nombreux autres pays du monde emboîteront le pas.

L'intégration des politiques gouvernementales suppose bien sûr l'examen des règles de la concurrence et des lois *antitrust*. Il va de soi que chaque partie assume ses propres responsabilités dans ce domaine. Mais les réalités d'aujourd'hui démontrent que les choses se compliquent pour les compagnies aériennes de l'Union européenne et celles des Etats-Unis si deux, ou même trois, administrations différentes appliquent des règles différentes. L'accord de 1991 entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur l'application de leurs lois de la concurrence respectives pose le principe d'une « courtoisie active », en vertu duquel chacune des parties doit tenir compte de la politique de la concurrence de l'autre et la tenir informée des dossiers impliquant ses entreprises. Mais, comme le montrent plusieurs affaires sur les alliances entre les compagnies aériennes communautaires et américaines, notamment Delta-PanAm, Lufthansa-United Airlines, SAS-UA ou encore Swissair/Sabena/Austrian Airlines / Delta Airlines, et BA/AA, les décisions prises par les autorités américaines de la concurrence et par la Commission ne suivent pas du tout le même raisonnement et n'aboutissent pas à des

conclusions identiques. Si nous parvenons à renforcer les liens de coopération étroite qui existent déjà entre les deux parties, nous aurons franchi un premier pas important vers l'intégration véritable de ce marché. La question est donc de créer un droit de la concurrence spécifique pour le transport aérien, applicable des deux côtés de l'Atlantique. La seconde question qui se pose, dans le cas où la première hypothèse se vérifie, est la suivante : la création de ce droit de la concurrence pour le transport aérien n'est-elle pas la première étape de l'objectif de la Commission européenne de créer un droit de la concurrence globale applicable dans l'Union européenne et aux Etats-Unis ?

Dans d'autres domaines qui tiennent du transport aérien, le fait d'adopter une ligne de conduite commune pour la location, les systèmes de réservation automatisée et le partage des dénominations, par exemple, aidera certainement à trouver une façon d'appliquer des règles similaires pour l'exploitation de services aériens sur les différents marchés. Il sera ainsi plus facile pour les transporteurs de l'Union européenne et ceux des Etats-Unis d'exercer leur activité sur leurs marchés respectifs.

Il serait opportun de réfléchir à la question du règlement des différends. Les mécanismes de consultation traditionnels ne se prêtent guère à la situation que nous envisageons. En effet, le processus de résolution des conflits repose actuellement sur l'hypothèse que les gouvernements agissent dans leurs propres intérêts. Or, la détermination de ces intérêts est de moins en moins aisée. L'industrie aérienne a donc tout intérêt à trouver une façon rapide de régler les conflits sans compromettre la structure du marché.

L'Union européenne et les Etats-Unis doivent négocier un accord global sur le transport aérien, un accord qui soit le plus clair et le plus sûr possible pour nos transporteurs aériens, prenant la forme d'un accord, tenant compte des réalités nouvelles menant à la mondialisation de l'industrie, et devant s'appuyer sur un partenariat plutôt que sur des liens bilatéraux traditionnels.

Aspirant ainsi à une structure réglementaire mieux adaptée aux besoins de l'aviation civile d'aujourd'hui, nous considérons comme très positives les initiatives multilatérales, que ce soit au niveau de l'OACI, de l'OMC, ou de l'OCDE. A long terme, la formule multilatérale pourrait connaître un grand succès. A court terme cependant, il est prévisible qu'ait plutôt lieu un accord entre deux blocs aériens de taille équivalente ayant chacun libéralisé leur marché intérieur et établi une politique claire sur la concurrence ou l'*antitrust*. C'est la création d'un droit inter-régionale du transport aérien.

Conclusion

Déclarant les accords aériens bilatéraux entre les pays membres de l'Union européenne avec leurs partenaires contraires au droit communautaire, les arrêts de la CJCE du 5 novembre 2002 dits de « ciel ouvert » ont mis fin à la première étape du développement de l'aviation européenne internationale, période durant laquelle les échanges aériens se faisaient sur la base d'accords bilatéraux.

A partir de cette date, ces échanges seront désormais régis par des accords liant l'Union européenne, et non plus les Etats membres. On assiste à la naissance du droit communautaire

du transport aérien international, et du droit de la concurrence, spécifique à ces rapports. Cette deuxième étape devrait redynamiser le développement de l'aviation internationale.

Comme ce droit du transport aérien international sera le fruit de négociations entre la Commission et ses partenaires, il est très probable qu'il résultera d'un compromis entre le droit communautaire et le droit des partenaires de l'Union européenne. Il sera un droit inter-régional applicable, dans un premier temps, aux échanges trans-atlantiques, pour se généraliser et s'appliquer, dans un deuxième temps, à tous les échanges aériens entre la Communauté et les pays tiers.