

Une liaison franco-néerlandaise en aviation civile : Parité par complémentarité

par

Pablo Mendes de Leon*

RESUME

Cet article examinera la fusion d'Air France et de KLM, conclue en 2003. L'affaire ne tombe pas du ciel. Des développements réglementaires récents facilitent l'entreprise. Par ailleurs, les deux compagnies avaient une certaine expérience en matière de création d'alliances. Néanmoins, celle-ci est la première alliance transfrontalière importante impliquant un changement radical des conditions de propriété et de contrôle, lesquelles dominent le critère de la nationalité dans l'industrie aérienne depuis ses débuts. La complexité de cette entreprise courageuse invite à faire une analyse du contexte juridique et politique dans lequel elle a vu le jour.

A cette fin, je dresserai l'évolution de la clause de nationalité par rapport à la privatisation et la libéralisation de l'industrie aérienne, et j'examinerai le passé des deux compagnies aériennes. L'un des aspects intéressants de ce projet est que le droit aérien n'est pas en l'espèce influencé seulement par le droit communautaire, mais également par le droit des sociétés et le droit fiscal. Evidemment, le rôle joué par les deux gouvernements sera abordé.

Cet article examinera successivement:

- A. Le mouvement vers la privatisation ;
- B. La privatisation progressive d'Air France ;
- C. Les considérations de la politique internationale prises en compte sous l'application des règles sur la nationalité des compagnies aériennes ;
- D. L'investissement étranger dans les compagnies aériennes, en droit national et communautaire
- E. Les relations inter-compagnies aériennes sur le plan de l'investissement ;
- F. L'expérience d'Air France et de KLM en matière de création d'alliances ;
- G. La structure de la fusion entre les deux compagnies ;
- H. Les décisions des autorités de la concurrence ;
- I. La synergie de ressources économiques sous des régimes juridiques convergents.

* Directeur de l'Institut de Droit International de l'Air et de l'Espace, Université de Leiden. L'auteur est reconnaissant à Mme Eszter Sebok pour son aide efficace et à M. Rutger Jan toe Laer, ancien Vice Président des Affaires Internationales de KLM Royal Dutch Airlines, pour ses précieuses remarques.

A. Le mouvement vers la privatisation

La privatisation des sociétés publiques et la libéralisation des marchés, toutes deux dominées par les intérêts d'Etat, ont marqué l'Europe occidentale au cours des années 1980 et 1990. Les changements de politique publique n'ont pas seulement touché les actionnariats d'Etat dans les secteurs concurrentiels, mais se sont également étendus aux services, y compris les services publics (les télécommunications en étant un exemple majeur) et à l'industrie du transport aérien.

Les motifs de la privatisation ont été divers. En voici un condensé:

- Le droit communautaire n'interdit pas l'actionnariat étatique, mais la Commission et les cours européens examinent si un investisseur privé aurait investi dans l'entreprise dans les mêmes conditions que les actionnaires publics afin d'assurer le respect des règles en matière d'aide d'Etat.
- Les sociétés privatisées sont censées fonctionner plus efficacement dans un environnement de marché concurrentiel.
- Les gouvernements devraient se concentrer aujourd'hui sur leurs fonctions principales, lesquelles ne comprennent pas la participation des sociétés.
- Les gouvernements peuvent vendre leurs parts afin de réduire leur dette.¹

La France n'a pas été en tête des privatisations européennes des principales entreprises publiques. Les services publics n'y ont pas été complètement privatisés. Chez France Télécom et Air France, une vente partielle a cependant eu lieu (voir ci-dessous).²

Néanmoins, le gouvernement français, qui était un allié proche de ces grandes entreprises, et tout particulièrement de celles ayant une fonction de service public, est en train de changer d'attitude. Le point de vue des Présidents des grandes compagnies françaises a évolué aussi. M. Jean-Cyril Spinetta, PDG d'Air France, a évoqué le succès du Groupe Renault-Nissan, et a demandé pourquoi Air France et KLM ne pourraient pas faire de même.³ Au lieu de l'Etat et de ses services publics, on aperçoit les compagnies étrangères devenir les alliées des compagnies françaises.

Bien entendu, cette procédure est accompagnée par un mouvement vers la privatisation.

¹ Voir l'étude de l'OCDE (en anglais): <http://www.oecd.org/dataoecd/48/24/1929700.pdf> (06/01/2005).

² Voir (en anglais): <http://www.eurofound.eu.int/1999/12/study/tn9912201s.html> (06/01/2005).

³ Discours donné à l'Université de Delft, Pays Bas, le 15 décembre 2004, à l'occasion de la Conférence *Plesman Memorial*.

B. La privatisation progressive d'Air France

Dans le secteur aérien, les privatisations sont en cours. Parmi les compagnies aériennes européennes principales, *British Airways* fut la première à être entièrement privatisée en 1986, suivie par Lufthansa en 1997. En ce qui concerne KLM, le gouvernement néerlandais possédait 50,5 % des parts en 1966, 39 % en 1992 et 25,7 % en 1998.⁴ Jusqu'à aujourd'hui, les gouvernements espagnol et italien détiennent encore la majorité absolue des parts d'Iberia et d'Alitalia, respectivement.

En 1966, Air France appartenait pour 70% à l'Etat, ce qui augmenta jusqu'à 100%, avant de redescendre à 43,7% en 2004, et 18,7 % en février 2005.⁵ La fusion Air France-KLM constitua un élément déclencheur.⁶

Le processus législatif visant à privatiser Air France a duré 10 ans, débutant avec la loi de 1993⁷ et aboutissant avec celle du 9 avril 2003 qui modifie le Code de l'Aviation Civile amendé par la loi du 26 juillet 2004.⁸ Les dispositions de la loi de 2003 ont pour objectifs de:

- protéger les droits de trafic et le certificat de transporteur aérien d'Air France après sa privatisation;
- adapter le statut du personnel aux nouvelles conditions;
- soumettre Air France au statut de société commerciale, et
- faciliter le transfert des parts de l'Etat aux employés d'Air France.

Durant les années 2003 et 2004, les avantages et les inconvénients de la privatisation d'Air France ont été débattus longuement au sein du Parlement français, et dans les médias.

Dans les débats au Parlement, le gouvernement a maintenu qu'Air France était une société commerciale, et n'exerçait pas de fonctions de service public. Par conséquent, l'Etat n'avait aucun intérêt à conserver la majorité des parts. Par ailleurs, cette démarche devrait, selon le gouvernement, examinée dans le contexte des mouvements de privatisation des services aériens européens et mondiaux, visant à rendre les opérations plus efficaces. Ceux-ci sont considérés comme une suite logique et nécessaire à la

⁴ Y compris les 11,1% d'une fondation néerlandaise, *Stichting luchtvaartbelangen Nederland*, fondation pour les intérêts des transporteurs aériens néerlandais.

⁵ Selon M. Jean-Cyril Spinetta dans son discours à l'Université de Delft, le 15 décembre 2004, à l'occasion de la Conférence Plesman Memorial.

⁶ Le lien entre la fusion et la privatisation fut longuement débattu au sein du Parlement français; pour une référence voir note 10.

⁷ Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993, *Loi de privatisation*.

Voir: <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/AAEDR.htm> (le 7 janvier 2005).

⁸ Voir: Loi N° 2003-322 du 9 avril 2003 relative aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France (loi de privatisation d'Air France), modifiée par la loi N° 2004 du 26 juillet 2004, at: www.affaires-publiques.org/textof/TO/3/366-0403.htm (24/12/2004), aussi publiée dans la Revue française de droit aérien et spatial p. 183-190 (2003), et le Décret n° 2003-571 du 27 juin 2003 relatif aux entreprises et notamment à la société Air France et modifiant le code de l'aviation civile, publié dans la Revue française de droit aérien et spatial p. 193-198 (2003).

création d'alliances. En même temps, le gouvernement désirait concilier la privatisation avec le maintien des droits de trafic d'Air France dans le cadre des accords bilatéraux.

Le Parlement s'est montré inquiet des conséquences pour les employés de modification éventuelle de leur statut du personnel et du maintien des opérations de service public entre la France métropolitaine et les départements et territoires d'outre mer (DOM et TOM). De plus, l'efficacité poussant à la rationalisation, le trafic risquait de se concentrer sur l'aéroport de Paris Charles de Gaulle, *hub* d'Air France.⁹

C'est dans cette perspective que le Code de l'Aviation Civile a été amendé en 2003.¹⁰ Dans la version modifiée, les actionnaires possédant un certain pourcentage des actions, soit des droits de propriété, d'une compagnie enregistrée - telle qu'Air France-KLM -, ou un certain pourcentage des droits de vote, ont l'obligation de communiquer leurs actions et leurs droits accessoires à la compagnie, afin que la direction de la société puisse déterminer si ces droits ont un impact sur les dispositions nationales, européennes ou internationales en la matière. Les statuts de la société déterminent les droits de propriété et de contrôle. Ainsi, la société – dans le cas présent la direction Air France-KLM, le « *Strategic Management Committee* » (SMC, voir plus loin section G) – est responsable du respect de la clause de nationalité, prévue notamment dans l'accord de transport aérien selon le système déjà en vigueur aux Etats-Unis.

En ce qui concerne les exigences juridiques communautaires et internationales se rapportant à la nationalité des compagnies aériennes, voir Sections C et D, plus loin.

Je ne poursuivrai pas l'analyse du processus législatif et de ses débats politiques, puisqu'il existe des avocats français éminents dans le secteur de l'aviation qui sont mieux qualifiés pour le faire.

Sur la base des éléments mentionnés ci-dessus, aujourd'hui, le panorama en ce qui concerne les démarches d'Air France et KLM semble être :

- (1) Fiançailles (situation actuelle) -
- (2) Privatisation d'Air France -
- (3) Mariage : un groupe, deux compagnies, combinant de plus en plus de ressources, tout en respectant les identités des deux compagnies.

Cependant, l'étape 2 ne mène pas systématiquement à l'étape 3. Donc, ce panorama sera ajusté au fil des paragraphes suivants. Les complexités liées au maintien de la nationalité et à l'introduction de la clause communautaire dans les accords bilatéraux sont parmi les raisons qui pourraient empêcher les deux compagnies de conclure un « mariage » aérien –ce dernier restant à définir.

En effet, la liaison Air France-KLM est aussi courageuse qu'unique dans le contexte des créations d'alliance entre compagnies aériennes internationales. Les présidents des

⁹ Voir: Assemblée nationale, compte rendu de la 2ème séance du mercredi 28 avril 2004, au: www.assemblee-nat.fr/12/cra/2003-2004/204.asp, (le 23 décembre 2004).

¹⁰ Voir en particulier Art. L. 360-1 de la Loi mentionnée ci-dessus.

deux compagnies font allusion à « un groupe, deux compagnies » (voir ci-dessous, section I).¹¹ D'autres points concernant la période de transition entre les « fiançailles » et le « mariage » des deux compagnies sont liés à la culture d'entreprise et au marché du travail, et tombent en dehors de la portée de cet article.

Dans les paragraphes suivants, je traiterai des obstacles liés au droit et à la politique du transport aérien, suivis par une reconnaissance de l'influence croissante du droit des sociétés sur le droit aérien. Le but des sections qui suivront est de situer l'accord dans un contexte réglementaire. Je porterai une attention particulière à la question des conditions de nationalité, car l'affaire soulève à cet égard des problèmes de nationalité du côté de KLM. Environ 80 % des revenus de KLM proviennent de l'exercice des droits de trafic,¹² lesquels sont étroitement liés aux critères de nationalité.

Il me semble que la question doit se poser à deux niveaux: dans le contexte des relations bilatérales, et au niveau du droit national. Ainsi, je commencerai par un bref examen de la question de la nationalité sous l'angle des considérations politiques internationales (voir C), qui sont l'enjeu des discussions bilatérales, et ensuite, je continuerai par le droit national (voir D).

Dans la seconde partie de cet article, je tenterai de lier les deux thèmes principaux de la première partie, à savoir :

- les développements réglementaires actuels, avec une référence spécifique à la nationalité et au droit de la concurrence;
- le choix de KLM pour Air France en 2003, et inversement.

Ce faisant, je mettrai l'accent sur l'importance croissante des branches du droit qui ne font pas partie du droit aérien au sens traditionnel, tel que le droit des sociétés et le droit fiscal. Entre autres, je soulignerai que l'influence de ces branches du droit sur le développement du droit aérien augmentera dans les décennies à venir, ce qui facilitera les fusions comme celles d'Air France-KLM.

C. Les considérations de politique internationale prisent en compte dans l'application des règles sur la nationalité des compagnies

La pertinence des considérations de la politique internationale des compagnies aériennes est liée à la clause nationale figurant dans les accords bilatéraux. Le but ici n'est pas de détailler la signification de ces conditions de nationalité – c'est-à-dire, la propriété substantielle et le contrôle effectif – car de nombreux observateurs l'ont déjà fait.¹³ Pour résumer, les gouvernements désignent les compagnies nationales dans des

¹¹ Voir, par exemple, le discours de M. Jean-Cyril Spinetta à l'Université de Delft, précité (note 5).

¹² Les 20% restants sont tirés des revenus dérivés, entre autres, de la maintenance et de l'assistance en escale.

¹³ Voir, Allan I. Mendelsohn, *Myths of International Aviation*, 68(3) *Journal of Air Law and Commerce* 519-535 (2003); Peter P.C. Haanappel, *Airline Ownership and Control, and Some Related Matters*, XXVI *AIR and Space Law* 90-104 (2001); Bin Cheng, *The Law of International Air Transport* 375-379 (1962); Martin Staniland, *The vanishing national airline?* *European Business Journal* 71-77 (1998); David T.

accords aériens bilatéraux, disposant que ces compagnies *devraient* être substantiellement et effectivement contrôlées par les Etats désignants et/ou leurs ressortissants.¹⁴ « *Devraient* » signifie que les Etats ont le pouvoir discrétionnaire de rejeter les conditions de nationalité sur une base *ad hoc*, fondées sur des raisons politiques. Ce qu'ils ont fait à maintes reprises dans le passé.

La jurisprudence semble devenir d'autant plus importante que la loi en question est permissive. En d'autres termes, il faut prendre en compte moins les normes juridiques que les expériences tirées de la jurisprudence et des pratiques adoptées.

Un état - dorénavant qualifié 'd'*Etat de dérogation*' - s'est retenu d'appliquer les conditions de nationalité à un autre état désignant une compagnie aérienne - dorénavant qualifiée 'd'*Etat de désignant*' - laquelle n'était pas substantiellement possédée ni effectivement contrôlée par ses ressortissant - dorénavant qualifiée de '*compagnie aérienne non nationale*' - car :

- (a) la compagnie aérienne non-nationale a été désignée par l'Etat comme transporteur aérien pour l'exploitation de liaisons vers des points dans l'Etat de dérogation;¹⁵
- (b) la compagnie aérienne non-nationale a été désignée par un Etat « voisin, ami », qui vient d'obtenir son indépendance, tandis que l'Etat de désignation a octroyé des droits de desserte aux transporteurs de l'Etat de dérogation;¹⁶
- (c) la compagnie aérienne non-nationale a été désignée par l'Etat qui a négocié des droits de desserte pour la liaison en question afin de garantir que les besoins en transport aérien d'un territoire isolé et sous-développé sont satisfaits;¹⁷
- (d) la compagnie était régionale et multi-nationale, établie par un consortium d'Etats, dont chaque gouvernement a désigné la compagnie régionale dans son accord bilatéral avec l'Etat de dérogation.¹⁸

Arlington, *Liberalization of restrictions on foreign ownership in U.S. carriers: the United States must take the first step in aviation globalization*, 59 *Journal of Air Law and Commerce* 133-181 (1993); H.A. Wassenbergh, *Principles and Practices in Air Transport Regulation* 158 (1992).

¹⁴ Voici ce que dit une clause type: « Chaque partie contractante se réserve le droit de retenir, révoquer, suspendre, ou d'imposer toutes conditions si nécessaire en ce qui concerne la licence d'exploitation de la compagnie désignée, *en tout cas, lors qu'elle n'est pas satisfaisante du fait que la propriété substantielle et contrôle effectif de cette compagnie sont détenues par des ressortissants du pays de l'autre partie contractante*». (*italiques rajouter*).

¹⁵ Voir, *Taca, S.A., Foreign Air Carrier Permit*, Docket No. 774, 7 *Civil Aeronautics Board Reports* 716-717 (1946-1947). L'abréviation de Civil Aeronautics Board est CAB, prédécesseur du *Department of Transportation* des Etats Unis (DoT). De façon intéressante, Taca appartenait à une holding qui n'était pas du Salvador, une compagnie américaine, la PanAm. Néanmoins, Taca était autorisée à exploiter des liaisons aux Etats Unis, malgré sa nationalité contestable. Le fait que la PanAm était une compagnie nationale de l'Etat de dérogation a peut-être influencé la décision du CAB.

¹⁶ Voir, *Air Jamaica Limited*, *Foreign Air Carrier Permit*, Docket No. 15919 et al., 44 *Civil Aeronautics Board Reports* 1966 (1946-1947).

¹⁷ Voir, *Leewards Islands Air Transport Services Limited*, *Foreign Permit*, Docket No.17403, 46 *Civil Aeronautics Board Reports* 554 (1967).

¹⁸ Voir, *Scandinavian Airlines System*, *Foreign Air Carrier Permit*, Docket No. 2560, 8 *Civil Aeronautics Board Reports* 679-681 (1947), *Air Afrique*, *Foreign Permit*, Docket No. 17369, 46 *Civil Aeronautics*

Par conséquent, les critères permettant de déroger aux conditions de nationalité sous l'ancienne jurisprudence semblent être les suivants :

- le soutien de la compagnie non-nationale par l'état de désignation (sous la forme d'une désignation ou tout autre soutien gouvernemental) ;
- l'existence d'une relation amicale entre l'Etat de désignation et l'Etat de dérogation (voir aussi les accords Ciel Ouvert, ci-après);
- la réciprocité concernant les droits de trafic octroyés par l'Etat de désignation aux compagnies aériennes de l'Etat de dérogation ;
- la promotion des objectifs économiques et politiques de l'Etat de dérogation - aussi appelée « intérêt public », y compris la contribution à la création de liens de transport aérien avec les pays en développement.

La liste ci-dessus n'est cependant pas exhaustive ; elle n'est qu'indicative. Il faut donc être prudent dans l'application de ces critères au projet Air France-KLM, pour les raisons suivantes:

- la dérogation aux conditions de nationalité est une question de politique plutôt qu'une décision juridique ;¹⁹
- la liste ci-dessus est basée sur les décisions prises par le CAB. Il est très difficile, sinon impossible, d'accéder aux informations relatives aux décisions politiques d'autres pays ;
- comme nous le verrons plus loin, ces critères sont susceptibles d'être affectés par le cours du temps.

Dans les cas les plus récents, qui se rapprochent des réalités du XXI^e siècle en matière de structure des sociétés, les gouvernements semblent suivre les arguments ci-dessous,²⁰ à savoir que :

- davantage d'importance est attribuée à la présence d'une aide à la libéralisation des services aériens internationaux par les Etats désignant les compagnies en fusion, en même temps que la fusion internationale ou la prise de contrôle;
- l'octroi d'avantages politiques aériens aux compagnies du pays de dérogation dans le pays tiers peut être déterminant pour l'autorisation de la compagnie fusionnée par ce même pays tiers.

Board Reports 31-36 (1967) and *East African Airways*, Foreign Permit, Docket No. 22381, 55(19) Civil Aeronautics Board Reports 641-645.

¹⁹ Ici, le terme « politique » signifie que les décisions sont prises au cas par cas.

²⁰ Voir également, l'Accord de Ciel Ouvert de 1997 entre Aruba et les Etats Unis, qui comporte un Memorandum de Consultation et contient le texte suivant:

"The Aruban delegation inquired under what circumstances the U.S. government waives its policy of requiring that foreign carriers be substantially owned and effectively controlled by citizens of their claimed homeland. The U.S. delegation responded that the U.S. government has granted waivers of this policy to the extent that a question may exist as to the ownership and control of a carrier where it has found that there is nothing inimical to U.S. aviation policies or interests."

Prenons l'offre publique d'achat agressive d'Aerolinas Argentinas par Iberia.²¹ En 1998, 85 % d'Aerolinas Argentinas appartenait à une *holding* espagnole lié à Iberia, de sorte qu'Aerolinas Argentinas avait perdu sa nationalité argentine selon les conditions de l'accord bilatéral. Contre l'assurance de recevoir plus de droits de trafic pour leur propre compagnie aérienne (American Airlines), les autorités américaines étaient prêtes à déroger aux conditions de nationalité de l'accord aérien bilatéral en vigueur entre les Etats-Unis et l'Argentine, permettant ainsi à la compagnie argentine de continuer ses services sous cet accord.²²

A ma connaissance, il existe très peu de cas où la désignation d'une compagnie aérienne a été refusée par un autre Etat. Au début de 2005, *Virgin Nigeria Airlines* ne répondait pas aux conditions de propriété et de contrôle de l'accord bilatéral de Ciel Ouvert de 2000 entre le Nigeria et les Etats-Unis. Le gouvernement américain semble refuser à Virgin Nigeria l'accès à son espace aérien car Virgin Nigeria n'est pas effectivement contrôlée par le Nigeria ou par ses ressortissants.²³ Une décision possible du même effet peut provenir du refus du Royaume-Uni de conclure un accord de Ciel Ouvert avec les Etats Unis parce que Virgin Atlantic n'est pas autorisée à utiliser l'accord de Ciel Ouvert d'un pays tiers pour avoir un accès illimité aux Etats-Unis.

Ces cas sont probablement des incidents rares. Les affaires sérieuses, dans lesquelles seraient impliquées de grandes compagnies aériennes d'Etats importants dans le monde de l'aviation, attireraient une certaine publicité, et même si les observateurs n'y prêtaient pas attention, les médias s'en empareraient.

Ainsi, malgré ces cas exceptionnels, il semble qu'en fonction des considérations politiques internationales, le soutien par un gouvernement de la compagnie désignée est essentiel pour que l'autre Etat l'accepte sous l'accord bilatéral. Ce soutien peut se présenter des façons suivantes:

- avant tout, par l'acte de désignation, par lequel l'Etat confirme son engagement d'assumer sa responsabilité internationale en ce qui concerne la compagnie désignée, mais aussi par :
- l'octroi d'une licence d'exploitation ;
- l'octroi d'un certificat de transporteur aérien (CTA) afin d'assurer que les normes de sécurité sont respectées ;
- la situation du siège de la compagnie aérienne sur le territoire de l'Etat en cause.

Pour l'instant, la complexité des structures d'entreprises, dans lesquelles la nationalité de la compagnie aérienne est diluée lorsqu'on remonte la structure, ou dans lesquelles il s'avère par exemple que la holding à plusieurs nationalités paraît moins importante dans les décisions de politique internationale que les critères énoncés ci-dessus pour l'octroi

²¹ Michel Dupont-Elleay, *La politique communautaire de l'aviation civile, de la libéralisation du transport aérien au ciel unique*, 59 Revue française de droit aérien et spatial 357 (2002).

²² Voir, H. Peter van Fenema, *Ownership Restrictions: Consequences and Steps to be Taken*, discours à la Conférence européenne du transport aérien "Airline Globalization", Bruxelles, 7 octobre 1997.

²³ Voir, M. Dele Ore, *Opinion Daily Champion* (Lagos), janvier 14, 2005; allafrica.com 14-1-2005.

des droits de trafic. Toutefois, comme l'Article 4 du Règlement 2407/92 de la Communauté européenne,²⁴ et l'affaire dite *Daetwyler*²⁵ le démontrent, la structure d'ensemble d'une compagnie est susceptible de jouer un rôle - voire même important - dans les décisions concernant l'octroi d'une licence dans un cadre national.

La nouvelle tendance, dans les accords bilatéraux, d'assouplir les restrictions de nationalité,²⁶ s'est répandue de façon multilatérale. Sans rentrer dans les détails de cette nouvelle approche, je mentionnerai brièvement :

(1) Le '*formule APEC*'

En 2001, six membres de l'APEC (Coopération économique de la zone Asie-Pacifique), à savoir, les Etats-Unis, le Brunei, la Nouvelle-Zélande, le Chili, le Pérou et Singapour ont signé un accord portant le nom d'Accord Multilatéral de Libéralisation des Services Internationaux de Transport Aérien (*Multilateral Agreement on the Liberalisation of International Air Transport*).²⁷ Les autres états membres de l'APEC ont également la possibilité de se joindre à l'accord, dont le but est de relâcher la clause de nationalité en annulant, de façon multilatérale, le critère de la 'propriété substantielle' - on a vu ci-dessus que la dérogation à cette condition est laissée à la discrétion des signataires de l'accord.²⁸ Selon les signataires de cet accord, ceci symbolise le premier accord de Ciel Ouvert multilatéral. Cette expression doit être mitigée car rien dans l'accord n'exige de modification aux lois nationales et aux règles relatives à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes des pays membres.²⁹

(2) *La clause de l'OACI* concernant le siège de l'activité principale et le contrôle réglementaire effectif

Cette clause a été examinée au cours de la Cinquième Conférence Mondiale du Transport Aérien, qui a eu lieu en mars 2003. Cette conférence a encouragé les pays membres de l'OACI à introduire plus de souplesse vis-à-vis des clauses nationales traditionnelles, « en acceptant la désignation de compagnies aériennes étrangères qui risquent de ne pas satisfaire aux critères traditionnels de propriété et de contrôle

²⁴ Citée dans la note 35 ci-dessous.

²⁵ Citée dans la note 41 ci-dessous.

²⁶ Pour les Etats Unis, je conseille l'article instructif d'Allan I. Mendelsohn, *Myths of International Aviation*, 68(3) *Journal of Air Law and Commerce* 519-535 (2003).

²⁷ Voir: <http://www.state.gov/e/rls/othr/2573.htm> .

²⁸ L'article 3(2) de l'Accord APEC déclare que les membres de l'APEC

« shall grant appropriate authorizations ... provided that:

a. effective control of that airline is vested in the designating state, its nationals, or both;

b. the airline is incorporated in and has its principal place of business in the territory of the party designating the airline ...».

Ces conditions n'influencent pas le pouvoir de l'Etat de désigner une compagnie sur les bases de la propriété nationale (avec celles du contrôle effectif et du siège d'activité principale).

²⁹ Le 17 mai 2002, l'accord APEC est entré en vigueur pour le Pérou. L'accord est désormais en vigueur entre les pays suivants : Brunei, Nouvelle Zélande, Singapour, Etats-Unis et le Pérou. Le Chili a signé, mais n'a pas ratifié l'Accord.

nationaux, ou à ceux du siège d'activité principale et du contrôle effectif»³⁰. Il convient de noter que 'le siège d'activité principale' ne correspond pas nécessairement à la notion d'établissement telle que l'a utilisée la Cour de Justice des Communautés Européennes dans la décision concernant les accords de Ciel Ouvert du 5 novembre 2002. Les délégations de la Communauté Européenne n'ont pas soulevé de réserve par rapport à cette clause, car son interprétation au niveau national reste flexible. De plus, il n'existe aucun accord au niveau international - même au niveau communautaire - sur la définition du terme 'siège d'activité principale', qui doit être défini dans le droit national (voir ci-dessus section D).

(3) L'introduction de la *clause communautaire*³¹

Actuellement, la Communauté Européenne tente 'd'exporter' ses succès en droit communautaire. L'un de ces succès est l'acceptation de la clause communautaire dans le marché intérieur, selon laquelle l'accès au marché intérieur est autorisé à toute compagnie ayant la 'nationalité communautaire'. D'après le jugement de la Cour de Justice,³² les Etats membres de la Communauté européenne sont obligés d'insérer une clause communautaire dans leurs accords bilatéraux avec les pays tiers.

La même tendance vers l'assouplissement des conditions de nationalité, exigée par le droit aérien et la politique aérienne internationale, ne s'applique pas nécessairement à l'octroi des licences. Dans la procédure d'octroi des licences, les autorités gouvernementales peuvent être tentées d'utiliser le test de la « levée du voile » d'une société en examinant minutieusement la nationalité des entités qui détiennent et contrôlent effectivement cette compagnie aérienne – voire à ce sujet la section suivante.

³⁰ Voir Conclusion g) du point 2.1 de l'ordre du jour: *Air Carrier ownership and control*, voir ATConf/5, p.4. Les Etats sont encouragés à considérer une clause standard sur la propriété et le contrôle selon laquelle les Etats accorderont une autorisation d'exploiter, à condition que:

- la compagnie désignée a son siège d'activité principale [et résidence permanente] sur le territoire de l'Etat de désignation;
- l'Etat membre désignant la compagnie a et maintient un contrôle réglementaire effectif sur cette compagnie ;
- »

Voir aussi point 4.6 de la *Declaration of Global Principles for the Liberalization of International Air Transport*, prononcée à la réunion finale, WATC/5:

http://www.lfv.se/site/pilot_info/air_traffic_society/activity/international/icao/liberalization_intair.pdf

³¹ Une clause communautaire standardisée *en forme définitive* n'existe pas encore, mais tous les éléments se trouvent dans l'article 4 du Règlement 2407/92, voir note 35. Sur l'évolution de la politique communautaire des transports aériens, voir: Michel Dupont-Elleray, *La politique communautaire de l'aviation civile, de la libéralisation du transport aérien au ciel unique*, 59 *Revue française de droit aérien et spatial* 365-369 (2002), ainsi que: Loïc Grard, *Les accords de ciel ouvert, vers un ordre juridique international < post-bermudien > Bientôt un ordre juridique < post-libéral >*, *Revue française de droit aérien et spatial* 267-280 (2002)

³² Voir, par exemple, *Commission contre la République Fédérale d'Allemagne*, concernant l'accord ciel ouvert entre l'Allemagne et les Etats Unis Affaire- C-476/98, par. 144-162, voir: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61998J0476 - A ce sujet voir aussi l'excellent article de M. Rainer Münz du Ministère Fédéral allemand des Transports, de la Construction et du Logement: *The Future of Ownership and Control Clauses - The German point of view*, publié par Stephan Hobe and others (editors), *Consequences of Air Transport Globalization* (2003).

D. L'investissement étranger selon le droit national et le droit communautaire

Certaines (pas toutes) lois nationales imposent des limites au degré de propriété et/ou de contrôle que peuvent exercer les investisseurs étrangers sur les compagnies aériennes munies d'une licence octroyée par l'Etat ayant promulgué les lois sur la propriété et le contrôle.³³ Il en va de même pour les règlements de la Communauté européenne.³⁴ En opposition avec les conditions de nationalité sous les accords bilatéraux – lesquelles ne sont d'ailleurs pas précisément formulées, laissant ainsi une marge de manoeuvre aux autorités - les conditions pour l'octroi des licences en droit national, basées sur la nationalité de la compagnie demanderesse, sont plus exigeantes car elles sont plus précisément définies.³⁵

³³ L'article 61(2) du Code de l'aviation civile russe de 1997 requiert que:

- (1) L'investissement étranger dans les compagnies aériennes, selon les dispositions du Code de l'aviation civile, ne peut dépasser 49% du capital versé en actions ;
- (2) Le directeur de l'entité doit être un ressortissant de la Fédération de Russie ;
- (3) Le nombre des ressortissants étrangers dans la direction ne peut dépasser le tiers de la direction

En Chine, selon le Décret sur les dispositions concernant les Investissements Etrangers dans l'Aviation Civile (2002),

- (1) Les ressortissants chinois doivent avoir les positions d'actionnaires, tandis que
- (2) Un investisseur unique, y compris son entreprise associée, ne peut investir plus de 25% du capital en actions, ce qui n'empêche pas plusieurs investisseurs étrangers d'investir jusqu'au 49% des parts de la compagnie.

Voir: <http://www.fdi.gov.cn/ltlaw/lawinfodisp.jsp?id=ABC0000000000008718>

³⁴ Voir l'article 4 du Règlement 2407/92 (OJ L 240/1-8 (1992)), cité dans la note suivante.

³⁵ Voir l'article 4 du Règlement 2407/92, qui définit la propriété substantielle comme "la majorité absolue".

Article 4: Licence d'Exploitation

1. Un État membre ne délivre de licence d'exploitation à une entreprise que si:
 - a) son principal établissement et, le cas échéant, son siège, sont situés dans cet État membre et
 - b) son activité principale est le transport aérien, exclusivement ou en combinaison avec toute autre activité commerciale comportant l'exploitation d'aéronefs ou la réparation et l'entretien d'aéronefs.

2. Sans préjudice des accords et conventions auxquels la Communauté est partie contractante, l'entreprise doit être détenue et continuer à être détenue soit directement, soit par *participation majoritaire*, par des États membres et/ou des ressortissants d'États membres. Elle doit, à tout moment, être effectivement contrôlée par ces États ou ces ressortissants. (*italiques ajoutées*),

L'expression "contrôle effectif" est défini dans l'Article 2(g) du même Règlement:

«g) 'contrôle effectif': une relation constituée par des droits, des contrats ou de tout autre moyen qui, soit séparément soit conjointement et compte tenu des circonstances de droit et de fait du cas d'espèce, confèrent la possibilité d'exercer directement ou indirectement une influence déterminante sur une entreprise, grâce notamment à:

- a) un droit de jouissance sur tout ou partie des actifs d'une entreprise;
- b) des droits ou des contrats conférant une influence déterminante sur la composition, le vote ou les décisions des organes d'une entreprise ou conférant par ailleurs une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'entreprise.»

Voir aussi: Title 49 U.S.C. Section 40102(a)(15)(C) - anciennement Section 101(13)(16) de la Loi Fédérale de l'Aviation of 1958, tel qu'amendé. Une compagnie ne peut être qualifiée comme américaine que si au moins 75% des droits de vote appartiennent et sont contrôlés par des ressortissant des Etats-Unis, et si le président de la compagnie et les deux tiers du conseil d'administration sont ressortissants

L'application de la condition de nationalité en politique internationale d'un côté, et l'application selon les réglementations nationales de l'autre, appartiennent à deux mondes différents. Néanmoins, les deux cas s'apparentent en ce qu'il est possible dans les deux cas de s'écarter de la norme en vertu de considérations politiques (voir plus loin).

Les conditions permettant d'obtenir une licence de transporteur sont différentes des conditions permettant l'établissement. Les critères restrictifs d'obtention d'une licence peuvent aller de pair avec des critères libéraux d'établissement. Par exemple, *Virgin Atlantic* pourra très bien être autorisée à établir une filiale à Moscou suivant le droit local des sociétés. Les ennuis commenceront au moment où la compagnie filiale voudra opérer des services aériens à partir de là, à l'intérieur ou vers l'extérieur de la Fédération de Russie. A ce stade, la compagnie filiale aura besoin d'une licence provenant des autorités russes, qu'elles refuseront vraisemblablement sur base de la condition de nationalité.³⁶ Par conséquent, la filiale ne pourra pas réaliser les affaires pour lesquelles elle s'était établie dans le pays.

De même, une compagnie aérienne asiatique pourra être autorisée à établir une filiale, soumise au droit des sociétés de l'Etat membre de l'UE dans laquelle elle veut s'installer, selon les principes de 'marché ouvert' et de 'liberté d'établissement' de l'Union européenne.³⁷ Cependant, l'exercice de cette liberté d'établissement dans le but d'assurer des services aériens conformément au droit communautaire est une autre histoire.³⁸

Nous pouvons assumer que la plupart des pays ont leur propre pratique concernant l'octroi des licences de transporteur aérien. Une telle pratique n'est pas toujours accessible, encore moins sujette à des articles de doctrine. Evidemment, ceci est en partie dû au fait que les décisions prises sont fondées sur des considérations politiques, dans lesquelles les facteurs *ad hoc* sont décisifs. J'imagine que ces décisions politiques, fondées sur des conditions factuelles complexes, ne se prêtent d'ailleurs pas à la généralisation, et il ne serait pas intéressant d'en tirer des conclusions, même si les décisions en question sont facilement accessibles. C'est pourquoi je me limiterai à traiter sommairement d'une seule affaire, l'affaire *Daetwyler*, présentée par le « CAB » (*Civil Aeronautics Board*)³⁹ américain. Après quoi j'aborderai la question de savoir si une compagnie étrangère déjà en possession d'une licence de transporteur peut garder sa licence lorsqu'un investisseur achète une partie de la compagnie et en acquiert un contrôle décisif.

L'affaire *Daetwyler* n'a été examinée que sous l'angle des lois nationales américaines. La question était de savoir si la compagnie aérienne de Mr Daetwyler pouvait être considérée comme de nationalité américaine et pouvait ainsi obtenir la permission d'assurer des services intérieures et internationaux. Il n'était pas question de

américains; dans ce cas uniquement, la compagnie peut prendre avantage du marché intérieur et extérieur de l'aviation.

³⁶ Voir note 33.

³⁷ Voir les articles 4(1) et 43(1) du Traité instituant la Communauté Européenne.

³⁸ Voir l'article 3 du Règlement 2407/92 ainsi que le Règlement 2408/92.

³⁹ Voir note 41.

renoncer aux conditions de nationalité fixées par l'accord bilatéral. Le CAB a « levé le voile » en procédant à une enquête qui a établi que la compagnie était principalement gérée par des intérêts suisses, et non américains.⁴⁰ Néanmoins, le CAB a accueilli la demande soumise par M. Daetwyler, car l'enquête a révélé que la Suisse assurait un traitement comparable aux ressortissants américains.⁴¹ Ainsi, les considérations de politique internationale semblent dans ce cas avoir pris le dessus sur les normes de droit national.

On peut dire que l'affaire *Daetwyler* est importante car la décision :

- démontre que les autorités gouvernementales peuvent examiner très attentivement la structure d'une entreprise dans les procédures de demande ;
- démontre que les autorités gouvernementales sont prêtes à faire passer les considérations de politique internationale avant les normes de droit national ;
- est toujours une « bonne pratique » juridique, car elle est citée dans des cas plus récents.⁴²

Un point supplémentaire lié au droit national est celui du changement de nationalité à la suite d'une prise de participation par des personnes étrangères. C'est devenu une question d'actualité dans les années 1990, lorsque l'environnement concurrentiel a commencé à évoluer. Les gouvernements privatisaient leurs compagnies aériennes, tandis que la déréglementation et la libéralisation du transport aérien avaient pour objectif de créer un niveau de concurrence égal pour tous. La privatisation et la libéralisation ont aussi eu pour effet d'encourager les compagnies aériennes à gagner de l'argent dans un marché international.

E. Les relations inter-compagnies sur le plan des investissements

Dans les années 1990, une nouvelle étape des relations inter-compagnies aériennes était née : les compagnies investissaient dans d'autres compagnies. La question se posait alors : les lois nationales du pays de la compagnie dont la nationalité était en jeu, permettaient-elles de telles prises de participation? Nous examinerons cette question en nous tournant vers la pratique nationale et non vers la pratique internationale, c'est-à-dire, vers les lois qui gouvernent les activités de la compagnie concernée par la prise de participation étrangère et leur application.

Certaines lois nationales interdisent l'investissement fait par une compagnie étrangère dans une compagnie aérienne nationale. Par exemple, la loi indienne permet un investissement étranger dans une compagnie aérienne indienne pourvu que il ne soit pas

⁴⁰ Voir notes 15-18.

⁴¹ *Willye Peter Daetwyler, D.B.A Interamerican Airfreight Co.*, Foreign Permit, Docket No. 22381, 58(6) Civil Aeronautics Board Reports 118-134 (1971-1972) at 122.

⁴² Voir, par exemple, note 14 *In re Compliance with U.S. Citizenship Requirements of DHL Airways, Inc.*, US DoT Docket OST-2001-8736, plainte déposée par FedEx, 07/08/2002.

fait par une compagnie aérienne étrangère. En outre, la compagnie étrangère désirant investir dans une compagnie aérienne indienne ne peut pas non plus être filiale d'une compagnie aérienne étrangère.⁴³ Comme nous le verrons ci-dessous, chaque juridiction applique ses propres critères à ces transactions.

- *British Airways (BA) - US Air* (1992). En juillet 1992, BA et US Air ont conclu un accord d'investissement.⁴⁴ Les droits de gouvernance d'entreprise ont attribué à BA un degré de contrôle décisif, si ce n'est controversé, de US Air. En décembre 1992, les parties n'ont cependant pas soumis de plan d'investissement au Département des Transports américain (DoT), à cause de l'arrêt des négociations bilatérales entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni. Le DoT a fait remarquer plus tard que, bien que le gouvernement américain encourageait les investissements étrangers, l'assentiment de l'accord BA-US Air aurait accordé « une extension immédiate et substantielle de l'accès de BA au territoire des Etats-Unis ». Le Secrétaire aux Transports a ajouté qu'un accès de cette ampleur n'aurait pu se produire que dans le cadre d'un accord de 'ciel ouvert'.

- En 1989, *KLM* a pris une participation dans *NorthWest (NW)*.⁴⁵ De nouveau, le DoT a fait remarquer que les critères formels de nationalité américaine requis par les lois américaines étaient satisfaits par les parties.⁴⁶ Cependant, les liens institutionnels entre les deux compagnies inquiétaient le DoT, à tel point qu'il a estimé que le contrôle que KLM exerçait sur NW était plus « effectif » que ne l'indiquaient les chiffres et les informations fournis dans le dossier. Postérieurement, les trois parties, le DoT, KLM et *Wings* - holding de NW - sont arrivés à un accord, entre autres car KLM avait réduit le nombre de ses actions.⁴⁷ La décision indiquait que les actions étrangères d'une compagnie aérienne ne pouvaient dépasser 49 % et que les droits de vote ne pouvaient excéder 25 %.⁴⁸ Le DoT a appliqué un test de contrôle, qui exigeait que la compagnie demeure sous l'autorité de ressortissants américains.⁴⁹ Il est important de considérer la relation entre les Etats-Unis et le pays d'origine de la compagnie étrangère dans le contexte de l'aviation.⁵⁰ La politique aérienne libérale traditionnellement menée

⁴³ Voir : www.civilaviation.nic.in.

⁴⁴ Selon lequel BA devait investir 750 millions de dollars US en échange de 21% des droits de vote de USAir et de 44% de la totalité de ses parts. En sus, BA obtenait le droit de désigner quatre membres du Conseil d'Administration sur seize, ainsi que certains droits de veto sur les décisions du Conseil d'Administration de USAir.

⁴⁵ KLM a acquis 56,74% des actions sans droit de vote d'une NW affaiblie, et moins de 5 % des droits de vote. En plus, KLM a eu le droit de nommer un membre du Conseil d'Administration sur les douze, ainsi que de conseiller son partenaire américain par rapport aux affaires financières via un comité spécial. Le DoT a travaillé avec Wings - compagnie de holding de NW-, et KLM pour surmonter ses inquiétudes.

⁴⁶ Car KLM possédait moins des 25% réglementaires des droits de vote de NW, et constituait moins d'un tiers de son Directoire.

⁴⁷ Voir DoT Order 89-9-51 du 29 septembre 1989.

⁴⁸ Voir paragraphes 21-22.

⁴⁹ Voir paragraphe 18: "In view of this finding that Northwest is firmly controlled by US citizens, we see no potential for the foreign interest represented by KLM to exert control, given the structure of these corporate mechanisms and the remaining restrictions retained in this order."

⁵⁰ Voir au paragraphe 18: "Moreover, we reached these decisions in the context of the liberalized aviation relationship that prevails between the United States and KLM's homeland."

par les Pays-Bas a largement contribué à ce résultat. Les considérations politiques ont aussi contribué en 1992 à surmonter les inquiétudes vis-à-vis des lois antitrust nationales aux Etats-Unis. Les problèmes potentiels d'antitrust, provoqués par l'entreprise commune créée par KLM et NW, ont été résolus dans le cadre d'un accord de Ciel Ouvert, lorsque les autorités des Etats-Unis et des Pays-Bas ont accordé une immunité antitrust à la coopération KLM/NW.⁵¹

- Dans l'affaire *Swissair - Sabena* (1995),⁵² la Commission a noté, qu'en fait « Sabena doit rester une entité juridique indépendante, ayant son siège social et son enregistrement en Belgique ». ⁵³ Cette décision est importante pour la licence octroyée à Sabena selon la réglementation Communautaire : si la Commission avait établi que le siège social et l'enregistrement de la société des deux compagnies fusionnées étaient en Suisse suite à cette fusion, Sabena n'aurait pas eu le droit de recevoir une licence des autorités belges.

L'examen de la propriété et du contrôle fut encore plus compliqué, car Swissair n'avait acquis que 49,5 % des actions avec droit de vote de Sabena. La Commission fut d'avis que le critère de propriété - au moins 50 % entre les mains de ressortissants de la Communauté - était satisfait si 50 % plus une action appartenaient à des ressortissants de la Communauté. Dans ce cas, la prise de participation suisse vue sous l'angle de la propriété put être approuvée.⁵⁴

L'analyse sous l'angle du test du « contrôle effectif » fut encore plus longue. Le contrôle effectif est défini dans le Règlement communautaire concernant les licences des transporteurs aériens,⁵⁵ ce qui implique qu'il laisse en ce domaine moins de marge de manœuvre. Cependant, le point décisif est de déterminer qui a le pouvoir de décision ultime dans la direction de la compagnie.⁵⁶ En somme, la Commission a jugé que des ressortissants belges maintenaient un contrôle effectif sur Sabena.

⁵¹ En 1981 KLM et NW ont décidé d'élargir leurs relations commerciales en mettant en commun la vente, le marketing, les horaires, la coordination de la fixation des prix et le traitement des bagages, afin de promouvoir une identité commune des deux transporteurs vis-à-vis du public.

⁵² 95/404/CE: Décision de la Commission, du 19 juillet 1995, relative à la procédure d'application du Règlement (CEE) n° 2407/92 du Conseil (*Swissair/Sabena*) - dorénavant : *Décision Swissair/Sabena* (1995).

⁵³ Art VIII de la *Décision Swissair/Sabena* (1995).

⁵⁴ Aux conditions suivantes:

- La dimension de l'investissement dans le pays tiers;
- La distribution des parts au sein de chaque groupe d'actionnaires;
- L'effet de la propriété sur le contrôle de la compagnie communautaire;

Voir section X de *Swissair/Sabena Decision* (1995)

⁵⁵ Voir note 35. A cet égard, peu importe que l'investissement soit fait directement ou indirectement. Il est par contre indispensable de savoir qui a le dernier mot dans ces importants domaines, tels que le business plan, le budget annuel ou tout autre projet d'investissement ou de coopération.

⁵⁶ Le Conseil d'Administration de Sabena était composé de douze personnes, y compris le Président. Cinq furent désignées par Sabena, six par des actionnaires belges. Le Président fut désigné conjointement par Swissair et les actionnaires belges. S'ils n'arrivaient pas à se mettre d'accord, la proposition de Swissair l'emporterait. La Commission a pris en compte le fait que l'influence des actionnaires dans l'administration quotidienne de Sabena est relativement limitée, leur rôle étant restreint quant aux décisions

Jusqu'à présent, les décisions de la Commission ont été fondées sur l'application de critères juridiques. C'est pourquoi les raisonnements ci-dessus s'adaptent plus facilement aux projets autres que les projets mentionnés dans les décisions américaines. La Commission, par contre, a pris en compte certains objectifs politiques : à l'époque, la Suisse était en train d'adopter l'acquis communautaire du transport aérien, ce qui fut finalisé par l'accord conclu en 2002. Dans ce sens, les décisions n'ont pris en compte qu'une phase transitoire de l'affaire.⁵⁷

Le projet Swissair/Sabena fut lui aussi considéré comme une « concentration » compatible avec le marché commun selon le Règlement sur *le contrôle des concentrations*.⁵⁸ Selon ce Règlement, la nationalité des parties à la concentration n'est pas pertinente ; dès lors qu'il existe une « dimension communautaire »⁵⁹ dans la transaction, la Commission a le pouvoir d'agir. La Commission n'a soulevé aucune objection et elle a déclaré que l'affaire était compatible avec le marché commun.⁶⁰

Si la Commission avait décidé, dans l'affaire présentée en vertu du Règlement sur les licences (2407/92) de sorte que Sabena ne pouvait être qualifiée de « compagnie aérienne communautaire », Swiss-Sabena aurait été privée de l'accès aux liaisons intra-communautaires. La société fusionnée Swissair-Sabena n'aurait pas été autorisée à voler entre Bruxelles et Athènes, ou entre Munich et Madrid.

Par contre il n'aurait probablement existé aucun problème en ce qui concerne les droits de trafic de Swissair-Sabena entre la Belgique et la Suisse. En effet, les deux gouvernements ayant soutenu la concentration auraient pu annuler la clause nationale contenue dans leurs accords bilatéraux.

De toute évidence, la réaction des pays tiers dépend en grande partie d'éléments annexes. Par exemple, le pouvoir exécutif américain aurait pu être enclin à renoncer aux critères de nationalité car les deux Etats requérants (la Belgique et la Suisse) ont des accords Ciel Ouvert avec les Etats-Unis. En outre, la création d'une alliance entre des compagnies américaine, belge et suisse qui privilégierait les voyageurs américains aurait été une des conditions à satisfaire sous couvert de « l'intérêt public ». Enfin, des concessions de réciprocité auraient pu être demandées.

D'autres exemples pourraient être fournis dans le contexte ci-dessus, par exemple, celui d'Air Canada-Continental ou de Qantas-Air New Zealand. Malgré tout, les trois décisions analysées confirment que :

d'investissement. Enfin, l'Etat belge a la possibilité de renverser la transaction ci-dessus, en exerçant son option d'appel afin d'acquérir la majorité de la propriété.

⁵⁷ Voir section XI de la Décision Swissair/Sabena (1995).

⁵⁸ Règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, OJ L257, 14 (1990) (modifié).

⁵⁹ Evalué selon l'article 2 du Règlement sur le contrôle des concentrations (4064/89, voir note précédente).

⁶⁰ Par manque d'opposition à une concentration selon l'Art. 6(1)(b) du Règlement sur le contrôle des concentrations, OJ C200 du 4 août 1995, point 10.

- les parties doivent présenter la transaction de telle sorte que les conditions formelles de la clause de nationalité soient remplies selon les lois nationales domestiques;
- les autorités sont prêtes à négocier (voir l'exemple de « levée du voile ») les critères de la clause de nationalité en droit national dans les cas où des considérations politiques pourraient le justifier ;
- ces considérations de politique peuvent varier d'un cas à l'autre, d'un pays à l'autre, et dans le temps aussi. Il est donc difficile de tirer une conclusion de quelques cas. En ce qui concerne les Etats-Unis, il ne fait aucun doute que l'adoption de la politique de 'ciel ouvert' par le pays de la compagnie aérienne acquérant une participation dans une compagnie américaine facilite la résolution du problème de la nationalité.

F. L'expérience d'Air France et de KLM en matière de création d'alliances

Soyons honnêtes : Air France et KLM n'étaient pas des partenaires évidents dans les années 1990. En 1992 l'avocat d'Air France à Washington DC déclara: « Les Français considèrent la KLM comme un participant 'frangé' à la périphérie de l'Europe ». ⁶¹ Un énoncé à double usage : il peut être vu comme un compliment, puisque, s'agissant du textile, les Français semblent aimer les franges – ou encore faut-il interpréter le mot *frange* comme marginal ?

Air France était alors très fortement perçue comme une compagnie aérienne d'Etat. Sans doute avait-elle beaucoup investi dans d'autres compagnies aériennes, mais ces compagnies étaient proches d'elle, à tous points de vue. ⁶² Air France semblait préférer les partenaires avec lesquels elle partageait des liens géographiques, culturels et politiques. ⁶³

En 1990 Air France acquit UTA et la Commission autorisa cette prise de contrôle, malgré des critiques publiques. ⁶⁴ En conséquence, Air France détenait un contrôle quasi total du marché intérieur français. Cependant, la Commission réussit à extraire les parts TAT d'Air France, lesquelles furent plus tard rachetées par BA, permettant ainsi l'accès de BA au marché domestique français. Deux ans plus tard, Air France acquérait 37,58% des actions de Sabena, sans aucune condition rigoureuse. La Commission exigeait que les entreprises maintiennent la concurrence, ⁶⁵ mais la décision fut jugée trop douce.

⁶¹ Cité par H.A. Wassenbergh, *Principles and Practices in Air Transport Regulation* 87 (note 20) (1993).

⁶² Air France a ainsi acheté la compagnie Air Inter. Monsieur Dupont-Ellemer écrit: "Historiquement, la Hollande est le premier pays à avoir mené une expérience réussie de privatisation." Voir: *La politique communautaire de l'aviation civile, de la libéralisation du transport aérien au ciel unique*, Revue française de droit aérien et spatial 358 (2002).

⁶³ Une exception était l'investissement d'Air France dans la compagnie Czech CSA.

⁶⁴ Communiqué de presse IP (90) 870 and XXème rapport sur la Concurrence au point 116 ; voir aussi les réponses données par Sir Leon Brittan au Parlement Européen, question écrite No. 2853/90, OJ C 199/7 (1991).

⁶⁵ Affaire IV/M. 157; Décision du 5 octobre 1992; OJ C 232/5 de 10 septembre 1992.

La période 1994-1997 fut pour Air France délicate. L'Etat français s'était vu obligé de faire des investissements considérables dans sa compagnie aérienne nationale, qui se trouvait dans de sérieuses difficultés financières et économiques. La politique de modernisation et d'expansion de la flotte avait été financée par des emprunts. L'aide d'Etat avait été accompagnée par plusieurs plans de restructuration.

La Commission fut d'avis qu'il était à la fois nécessaire et opportun de permettre à Air France d'exécuter son plan de reconstruction et d'améliorer sa rentabilité. L'aide d'Etat lui parut nécessaire afin de « faire d'Air France une véritable entreprise », ce qu'elle devint quelques années plus tard.⁶⁶

KLM était en train de déployer ses ailes au-dessus d'Atlantique, en prenant une participation dans NorthWest (voir ci-dessus). De plus, elle acheta 80 % des parts de la compagnie néerlandaise Transavia,⁶⁷ et 100 % des parts d'Air UK. A la recherche de nouveaux accords sophistiqués, y compris des accords de partage de code avec des compagnies dans d'autres régions du monde, KLM se révélait être une véritable entreprise commerciale.

Mais, les relations entre un certain nombre de compagnies aériennes communautaires, y compris KLM et Air France, devinrent plus conflictuelles en 1994, quand huit compagnies européennes importantes, partiellement soutenues par leur gouvernement, déposèrent un recours devant le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes à Luxembourg.⁶⁸ Les requérants prétendaient que la Commission avait enfreint le principe de proportionnalité, qu'elle avait erré dans sa considération que l'aide d'Etat avait pour but de promouvoir le développement d'une activité économique et n'aurait aucun impact négatif sur les échanges. La Cour annula la décision de la Commission en 1998 mais n'exigea pas que les aides d'Etat en question soient remboursées.

A l'époque, c'est-à-dire en 1998, il était difficile de prévoir qu'Air France et KLM seraient alliées cinq ans plus tard. Il n'y eut pas de coup de foudre entre les deux. Mais le monde de l'aviation civile était en train de changer.

Air France s'est transformée en une puissante compagnie aérienne européenne.

KLM a été gravement touchée par les conséquences du 11 septembre 2001 et par le SRAS. En outre, deux de ses projets de fusion avaient échoué.

En 1999 KLM s'était engagée dans deux transactions avec *Alitalia*. Un projet de *joint venture* était lié au transport de passagers, l'autre au transport de fret. En ce qui concernait la nationalité des deux compagnies, les inquiétudes ne semblaient pas très

⁶⁶ 94/653/CE: Décision de la Commission du 27 juillet 1994, concernant l'augmentation de capital notifiée d'Air France; OJ L 254/73 (1994).

⁶⁷ Voir Communiqué de presse de la Commission, IP (91)658 du 7 juillet 1991.

⁶⁸ BA, SAS, KLM, Air UK, Euralair, TAT et British Midland, soutenues par les gouvernements scandinaves et britannique contre la Commission soutenue par le gouvernement français; du 8 avril 2004).

fortes à cette époque grâce à la construction envisagée. La Commission européenne approuva ce nouveau rapprochement en échange de quelques engagements pris par les deux compagnies.⁶⁹ Ce rapprochement devait mener les deux compagnies vers une fusion à moyen terme. L'affaire n'aboutit cependant pas, car Alitalia ne réussit pas à donner suffisamment de gages sur le fonctionnement de son aéroport Malpensa à Milan.

En 2000, *British Airways* et KLM se sont rapprochées en vue d'une acquisition de KLM par British Airways. Une des questions principales était de savoir si KLM pourrait toujours être perçue comme une compagnie néerlandaise. Les Etats tiers intéressés par cette question, après avoir examiné la structure de la société, auraient pu être tentés de douter de la nationalité néerlandaise de KLM. Les doutes à ce sujet pouvaient être exprimés entre autres par le gouvernement des Etats-Unis car il n'y a pas d'accord de Ciel Ouvert entre ce pays et le Royaume-Uni. Ainsi, British Airways pouvait être tentée d'accéder au marché américain en profitant de l'accord de Ciel Ouvert conclu entre les Etats-Unis et les Pays-Bas en 1992. En admettant une telle acquisition, les Etats Unis auraient perdu un moyen pour mobiliser le Royaume-Uni vers la conclusion d'un tel accord.

Pourquoi toutes ces tentatives ont-elles échoué ? C'est difficile à dire. En outre, il est plus important de constater que les deux compagnies, Air France et KLM, étaient toutes deux à la recherche d'un partenaire puissant. La force d'une alliance se trouve dans la *complémentarité*,⁷⁰ sur la base de laquelle les parties développent une stratégie commune, plutôt que dans des racines communes, y compris les affinités politiques ou culturelles. Il est intéressant de souligner qu'Air France semble se dissocier progressivement de son gouvernement - comme en témoigne la réduction de l'actionnariat étatique dans la compagnie, tandis que KLM compte, et à notre avis est obligée de compter, sur le soutien de son gouvernement dans cette affaire (voir ci-dessus).⁷¹

L'histoire d'Air France démontre qu'elle apprécie la participation du gouvernement dans le secteur aérien, mais seulement pour des raisons spécifiques et dans des conditions spécifiques, lesquelles seront expliquées plus bas.

Dans ce cadre historique, et en tenant compte des évolutions du droit aérien et de la politique internationale aérienne, Air France et KLM s'engagèrent en 2003 dans une structure assez compliquée, destinée à concilier les intérêts commerciaux des deux compagnies avec les conditions de nationalité traditionnelles. Il me semble que le droit des sociétés ainsi que les développements du droit aérien dans les décennies à venir influenceront fortement sur cette structure (voir à ce sujet les remarques finales, plus loin).

⁶⁹ Décision Comp/JV.19 du 11 août 1999, voir:

http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/jv19_en.pdf

⁷⁰ Expliqué dans le communiqué de presse: *Air France and KLM Royal Dutch Airlines to create Europe's leading airline group*, 30 septembre 2003 pages 1et 7.

⁷¹ Le soutien du gouvernement ne prend pas nécessairement la forme d'aides d'état, comme expliqué ci-dessus.

G. La structure de l'entreprise ⁷²

Air France et KLM ont établi une *holding* au nom d'Air France-KLM S.A. (Société Anonyme), absorbant les parts actuelles d'Air France et de KLM. La holding est constituée pour 81 % des parts de l'ancienne Air France, y compris les actions d'Etat,⁷³ et pour 19 % des actions de l'ancienne KLM.⁷⁴ La holding Air France-KLM est cotée en Bourse à Paris, Amsterdam et New York.

Cette holding Air France - KLM gèrera deux compagnies, à savoir, Air France et KLM. La propriété et le contrôle du côté d'Air France seront français.

Du côté de KLM, la compagnie d'exploitation – KLM Royal Dutch Airlines - sera aux mains de ressortissants néerlandais à hauteur de 51%, à savoir le gouvernement néerlandais pour 6 % et deux fondations néerlandaises pour 45 %. Ces arrangements s'appliqueront pendant au moins trois ans, après quoi les parties espèrent simplifier la structure, en commençant par alléger les conditions de nationalité dans le secteur de l'aviation civile internationale. Le siège d'activité principale de KLM restera enregistré à Amstelveen, en Hollande.

De plus, l'Etat néerlandais a la possibilité d'acheter plus de 51% des parts afin de garantir une propriété néerlandaise substantielle de KLM. Cette option demeure ouverte au-delà de la période initiale de trois ans, soumise à quelques amendements et si des considérations politiques aériennes l'exigent.⁷⁵

Les parties ont établi un Comité de Gestion Stratégique (*Strategic Management Committee*, ci-après *SMC*). Le SMC gère les deux compagnies de la holding. Il est responsable de la stratégie générale du groupe et ses recommandations aux compagnies d'exploitation Air France et KLM - concernant les décisions stratégiques majeures dans les domaines commercial, financier, et technique et opérationnel - sont contraignantes. Le SMC sera constitué de quatre représentants d'Air France et de quatre représentants de KLM, plus un président provenant d'Air France qui aura une voix prépondérante. Bien que les parties expliquent que le président ne se servira pas de sa voix prépondérante,⁷⁶ la structure pourrait permettre de se poser la question de savoir qui a le contrôle effectif de la compagnie d'exploitation et filiale, à savoir la KLM.

⁷² Voir aussi, une analyse intéressante faite par M. Chr. P.G. Bramer, *De Air France KLM Royal Dutch Airlines fusie: een vreemde vogel?* (« *The Air France-KLM merger: a strange bird?* ») publié dans 12 *Ondernemingsrecht* (droit des sociétés) 464-468 (2004).

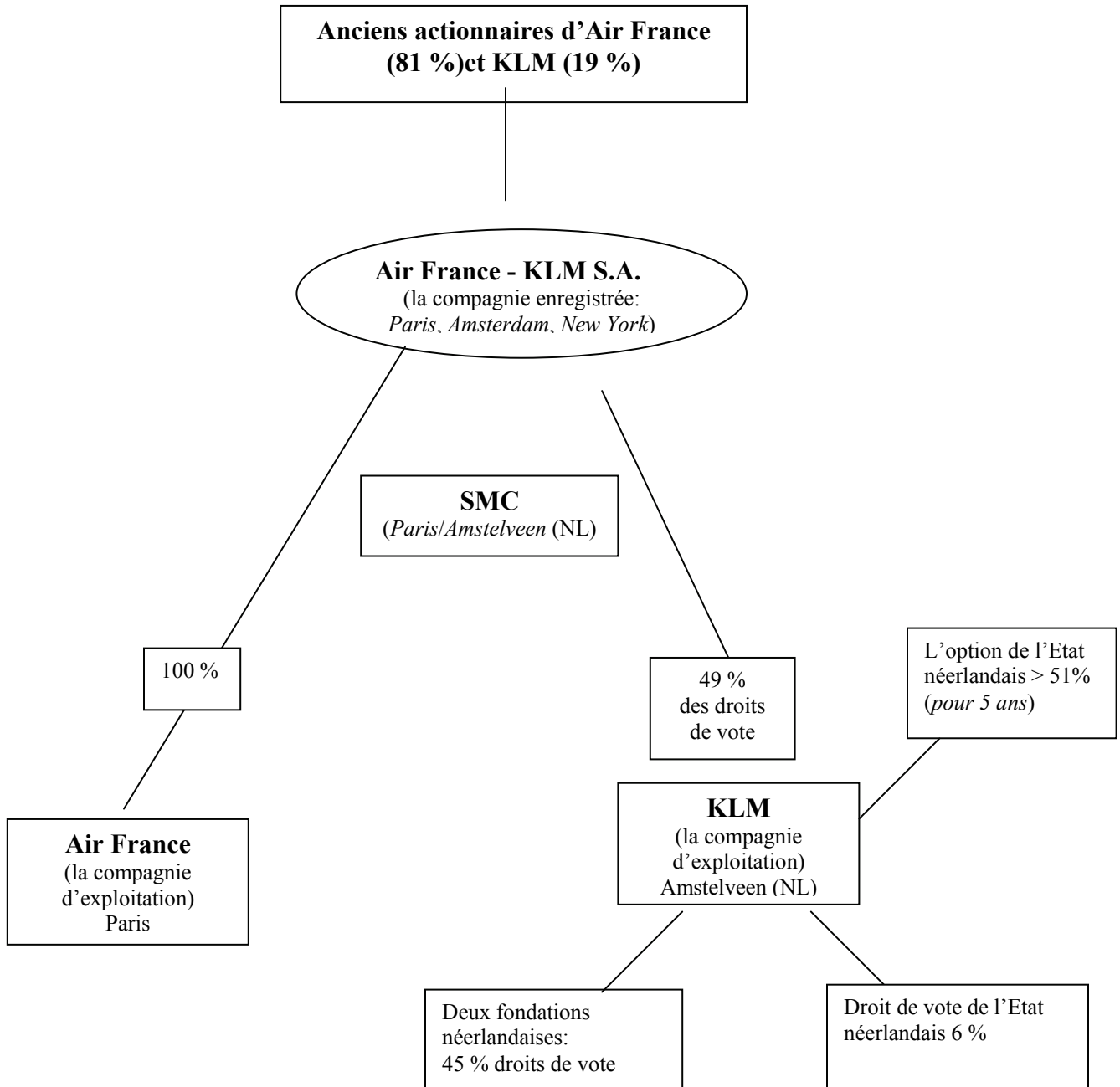
⁷³ L'actionnariat de l'Etat français dans Air France passera des 54% actuels à moins de 20 %, tandis que les 46% d'actionnaires restants d'Air France ne posséderont que 37% de la compagnie de holding.

⁷⁴ En supposant une acceptation à 100% de l'offre d'Air France par les actionnaires de KLM et suivant l'émission de 51,1 millions d'actions par Air France.

⁷⁵ Voir, Mr Guido Landheer, de la CAA néerlandaise, parlant à la conférence sur le *Futur des Alliances et des Fusions Internationales*, organisée par le European Aviation Club et International Institute of Air and Space Law University of Leiden, à Bruxelles 18/03/2004.

⁷⁶ Voir note précédente.

Le SMC tient ses réunions à tour de rôle à Paris et à Amstelveen qui, aux Pays-Bas, est le siège social de KLM. Ces lieux sont déterminants dans le choix du siège d'activité principale de la compagnie conjointe.⁷⁷



⁷⁷ Pour une discussion intéressante au sujet du droit des sociétés et de collégialité, voir Chr. P. G. Bramer, note 72.

Paradoxalement, le rôle du gouvernement néerlandais est ainsi plus important qu'il ne l'était dans l'ancienne compagnie KLM. Ce paradoxe s'explique par le fait que le gouvernement a privatisé KLM et retiré la majorité de ses représentants du Conseil d'Administration de KLM, et a par conséquent laissé la compagnie dans un environnement de marché libre.

Selon la transaction Air-France KLM, le gouvernement néerlandais:

(1) *Continue*:

- à désigner KLM comme la compagnie aérienne nationale dans les accords bilatéraux;
- à octroyer une licence néerlandaise de transporteur aérien à KLM;
- à octroyer un certificat de transporteur aérien (CTA) à KLM;
- à conserver des actions de la compagnie d'exploitation KLM;
- à fournir le *hub* de KLM à Schiphol, l'aéroport d'Amsterdam;
- à accueillir le siège d'activité principal de KLM à Amstelveen;
- à imposer KLM comme toute compagnie néerlandaise,

(2) *Et obtient* :

- un siège au Conseil d'Administration de la holding Air France/KLM;
- la reconnaissance de l'importance de l'aéroport Amsterdam Schiphol vers 42 destinations internationales;
- l'engagement que la croissance d'une compagnie ne portera pas atteinte à l'autre partenaire.

Ces engagements seront préservés par la création d'un Conseil d'Assurances (« *Assurances Board* »).

Les parties préfèrent appeler la transaction « combinaison », ⁷⁸ et évitent les termes de « fusion » ou encore, pire, de « prise de contrôle » ou « rachat ». Il reste à déterminer si ces expressions traduisent réellement l'esprit dans lequel les parties ont l'intention de travailler.

Dans tous les cas, leur préférence pour le terme « combinaison » est renforcée par:

- la structure relativement équilibrée de la société, expliquée ci-dessus, au moins pendant les trois premières années;
- les deux sièges d'activité principaux du groupe, qui sont importants d'un point de vue tant réglementaire que fiscal (voir ci-dessous);
- le maintien des deux marques, qui se renforceront;⁷⁹
- le choix du groupe pour une stratégie à double *hub* par l'utilisation des deux aéroports de Paris Charles de Gaulle et Amsterdam Schiphol, créant ainsi, au moins à court terme, une certaine *parité* des deux compagnies.

⁷⁸ Voir, communiqué de presse: *Air France and KLM Royal Dutch Airlines to create Europe's leading airline group* de 30/09/2003 pages 1 et 7, aussi que Mr Dominique Patry, à la conférence sur le Futur des alliances et des fusions internationales, organisée par le European Aviation Club et l'Institut International de l'Air et de l'Espace de l'Université de Leiden, à Bruxelles, le 18 mars 2004.

⁷⁹ Voir, communiqué de presse: *Air France and KLM Royal Dutch Airlines to create Europe's leading airline group*, 30/11/2003, page 7.

Un accord conclu le 16 octobre 2003 entre les gouvernements français et néerlandais concernant la coordination et l'assistance mutuelle liées à la création d'Air-France/KLM – ci0-après aussi accord franco-néerlandais de 2003 - a dénommé cette entreprise « Groupe Conjoint ». ⁸⁰ Cette appellation semble devoir avoir un effet juridiques, car elle se trouve dans un accord entre Etats, d'autant plus que les deux compagnies sont engagées à se soutenir. Les engagements par rapport à l'assistance mutuelle - en vue de promouvoir les aéroports de Paris Charles de Gaulle et Amsterdam Schiphol et de protéger les droits de trafic des deux compagnies - semblent confirmer la thèse selon laquelle les deux compagnies ont l'intention de fusionner leurs moyens.

De plus, le nom « Air France-KLM », tel qu'il apparaîtra en bourse, reflète une relation qui peut être décrite comme un groupe conjoint, une combinaison.

Un grand pas en avant vers l'établissement de la combinaison est la création de synergies économiques. Il est impossible de dire à l'heure actuelle si cette transaction plutôt sophistiquée aboutira à des synergies. ⁸¹ Beaucoup dépendra de la manière dont les deux parties travailleront ensemble pour former la combinaison, comment elles uniront leurs infrastructures - dans le sens large du mot - et si la combinaison pourra s'effectuer dans un environnement économiquement favorable.

Jusqu'à présent les obstacles suivants ont été franchis:

- la transaction a été autorisée par la Commission européenne selon le Règlement sur le Contrôle des Concentrations (voir ci-dessous);
- la transaction a été approuvée par le Département des Transports (DoT) des Etats-Unis (voir ci-dessous);
- la transaction a été autorisée par la Commission des Opérations en Bourse des Etats-Unis;
- la grande majorité des actionnaires de KLM (97.2 %) ont accepté l'offre d'Air France.

La section suivante abordera en plus amples détails ces aspects réglementaires, qui, après tout, ne sont pas étrangers à la structure compliquée décrite ci-dessus.

H. Les décisions des autorités de la concurrence

Il existe plusieurs façons d'aborder cette transaction. Les différences s'expliquent par le choix du régime juridique que l'on applique au projet. C'est la seule manière de comprendre toutes les possibilités différentes d'analyser la nature et l'infrastructure juridique de la transaction. De temps en temps, on apercevra des inconsistances : parle-t-

⁸⁰ L'accord n'a pas été, et ne sera pas publié.

⁸¹ Voir, d'une part, sur les incertitudes par rapport à la valeur économique de la transaction, M. Martin Borghetto et autres chez Morgan Stanley Equity Research Europe (situé à Londres): *AF/KLM Deal: Where Is The Value?*, rapport publié le 22/10/2003, et de l'autre part, les résultats fort positifs obtenues en 2004.

on d'une, de deux ou de trois compagnies ? La réponse dépend des considérations juridiques et politiques sous l'angle desquelles on examine la question.

Pour commencer, les autorités de la concurrence de la Commission européenne ont examiné l'affaire d'Air France et de KLM comme une « concentration »⁸² selon le Règlement sur le contrôle des concentrations.⁸³

Il existe d'autres cas qui portent à croire que la transaction vise à créer *une seule compagnie* plutôt que d'en maintenir *deux dans une combinaison*, qui est le terme utilisé par la direction des deux compagnies, et par l'accord franco-néerlandais de 2003 (voir aussi section G).

Sous le titre « définitions », le terme « entité fusionnée » est défini comme suit :⁸⁴

« Air France et KLM et/ou les entreprises affiliées contrôlées *par les entités après l'achèvement de la concentration.* »
(italiques rajoutés)

Ce qui nous ramène encore une fois à la question : parlons-nous, même après « l'achèvement de la concentration », d'une ou de deux entités ? La définition problématique ci-dessus montre peut-être le dilemme auquel font face les autorités réglementaires et politiques. Parler d'une seule entité amène à faire référence à la holding d'Air France-KLM, avec une influence principalement française à l'égard du siège d'activité principal, de la propriété et du contrôle. Par contre, si l'on parle de deux entités,

⁸² Voir notification *a priori* de la concentration proposée, reçue par la Commission le 18 décembre 2003, selon l'Article 4 du Règlement du Conseil 4064/89 (modifié et corrigé) OJ C 317/15 (2003). Affaire No. COMP/M.3280 – *Air France/KLM*, décision du 11 février 2004, voir:

http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3280_en.pdf

Le paragraphe 6 de la décision contient les termes suivants:

«Durant une période initiale de 3 ans à partir de l'aboutissement de l'offre d'échange, Air France détiendra un intérêt économique de 100% et 49% des droits de vote de KLM. Après cette période initiale, Air France détiendra 100% de l'intérêt économique et acquerra 100% des droits de vote de KLM.

L'accord-cadre établit que, déjà, pendant la période initiale, Air France recevra *inter alia* un droit de veto sur les projets commerciaux et le budget, et le droit de bloquer les rémunérations et les nominations, ainsi que de limoger la direction supérieure de KLM. L'opération constitue ainsi une concentration selon la définition de l'article 3(1)(b) du Règlement sur le contrôle des fusions. »

⁸³ Voir l'Article 3 du Règlement 4064/89 (OJ L 395/1 (1989) (modifié et corrigé):

Définition de la concentration :

1. Une opération de concentration est réalisée :

a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent,

ou

b) lorsque :

- une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins,

ou

- une ou plusieurs entreprises,

acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises."

⁸⁴ Voir page 2 du paquet d'obligations joint à l'affaire Comp/M.3280 - Air France/KLM.

on fait référence aux compagnies d'exploitation française et néerlandaise, c'est-à-dire Air France et KLM respectivement. Nous reviendrons sur cette question dans la section suivante.

Il est difficile de résister à la tentation d'interpréter la définition de la « combinaison » d'Air France-KLM comme « une entité fusionnée contrôlée par les entités après l'achèvement de la concentration » - ce qui ne veut pas dire grand chose. La question de savoir si l'on traite avec une ou deux entités est elle aussi déterminante pour la discussion des éléments réglementaires de la transaction.

- Si l'on parle d'une *entité fusionnée*, il est évident qu'elle est détenue et contrôlée par des intérêts français. Les autorités de l'aviation civile néerlandaise risquent de voir la désignation de KLM refusée, dans le cadre des accords bilatéraux entre les Pays-Bas et les pays tiers.
- Une entité fusionnée n'a qu'un siège d'activité principale, qui se trouve actuellement plutôt à Paris. Cela signifierait que les autorités néerlandaises ne seraient en mesure d'octroyer de licence ou de certificat de transporteur aérien (CTA) à KLM, car selon le Règlement 2407/92, cette tâche incomberait à leurs homologues français.

Pour l'instant, les parties ne sont pas prêtes à s'engager jusqu'à ce stade, qui pourrait avoir des conséquences considérables. Je pense que la Commission reconnaît cette situation, et ne manifeste aucune intention de contester la personnalité juridique de KLM d'après le droit aérien communautaire. Les raisons de la Commission sont d'une part juridiques : les parties ne semblent pas s'être engagées dans l'affaire de façon à renoncer à la personnalité juridique de KLM. D'autre part, pour des raisons politiques : la Commission désire promouvoir le processus de consolidation par des transactions identiques à celle d'Air France-KLM. Si d'autres compagnies suivent cette démarche, l'examen sous l'angle du droit aérien international est une autre histoire, que nous allons aborder dans la section suivante.

Du point de vue du droit de la concurrence, la Commission a approuvé la fusion, en la soumettant à de nombreuses conditions. Elle a établi que les réseaux des compagnies étaient, globalement, complémentaires. Néanmoins, la concurrence sur quatorze liaisons sur lesquelles les compagnies étaient, réellement ou potentiellement, en concurrence serait affectée. Neuf de ces liaisons sont intra-européennes⁸⁵ et cinq intercontinentales.⁸⁶ La Commission a exigé que les compagnies trouvent des solutions pour surmonter ces inquiétudes par rapport au droit de la concurrence.

Les deux compagnies se sont engagées à libérer 94 créneaux aéroportuaires permettant jusqu'à trente et un vols aller/retour par jour sur les liaisons en question. Les parties doivent renoncer à ces créneaux pour une période indéterminée, ce qui est une nouveauté car jusqu'à présent la libération de créneaux aéroportuaires était établie pour une durée de six ans.

⁸⁵ A savoir, les liaisons entre Amsterdam et : - Paris; - Lyon; - Marseille; - Toulouse; - Bordeaux; - Rome; - Milan; - Venise ; et - Bologne.

⁸⁶ A savoir: Amsterdam-New York; Paris-Detroit; Amsterdam-Atlanta; Paris-Lagos et Amsterdam-Lagos.

En outre ont été d'autres conditions :

- si les créneaux ne sont que peu ou pas utilisés par un nouvel entrant, ils ne doivent revenir ni à Air France, ni à KLM ;
- les compagnies aériennes acceptent de figer leurs fréquences dès lors qu'un nouveau entrant apparaît sur les liaisons mentionnées ci-dessus ;
- un nouvel entrant est autorisé à utiliser les créneaux ainsi obtenus, pour le trajet Paris-Amsterdam, dès lors que le train à grande vitesse (TGV) entre les deux villes devient opérationnel ;
- les compagnies se sont engagées à conclure des accords intermodaux avec des opérateurs de transport terrestre (par exemple, le train à grande vitesse entre Paris et Amsterdam, permettant la *interlining* entre l'aérien et le ferroviaire) ;
- les autorités gouvernementales française et néerlandaise doivent autoriser l'usage de droits de trafic de cinquième liberté à des compagnies communautaires, opérant via Paris ou Amsterdam, vers des destinations hors de la Communauté ;
- les autorités gouvernementales françaises et néerlandaises ne peuvent pas réglementer les tarifs sur les liaisons long-courrier.

La décision positive de la Commission n'a rien d'étonnant car, comme ceci a été soulevé plus haut, la Commission continue à soutenir la consolidation entre les compagnies aériennes européennes.

La décision Air France-Alitalia, rendue par la Commission le 7 avril 2004, et associée à la décision ci-dessus, renforce cette politique. La Commission a approuvé l'alliance entre Air France et Alitalia tout en exigeant que les deux compagnies renoncent à 84 créneaux par jour sur les liaisons entre la France et l'Italie (particulièrement sur les vols au départ de Paris) et respectent plusieurs conditions semblables à celles imposées dans la décision Air France-KLM. Le projet fut qualifié « d'alliance », examiné sous le régime du droit de la concurrence et non pas sous le Règlement sur *le contrôle des concentrations*.⁸⁷

Les autorités américaines ont autorisé la fusion le même jour que la Commission, c'est-à-dire le 11 février 2004. Il n'existe aucun rapport public sur les conclusions du Département de Justice américain. L'accord de ce Département peut être interprété comme l'application du principe de « courtoisie positive »,⁸⁸ établi dans l'Accord conclu en 1991/1995 entre le gouvernement des Etats-Unis et l'Union Européenne concernant l'application du droit de la concurrence.⁸⁹ Ni le transport aérien, ni les autres activités économiques ne sont en effet exclus de l'application de cet accord.

⁸⁷ Voir Notice conformément à l'Article 16(3) du Règlement 3975/87 du 14/12/1987 concernant l'affaire COMP/A.38.284/D2 - *Société Air France/Alitalia Linee Italiane SpA*, OJ C 297/10-17 (2003).

⁸⁸ Selon lequel il est impératif que chaque partie respecte le droit et la politique de l'autre partie dans les cas où ses entreprises sont impliquées.

⁸⁹ *Accord entre le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et les Communautés européennes concernant l'application de leurs droits de la concurrence*, JO L95/47 (1995). Le fait que la Commission a conclu l'accord était contesté par quelques Etats Membres, en particulier par la France. L'argument était que le Conseil aurait dû conclure l'accord. La Cour de Justice de la CE a décidé en faveur de la thèse française,

Outre la Commission et le DoT américain, les autres pays qui sont : le Japon,⁹⁰ la Corée du Sud,⁹¹ Israël,⁹² l'Afrique du Sud,⁹³ la République Tchèque,⁹⁴ la Pologne⁹⁵ et la Roumanie,⁹⁶ ont approuvé l'accord mettant en place le groupe Air France-KLM. Les autorités brésiliennes de la concurrence sont en train d'examiner l'accord.⁹⁷

I. La synergie de ressources économiques sous des régimes juridiques convergents

Sur le plan de l'évolution de l'alliance, 2004 a été marquée par la mise en place d'une nouvelle phase avec l'alliance Air France-KLM. La difficulté de trouver le terme adéquat pour cette affaire est révélée par le fait que d'un côté la Commission, selon le droit communautaire, la qualifie de « fusion », tandis que les parties elles-mêmes préfèrent parler d'une « combinaison ». D'autres encore préfèrent parler de « prise de contrôle ».

Le projet commun entre Air France et KLM comporte certaines particularités. Sa structure, combinée à l'ampleur des investissements d'Air France en faveur de KLM, et au statut des deux sociétés dans le monde de l'aviation, représente une nouvelle étape dans le domaine des créations d'alliance. La raison sous-jacente de cette initiative est que les compagnies aériennes à travers le monde recherchent, désespérément, de nouveaux moyens de créer des synergies économiques, qui vont bien au-delà des synergies qui peuvent être réalisées par l'établissement d'une *joint venture*. Ces raisons économiques – à savoir la création de synergies sur le plan économique – sont les causes principales pour lesquelles Air France et KLM sont engagées dans une affaire ayant une portée aussi considérable.

La question de savoir si on parle d'une, deux ou trois entités - dans ce dernier cas la holding et les deux compagnies d'exploitation - dépend des systèmes politiques et juridiques sur la base desquels on analyse la situation, et du degré de fusion des compagnies. L'intégration s'intensifiera peut-être avec le temps, grâce à la croissance des synergies entre les opérations.

Si l'on considère l'affaire du point de vue du Règlement communautaire sur le contrôle des concentrations, on se rend compte qu'on est face à une seule entité (voir

suite à quoi l'accord n'était plus valable. Voir C-327/9, 09/08/1994, 8 European Court Reports 3641 (1994). Entre temps, le Conseil a re-approuvé l'Accord au nom de la Communauté en 1995.

⁹⁰ Implicitement, comme la Commission japonaise de la concurrence l'a notifié, alors que le délai pour l'imposition de mesures spéciales ou de conditions concernant la transaction a expiré le 04 novembre 2004.

⁹¹ Approuvé par la « Fair Trade Commission » coréenne le 25/06/2004.

⁹² Approuvé par l'« Antitrust Authority israélienne », Jérusalem, 22/01/2004.

⁹³ Approuvé par la « Competition Commission » le 2/03/2004.

⁹⁴ Approuvé par l'« Office for the Protection of Economic Competition », décision du 4/01/2004.

⁹⁵ Approuvé par l'« Office for the Protection of Competition and Consumers », Warsaw le 11/12/2003.

⁹⁶ Approuvé par la « Protection of Competition Council », No. 81 le 27/02/2004. Cette liste n'est pas exhaustive. L'auteur est fort reconnaissant à M. Chiel Schoonis, Conseil Juridique de la KLM, pour les informations fournies.

⁹⁷ La fusion a été notifiée mais, au moment de la rédaction de cet article, les autorités brésiliens n'avaient pas encore approuvé la transaction, cette procédure étant particulièrement longue au Brésil.

section précédente). Conclure que ceci aboutira à la perte des droits de trafic serait une erreur. Après tout, selon les lois *antitrust* des Etats-Unis, KLM et Northwest étaient elles aussi traitées comme une seule entité d'un point de vue économique.⁹⁸ Cependant, nul n'a remis en question leurs droits de trafic sous l'empire des accords bilatéraux. Il va de soi que la structure de cette entreprise était différente de celle qui nous concerne aujourd'hui, en terme de conditions de nationalité. Un jugement prononcé sur une entreprise du point de vue du droit de la concurrence ou du droit *antitrust* ne peut pas moins être différent d'un jugement rendu du point de vue des autorités politiques de l'aviation.

Comme il est dit plus haut, le droit de la concurrence et le droit des sociétés semblent insister sur le caractère « une seule entité » de la transaction, qui est aussi qualifié de « un groupe, deux compagnies » par la compagnie. L'approche « une seule entité » est justifiée alors par des considérations de droit de la concurrence et de droit des sociétés. Ces considérations font partie, inter alia, de la doctrine de la « levée du voile ».

Dans le monde de l'aviation civile, et dans l'application des régimes de droit aérien, l'approche « deux compagnies » semble plus acceptable, car les activités aériennes sont toujours séparées : les opérations ont lieu dans des *hubs* différents, et les autorités accordant les licences sont issues des pays différents.

De plus, il serait déroutant que les autorités françaises de l'aviation civile désignent KLM dans un accord bilatéral traditionnel - qui inclut les clauses de propriété et de contrôle - même si cette compagnie était « substantiellement possédée et effectivement contrôlée » par des intérêts français. Autrement dit, tant que les conditions de nationalité actuelles des accords bilatéraux l'emportent, il me semble que les autorités françaises n'ont aucun intérêt à les modifier.

Dans un traité fiscal amendé en 2003 entre les Pays-Bas et la France en vue de la création du groupe Air France-KLM, Air France - KLM sont regardées comme des entités distinctes.⁹⁹ Le gouvernement néerlandais garde le droit exclusif d'imposer la société KLM en fonction des revenus, profits et capitaux tirés de ses activités aériennes. Ces amendements au traité étaient nécessaires pour que l'Etat français ne puisse pas imposer KLM dans le cas où KLM serait effectivement contrôlée par la France. Selon le traité non amendé, le droit d'impôt appartenait au pays dans lequel le contrôle effectif s'exerçait. Cette clause modifiée semble unique dans le domaine des traités fiscaux.

Dans les circonstances actuelles de la transaction Air France - KLM, le droit aérien considère les deux partenaires comme des entités différentes car :

- KLM continue à recevoir son certificat de transporteur aérien (CTA) des autorités néerlandaises de l'aviation civile;

⁹⁸ Voir note 47.

⁹⁹ Voir:

<http://www.minfin.nl/default.asp?CMS%20ITEM=MFCWD0E467A82699E4065B25E0C958FAE5130X2X52392X81>

- les autorités néerlandaises continuent à octroyer sa licence à KLM (compagnie d'exploitation);
- KLM utilise des droits de trafic selon les accords aériens bilatéraux néerlandais;
- KLM continue à utiliser l'aéroport Schiphol comme le centre de ses opérations.

Tout cela pourra changer lorsque :

- les autorités françaises de l'aviation civile réussiront à remplacer les critères traditionnels de nationalité inclus selon les accords aériens bilatéraux par une clause de nationalité plus libérale fondée, par exemple, sur le siège d'activité principal;
- les garanties obtenues par l'état néerlandais ne seront plus valables;
- les intérêts économiques et commerciaux indiqueront qu'une telle démarche serait bénéfique pour le groupe Air France - KLM.

A présent il est difficile de savoir quand cela aura lieu.¹⁰⁰

En somme, les autorités néerlandaises semblent continuer à traiter KLM comme une compagnie aérienne nationale et à la soutenir dans le cadre de l'aviation internationale.

Naturellement, il est laissé à la discrétion des pays tiers, non-membres de la Communauté européenne, destinataires des vols Air France ou KLM, de décider s'ils acceptent l'approche « double entité ». Plus haut nous avons vu que, en général, le droit et la politique concernant l'application des critères traditionnels de propriété et de contrôle deviennent de plus en plus flexibles. On trouve des suggestions visant à remplacer ces critères par le critère du « siège d'activité principal » de la compagnie d'exploitation, et par l'idée que le « contrôle réglementaire effectif » est dans les mains du pays qui désigne la compagnie aérienne. Selon ces critères, KLM a actuellement plus de chances de garder sa nationalité que selon les critères traditionnels de nationalité.

Il va de soi que, lorsque deux compagnies se rapprochent afin de combiner leurs activités liées au transport de passagers et de fret dans le but de créer des synergies, l'approche « une entité » tend à prendre le dessus. Les législateurs et décideurs ci-dessus devront examiner la question sous l'angle de la substance - l'approche « deux entités » est-elle toujours justifiée à la lumière des circonstances ?

Avant d'en arriver là, si l'on y arrive, il me semble, qu'il faudra se contenter d'un groupe combiné soumis à deux régimes combinés. J'admets que ce n'est pas une conclusion très claire. Néanmoins, elle est légitime, au moins dans la perspective du droit aérien et fiscal, car, comme le démontre le cas d'Air France - KLM, les compagnies aériennes tâchent d'unifier les activités de transport aérien en gardant le sens des affaires.

¹⁰⁰ Voir Loïc Gard, *Les accords de ciel ouvert, vers un ordre juridique international < post-bermudien > Bientôt un ordre juridique < post-libéral >*, 231(3) *Revue française de droit aérien et spatial* (2004), page 271: "Quand Air France reprend KLM, il n'est plus possible au départ de Schiphol d'opposer à la Compagnie française qu'elle n'a pas la nationalité voulue par les traités bilatéraux qui règlent les départs des Pays-Bas."

Elles ont accompli un effort remarquable pour élargir les limites du droit aérien et atteindre de nouvelles frontières en empruntant des idées à d'autres domaines juridiques, particulièrement celui du droit des sociétés.

En se remémorant le développement du droit aérien dans ses grandes lignes, la Convention de Chicago en 1944 et ses Annexes se concentraient sur l'amélioration de la sécurité et de la sûreté de l'aviation civile internationale. Les années 1970 peuvent être décrites comme la période durant laquelle, suite à des actes de sabotage et des prises d'otages, le droit criminel a été à l'ordre du jour. Durant les années 1980, c'est la libéralisation des services aériens qui a caractérisé la décennie. A cet égard, il faut penser à la déréglementation aux Etats-Unis et aux premières étapes de la création du marché intérieur de la Communauté européenne. La protection de l'environnement a pris son envol dans les années 1990 : le droit aérien, bleu azur, a reçu des bordures vertes.

Il se peut que le 21^{ème} siècle commence avec l'unification du droit aérien et du droit des sociétés. Si cela s'avère exact, Air France et KLM auront fait une démarche innovatrice et d'une importance capitale vers la formation d'une compagnie aérienne multinationale, si ce n'est trans-nationale.¹⁰¹

¹⁰¹ Voir aussi, Michel Dupont-Elleray, *La politique communautaire de l'aviation civile, de la libéralisation du transport aérien au ciel unique*, Revue française de droit aérien et spatial 371-372 (2002), qui se demande, avant la création du groupe Air France-KLM: "Les compagnies aériennes transnationales, modèle d'entreprise?".