

Le présent rapport de recherche a été préparé à la demande du Comité d'examen de la *Loi sur les transports au Canada*. Il renferme les constatations et les opinions du(des) auteur(s), mais ne reflète pas nécessairement les opinions du Comité d'examen ou de ses membres.

Cadre de l'aviation internationale et conséquences possibles sur la politique canadienne

Projet de recherche réalisé pour le Comité d'examen de la *Loi sur les transports au Canada*

Rapport préparé par
Peter P.C. Haanappel

Mars 2001

**CADRE DE L'AVIATION INTERNATIONALE
ET CONSÉQUENCES POSSIBLES SUR LA POLITIQUE
CANADIENNE**

Par

le professeur P.P.C. Haanappel

moyennant le concours

de P.M.J. Mendes de Leon

tous les deux de l'Institut international de droit aérospatial

Université de Leiden, Pays-Bas

Mars 2001

RÉSUMÉ

La première partie de ce rapport se penche sur la dynamique actuelle du transport aérien international, notamment du transport aérien international à destination et en provenance du Canada. Cette dynamique englobe les accords « ciels ouverts » (ouverture des espaces aériens) et leurs dispositions sur les alliances intercompagnies aériennes, les efforts visant à libéraliser le transport aérien déployés par les organisations internationales, comme l'Organisation de l'aviation civile internationale, l'Organisation mondiale du commerce, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement et l'Organisation de coopération et de développement économiques; et la création d'espaces aéronautiques communs régionaux, en particulier l'Union européenne et l'Espace économique européen, sans oublier le projet d'Espace économique commun transatlantique.

Dans la deuxième partie de ce rapport, l'auteur analyse les conséquences que risque d'avoir sur le plan juridique et réglementaire le fait pour le Canada d'autoriser les compagnies aériennes et les investisseurs étrangers à participer à l'industrie du transport aérien intérieur au Canada. Cette deuxième partie est subdivisée en deux sous-parties : les conséquences pour le Canada de l'octroi de droits de cabotage aux compagnies aériennes non canadiennes; et les répercussions que risque d'avoir le fait d'autoriser les compagnies aériennes et (ou) les investisseurs étrangers à s'établir au Canada comme transporteurs canadiens, notamment l'effet que cela risque d'avoir sur les clauses de propriété et de contrôle des compagnies aériennes dans les accords bilatéraux de transport aérien signés par le Canada.

CADRE DE L'AVIATION INTERNATIONALE ET CONSÉQUENCES POSSIBLES SUR LA POLITIQUE CANADIENNE

1. Dynamique actuelle du transport aérien international

Depuis que la déréglementation de l'industrie du transport aérien a débuté aux États-Unis aux alentours de 1975 et s'est propagée à d'autres pays (qui l'ont souvent qualifiée de libéralisation) à partir des années 1980, l'industrie du transport aérien est en pleine transformation. Dans d'autres pays que les États-Unis (au Canada par exemple), ces réformes sont souvent allées de pair avec la privatisation des compagnies aériennes, en totalité ou en partie. La privatisation a abouti à une situation où les gouvernements, dans leurs négociations des accords de transport aérien international, se préoccupent souvent moins des intérêts des anciens « transporteurs nationaux » appartenant à l'État et plus des intérêts économiques du transport aérien international, notamment des intérêts des aéroports internationaux, peu importe qu'ils soient ou non desservis par des « transporteurs nationaux », et surtout de la contribution économique que ces aéroports peuvent apporter à la prospérité générale d'un pays. Il n'en reste pas moins qu'on admet généralement qu'un aéroport plaque tournante a besoin d'un transporteur dominant solide et de ses transporteurs d'apport pour être un concurrent puissant dans l'industrie du transport aérien (international).

Depuis la déréglementation/libéralisation, de nombreuses compagnies aériennes sont devenues des partisans convaincues des lois économiques d'élargissement de l'étendue et du réseau de routes, et des avantages des réseaux en étoile, soit seuls, soit avec des partenaires au sein d'une alliance ou des transporteurs d'apport. Les plus grandes compagnies aériennes et les plus puissantes du monde, seules ou avec des partenaires au sein d'une alliance, ont l'ambition de devenir des transporteurs mondiaux. Il faut

toutefois signaler qu'un certain nombre de transporteurs à faibles coûts et à bas prix comptent beaucoup moins sur les réseaux en étoile. Southwest aux États-Unis et easyJet en Europe en sont d'excellents exemples.

L'élargissement des réseaux, la mondialisation et la libéralisation constituent donc les principales tendances, aussi bien au niveau des compagnies aériennes que des gouvernements et entre les gouvernements. De plus en plus, les compagnies aériennes opèrent des fusions intérieures ou des prises de contrôle, comme l'acquisition de Canadien Airlines International par Air Canada. Elles sont néanmoins sérieusement limitées au chapitre des fusions et des prises de contrôle internationales par les dispositions des accords bilatéraux de transport aérien en matière de propriété et de contrôle nationaux et les lois nationales. La question de la propriété et du contrôle est abordée séparément à la section 4 ci-après.

Les gouvernements s'adaptent différemment à l'élargissement des réseaux, à la mondialisation et à la libéralisation. Ces développements aux niveaux gouvernemental et intergouvernemental sont partiellement contradictoires, et il faudra attendre un certain nombre d'années avant que des axes stratégiques clairs et uniformes puissent être tracés. Nous analyserons les développements suivants :

- la conclusion d'accords « ciels ouverts », qui comportent souvent des dispositions particulières sur les alliances;
- les efforts déployés par les organisations internationales du monde entier en vue d'une plus grande libéralisation et mondialisation, principalement par l'entremise de l'OACI (Organisation de l'aviation civile internationale), de l'OMC (Organisation mondiale du commerce) et de la CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement);
- les efforts visant à libéraliser certains segments du transport aérien international, comme les propositions de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) en vue de libéraliser le régime de transport international du fret aérien;

- les initiatives régionales, dont le marché du transport aérien interne de l'UE (Union européenne) et de l'EEE (Espace économique européen) est le plus important. Parmi les autres, il faut mentionner un projet d'EACE (Espace aéronautique commun européen) (UE, EEE et 11 États d'Europe de l'Est); et un projet d'EACT (Espace aéronautique commun transatlantique) entre l'UE et les États-Unis, pour lequel le Canada a manifesté un intérêt prudent (source : M. Paul Desbiens, conseiller (Affaires commerciales et économiques), Ambassade du Canada en Belgique, à une réunion du European Aviation Club le 12 octobre 2000).

a. Conclusion d'accords « ciels ouverts », qui comportent souvent des dispositions particulières sur les alliances

Depuis huit à neuf ans, les États-Unis ont conclu une cinquantaine d'accords « ciels ouverts » (entre autres avec le Canada). En général, ces accords comportent des droits de trafic de troisième, quatrième, cinquième et sixième libertés¹ pour les services aériens internationaux réguliers, et autorisent la désignation multiple et illimitée de transporteurs en vertu de ces accords. Les droits de cabotage (de huitième et neuvième libertés) ne sont pas octroyés (voir n° 2 ci-après). Il n'y a pas de limite à la capacité et à la fréquence des vols. Les régimes de tarification sont libéraux et n'autorisent en général la désapprobation des tarifs des transporteurs que si les deux instances aéronautiques parties à l'accord conviennent de le faire (double désapprobation de l'application des tarifs).

Jusqu'ici, les États-Unis ont cherché à libéraliser le transport aérien international par l'entremise d'accords *bilatéraux*, qui sont dans la mesure du possible des accords « ciels ouverts ». Dans certaines parties du monde, comme l'Europe, les États-Unis ont conclu

¹ Au sujet des droits de troisième à sixième libertés, cela signifie, par exemple entre les pays A et B, que les transporteurs du pays A peuvent acheminer du trafic depuis n'importe quel point situé dans le pays A (y compris le trafic provenant d'au-delà du pays A, c.-à-d. sixième liberté), via n'importe quelle escale intermédiaire (c.-à-d. cinquième liberté intermédiaire) jusqu'à destination de n'importe quel point du pays B (c.-à-d. troisième et quatrième libertés) et au-delà (avec des droits de trafic) jusqu'à n'importe quel point au-delà du pays B (c.-à-d. au-delà de la cinquième liberté). Des droits analogues s'appliquent aux transporteurs du pays B. Il convient de signaler que, pour le trafic de cinquième liberté, l'assentiment d'un pays tiers est nécessaire.

des accords « ciels ouverts », avec de nombreux pays voisins, ce qui permet l'usage efficace des droits de cinquième liberté par les transporteurs américains s'ils souhaitent s'en prévaloir sur le plan commercial. Contrairement à l'Europe, les États-Unis (comme nous le verrons plus tard) semblent avoir peu de foi dans le multilatéralisme du transport aérien international. Une exception très récente est un accord multilatéral conclu dans le cadre de l'APEC entre les États-Unis, Brunei, le Chili, la Nouvelle-Zélande et Singapour, qui sont tous des pays où l'aéronautique est un secteur libéralisé, lequel accord est essentiellement un accord « ciels ouverts » multilatéral, sauf qu'il contient une clause de propriété et de contrôle particulière que l'on analysera ultérieurement dans ce rapport. Il semble cependant que ce mini-accord multilatéral se soit heurté à des problèmes de mise en oeuvre au niveau du ministère des Transports (DOT) des États-Unis (voir également n° 4 ci-dessous).

Le DOT des États-Unis est également l'organisme antitrust chargé d'approuver les alliances entre compagnies aériennes qui ont recours à des pratiques qui risquent de restreindre la concurrence (coentreprises), comme une tarification commune, un partage des recettes, des horaires mixtes, etc. Il faut signaler que le DOT n'autorise pas les transporteurs qui font partie de ces alliances à participer à la coordination multilatérale des tarifs de l'IATA sur les routes faisant partie du réseau de l'alliance.

Il est d'usage aux États-Unis de n'approuver les alliances mentionnées plus haut que si un accord « ciels ouverts » est en vigueur entre les pays dont les transporteurs membres de l'alliance sont des entreprises citoyennes. Un accord « ciels ouverts » contient déjà des dispositions au sujet des accords d'alliance¹. Les accords d'alliance en question réclament ensuite l'approbation du DOT et l'immunité antitrust. La raison pour laquelle un accord « ciels ouverts » est une condition préalable est que, compte tenu de la structure libérale des routes, de la désignation illimitée des transporteurs et de certaines des autres règles libérales mentionnées plus haut, l'accord en question élimine certains des éléments des alliances susceptibles de limiter la concurrence.

Les droits de route² sont une chose, les alliances et le partage des codes/réservation de capacité/accords de location qu'elles utilisent en sont une autre. C'est précisément l'un des mérites des accords « ciels ouverts » de contenir des dispositions spéciales sur la question de savoir quand ces accords sont autorisés et sur quelles routes³. À cet égard, il faut mentionner qu'il y a un conflit non résolu entre États sur le droit et la politique sur le transport aérien international pour savoir si le partage des codes nécessite l'autorisation sous-jacente d'une route dans un accord bilatéral ou s'il s'agit plutôt d'un accord intercompagnies « glorifié » pour lequel des droits de route bilatéraux ne sont pas nécessaires⁴.

b. Efforts de libéralisation et de mondialisation déployés par les organisations internationales, principalement par le biais de l'OACI, de l'OMC et de la CNUCED

À l'époque où a été signée la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale en novembre-décembre 1944, il n'existait pas d'accord suffisant entre les pays participants pour que la réglementation économique et commerciale mondiale du transport aérien international soit possible. En particulier, les deux grandes puissances aériennes de la planète étaient en désaccord : les États-Unis privilégiaient le libéralisme et le Royaume-Uni, à l'époque, le protectionnisme. Un compromis ne s'est pas révélé possible, malgré les efforts déployés par le Canada pour assurer la médiation entre les

¹ Voir paragraphe 8(7) du Standard Open-Skies Agreement des États-Unis. À propos de cette disposition, voir également les notes de bas de page 4 et 5 ci-après et le texte qui y figure.

² Voir note de bas de page 1.

³ Voici ce que dit partiellement le paragraphe 8(7) du Standard Open-Skies Agreement des États-Unis (voir note de bas de page 2) : « En exploitant ou en conservant les tarifs autorisés sur les routes convenues, toute compagnie aérienne désignée d'une Partie peut conclure un accord de marketing concerté comme un accord de réservation de capacité, un accord de partage des codes ou un accord de location avec (i) une ou plusieurs compagnies aériennes de l'une ou l'autre Partie; et (ii) une ou plusieurs compagnies aériennes d'un pays tiers, *sous réserve* que ce pays tiers autorise ou permette des accords comparables entre les compagnies aériennes de l'autre Partie et d'autres compagnies aériennes en ce qui concerne les services à destination, en provenance et via ce pays tiers; *sous réserve* que toutes les compagnies aériennes qui sont parties à ces accords (i) détiennent les autorisations nécessaires; et (ii) respectent les critères qui s'appliquent normalement à ces accords. »

⁴ Les États-Unis (voir note de bas de page 4) semblent avoir opté pour l'autorisation de route sous-jacente. Toutefois, il ne faut pas oublier que, dans le cas des accords bilatéraux « ciels ouverts », l'autorité de route est extrêmement vaste et sans limite (voir note de bas de page 1 et le texte qui y figure).

deux. C'est ainsi que la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale contient peu de règles multilatérales sur l'échange de droits de trafic entre les pays, excepté dans une certaine mesure l'article 5 sur les vols non réguliers (voir également n° 2 ci-après dans le contexte des droits de cabotage). Afin de donner aux pays libéraux et aux vues similaires en 1944 l'occasion multilatérale de s'entendre sur l'échange de droits de trafic au sujet des tarifs aériens internationaux réguliers, deux autres ententes ont été soumises à leur signature : l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux, qui prévoyait l'octroi multilatéral de droits de survol et de droits d'escales techniques⁵, et l'Accord relatif au transport aérien international, qui prévoyait l'échange multilatéral des droits de troisième, quatrième et cinquième libertés⁶. Plus de 100 pays du monde sont parties à l'Accord relatif au transit, sur les quelque 185 États parties à la Convention de Chicago proprement dite⁷. À peine une dizaine d'États sont parties à l'Accord relatif au transport aérien international, ce qui en fait un échec sur le plan de la ratification⁸, même s'il convient de signaler que, si les États membres de l'OACI songent vraiment sérieusement à la libéralisation mondiale et multilatérale de la réglementation du transport aérien commercial, l'ancien Accord relatif au transport aérien pourra bien être utilisé comme modèle (voir également section n° 2 ci-après dans le contexte des droits de cabotage).

C'est cette situation qui a abouti au bilatéralisme de la réglementation du transport aérien commercial international, en commençant par un accord bilatéral modèle de transport aérien/services aériens, dont l'ébauche date de la Convention de Chicago de 1944; en passant par le célèbre modèle Bermuda 1 de 1946, qui reprend le nom de l'accord conclu après la guerre entre les États-Unis et le R.-U.; jusqu'aux soi-disant accords libéraux de la fin des années 1970 et aux accords « ciels ouverts » dont nous avons parlé plus haut⁹.

⁵ Droits de première et deuxième libertés.

⁶ Voir note de bas de page 1.

⁷ À l'heure actuelle, le Canada n'est pas partie à l'Accord relatif au transit, même s'il est d'usage, dans le cadre des relations normales de transport aérien entre les pays, que le Canada agisse comme s'il était partie à cet Accord.

⁸ À l'instar de la plupart des pays, le Canada n'a jamais été partie à l'Accord relatif au transport aérien international.

⁹ Voir texte de la note de bas de page 1.

Entre 1947 et 1974, les assemblées successives de l'OACI n'ont accordé qu'une attention limitée au multilatéralisme du transport aérien international et commercial. Depuis cette époque, cette situation a changé aux assemblées régulières et l'on a même organisé des conférences spéciales sur le transport aérien¹⁰. Il n'en reste pas moins qu'en dépit de rapports et de débats inestimables, les assemblées de l'OACI n'ont pas réussi à innover et à réformer la situation, ni à s'écarter du bilatéralisme au profit du multilatéralisme dans le transport aérien international ou de la libéralisation multilatérale. Comme nous l'avons vu plus haut, il n'y a pas eu de « résurgence » de l'Accord relatif au transport international multilatéral de 1944. Le débat Nord-Sud, des politiques socio-économiques nationales différentes et la préférence de longue date des États-Unis pour le bilatéralisme, dont nous avons parlé plus haut, sont autant de raisons qui expliquent un tel phénomène. Cette incapacité à innover et à changer explique entre autres choses que l'on se soit écarté des discussions au sein de l'organe international de l'aviation civile, l'OACI, au profit de discussions parallèles au sein de l'OMC et, dans une moindre mesure, de la CNUCED : les deux sont des organisations internationales à vocation économique générale. Cet abandon de l'organe spécialisé au profit d'organes généraux a fait l'objet de nombreuses critiques. Il n'en reste pas moins qu'il y a désormais des discussions parallèles et, dans le cas de l'OMC, même un accord parallèle.

Le Secrétariat du GATT (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce), l'organe qui a précédé l'OMC, a pris part pendant de nombreuses années à la préparation de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), qui a finalement vu le jour en 1995. En principe, l'AGCS s'applique au commerce des services de transport aérien, mais les effets pratiques de ce principe sont très limités, étant donné que l'accord principal est accompagné d'une « Annexe sur les services de transport aérien » spéciale. L'Annexe établit clairement que, dans le transport aérien international, les « droits

¹⁰ La dernière *World-Wide Air Transport Conference on International Air Transport Regulation: Present and Future* (Montréal, 23 novembre–6 décembre 1994). La prochaine conférence spéciale sur le transport aérien aura sans doute lieu en 2003.

incontestables », c'est-à-dire les droits de route¹¹, restent sujets aux accords bilatéraux de transport aérien/services aériens entre deux pays. À peine trois « droits contestables » dans le domaine du transport aérien international sont actuellement assujettis au régime multilatéral du GATT/AGCS : la réparation et l'entretien des aéronefs (autonomes), la vente et la commercialisation (mais pas la tarification) des services de transport aérien et les systèmes informatisés de réservation.

L'une des principales caractéristiques de l'AGCS et de l'Annexe sur les services de transport aérien est que l'Annexe fait l'objet d'un examen une fois tous les cinq ans en vue notamment de libéraliser davantage les services de transport aérien international, en incorporant dans l'Annexe un plus grand nombre d'éléments du transport aérien international. Le premier examen a débuté en 1999-2000 et n'est pas encore terminé. Quantité d'idées ont été avancées sur les services supplémentaires de transport aérien qui doivent être incorporés dans une annexe révisée. Dans le domaine des droits incontestables, qui ne sont actuellement pas visés par l'Annexe, on a mentionné les droits de survol et les droits relatifs aux services aériens non réguliers (qui sont déjà visés, du moins partiellement, dans la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale et l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux : voir ci-dessus), de même que les droits des services de fret aérien. Dans le domaine des droits contestables, la manutention au sol, la propriété et le contrôle des compagnies aériennes, la location d'aéronefs avec équipage, les redevances d'aéroport et de navigation aérienne et les procédures douanières et (ou) de facilitation sont autant d'éléments qui ont été mentionnés. En général, l'UE est plus enthousiaste à l'idée d'élargir la portée de l'Annexe sur les transports aériens que les États-Unis.

L'intérêt de la CNUCED pour le transport aérien international est relativement récent. Au début de son histoire, la CNUCED s'activait particulièrement dans le domaine du transport maritime et elle a même publié un Code de conduite des conférences maritimes dans les années 1970. La CNUCED s'intéresse tout particulièrement aux intérêts des pays

¹¹ Voir notes de bas de page 1 et 6 et le texte qui y figure.

en développement. L'un des éléments intéressants de son rapport de 1999, intitulé « Les services de transport aérien : l'ordre du jour positif pour les pays en développement »¹², est qu'il semble insinuer que l'échange d'intérêts aéronautiques pour d'autres intérêts économiques, dans d'autres secteurs économiques, n'est peut-être pas si mauvais que cela pour les pays en développement. Cette suggestion va néanmoins tout à fait à l'encontre de la « sagesse » traditionnelle des échanges bilatéraux dans le domaine du transport aérien international en ce sens que les intérêts aéronautiques doivent être échangés contre d'autres intérêts aéronautiques.

Conclusion : sur toutes les tentatives multilatérales mondiales en vue de libéraliser le transport aérien international ces dernières années, seules celles du GATT/AGCS/OMC ont porté des fruits concrets, encore que de façon limitée. Ils semble toutefois risqué de mettre tous ses oeufs dans le même panier de l'OMC pour l'avenir. En premier lieu, l'OACI est encore bien vivante et pourrait bien proposer un accord mondial à l'avenir, comme, par exemple, à la prochaine conférence sur le transport aérien qui devrait avoir lieu en 2003. En deuxième lieu, le GATT/AGCS/OMC obéissent entre autres choses à la règle de la nation la plus favorisée et, si à l'avenir, cela s'applique aux droits de route, aux droits « incontestables », ce sera alors l'antithèse de la réciprocité actuelle qui existe dans les accords bilatéraux de transport aérien/services aériens; l'application « conditionnelle » de la règle de la nation la plus favorisée que l'on envisage parfois pour les droits de route n'aura qu'un caractère limité et provisoire. En troisième lieu, au moment où nous écrivons ces lignes, personne ne sait au juste quelle sera l'issue de l'examen actuel de l'Annexe sur les services de transport aérien. Quatrièmement, il est difficile de savoir si la libéralisation mondiale des services de transport aérien sera l'option privilégiée des États plutôt que le bilatéralisme ou la création de blocs économiques régionaux, comme en témoignent par exemple l'UE, l'EEE et l'EACE (voir ci-après). En revanche, ce qui milite en faveur d'une démarche du GATT/AGCS/OMC à l'égard du transport aérien international est quelque chose que nous avons mentionné dans le premier paragraphe de ce rapport, à savoir la privatisation des compagnies

¹² CNUCED, doc. TD/B/COM.1/EM.9/2, 15 avril 1999 (principalement au paragraphe 71).

aériennes, dont l'effet est que les gouvernements sont moins enclins à accorder un traitement de faveur aux compagnies aériennes qui n'appartiennent plus aux États, ce qui, à long terme, risque d'inciter les États à traiter le transport aérien comme n'importe quelle autre activité commerciale ordinaire¹³.

c. Efforts visant à libéraliser certains segments du marché du transport aérien international, comme la proposition de l'OCDE de libéraliser le régime de transport international du fret aérien

À plusieurs occasions, le marché du fret aérien a servi de cobaye à la libéralisation du transport aérien. Cela a notamment été le cas du transport aérien intérieur des États-Unis avec la Air Cargo Reform Act de 1977, qui a précédé d'un an la Airline Deregulation Act de 1978. La même chose s'est produite dans l'Union européenne, où les services de fret aérien intra-UE ont été entièrement libéralisés en 1992, soit environ un an avant le troisième et dernier projet de libéralisation du transport aérien dans l'UE (voir ci-dessous). Il faut également rappeler, comme nous l'avons déjà vu, que les services de fret aérien sont mentionnés dans le cadre du premier examen de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS.

Dans le contexte d'aujourd'hui, il vaut la peine d'examiner les propositions de l'OCDE à ce sujet¹⁴. Dans un rapport de 1999¹⁵, l'OCDE analyse en détail le marché du fret aérien international et propose certaines mesures en vue de le libéraliser, par exemple par l'entremise de l'OMC ou de l'OACI, et en particulier en ce qui concerne l'exploitation de services de transport multimodaux (transporteurs intégrés/messageries/colis express).

d. Initiatives régionales

Les initiatives multilatérales régionales visant à libéraliser le transport aérien international n'ont rien de nouveau. Par exemple, dès 1956, la Conférence européenne de l'aviation

¹³ Et ce, à nouveau, en dépit du fait que le transport aérien international a toujours eu et aura sans doute toujours certaines conséquences en matière de sûreté nationale, qui réclament peut-être un « traitement spécial ».

¹⁴ L'OCDE agit parfois comme laboratoire d'idées *de facto* de l'OMC.

¹⁵ Réforme réglementaire du transport international du fret aérien, OCDE, doc. DSTI/DOT(99)1.

civile (CEAC) a proposé à la signature de ses membres un accord régional visant la libéralisation des services aériens à la demande dans la région. La libéralisation multilatérale régionale des services aériens internationaux réguliers devra attendre beaucoup plus longtemps, jusque dans les années 1980, et essentiellement jusque dans les années 1990. Depuis cette époque, des initiatives régionales de ce genre ont été prises dans différentes parties du monde, par exemple en Amérique du Sud (Accord de Cartagène de 1991 pour le Nord-Ouest de l'Amérique du Sud, par exemple) et en Afrique (Déclarations de Yamoussoukro), et ce avec différents degrés de réussite pratique. C'est néanmoins dans l'UE que s'est opérée la forme la plus importante de libéralisation du transport aérien multilatéral. Ce qui y a sans doute contribué, c'est que, à strictement parler, l'UE est bien plus qu'un groupement multilatéral d'États : c'est une organisation supranationale dont les États membres, actuellement au nombre de 15, ont renoncé de façon durable à certains de leurs pouvoirs souverains au profit des institutions communes : le Conseil législatif des ministres, la Commission exécutive et la Cour de justice européenne. Et, même là, le processus a été de longue haleine. La Communauté économique européenne (CEE), qui a précédé l'UE, a été créée en 1958. Il a fallu attendre le milieu des années 1980 pour que la Communauté prenne la décision politique de créer un marché du transport aérien intérieur sans frontières, qui devait être en place entre 1987 et 1993 (parallèlement au troisième projet de libéralisation du transport aérien). Ce marché interne a en fait vu le jour en 1993, et certaines mesures transitoires ont même duré jusqu'en 1997, mais il demeure un marché interne. Les relations entre l'UE, ses États membres et des pays tiers sur le plan du transport aérien continuent d'être (à quelques exceptions près qui seront décrites ultérieurement) visées par les accords bilatéraux de transport aérien conclus entre *chaque* État membre de l'UE et des pays tiers. À titre de comparaison, il est intéressant de noter que l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) ne traite pas des questions de transport aérien commercial, même si, dans la pratique, il y a des accords de transport aérien bilatéraux très libéraux en vigueur entre les trois États membres.

On pourra lire ci-après une brève description du marché du transport aérien intérieur de l'UE (troisième projet de libéralisation) :

- délivrance de licences aux transporteurs aériens : des règles communes de délivrance des licences dans l'UE sont appliquées par les autorités aéronautiques nationales des États membres. Essentiellement, une « entreprise » se voit délivrer une licence d'exploitation si elle possède un permis d'exploitation aérienne (AOC), un certificat de sécurité et qu'elle soumet un plan d'activités satisfaisant pour ses deux premières années d'activités. Un transporteur de la Communauté doit appartenir majoritairement à un ou plusieurs États membres de l'UE ou à des citoyens de ces États membres. En vertu de cette règle, il est possible pour les citoyens d'un État membre de l'UE, notamment pour les compagnies aériennes d'un État membre, de créer une compagnie aérienne dans un autre État membre : il s'agit du droit d'établissement qui sera analysé plus à fond à la section n° 3 ci-après.
- accès aux marchés : une fois en possession d'une licence valide, un transporteur aérien de la Communauté peut desservir n'importe quelle route de l'UE, soit en offrant un service régulier, soit un service à la demande : dans le pays de l'UE qui lui a délivré sa licence (service intérieur), pour les services internationaux intra-UE et les services aériens intérieurs dans d'autres pays de l'UE (cabotage : voir section n° 2 ci-après).
- tarification : la liberté de tarification est totale en ce qui concerne le fret et quasi totale en ce qui concerne les passagers sur les routes situées dans le périmètre de l'UE, sous réserve que les États membres aient le droit d'intervenir au cas de tarifs excessivement élevés au détriment des consommateurs ou de tarifs excessivement bas qui risquent d'aboutir à des pertes massives pour tous les transporteurs aériens.
- concurrence : les règles de la concurrence au sein de l'UE s'appliquent aux services aériens dans les limites de l'UE, sous réserve d'un certain nombre d'exemptions, dont les plus importantes privilégient les consultations intercompagnies non contraignantes sur les tarifs voyageurs pour le besoin du trafic intercompagnies, et qui privilégient les procédures d'attribution des créneaux aux compagnies aériennes (les deux exemptions sont en cours d'examen).

Comme nous l'avons vu plus haut, le marché du transport aérien intérieur de l'UE en 1993 ne visait que le transport aérien au sein de la Communauté. La Communauté n'a pas encore acquis la compétence extraterritoriale générale de négocier, en tant qu'unité unique, des accords de services aériens avec des pays tiers. Ainsi, la règle prescrit toujours des accords bilatéraux de services aériens entre chaque pays de l'UE et des pays tiers en dehors de l'UE. Il y a néanmoins déjà des exceptions à cette règle :

- il existe un accord d'association entre l'UE, d'une part, et l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein, de l'autre, qui constituent ensemble l'Espace économique européen (EEE). Cet accord d'association vise la plupart des activités économiques de l'UE, y compris le transport aérien. Un accord d'association signifie essentiellement que les pays hors-UE adoptent la législation de l'UE comme si elle était leur. C'est ainsi que le marché du transport aérien intérieur de l'UE de 1993 vise aujourd'hui le transport aérien dans un espace qui comporte 18 pays : les 15 membres de l'UE, plus l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein.
- il existe un accord d'association propre au transport aérien entre l'UE et la Suisse, en vertu duquel la Suisse s'engage à appliquer la législation de l'UE en matière de transport aérien. L'accord a été signé, mais il n'est pas encore entré en vigueur. Il aura pour effet d'élargir le marché du transport aérien intérieur à 19 pays.

En outre, les négociations se poursuivent en vue d'établir un Espace aéronautique commun européen (EACE) entre les 18 pays de l'EEE et 11 pays d'Europe de l'Est, en vertu duquel ces 11 pays adopteront la législation de l'UE/EEE sur le transport aérien, peut-être moyennant des mesures et des périodes transitoires, afin d'élargir le marché du transport aérien intérieur à 29 pays d'Europe (si l'on englobe la Suisse).

On a beaucoup parlé et beaucoup spéculé sur les négociations entre l'UE en général et les États-Unis dans le domaine du transport aérien. Les instances de l'UE souscrivent à l'idée d'un Espace aéronautique commun transatlantique (EACT), comme l'a proposé

l'Association des compagnies européennes de navigation aérienne (AEA)¹⁶. Un accord sur l'EACT ne sera pas un accord d'association, comme les accords sur l'EEE ou l'EACE, mais plutôt un accord de convergence/harmonisation dans lequel les politiques de l'UE et des États-Unis¹⁷ seront façonnées pour créer un seul marché libéralisé UE/É.-U./Atlantique-Nord auquel les compagnies aériennes des deux côtés pourront participer. Un accord sur l'EACT, dans l'espace aéronautique commun, confèrera aux transporteurs des États-Unis et de l'UE la liberté d'exploiter des services aériens; il leur confèrera le droit de s'établir à la fois aux États-Unis et dans l'UE; il contiendra des règles libéralisées de propriété des compagnies aériennes, une politique libéralisée à l'égard de la location-bail des aéronefs et un régime harmonisé de législation antitrust/sur la concurrence.

Même si le niveau d'adhésion à l'idée d'un EACT est considérable au sein de la Commission et du Conseil de l'UE, cela ne semble pas être le cas aux États-Unis, surtout en ce qui concerne l'idée de conférer aux transporteurs de l'UE le droit de s'établir aux États-Unis. Même s'il n'existe pas de propositions officielles des États-Unis au sujet des négociations États-Unis/UE sur le transport aérien, tout porte à croire que les États-Unis sont plus favorables à un accord bilatéral « ciels ouverts » entre l'UE dans son ensemble et les États-Unis.

e. Conclusion

Comme nous l'avons vu dans l'introduction de cet examen de la dynamique actuelle du transport aérien international, il existe plusieurs tendances, parfois contradictoires, ou peut-être apparemment contradictoires, dans les tentatives gouvernementales et intergouvernementales de libéraliser la réglementation du transport aérien commercial international. À ce jour, les résultats les plus concrets ont été obtenus grâce aux accords bilatéraux « ciels ouverts », grâce à l'Annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien et grâce aux espaces aéronautiques communs régionaux. On semble en revanche

¹⁶ « Towards a Transatlantic Common Aviation Area », Déclaration de principe de l'EEE, Publication de l'EEE, septembre 1999.

¹⁷ D'autres juridictions (notamment le Canada) pourraient également y adhérer.

moins bien s'entendre sur la façon de nouer des relations en matière de transport aérien entre un important bloc économique comme l'UE et un vaste marché du transport aérien comme celui des États-Unis.

2. Cabotage

Le fait d'autoriser des compagnies aériennes étrangères à desservir les routes intérieures, c'est-à-dire le cabotage, est une façon de renforcer la concurrence dans le domaine du transport aérien intérieur. Selon l'article 7 de la Convention [de Chicago] sur l'aviation civile internationale, les États peuvent réserver les services intérieurs de transport aérien à leurs propres transporteurs nationaux, ce que font la plupart, en enchâssant ce principe dans leur législation intérieure du transport aérien et (ou) dans leurs accords bilatéraux de services aériens. Advenant que des États octroient des droits de cabotage à des pays étrangers et à leurs compagnies aériennes, l'article 7 stipule que cela ne peut pas se faire à titre exclusif et de façon expresse. Cette disposition restrictive de l'article 7 est compliquée et mérite d'être expliquée plus en détail. Parmi les autres questions qui seront abordées, mentionnons :

- ce que le Canada peut faire unilatéralement à propos du cabotage;
- ce que le Canada peut faire en renégociant ses accords bilatéraux;
- ce qui peut être fait multilatéralement pour faciliter le cabotage, dans le cadre des deux questions mentionnées ci-dessus;
- s'il est possible de limiter l'octroi de droits de cabotage, par exemple à certains pays; sur certaines routes; ou moyennant des limites de capacité;
- s'il est opportun de n'accorder que le cabotage consécutif au Canada ou également le cabotage autonome.

a. Ce que le Canada peut faire unilatéralement à propos du cabotage

Si le gouvernement canadien décide d'ouvrir ses routes intérieures aux compagnies aériennes non canadiennes (c.-à-d. le cabotage), il doit alors modifier sa législation, étant donné que la *Loi sur les transports au Canada* (ci-après la LTC) réserve l'exploitation

exclusive des services intérieurs¹⁸ aux Canadiens titulaires d'un document d'aviation canadien¹⁹. Il est vrai que la LTC prévoit une exception à la règle selon laquelle les services intérieurs ne peuvent être exploités que par des Canadiens en possession d'un document d'aviation, mais cette exception ne semble pas adaptée à l'élaboration d'une nouvelle politique visant l'ouverture des services intérieurs aux exploitants étrangers. Par exemple, l'exemption peut être accordée uniquement « dans l'intérêt public » et pour une durée limitée²⁰.

Les droits de cabotage sont des droits de trafic. Les gouvernements peuvent octroyer des droits de trafic aux exploitants étrangers en recourant à l'une des trois méthodes suivantes :

- (i) Traditionnellement et typiquement, les droits de trafic, y compris les droits de cabotage, pour l'exploitation de services aériens réguliers, sont octroyés dans le cadre des accords bilatéraux de services aériens/transport aérien. Dans la plupart des cas, les accords bilatéraux contiennent une clause standard de « non-cabotage » en vertu de laquelle les compagnies aériennes du partenaire bilatéral n'ont pas le droit d'exploiter des routes intérieures dans le territoire de l'autre pays. C'est également le cas des accords bilatéraux du Canada.
- (ii) Il y a deux exemples de droits de trafic, qui peuvent être ou ont été octroyés en vertu des politiques unilatérales d'un État.
 - L'octroi de droits de trafic pour des *services à la demande* est en principe²¹ soumis à un régime unilatéral. Les États fixent normalement les

¹⁸ Défini ainsi : « Service aérien offert soit à l'intérieur du Canada, soit entre un point qui y est situé et un point qui lui est extérieur sans pour autant faire partie du territoire d'un autre pays »; voir article 55 de la LTC.

¹⁹ Voir article 61 de la LTC; à part les prescriptions ci-dessus en matière de nationalité, l'article 61 stipule que l'exploitant d'un service intérieur doit détenir la police d'assurance responsabilité réglementaire et remplir les exigences financières réglementaires.

²⁰ Voir article 62 de la LTC.

²¹ Voir article 5 de la Convention de Chicago : « Chaque État contractant convient que tous les aéronefs des autres États contractants qui n'assurent pas de services aériens internationaux réguliers ont le droit, à condition que soient respectés les termes de la présente Convention, de pénétrer sur son territoire, de le traverser en transit sans escale et d'y faire des escales non commerciales sans avoir à obtenir une autorisation préalable, sous réserve du droit pour l'État survolé d'exiger l'atterrissage. Voir également n° 1 b) ci-dessus.

conditions dans les règlements nationaux de l'octroi de droits ayant trait à l'exploitation de services non réguliers. Toutefois :

- l'octroi de droits de trafic pour des services à la demande fait de plus en plus partie des régimes bilatéraux, qui comportent une interdiction relative à l'exercice des droits de cabotage (voir ci-dessus);
- l'octroi de droits de trafic pour des services de cabotage à la demande est assujéti au régime imposé par le paragraphe 7(2) de la Convention de Chicago qui sera analysé ci-après;
- le transport de trafic de cabotage comme service à la demande n'est pas très attrayant sur le plan commercial pour les compagnies aériennes;

de sorte que l'octroi unilatéral de droits de cabotage pour l'exploitation d'un service à la demande ne semble pas être une option politique viable.

– En 1989, le gouvernement des États-Unis a souscrit à une autre forme de politique unilatérale en vertu du *US Cities programme*, lancé par l'organisation aéroportuaire USA Better International Air Service (BIAS). Le problème était de trouver des transporteurs aériens étrangers, assurant des vols à destination des États-Unis dans le cadre d'accords bilatéraux libéraux, désireux d'exploiter des services aériens internationaux réguliers à destination d'aéroports sous-desservis des États-Unis. En vertu de ce programme, KLM, Lufthansa et Swissair réunissaient les conditions voulues, ont demandé et obtenu des droits de trafic extrabilatéraux pour desservir Baltimore, Detroit et Charlotte à titre provisoire. Toutefois, jamais il n'a été question d'un échange de ces droits de cabotage.

- (iii) On constate une tendance à octroyer des droits de trafic, dans le cas exceptionnel de l'UE, notamment des droits de cabotage, sur une base plurilatérale ou multilatérale. Cette façon de procéder sera analysée à l'alinéa c) ci-après.

Quelle que soit la politique que le Canada choisira, c'est-à-dire d'accorder ou non des droits de cabotage, et, dans ce cas, que ces droits de cabotage soient accordés à titre unilatéral, bilatéral, plurilatéral ou multilatéral, pour l'exploitation de services réguliers ou à la demande, elle sera assujéti aux obligations conventionnelles de la Convention de

Chicago relative à l'aviation civile internationale de 1944. La disposition qui se rapporte en propre à l'octroi de droits de cabotage est l'article 7 de cette Convention²².

L'article 7 comporte deux phrases qui, par souci de commodité²³, seront désignées comme les paragraphes 7(1) et 7(2). Le moindre des problèmes est posé par le paragraphe 7(1). On pourrait être tenté d'examiner la question pour savoir si, oui ou non, la définition que donne la LTC²⁴ de « service intérieur », qui est un service aérien offert soit à l'intérieur du Canada, soit entre un point qui y est situé et un point qui lui est extérieur sans pour autant faire partie du territoire d'un autre pays, est justifiée à la lumière du paragraphe 7(1) de la Convention de Chicago²⁵, mais il semble qu'un tel examen ne soit pas particulièrement utile dans le cadre de ce rapport. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le paragraphe 7(1) confirme le pouvoir souverain qu'a le Canada de permettre ou de refuser à des exploitants étrangers d'exploiter des routes de cabotage à l'intérieur du territoire canadien. On s'expose à un éventuel problème si le Canada autorise effectivement des compagnies aériennes étrangères à exploiter des services aériens à l'intérieur du Canada, qu'il s'agisse de services réguliers ou à la demande. Advenant que des droits de cabotage pour des services réguliers ou à la demande soient accordés à des exploitants non canadiens, le deuxième paragraphe de l'article 7 de la Convention de Chicago entre alors en jeu. D'emblée, il convient de dire que le paragraphe 7(2) ne brille pas par sa clarté. Une foule de commentateurs ont tenté de donner une interprétation judicieuse de cette disposition, en particulier du mot « expressément » utilisé parallèlement à « à titre exclusif ». Compte tenu de l'ambiguïté de cette formulation, certains membres de l'OACI ont proposé d'éliminer le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Chicago. Néanmoins, ces propositions ont été

²² « Chaque État contractant a le droit de refuser aux aéronefs d'autres États contractants la permission d'embarquer sur son territoire des passagers, du courrier ou des marchandises pour les transporter, contre rémunération ou en vertu d'un contrat de location, à destination d'un autre point de son territoire. Chaque État contractant s'engage à ne conclure aucun arrangement qui accorde expressément un tel privilège, à titre exclusif, à un autre État ou à une entreprise de transport aérien d'un autre État, et à ne pas se faire octroyer un tel privilège exclusive par un autre État. »

²³ La Convention de Chicago proprement dite ne fait pas une telle distinction.

²⁴ À l'article 55.

²⁵ Limitant les services intérieurs aux services entre deux points situés dans le périmètre d'un même territoire.

refusées²⁶. Cela veut dire que le milieu aéronautique international doit se débrouiller avec le texte du paragraphe 7(2) tel qu'il est énoncé.

En attendant, la pratique des États pour ce qui est de l'octroi des droits de cabotage aurait pu permettre de donner une interprétation utile de cette disposition. Toutefois, l'analyse des pratiques des États n'est guère utile, car il est très rare que des droits de cabotage aient été accordés et, lorsqu'ils l'ont été, cela ne s'est fait qu'à titre fortuit. Par exemple, en 1998, le congrès du Pérou a adopté une loi autorisant les compagnies aériennes étrangères à desservir des routes intérieures, ouvrant ces routes à la concurrence après un déluge de plaintes des passagers au sujet de vols retardés et annulés par les transporteurs nationaux. Cette mesure avait pour but de permettre au gouvernement péruvien d'accorder l'autorisation spéciale aux compagnies aériennes étrangères que cela intéressait d'exploiter des routes intérieures vers les destinations touristiques les plus attrayantes du pays. On ne peut pas dire que la loi du Pérou accorde des droits de cabotage expressément à un autre État contractant ayant signé la Convention de Chicago à titre exclusif; cela n'a provoqué aucune réaction de la part des gouvernements étrangers.

Dans un cas, à savoir la pratique des États membres de l'UE, on peut affirmer qu'effectivement, l'octroi de droits de cabotage se rapproche de très près de l'interdiction prévue par le paragraphe 7(2) de la Convention de Chicago. Depuis 1997, les transporteurs aériens de l'UE bénéficient de droits de cabotage totaux dans le périmètre du territoire respectif des États membres de l'UE. On peut soutenir que l'octroi de ces droits s'est fait « expressément » et « à titre exclusif » entre les États membres de la CE au profit des compagnies aériennes de l'UE. Effectivement, aucune autre compagnie aérienne en dehors de celles de l'UE ne bénéficie de droits de cabotage intra-UE; ce privilège a été accordé « à titre exclusif » aux États membres de l'UE, à l'exception de tous les autres États contractants ayant ratifié la Convention de Chicago. Les mesures prises par l'UE quant à l'octroi de droits de cabotage intra-UE n'ont pas suscité de réactions ou de protestations officielles de la part des États en dehors de l'UE. Mais

²⁶ Voir le procès-verbal de la 7^e Assemblée plénière de la 16^e Session de l'Assemblée de l'OACI;

n'oublions pas que l'UE jouit d'un statut hybride dans le droit international public : ce n'est pas un État fédéral; c'est une organisation supranationale, qui est plus qu'un regroupement multilatéral d'États indépendants. Par ailleurs, des protestations de la part de pays étrangers en dehors de l'UE auraient pu aboutir à l'annulation ou, du moins, à la menace d'annulation des droits de cinquième liberté qui existent toujours et dont certains pays hors-UE et leurs compagnies aériennes bénéficient pour les routes aériennes internationales intra-UE.

En bref, pour répondre à la première question, on pourrait dire que le Canada peut unilatéralement octroyer des droits de cabotage, sous réserve :

- qu'il modifie sa législation nationale;
- qu'il lève son interdiction concernant l'octroi de droits de cabotage, comme le prévoient les accords bilatéraux conclus entre le Canada et d'autres pays;
- qu'il tienne compte de la portée du paragraphe 7(2) de la Convention de Chicago, en démontrant par la pratique des États que la portée de cette disposition est très limitée.

b. Ce que le Canada peut faire en renégociant ses accords bilatéraux

Si la renégociation aboutit à la suppression de la clause standard refusant l'octroi de droits de cabotage et que le gouvernement du Canada modifie pendant ce temps sa LTC selon les recommandations formulées plus haut, les négociateurs canadiens seront alors en mesure de mettre sur la table l'octroi et (ou) l'échange de droits de cabotage, en ayant toujours présentes à l'esprit les complications que risque d'entraîner le paragraphe 7(2) de la Convention de Chicago. Mais la question de réciprocité a sans doute beaucoup plus d'importance que le paragraphe 7(2). Apparemment, cet argument a été présenté à la table et risque de l'être à nouveau par les négociateurs canadiens et américains.

Dans un accord bilatéral, des droits de cabotage peuvent être échangés contre des droits de cabotage, mais d'autres options politiques sont également possibles. Par exemple, un

doc. 8775 A16-Min. P/1-9; voir également : OACI, doc. A18-Min. P/12 à 123.

pays peut accorder des droits de cabotage et demander en retour des droits de septième liberté²⁷.

c. Ce qui peut être fait multilatéralement pour faciliter le cabotage

Il est tout à fait concevable que l'article 7 de la Convention de Chicago puisse être modifié de manière à en supprimer le paragraphe 2. Nous avons déjà fait allusion plus tôt à cette possibilité²⁸, et il paraît douteux que la majorité nécessaire des États appuient un tel changement. Il est également fort peu probable qu'un accord de services aériens de l'OACI révisé ou mis à jour [voir n°1 b) ci-dessus] contienne l'octroi multilatéral de droits de cabotage.

L'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS et ses révisions régulières ont été brièvement analysées à la section n° 1 b) ci-dessus. Il se peut que l'échange de droits de cabotage soit inscrit à l'ordre du jour d'une future révision de l'Annexe sur les services de transport aérien, même si ce n'est pas le cas dans la série de négociations en cours.

Le cabotage est un sujet de discussion plus réaliste dans le cadre de l'EACT, que l'on a brièvement abordé à la section n° 1 d) ci-dessus. En septembre 1999, l'Association des compagnies européennes de navigation aérienne (AEA) a publié une déclaration de principe intitulée : « Vers un espace aéronautique commun transatlantique ». Cette déclaration de principe énonce les points de vue de l'AEA sur les objectifs fondamentaux, la structure et les principaux éléments d'un nouveau cadre de réglementation des relations en matière de transport aérien dans l'espace transatlantique. L'objectif général est de remplacer l'actuel régime de réglementation morcelé par un système unifié qui, d'une part, offre aux compagnies aériennes une gamme complète de débouchés commerciaux

²⁷ Les droits de septième liberté, rarement échangés à ce jour, peuvent être décrits comme des droits de trafic dont bénéficient les transporteurs aériens du pays A entre les pays B et C, indépendamment du trafic entre les pays A et B. Par exemple, advenant que les États-Unis octroient des droits de septième liberté au Canada en échange de droits de huitième liberté au Canada pour les compagnies aériennes américaines, un transporteur canadien pourra offrir des services aériens entre, disons, Miami et des points situés dans les Caraïbes, indépendamment des services aériens entre le Canada et Miami. Manifestement, les pays visés dans les Caraïbes devront également donner leur consentement.

²⁸ Voir note de bas de page 27 et le texte qui y figure.

sur un pied d'égalité et, de l'autre, garantit que leurs activités seront régies par un ensemble commun de règles, ce qui évitera une réglementation inutile²⁹.

Pour ce qui est de l'accès aux marchés, l'objectif de base est que toutes les compagnies aériennes des parties membres de l'EACT jouiront de possibilités commerciales illimitées d'assurer des services de transport aérien partout dans les limites de l'EACT. Réalistes, les auteurs de cette déclaration de principe savent parfaitement que les États-Unis ont des réserves à l'égard du cabotage.

L'EACT est conçu pour être établi entre l'UE et les États-Unis. La proposition relative à l'EACT prévoit que des « pays tiers » pourront adhérer à l'accord sur l'EACT. Il se peut qu'à un moment donné, le Canada, qui entretient des liens aéronautiques très serrés à la fois avec les États-Unis et certains États membres de l'UE, songe à la possibilité d'adhérer à l'EACT.

Cela étant dit, un accord plurilatéral sur l'EACT ne présente pas tellement d'intérêt à l'heure actuelle étant donné :

- que les progrès enregistrés dans l'élaboration de l'EACT sont très lents, entre autres à cause de l'absence d'enthousiasme des États-Unis;
- qu'à nouveau, des réserves sur le cabotage risquent d'être émises d'un côté (les États-Unis) ou des deux (les États-Unis et l'UE);
- que le Canada n'a pas encore manifestement fait part de son intention d'adhérer à l'EACT.

Ce qui nous amène à la conclusion selon laquelle les possibilités d'action du Canada à titre multilatéral sont limitées, du moins pour l'instant. La modification du paragraphe 7(2) de la Convention de Chicago doit être considérée comme un exercice purement théorique. L'adhésion à l'EACT, moyennant un échange possible de droits de cabotage entre les pays membres de l'EACT, est une option politique intéressante à plus

²⁹ Voir Déclaration de principe de l'AEA, *Vers un espace aéronautique commun transatlantique*, 1999, à la

long terme. Au même titre, du reste, que l'élargissement de l'Annexe sur les services de transport aérien de l'AGCS. Dans ce rapport, nous n'avons pas étudié l'éventualité de rouvrir l'ALÉNA pour y inclure le transport aérien (cabotage).

d. S'il est possible de limiter l'octroi de droits de cabotage

La réponse est oui.

Il relève des pouvoirs souverains du Canada d'octroyer des droits de cabotage :

- sur certaines routes;
- moyennant des restrictions de capacité;
- pour une durée limitée;
- moyennant des restrictions tarifaires (p. ex. pas de prix directeurs pour les transporteurs étrangers sur les routes intérieures du Canada);
- aux compagnies aériennes de certains pays.

Toutefois, il se peut que le Canada choisisse certains pays et leurs compagnies aériennes pour exploiter des routes à l'intérieur du Canada, tout en se rappelant que le paragraphe 7(2) de la Convention de Chicago existe toujours. Cette disposition est en passe de devenir plutôt désuète, mais elle doit être mentionnée comme *mise en garde*. À titre de précaution, il se peut que le Canada souhaite accorder des droits de cabotage à certains pays et à leurs transporteurs sous réserve de délais d'annulation très courts, au cas où d'autres pays protesteraient ou menaceraient de prendre des mesures de représailles³⁰. Ce qui précède s'applique essentiellement lorsque le Canada accorde des droits de cabotage dans le cadre d'une politique unilatérale ou d'un accord bilatéral. Advenant que le Canada amorce des discussions plurilatérales³¹ ou multilatérales³², il sera alors (sur le plan stratégique) plus difficile d'émettre des réserves sur certaines routes, d'imposer des restrictions de capacité, etc., étant donné que l'échange de droits de

p. 1.

³⁰ Les courts délais d'annulation sont courants en Suisse : la Suisse autorise les transporteurs étrangers bénéficiant de droits internationaux à Genève et Zurich d'utiliser ces deux villes comme points co-terminaux et d'acheminer du trafic intérieur local entre ces deux villes. Ces transporteurs étrangers, qui exercent leurs droits de cabotage, peuvent ne pas offrir les meilleurs prix sur le faisceau intérieur Genève–Zurich.

³¹ Voir CTAA et ALÉNA [n° 1 d) ci-dessus].

³² Voir AGCS [n° 1 b) ci-dessus].

cabotage s'inscrira dans un contexte plus vaste. Dans le cadre de discussions plurilatérales ou multilatérales, les parties (qui sont au nombre de plus de deux) se livrent au commerce des services de transport aérien en vue de réaliser des politiques et des objectifs commerciaux à plus long terme. Émettre des réserves sur certains points revient à nier la valeur des retombées commerciales globales pour les pays participants. Cela n'empêche pas les États, y compris le Canada, de conclure un accord plurilatéral en vue de libéraliser l'accès aux marchés intérieurs et d'adopter une approche progressive, c'est-à-dire de lever les restrictions de cabotage sous le rapport de la capacité, des routes, de la liberté tarifaire, durant une certaine période de transition³³. La politique de l'UE à l'égard des droits de cabotage constitue un excellent exemple³⁴.

On peut donc répondre à la question d) en disant que le gouvernement canadien est en mesure d'émettre des réserves quant à l'octroi de droits de cabotage, mais que son pouvoir discrétionnaire d'agir ainsi est plus limité lorsque l'octroi de ces droits se fait dans un contexte plurilatéral ou multilatéral. La raison de cette limite a trait à des arguments commerciaux et politiques plutôt qu'à des arguments juridiques.

e) S'il est opportun de n'accorder que le cabotage consécutif au Canada ou également le cabotage autonome

La question fait allusion au caractère « opportun » d'octroyer certains droits de cabotage. L'« opportunité » semble être une question de politique plutôt que de droit. Toutefois, le choix entre l'octroi de droits de cabotage « consécutif » ou « autonome » n'est pas seulement une question de politique, mais une question qui a également des conséquences juridiques.

Le cabotage « consécutif », que l'on appelle également la huitième liberté de l'air, désigne l'exploitation d'une route intérieure à titre de prolongement, ou de tronçon, d'une

³³ Voir également article 62 de la LTC.

³⁴ Le « troisième projet de transport aérien » de 1992 prévoyait la libéralisation progressive des routes de cabotage au sein des États membres. Les marchés intérieurs des États membres de l'UE ont été ouverts aux transporteurs de l'UE en 1992, mais ont été assujettis à des limites de capacité. Ces limites ont été levées le 30 avril 1997.

route internationale. Par exemple, advenant qu’Air France ait le droit d’embarquer des passagers et du fret à Montréal à destination de Toronto sur la route Paris–Montréal–Toronto, il s’agit là de cabotage consécutif. Cabotage « autonome », que l’on appelle également la neuvième liberté de l’air, désigne un transport purement intérieur, c’est-à-dire sans aucune correspondance avec le réseau international du transporteur étranger. Par exemple, si American Airlines devait exploiter l’axe Vancouver–Calgary indépendamment de son réseau américain, il s’agirait alors de cabotage autonome.

Le cabotage « autonome », ou la neuvième liberté de l’air, se situe au bas de l’échelle des « libertés de l’air » et, par conséquent, c’est la liberté la moins négociable. La neuvième liberté désigne la liberté qui affecte le plus la souveraineté des États.

Les textes juridiques que l’on a analysés ci-dessus, à savoir :

- l’article 7 de la Convention de Chicago;
- les clauses types des accords bilatéraux;
- la LTC,

n’établissent pas de distinction entre cabotage « consécutif » et « autonome ».

L’expression « service intérieur » telle qu’elle est définie dans la LTC peut être interprétée comme englobant à la fois le cabotage « consécutif » et « autonome »³⁵. Le seul document qui fait la distinction entre les deux types de cabotage est le « troisième projet » de l’UE³⁶, qui a accordé des droits de cabotage « consécutif » aux transporteurs de l’UE (moyennant certaines conditions précises) entre 1992 et 1997, mais pas de droits de cabotage « autonome », qui n’ont été ajoutés qu’en 1997.

La distinction entre les deux types de cabotage est sans doute complexifiée par les soi-disant escales de son propre trafic. Dans l’exemple hypothétique du cabotage d’Air France ci-dessus : si un passager d’Air France muni d’un billet Paris–Montréal–Toronto décide de faire une escale de deux jours à Montréal avant de poursuivre sa route jusqu’à Toronto sur un vol Air France ultérieur Paris–Montréal–Toronto, ce passager est-il

³⁵ Voir note de bas de page 19 et le texte qui y figure.

toujours un passager de cabotage consécutif ou est-il devenu un passager de cabotage autonome? La première interprétation (c.-à-d. toujours un passager de cabotage consécutif) vaut toujours, même s'il n'existe aucun pouvoir officiel à cet effet.

L'octroi de droits de cabotage « autonome » à des transporteurs aériens étrangers aura des incidences plus profondes sur le fonctionnement de l'industrie du transport aérien intracanadien que l'adoption du cabotage consécutif. De plus, le cabotage autonome doit s'accompagner de l'octroi du droit d'établissement au Canada aux transporteurs étrangers, pour qu'ils puissent faire des affaires dans ce pays. Il ne s'agit toutefois pas du même droit d'établissement que celui qui est abordé à la section n° 3 ci-après. Dans le cadre du cabotage autonome, cela désigne le droit d'établissement comme transporteur *étranger* au Canada (qui sera sans doute régi par l'accord bilatéral signé entre le Canada et le gouvernement étranger responsable du transporteur étranger en question). La section n° 3 étudie la possibilité que des compagnies aériennes étrangères et d'autres investisseurs s'établissent au Canada comme transporteurs *canadiens*.

3. Le droit d'établissement

Les complications juridiques et autres qui se rattachent au fait d'autoriser des transporteurs étrangers à desservir les routes aériennes intérieures canadiennes (cabotage) peuvent être évitées si l'on autorise les intérêts étrangers (compagnies aériennes, capitaux) à établir en totalité ou en partie, c'est-à-dire avec ou sans prise de participation canadienne, des compagnies aériennes canadiennes pour desservir des routes intérieures canadiennes. Ces compagnies aériennes seraient des compagnies aériennes canadiennes à part entière, à l'instar de celles qui existent aujourd'hui, assujetties par exemple aux mêmes prescriptions techniques, commerciales et de sécurité, et aux mêmes règlements sur la main-d'oeuvre, l'immigration et la fiscalité. À cette fin, la législation canadienne de la propriété et du contrôle des compagnies aériennes intérieures devra être modifiée, en particulier la définition de « canadien » qui figure à l'article 55 de la LTC. Il faudra

³⁶ Voir note de bas de page 35.

notamment supprimer de la définition les mots « [...] contrôlés de fait par des Canadiens, dont au moins soixante-quinze pour cent – ou tel pourcentage inférieur désigné par règlement du gouverneur en conseil – des actions assorties du droit de vote sont détenues et contrôlées par des Canadiens ». Il faut signaler également que, pour accorder le droit d'établissement mentionné plus haut, l'utilisation du pouvoir discrétionnaire du gouvernement ne semble pas suffire. Une lecture ordinaire de la définition risque de ne pas autoriser le gouverneur en conseil à réduire le contenu canadien à zéro; de surcroît, l'utilisation par le gouvernement de son pouvoir discrétionnaire ne créera sans doute pas une certitude juridique suffisante pour les investisseurs étrangers; quoi qu'il en soit, « contrôlés de fait » ne semble pas pouvoir faire l'objet de la « discrétion » possible du gouverneur en conseil.

Les transporteurs intérieurs Ansett et Virgin Blue en Australie semblent être les exemples les plus manifestes de compagnies aériennes *australiennes* établies par des intérêts étrangers à qui elles appartiennent (à savoir *Air New Zealand* et *Virgin* du Royaume-Uni). Dans l'UE, il y a d'autres exemples du droit d'établissement dans un pays étranger, moyennant en général la propriété mixte de divers pays de l'UE. Comme exemple, il faut mentionner German BA, transporteur allemand, appartenant à des intérêts allemands et britanniques, et placé sous le contrôle effectif de BA. Il se pourrait que Swissair–Sabena devienne un autre exemple, dès que l'accord de transport aérien entre la Suisse et l'UE entrera en vigueur [voir section n° 1 d) ci-dessus] et que Swissair prendra une participation de 85 p. 100 dans Sabena, au lieu des 49,5 p. 100 actuels.

Les sections n°s 1 d) et 2 c) ci-dessus ont démontré qu'au sein de l'UE, les transporteurs de la Communauté peuvent exercer leurs droits de cabotage *et* jouir du droit d'établissement dans toute la Communauté (comme l'établissement par BA de German BA en Allemagne). Il n'est pas superflu de faire remarquer que, depuis 1993, lorsque ces droits ont été créés par le troisième projet de libéralisation du transport aérien de l'UE, l'usage des droits de cabotage était dans la pratique très limité, alors que le droit

d'un transporteur de l'UE d'un pays de l'UE de s'établir dans un autre pays de l'UE était exercé plus fréquemment.

Il faut signaler que, lors de l'exercice du droit d'établissement, l'investisseur étranger est une compagnie aérienne étrangère, il paraît normal que les compagnies aériennes en cause aient recours aux techniques de partage des codes; par exemple, les vols de German BA portent les numéros de vol de BA; de nombreux vols de Swissair et de Sabena portent les numéros de vol des deux transporteurs.

4. Propriété et contrôle dans un contexte international

Si le Canada accorde le droit d'établissement, comme nous l'avons vu à la section n° 3 ci-dessus, il y aura alors des compagnies aériennes canadiennes qui, sous l'angle des accords bilatéraux de services aériens du Canada, n'appartiendront que très peu à des intérêts canadiens et seront contrôlées de fait par des intérêts canadiens. Si le Canada autorise les fusions/prises de contrôle entre transporteurs canadiens et non canadiens, la même situation se produira (voir section n° 1 ci-dessus). Si le Canada décide alors d'autoriser ces mêmes compagnies à exploiter des routes internationales à destination/en provenance du Canada, les accords bilatéraux de services aériens du Canada devront être modifiés sous le rapport de leurs clauses de propriété et de contrôle (en sus de la réforme de la législation nationale canadienne, à savoir l'article 55 de la LTC). Or, les pays étrangers risquent de ne pas vouloir agir ainsi, ou uniquement moyennant « rémunération », c'est-à-dire en échange d'un (d')autre(s) droit(s) « incontestable(s) » ou « contestable(s) » en leur faveur³⁷. Le Canada *n'est pas* touché par les deux accords multilatéraux de 1944 qui contiennent des dispositions restrictives en matière de propriété et de contrôle : il s'est en effet retiré de l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux dans les années 1980 et n'a jamais été partie à l'Accord relatif au transport

³⁷ Les droits incontestables dans ce contexte sont les droits de route vus sous l'angle de la neuvième liberté de l'air, telle que nous l'avons abordée dans ce rapport (voir également notes de bas de page 1, 6 et 28 et le texte qui y figure). Les droits mous désignent d'autres dispositions bilatérales, comme celles qui concernent la tarification, la capacité et les fréquences et les débouchés commerciaux.

aérien international [voir section n° 1 b) ci-dessus]. Il est sans doute utile d'étudier ce que d'autres pays font à cet égard :

- il y a ceux qui estiment que les clauses relatives à la propriété et au contrôle doivent être libéralisées en incorporant la question dans une Annexe révisée sur les services de transport aérien à l'Accord général sur le commerce des services [voir section n° 1 b) ci-dessus]. Si cela survient jamais, il y a peu de chances que cela se fasse prochainement³⁸;
- les accords multilatéraux/plurilatéraux/supranationaux de services aériens régionaux, comme le troisième projet de libéralisation du transport aérien de l'UE, le nouvel accord multilatéral « ciels ouverts » de l'APEC et le projet d'EACT [voir sections n°s 1 a) et 2 c) ci-dessus] renferment des innovations quant à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes;
- on commence à noter une tendance de plus en plus marquée à remplacer les clauses de fond sur la propriété et le contrôle de fait dans les accords bilatéraux par de nouvelles clauses.

On analysera ci-après certains de ces changements ou des changements proposés et leur pertinence pour la question du droit d'établissement des transporteurs/investisseurs étrangers au Canada comme transporteurs aériens canadiens.

a. La situation multilatérale – (i) En 1983, l'OACI a adopté une recommandation autorisant la désignation par un pays en développement de la compagnie aérienne d'un autre pays en développement dans le même groupement économique régional : la soi-disant « désignation de communauté d'intérêts »³⁹. Cela ne semble pas présenter une utilité particulière pour la situation canadienne en ce qui concerne le droit d'établissement. (ii) En novembre 2000, un accord multilatéral « ciels ouverts »

³⁸ Il faut signaler que la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale de 1944 ne contient aucune disposition sur la propriété et le contrôle des compagnies aériennes. Cela n'empêche toutefois pas le Conseil ou l'Assemblée de l'OACI de recommander à l'avenir de nouvelles clauses types sur la propriété et le contrôle des compagnies aériennes pour les insérer dans les accords bilatéraux ou multilatéraux de transport aérien.

³⁹ Résolution de l'OACI 18/2, 24^e Assemblée de l'OACI (1983).

a été signé par l'APEC. Les clauses de fond traditionnelles en matière de propriété et de contrôle ont cédé la place à l'impératif qu'un transporteur aérien doit être contrôlé de fait par les citoyens de la partie désignatrice, sous réserve du droit discrétionnaire d'une autre partie à rejeter une désignation si la propriété substantielle du transporteur désigné appartient à des citoyens de la partie recevant la désignation. En attendant, la nouvelle clause a déjà été l'objet d'une ordonnance de justifier du DOT des États-Unis à propos des exigences de déclaration de propriété des compagnies aériennes auxquelles les transporteurs non américains sont soumis en vertu de l'accord⁴⁰. Cette clause ne semble pas non plus présenter de grande utilité pour la situation canadienne relative au droit d'établissement, étant donné qu'elle ne fait que libéraliser les impératifs de propriété, partiellement, et qu'elle ne libéralise en rien les impératifs de contrôle. (iii) Pour un éventuel EACT, on propose de suivre le modèle de l'UE : pour le trafic transporté dans les limites de l'espace aéronautique commun, n'importe quel transporteur qui appartient majoritairement et qui est contrôlé de fait par des États membres et (ou) des citoyens des États membres peut exploiter des services. Pour le trafic entre l'espace aéronautique commun et des points situés à l'extérieur, les dispositions traditionnelles de propriété substantielle et de contrôle de fait restent en vigueur. C'est là une faiblesse, et sans doute une faiblesse inévitable du projet d'EACT de l'UE, étant donné que les compagnies aériennes sont assujetties à deux régimes de propriété et de contrôle différents, selon les routes en question. C'est pour cette raison et également du fait que le Canada a très peu de chances d'adhérer au moindre espace aéronautique commun, à court terme, que le modèle d'EACT proposé ne présente guère d'intérêt dans le contexte canadien.

- b. La situation bilatérale** – (i) Deux remarques d'ordre général pour commencer : la clause selon laquelle une compagnie aérienne, désignée en vertu d'un accord bilatéral, doit être la propriété substantielle et sous contrôle de fait de l'État désignateur et (ou) de ses citoyens, est une clause permissive. Le pays qui reçoit une désignation *peut* la

⁴⁰ Voir Ordonnance du DOT des États-Unis 2001-1-13, 18 janvier 2001 (Docket OST – 2000-8393). Une ordonnance de justifier est une procédure quasi judiciaire qui propose la mise en oeuvre d'une certaine

refuser, mais il n'est pas tenu de le faire⁴¹. De plus, propriété substantielle est généralement interprétée comme voulant dire propriété majoritaire; le contrôle de fait semble être le critère dominant et est une question de fait, qui a un rapport, par exemple, avec la nationalité des membres du conseil d'administration d'une compagnie aérienne, ou la question de savoir s'il y a un seul portefeuille d'actions très important entre des mains étrangères, même si, lorsqu'on examine tous les capitaux propres, on note que la majorité appartient à des intérêts nationaux. (ii) Un groupe de travail sur la propriété et le contrôle de la Conférence européenne de l'aviation civile (CEAC) a récemment mis au point une clause bilatérale modèle qui constitue peut-être une solution pour de nombreux pays et leurs compagnies aériennes, et qui semble également présenter de l'utilité dans le cadre du droit d'établissement au Canada de transporteurs/investisseurs étrangers : une compagnie aérienne désignée doit être constituée en société et avoir son siège principal d'exploitation⁴² dans le pays de désignation⁴³. (iii) L'Allemagne, dans un certain nombre de cas récents, a négocié une clause de désignation qui lui permet de désigner les transporteurs appartenant à des intérêts allemands et contrôlés de fait par eux, mais également les transporteurs qui appartiennent majoritairement et qui sont contrôlés de fait par d'autres États de l'UE et (ou) des citoyens de ces États : cela n'est pas particulièrement utile dans le contexte du Canada. (iv) Le R.-U. a récemment remanié son accord modèle de service aérien, notamment à la lumière des alliances multinationales entre compagnies aériennes, avec pour conséquence principale que les compagnies aériennes doivent avoir leur

mesure réglementaire à moins que les parties intéressées ne présentent des arguments valables de ne pas agir ainsi.

⁴¹ Par exemple, *Aerolineas Argentinas*, qui, pendant de nombreuses années, appartenait majoritairement à des intérêts espagnols, ne semble pas dans la plupart des cas avoir souffert de refus ou de retraits de désignation par des pays étrangers.

⁴² Au sujet du « siège principal d'exploitation », le texte de la CEAC renvoie entre autres au groupe d'experts sur la réglementation du transport aérien de l'OACI qui « insinue qu'en évaluant le siège principal d'exploitation d'un transporteur, un État doit tenir compte du fait qu'un transporteur mène un volume important de ses activités et possède de gros investissements dans des installations matérielles dans l'État de désignation, qu'il paie l'impôt sur le revenu et immatricule ses aéronefs dans ce pays, et qu'il emploie un nombre important de citoyens de ce pays à des postes de cadre, d'agent technique et d'agent d'exploitation ».

⁴³ La clause de la CEAC est fondamentalement la même que la soi-disant clause de Hong Kong, conçue en fonction de la structure particulière de *Cathay Pacific*, qui appartient au Groupe Swire du Royaume-Uni, et qui autorise Hong Kong à désigner un transporteur constitué en société et ayant son siège principal d'exploitation à Hong Kong.

siège principal d'exploitation dans le pays de désignation et s'être vu délivrer leur permis d'exploitation aérienne par ce pays⁴⁴. Cette clause modèle du R.-U. est aussi intéressante que la clause prévue de la CEAC, mais il semble que le fait que le lieu de constitution en société ne soit pas mentionné comme condition constitue une faiblesse.

c. Conclusion – Il est recommandé que

- (i) si le Canada accorde le droit d'établissement comme transporteurs canadiens aux transporteurs/investisseurs étrangers;
- (ii) si le Canada autorise ces compagnies aériennes à exploiter les routes internationales, il recoure à une clause dans ses négociations bilatérales (nouveaux accords et modifications d'accords existants) reposant sur le lieu de constitution et sur le siège principal d'exploitation au Canada.

⁴⁴ Voir ministère de l'Environnement, des Transports et des Régions. *The Future of Aviation. The Government's Consultation Document on Air Transport Policy*, décembre 2000, paragraphes 281-283.