

# ASDA | SVLR

ASSOCIATION SUISSE DE DROIT AERIEN ET SPATIAL  
SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR LUFT- UND RAUMRECHT

# BULLETIN

**Schweizer  
Fachzeitschrift  
für Luft- und  
Weltraumrecht**

**2020  
Nr. 152**

# Le droit aérien au temps de la pandémie

LAURENT CHASSOT\*

En collaboration avec YOLANDE LAGRANGE\*\* et MICHEL STASZEWICZ\*\*\*

## 1. Introduction

Phénomène unique, de mémoire d'homme, par l'ampleur et la fulgurance des changements qu'elle a induits pour l'humanité, la pandémie de la COVID-19, pour tragique qu'elle soit, n'en constitue pas moins un sujet d'étude fascinant pour les sciences humaines. D'abord crise sanitaire, la pandémie s'est en effet rapidement muée, dans un climat d'anxiété collective et sous l'effet des mesures décidées par les pouvoirs publics, en crise économique, sociale et politique. Nul doute qu'elle occupera historiens, sociologues, psychologues et spécialistes des sciences politiques durant les prochaines décennies.

Et les juristes ne sont pas en reste, tant le droit, sous la forme de règles sanitaires restrictives, prescriptives, ou encore portant aides financières et allègements pour les individus et entreprises réduits à l'inactivité, a été mis à contribution. La règle de droit figure ainsi au premier plan des mesures mises en œuvre par les pouvoirs publics pour combattre la pandémie. L'approche réglementaire a très largement prévalu sur toute autre option politique, tels que dépistage systématique, prévention, sensibilisation de la population, appel à la responsabilité individuelle et au sens civique, etc.

Or, à cet égard, force est de constater que cette crise a également bousculé les conceptions juridiques traditionnelles. Le rythme du droit s'est accéléré, les autorités se sont souvent montrées créatives dans la forme revêtue par les règles promulguées, un principe de précaution appliqué schématiquement l'a emporté sur une pesée fine des intérêts en présence, souvent en dérogation au test usuel de la proportionnalité.

Peut-on de la sorte affirmer que le coronavirus a également mis le droit en crise ? La juridicisation de la crise sanitaire, s'agissant de la forme prise par les mesures sanitaires, ne contraste-t-elle pas paradoxalement avec un amoindrissement du droit sur le plan matériel ? Telles sont les questions auxquelles les constitutionnalistes, spécialistes des droits fondamentaux, théoriciens et philosophes du droit devront se consacrer.

Parmi les secteurs d'activité frappés par la pandémie de la COVID-19, peu l'ont été aussi sévèrement que le transport aérien. Le présent article entend donner un aperçu du rôle joué par le droit dans ce contexte. Il établira, dans un premier temps, une manière de catalogue raisonné des mesures réglementaires adoptées (*infra* 2.), pour en livrer ensuite une

\* Avocat à Genève, docteur en droit, LL.M. en droit aérien et spatial (McGill). L'auteur remercie YOLANDE LAGRANGE et MICHEL STASZEWICZ de leur précieuse contribution à cet article.

\*\* Avocate à Genève, MIDS.

\*\*\* Bachelor of Law (double diplôme Fribourg et Paris II – Panthéon Assas).

première discussion critique (*infra* 3.), dans une optique qui demeurera nécessairement générale et provisoire, compte tenu du format de cette contribution et du caractère éminemment évolutif de son sujet.

## 2. Les mesures réglementaires prises en lien avec la pandémie dans le secteur aérien : une typologie

### 2.1 Vue d'ensemble

Apparu en Chine à la fin 2019, le coronavirus s'est propagé dans le monde durant le premier trimestre 2020. Le 11 mars 2020, l'OMS déclarait l'état de pandémie<sup>1</sup>. À mesure que le fléau progressait et gagnait, dès le mois de février, l'Asie, de mars l'Europe et d'avril les Amériques, le trafic aérien international connaissait un arrêt brutal, plongeant jusqu'à 10 % de son niveau pour la période correspondante de 2019<sup>2</sup>. Cette régression sans précédent dans l'histoire de l'aviation est à mettre en relation avec une série de restrictions imposées par les États dans le but de contenir la pandémie. Elles comprenaient quarantaines ou interdictions d'entrée pour les passagers en provenance de certains pays, fermetures des frontières, voire interdiction de tous vols internationaux<sup>3</sup> et leur effet s'est sans doute cumulé à une renonciation volontaire des usagers à leurs projets de voyages.

Or, la machine n'avait pas été conçue pour un arrêt complet (ou presque) et durable, un scénario catastrophe qui, digne de la collapsologie, n'avait pas été envisagé. Privées de l'essentiel de leurs recettes et dans l'incapacité, à si brève échéance, de se restructurer, les compagnies aériennes se sont rapidement retrouvées au seuil de la faillite, entraînant dans leurs difficultés une foultitude d'activités liées, telles que prestataires de services d'assistance en escale, aéroports, loueurs et avionneurs. Il a fallu en outre résoudre des problèmes inédits, causés par cet arrêt forcé : stationner et préserver des flottes entières d'avions immobilisés. Comme leurs avions, les pilotes, cloués au sol, se voyaient dans l'impossibilité de maintenir leurs qualifications. Le coronavirus a ainsi révélé l'extrême fragilité systémique du transport aérien.

Dès lors, les États ont-ils été contraints de voler au secours d'un secteur aérien menacé d'effondrement par les restrictions qu'ils avaient eux-mêmes édictées. Ainsi ont-ils pour la plupart octroyé des aides financières à « leurs » transporteurs, souvent sous la forme de crédits. Le secteur aérien a trouvé une aide supplémentaire dans une série d'allègements réglementaires concédés par les autorités aéronautiques. Il s'agissait de

<sup>1</sup> Organisation mondiale de la santé (OMS)/World Health Organization (WHO) Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 mars 2020, <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>2</sup> Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), Operational Impact on Air Transport, <<https://data.icao.int/coVID-19/operational.htm>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>3</sup> PABLO MENDES DE LEON, National Reflexes Following the COVID-19 Outbreak: Is Sovereignty Back in the Air?, *Air and Space Law*, édition spéciale vol. 45, 2020, p. 17 ss, p. 18 s.

lever des exigences que les circonstances rendaient hors de portée ou excessivement onéreuses, notamment en matière de solvabilité pour le maintien des licences d'exploitation, de délais pour le renouvellement des licences du personnel navigant, ou encore d'utilisation des créneaux horaires attribués. Nécessité fait loi.

Lorsque s'est dessinée la possibilité d'un redémarrage du transport aérien, il est enfin apparu important aux autorités d'y garantir le respect de normes sanitaires strictes, condition nécessaire pour que les usagers puissent sans risque reprendre la voie des airs.

La présentation qui suit empruntera à la typologie de ces normes sa structure de triptyque, traitant tour à tour des mesures restrictives (*infra* 2.2.), prescriptives (*infra* 2.3.) et adjuvantes (*infra* 2.4.).

## **2.2 Restrictions et limitations du transport aérien**

Contrairement à d'autres secteurs dont l'activité a été mise à l'arrêt ou restreinte par l'imposition de mesures réglementaires dont tel était l'objet direct (p. ex. la restauration et la vente de détail), les autorités n'ont, de manière générale, imposé que peu de limitations directes aux activités de transport aérien (*infra* 2.2.1.). En revanche, en adoptant diverses restrictions à l'entrée sur leur territoire, les États ont, de manière indirecte mais non moins drastique, interrompu les flux de voyageurs aériens (*infra* 2.2.2.).

### **2.2.1 Mesures directes**

Avec leurs passagers, les avions font également voyager le coronavirus autour du monde. Les États peuvent dès lors voir dans la limitation du trafic aérien un moyen efficace de prévenir la propagation de la pandémie sur leur territoire.

Depuis l'apparition de la pandémie en mars 2020 jusqu'à la publication de cet article, alors qu'une grande partie du monde affronte une seconde vague de COVID-19, les États ont mis en œuvre essentiellement trois types de mesures visant à limiter directement le transport aérien<sup>4</sup> :

- la fermeture de leur espace aérien ;
- la suspension de droits de trafic ;
- la fermeture d'aéroports.

Ces mesures se déclinent en de nombreuses variantes ou combinaisons, notamment quant à leur portée, qui varie entre application sélective (vols en provenance de certains États seulement) et totale.

<sup>4</sup> MENDES DE LEON, *op. cit.* note 3, p. 17 ss. Pour un aperçu actualisé des mesures en vigueur pays par pays, cf. McGill Institute of Air and Space Law, ALERT – Air Line Emergency Restrictions Tracker, <<https://www.iaslalertmcgill.info>> (consulté le 23 décembre 2020) ; voir ég. IATA TravelCentre, COVID-19 Travel Regulations Map, <<https://www.iatatravelcentre.com/world.php>> (consulté le 23 décembre 2020).

Certains États ont ainsi fermé leur espace aérien à tout trafic international : tel était par exemple le cas, en novembre 2020, de l'Algérie, de la Lybie, de Madagascar et du Myanmar<sup>5</sup>.

D'autres ont interdit les vols en provenance de certains pays, selon l'état de leur situation sanitaire, suspendant ainsi *de jure* ou *de facto* les droits de trafic applicables, ainsi la Pologne ou l'Arabie saoudite<sup>6</sup>. L'Inde a quant à elle suspendu toutes les liaisons internationales régulières, dans le transport de passagers, à compter du 22 mars 2020<sup>7</sup>. Elle les a restaurées progressivement avec certains États, au moyen d'arrangements provisoires, fondés sur la concession réciproque et précaire de droit de trafic limités (*air travel bubbles*)<sup>8</sup>.

Il est en outre intéressant de mentionner, dans ce contexte, l'exemple des liaisons aériennes entre les États-Unis et la Chine. En mars 2020, l'autorité de l'aviation civile chinoise (CAAC) a limité la fréquence des services aériens réguliers au départ ou à destination de la Chine à un vol hebdomadaire sur une seule route et assorti cette restriction d'un plafonnement du trafic total de chaque transporteur, toutes liaisons confondues. Les États-Unis y ont vu une violation par la Chine de ses obligations bilatérales. Le *Department of Transportation* (DOT) a dès lors répliqué par la suspension de tous les droits de trafic exercés par les transporteurs aériens chinois<sup>9</sup>. Faisant suite à un assouplissement de la position chinoise, le DOT est partiellement revenu sur sa décision et a concédé un total de quatre rotations hebdomadaires aux transporteurs chinois<sup>10</sup>.

Dans la mesure où elles visent à restreindre les liaisons aériennes internationales, toutes ces décisions soulèvent la question de leur admissibilité au regard du droit aérien international, et singulièrement des droits de trafic, ainsi que l'ont opportunément rappelé les États-Unis. L'Union européenne s'est quant à elle dotée d'un cadre réglementaire autorisant expressément les États membres à « refuser, limiter ou soumettre à des conditions l'exercice des droits de trafic » entre eux pour une période prolongée, sans requérir l'autorisation de la Commission, en dérogation au régime ordinairement applicable<sup>11</sup>. Ces questions seront abordées dans la seconde partie de cet article (*infra* 3.).

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Government of India, Office of the Director General of Civil Aviation, Circular II No. 4/1/2020-IR, Travel and Visa restrictions related to COVID-19, 19 mars 2020, <<https://sarinlaw.com/wp-content/uploads/2020/09/DGCA-Circular-19.3.2020-II.pdf>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>8</sup> Government of India, Ministry of Civil Aviation, About Air Transport Bubbles, <<https://www.civilaviation.gov.in/en/about-air-transport-bubbles>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>9</sup> DOT, 3 juin 2020, Notification and Order Disapproving Schedules, Order 2020-6-1, <<https://www.regulations.gov/>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>10</sup> DOT, 5 juin 2020, Order 2020-6-3, <<https://www.regulations.gov/>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>11</sup> Règlement (UE) 2020/696 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 2020 modifiant le règlement (CE) n° 1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, compte tenu de la pandémie de COVID-19, JO L 165 du 27 mai 2020, p. 1 ; *cf.* art. 21bis.

Cela étant, plus que les limitations directes du « droit de voler », ce sont surtout les mesures restreignant l'entrée sur le territoire de passagers en provenance de certains États, ou imposant des quarantaines, qui ont conduit à une diminution drastique du trafic de passagers.

### 2.2.2 Mesures indirectes

Dans leur lutte contre la pandémie, les États ont recouru à un large éventail de mesures visant à restreindre les déplacements. Outre celles que nous venons d'évoquer, qui prennent le déplacement dans son moyen (en l'occurrence le transport aérien), il y a celles qui le prennent dans son sujet : le voyageur. Selon sa provenance, celui-ci se voit ainsi refuser l'entrée ou imposer certaines conditions, tels que quarantaine obligatoire ou test de dépistage. Les régimes sont à cet égard multiples, les États faisant en la matière preuve d'une assez grande créativité<sup>12</sup>.

La Suisse, pour n'évoquer que cet exemple, avait ainsi prescrit une quarantaine de dix jours à tous les voyageurs ayant séjourné pendant les quatorze jours précédant leur entrée en Suisse dans un « État ou une zone présentant un risque élevé », selon une liste officielle régulièrement mise à jour. Le critère du « risque élevé d'infection » était initialement considéré comme réalisé, en particulier, lorsque l'État ou la zone concernés comptait plus de soixante nouvelles infections pour 100 000 personnes pendant les quatorze derniers jours<sup>13</sup>. Ayant elle-même depuis longtemps dépassé, sur son propre territoire, ce taux d'incidence, et compte tenu de l'ampleur prise par sa « liste rouge », la Suisse s'est vue contrainte d'assouplir ses exigences, pour n'imposer la quarantaine que lorsque l'État ou la zone concernés comptent plus de soixante nouvelles infections *de plus que la Suisse* pour 100 000 personnes<sup>14</sup>...

En réaction à une certaine « cacophonie sanitaire », le Conseil de l'Union européenne, en date du 13 octobre 2020, a adopté une proposition de recommandation relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de COVID-19<sup>15</sup>. Celle-ci entend prévenir toute fragmentation et offrir plus de transparence et de prévisibilité aux citoyens et entreprises. Elle propose à cet effet une cartographie du territoire de l'Union européenne, ventilée par région, attribuant à chaque zone un code couleur (vert, orange, rouge et gris),

<sup>12</sup> Pour un aperçu des mesures en vigueur, pays par pays, on se référera à nouveau aux deux sites Internet indiqués à la note 4.

<sup>13</sup> Ordonnance du Conseil fédéral du 2 juillet 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) dans le domaine du transport international de voyageurs, RS 818.101.27 ; voir la teneur initiale de l'art. 3, dans la version publiée au RO 2020 2737.

<sup>14</sup> Modification de l'ordonnance précitée par l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 octobre 2020 (Redéfinition des États et zones présentant un risque élevé d'infection ; exemptions de l'obligation de quarantaine), RO 2020 4513 ; Conseil fédéral, communiqué de presse du 28 octobre 2020, < <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80882.html> > (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>15</sup> Proposition de recommandation du Conseil relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de COVID-19, du 4 septembre 2020, COM/2020/499 final.

en fonction du nombre de cas notifiés dans les quatorze derniers jours et d'autres critères. L'entrée de voyageurs en provenance d'une zone autre que verte ne devrait être assortie, pour seule restriction, que de l'obligation de se soumettre à une quarantaine ou de subir un test de dépistage. À son point 24, le projet de recommandation précise que « [l]es restrictions ne devraient pas prendre la forme d'interdictions frappant l'exploitation de certains services de transport ».

*L'International Air Transport Association (IATA)* a pour sa part critiqué l'échec d'une démarche qui, au-delà des intentions, ne présente aucun caractère contraignant et laisse les États membres libres de restreindre comme bon leur semble l'entrée de passagers sur leur territoire<sup>16</sup>. L'organisation faîtière du transport aérien préconise l'application d'un protocole européen unique de dépistage des passagers avant le départ, seule voie permettant d'envisager, selon elle, une reprise dans un secteur asphyxié par les multiples exigences nationales de quarantaine<sup>17</sup>.

De fait, ce sont surtout de telles mesures indirectes, plus que les limitations du droit de voler dans ses différentes déclinaisons, qui causent une stagnation du trafic aérien mondial à 20 % de son niveau d'avant crise.

### **2.3 Prescriptions sanitaires**

En octobre 2020, le docteur David Powell, conseiller médical de l'IATA, déclarait que le risque qu'un passager contracte la COVID-19 à bord d'un avion paraissait très faible. D'après les recherches menées par l'IATA, seulement 44 cas potentiels de transmission liés à un vol ont été identifiés parmi 1,2 milliards de voyageurs, ce qui représenterait un cas par 27 millions de voyageurs. Reconnaisant que cela pourrait procéder d'une sous-estimation, le docteur Powell précisait que même si 90 % des cas n'étaient pas signalés, cela représenterait un cas par 2,7 millions de voyageurs. En outre, la vaste majorité des cas annoncés se sont déclarés avant que le port du masque de protection ne se généralise à bord des avions<sup>18</sup>. De nombreuses organisations et autorités ont néanmoins introduit des mesures spécifiques au secteur aéronautique pour minimiser davantage encore le risque de propagation du virus.

---

<sup>16</sup> IATA, Council's Failure to Harmonize Travel Restrictions Puts Millions of Jobs at Risk, 13 octobre 2020, <<https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-10-13-01/>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>17</sup> IATA, Pressure intensifies to drop quarantines in favour of EU-wide passenger testing protocol, 2 octobre 2020, <<https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-10-02-01/>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>18</sup> IATA, Research Points to Low Risk for COVID-19 Transmission Inflight, 2 octobre 2020, <<https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-10-08-02/>> (consulté le 23 décembre 2020).

### 2.3.1 Les prescriptions émanant de l'OACI

La pandémie a mis en lumière une disposition de la Convention de Chicago<sup>19</sup> qui n'avait jusque-là attiré que peu d'attention<sup>20</sup> : l'art. 14, sous l'intitulé « Prévention de la propagation des maladies », qui dispose que

« [c]haque État contractant convient de prendre des mesures efficaces pour prévenir la propagation, par la navigation aérienne, du choléra, du typhus (épidémique), de la variole, de la fièvre jaune, de la peste, ainsi que de toute autre maladie contagieuse que les États contractants décident de désigner le cas échéant et, à cette fin, les États contractants se tiendront en étroite consultation avec les institutions chargées des règlements internationaux relatifs aux mesures sanitaires applicables aux aéronefs. Une telle consultation ne préjuge en rien l'application de toute convention internationale existant en la matière et à laquelle les États contractants seraient parties ».

Cette obligation se voit précisée par l'Annexe 9, Facilitation, à la Convention de Chicago<sup>21</sup>, qui énonce des normes et pratiques recommandées à l'attention des États contractants portant sur les formalités d'immigration, de douane, d'entrée et de sortie des aéronefs, etc., dans le but d'assurer la régularité et l'efficacité du transport aérien. C'est à ce titre que l'Annexe 9 contient certaines dispositions sur la mise en œuvre du Règlement sanitaire international de l'Organisation mondiale de la santé, ainsi que sur l'adoption par les États d'un plan national pour l'aviation en cas de flambée de maladie transmissible (art. 8.12 ss).

L'adoption des normes et pratiques recommandées précitées constituait, jusqu'à récemment, la seule intervention notable de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) en matière sanitaire, laquelle ne relève pas directement de ses compétences, qui visent à pour l'essentiel à assurer le développement ordonné et sûr de l'aviation civile internationale (art. 44, 54 et 37 de la Convention de Chicago). Conformément à ces dispositions, le rôle de l'OACI dans la lutte contre la pandémie se borne à prodiguer conseils sur l'application des règles internationales et coordonner l'action des États<sup>22</sup>, ceux-ci demeurant les acteurs investis au premier chef de cette mission<sup>23</sup>.

Parmi les différentes initiatives de l'OACI, les recommandations adoptées le 27 mai 2020 et intitulées « Paré au décollage – Orientations relatives aux voyages aériens dans le contexte de la crise sanitaire liée à la COVID-19 » méritent une mention particulière. Ces orientations, élaborées par une Équipe spéciale du Conseil sur la relance de l'aviation (CART), comprennent une section sur les mesures d'atténuation des risques pour la santé publique, complétée par quatre modules

<sup>19</sup> Convention relative à l'aviation civile internationale, conclue à Chicago le 7 décembre 1944, RS 0.748.0.

<sup>20</sup> MENDES DE LEON, *op. cit.* note 3, p. 17 ss.

<sup>21</sup> OACI, Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, Facilitation, 15<sup>e</sup> éd., Montréal 2017.

<sup>22</sup> MENDES DE LEON, *op. cit.* note 3, p. 29.

<sup>23</sup> ROBERTO CASSAR, *Evolution or Devolution: Aviation Law and Practice After COVID-19*, Air and Space Law, édition spéciale vol. 45, 2020, p. 3 ss, p. 12.



opérationnels portant sur les recommandations spécifiques relatives aux aéroports, aux aéronefs, aux équipages et au fret<sup>24</sup>. Le port du masque à bord des avions, la gestion des files d'attente, l'usage de processus et technologies sans contact, la réduction des mouvements en cabine et la simplification des services à bord figurent parmi les multiples mesures recommandées par le CART et prises par l'industrie aéronautique pour assurer la sécurité des vols. Ces gestes renforcent la sécurité assurée par les systèmes de circulation d'air des aéronefs qui sont conçus pour éviter la propagation des maladies, avec des débits et des taux de renouvellement d'air élevés, ainsi qu'une filtration très efficace de tout air recyclé<sup>25</sup>.

### **2.3.2 Les prescriptions émanant de l'AESA**

L'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA) et le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC) ont également publié un protocole commun définissant les mesures visant à assurer la sécurité sanitaire des voyageurs et du personnel de l'aviation dans le contexte de l'épidémie de COVID-19. Ce protocole propose des orientations sur la meilleure façon de réorganiser les différents lieux et situations pour répondre aux nouvelles normes de sécurité sanitaire et gérer l'afflux et le comportement des passagers de l'aéroport de départ à l'aéroport d'arrivée<sup>26</sup>.

Faisant usage de la faculté qui lui est réservée par l'art. 76 § 6 let. a du règlement (UE) 2018/1139<sup>27</sup>, l'AESA a adopté deux directives de sécurité ayant force contraignante pour prescrire les mesures à observer dans la désinfection des avions et l'équipement des aéronefs de trousse de prévention universelles, dont la première s'adresse aux États membres de l'AESA<sup>28</sup> et la seconde est applicable aux exploitants de pays tiers effectuant des transports aériens commerciaux de passagers à destination, à l'intérieur ou au départ du territoire soumis aux dispositions du traité

<sup>24</sup> OACI, Équipe spéciale du Conseil sur la relance de l'aviation (CART), Paré au décollage – Orientations relatives aux voyages aériens dans le contexte de la crise sanitaire liée à la COVID-19, Montréal (Canada), 27 mai 2020.

<sup>25</sup> IATA, Research Points to Low Risk for COVID-19 Transmission Inflight, 2 octobre 2020, <<https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-10-08-02/>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>26</sup> AESA et ECDC, COVID-19 Aviation Health Safety Protocol Operational guidelines for the management of air passengers and aviation personnel in relation to the COVID-19 pandemic, du 30 juin 2020, 2<sup>e</sup> version.

<sup>27</sup> Règlement (UE) 2018/1139 du Parlement communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne, et modifiant les règlements (CE) n° 2111/2005, (CE) n° 1008/2008, (UE) n° 996/2010, (UE) n° 376/2014 et les directives 2014/30/UE et 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant les règlements (CE) n° 552/2004 et (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil ainsi que le règlement (CEE) n° 3922/91 du européen et du Conseil du 4 juillet 2018 concernant des règles Conseil.

<sup>28</sup> Directive EASA SD No. 2020-01 du 13 mars 2020, remplacée par EASA SD No. 2020-03 du 25 juin 2020.

sur l'Union européenne<sup>29</sup>. Tenant compte des publications de l'OMS<sup>30</sup>, de l'ECDC<sup>31</sup> et du CART de l'OACI susmentionnées<sup>32</sup>, l'AESA a par la suite élaboré et mis à jour des orientations sur le nettoyage et la désinfection des avions<sup>33</sup>, afin de détailler la manière dont le nettoyage et la désinfection devraient être effectués dans le contexte des directives de sécurité précitées. L'AESA a encore publié des orientations détaillant les mesures de précaution auxquelles les membres d'équipage devraient se soumettre<sup>34</sup>. Se penchant sur la question particulière des hélicoptères, l'AESA a en outre publié des orientations pour la poursuite de leurs opérations, dans lesquelles elle envisage certaines mesures spécifiques, telles que l'utilisation d'un système d'isolement du patient transporté ou la séparation du cockpit et de la cabine<sup>35</sup>.

## 2.4 Soutiens et allègements en faveur du secteur aérien

Les restrictions imposées par les États au transport aérien ont été décrites plus haut et il a été dit qu'elles étaient à l'origine d'une baisse historique du trafic (moins 80 % environ). Les acteurs de la filière ont très rapidement été confrontés à des difficultés financières.

Les pouvoirs publics ont dès lors été appelés au secours. Leur réponse a consisté en l'octroi d'aides financières (*infra* 2.4.1.) et d'allègements réglementaires (*infra* 2.4.2.).

### 2.4.1 Les aides financières

Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>36</sup> interdit aux États membres d'accorder des avantages financiers à des entreprises d'une manière qui pourrait fausser la concurrence dans le marché intérieur (art. 107 § 1 TFUE). Sont néanmoins compatibles avec le marché intérieur notamment les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires (art. 107 § 2 let. b TFUE). Peuvent par ailleurs être considérées comme compatibles avec le marché intérieur, entre autres, les aides

<sup>29</sup> Directive EASA SD No. 2020-02 du 13 mars 2020, remplacée par EASA SD No. 2020-04 du 25 juin 2020.

<sup>30</sup> OMS, Guide to Hygiene and Sanitation in Aviation, 3<sup>e</sup> éd., Genève 2009 ; OMS, Considérations opérationnelles pour la prise en charge des cas ou des flambées de COVID-19 dans l'aviation : lignes directrices provisoires, 18 mars 2020.

<sup>31</sup> European Centre for Disease Prevention and Control, Interim guidance for environmental cleaning in nonhealthcare facilities exposed to SARS-CoV-2, Stockholm, 18 février 2020.

<sup>32</sup> OACI, Équipe spéciale du Conseil sur la relance de l'aviation (CART), Paré au décollage – Orientations relatives aux voyages aériens dans le contexte de la crise sanitaire liée à la COVID-19, Montréal (Canada), 27 mai 2020.

<sup>33</sup> AESA, Guidance on aircraft cleaning and disinfection in relation to the COVID-19 pandemic, 30 juin 2020.

<sup>34</sup> AESA, Guidance on the management of crew members in relation to the COVID-19 pandemic, 30 juin 2020.

<sup>35</sup> AESA Guidelines – COVID-19, Guidance for continued helicopter operations in relation to the SARS-CoV-2 pandemic, Issue n° 02, Cologne, 17 avril 2020.

<sup>36</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Journal officiel C 326 du 26 octobre 2012, p. 47-390.

destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre (art. 107 § 3 let. b TFUE). Chaque État membre est tenu de notifier à l'avance à la Commission tout projet tendant à instituer ou à modifier des aides. Il est donc interdit aux États membres de mettre à exécution la mesure projetée avant que la Commission ait adopté une décision finale sur la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur (art. 108 § 3 TFUE).

C'est en vertu des art. 107 § 2 let. b et § 3 let. b TFUE précités que la Commission européenne autorise les États à prêter main forte à leurs entreprises pour faire face à la crise économique provoquée par le coronavirus<sup>37</sup> : jugeant que la pandémie de coronavirus constitue un événement extraordinaire de par son caractère exceptionnel et imprévisible et ses répercussions majeures sur l'économie, la Commission a déclaré qu'il est justifié que les États membres prennent des mesures pour remédier aux dommages liés à la pandémie<sup>38</sup>. Le 19 mars 2020, la Commission a adopté un encadrement temporaire des aides d'État, modifié depuis lors à plusieurs reprises<sup>39</sup>, afin de permettre aux États membres d'exploiter pleinement la flexibilité offerte par les règles en matière d'aides d'État pour soutenir l'économie dans le contexte de la pandémie. Les diverses aides prévues par l'encadrement temporaire comprennent notamment les subventions directes, les avantages fiscaux sélectifs et avances remboursables, les garanties publiques sur les prêts contractés par des entreprises et les prêts publics bonifiés octroyés aux entreprises<sup>40</sup>. Les États de l'Union européenne ont été nombreux à tirer parti de cet encadrement pour venir en aide aux transporteurs nationaux.

En avril 2020, afin d'éviter la faillite d'Air France, le gouvernement français a décidé d'octroyer à la compagnie une garantie et un prêt d'actionnaire d'un montant de 7 milliards d'euros<sup>41</sup>. Ce plan de sauvetage s'inscrit dans un soutien financier plus global apporté par le gouvernement à l'industrie aéronautique, visant à aider notamment les grands acteurs tels qu'Airbus, Dassault, Thales ou Safran. Ce soutien de l'État ne consiste cependant pas seulement à fournir des liquidités aux entreprises touchées, même si l'objectif à court terme est d'éviter des pertes d'emplois et des faillites. On notera que tant pour Air France que pour les constructeurs et équipementiers, le soutien apporté par l'État français est assorti, signe

<sup>37</sup> Commission européenne, communication du 20 mars 2020, Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, JO C 91 du 20 mars 2020, p. 1-9, paragraphes 15 et 18 ; STEVEN TRUXAL, *State Aid and Air Transport in the Shadow of COVID-19*, in *Air and Space Law*, édition spéciale vol. 45, 2020, p. 61 ss, 82, p. 67.

<sup>38</sup> Commission européenne, communication du 20 mars 2020, note 37, p. 1-9.

<sup>39</sup> Commission européenne, *State aid rules and coronavirus*, <[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/what\\_is\\_new/covid\\_19.html](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html)> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>40</sup> Commission européenne, communication du 20 mars 2020, note 37.

<sup>41</sup> Commission européenne, communiqué de presse du 4 mai 2020, *Aides d'État: la Commission autorise un projet français d'octroi d'un soutien de trésorerie urgent de 7 milliards à Air France*, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_20\\_796](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_796)> (consulté le 23 décembre 2020).

des temps, de conditions environnementales : alors que les constructeurs et équipementiers sont fortement incités à se concentrer sur les nouvelles technologies, Air France est contrainte de réduire ses activités sur le marché intérieur français<sup>42</sup>.

En Allemagne, Deutsche Lufthansa AG a perçu un soutien financier de neuf milliards d'euros<sup>43</sup>. Le plan de sauvetage comprenait un prêt bancaire de trois milliards d'euros et six milliards d'euros mis à disposition par le fonds de stabilisation économique allemand (*Wirtschaftsstabilisierungsfonds*). En contrepartie, le gouvernement allemand a acquis 20 % du capital de la compagnie aérienne et est ainsi devenu le principal actionnaire de Lufthansa. Lufthansa a en outre été contrainte de céder des avions à ses concurrents, ainsi que vingt-quatre créneaux de décollage et d'atterrissage sur ses principaux hubs de Francfort et de Munich<sup>44</sup>. Mme Margrethe Vestager, commissaire européenne à la concurrence, a précisé que ces conditions avaient notamment pour but de limiter les distorsions de concurrence. En effet, des transporteurs concurrents se voient ainsi offrir la possibilité d'entrer sur ces marchés, ce qui garantit des prix équitables et un choix plus large pour les consommateurs européens<sup>45</sup>.

Le 1<sup>er</sup> mai 2020, le Parlement suisse a approuvé les crédits proposés par le Conseil fédéral pour l'aviation : SWISS et Edelweiss ont ainsi bénéficié d'un crédit d'engagement de 1,275 milliard de francs<sup>46</sup>. L'octroi de ces cautionnements avait été conditionné à la préservation des intérêts économiques en Suisse, afin d'éviter que celle-ci ne fasse les frais de décisions stratégiques que pourrait prendre le groupe Lufthansa<sup>47</sup>.

Alitalia a fait l'objet d'une procédure de restructuration : un décret adopté en octobre 2020 a établi une « Newco » baptisée ITA qui doit succéder à la compagnie italienne. Un autre décret du mois de mai 2020 prévoit que la nouvelle société devrait pouvoir bénéficier d'une injection de fonds à hauteur de 3 milliards d'euros<sup>48</sup>. En septembre 2020, la Commission européenne a par ailleurs approuvé une aide italienne sous la forme d'une subvention directe d'un montant de 199,45 millions d'euros en faveur d'Alitalia, le but de cette mesure étant d'indemniser Alitalia

<sup>42</sup> BENJAMYN I. SCOTT et al., National Aviation Law Responses to COVID-19, in *Air and Space Law*, édition spéciale vol. 45, 2020, p. 198, p. 229.

<sup>43</sup> Commission européenne, communiqué de presse du 25 juin 2020, Aides d'État: la Commission autorise une mesure allemande de 6 milliards € destinée à recapitaliser Lufthansa, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_1179](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1179)> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>44</sup> SCOTT et al., *op. cit.* note 42, p. 233; TRUXAL, *op. cit.* note 37, p. 70.

<sup>45</sup> Commission européenne, communiqué de presse du 25 juin 2020, note 43.

<sup>46</sup> Assemblée fédérale suisse, communiqué de presse du 2 mai 2020, Les crédits relatifs à l'aviation sont prêts en vue de la session extraordinaire, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-fk-n-s-2020-05-02.aspx?lang=1033>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>47</sup> Office fédéral de l'aviation civile (OFAC), communiqué de presse du 11 novembre 2020, Les représentants de la Confédération au sein de la Fondation suisse de l'aviation ont été désignés, <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-81061.html>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>48</sup> SCOTT et al., *op. cit.* note 42, p. 242.

pour le préjudice que lui ont directement causé les restrictions de voyage nécessaires pour contenir la propagation du coronavirus<sup>49</sup>.

Au Royaume-Uni, en mars 2020, le ministre des finances britannique a confirmé que les aéroports et les compagnies aériennes britanniques ne devaient pas s'attendre à des mesures spéciales pour aider le secteur de l'aviation à faire face à l'impact de COVID-19, et que le secteur de l'aviation britannique ne devrait recevoir un « soutien sur mesure » du gouvernement qu'après avoir épuisé toutes les autres options<sup>50</sup>. Les entreprises du secteur de l'aviation ont donc principalement eu recours à des programmes d'aide publique généraux pour faire face à la pandémie, tels que le programme de maintien de l'emploi (*Job Retention Scheme*), les reports de TVA, la structure de financement des entreprises COVID-19 (*Covid-19 Corporate Financing Facility*) et le programme de prêts pour l'interruption des activités liées au coronavirus (*Coronavirus Business Interruption Loan Scheme*). Ryanair et easyJet ont obtenu chacune 600 millions de livres sterling, alors que British Airways et Wizz Air ont obtenu chacune 300 millions de livres sterling de la *Covid-19 Corporate Financing Facility*<sup>51</sup>.

#### 2.4.2 Les allègements réglementaires

Si c'est avant tout par l'aide financière sous ses différentes formes que les États ont porté secours aux entreprises du secteur aéronautique affectées par la pandémie, les autorités ont également fait bénéficier celles-ci, dans le même but, d'une série d'allègements réglementaires.

Dans certains États, les compagnies aériennes ont ainsi bénéficié d'une période de suspension du traitement de plaintes de passagers et d'une prolongation du délai de réponse à leurs réclamations, de sorte à permettre aux transporteurs aériens de se concentrer sur les questions opérationnelles immédiates et urgentes<sup>52</sup>. Le délai de remboursement des billets d'avion a parfois également été rallongé, passant par exemple de sept jours à douze mois au Brésil pour les contrats de transport aérien conclus jusqu'au 31 décembre 2020<sup>53</sup>. Les autorités colombiennes ont, quant à elles, décidé que tous les remboursements de billets par les compagnies aériennes en Colombie pouvaient être effectués au moyen d'avoirs à faire valoir auprès de ces compagnies, indépendamment de la raison du remboursement, pendant une période d'une année<sup>54</sup>. Les compagnies aériennes actives en Europe ne disposent en revanche actuellement pas

<sup>49</sup> Commission européenne, communiqué de presse du 4 septembre 2020, Aides d'État: la Commission autorise une aide italienne d'un montant de 199,45 millions d'euros visant à indemniser Alitalia pour les dommages subis en raison de la pandémie de coronavirus, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_20\\_1538](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_1538)> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>50</sup> SCOTT et al., *op. cit.* note 42, p. 262.

<sup>51</sup> Parlement du Royaume-Uni, publication du 13 juin 2020, The impact of the coronavirus pandemic on the aviation sector, n° 35 ss, <<https://publications.parliament.uk/pa/cm5801/cmselect/cmtrans/268/26807.htm>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>52</sup> SCOTT et al., *op. cit.* note 42, p. 203-204.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 219-220.

de cette possibilité, compte tenu des prescriptions du règlement (CE) n° 261/2004<sup>55</sup>, confirmées par les orientations interprétatives publiées par la Commission européenne le 18 mars 2020<sup>56</sup>.

En mars 2020, l'Union européenne a suspendu, avec effet jusqu'au 24 octobre 2020 au moins, les exigences en matière de renouvellement des créneaux horaires dans les aéroports, connues comme la règle « *use it or lose it* », qui obligent les compagnies aériennes à utiliser au moins 80 % de leurs créneaux de décollage et d'atterrissage afin de les conserver l'année suivante<sup>57</sup>.

D'autre part, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté le règlement (UE) 2020/696 du 25 mai 2020 modifiant le règlement (CE) n° 1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté. Compte tenu de la pandémie de COVID-19, ces amendements prévoient notamment d'assouplir temporairement les exigences financières auxquelles sont soumises les compagnies aériennes. L'art. 9 § 1 du règlement (CE) n° 1008/2008 dispose qu'en temps normal, l'autorité compétente pour l'octroi des licences peut, à tout moment, procéder à une évaluation des résultats financiers d'un transporteur aérien communautaire auquel elle a délivré une licence. Sur la base de cette évaluation, l'autorité suspend ou retire cette licence d'exploitation si elle n'a plus la certitude que ce transporteur aérien communautaire est à même de faire face à ses obligations actuelles et potentielles pendant une période de douze mois. Grâce au règlement (UE) 2020/696, l'autorité compétente pour l'octroi des licences peut décider, sur la base des évaluations précitées, qui sont effectuées entre le 1<sup>er</sup> mars et le 31 décembre 2020, de ne pas suspendre ou retirer la licence d'exploitation du transporteur aérien, à condition que la sécurité ne soit pas mise en péril et qu'il existe une perspective réaliste de redressement financier satisfaisant dans les douze mois qui suivent.

S'agissant du transport de fret, les compagnies aériennes ont eu du mal à répondre à la demande depuis le début de la pandémie, même si elle est réduite. Si les vols tout-cargo ont continué à fonctionner à des niveaux similaires à ceux des années précédentes, ils n'ont pas pu compenser la perte de capacité de fret des avions de passagers qui transportent normalement environ la moitié de tout le fret aérien. Les transporteurs aériens ont dès lors cherché à tirer profit des avions restés en service, en

<sup>55</sup> Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91, JO L 46 du 17 février 2004, p. 1 ; *Ibidem*, p. 228, p. 234 et p. 256 ; TRUXAL, *op. cit.* note 37, p. 81 s.

<sup>56</sup> Commission européenne, Orientations interprétatives du 18 mars 2020 relatives aux règlements de l'UE sur les droits des passagers au regard de l'évolution de la situation en ce qui concerne le Covid-19, JO C 89 du 18 mars 2020, p. 1.

<sup>57</sup> Conseil de l'UE, COVID-19: EU adopts slot waiver to help airlines, <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/30/covid-19-eu-adopts-slot-waiver-to-help-airlines>> (consulté le 23 décembre 2020) ; règlement (UE) 2020/459 du Parlement européen et du Conseil du 30 mars 2020 modifiant le règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, JOL 99 du 31 mars 2020, p. 1.

transportant des marchandises en cabine, notamment par le retrait des sièges. En Europe, ces adaptations ont été rendues possibles grâce aux orientations adoptées par l'AESA<sup>58</sup> et d'autres autorités, qui ont permis d'exempter les compagnies aériennes des limites normales de transport de fret critique en cabine. Dans ses lignes directrices adoptées le 26 mars 2020 en vue de faciliter les opérations de fret aérien, la Commission européenne a recommandé des mesures spécifiques pour maintenir les flux de transport essentiels en mouvement, notamment en invitant les États membres à accorder des droits de trafic temporaires pour des opérations de fret supplémentaires en provenance de pays hors UE. La Commission a également demandé aux États membres de supprimer temporairement les couvre-feux et/ou des restrictions de créneaux horaires dans les aéroports pour les opérations essentielles de fret aérien. Selon la Commission, les équipages asymptomatiques des avions devraient par ailleurs être exemptés des restrictions de voyage<sup>59</sup>.

Certaines autorités nationales en charge de l'aviation civile ont accordé des extensions de validité des licences, agréments et certificats d'aptitude aux exploitants, équipages, titulaires de licences de maintenance d'aéronefs et contrôleurs aériens, notamment lorsque les lieux de formation ou d'examen n'étaient pas disponibles<sup>60</sup>.

### 3. Les mesures réglementaires prises en lien avec la pandémie dans le secteur aérien : discussion critique

Les juristes anglophones connaissent un adage dont il s'agira de vérifier, dans la situation qui nous occupe, la pertinence : *hard cases make bad law*. L'analyse qui suit se propose de discuter les mesures dont nous avons précédemment dressé l'inventaire dans deux optiques : l'une considérera leurs aspects juridiques formels (*infra* 3.1), l'autre s'attachera à la question de leur licéité matérielle, lorsqu'elles attendent à la liberté de voler (*infra* 3.2).

#### 3.1 La forme

Les normes inventoriées plus haut présentent un caractère très hétérogène, tant au regard des autorités ou organisations dont elles émanent que quant à leur objet. On tentera cependant, dans un effort de synthèse, d'identifier quelques traits généraux les caractérisant, d'un point de vue

<sup>58</sup> AESA, Guidelines Transport of cargo in passenger compartment – exemptions under Article 71(1) of the Regulation (EU) 2018/1139 (the basic Regulation), Issue n°5, Cologne, 19 novembre 2020.

<sup>59</sup> Commission européenne, communication du 27 mars 2020, Lignes directrices de la Commission européenne : faciliter les opérations de fret aérien pendant l'épidémie de COVID-19, JO C 100 du 27 mars 2020, p. 1 ; cf. également SCOTT et al., *op. cit.* note 42, p. 215 concernant la Chine.

<sup>60</sup> Cf. notamment SCOTT et al., *op. cit.* note 42, pp. 234 et 264 ; Décisions de la Direction générale de l'aviation civile française DSAC/DT PN/DIR 044 du 30 mars 2020 et DSAC/PN/DIR 20-052 du 22 mai 2020 ; OFAC, Covid-19 Update, <[https://www.bazl.admin.ch/bazl/fr/home/experts/corona\\_update.html#accordion\\_11410764501606467080958](https://www.bazl.admin.ch/bazl/fr/home/experts/corona_update.html#accordion_11410764501606467080958)> (consulté le 23 décembre 2020).



formel, relativement à la compétence matérielle de leurs auteurs (*infra* 3.1.1), la forme qu'elles revêtent (*infra* 3.1.2) et leur fondement juridique (*infra* 3.1.3).

### 3.1.1 Chacun son métier (et les vaches seront bien gardées)<sup>61</sup>

Les autorités et organisations à l'origine des normes inventoriées ont en commun une compétence matérielle limitée à l'aviation ou au transport aérien (autorités aéronautiques nationales, AESA, OACI).

Le produit de leurs interventions, dans la lutte contre la pandémie, se cantonne dès lors généralement aux aspects proprement aériens ou aéronautiques. Si les mesures adoptées empiètent sur le domaine sanitaire<sup>62</sup>, il s'agit alors d'une action conjointe ou coordonnée avec les organismes compétents en matière sanitaire, ou encore qui procède par renvoi ou référence à des normes développées par de tels organismes (en particulier l'OMS et l'ECDC).

En dépit du caractère extraordinaire de la crise sanitaire et de la grande pression subie par les autorités, on observe une stricte adhésion aux règles de compétence, le principe de spécialité<sup>63</sup> n'empêchant pas pour autant une coopération et coordination efficace des différents organismes concernés, témoignant à la fois de leur pragmatisme et de leur bon sens.

### 3.1.2 Réactivité, retenue et pragmatisme

L'une des caractéristiques des mesures prises par les autorités dans la lutte contre la COVID-19 réside dans leur rapidité, puisqu'elles ont été adoptées en l'espace de quelques semaines ou mois, ce qui contraste avec le rythme ordinaire de l'activité législative ou réglementaire.

S'agissant des mesures à caractères sanitaire prises par l'OACI et l'AESA, on observe que la recommandation a été préférée à toute forme prescriptive.

Les autorités ont par ailleurs fait preuve d'une certaine retenue, n'amenant les règles existantes que ponctuellement et avec parcimonie. Il n'a ainsi été dérogé au droit commun que lorsque cela paraissait nécessaire<sup>64</sup>.

Les allègements réglementaires concédés en tant que mesures de soutien procèdent également du pragmatisme. Nécessité fait loi. La réglementation est fille du développement et de l'intensification des activités économiques, propres aux périodes de prospérité. L'état de marasme dans lequel se trouve aujourd'hui le secteur aérien en fait un fardeau supplémentaire inutile.

<sup>61</sup> De la fable de JEAN-PIERRE CLARIS DE FLORIAN (1755-1794), *Le vacher et le garde-chasse*.

<sup>62</sup> Cf. *supra*, le titre 2.3.

<sup>63</sup> S'agissant des organisations internationales, CIJ, 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif*, CIJ. Recueil 1996, p. 66.

<sup>64</sup> Cf. en particulier *supra*, le titre 2.4.2.



### 3.1.3 Légalité

Autant que l'on puisse en juger sur la base d'un examen sommaire des mesures inventoriées, celles-ci s'appuient toutes sur une base légale suffisante. D'un point de vue formel, la pandémie n'a ainsi pas précipité de crise juridique ou institutionnelle, le cadre existant ayant permis une réponse adéquate et rapide.

## 3.2 Le fond : de la licéité des mesures restrictives

Si les mesures prises pour combattre la pandémie dans le transport aérien semblent s'inscrire formellement dans la légalité, la question demeure de savoir si elles satisfont aux exigences du droit, dans une optique matérielle. Après quelques développements consacrés aux exigences générales applicables, dans l'ordre juridique, à toute mesure restrictive du type de celles évoquées plus haut (*infra* 3.2.1), la licéité des restrictions mises en œuvre dans le domaine du transport aérien sera examinée à l'aune du droit aérien international (*infra* 3.2.2).

### 3.2.1 En général, au regard des droits fondamentaux

Dès les débuts de la pandémie, de nombreux États ont invoqué leur obligation de préserver la vie et la santé humaine<sup>65</sup> pour enjoindre aux personnes, par décrets et décisions urgents, de ne pas sortir, de ne pas se réunir, de fermer leurs commerces, de porter un masque, de se mettre en quarantaine, etc.

Ces mesures contraignantes empiètent sur de nombreux intérêts privés et publics, portant en particulier atteinte à plusieurs droits fondamentaux protégés par les constitutions et traités internationaux. Parmi ceux-ci peuvent être notamment cités la liberté de mouvement (art. 10 al. 2 de la Constitution [Cst.]<sup>66</sup>, art. 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme [DUDH]<sup>67</sup>, art. 12 du Pacte II de l'ONU [PONU-II]<sup>68</sup>), la liberté de réunion (art. 22 Cst., art. 11 de la Convention européenne des droits de l'homme [CEDH]<sup>69</sup>, art. 20 DUDH, art. 21 PONU-II) et de manifestation (art. 16 Cst., art. 10 CEDH, art. 19 DUDH, art. 19 PONU-II), les libertés de croyance et de culte (art. 15 Cst., art. 9 CEDH, art. 18 DUDH, art. 18 PONU-II) ou encore les droits économiques (art. 27 Cst., art. 22 et 23 DUDH, art. 6 du Pacte I de l'ONU [PONU-I]<sup>70</sup>).

<sup>65</sup> Cf. par exemple, en Suisse, l'art. 118 Cst.

<sup>66</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999, RS 101.

<sup>67</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 10 décembre 1948.

<sup>68</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966, RS 0.103.2.

<sup>69</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, RS 0.101.

<sup>70</sup> Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu à New York le 16 décembre 1966, RS 0.103.1.

Il s'agit sans doute, depuis la Seconde Guerre mondiale et dans les pays occidentaux, de la plus importante intrusion de l'État dans ces libertés et certainement d'une mise à l'épreuve de l'État de droit. De manière générale, alarmée par le spectre d'une catastrophe sanitaire qu'agitent des autorités soucieuses de prévenir une surcharge des hôpitaux et une surmortalité, la population a largement adhéré aux mesures prises pour endiguer la pandémie. Risque qui ne s'est pas toujours vérifié. La frontière entre le principe de précaution et l'instrumentalisation de la peur<sup>71</sup> est parfois ténue.

La soumission n'a cependant pas été sans exceptions. On relève une érosion de la patience, au fil des mois de restrictions, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) évoquant à cet égard une « *pandemic fatigue* »<sup>72</sup>.

Les atteintes aux libertés ont été constatées par l'opinion<sup>73</sup> et parfois contestées devant les tribunaux constitutionnels ou administratifs.

En Suisse, si le Tribunal fédéral ne s'est à ce jour pas encore prononcé au fond sur la constitutionnalité des mesures étatiques<sup>74</sup>, quelques juridictions cantonales ont été appelées à le faire. Ainsi, le Tribunal administratif du canton de Zurich a-t-il jugé constitutionnelle l'ordonnance cantonale qui imposait une jauge d'accueil aux restaurants, bars, cafés et discothèques, et le port du masque dans de tels établissements, ainsi qu'à l'intérieur de tous commerces<sup>75</sup>. Les juges ont considéré que ces restrictions s'appuyaient sur une base légale et un intérêt public, et qu'elles demeuraient proportionnées. L'arrêt, lorsqu'il discute ces questions sous l'angle factuel – et singulièrement celle de l'aptitude des mesures attaquées à atteindre leur objectif – se borne cependant à renvoyer aux informations officielles, notamment celles publiées sur les sites de l'Office fédéral de la santé publique et de la *Swiss National COVID-19 Science Task Force*. À Genève, la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice était pour sa part saisie d'un recours dirigé contre l'arrêté cantonal qui, entre autres mesures, avait interdit, le 1<sup>er</sup> novembre 2020, purement et simplement tous les services religieux, à l'exception des mariages et funérailles. Statuant sur la requête d'effet suspensif dont était assorti le recours, la Chambre constitutionnelle s'est d'ores et déjà largement engagée sur le fond de l'affaire, puisque l'octroi d'un tel effet, en matière de recours « abstrait », ne se justifie qu'en cas de chances de succès « manifestes ».

<sup>71</sup> « Celui qui contrôle la peur des gens devient le maître de leurs âmes », citation attribué à MACHIAVEL.

<sup>72</sup> OMS / Office régional pour l'Europe, *Pandemic fatigue - reinvigorating the public to prevent COVID-19*, septembre 2020, <<https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/publications-and-technical-guidance/2020/pandemic-fatigue-reinvigorating-the-public-to-prevent-covid-19,-september-2020-produced-by-who-europe>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>73</sup> THOMAS COTTIER/JÖRG PAUL MÜLLER, *Die Grundrechte gelten auch in der Krise*, NZZ Gastkommentar du 22 avril 2020, <<https://www.nzz.ch/meinung/die-grundrechte-gelten-auch-in-der-krise-ld.1551874>> (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>74</sup> Cf. ATF 146 III 194, consid. 4.4 : les faits étaient antérieurs à l'ordonnance contestée ; arrêt du TF 2C\_776/2020 du 23 septembre 2020, consid. 2.2 : les ordonnances du CF ne font l'objet d'un contrôle abstrait par le Tribunal fédéral que si la question est incidente ; 2C\_686/2020 du 3 septembre 2020, consid. 4.1 : le recours n'était pas suffisamment motivé.

<sup>75</sup> Verwaltungsgericht (ZH), 22 octobre 2020, URT.2020.22167.

Condition que la Cour a jugée remplie en l'espèce, du fait du caractère disproportionné des restrictions infligées à la liberté religieuse. Des mesures de moindre portée que l'interdiction auraient permis de contenir aussi efficacement le risque d'infection et la Cour cite, à cet égard, la limitation du nombre de personnes et l'adhésion à un plan de protection strict<sup>76</sup>. La même Chambre constitutionnelle avait précédemment rejeté deux recours dirigés contre l'arrêté cantonal imposant le port du masque dans les commerces, mesure jugée conforme au principe de proportionnalité, au regard du consensus scientifique sur son efficacité<sup>77</sup>.

À l'étranger, les justiciables semblent avoir déployé un plus grand activisme judiciaire qu'en Suisse. En Allemagne comme en France, par exemple, les recours sont à certaines occasions parvenus à imposer une redéfinition du périmètre des mesures<sup>78</sup>, quand bien même les juridictions suprêmes ont généralement écarté les pourvois qui requéraient un examen plus approfondi des faits ou soulevaient la question de la nécessité concrète des atteintes aux libertés<sup>79</sup>. De l'autre côté de l'Atlantique, le diocèse catholique romain de Brooklyn ainsi que l'organisation Agudath Israel of America ont récemment obtenu de la Cour suprême des États-Unis la suspension à titre provisoire, sur le fondement du Premier Amendement de la Constitution, d'un arrêté pris par le gouverneur de l'État de New York, lequel soumettait à une jauge stricte la fréquentation des services religieux, alors que d'autres activités ne faisaient l'objet de presque aucune restriction. La décision<sup>80</sup> rappelle que « *even in a pandemic, the Constitution cannot be put away and forgotten* ».

Si les mesures sanitaires restreignant les libertés fondamentales satisfont généralement aux critères de la légalité et de l'intérêt public, c'est le plus souvent la question de leur proportionnalité qui figure au cœur du débat judiciaire. Il convient de s'arrêter brièvement à ce principe, dont nous rappellerons, par référence au droit suisse, les différentes exigences, lesquelles sont au demeurant communes à la plupart des ordres juridiques.

<sup>76</sup> Cour de justice (GE), 3 décembre 2020, ACST/40/2020.

<sup>77</sup> Cour de justice (GE), 23 novembre 2020, ACST/35/2020 et ACST/36/2020.

<sup>78</sup> P. ex. décisions du Conseil d'État français n<sup>os</sup> 443751 et 443750 du 6 septembre 2020 qui demandent à limiter l'obligation généralisée du port du masque à l'extérieur aux lieux à forte densité de population, n<sup>os</sup> 441257, 441263 et 441384 jointes du 6 juillet 2020 qui suspendent un décret soumettant les manifestations sur la voie publique à autorisation, et n<sup>o</sup> 440366 du 18 mai 2020 qui indique que les interdictions générales et absolues sont peu adaptées à la gestion d'une crise (consid. 34) ; arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand 1 BvQ 44/20 du 29 avril 2020, qui juge disproportionnée l'interdiction générale et sans possibilité d'exception des cultes, et 1 BvQ 37/20 du 17 avril 2020 qui autorise les manifestations contre les mesures sanitaires en ville de Stuttgart.

<sup>79</sup> P. ex. décisions du Conseil d'État français n<sup>os</sup> 445883, 445886 et 445899 jointes du 13 novembre 2020, n<sup>o</sup> 440796 du 9 juin 2020, n<sup>o</sup> 440534 du 22 mai 2020 ; arrêts du Tribunal constitutionnel fédéral allemand 1 BvR 1981/20 du 25 août 2020 et 1 BvR 1630/20 du 15 juillet 2020.

<sup>80</sup> Supreme Court of the United States, 25 novembre 2020, Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U.S. \_\_\_\_ (2020).

La proportionnalité des actes de pouvoir est l'un des principes cardinaux de l'État de droit (art. 5 al. 2 Cst.)<sup>81</sup>. La légalité des activités de l'État (art. 36 al. 1 Cst.) et leur but légitime (art. 36 al. 2 Cst.) ne suffisent pas à les justifier<sup>82</sup>. L'atteinte à un droit fondamental est illicite et devient violation dès lors qu'elle apparaît comme disproportionnée ou qu'elle atteint le noyau intangible de la liberté protégée (art. 36 al. 3 et 4 Cst.)<sup>83</sup>. La jurisprudence suisse a maintes fois détaillé l'exigence de proportionnalité, dans ses trois composantes : aptitude (*Geeignetheit* ou *Untermassverbot*), nécessité (*Erforderlichkeit* ou *Übermassverbot*) et proportionnalité *stricto sensu* (*Zumutbarkeit* ou *Angemessenheit*)<sup>84</sup>. Ce test est semblable dans sa forme à celui réalisé par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>85</sup> qui a d'ailleurs inspiré la jurisprudence suisse<sup>86</sup>. De ces trois aspects, c'est la proportionnalité au sens étroit qui constitue le critère le plus délicat à mettre en œuvre, car il requiert une sensible pesée des intérêts en présence<sup>87</sup>, processus dans lequel il est notoire que des considérations politiques peuvent s'immiscer.

Les restrictions émises par les États dans leur lutte contre la pandémie semblent, comme il a été dit, jouir d'un fort soutien au sein des populations, lesquelles consentent avec peu de résistance à sacrifier libertés, vie sociale et situation économique sur l'autel de la santé publique et individuelle. Si le droit à la vie et à la santé de millions d'êtres humains constitue, à n'en pas douter, un intérêt public majeur, voire l'intérêt suprême, il ne saurait cependant justifier le sacrifice des libertés individuelles et d'intérêts collectifs que si les mesures en cause sont aptes et nécessaires à atteindre l'objectif qu'elles poursuivent, à savoir endiguer la pandémie. Or, cette exigence de proportionnalité, commune à tous les systèmes juridiques, les autorités politiques et administratives l'ont parfois omise, qui ont recouru à des mesures d'un grand schématisme, frappant sans discernement et occasionnant de considérables dégâts « collatéraux ». Restrictions inutiles, d'emblée inaptes à atteindre l'objectif visé ou alors excessivement restrictives, et dès lors indûment liberticides, de telles mesures ont souvent été prises dans l'urgence, sous la pression de l'opinion publique et médiatique. En outre, l'absence apparente d'une véritable stratégie des États dans leurs actions pose problème : ils paraissent

<sup>81</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, *Grundrechte*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2018, n° 121.

<sup>82</sup> JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux – Volume I : Notion, garantie, restriction et juridiction*, Bâle, 2018, n° 736 ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, *op. cit.* note 81, n° 121.

<sup>83</sup> DUBEY, *op. cit.* note 82, n° 455.

<sup>84</sup> P. ex. ATF 146 I 70, consid. 6.4 et arrêts cités ; 136 IV 97, consid. 5.2.2 et arrêts cités ; DUBEY, *op. cit.* note 82, n° 739 ; ASTRID EPINEY, *Commentaire bâlois Cst.*, art. 36, n° 56 ss ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, *op. cit.* note 81, n° 127 ss ; MARKUS SCHEFER, *Die Beeinträchtigung von Grundrechten – Zur Dogmatik von Art. 36 BV*, Berne 2006, p. 82 ; KERSTIN NOËLLE VOKINGER, *Die digitale Bekämpfung von Covid-19 und die Rolle des Bundes(rates)*, in RSJ 116/2020 p. 412 ss, p. 419.

<sup>85</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, *op. cit.* note 81, n° 123 ; PETER SZCZEKALLA, § 10 Grundrechtliche Schutzbereiche und Schrankensystematik, in HESELHAUS/NOWAK (édit.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2<sup>e</sup> éd., Munich 2020, n° 41 ss.

<sup>86</sup> EPINEY, *op. cit.* note 84, art. 36, n° 5.

<sup>87</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, *op. cit.* note 81, n° 144.

naviguer à vue, vouloir éradiquer le coronavirus (une gageure) ou encore gérer la pandémie jusqu'à l'arrivée, salvatrice, d'un vaccin ; quel serait le plan, cependant, si le vaccin devait ne pas tenir promesse ? La stratégie à long terme de l'action étatique revêt pourtant une importance cruciale, afin d'en apprécier le vrai poids, dans la pondération des intérêts en présence. Gouverner par temps de pandémie n'est pas une sinécure. Dans ce contexte, la censure, par les juridictions constitutionnelles ou administratives, des éventuels excès du pouvoir exécutif, apparaît plus que jamais cruciale, afin de garantir les conditions d'un État de droit. Pour que le système et ses correctifs fonctionnent, encore faut-il toutefois que les justiciables saisissent le juge et que celui-ci applique le droit.

En dépit de leur généralité, les considérations qui précèdent concernent aussi le transport aérien. Les mesures restrictives imposées par les États, que nous avons évoquées plus haut, portent atteinte aux droits fondamentaux économiques des acteurs de la filière, mais également à la liberté personnelle des usagers (art. 10 al. 2 Cst.).

Cela étant, les liaisons aériennes s'inscrivant dans un contexte international, l'admissibilité des restrictions qui le frappent doit d'abord s'apprécier au travers du prisme des règles du droit aérien international. On y verra le débat opposer moins les particuliers ou entreprises à l'État que les États à leurs homologues. Là encore, nous observerons cependant que la notion de proportionnalité des mesures revêt un caractère central.

### 3.2.2 Au regard du droit aérien international

La licéité des mesures restreignant le droit de voler doit être évaluée à l'aune des libertés de l'air, telles qu'elles résultent des accord bilatéraux ou multilatéraux sur les services aériens (*infra* 3.2.2.2.) ou, au sein de l'Union européenne, du règlement (CE) n° 1008/2008 (*infra* 3.2.2.3.). Plus fondamentalement, dans leur forme absolue, c'est-à-dire en cas de fermeture de l'espace aérien, elles mettent cependant aussi en jeu les dispositions de la Convention de Chicago (*infra* 3.2.2.1.).

#### 3.2.2.1 La Convention de Chicago

Tempérament au principe cardinal de souveraineté aérienne des États<sup>88</sup>, posé à son article premier, la Convention de Chicago consacre en son art. 5 le droit des aéronefs d'un État contractant n'assurant pas de services réguliers de traverser l'espace aérien d'un autre État contractant et d'y faire des escales non commerciales, sans autorisation préalable (§ 1). Cette liberté « technique » se double d'un privilège commercial *a minima*<sup>89</sup>, à savoir celui, pour les aéronefs transportant des passagers, des marchandises ou du courrier à titre onéreux, mais toujours hors services réguliers, d'embarquer ou débarquer passagers, marchandises ou courrier, « sous réserve du droit pour l'État où a lieu l'embarquement ou le débarquement d'imposer telles réglementations, conditions ou restrictions qu'il pourra juger souhaitables » (§ 2). Dans les faits, les États font

<sup>88</sup> MARCUS SCHLADEBACH, *Luftfreiheit*, Tübingen 2014, p. 85 ss.

<sup>89</sup> OTTO RIESE, *Luftrecht*, Stuttgart 1949, p. 131 et 135.

une application extensive de cette réserve et soumettent généralement tout transport commercial à un régime d'autorisation préalable<sup>90</sup>.

Quant aux services aériens réguliers (la « ligne »), l'art. 6 prévoit leur prohibition de principe<sup>91</sup> : « Aucun service aérien international régulier ne peut être exploité au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant, sauf permission spéciale ou toute autre autorisation dudit État et conformément aux conditions de cette permission ou autorisation ». Cette « permission ou autorisation », les États se l'octroient généralement, sous le vocable de droits de trafic, par accords bilatéraux ou multilatéraux passés entre eux<sup>92</sup>.

Il résulte de ce qui précède qu'aux termes de la Convention de Chicago, la seule « liberté » qui pourrait être enfreinte, en cas de fermeture de l'espace aérien (complète ou sélective, en fonction de l'État de provenance), est celle, figurant à l'art. 5 § 1, qui consacre le droit de passage et d'escale technique des aéronefs hors trafic de ligne.

Or, ce droit n'est pas inconditionnel. En effet, sous l'intitulé « Zones interdites », l'art. 9 précise, à sa let. b, que

« [c]haque État contractant se réserve également le droit, dans des circonstances exceptionnelles, en période de crise ou dans l'intérêt de la sécurité publique, de restreindre ou d'interdire temporairement et avec effet immédiat les vols au-dessus de tout ou partie de son territoire, à condition que cette restriction ou interdiction s'applique, sans distinction de nationalité, aux aéronefs de tous les autres États ».

La question se pose *a priori* de savoir si une crise sanitaire entre dans les prévisions de l'art. 9 let. b, certains réservant l'application de cette disposition à la protection des usagers de l'espace aérien contre des risques au sol ou, inversement, des populations et infrastructures contre les périls aériens<sup>93</sup>. Dans tous les cas, l'art. 9, de par son libellé, se prête mal à servir de fondement à une interdiction de vol qui serait dirigée contre les aéronefs ou transporteurs de certains États seulement.

Pour être admissible, la fermeture de l'espace aérien *stricto sensu* doit s'appuyer, comme la seconde partie de l'art. 9 let. b l'indique, sur des raisons impérieuses et exceptionnelles (crise ou menace à la sécurité publique), auxquelles elle doit être propre à obvier, être limitée dans le temps, et ne pas discriminer les aéronefs des autres États entre eux. Sans doute retrouve-t-on dans ces conditions l'expression du principe de

<sup>90</sup> NAVEAU/GODFROID/FRÜHLING, Précis de droit aérien, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2006, n° 22. Pour la Suisse, cf. art. 29 de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS 748.0.

<sup>91</sup> Dans ce sens, NAVEAU/GODFROID/FRÜHLING, *op. cit.* note 90, n° 23.

<sup>92</sup> FRANCIS SCHUBERT, Le droit aérien, Genève etc. 2017, p. 152 ss ; PAUL STEPHEN DEMPSEY, Public International Air Law, Montréal 2008, p. 48.

<sup>93</sup> Ainsi SCHUBERT, *op. cit.* note 92, p. 54 ss ; MENDES DE LEON, *op. cit.* note 3, p. 17 ss, p. 23 semble quant à lui admettre l'applicabilité potentielle de l'art. 9 let. b de la Convention de Chicago.

proportionnalité, qui ressort d'ailleurs explicitement de la let. a de l'art. 9<sup>94</sup>, et dont il a été dit qu'il posait, dans plusieurs domaines du droit, une limite à laquelle se heurtaient nombre de restrictions sanitaires (ou prétendument telles).

Lorsque les États invoquent des raisons de santé publique, à l'appui de toute mesure refusant à un aéronef le droit d'atterrir, et sans doute *a fortiori* en cas de fermeture de l'espace aérien, ils devraient encore se conformer à l'art. 2.4 de l'Annexe 9, Facilitation, à la Convention de Chicago. Cette norme énonce que « [l]es États contractant n'empêcheront pas un aéronef de faire escale à un aéroport international pour des raisons de santé publique, à moins qu'une telle mesure ne soit prise conformément au Règlement sanitaire international (2005) de l'Organisation mondiale de la santé »<sup>95</sup>. Dans cet instrument, l'exigence de proportionnalité sous-tend toute action de santé publique (art. 2) : « [l]'objet et la portée du présent Règlement consistent à prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux ». Ainsi, le Règlement, qui ne prévoit pas l'interruption des transports comme mesure sanitaire, réserve toutefois aux États le droit de la décréter, sous réserve de respecter le principe de proportionnalité et de fonder leur approche sur des principes scientifiques, leurs motifs devant à cet égard être communiqués à l'Organisation mondiale de la santé (art. 43).

Or, pour revenir à la fermeture de l'espace aérien au titre de l'art. 9 de la Convention de Chicago, si la pandémie de coronavirus et la crise mondiale qui s'est ensuivie caractérisent certainement le motif impérieux évoqué par cette disposition, il paraît douteux que la seule traversée de l'espace aérien, à l'exclusion de toute dépose de passagers ou de marchandises, puisse présenter un quelconque risque sanitaire. L'interdiction pure et simple de survol par un État de son territoire, sans distinction du type de trafic, constitue une mesure disproportionnée, qui ne répond à aucune indication scientifique, et qui enfreint dès lors le droit inscrit à l'art. 5 § 1 de la Convention de Chicago. Dans la mesure où cette liberté « technique » ne bénéficie cependant qu'aux vols non commerciaux, son invocation ne présenterait qu'un intérêt limité pour les États, dans le contexte des restrictions liées à la pandémie.

En toute hypothèse, on notera toutefois que, selon l'art. 89 de la Convention de Chicago (Guerre et état de crise),

« [e]n cas de guerre, les dispositions de la présente Convention ne portent atteinte à la liberté d'action d'aucun des États contractants concernés, qu'ils soient belligérants ou neutres. Le même principe s'applique dans le cas de tout État contractant qui proclame l'état de crise nationale et notifie ce fait au Conseil ».

<sup>94</sup> « [...] Ces zones interdites doivent avoir une étendue et un emplacement raisonnables afin de ne pas gêner sans nécessité la navigation aérienne. [...] ». Dans ce sens, SCHLADEBACH, *op. cit.* note 88, p. 213 s. et RIESE, *op. cit.* note 89, p. 136.

<sup>95</sup> Cf. RS 0.818.103.



Cette réserve autoriserait les États l'ayant notifié au Conseil de l'OACI à se prévaloir d'un état de crise nationale causée par la pandémie pour s'exonérer de leurs obligations résultant de l'art. 5 § 1 de la Convention<sup>96</sup>.

### 3.2.2.2 Les accords portant sur les services aériens

Les liaisons aériennes régulières sont soumises, aux termes l'art. 6 de la Convention de Chicago, à une « autorisation spéciale » des États concernés. C'est par le biais d'accords bilatéraux, parfois multilatéraux, que ceux-ci se concèdent réciproquement des droits de trafic<sup>97</sup>. Les accords sur les services aérien constituent des traités au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités et lient dès lors les États parties, lesquels ne sauraient s'affranchir unilatéralement des obligations qu'ils y ont contractées<sup>98</sup>.

Les accords bilatéraux de services aériens présentent une structure et un contenu obéissant à une typologie largement standardisée<sup>99</sup>. S'ils réservent d'ordinaire l'application de la loi interne de chaque partie contractante, s'agissant des conditions sanitaires relatives à l'entrée sur son territoire des passagers, ils ne semblent pas envisager la possibilité d'une suspension des droits de trafic concédés pour des motifs sanitaires<sup>100</sup>. De même, ces instruments n'autorisent-ils pas un État à révoquer, pour de tels motifs, l'autorisation d'exploitation octroyée au transporteur aérien désigné par l'État cocontractant pour exercer les droits de trafic. Une telle révocation ne peut intervenir qu'en cas de manquement aux conditions fixées par l'instrument concernant le siège principal de l'exploitation du transporteur, sa licence d'exploitation, ou encore le respect des règles relatives à la sécurité et la sûreté<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> A ce propos, cf. SHAWCROSS AND BEAUMONT, *Air Law*, Londres, 172<sup>e</sup> éd. – septembre 2020, V n° 133, qui requiert que l'invocation de l'art. 89 de la Convention de Chicago se fonde sur des motifs objectifs.

<sup>97</sup> OACI, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, Doc 9626, 2<sup>e</sup> éd. 2004, p. 2.0-1 s. et 4.1-9. SCHUBERT, *op. cit.* note 92, p. 152 ss ; DEMPSEY, *op. cit.* note 92, p. 48 et 517 ss.

<sup>98</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue à Vienne le 23 mai 1969, RS 0.111. Cf. RAIMUND KAMP, in HOBE/VON RUCKTESCHELL/HEFFERNAN, *Compendium on Air Law in Europe*, Cologne 2013, n° 56 p. 216.

<sup>99</sup> Pour un aperçu, cf. SHAWCROSS AND BEAUMONT, *op. cit.* note 96, V n° 205 ss.

<sup>100</sup> Voir les modèles d'accords proposés par l'OACI, à l'Appendice 5 du Doc 9587, *Politique et éléments indicatifs sur la réglementation économique du transport aérien international*, 3<sup>e</sup> éd. 2008. Pour quelques exemples concrets, on pourra se référer aux accords suivants : Accord entre la Confédération suisse et le Royaume d'Afghanistan relatif aux services aériens, conclu le 27 septembre 1961, RS 0.748.127.191.14, art. 2 let. e et f ; Accord de transport aérien entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique, conclu le 21 juin 2010, RS 0.748.127.193.36, art. 5 ; Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement australien relatif aux services aériens, conclu le 10 mai 2011, RS 0.748.127.191.58, art. 4 ; Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Royaume d'Arabie Saoudite relatif aux services aériens réguliers, conclu le 4 juillet 2009, RS 0.748.127.191.49, art. 10 ; Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Royaume du Cambodge relatif aux services aériens réguliers, conclu le 6 février 2007, RS 0.748.127.192.23, art. 4.

<sup>101</sup> MENDES DE LEON, *op. cit.* note 3, p. 17 ss, p. 30.



Il convient de mentionner, au titre des accords multilatéraux, l'Accord de transit de 1944<sup>102</sup>, par lequel la Suisse et un grand nombre d'autres États se sont mutuellement concédé, relativement aux services aériens réguliers, les deux premières libertés de l'air, à savoir le droit de survoler le territoire des autres États contractants et d'y atterrir pour des raisons non commerciales (art. I). Pas plus que les accords bilatéraux, cet instrument n'évoque le droit d'un État contractant de suspendre les libertés accordées.

Les accords de services aériens s'opposent dès lors en principe à une suspension unilatérale des droits de trafic motivée par des considérations sanitaires. Il convient sans doute d'assimiler à une suspension des droits de trafic toute restriction équivalant, par ses effets, à priver les transporteurs désignés du bénéfice de ceux-ci. Les États contractants pourraient certes dénoncer les accords les liant, en conformité avec les clauses de ceux-ci. On n'a cependant pas connaissance du fait qu'aucun État ait, dans le contexte de la pandémie, procédé de la sorte.

L'absence de toute clause expresse habilitant un État à suspendre, dans sa lutte contre le coronavirus, les droits de trafic concédés à son cocontractant, ne signifie pour autant pas que le procédé soit illicite. À l'instar du droit commun des contrats<sup>103</sup>, le droit des traités consacre en effet la théorie de l'imprévision. Ainsi, l'art. 62 de la Convention de Vienne<sup>104</sup> énonce-t-il le principe de la *clausula rebus sic stantibus*, une exception qui, à certaines conditions, autorise les États à déroger à leurs obligations contractuelles (*pacta sunt servanda*), en cas de changement des circonstances qui prévalaient lorsqu'ils se sont engagés :

1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer [*ou encore en suspendre l'application, cf. art. 62 § 3*], à moins que :

- a) l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité ; et que
- b) ce changement n'ait pour effet de transformer, radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

Il paraît certain que peu d'États avaient envisagé l'ampleur des troubles générés par une pandémie, telle que celle que nous vivons. Cela étant, le juriste ne saurait se contenter d'un constat aussi général. L'art. 62 subordonne l'invocation de la *clausula* à des critères précis, qui ne sont qu'exceptionnellement réalisés. Pour se prévaloir de cette disposition,

---

<sup>102</sup> Accord relatif au transit des services aériens internationaux, conclu à Chicago le 7 décembre 1944, RS 0.748.111.2.

<sup>103</sup> Voir l'article de MICHAEL HOCHSTRASSER dans le présent bulletin, S. 37.

<sup>104</sup> Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111.

un État doit ainsi démontrer un changement des circonstances qui constituaient la base de son consentement, de sorte à ce que la portée de ses obligations apparaisse comme radicalement transformée<sup>105</sup>.

Il faut ainsi, par hypothèse, se demander si un État, anticipant à une situation de pandémie lors de la négociation de l'accord bilatéral, aurait octroyé les mêmes droits de trafic à son cocontractant. À l'évidence, l'exercice par les transporteurs aériens des droits de trafic donne lieu à des mouvements de population : les passagers entrent, en provenance d'un État, sur le territoire de l'autre. Et avec eux voyage le coronavirus. Il s'agit cependant bien de considérer toutes les circonstances et, une fois de plus, de ne pas s'arrêter aux évidences premières. Dans cet esprit, on évaluera l'ampleur effective du risque sanitaire couru. On s'interrogera alors sur le possible recours à d'autres mesures (quarantaine ou exigence d'un test négatif), qui permettraient d'écarter ce risque, sans qu'il soit nécessaire d'attenter aux obligations contractées dans l'accord de services aériens. On gardera présent à l'esprit le caractère transitoire, espérons-le, de la pandémie, par opposition à des relations aériennes bilatérales destinées à s'inscrire dans la durée. Ainsi, tout bien considéré, il n'apparaît pas certain, dans notre hypothèse, que les États, confrontés à la pandémie, eussent renoncé à contracter, pas plus que celle-ci rende l'exécution de l'accord bilatéral exorbitante.

### **3.2.2.3 Le règlement (CE) n° 1008/2008**

Le droit de voler au sein de l'Union aérienne relève des règles établissant, dans le domaine aérien, le marché intérieur. Elles figurent dans le règlement n° 1008/2008<sup>106</sup>, lequel transpose dans le secteur du transport aérien le principe de la libre prestation de services<sup>107</sup>. Ce règlement confère aux « transporteurs aériens communautaires », à savoir ceux ayant leur principal établissement dans un État membre et qui sont titulaires d'une licence d'exploitation délivrée par cet État membre, le droit d'accéder à toute liaison intracommunautaire, sans distinction du caractère régulier ou irrégulier du service, ni limitation quant à la route desservie (art. 15 § 1 du règlement n° 1008/2008).

<sup>105</sup> Sur l'application de l'art. 62 de la Convention de Vienne dans le contexte général de la pandémie, cf. HART/WASEEM, *Escaping State Responsibility under International Law During the COVID-19 Pandemic*, Essex Court Chambers, 22 avril 2020, <<https://files.essexcourt.com/wp-content/uploads/2020/04/23133433/Escaping-State-Responsibility-During-the-COVID-19-Pandemic.pdf>> (consulté le 23 décembre 2020), avec les réf. à la jurisprudence.

<sup>106</sup> Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte), JO L 293 du 31 octobre 2008, p. 3, modifié par le règlement (UE) 2018/1139, JO L 212 du 22 août 2018, p. 1, le règlement (UE) 2019/2, JO L 11 du 14 janvier 2019, p. 1, et le règlement (UE) 2020/696, JO L 165 du 27 mai 2020, p. 1.

<sup>107</sup> CJCE, 6 février 2003, C-92/01, Stylianakis, Rec. 2003 I, p. 1291, n° 24.

Dans le bilatéralisme classique qui caractérise l'essentiel des relations aériennes internationales, les États s'échangent de très parcimonieuses concessions au principe de l'interdiction du trafic régulier, présumée par l'art. 6 de la Convention de Chicago, concessions connues sous le vocable de « libertés de l'air », classées graduellement de la première à la neuvième<sup>108</sup>. Terme qui ne manque pas d'ironie, lorsque l'on sait que chacune d'entre elles équivaut en réalité une facette de la restriction du droit de voler, rattachée à la souveraineté aérienne des États<sup>109</sup>.

Le régime instauré par l'Union européenne pour les liaisons intracommunautaires marque dès lors une véritable révolution, lorsqu'il abolit toutes barrières en matière de droits de trafic entre États membres, établissant dans l'espace intracommunautaire l'existence d'un ciel unique, qu'il rend accessible sans autorisation préalable à tout transporteur européen (art. 15 § 2 du règlement n° 1008/2008), consacrant de la sorte la liberté de l'air, au sens véritable et plénier du terme<sup>110</sup>. Entre États membres, les accords bilatéraux de services aériens sont déclarés caducs (art. 15 § 4 al. 2), le règlement n° 1008/2008 ayant vocation à régir exclusivement toutes questions relatives aux droits de trafic au sein de l'Union européenne<sup>111</sup>.

La question de savoir si et dans quelle mesure, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, des États membres sont habilités à suspendre les liaisons aériennes entre eux ou à restreindre, d'une quelconque autre manière, le transport aérien intracommunautaire, ressortit dès lors au règlement n° 1008/2008.

Certaines de ses dispositions déterminent expressément les conditions auxquelles un État membre est en droit de refuser ou de limiter<sup>112</sup> l'exercice de droits de trafic : ainsi, l'art. 20, au titre de « mesures environnementales » et l'art. 21 au titre de « mesures d'urgence ». Dans les deux cas, les États membres doivent cependant s'interdire toutes mesures discriminatoires, disproportionnées ou qui ne procèdent pas de critères objectifs. La Commission, que les États membres sont tenus d'informer de toutes mesures prises au titre de ces dispositions, est compétente pour se prononcer sur leur admissibilité. Un art. 21 *bis* a en outre récemment été adopté et inséré dans le règlement, qui vise spécifiquement, en complément de l'art. 21, les « mesures d'urgences liées à la pandémie de COVID-19 ». Contrairement aux mesures d'urgence de l'art. 21, dont la durée ne peut être portée au-delà de quatorze jours qu'avec l'aval de la Commission, (art. 21 § 1 al. 2), les mesures « COVID-19 » prises, pendant la période allant du 1<sup>er</sup> mars 2020 au 31 décembre 2020, sur

<sup>108</sup> OACI, *op. cit.* note 97, p. 4.1-9 s.

<sup>109</sup> BIN CHENG, *The Law of International Air Transport*, Londres 1962, p. 17.

<sup>110</sup> DIEDERIKS-VERSCHOOR/MENDES DE LEON, *An Introduction to Air Law*, 9<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2012, p. 85 ss ; SCHUBERT, *op. cit.* note 92, p. 164.

<sup>111</sup> SHAWCROSS AND BEAUMONT, *op. cit.* note 96, V n° 236.s

<sup>112</sup> Ces cas de figure doivent être distingués des « règles d'exploitation communautaires, nationales, régionales et locales » conformément auxquelles les droits de trafic doivent être exercés (art. 19 § 1), en ce que les mesures visées aux art. 20, 21 et 21 *bis* « comportent, en substance, une interdiction, à tout le moins conditionnelle ou partielle, de l'exercice des droits de trafic », cf. Tribunal UE, 9 septembre 2010, T-319/05, Confédération suisse contre Commission européenne, Rec. 2010 II p. 4265, n° 75.

le fondement de l'art. 21 *bis*, échappent à cette limitation temporelle. Elles doivent néanmoins respecter les principes de proportionnalité, de transparence, d'objectivité et de non-discrimination (art. 21 *bis* § 1)<sup>113</sup>.

Au 1<sup>er</sup> octobre 2020, on dénombrait quatre États membres ayant fait usage des facultés ouvertes par les art. 21 et 21 *bis* du règlement n° 1008/2008, pour prononcer des « interdictions de vols à l'égard de certains autres États membres »<sup>114</sup>.

La validité du régime de l'art. 21 *bis* est limitée au 31 décembre 2020, la Commission étant toutefois habilitée à la prolonger au-delà, si cela apparaît nécessaire, au regard de la situation pandémique, « sur la base des meilleures connaissances, preuves et données scientifiques » (art. 21 *bis* § 4), non sans avoir préalablement présenté, sur la question, son rapport au Parlement et au Conseil (art. 21 *bis* § 4). Or, dans ce document, rendu le 13 novembre 2020, la Commission a renoncé à prolonger la validité de l'art. 21 *bis*, pour s'être convaincue que la restriction unilatérale de vols ne présentait, au prix de nombreux inconvénients, que peu de bénéfices. La pondération des intérêts en jeu opérée par la Commission illustre de façon exemplaire le principe de proportionnalité. Le propos s'appliquant à toutes les mesures qui s'attachent à réduire la mobilité aérienne, nous le reproduisons *in extenso*, en guise de conclusion au sujet<sup>115</sup> :

« La COVID-19 s'est désormais propagée au monde entier et des cas ont été recensés sur les cinq continents. Au début de la crise, l'OMS, de concert avec l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) et l'ECDC [European Centre for Disease Prevention and Control], a suggéré que des restrictions de déplacements à court terme pourraient contribuer à contenir l'épidémie en ralentissant la propagation de la maladie. Les faits montrent toutefois que la restriction de la circulation des personnes et des biens à plus long terme est inefficace pour contrer les pandémies dans la plupart des situations et risque de détourner des ressources provenant d'autres interventions. Aujourd'hui, même si la pandémie continue de représenter une menace majeure pour la santé publique dans les pays de l'UE, on constate des évolutions importantes depuis le début de la crise, telles que l'amélioration des connaissances sur le risque de transmission et le développement d'autres mesures de diagnostic et de prévention, qui permettent de rétablir progressivement les services de transport. Tous les États membres ont instauré d'autres mesures, en matière sanitaire et dans le domaine de la santé, qui semblent plus appropriées, efficaces et proportionnées pour contenir la pandémie de COVID-19 que ne le sont les restrictions de vols proprement dites. [I] existe d'autres mesures et mécanismes pour endiguer

<sup>113</sup> Voir, pour l'application de ces conditions à des mesures environnementales (lutte contre le bruit), la Décision de la Commission du 22 juillet 1998, 98/523/CE, Accès à l'aéroport de Karlstad, JO L 233 du 28 août 1998, p. 25.

<sup>114</sup> Commission européenne, rapport au Parlement et au Conseil européen conformément à l'article 9, paragraphe 1 *ter*, à l'article 21 *bis*, paragraphe 5, et à l'article 24 *bis*, paragraphe 4, du règlement (UE) 2020/696 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 2020 modifiant le règlement (CE) n° 1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, compte tenu de la pandémie de COVID-19, du 13 novembre 2020, COM(2020) 714 final, p. 14.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 14 s.

la propagation et [...] l'imposition de restrictions unilatérales sur les vols interférerait avec la réponse coordonnée à la COVID-19 et entraverait la reprise. Compte tenu de l'instauration du protocole sur la sécurité sanitaire de l'aviation contre la COVID-19, adopté par l'AESA/ECDC, les compagnies aériennes estiment que des restrictions unilatérales de vols ne sont plus nécessaires et pourraient être levées puisque les mesures de surveillance mises en œuvre avant le départ des vols et un niveau élevé de santé et de sécurité à bord sont jugés plus efficaces et plus proportionnés dans le cas des passagers provenant de pays où le taux de transmission est élevé que les interdictions de vols proprement dites. Les interdictions unilatérales de vols au sein de l'UE, fondées sur des critères qui varient d'un pays à l'autre et qui sont imposées parfois avec un préavis de quelques heures seulement, et le plus souvent pour de courtes périodes, ont créé beaucoup de confusion et d'incertitude juridique sur le marché, ce qui a eu des répercussions négatives sur les transporteurs mais aussi sur les passagers, ainsi qu'une incidence indirecte sur la situation des entreprises de services d'assistance en escale et des aéroports. Le secteur estime qu'une approche coordonnée au niveau de l'UE, fondée sur des critères objectifs appliqués uniformément dans toute l'Union, contribuerait à éviter la confusion sur le marché. S'il est indéniable que la pandémie de COVID-19 persiste, son évolution, l'amélioration des connaissances sur le virus et son épidémiologie ainsi que la mise en œuvre par tous les États membres d'ensembles complets de mesures sanitaires et de santé ne semblent plus justifier la nécessité, pour les États membres, d'imposer des restrictions de vols en tant que telles au sein de l'UE afin de faire face à la pandémie. La condition prévue à l'article 21 bis, paragraphe 4, pour prolonger les règles de procédure simplifiée au-delà du 31 décembre 2020 n'est donc pas remplie ».

#### **4. Conclusion**

Lorsque, au mois de mars 2020, la pandémie a gagné l'Europe et le reste du monde, causant l'arrêt presque complet de toutes les activités humaines et une forme de sidération, les juristes – dont l'auteur de ces lignes – ont pu s'interroger si le droit tiendrait le choc. Un changement aussi brutal n'allait-il pas bousculer tous les équilibres et remettre en question toutes les lois, conventions et institutions que l'on tenait pour acquises ? La pandémie n'allait-elle pas, en d'autres termes, précipiter l'humanité dans une zone de non-droit ? Les semaines qui ont suivi ont pourtant rétabli l'État et la puissance publique dans toute leur majesté, et au contraire confirmé le droit comme mode d'expression de l'action des États. On peut même affirmer que 2020 a consacré une certaine forme de prééminence du juridisme dans la lutte sanitaire.

Le virus n'a donc pas grippé la mécanique institutionnelle, les autorités s'étant montrées très réactives dans l'adoption d'un large éventail de mesures réglementaires, dans le respect, autant que l'on puisse en juger, de toutes les conditions formelles (bases légales, compétences, etc.). Il faut dire que la législation offrait, à la faveur de mécanismes tels que l'état d'urgence, la situation extraordinaire (art. 7 de la loi sur les épidémies<sup>116</sup>),

<sup>116</sup> Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp), RS 818.01.

ou le droit de nécessité (art. 185 al. 3 Cst.), les bases et les moyens nécessaires à cet effet, en habilitant notamment l'exécutif à prendre la main. On peut dès lors estimer que le droit était, pour sa part et peut-être contrairement aux autorités et à la société, préparé à faire face à une crise d'une telle ampleur. Le domaine aérien n'y fait pas exception : les autorités ou organismes compétents ont adopté restrictions, prescriptions sanitaires et aides aux acteurs de la branche en un temps record et dans le respect des formes applicables.

Ce parfait formalisme juridique contraste en revanche, à notre avis, avec une certaine régression de l'État de droit, dans sa dimension matérielle. *Summum jus, summa injuria.*

Les restrictions sanitaires empiètent sur les libertés et portent atteinte à de nombreux intérêts, publics comme privés. Or, ces mesures, par leur schématisme, n'apparaissent avec le recul pas toujours comme utiles ou nécessaires, ou encore proportionnées au regard des dégâts « collatéraux » produits. Ainsi, la restriction du droit de voler, qu'elle résulte d'une fermeture de l'espace aérien ou d'une suspension des droits de trafic, mesures décrétées par plusieurs États, se heurte aux exigences du droit international et européen. Ceux-ci, s'ils prévoient également des clauses d'exception en cas de circonstances aussi exceptionnelles, en commandent un usage mesuré et motivé par des critères objectifs. La disproportion est sans doute le prix à payer pour un activisme étatique salutaire en situation urgente.

Si la pandémie perdure et la situation demeure grave, l'heure n'est plus à la sidération. L'on dispose aujourd'hui d'une expérience de la pandémie, à la lumière de laquelle l'inadéquation de certaines restrictions devrait apparaître. Et le retour du droit, dans ses exigences substantielles, pourrait s'annoncer. Le débat sur la licéité de certaines restrictions est porté devant les tribunaux, lesquels censurent parfois les excès les plus criants. Dans le domaine aérien, la Commission européenne a également, pour des considérations de proportionnalité, refusé une prolongation du régime provisoire qui permettait aux États membres de suspendre les droits de trafic à l'égard d'autres États membres.

Il se faut cependant garder de tout excès d'optimisme. Le risque d'une pérennisation des restrictions guette, certains États éprouvant la tentation de détourner les mesures contre la COVID-19 à d'autres fins. On voit ainsi déjà le coronavirus être utilisé comme alibi pour maintenir ou imposer certaines mesures, dans le but de réaliser certains agendas politiques, notamment environnementaux<sup>117</sup>

<sup>117</sup> Ainsi que le suggère FRANCESCO MUNARI, *Lifting the Veil: COVID-19 and the Need to Re-consider Airline Regulation*, in *European Papers* 2020, p. 533 ss, p. 541 s.: « And yet, also from this viewpoint, the lockdown of the airline industry caused by COVID-19 has showed the fallacy of the apparent “irreversible” environmental long-term scenario. Indeed, flights can be drastically reduced and travellers' habits can rapidly change. [...] With this in mind, and to conclude, once again a reasonable option that policy- and decision-makers should consider is a reduction in the supply of passengers' air transport services, i.e. less capacity offered overall, less aircrafts in the skies ». La France, en subordonnant ses aides d'État à certaines exigences environnementales, a déjà emprunté cette voie, cf. *supra* titre 2.4.1.

ou protectionnistes<sup>118</sup>. La question n'est pas de savoir si de tels objectifs sont légitimes. Le détournement des mesures sanitaires est un procédé insidieux et contraire au droit.

La pandémie laissera le monde du transport aérien dans un état de dévastation. Force est de constater que cette destruction affectera aussi, dans une certaine mesure, le droit aérien international et pourrait précipiter un retour en force du souverainisme, de l'unilatéralisme, à tout le moins d'un bilatéralisme dur. Ou alors la renaissance sera-t-elle, au contraire, le terreau fertile d'une évolution vers une approche plus libérale et multilatérale des relations aériennes internationales ?

\*\*\*\*\*

## Épilogue

Nous concluons cet article, alors que l'année 2020 touchait à sa fin, sur une note timidement optimiste. Nous suggérons ainsi un retour des États à une certaine mesure, en comparaison du début de la crise, observant en particulier que la Commission européenne avait renoncé à prolonger son régime de suspension facilitée des droits de trafic, approche qu'elle ne considérait en principe plus justifiée en l'état actuel de la pandémie et des connaissances acquises dans la lutte sanitaire.

Sans doute cette annonce était-elle prématurée. C'était en effet compter sans l'apparition au Royaume-Uni et en Afrique du Sud d'un nouveau variant du virus à l'infectiosité accrue qui, en l'espace de quelques heures, a fait basculer les États en mode panique, dès lors nombreux à avoir signifié une suspension immédiate des liaisons aériennes avec ces deux pays. Cette « décompensation » représente un phénomène aussi intéressant qu'inquiétant, dans l'optique de notre propos.

Intéressant, car il remet sur la table la question de la licéité de telles restrictions au droit de voler, un sujet non seulement théorique, mais également d'intérêt pratique. Nous ne referons pas ici le débat de la proportionnalité de ces mesures.

<sup>118</sup> Ainsi, Air India a récemment sollicité du gouvernement indien la suspension des droits de trafic avec les États du Golfe, pour cause de « force majeure », évoquant le risque que les transporteurs de ces pays profitent de l'après-crise pour s'arroger le marché long courrier par une politique commerciale agressive : Revoke Gulf airlines' rights under <force majeure>: Air India to govt , Business Today, 9 octobre 2020, <<https://www.businesstoday.in/sectors/aviation/revoke-gulf-airlines-rights-under-force-majeure-air-india-to-govt/story/418426.html>> (consulté le 23 décembre 2020). L'article souligne le caractère contraignant des accords bilatéraux, en droit international.



Inquiétant, tant il confirme la propension des États, dans cette pandémie, à céder à une forme de panique, à agir dans la précipitation, et alors généralement à tout fermer. Or, il va sans dire, ce fonctionnement reptilien est peu propice à une application orthodoxe du droit.

L'exemple suisse en offre une certaine illustration :

- le 20 décembre 2020 (un dimanche), alors que le nouveau variant du virus figure au centre de l'actualité, tombe un communiqué de presse indiquant que l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) a suspendu jusqu'à nouvel ordre le trafic aérien entre la Suisse et les deux pays en question ;<sup>119</sup>
- un NOTAM<sup>120</sup> (A0819/20) est publié le même soir, qui annonce que tous les vols transportant des passagers en provenance ou à destination de ces pays sont suspendus jusqu'à nouvel ordre ;
- le 21 décembre 2020, l'ordonnance 3 COVID-19<sup>121</sup> est modifiée, dans son Annexe 3, qui énonce désormais que « [l]a circulation des personnes entre les États suivants et la Suisse est interdite :
  - Afrique du Sud
  - Royaume-Uni ».

Ces restrictions ont depuis lors été précisées, complétées et assorties d'exceptions.

À l'origine, il semblerait bien que la mesure ait visé à une suspension des droits de trafic, pour se muer par la suite en interdiction d'entrée. La décision originelle n'est pas disponible, s'il en existe un texte. On ignore aussi par qui elle a été prise (OFAC ou Conseil fédéral) et sur quelle base légale elle se fonde.<sup>122</sup> Si, s'agissant du Royaume-Uni, l'art. 21 *bis* du règlement n° 1008/2008 autorise *a priori* une suspension des droits de trafic, l'accord bilatéral avec l'Afrique du Sud ne permet pas à la Suisse de s'affranchir unilatéralement de ses obligations.<sup>123</sup>

À l'ère où l'on gouverne par Twitter, on ne s'embarrasse cependant plus de telles considérations.

<sup>119</sup> OFAC, Communiqué de presse du 20 décembre 2020, L'OFAC suspend le trafic aérien entre la Suisse, la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud, < <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-81764.html> > (consulté le 23 décembre 2020).

<sup>120</sup> « Notice to airmen », selon la définition de l'Annexe 15 à la Convention de Chicago, Services d'information aéronautique, 16<sup>e</sup> éd. 2018 : « Avis diffusé par télécommunication et donnant, sur l'établissement, l'état ou la modification d'une installation, d'un service, d'une procédure aéronautiques, ou d'un danger pour la navigation aérienne, des renseignements qu'il est essentiel de communiquer à temps au personnel chargé des opérations aériennes ».

<sup>121</sup> Ordonnance 3 du Conseil fédéral du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19), RS 818.101.24.

<sup>122</sup> Entrent en ligne de compte, pour le Conseil fédéral, l'art. 7 LA (interdictions de circuler) et, pour l'OFAC, l'art. 15 LA (mesures spéciales).

<sup>123</sup> Voir *supra* 3.2.2.2.