



Action internationale de l'Union européenne
face aux nouvelles urgences écologiques

Interdiction des vols intérieurs courts au nom de la réduction de l'empreinte carbone et principes fondateurs de l'aviation commerciale européenne

par Loïc GRARD

Professeur de droit public – Université de Bordeaux

Pour neutraliser l'impact écologique de l'aviation commerciale, le paquet « Ajustement à l'objectif 55 » publié en juillet 2021 fait démarrer trois processus législatifs modernisant le système en place de quotas d'émissions, verdissant fiscalement l'activité et privilégiant les carburants alternatifs. Au même moment, la loi française « climat et résilience » prépare la suppression des vols courts pour les mêmes motifs sans égard pour les principes du marché unique des transports aériens. La mesure est restrictive à l'aune de la liberté d'entreprendre. Elle interroge tant du point de vue de sa nécessité que de sa proportionnalité au regard des fondements de la libre prestation de service et de ceux du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Restreindre les droits de trafic courts courriers, donc se priver d'une certaine forme d'offre de transport aérien pour réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) : solution satisfaisante ou fausse bonne idée ? En considération du fait que cela rabote la liberté d'entreprendre, et modifie le modèle économique choisi par l'Union européenne d'un espace aérien unique débarrassé de tout obstacle, notamment réglementaire, à la libre prestation de service, la question se pose. En la matière, les impératifs du *Green Deal* sont-ils en train de relativiser les fondements du marché intérieur ? Les jours du marché unique du transport aérien totalement libre et concurrentiel sont-ils comptés ?

Réalité depuis le 1^{er} janvier 1993, ce dernier repose sur l'idée simple d'un espace économique sans frontière, au sein duquel la libre prestation de service s'exerce sans contrainte ; car reconnue liberté économique fondamentale par l'article 56 du Traité sur le fondement de l'Union européenne (TFUE) : « [...] les restrictions à la libre prestation de service à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ». En conséquence, toutes les discriminations directes ou indirectes doivent être supprimées ; ce qui inclut bien évidemment celles liées à la nationalité, au lieu d'établissement du prestataire, mais aussi toute mesure susceptible d'empêcher, de gêner ou de dissuader l'exercice de l'activité. Autrement dit, toute mesure nationale qui rend plus difficile une prestation de service d'un territoire à l'autre de l'Union européenne peut être comprise comme une entrave aux échanges économiques. Cette logique apparaît semblablement à l'article 16 de la directive n° 2006/123/CE¹ dite « directive services » : « Les États membres respectent le droit des prestataires de fournir des services dans un État membre autre

(1) Dir. n° 2006/123/CE du Parlement et du Conseil, 12 déc. 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JOCE, n° L. 376, 27 déc., p. 36.

que celui dans lequel ils sont établis. L'État membre dans lequel le service est fourni garantit le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire ». À ces considérations, s'ajoute aujourd'hui, la liberté d'entreprise reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales (art. 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union). Ne sont toutefois pas visées à l'article 56 TFUE des mesures dont le seul effet est d'engendrer des coûts supplémentaires pour la prestation en cause et qui affectent de la même manière la prestation de service entre les États membres et celle interne à un État membre².

Le principe de libre prestation de service n'a ce faisant rien d'absolu puisque, selon une jurisprudence constante, la consécration des libertés économiques fondamentales garanties par le TFUE ne fait pas obstacle aux interdictions ou aux restrictions justifiées par des exigences impératives, exigences au rang desquelles figure, notamment, la protection de l'environnement. La mesure concernée doit, conformément au principe de proportionnalité, être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint. Selon une jurisprudence tout aussi constante, les autorités nationales sont tenues de démontrer que l'exception au principe de la libre circulation des marchandises qu'elles instituent est nécessaire pour réaliser les objectifs concernés et qu'elle est conforme au principe de proportionnalité. Ainsi incombe-t-il auxdites autorités, lorsqu'elles invoquent un motif justifiant une restriction à la libre circulation des services, de démontrer concrètement l'existence d'une raison d'intérêt général ainsi que la proportionnalité de cette mesure par rapport à l'objectif poursuivi³. La protection de l'environnement figure au titre des motifs justificatifs de limites apportées à la libre prestation de service ; ce que confirme l'article 16 de la directive n° 2006/123/CE. Cela demeure toutefois du domaine de la dérogation et doit être interprété strictement.

Parce que l'article 58 TFUE dispose que la libre circulation des services en matière de transport est régie par les dispositions du titre relatif aux transports, le principe a donc été exprimé en la matière par le législateur, sur le fondement de l'article 100 § 2 TFUE, par l'entremise du règlement n° 1008/2008/UE⁴. L'article 15 § 1 affirme sans détour : les transporteurs aériens communautaires sont autorisés à exploiter des services aériens intracommunautaires et, § 2 : les États membres ne soumettent l'exploitation de services aériens intracommunautaires par un transporteur aérien communautaire à aucun permis ou autorisation. La législation aérienne s'inscrit sans ambiguïté dans le mouvement général de libéralisation européenne des services. Il en va de même quant aux éventuelles limites à cette dernière, puisque l'article 20 § 1 du règlement n° 1008/2008 « Mesures environnementales » infère que, lorsqu'il existe des problèmes graves en matière d'environnement, l'État membre responsable peut limiter ou refuser l'exercice des droits de trafic, notamment lorsque d'autres modes de transport fournissent un service satisfaisant. Ces mesures sont non discriminatoires, elles ne provoquent pas de distorsion de la concurrence entre les transporteurs aériens, elles ne sont pas plus restrictives que nécessaire pour résoudre les problèmes et elles ont une durée de validité

limitée, ne dépassant pas trois ans, à l'issue de laquelle elles sont réexaminées. Sur l'autel de la protection de l'environnement, des restrictions à la liberté d'entreprendre des compagnies aériennes peuvent être décidées. Le droit de la libre prestation de service spécifique à l'aérien concorde donc en tout point avec le régime de droit commun. Il n'est pas plus permissif. Il est probablement plus exigeant, puisque l'article 20 § 1 souligne non pas un problème d'environnement, mais un problème grave. Ce qui laisse entendre que la dérogation, déjà d'interprétation stricte par principe, doit assurément l'être plus encore quand elle s'oppose à la liberté aérienne.

C'est dans ce contexte juridique que l'article 145 de la loi française n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets modifie l'article L. 6412-3 du code des transports, pour lui adjoindre un paragraphe nouveau aux termes duquel : « Sont interdits, sur le fondement de l'article 20 du règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 précité, les services réguliers de transport aérien public de passagers concernant toutes les liaisons aériennes à l'intérieur du territoire français dont le trajet est également assuré sur le réseau ferré national sans correspondance et par plusieurs liaisons quotidiennes d'une durée inférieure à deux heures trente ». Le législateur a fait preuve de modération au regard des préconisations de la convention climat, qui entendait fermer les lignes intérieures pour lesquelles il existe une alternative de train en moins de quatre heures. Il se limite par ailleurs à énoncer un principe non dénué de nuances, renvoyant à un décret le soin de préciser les conditions d'application de l'interdiction. Par ce texte doivent se fixer les caractéristiques des liaisons ferroviaires concernées, les modalités selon lesquelles il peut être dérogé au principe d'interdiction, le traitement des services aériens assurant majoritairement le transport de passagers en correspondance, la question des alternatives aux services aériens pouvant être regardées comme décarbonés. En tout état de cause, se met ainsi en place une politique publique de substitution air/fer, au regard de laquelle la résolution de la difficile équation du progrès environnemental, sans dégradation de l'offre proposée aux consommateurs en demande de mobilité, dépend de la vision souhaitée pour le marché unique des transports aériens.

Pour la première fois, l'article 20 § 1 du règlement n° 1008/2008 est appliqué et l'impératif environnemental vient limiter la liberté d'entreprendre aérienne. Évidemment, comme pour chaque décision pionnière, sa pertinence, autant que sa légalité,

(2) CJUE, 22 nov. 2018, aff. C-625/17, *Vorarlberger Landes- und Hypothekbank*, EU:C:2018:939, pt 32 – CJUE, 27 avr. 2022, aff. C-674/20, *Airbnb Ireland UC c/ Région de Bruxelles-Capitale*, JT 2022, n° 253, p. 11, obs. X. Delpech ; RTD com. 2022. 310, obs. T. Douville.

(3) CJUE, 22 juin 2017, aff. C-549/15, *E. ON Biofor Sverige AB c/ Statens energimyndighet*, ECLI:EU:C:2017:490.

(4) Règl. n° 1008/2008/UE du Parlement européen et du Conseil, 24 sept. 2008, établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, JOUE, n° L. 293, 31 oct., p. 3.

suscite interrogation. Ce d'autant plus que les impacts économique et social ne sont pas négligeables. Disparaissent en effet de la carte aérienne française quatre routes, Marseille-Lyon, Paris-Orly-Nantes, Orly-Lyon, Orly-Bordeaux. Concernant cette dernière, sur la base des chiffres de l'année 2019, 560 000 passagers par an se voient privés du moyen de déplacement qu'ils considéraient correspondre à leur besoin.

La mise à l'arrêt législative des vols courts n'est toutefois pas une totale surprise. Cette décision figurait déjà au titre de la conditionnalité environnementale négociée par le gouvernement avec Air France en compensation du fait que cette dernière a bénéficié d'un plan de soutien par l'État à hauteur de 7 Mds € sous forme de prêts garantis accepté par la Commission en avril 2020 en raison de la dégradation de la santé financière de l'entreprise liée aux conséquences de la crise Covid⁵. S'engageant en effet à réduire de 50 % les émissions de CO₂ générées par ses vols domestiques d'ici 2030, Air France a fait part de sa volonté de fermer trois liaisons aériennes : les lignes reliant Orly à Bordeaux, Orly à Lyon et Orly à Nantes, soit 825 552 passagers en 2019. L'autre raison d'être de l'article 145 de la loi climat et résilience est ici : éviter la reprise des lignes abandonnées par la concurrence... et donc protéger le monopole devenu ferroviaire voire « aéro-ferroviaire », dans l'hypothèse de correspondances...

L'affaire n'est pas restée sans réaction. Sur demande d'un grand nombre de professionnels de l'aviation, mais aussi parce qu'il s'agit d'une mesure de sauvegarde et non d'une dérogation, les autorités françaises ont agi de manière à ce que la Commission soit sollicitée préalablement à la mise en œuvre effective de la mesure. C'est en considération de cette expectativa et donc au regard du projet de décret qui lui a été soumis en conformité avec l'article 20 § 2 qu'a été adoptée, le 1^{er} décembre 2022, la décision d'exécution (UE) n° 2022/2358⁶ sur la base des articles 20 § 2 et 25. Cette dernière, de manière tout à fait surprenante, valide la fermeture des marchés en question. Elle formule toutefois quelques conditions d'acceptation. Mais dans l'ensemble elle avalise l'idée d'une ouverture du ciel européen moins aboutie qu'elle ne l'est jusqu'à présent. Doit-on y voir un reflux des libertés économiques fondamentales face aux effets du *Green Deal* ?

Tel semble être l'air du temps puisque lors de l'appel à contribution dans le cadre de l'analyse d'impact de la révision du règlement n° 1008/2008 la Commission européenne entre autres mesures envisage : 1) de limiter le trafic aérien sur certaines routes lorsqu'il existe des modes de transport plus durables offrant un niveau de service équivalent, sans que cela ne porte atteinte aux principes du marché unique ; 2) d'encourager la transparence à l'égard des consommateurs au sujet de l'empreinte carbone des vols qui leur sont proposés (par exemple en s'appuyant sur un futur label de l'Agence européenne de la sécurité aérienne [AESA]) afin de leur permettre de choisir en fonction, entre autres, des efforts de réduction des émissions de carbone déployés par les compagnies aériennes ou des informations fournies sur les déplacements multimodaux afin de promouvoir des moyens de transport plus durables (notamment dans le cadre d'initiatives sur les services numériques

de mobilité multimodale et sur la mesure des émissions dues aux transports et à la logistique, comme *CountEmissions EU*). Si la seconde idée paraît s'imposer dans un esprit de conciliation avec les exigences du marché unique, la première rejoint la réglementation française validée par la décision n° 2022/2358 et augure d'un marché intérieur raboté d'un certain nombre de ses segments. « Si on éliminait tous les vols de moins de 500 kilomètres en Europe, typiquement visés pour les remplacer par des liaisons en train [...] on supprimerait 24 % des vols en Europe. Mais les émissions de CO₂ (du secteur aérien) ne baisseraient que de 3,84 % »⁷.

Priver le marché unique du transport aérien des liaisons courtes au nom de la limitation de l'empreinte carbone supposée excessive de l'exploitation de ces dernières : idée légitime, *green washing* de l'aviation commerciale ? Le gain environnemental est-il à la hauteur de la relativisation apportée à l'orthodoxie de la réalisation de la libre prestation de service ? Au regard de l'état actuel des choses, limité au marché français, quatre questions se posent : 1) chacune des quatre liaisons pose-t-elle un problème grave d'environnement (principe de nécessité) ; 2) existe-t-il des solutions autres que leur interdiction pour atteindre l'objectif prétendu de protection de l'environnement (principe de proportionnalité) ? 3) réduire la mobilité des personnes au monopole ferroviaire ne reviendrait-il pas à créer une pratique anticoncurrentielle (principe d'effectivité de la concurrence) ? 4) est-il satisfaisant que certains marchés soient fermés sur le territoire français alors que leurs homologues européens demeurent ouverts (principe de non-discrimination) ? Sur chacun de ces points le débat demeure, nonobstant le contenu du très prochain décret d'application, encore en attente de publication, au moment où s'écrivent ces lignes⁸.

I. – EXCLURE LES VOLS INTÉRIEURS COURTS POUR RÉDUIRE LES ÉMISSIONS DE GES : NÉCESSITÉ DOUTEUSE

Au point 30 de la décision n° 2022/2358, l'interdiction des vols courts est analysée comme nécessaire... La Commission

(5) https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_59913

(6) Décis. d'exécution UE n° 2022/2358 concernant la mesure française introduisant une limitation de l'exercice des droits de trafic en raison de problèmes graves en matière d'environnement, en vertu de l'article 20 du règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil, JOUE, n° L. 311, 2 déc. 2022, p. 168.

(7) IATA : la suppression des vols courts en France est « complètement absurde », *Air Journal*, 10 déc. 2022.

(8) Sur le projet de décret v., vie-publique.fr/consultations/287498-projet-decret-interdiction-vols-interieurs-si-trajet-en-train-moins-2h30.

estime que la France est en droit de considérer qu'il existe un problème grave en matière d'environnement dans la situation en cause, qui inclut la nécessité urgente de réduire les émissions de GES, et qu'une mesure telle que celle envisagée par les autorités françaises pourrait être justifiée au titre de l'article 20, paragraphe 1, du règlement, pour autant qu'elle soit non discriminatoire, qu'elle ne fausse pas la concurrence entre les transporteurs aériens, qu'elle ne soit pas plus restrictive que nécessaire pour remédier au problème et qu'elle ait une durée de validité limitée ne dépassant pas trois ans, à l'issue de laquelle elle devrait être réexaminée, comme le prévoit l'article 20, paragraphe 1, du règlement.

Justifiée du point de vue de la Commission, la mesure a pourtant de quoi apparaître comme surabondante au regard des différentes initiatives déjà effectives ou en préparation pour neutraliser l'impact écologique de l'aviation commerciale. Ces dernières sont nombreuses. Le paquet « Ajustement à l'objectif 55 » (*Fit for 55*) adopté en juillet 2021 détaille un ensemble d'initiatives bien plus efficaces que l'interdiction de quelques liaisons...

Premièrement, l'aviation européenne s'est inscrite depuis 2008 dans la perspective de la compensation par le jeu du marché bien avant la communauté internationale. Dans l'objectif d'accélérer la transition écologique, la Commission a proposé⁹ de réviser le système d'échange de quotas d'émissions (*European Union Emissions Trading System* – ETS – ou système d'échange de quotas d'émissions – SEQE) en supprimant progressivement, de 2024 à 2026, les quotas gratuits distribués aux exploitants d'aéronefs. Cette baisse serait respectivement de 25 % en 2024 puis de -50 % l'année suivante et de -75 % en 2026, avant de disparaître totalement en 2027. Pour atteindre l'objectif d'émission strict de 2030, la Commission propose de surcroît de réduire le plafond d'émissions de 4,2 % par an, au lieu des 2,2 % actuels. Elle encourage parallèlement les États membres à utiliser les revenus de la mise aux enchères pour lutter plus drastiquement contre le changement climatique. En termes de champ d'application, l'ETS continuera à s'appliquer aux vols intérieurs à l'Union, ainsi qu'aux vols à destination du Royaume-Uni et de la Suisse, en exemptant ces vols des exigences de compensation CORSIA¹⁰ énoncées par l'OACI¹¹. Pour les autres vols internationaux, les compagnies aériennes de l'Union seraient obligées d'appliquer ledit système international.

Deuxièmement, le chemin du verdissement fiscal est largement engagé avec directive n° 2003/96/CE du 27 octobre 2003 sur la taxation de l'énergie (DTE), aujourd'hui sur le chemin de la refonte avec la proposition de directive du Conseil dite « RED III » restructurant le cadre de l'Union de taxation des produits énergétiques et de l'électricité¹². La proposition prévoit de mettre en place, à l'issue d'une période transitoire de dix ans, des niveaux minimaux de taxation des carburants utilisés pour les vols intra-UE. À l'inverse, les carburants alternatifs durables et l'électricité seraient soumis à un taux minimal de zéro pendant dix ans. Parallèlement, la proposition de « règlement AFIR » sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs fixe des objectifs en matière de fourniture d'électricité aux aéronefs en stationnement, à horizon 2025 et 2030¹³.

Troisièmement, la proposition « ReFuelEU¹⁴ Aviation » exigera des fournisseurs de carburant qu'ils mélangent un niveau de plus en plus élevé de carburants durables au carburant classique existant. La proportion de SAF (*sustainable air fuel*) augmenterait graduellement de 2 % en 2025 à 63 % en 2050. Ce qui n'est pas sans conséquence pour les plates-formes aéroportuaires de l'Union. L'aménagement des infrastructures de transport et de stockage adéquates s'imposera. Par ailleurs, les biocarburants à base de cultures ont vocation à progressivement être exclus des mélanges. Une législation proactive est à l'agenda en faveur d'un marché de carburants de synthèse pour l'aviation. Par ailleurs, chaque compagnie aérienne, européenne ou non, au départ des aéroports de l'Union sera dans l'obligation d'appliquer la législation européenne. Le futur régime est ambitieux. Il marque la détermination des autorités européennes à réussir la transition et à cet effet, en cas de non-respect des dispositions arrêtées, les États membres devront mettre en œuvre des sanctions à l'encontre des fournisseurs de carburant d'aviation et des exploitants d'aéronefs.

Le terrain du verdissement vertueux de l'aviation civile n'est donc pas à l'abandon ; loin de là ! Alors pourquoi dans ces conditions considérer comme inévitable la fermeture de quelques lignes aériennes ? L'argument de la nécessité ne convainc guère. Ce d'autant plus que le raisonnement analogique confirme combien cette dernière est contestable. En effet l'article 5 § 3 du règlement (UE) n° 598/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif à l'établissement de règles et de procédures concernant l'introduction de restrictions d'exploitation liées au bruit dans les aéroports de l'Union¹⁵, infère que, pour limiter le bruit et donc préserver l'environnement sonore, les restrictions d'exploitation ne sont pas appliquées en première intention, mais seulement après examen des autres mesures de l'approche équilibrée. La Cour de justice a confirmé avec force ce principe : « [...] les restrictions d'exploitation ne sont admissibles que lorsque toute autre mesure de gestion du bruit n'a pas permis d'atteindre les objectifs [...] en matière d'empreinte sonore.¹⁶ Autrement dit, en première intention, pour œuvrer en faveur de la décarbonation, le principe de nécessité n'impose pas de restreindre l'exploitation des lignes aériennes. La mesure trouve nécessité une fois que toutes les autres initiatives sont en échec. C'est inscrit de la sorte pour les

(9) COM(2021) 552 final, 14 juill. 2021.

(10) *Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation*.

(11) www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Pages/default.aspx

(12) COM(2021) 563 final, 14 juill. 2021.

(13) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs et abrogeant la directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil, COM(2021) 559 final.

(14) COM(2021) 561 final, 14 juill. 2021.

(15) JOUE, n° L. 173, 12 juin 2014, p. 65.

(16) CJUE, 8 sept. 2011, aff. C-120/10, *European Air Transport SA c/ Collège d'environnement de la région de Bruxelles-Capitale et région de Bruxelles-Capitale*, D. 2011. 2279 ; RFDA 2012. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2012. 531, obs. L. Grard ; ECLI:EU:C:2011:556.

nuisances sonores au nom de l'orthodoxie du marché intérieur, pourquoi en irait-il autrement quant aux rejets polluants ?

II. – PROSCRIRE CERTAINS VOLS INTÉRIEURS COURTS POUR RÉDUIRE LES ÉMISSIONS DE GES : PROPORTIONNALITÉ CONTESTABLE

Dans son principe, la mesure résiste-t-elle au test de proportionnalité ? Le point 46 de la décision n° 2022/2358 donne une réponse positive : « Dans l'attente de l'adoption et de l'application des mesures plus efficaces visant à réduire les émissions de CO₂ dans le transport aérien [...], la Commission considère que, bien qu'elle ne soit pas apte à mettre fin aux problèmes graves qui la motivent, la mesure examinée est cependant susceptible de contribuer à court terme à la réduction des émissions dans le secteur du transport aérien et à la lutte contre le changement climatique ». La formulation du verdict joue sur les ambiguïtés de l'article 20 § 1 pour considérer que l'aviation commerciale dans son ensemble pose un problème grave à l'environnement, et donc justifier la restriction à la liberté d'entreprendre, alors que l'intention du législateur était d'indiquer que si une ligne en particulier pose un problème grave à l'environnement, l'exploitation de cette dernière peut être interdite. Or à aucun moment, il n'est indiqué que le transport chaque année de 550 000 passagers aériens entre Bordeaux et Orly constituait en soi un problème grave à l'environnement. Pire, pourquoi l'insignifiance de l'impact de la mesure sur l'environnement n'a pas été mieux soulignée ? En effet, les quatre lignes concernées par l'interdiction ne représentent au total que 0,23 % des émissions de transport aérien en France, et 0,02 % des émissions françaises de CO₂. Comme il est de jurisprudence constante que toute dérogation à une liberté économique fondamentale doit être d'interprétation stricte, il semble bien que dans son principe la décision n° 2022/2358 pose un problème de légalité.

Le point 47 suscite la même interrogation puisqu'il infère que la restriction à la libre prestation de service est limitée car ne sont concernées que les liaisons sur lesquelles la desserte est assurée de manière équivalente et suffisante par un mode de transport environnementalement plus vertueux. Ce raisonnement trahit l'esprit même du principe de libre prestation de service qui suppose que chaque marché aérien, quel qu'il soit, soit ouvert et qui n'a jamais été interprété dans une logique de *minimis*, selon laquelle il y aurait des petites restrictions qui passent sous les écrans radar de l'interdiction des entraves. L'orthodoxie du marché intérieur est ici bien malmenée. Par ailleurs, pourquoi ne pas aussi prendre en considération la question de la cohérence ? Est-il par exemple imposé à d'autres secteurs économiques tout autant pourvoyeurs de gaz à effet de serre des restrictions aussi sévères à la libre prestation de service ? La Cour de justice, dans le cas où la réponse est né-

gative, considère la mesure inappropriée et censure l'inadéquation au nom de l'incohérence manifeste¹⁷. C'est ainsi qu'au regard de l'objectif légitime de protection de l'environnement, elle affirme qu'une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique¹⁸.

Autant que la proportionnalité, que le principe de non-discrimination soit respecté par la législation française prête à perplexité. L'article 145 de la « loi résilience et climat », outre les lignes Orly-Bordeaux et Orly-Nantes, fait aussi obstacle à l'ouverture d'une quarantaine de services aériens entre villes françaises. Mais les liaisons transfrontières ne sont pas concernées. La liberté d'entreprendre demeure entre Paris et Bruxelles alors même que le Thalys met moins de 2 heures 30. La proportionnalité de l'entrave à l'accès au marché français paraît donc bien subjective. Et qu'en est-il dans les autres États membres ? Ferment-ils les liaisons aériennes en deçà de 2 heures 30 ? En quoi un vol court français poserait-il un problème plus grave à l'environnement qu'un vol équivalent dans un autre État de l'Union ? Ici encore se pose la question de la cohérence.

Enfin, comment ne pas interpréter la mesure autrement que par la création d'un monopole sur un certain nombre de liaisons ? Dès lors, que penser de la compatibilité de la situation avec les principes du marché intérieur, sachant que la Cour de justice a jugé que l'institution d'une mesure aussi restrictive qu'un monopole ne saurait se justifier qu'en vue d'assurer un niveau de protection particulièrement élevé de l'objectif recherché, doit s'accompagner de la mise en place d'un cadre normatif propre à garantir que le titulaire dudit monopole sera effectivement à même de poursuivre, de manière cohérente et systématique, l'objectif ainsi fixé au moyen d'une offre quantitativement mesurée et qualitativement aménagée en fonction dudit objectif et soumise à un contrôle strict de la part des autorités publiques¹⁹.

Certes dans son contenu, la mesure française met en place un certain nombre d'exigences quant à l'alternative ferroviaire. Des critères sont énoncés dans l'objectif de services ferroviaires réunissant les caractéristiques idoines pour former une alternative substituable à la voie aérienne, sans pénalisation excessive des voyageurs, quel que soit le motif de leur voyage (déplacements professionnels pour la journée, voyage à destination de l'agglomération principalement desservie par l'aéroport ou la gare...). De ce point de vue, elle crée un climat de proportionnalité sou-

(17) CJUE, 8 sept. 2010, aff. C-46/08, *Carmen Media Group Ltd c/ Land Schleswig-Holstein et Innenminister des Landes Schleswig-Holstein*, ECLI:EU:C:2010:505.

(18) CJUE, 17 nov. 2009, aff. C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c/ Regione Sardegna*, AJDA 2010. 248, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; ECLI:EU:C:2009:709.

(19) CJUE, 8 sept. 2010, aff. C-316/07, *Markus Stoß*, D. 2010. 2816, note P. Icard ; aff. C-409/07, *Avalon Service-Online-Dienste GmbH* ; aff. C-410/07, *Olaf Amadeus Wilhelm Happel c/ Wetteraukreis* ; aff. C-358/07, *Kulpa Automaten-service Asperg GmbH* ; aff. C-359/07, *SOBO Sport & Entertainment GmbH*, et aff. C-360/07, *Andreas Kunert c/ Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2010:504.

ligné par la Commission européenne au point 37 de la décision 2022/2358 : les impacts négatifs de toute restriction des droits de trafic sur les citoyens européens et sur la connectivité doivent être compensés par la disponibilité de modes de transport de substitution abordables, pratiques et plus durables.

C'est pourquoi l'interdiction des vols aériens courts ne vaut que dans l'hypothèse de trajets identiques (entre des gares desservant les mêmes villes que les aéroports considérés²⁰), assurés sur le réseau ferré national, sans correspondance et par plusieurs liaisons quotidiennes d'une durée inférieure à 2 heures 30 dans chaque sens ; soit une fréquence suffisante et des horaires satisfaisants, sans changement de gare garantissant plus de huit heures de présence sur place dans la journée. De même, pour ne pas pénaliser les voyageurs effectuant des correspondances, la caractérisation du temps de trajet ferroviaire tient compte de la spécificité du développement d'infrastructures intermodales spécifiques dans certains aéroports : lorsqu'un aéroport bénéficie d'une gare ferroviaire à vocation intermodale située sur son emprise, cette dernière est prise en considération pour le calcul du trajet.

Dans son contenu encore, la mesure ne comprend pas de mécanisme de dispense explicite en relation avec la situation des passagers en correspondance. Pourtant, l'offre de services aériens de longue distance repose le plus souvent sur la réalisation de correspondances, principalement, mais pas uniquement, sur l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle, pour accéder à des destinations en Asie, en Afrique, dans les Amériques ou au Moyen-Orient. Ne pas prendre en compte cette nécessité pourrait poser des problèmes de connectivité, notamment pour de nombreuses destinations outre-mer. Cela peut aussi conduire de nombreux passagers à privilégier des correspondances sur des aéroports situés à l'étranger plutôt qu'un préacheminement par le train, avec le risque que le détour par un aéroport plus lointain (Francfort, Londres, Istanbul...) les conduise à parcourir des distances plus importantes pour rejoindre leur destination finale, ce qui aurait inutilement augmenté les émissions de gaz à effet de serre. La loi climat prévoit en conséquence que les vols d'apport destinés à alimenter les hubs parisiens soient soustraits à l'interdiction. Mais la Commission européenne estime qu'une telle dérogation présentait « un risque de discrimination et de distorsion de la concurrence entre les transporteurs aériens » et se ferait au détriment des transporteurs dont le « modèle économique n'est pas axé sur les passagers en correspondance ». Sur l'autel de cette vision rigoriste, le passager bordelais désireux de se rendre à Saint-Denis de La Réunion, est donc contraint de recourir à la formule train/avion.

Ce faisant, la durée de trajet retenu étant celui entre deux gares, les liaisons entre Roissy-CDG et Bordeaux, ainsi qu'entre Roissy-CDG et Nantes, ne devraient pas tomber sous le coup de l'interdiction. En effet, les temps de déplacement en train sont de l'ordre de 3 heures 30 entre la gare de Bordeaux et celle de Roissy-CDG et de 3 heures pour celle de Nantes. De même, les liaisons entre Roissy-CDG et Lyon et Rennes, ainsi qu'entre Lyon et Marseille devraient également échapper à l'interdiction de l'avion, l'offre ferroviaire actuelle ne permettant pas d'arriver suffisamment tôt à Roissy-CDG et à Lyon-Saint-Exupéry pour pouvoir prendre les

vols en correspondance. La règle de substitution stipule que l'alternative ferroviaire doit offrir un service de qualité équivalente. Cependant, l'interdiction pourrait s'appliquer si la SNCF modifie ses horaires du matin et du soir en conséquence.

En l'état du dossier, seules deux liaisons concernant 855 000 passagers par an sont fermées. Si l'objectif est de lutter contre une empreinte carbone excessive de l'aviation commerciale dans son ensemble, le résultat paraît dérisoire... Le test de proportionnalité démontre qu'avec des mesures restreignant de manière moins significative la liberté d'entreprendre sur les lignes considérées, un résultat plus favorable à la résolution du problème peut être obtenu.

Bien évidemment, le dispositif est limité dans le temps, contrairement à ce que prévoyait le texte initial. Envisager autrement les choses est impossible. Le règlement n° 1008/2008 met en vérité en place une véritable clause de sauvegarde, par laquelle toute limitation ou interdiction d'exercer des droits de trafic, pour remédier « à des problèmes graves d'environnement », ne peuvent durer plus de trois ans. La Commission européenne ne peut faire autrement qu'imposer effectivement une durée limitée à l'interdiction. Il n'est donc pas exclu que ces liaisons puissent être relancées trois ans après, par d'autres compagnies européennes. Un examen de son impact sera réalisé vingt-quatre mois après son entrée en vigueur, dans l'objectif du renouvellement de la mesure pour une nouvelle période de trois ans.

III. – SANS VOL INTÉRIEUR COURT, CERTAINS MARCHÉS DE TRANSPORT COLLECTIF DEVIENNENT MONOPOLISTIQUES : QUID DE LA POSITION DOMINANTE ABUSIVE ?

De fait, relier Bordeaux à Paris en transport devient un monopole. Outre le principe de libre prestation de service, la loi climat et résilience restreint la concurrence sur le marché et induit une position dominante qui peut être traitée sous l'angle de l'abus d'exploitation. La nouvelle offre en effet, fruit de la collaboration entre Air France et la SNCF, reposant sur un service « Train + Air »²¹, garantissant les préacheminements

(20) ... lorsque le plus important en termes de trafic des deux aéroports concernés est directement desservi par un service ferroviaire à grande vitesse, la gare retenue est celle desservant cet aéroport.

(21) Train + Air : un seul billet de bout en bout avec la garantie, en cas de correspondance ratée, du report sur le prochain avion ou le prochain train, sans frais supplémentaire ; un voyage en première classe à bord du TGV pour les clients des cabines Business ou La Première d'Air France ; le cumul de miles et de XP Flying Blue sur la totalité du parcours, y compris la partie ferroviaire.

ferroviaires depuis la gare de Bordeaux, n'apparaît pas être de nature à satisfaire la demande. Entre autres exemples, désormais, le voyageur de Bordeaux à Saint-Denis de La Réunion dispose de deux solutions : soit il arrive à Massy en plus de deux heures, doit gérer ses bagages, prendre une navette, puis attendre son embarquement à Orly Sud ; soit il atterrit à CDG et change d'aéroport tout en gérant ses bagages ; là où avant il se limitait à déposer ses effets à l'embarquement à Bordeaux et retrouvait ces derniers à Saint-Denis au terme d'une correspondance à Orly aisée. À la question de savoir si l'offre de transport se dégrade du fait du monopole, la réponse tombe sous le sens. Ce résultat provient d'ailleurs moins de la législation française que de la décision de la Commission. La première avait opportunément acté que dans le cas de la desserte Bordeaux-Orly, les passagers en correspondance à Paris vers New York, les Antilles ou La Réunion pourraient seuls emprunter les vols en question à raison de deux dessertes par jour (matin et soir).

Au-delà du problème particulier des déplacements longs courriers impliquant une correspondance à Orly, la capacité de l'alternative ferroviaire à positionner son offre à la hauteur de la satisfaction de la demande assurée en environnement de concurrence avec l'avion interroge. Tout un ensemble de considérations invite à stigmatiser la situation de monopole : 1) les entreprises situées à l'ouest de l'agglomération bordelaise sont à une heure de route de la gare de Bordeaux ; 2) le train n'est pas de manière certaine moins cher que l'avion ; 3) en cas d'incident d'exploitation sur la ligne, la seule alternative pour rejoindre Paris suppose 5 heures 30 d'autoroute, ce qui n'est certainement pas l'option la plus écologique.

Les rédacteurs du décret sont conscients de la fragilité concurrentielle de la situation ainsi créée. Leur texte insiste sur le fait que la suppression de nouvelles liaisons aériennes est corrélée à « une future amélioration des services ferroviaires, avec des fréquences suffisantes et des horaires satisfaisants, notamment pour les besoins des correspondances ». Par ailleurs, « une liaison précédemment interdite pourra être à nouveau desservie si la qualité du service ferroviaire change et ne remplit plus les conditions d'un service satisfaisant ».

Dans ce contexte, résonne évidemment avec force la jurisprudence suivant laquelle un État membre enfreint les interdictions édictées à l'article 106, § 1 TFUE, lu en combinaison avec l'article 102 TFUE, lorsqu'il prend une mesure législative, réglementaire ou administrative qui crée une situation dans laquelle une entreprise publique est amenée, par le simple exercice des droits privilégiés qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus. Il y a violation de ces dispositions lorsqu'une mesure imputable à un État membre crée un risque d'abus de position dominante²². Or jusqu'à preuve du contraire, la SNCF est une entreprise publique qui désormais se retrouve seule sur certains marchés de transport par le fruit d'une décision publique et non par ses mérites propres... sachant que sur une liaison Bordeaux-Paris aucune concurrence ferroviaire n'existe puisque le cabotage sec reste fermé à la concurrence.

En pratique, l'interdiction des vols intérieurs courts apparaît au total symbolique. Le système mis en place est juridiquement fragile. Il heurte un grand nombre de vérités du droit du marché intérieur et du droit de la concurrence bien installées, autant que l'économie générale du règlement n° 1008/2008. Pourtant, sur l'autel du mouvement initié par le *Green Deal*, recourir à des mesures réduisant la liberté d'entreprendre et limitant les droits de trafic qui relevaient encore de la science-fiction il y a vingt ans, devient réalité et pourrait s'étendre à d'autres pans de l'aviation marchande, ainsi qu'en témoigne le débat ouvert sur l'aviation d'affaires²³.

(22) CJUE, 17 juill. 2014, aff. C-553/12 P, *Commission européenne c/ Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)*, ECLI:EU:C:2014:2083.

(23) L. Grard, *Vers une aviation d'affaires climatiquement responsable ?*, blog. leclubdesjuristes.com, 22 sept. 2022.