

**REPORTS OF INTERNATIONAL  
ARBITRAL AWARDS**

---

**RECUEIL DES SENTENCES  
ARBITRALES**

**Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America  
and France**

9 December 1978

VOLUME XVIII pp. 417-493



NATIONS UNIES - UNITED NATIONS  
Copyright (c) 2006

**PART II**

---

**Case concerning the Air Service Agreement of 27 March  
1946 between the United States of America and France**

**Decision of 9 December 1978**

---

**Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens  
du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France**

**Sentence arbitrale du 9 décembre 1978**



CASE CONCERNING THE AIR SERVICE AGREEMENT OF 27  
MARCH 1946 BETWEEN THE UNITED STATES OF AMERICA  
AND FRANCE

DECISION OF 9 DECEMBER 1978

Characterization of questions of facts and issues of law—Application of the rule of exhaustion of local remedies in cases of diplomatic protection distinguished from application of the rule in cases of direct injury to States *inter se*—The relevance of draft Article 22 of the International Law Commission on State responsibility in the determination of the nature of the local remedies rule—Affirmation of the principle that a treaty must be read as a whole and that its meaning is not to be determined mainly upon particular phrases which, if detached from the text, may be interpreted in more than one sense—Interpretation of the concept of “continuous service” for the purposes of determining permitted and prohibited change of gauge (size of aircraft) in a designated air service route—Consideration of the fifth-freedom rights in relation to the question of change of gauge—The relevance of the Convention on International Civil Aviation convened at Chicago 7 December 1944 in the application of the concept of “freedom of the air” as opposed to the concept of national sovereignty of a State over the air space above its territory in the determination of the right of change of gauge in third-party States—The relevance of the formula on the change of gauge contained in the 1946 Bermuda Agreement between the United States and the United Kingdom—The weight to be given to the evidence of the practice of the parties to a treaty in interpretation of the treaty—Consideration of the concept of “counter-measures” and the related rule of “proportionality”—The proper content of the requirement to negotiate, the duty not to aggravate a dispute, and the related question of interim measures of protection.

ARBITRAL AWARD

Mr. Willem RIPHAGEN, *President*;

Mr. Thomas EHRLICH, M. Paul REUTER, *Arbitrators*;

Mr. Lucius CAFLISCH, *Registrar*.

In the case concerning the Air Services Agreement of 27 March 1946 between The United States of America, represented by:

Mr. Lee R. Marks, Deputy Legal Adviser, Department of State, as Agent; and Ms. Judith Hippler Bello, Department of State, Ms. Lori Fislser Damrosch, Department of State, as Deputy-Agents; assisted by: Mr. James R. Atwood, Deputy Assistant Secretary for Transportation Affairs, Department of State, Mr. William A. Kutzke, Assistant General Counsel, International Law, Department of Transportation, Mr. Peter B. Schwarzkopf, Assistant General Counsel, International Affairs, Civil Aeronautics Board, as Advisers; Mr. Norman P. Seagrave, Pan American World Airways, Inc., as Expert-Adviser; Mrs. Cozetta B. Johnson, Department of State, as Secretary;

And The French Republic, represented by:

M. Guy Ladreit de Lacharrière, Minister Plenipotentiary, Director of

Legal Affairs in the Ministry of Foreign Affairs, as Agent; M. Noël Mu-seux, Magistrate, Deputy-Director of Legal Affairs in the Ministry of Foreign Affairs, M. Henry Cuny, Secretary in the Ministry of Foreign Affairs, Office of the Director of Legal Affairs in the Ministry of Foreign Affairs, as Deputy-Agents; assisted by: M. Gilbert Guillaume, *Maître des requêtes, Conseil d'Etat*, M. Michel Virally, Professor of the Faculties of Law, University of Paris, M. Emmanuel du Pontavice, Professor of the Faculties of Law, University of Paris, as Counsel; M. Robert Espérou, Director of Air Transport (Civil Aviation), M. Jean-Baptiste Vallé, Head of Department, Air France, as Experts; Mlle Solange Challe, as Secretary;

THE TRIBUNAL, composed as above, *delivers the following Arbitral Award:*

By a *Compromis* of Arbitration signed on 11 July 1978, the text of which is given below, at paragraph 9, the Governments of the United States of America and of the French Republic submitted to the Arbitral Tribunal, composed as above, the following questions:

(A) Does a United States-designated carrier have the right to operate West Coast-Paris service under the Air Services Agreement between the United States and France with a change of gauge in London (transshipment to a smaller aircraft on the outward journey and to a larger aircraft on the return journey)?

(B) Under the circumstances in question, did the United States have the right to undertake such action as it undertook under Part 213 of the Civil Aeronautics Board's Economic Regulations?

The *Compromis* provided that on Question (A), "the tribunal's decision . . . shall be binding", and with respect to Question (B), "the tribunal shall issue an advisory report . . . in accordance with Article X of the Agreement,<sup>54</sup> which shall not be binding". It also provided that the Parties were to exchange memorials not later than 18 September 1978, and replies not later than 6 November 1978. It finally specified that oral hearings were to be held at Geneva (Switzerland) on 20 and 21 November 1978.

On 4 September 1978, the French Government appointed M. Guy Ladreit de Lacharrière as its Agent for the case. Mr. Lee R. Marks was appointed as Agent for the United States of America on 18 September 1978.

The Arbitral Tribunal met at Geneva on 17 and 18 November 1978 and, after having consulted the Parties, appointed Mr. Lucius Cafilisch as its Registrar. Its inaugural hearing took place on 17 November 1978 in the "Alabama" room of the Geneva City Hall.

The Memorials and Replies having been filed within the prescribed time-limits, the case was ready for hearing on 6 November 1978.

The Arbitral Tribunal held hearings on 20 and 21 November 1978, during which it heard, in the order agreed between the Parties and approved by the Tribunal, the following persons submit oral argument: Mr. Marks on behalf of the Government of the United States of America, M. Ladreit de

<sup>54</sup> Air Services Agreement concluded between the United States of America and France on 27 March 1946. Article X of the Agreement was amended by the Exchange of Notes dated 19 March 1951

Lacharrière, Agent, and MM. Guillaume and Virally, Counsel, on behalf of the Government of the French Republic.

In the course of the oral proceedings, the following final Submissions were made by the Parties:

*On behalf of the Government of the United States of America:*

On the basis of the Memorial and Reply of the United States, including the Exhibits thereto, and the oral hearings held in Geneva on November 20-21, 1978, including the eight Hearing Exhibits submitted by the United States, the United States respectfully requests the Tribunal to rule as follows:

—On Question A, to answer in the affirmative;

—On Question B, to decline to answer the question, or, in the alternative, to answer in the affirmative.

*On behalf of the Government of the French Republic:*

May it please the Arbitral Tribunal:

(1) Regarding Question (A),

To adjudge and declare that the Government of the United States was required, before acting on the international level by resorting to arbitration, to wait until the United States company that considers itself injured by the allegedly unlawful act of the French Government had exhausted the remedies open to it under French law; and that, since those remedies have not been exhausted, the Arbitral Tribunal is unable to decide on the question submitted to it;

Subsidiarily,

To adjudge and declare that, for the above-mentioned reasons, the Arbitral Tribunal must postpone its decision on Question (A) until such time as the Pan American World Airways company has either obtained recognition of the rights it claims from the French courts or exhausted the remedies available to it under French law without obtaining satisfaction;

If neither of the above is possible,

To adjudge and declare that a carrier designated by the United States does not have the right, under the Air Services Agreement between France and the United States of America, to operate a West Coast-Paris service with a change of gauge in London (transshipment to a smaller aircraft on the outward journey and to a larger aircraft on the return journey),

(2) Regarding Question (B),

To adjudge and declare that, under the circumstances in question, the United States Government did not have the right to undertake such action as it undertook under Part 213 of the Economic Regulations of the Civil Aeronautics Board<sup>55</sup>

*The Facts*

1. An Exchange of Notes of 5 April 1960 relating to the Air Services Agreement concluded between the United States of America and France on 27 March 1946 authorises air carriers designated by the United States to operate to Paris via London (without traffic rights between London and Paris) services to and from United States West Coast points.<sup>56</sup> A carrier so desig-

<sup>55</sup> Translation by the Registry.

<sup>56</sup> Part of this Exchange of Notes is reproduced below, p 436, foot-note 67.

nated, Pan American World Airways (hereinafter referred to as Pan Am) intermittently operated services over this route until 2 March 1975.

2. On 20 February 1978, pursuant to French legislation requiring flight schedules to be filed thirty days in advance, Pan Am informed the competent French authority, the Direction générale de l'Aviation civile (hereinafter referred to as D.G.A.C.), of its plan to resume its West Coast-London-Paris service (without traffic rights between London and Paris) on 1 May 1978 with six weekly flights in each direction. The operation of this service was to involve a change of gauge, in London, from a Boeing 747 aircraft to a smaller Boeing 727 on the outward journey and from a Boeing 727 to a larger Boeing 747 on the return journey.

3. On 14 March 1978, the D.G.A.C. refused to approve Pan Am's plan on the ground that it called for a change of gauge in the territory of a third State and thus was contrary to Section VI of the Annex to the 1946 Air Services Agreement, which deals with changes of gauge in the territory of the Contracting Parties only.<sup>57</sup> The United States Embassy in Paris having, on 22 March 1978, requested the French Foreign Ministry to re-consider the decision of the D.G.A.C., the matter then became the subject of discussions and of diplomatic exchanges between the two Parties, the United States arguing that Pan Am's proposed change of gauge in London was consistent with the 1946 Air Services Agreement and France contending that it was not and reserving its right to take appropriate measures.

4. On 1 and 2 May 1978, when Pan Am operated for the first time its renewed West Coast-London-Paris service with a change of gauge in London, the French police confined themselves to drawing up reports of what they considered to be unlawful flights. Another flight having taken place on 3 May, Pan Am's Boeing 727 aircraft was surrounded by French police upon arrival at Paris Orly Airport, and its captain was instructed to return to London without having disembarked the passengers or freight. Thereupon Pan Am's flights were suspended.

5. On 4 May, the United States proposed that the issue be submitted to binding arbitration, on the understanding that Pan Am would be permitted to continue its flights pending the arbitral award. On 9 May, the United States Civil Aeronautics Board (hereinafter referred to as C.A.B.) issued a first Order putting into operation phase 1 of Part 213 of its Economic Regulations by requiring the French companies Air France and Union de transports aériens (U.T.A.) to file, within prescribed time-limits, all their existing flight schedules to and from the United States as well as any new schedules. After having unsuccessfully attempted to have this Order stayed and revised by the C.A.B. or the United States courts, the two companies complied with it on 30 May 1978 by filing their schedules.

6. In a Note dated 13 May 1978, the French Embassy in Washington had in the meantime acknowledged Pan Am's suspension of its flights to Paris and had informed the United States Department of State of France's agreement "to the principle of recourse to arbitration". At the same time,

---

<sup>57</sup> For the full text of this provision, see below, paragraph 45

the Embassy had objected to the unilateral measure decreed by the Order of the C.A.B. prior to the exhaustion of the means of direct negotiations; it had proposed that such negotiations be held and had noted that French local remedies had not been exhausted; finally, it had warned the Department of State that the pursuit of a course of unilateral measures "would have damaging consequences for the French airline companies and create an additional dispute regarding legality and compensation".

7. On 18 May 1978, Pan Am requested the Administrative Tribunal of Paris to annul as being *ultra vires* the decision taken by the D.G.A.C. on 14 March 1978 to disapprove Pan Am's flight schedule. This request is still pending. In a motion filed on 31 May, Pan Am asked that the decision of 14 March 1978 be stayed. This motion was denied on 11 July on the ground that implementation of that decision would not cause irreparable harm.

8. In the meantime, on 31 May 1978, the C.A.B. issued a second Order under Part 213 of its Economic Regulations. This Order, which was subject to stay or disapproval by the President of the United States within ten days and which was to be implemented on 12 July, was to prevent Air France from operating its thrice-weekly flights to and from Los Angeles and Paris via Montreal for the period during which Pan Am would be barred from operating its West Coast-London-Paris service with change of gauge in London.

9. The second Part 213 Order was not implemented, however. Legal experts of both Parties having met on 1 and 2 June in Washington, on 28 and 29 June in Paris and on 10 and 11 July in Washington, a *Compromis* of Arbitration was signed between the United States and France on 11 July 1978. This *Compromis* reads as follows:

*Compromis* OF ARBITRATION  
BETWEEN  
THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA  
AND THE GOVERNMENT OF THE FRENCH REPUBLIC

The Government of the United States of America and the Government of the French Republic (the "Parties"):

*Considering* that there is a dispute concerning change of gauge under the Air Services Agreement between the United States of America and France, signed at Paris on March 27, 1946, as amended, and its Annex, as amended (collectively referred to as the "Agreement"),

*Recognizing* that the Parties have been unable to settle this dispute through consultations;

*Considering also* that the Government of France has raised a question with respect to the validity of the action undertaken by the Government of the United States under Part 213 of the Civil Aeronautics Board's Economic Regulations in response to the action of the Government of France;

*Noting* that the Parties have decided to submit the dispute concerning change of gauge to an arbitral tribunal for binding arbitration;

*Noting* that the Government of France wishes to submit its question regarding the validity of the action undertaken by the United States to the arbitral tribunal for an advisory report pursuant to Article X of the Agreement;

*Noting* that in agreeing to resort to arbitration with respect to change of gauge, the French Government reserves its right to argue before the tribunal that all means of internal recourse must be exhausted before a State may invoke arbitration under the Agreement;

*Noting also* that in agreeing to resort to arbitration with respect to Part 213, the United States Government reserves its right to argue before the tribunal that under the circumstances the issue is not appropriate for consideration by an arbitral tribunal,

Agree as follows:

(1) The arbitral tribunal ("tribunal") shall be composed of three arbitrators. One arbitrator shall be Mr. Thomas Ehrlich. If for any reason Mr. Ehrlich becomes unable to act as arbitrator, the Government of the United States shall promptly designate a replacement. Another arbitrator shall be Prof. Paul Reuter. If for any reason Prof. Reuter becomes unable to act as arbitrator, the Government of France shall promptly designate a replacement. The third arbitrator shall be Prof. W. Riphagen, who shall serve as President of the tribunal.

(2) The tribunal is requested to decide the following two questions in accordance with applicable international law and in particular with the provisions of the Agreement:

(A) Does a United States-designated carrier have the right to operate West Coast-Paris service under the Air Services Agreement between the United States and France with a change of gauge in London (transshipment to a smaller aircraft on the outward journey and to a larger aircraft on the return journey)?

The tribunal's decision of this question shall be binding.

(B) Under the circumstances in question, did the United States have the right to undertake such action as it undertook under Part 213 of the Civil Aeronautics Board's Economic Regulations?

The tribunal shall issue an advisory report with respect to this question in accordance with Article X of the Agreement, which shall not be binding.

(3) The parties have agreed on interim arrangements that will maintain strict equality of balance between the position of the Government of the United States that Pan American World Airways should be permitted to change gauge during arbitration, and the position of the Government of France that it should not change gauge during this period. To this end, and without prejudice to the position of either Party in this arbitration, from the date of this *compromis* to December 10, 1978, Pan American World Airways shall be permitted to operate West Coast-Paris service with a change of gauge in London to the extent of 95 London-Paris flights in each direction. Such flights may be scheduled at the airline's discretion; provided, however, that no such service may operate prior to July 17, and that no more than six flights per week may be operated in each direction.

The tribunal shall be competent, in any event, at the request of either Party, to prescribe all other provisional measures necessary to safeguard the rights of the Parties. A Party may make such request in its written pleadings, at oral hearings, or subsequent to the oral hearings, as appropriate.

Upon signature of this *compromis*, the United States Civil Aeronautics Board shall immediately vacate all pertinent orders issued pursuant to Part 213 of its Economic Regulations (Orders 78-5-45, 78-5-106, 78-6-82, and 78-6-202).

(4) Each Party shall be represented before the tribunal by an agent. Each agent may nominate a deputy or deputies to act for him and may be assisted by such advisors, counsel, and staff as he deems necessary. Each Party shall communicate the names and addresses of its respective agent and deputy or deputies to the other Party and to the members of the tribunal.

(5) The tribunal shall, after consultation with the two agents, appoint a registrar.

(6) (A) The proceedings shall consist of written pleadings and oral hearings.

(B) The written pleadings shall be limited to the following documents:

(i) A memorial, which shall be submitted by each Party to the other Party by September 18, 1978,

(ii) A reply, which shall be submitted by each Party to the other Party by November 6, 1978.

Four certified copies of each document shall be submitted promptly to the registrar.

(C) The tribunal may extend the above time limits at the request of either Party for good

cause shown, provided that the time limits shall not be extended under any circumstances by a total of more than two weeks. The tribunal may if it wishes request supplemental pleadings.

(D) Oral hearings shall be held at Geneva, Switzerland, or at such other place as the Parties may agree, on November 20 and 21, 1978, at a specific time and place to be fixed by the President of the tribunal.

(7) (A) The Parties shall present their written pleadings and oral arguments to the tribunal in English or in French

(B) The tribunal shall arrange for simultaneous interpretation of the oral hearings and shall keep a verbatim record of all oral hearings in English and in French.

(8) (A) Subject to the provisions of this *compromis*, the tribunal shall determine its own procedure and all questions affecting the conduct of the arbitration.

(B) All decisions of the tribunal shall be determined by a majority vote

(C) The tribunal may engage such technical, secretarial, and clerical staff and obtain such services and equipment as may be necessary.

(9) The tribunal shall use its best efforts to render a decision on the change of gauge question and an advisory report on the Part 213 issue as soon as possible, but not later than December 10, 1978. To this end the tribunal shall sit from the date of the opening of the oral hearings until the date its decision and advisory report are rendered. If necessary, the tribunal may render a decision and advisory report limited to the conclusion, on or before December 10, with sufficiently clear guidance to enable the Parties to implement the decision; and issue a full decision and advisory report as soon as possible thereafter. A copy of the decision and of the advisory report, signed by all three arbitrators, shall be immediately communicated to each of the agents

(10) Any dispute between the Parties as to the interpretation of the decision or of the advisory report shall be referred to the tribunal for clarification at the request of either Party within 60 days of receipt of the written decision and report.

(11) (A) One copy each of all written pleadings of the Parties, the decision and the advisory report of the tribunal, and any written clarification thereof shall be submitted by the tribunal to the International Civil Aviation Organization.

(B) One copy of the verbatim record of all oral hearings, in English and in French, shall be submitted by the tribunal to the International Civil Aviation Organization.

(C) Notwithstanding subparagraphs 11 (A) and (B), documents regarded and designated as confidential by a Party and relevant portions of any pleading or record based thereon shall be treated confidentially by both Parties and the tribunal, and shall not be submitted by the tribunal to the International Civil Aviation Organization.

(12) (A) The remuneration of the three arbitrators, their travel and lodging expenses, and all general expenses of the arbitration shall be borne equally by the Parties. Each arbitrator shall keep a record and render a final account of all general expenses. The Parties shall agree upon the amount of remuneration and shall confer with each other and the President of the tribunal in all matters concerning remuneration and expenses.

(B) Each Party shall bear its own expenses incurred in the preparation and presentation of its case.

(13) The provisions of Articles 59, 65 to 78 inclusive, 81 and 84 paragraph 1 of the Convention of October 18, 1907 for the Pacific Settlement of International Disputes shall be applicable with respect to any points which are not covered by the present *compromis*.

(14) The *compromis* shall come into force on the date of signature.

10. During the hearing of 21 November 1978, in reply to a question addressed to them, the Agents of the two Parties agreed that the Arbitral Tribunal, if it so chose, could go beyond the 10 December 1978 fixed in point (9) of the *Compromis* of Arbitration as the final date for the delivery of the operative part of its award, in order to issue a complete award, on the understanding that this would be done as soon as possible.

*Summary of the Arguments of the Parties*1. *Question (A)*

## (a) The preliminary issue

11. In the sixth preambular paragraph of the *Compromis*, France reserved its right to plead that local remedies have not been exhausted. France contends that the requirement of the exhaustion of local remedies, which is firmly rooted in international practice, must apply to the situation envisaged in Question (A), because the latter relates to a dispute over treaty rules which are specifically designed to protect the rights of private entities—the designated air carriers—rather than those of the United States as such. This contention is based on the terms of the 1946 Air Services Agreement between the United States and France as well as on the wording of the *Compromis* of Arbitration.<sup>58</sup> Article X of the 1946 Agreement, which calls for submission to an arbitral tribunal of disputes “relative to the interpretation or application of this Agreement or its Annex which cannot be settled through consultation . . .”,<sup>59</sup> cannot be construed as a derogation from the local remedies rule. As Pan Am has requested the Administrative Tribunal of Paris to annul the decision of 14 March 1978, and as this request is still pending, the Arbitral Tribunal is precluded, at least for the time being, from replying to Question (A).

12. The United States argues that the local remedies rule does not apply to disputes where, as is the case here, a State complains that its own rights have been infringed. Nor does it apply to disputes in which a State claims that both its own rights and those of its nationals have been infringed; in such disputes, the State’s own rights take precedence. This is precisely the situation in the present case: the disputed rights flow from an international agreement between the United States and France in the implementation of which the United States has designated a carrier—Pan Am—whose rights are also affected by the decision of 14 March 1978. In any event, the United States contends, the local remedies rule is waived by Article X of the 1946 Air Services Agreement. Finally, the United States argues, the rule would in any case be inapplicable because no effective remedy is available under French law: the interpretation of a treaty obligation of France given by the French Minister of Foreign Affairs cannot be reversed by the French administrative tribunals.

## (b) The substantive issue

13. The United States contends that Section VI of the Annex to the 1946 Agreement<sup>60</sup> limits the right of either Party to changes of gauge in the territory of the other Party but not in the territory of third countries. According to the United States, change of gauge in London is consistent with the fundamental objective of the 1946 Agreement, stated in Section IV of its Annex,<sup>61</sup> to provide air travel “at the cheapest rates consistent with sound

<sup>58</sup> The full text of the *Compromis* is reproduced in paragraph 9.

<sup>59</sup> For the full text of Article X, see below, p. 429, foot-note 63.

<sup>60</sup> For the text of Section VI, see below, paragraph 45.

<sup>61</sup> The full text of Section IV is reproduced below, at p. 436, foot-note 69.

economic principles''; this objective would be frustrated by denying the carriers designated by the United States the most efficient means to operate over agreed routes. The change of gauge in London contemplated by Pan Am (from a larger to a smaller aircraft on the outward journey and from a smaller to a larger aircraft on the return journey) is also consonant with the capacity principles enunciated by Section IV; operational changes which are consonant with traffic principles, which do not affect traffic rights, and which are executed in third countries on agreed routes should be of no concern to the other Party. This interpretation is confirmed by the negotiating history of the 1946 Agreement, which is modelled on the Air Services Agreement concluded on 11 February 1946 between the United States and the United Kingdom (Bermuda I). The latter Agreement, like the former, only regulated changes of gauge occurring in the territory of the Contracting Parties; in so doing, it struck a compromise between United Kingdom preference for regulating changes of gauge anywhere and United States preference for total freedom in this matter. In their similar, Bermuda I-type Agreement, the United States and France likewise agreed to regulate changes of gauge in their territory but not in the territory of third countries. Finally, the interpretation of the 1946 Agreement advocated by the United States is confirmed by long-standing international practice under that Agreement as well as by the manner in which other States have applied bilateral air services agreements of the Bermuda I type.

14. France argues that the 1919 Paris Convention and the 1944 Chicago Convention on International Civil Aviation recognise the sovereignty of States over the air space above their territory and that the bilateral air services agreements granting air traffic rights must hence be interpreted strictly, in the sense that, wherever an agreement does not expressly permit changes of gauge—as is the case under Section VI of the Annex to the 1946 Agreement as regards changes in third countries—such changes must be deemed to be prohibited. This interpretation, which corresponds to the clear text and natural meaning of Section VI and which results in an application of the maxim "*expressio unius est exclusio alterius*", is supported by the application of general principles of treaty interpretation, not only by the above-mentioned rule according to which treaty rules implying limitations on sovereignty must be interpreted restrictively, but also by the principle according to which the objective and the fundamental provisions of the agreement must be taken into consideration. First, it is the objective of the 1946 Agreement to confer upon the Parties specific and limited rights on a basis of reciprocity, and this objective calls for a strict interpretation; the grant of additional economic advantages, such as the right to change gauge in third countries, would require new negotiations. Second, certain fundamental rules contained in Section IV of the Annex to the Agreement and expressly referred to in Section VI (change of gauge) support the strict interpretation already arrived at. This is true, in particular, of the statement that the Parties wish "to foster and encourage the widest possible distribution of the benefits of air travel", of the principle under which the designated carriers of one Party operating on authorized routes shall take into account the interests of the carriers of the other Party operating on all or part of the same route, of the rule

that the air services offered “should bear a close relationship to the requirements of the public”—and changes of gauge may indeed inconvenience the public—and of the capacity principles contained in letter (d), which provides, *inter alia*, that the services provided by a designated air carrier

shall retain as their primary objective the provision of capacity adequate to the traffic demands between the country of which such air carrier is a national and the country of ultimate destination of the traffic.

A change of gauge, in London, on the West Coast-Paris route, from a Boeing 747 to a Boeing 727 aircraft means that the capacity offered is geared to the traffic demand on the San Francisco-London segment rather than to the traffic demand existing for the entire San Francisco-Paris service. According to France, a strict interpretation of Section VI of the Annex to the 1946 Agreement is also warranted by the opinions of writers and by the subsequent conduct of the Parties to that Agreement.

## 2. Question (B)

### (a) The preliminary issue

15. In the seventh preambular paragraph of the *Compromis*, the United States reserved the right to argue that “under the circumstances the issue is not appropriate for consideration by an arbitral tribunal”. The United States submits that the Arbitral Tribunal should decline to answer Question (B). A first argument made in support of this Submission is that neither France nor French carriers suffered any injury as a result of the action taken by the United States under Part 213 of the Economic Regulations of the C.A.B. The Order of 9 May 1978 required Air France and U.T.A. to file their existing and new schedules within specified time-limits, just as United States carriers must routinely file schedules with the French authorities. The Order of 31 May 1978, which was to bar Air France from operating its thrice-weekly Paris-Los Angeles flights, was vacated before its implementation. It follows that, no French air services having been restricted by the two Orders, France has suffered no injury. A second argument put forward by the United States is based on the rule that international tribunals vested with a judicial function should not act when, as in the present case, there is no actual and genuine controversy the resolution of which can affect existing relations between the Parties. A third argument is that the issue addressed by Question (B) did not form the object of the consultation required by Article X of the 1946 Agreement. Finally, in response to a French argument outlined below (paragraph 16), to the effect that the two C.A.B. Orders were deliberately maintained during negotiations with a view to inducing France to accept binding adjudication of Question (A) and to agree to an expedited procedure and to the interim arrangements now contained in the *Compromis*, the United States observes that these solutions were arrived at, not as a result of undue pressure, but because France, too, was convinced that binding arbitration was the most appropriate method for dealing with Question (A), because the interests in issue called for a prompt solution, and because the interim régime established appeared a fair one.

16. In reply to the first argument put forward by the United States,

France contends that it is seeking reparation for the moral damage ("dommage moral") caused to it through the violation of international law and, in particular, of the 1946 Agreement resulting from United States action. In addition, France argues, the C.A.B. Orders did cause material injury to the French carriers. Finally, it states that these two Orders were deliberately maintained by the United States during the negotiations for the purpose of inducing France, which wished to confine its commitments to the obligations established by Article X of the 1946 Agreement (advisory jurisdiction), to accept binding adjudication of Question (A) and to agree to the expedited procedure and the interim arrangements now provided for in the *Compromis*. As regards the second United States argument—the absence of any actual controversy due to the lack of injury—France insists that it claims reparation for the moral damage inflicted on it, that the reparation claimed consists in a declaration, and that in cases such as the present one, international tribunals are empowered to render declaratory judgments even in the absence of a material injury—which is not the case here. Finally, the reality of France's interest is evidenced by the fact that both the 1946 Agreement and Part 213 of the C.A.B.'s Economic Regulations continue to be in force; thus, Part 213 may at any future time serve as a basis for new measures against France, either within the framework of the present case or in other situations. France also rejects the third United States argument—the alleged non-compliance with the requirement of consultation contained in Article X of the Agreement—by pointing out that if consultations were not as extended as one might have wished, this is due to the rigidity of the negotiating position of the United States. Moreover, the United States should have voiced its objection prior to the conclusion of the *Compromis*; the provision included in the seventh preambular paragraph of the *Compromis* is far too general to be understood as a reference to the obligation of prior consultation. Having thus accepted to submit Question (B) to arbitration, the United States is now estopped from arguing that the issue is not appropriate for consideration by the Arbitral Tribunal.

(b) The substantive issue

17. According to France, the C.A.B. Orders of 9 and 31 May 1978 are unjustified regardless of whether they are characterised as reprisals or considered from the perspective of the law of treaties, within the framework of the *exceptio non adimpleti contractus*. As regards the theory of reprisals, France first notes that its decision of 14 March 1978 did not run counter to the 1946 Agreement and, hence, could not justify reprisals. In any event, France argues, reprisals may be resorted to only in case of necessity, *i.e.* in the absence of other legal channels to settle the dispute; plainly this condition was not met, for such channels were available under Article X of the 1946 Agreement. Furthermore, the retaliation procedure should have been preceded by an unsuccessful formal request, as required by international law. Finally, the measures taken by the United States were disproportionate. On the one hand, they affected uncontested rights of French carriers under the 1946 Agreement, while the right of the United States-designated carrier to effect a change of gauge in London is a contested one; on the other hand, the implementation of the C.A.B.'s Order of 31 May 1978, depriving Air

France of its thrice-weekly Paris-Los Angeles flights, would have entailed an economic prejudice far exceeding that suffered by Pan Am as a result of the decision of 14 March 1978. If the question is viewed from the perspective of the law of treaties, it must be pointed out that the suspension of treaty provisions by one Party is not permitted unless the other Party has previously violated the treaty, which France denies having done. In addition, the violation in question must be material, *i.e.* consist in an unauthorised repudiation of the treaty or pertain to a provision essential to the accomplishment of the treaty's object or purpose; in the present case, neither condition was fulfilled. Moreover, even if the above-mentioned conditions had been met, suspension could have taken place only if the injured State had had no other means to ensure respect of the treaty; Article X of the 1946 Agreement shows that this was not the case here.

18. According to the United States, the action taken by the C.A.B. was justified under the theory of reprisals and the law of treaties, for both require a prior breach of an international obligation. Such a breach resulted from France's action at Orly Airport on 3 May 1978 and from its continued refusal to allow Pan Am to operate a change-of-gauge service, regardless of whether the existence of the right claimed by the United States has been confirmed by an arbitral tribunal or not. The measures taken by the United States should not be viewed as a termination of the 1946 Agreement or as a suspension of its application, but rather as steps towards a limited withdrawal of rights of French carriers corresponding to the rights denied the United States carrier. At any rate, France's conduct amounts to a "serious" or "material" breach of the 1946 Agreement, as is shown by the losses suffered by Pan Am due to the disruption of its operating plans. The United States rejects the French argument that under both the theory of reprisals and the law of treaties no counter-measures may be taken where alternative means of satisfaction exist. The theory of reprisals as represented by France, if correct, applies to armed reprisals only; in the present context, that theory could not be accepted until the institutions of international adjudication have evolved to the point where there are international tribunals in place with the authority to take immediate interim measures of protection, for otherwise the respondent State would lack any incentive to co-operate in the expeditious conclusion of arbitration proceedings. An examination of the rules of the law of treaties leads to a similar conclusion. As far as the French argument on the lack of proportionality is concerned, the United States points out that Air France's Paris-Los Angeles service is roughly equivalent in fact to the West Coast-Paris service Pan Am proposed to resume; the French carriers moreover neglected the opportunity to complain to the C.A.B. regarding the scope of the proposed counter-measures. The two services are also equivalent in law, for, contrary to the French argument, there *can* be proportionality between a disputed service and an undisputed service.

#### *Preliminary Issues*

19. In the sixth and seventh preambular paragraphs of the *Compromis* of Arbitration, it is noted

that in agreeing to resort to arbitration with respect to change of gauge, the French Government reserves the right to argue before the tribunal that all means of internal recourse must be exhausted before a State may invoke arbitration under the Agreement, and

that in agreeing to resort to arbitration with respect to Part 213, the United States Government reserves the right to argue before the tribunal that under the circumstances the issue is not appropriate for consideration by an arbitral tribunal.

20. The relevant final Submissions of the Parties, as presented during the oral hearing of 21 November 1978, read as follows:

For France:

May it please the Arbitral Tribunal:

(1) Regarding Question (A),

To adjudge and declare that the Government of the United States was required, before acting on the international level by resorting to arbitration, to wait until the United States company that considers itself injured by the allegedly unlawful act of the French Government had exhausted the remedies open to it under French law; and that, since those remedies have not been exhausted, the Arbitral Tribunal is unable to decide on the question submitted to it;

Subsidiarily,

To adjudge and declare that, for the above-mentioned reasons, the Arbitral Tribunal must postpone its decision on Question (A) until such time as the Pan American World Airways company has either obtained recognition of the rights it claims from the French courts or exhausted the remedies available to it under French law without obtaining satisfaction;

62

For the United States:

the United States respectfully requests the Tribunal to rule as follows: on Question B, to decline to answer the question

21. At first glance, the preambular paragraphs, together with the Submissions quoted above, seem to be self-contradictory, in particular when viewed within the context of the *Compromis* as a whole.

22. In paragraph (2) of the *Compromis*, the Parties in common agreement request the Tribunal "to decide the following two questions", and in the first sentence of paragraph (9) a precise and very short time-limit is set for the Tribunal "to render a decision on the change of gauge question and an advisory report on the Part 213 issue": the decision and advisory report must be given not later than 10 December 1978; the same time-limit appears in paragraph (3) dealing with interim arrangements. Apparently, the Parties to the *Compromis* wanted a decision on both questions, and that within a period of time that would not permit the delays inherent in the fulfilment of the conditions elaborated in the written and oral pleadings relating to these preliminary matters.

23. Indeed, this is *not* a case in which one Party *unilaterally* presents a *claim* before a tribunal under Article X of the Air Transport Services Agreement.<sup>63</sup> On the contrary, both Parties, by *agreement*, request the Tri-

<sup>62</sup> Translation by the Registry.

<sup>63</sup> Article X of the Agreement, as amended by an Exchange of Notes of 19 March 1951, reads as follows:

"Except as otherwise provided in this Agreement or its Annex, any dispute between the Contracting Parties relative to the interpretation or application of this Agreement or its

bunal to "decide . . . two *questions*" which they themselves have formulated and which, under the terms of paragraph (2) of the *Compromis*, must be answered "in accordance with applicable international law and in particular with the provisions of the Agreement" (emphasis added).

24. It is in this context that the Tribunal has to respond to the requests formulated by the two Parties in their final Submissions quoted above.

25. The French Submissions on Question (A) request the Tribunal to declare that it " . . . is unable to decide on the question . . . " because Pan Am has *not* exhausted "the remedies open to it under French law", or at least *until* Pan Am has exhausted these remedies.

26. In this connexion, it should be noted that, as will appear from the part of the present Award relating to Question (A), there is no need for the Tribunal to decide on any question relating to any fact the existence of which might be in dispute between the Parties. Question (A), as formulated by agreement between the Parties, is purely a question of law, to be answered by interpretation of rules of international law and in particular of rules embodied in a treaty "establishing rules expressly recognised by the contesting States" (Article 38 of the Statute of the International Court of Justice).

27. The Tribunal is *not* requested, in respect of Question (A), to state whether or not the existence of any fact or situation constitutes a breach of an international obligation, let alone to decide on "the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation" (Article 36 of the Statute of the International Court of Justice).

28. As stated by the Arbitral Tribunal for the Agreement on German External Debts in its Award in the case of *Swiss Confederation v. Federal Republic of Germany* (No. 1), of 3 July 1958,

In legal text-books and decisions by the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice, as well as in treaty practice, the application of the rule of exhaustion of local remedies has always been taken into consideration only in connection with a discussion of the question of the international responsibility of a State for an unlawful act ( . . . ) committed on its territory against a national of another State and for a refusal to grant reparation of this unlawful act, *viz.* , a denial of justice ( . . . ) (*International Law Reports*, vol. 25, 1958-I, p. 33, at p. 42.)

---

Annex which can not be settled through consultation shall be submitted for an advisory report to a tribunal of three arbitrators, one to be named by each Contracting Party, and the third to be agreed upon by the two arbitrators so chosen, provided that such third arbitrator shall not be a national of either Contracting Party. Each of the Contracting Parties shall designate an arbitrator within two months of the date of delivery by either Party to the other Party of a diplomatic note requesting arbitration of a dispute; and the third arbitrator shall be agreed upon within one month after such period of two months.

"If either of the Contracting Parties fails to designate its own arbitrator within two months, or if the third arbitrator is not agreed upon within the time limit indicated, the President of the International Court of Justice shall be requested to make the necessary appointments by choosing the arbitrator or arbitrators, after consulting the President of the Council of the International Civil Aviation Organization.

"The Contracting Parties will use their best efforts under the powers available to them to put into effect the opinion expressed in any such advisory report. A moiety of the expenses of the arbitral tribunal shall be borne by each Party."

29. It has however been argued that, even if the question put to the Tribunal is formulated as a pure question of law independent from any *existing* factual situation, in reality a specific set of actual facts involving acts of Pan Am and of the French authorities (communication by Pan Am to French aeronautical authorities and reply thereto; landing of Pan Am aircraft at Orly on 3 May 1978 and acts of the French gendarmerie on that date) is at the root of the request for a decision on Question (A). In this connexion, reference has also been made to the fact that paragraph (3) of the *Compromis*, dealing with interim arrangements, mentions a specific air carrier—Pan Am—and specific conduct of that company in the period from the date of signature of the *Compromis* up to 10 December 1978.

30. The Tribunal does not consider these elements to be of such a character as to justify the application of the rule of exhaustion of local remedies in the present situation, with the effect of excluding—even if only for the time being—a decision of the Tribunal on Question (A). Quite naturally, governments of States are not likely to create a legal dispute between them if there exist no factual situations which somehow raise questions of international law. Similarly, if these governments agree on any interim arrangements pending the settlement of the dispute, such arrangements are likely to be expressed in terms of actual conduct, be it conduct of private individuals or entities or conduct of State organs in relation to those individuals or entities. Indeed, rules of international law, though primarily conceived in terms of conduct of and relationships between States, are ultimately concerned, like all rules of law, with the reality of physical persons, objects and activities in their interrelationship within human society. Accordingly, the rule of international law relating to the requirement of exhaustion of local remedies, when making a distinction between the State-to-State claims in which the requirement applies, and claims which are not subject to such a requirement, must necessarily base this distinction on the *juridical* character of the *legal relationship* between States which is invoked in support of the claim. Consequently, with respect to the applicability of the local remedies rule, a distinction is generally made between “cases of diplomatic protection” and “cases of direct injury”.

31. If it is argued that, by virtue of the French reservation contained in the sixth preambular paragraph of the *Compromis*, a *parallel* distinction should be made in the present case, where the question before the Tribunal is not one of reparation for, or even only determination of, injuries allegedly caused to a State by actual conduct of another State, such a distinction could only be based on the juridical character of the *rules* of international law which the Tribunal is requested and required to apply in deciding on Question (A). In this connexion, it is significant that Article 22 of the draft articles on State responsibility, as provisionally adopted in first reading by the International Law Commission in 1977,<sup>64</sup> establishes the requirement of ex-

---

<sup>64</sup> This Article reads:

“When the conduct of a State has created a situation not in conformity with the result required of it by an international obligation concerning the treatment to be accorded to aliens, whether natural or juridical persons, but the obligation allows that this or an equiva-

haustion of local remedies only in relation to an obligation of "result", which obligation "allows that this or an equivalent result may nevertheless be achieved by subsequent conduct of the State", and which is an obligation "concerning the treatment of aliens". Leaving aside the choice made in this draft article between the qualification of the rule of exhaustion of local remedies as one of "procedure" or one of "substance"—a matter which the Tribunal considers irrelevant for the present case—it is clear that the juridical character of the *rules* of international law to be applied in the present case is fundamentally different from that of the rules referred to in the draft article just cited. Indeed, under Article I of the Air Services Agreement, "[t]he Contracting Parties grant to *each other* the rights specified in the Annex hereto . . ." (emphasis added), and Sections I and II of the Annex both mention "the right to conduct air transport services by one or more air carriers of French [United States] nationality designated by the latter country . . ." as a right granted by one *government* to the other *government*. Furthermore, it is obvious that the object and purpose of an air services agreement such as the present one is *the conduct of air transport services*, the corresponding obligations of the Parties being the admission of such conduct rather than an obligation requiring a "result" to be achieved, let alone one allowing an "equivalent result" to be achieved by conduct subsequent to the refusal of such admission. For the purposes of the issue under discussion, there is a substantial difference between, on the one hand, an obligation of a State to grant to aliens admitted to its territory a treatment corresponding to certain standards, and, on the other hand, an obligation of a State to admit the conduct of air transport services to, from and over its territory. In the latter case, owing to the very nature of international air transport services, there is no substitute for actually permitting the operation of such service, which could normally be regarded as providing an "equivalent result".

32. On the basis of the foregoing considerations, the Tribunal is of the opinion that it *is* "able to decide on the question submitted to it" and that it should *not*

postpone its decision on Question (A) until such time as the Pan American World Airways company has either obtained recognition of the rights it claims from the French courts or exhausted the remedies available to it under French law without obtaining satisfaction.

33. Turning now to the last preambular paragraph of the *Compromis* and the final Submission of the United States requesting the Tribunal ". . . to decline to answer . . ." Question (B), the Tribunal first of all recalls the general observations made earlier relating to the self-contradictory character of this paragraph and Submission and the context within which the Tribunal has to deal with the objections of the United States to the effect that the Part 213 issue "under the circumstances . . . is not appropriate for consideration by an arbitral tribunal."

34. Indeed, here again, the objections of the United States that (a)

---

lent result may nevertheless be achieved by subsequent conduct of the State, there is a breach of the obligation only if the aliens concerned have exhausted the effective local remedies available to them without obtaining the treatment called for by the obligation or, where that is not possible, an equivalent treatment "

United States action under Part 213 did not injure France or French air carriers; (b) the Parties did not consult with respect to the Part 213 issue; and (c) there is no actual controversy to adjudicate, are to be appreciated within the framework of the *Compromis* as a whole, including in particular its paragraphs (2) (B) and (3).

35. In paragraph (2) of the *Compromis*, then, the Tribunal is requested “to decide the following *two* questions . . .” (emphasis added), including Question (B), which is framed as follows: “Under the circumstances in question, *did* the United States have the right to undertake . . . ?” (emphasis added). The opinion of the Tribunal, expressed in an advisory report, will have the effect provided for in Article X of the Agreement.

36. On the other hand, paragraph (3) of the *Compromis*, dealing with arrangements the Parties have agreed upon pending the arbitration, provides *inter alia* that:

Upon signature of this compromis, the United States Civil Aeronautics Board shall immediately vacate all pertinent orders issued pursuant to Part 213 . . .

37. Under these circumstances, the Tribunal is of the opinion that the objections raised against its issuing an advisory report with respect to Question (B) have to be assessed in a context substantially different from the one which exists in a case where an arbitral tribunal or international court would have to decide on a unilateral claim of one Party to a dispute, to establish the actual breach of an international obligation and to determine the consequences of such a breach.

38. In particular, the fact that, *by virtue of paragraph (3) of the Compromis*, the pertinent C.A.B. Orders—notably Order 78-6-82 as amended by Order 78-6-202—have been vacated before they became effective is, in the opinion of the Tribunal, irrelevant for an answer to Question (B), which can only relate to the action undertaken by the United States *before* the date of signature of the *Compromis*.

39. The Tribunal does not consider it necessary to express an opinion on the question whether the earlier C.A.B. Orders 78-5-45 (Order to file schedules) and 78-5-106 (Order denying motion for stay)—which *did* have effects before they were vacated—did injure France or French air carriers, since it is clear that the *other* Orders, considered within the framework of Question (B)—*i.e.* without taking into account their being vacated by virtue of, and after the signature of, the *Compromis*—*would* inflict such injury.

40. The question of the requirement of prior consultations under Article X of the Air Services Agreement should be contemplated within the same framework. Even if the discussions between the Parties with respect to the action of the United States under Part 213 were not very extensive and perhaps more limited in time than those relating to the change-of-gauge issue, dealt with in the same discussions, they did in fact take place. In this connexion, it should be taken into account that, by their nature, the two issues were in fact closely interrelated: the Part 213 issue, by the very wording of both the relevant legislative text and the Orders themselves, is based on an alleged violation by France of its obligations in the matter of change of gauge.

41. Finally—and again within the framework outlined above—the Tribunal considers that the arguments advanced and the precedents invoked by the United States in support of its thesis that under international law tribunals are enjoined to decide only “actual controversies” between the Parties are not directly applicable in the present situation. Throughout the discussions leading up to the signature of the *Compromis*, the request for arbitration on Question (B) has been linked up with the request for arbitration on Question (A). The link between the two issues also appears clearly from paragraph (3) of the *Compromis*. Both issues, in fact, involve the object and purpose of the Air Services Agreement between the Parties, *viz.*, the rights of France and of the United States, respectively, to conduct air transport services on the routes specified in Schedules I and II (as amplified by the Exchange of Notes of 5 April 1960).

42. Under these circumstances, the Tribunal would be failing in its duties were it to refuse to give its opinion on Question (B).

#### *Question (A)*

43. The first question to be decided by the Tribunal is as follows:

Does a United States-designated carrier have the right to operate West Coast-Paris service under the Air Services Agreement between the United States and France with a change of gauge in London (transshipment to a smaller aircraft on the outward journey and to a larger aircraft on the return journey)?

On this question, the decision of the Tribunal shall be binding.

44. To answer Question (A), the Tribunal first examined the terms of the Agreement itself as they refer specifically to change of gauge. In the absence of a clear answer based solely on those terms, the Tribunal next referred to other provisions of the Agreement as a whole. This analysis led to a tentative judgment on a response to Question (A). The Tribunal then tested that judgment in the light of both the overall context of international civil aviation in which the Agreement was negotiated and the practice of the Parties as they operated under the Agreement. The analysis indicates that neither the overall context nor the practice of the Parties is inconsistent with the tentative judgment based on the text of the Agreement as a whole. Finally, the Tribunal undertook a limited examination of practice under air services agreements similar to the France-United States one, for the sole purpose of ensuring that this practice did not suggest a wholly dissimilar approach from the Tribunal’s tentative judgment. Having taken these steps, the Tribunal concluded that the judgment referred to is valid and should properly serve as the basis for its response to Question (A). Each of the steps is discussed in some detail below.

#### 1. *The Text of the Agreement Relating to Change of Gauge*

45. The only specific provision concerning change of gauge in the Agreement is in Section VI of the Annex.<sup>65</sup> Section VI provides:

---

<sup>65</sup> Throughout this Award, the Tribunal uses the terms “change of gauge” and “rupture de charge” to mean a change in the size of the aircraft

(a) For the purpose of the present Section, the term 'Transshipment' shall mean the transportation by the same carrier of traffic beyond a certain point on a given route by different aircraft from those employed on the earlier stages of the same route

(b) Transshipment when justified by economy of operation will be permitted at all points mentioned in the attached Schedules in territory of the two Contracting Parties.

(c) However, no transshipments will be made in the territory of either Contracting Party which would alter the long-range characteristics of the operation or which would be inconsistent with the standards set forth in this Agreement and its Annex and particularly Section IV of this Annex

46. By its terms, therefore, Section VI covers only a change of gauge (or other forms of transshipment) within the territory of one of the Parties. It does not apply to situations, such as the one referred to in Question (A), when a carrier seeks to change gauge in the territory of a third country along one of the routes covered by the Agreement. What implications may be drawn from the absence of any reference in the Agreement to change of gauge in third countries?

47. The French Government has argued that this silence should be interpreted to preclude any change of gauge in third countries by a carrier of one Party unless specifically approved by the Government of the other Party. The French Government contends that no grant of authority to change gauge in third countries may be implied, particularly since only one type of situation involving change of gauge is expressly covered by Section VI. The United States Government takes the opposite position. A change of gauge in third countries is always permitted, it argues, and no prohibition may be implied from the Agreement. Rather, the United States Government urges, the implication of Section VI is that the only restrictions on change of gauge are those that relate to the territories of the Parties. Outside those territories, it claims, the Parties are permitted to change gauge without limitation.

48. In the view of the Tribunal, neither of these extreme positions may be properly derived on the basis of Section VI, viewed in isolation from the other terms of the Agreement. It is necessary, instead, to turn to the text of the Agreement as a whole. As stated by the Permanent Court of International Justice in its Advisory Opinion of 12 August 1922 regarding the *Competence of the International Labour Organisation*,

it is obvious that the Treaty must be read as a whole and that its meaning is not to be determined merely upon particular phrases which, if detached from the context, may be interpreted in more than one sense (Publications of the P C I J , Series B, No. 2, p. 23).

see also the *United States-France Air Arbitration*, 1963 (United Nations, Reports of International Arbitral Awards, vol. XVI, pp. 46-47).

## 2. *The Text of the Agreement as a Whole*

49. The Agreement states in Article I that the

Contracting Parties grant to each other the rights specified in the Annex hereto for the establishment of the international air services set forth in that Annex . . . .

It is the terms of the Annex, therefore, that must be examined for a consideration of the rights of the Parties and any limitation on those rights.

50. In Sections I and II of the Annex, the two Parties grant each other "the right to conduct air transport services" on the routes designated in the

attached Schedules.<sup>66</sup> In the present case, the relevant texts are Schedule II and the Exchange of Notes dated 5 April 1960.<sup>67</sup>

51. In Section III, each Party provides limited rights on its own territory to the other Party—“rights of transit, of stops for non-traffic purposes and of commercial entry and departure for international traffic . . . ”.<sup>68</sup>

52. Section IV establishes basic guidelines for regulating capacity on the authorised routes. It states that both Parties wish to encourage air travel “for the general good of mankind at the cheapest rates consistent with sound economic principles”; that each Party shall take into account the interests of the carrier of the other Party in regard to services on the same routes; that services should “bear a close relation to the requirements of the public for such services” and, perhaps most important, that services “shall retain as their primary objective the provision of capacity adequate to the traffic demands between the country of which such air carrier is a national and the country of ultimate destination of the traffic”. Finally, the rights of carriers of either Party to embark or disembark passengers in the territory of the other Party are subject to an additional set of guiding principles.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Sections I and II of the Annex read:

*“Section I*

“The Government of the United States of America grants to the Government of the French Republic the right to conduct air transport services by one or more air carriers of French nationality designated by the latter country on the routes, specified in Schedule I attached, which transit or serve commercially the territory of the United States of America.”

*“Section II*

“The Government of the French Republic grants to the Government of the United States of America the right to conduct air transport services by one or more air carriers of United States nationality designated by the latter country on the routes, specified in Schedule II attached, which transit or serve commercially French territory.”

<sup>67</sup> Part of the Note of 5 April 1960 addressed by the United States Embassy in Paris to the French Ministry of Foreign Affairs reads:

“After recent discussions on this subject, it is the Embassy’s understanding that agreement has been reached on an exchange of air transit rights to accord the following advantages to air carriers of both countries.

“(1) French carriers may serve Los Angeles via Montreal (without traffic rights between Montreal and Los Angeles)

“(2) United States carriers may operate to Paris via London (without traffic rights between London and Paris) for services to and from United States west coast points.”

<sup>68</sup> The full text of Section III is as follows:

“One or more air carriers designated by each of the contracting Parties under the conditions provided in this Agreement will enjoy, in the territory of the other Contracting Party, rights of transit, of stops for non-traffic purposes and of commercial entry and departure for international traffic in passengers, cargo and mail at the points enumerated and on each of the routes specified in the schedules attached at all airports open to international traffic.”

<sup>69</sup> Section IV reads.

“It is agreed by the Contracting Parties:

“(a) That the two governments desire to foster and encourage the widest possible distribution of the benefits of air travel for the general good of mankind at the cheapest rates consistent with sound economic principles; and to stimulate international air travel as a means of promoting friendly understanding and good will among peoples and insuring as well the many indirect benefits of this new form of transportation to the common welfare of both countries

“(b) That in the operation by the air carriers of either Contracting Party of trunk serv-

53. Section V deals with rates to be charged by carriers of the Parties. Section VI, of course, has already been discussed. Section VII permits route changes by one Party in the territory of third countries—but not in the territory of the other Party—with a requirement only of prompt notice and an opportunity to consult if requested.<sup>70</sup> Lastly, Section VIII calls for the prompt exchange of information by the Parties.<sup>71</sup>

54. The text of the entire Agreement is as significant for what it omits as for what it specifies. It is silent concerning most of the major operational issues facing an air carrier—types of plane, number of crew members, and the like. When jet planes were first developed, for example, one unfamiliar with the Agreement might have assumed that a new accord would be necessary. In fact, however, the 1946 Agreement was not modified at the time this remarkable technological innovation was introduced. Similarly, recent objections to supersonic planes were not based on the terms of the Agreement but solely on environmental concerns. The point is that the Agreement

ices described in the present Annex, the interests of the air carriers of the other country shall, however, be taken into consideration so as not to affect unduly the services which the latter provide on all or part of the same route.

“(c) That the air transport services offered by the carriers of both countries should bear a close relationship to the requirements of the public for such services.

“(d) That the services provided by a designated air carrier under this Agreement and its Annex shall retain as their primary objective the provision of capacity adequate to the traffic demands between the country of which such air carrier is a national and the country of ultimate destination of the traffic; and

“—that the right of the air carriers of either country to embark and to disembark at points in the territory of the other country international traffic destined for or coming from third countries at a point or points specified in the Schedules attached, shall be applied in accordance with the general principles of orderly development to which both governments subscribe and shall be subject to the general principle that capacity shall be related

“(1) to traffic requirements between the country of origin and the countries of destination,

“(2) to the requirements of through airline operation, and

“(3) to the traffic requirements of the area through which the airline passes after taking account of local and regional services ”

<sup>70</sup> Section VII provides:

“Changes made by either Contracting Party in the routes described in the Schedules attached except those which change the points served by these airlines in the territory of the other Contracting Party shall not be considered as modifications of the Annex. The aeronautical authorities of either Contracting Party may therefore proceed unilaterally to make such changes, provided, however, that notice of any change is given without delay to the aeronautical authorities of the other Contracting Party

“If such other aeronautical authorities find that, having regard to the principles set forth in Section IV of the present Annex, interests of their air carrier or carriers are prejudiced by the carriage by the air carrier or carriers of the first Contracting Party of traffic between the territory of the second Contracting Party and the new point in the territory of a third country, the authorities of the two Contracting Parties shall consult with a view to arriving at a satisfactory agreement.”

<sup>71</sup> The full text of Section VIII is:

“After the present Agreement comes into force, the aeronautical authorities of both Contracting Parties will exchange information as promptly as possible concerning the authorizations extended to their respective designated air carriers to render service to, through and from the territory of the other Contracting Party. This will include copies of current certificates and authorizations for service on the routes which are the subject of this Agreement and, for the future, such new authorizations as may be issued together with amendments, exemption orders and authorized service patterns ”

leaves to the Parties—and, if a Party chooses, to its designated air carriers—the right to decide a wide range of key issues concerning almost every aspect of service on designated routes apart from those regarding rates and capacity.

55. Exceptions to this basic approach are made in the Agreement, but in the main they concern regulation by a Party of activities in that Party's territory. Section VII of the Annex provides, for example, that one Party may make changes in the routes described—with notice and the option of consultation—in the territory of third countries, but not in the territory of the other Party.

56. Section VI of the Annex refers, as has been discussed, solely to change of gauge in the territory of one of the Parties. This in itself is understandable when the Agreement is viewed as a whole. It is entirely reasonable to draw a distinction between activities within the territory of a Party and activities within the territories of third countries. Each Party is naturally more concerned about what happens on its own territory than what happens elsewhere. Within a network of bilateral air services agreements throughout the world, this approach assures that activities in each territory are primarily regulated by the countries most directly concerned.

57. What insights on Question (A) emerge from this examination of the text of the Agreement as a whole? First, it seems evident to the Tribunal that neither extreme position on the change-of-gauge issue may be accepted. On the one hand, some gauge changes in third countries must be permitted. When a plane has a mechanical failure, for example, a transshipment is plainly required, and no plane of the same size may be available. Similarly, carriers on routes that involve extremely long distances—including, most obviously, routes around the world—must change planes at some point or points, and there seems to be no reason why the same size aircraft must be used on every segment of such routes.

58. On the other hand, the Agreement includes a variety of conditions concerning services by carriers of the Parties. The route descriptions in the Schedules are one set of conditions. The capacity provisions in Section IV of the Annex are another. It would undercut the terms of the Agreement to permit a change of gauge for the *sole* purpose of enabling a carrier to act inconsistently with one or more of these conditions.

59. The issue that must be resolved, therefore, is how to distinguish between permitted and prohibited gauge changes in third countries. On this issue, the terms of the Agreement referred to above are of considerable assistance. Most important, they refer to designated routes and to services on those routes. Passengers may embark and disembark at various points, but the Agreement consistently reflects a concept of continuous service scheduled from a point of origin on a route to a point of termination on that route. This concept is not stated expressly in the Agreement, but it emerges from the text when read as a whole—particularly Section I of the Annex and the Schedules.

60. On this basis, the Tribunal tentatively concluded that a change of gauge is authorised in the territory of a third country when the service in-

volved is continuous—when the change of gauge is not simply a basis for providing a series of separate services.

61. Under this approach, change of gauge cannot be used as an excuse for acting inconsistently with provisions of the Agreement, most obviously those relating to capacity. At the same time, a change of gauge may be the most appropriate means to ensure compliance with certain provisions. Traffic demands may diminish, for example, over the course of an extended route. This is plainly the case when, as in the particular situation at issue, so-called fifth-freedom traffic is precluded. United States carriers are prohibited from embarking passengers in London on the route to Paris via London from United States West Coast points. It is virtually certain, therefore, that the traffic demands on the route will be less on the London to Paris segment than on the preceding segment.

62. Although Section VI is not by its terms applicable to the situation raised in Question (A), its text may properly be taken into account, and seems appropriately to reflect the Tribunal's tentative judgment. That text refers specifically to three criteria: first, a change of gauge within the territory of a Party must be justified by "economy of operation"; second, it must not "alter the long-range characteristics of the operation"; and third, it must not be inconsistent with other provisions of the Agreement, particularly Section IV of the Annex regarding capacity.

63. The focus of the Tribunal on a concept of continuous service appears related to these criteria, when interpreted broadly. Economy of operation would naturally be a guiding principle for gauge changes that are consistent with the concept of continuous service; the "long-range characteristics of the operation" (*i.e.* characteristics of a service as opposed to a particular aircraft) reflect a sense of that concept; and, as already stated, a change of gauge may not be used simply as a basis for action inconsistent with provisions in the Agreement—most obviously the capacity provisions in Section IV of the Annex.

64. Drawing on Section VI for appropriate guidance thus further confirms the judgment that a concept of continuous service is the key to a resolution of Question (A). A change of gauge that is consistent with that concept is authorised; a change of gauge that is designed to establish essentially separate services is precluded.

65. At a point on a route where fifth-freedom rights are allowed, therefore, a scheduled change of gauge from a smaller to a larger plane is not permitted if experience has shown that the purpose of the change is solely to accommodate more fifth-freedom traffic than is allowed under the capacity principles in Section IV. Even if—as in the situation involved in Question (A)—no fifth-freedom rights are permitted at a point, change of gauge must not be used as an excuse for a significant delay in service—in effect to change a continuous service into a series of separate services.

### 3. *The Context in Which the Agreement Was Negotiated*

66. Although no negotiating history of the Agreement concerning the specific question at issue was uncovered by the Parties, the broader context

in which the Agreement was negotiated is relevant. There is no need to dwell at length on the Convention on International Civil Aviation concluded at Chicago on 7 December 1944, the basic instrument that set the stage for the rapid expansion of international civil aviation. It is considered in some detail in the *Italy-United States Air Arbitration*, 1964 (United Nations, Reports of International Arbitral Awards, vol. XVI, pp. 96-98). Most important, the Convention established the structure for an international régime for civil air services that was remarkably open and unregulated except in terms of routes, rates, and capacity, and certain activities that may be regulated by the government of a country within its own territory. Taken as a whole, the Chicago Convention reflects neither the concept of "freedom of the air" nor a concept of national sovereignty of a State over the airspace above its territory as would permit that State to impose on the use of that airspace by foreign air carriers any condition whatsoever relating to conduct of that air carrier prior to or after such use. This context supports, therefore, the distinction that has been drawn above between activities relating to the territories of the Parties, which generally require specific authorisation, and activities on the territories of third countries, which are generally permitted absent a specific prohibition.

67. The 1946 Bermuda Agreement between the United Kingdom and the United States, which preceded the France-United States Agreement by only a few months, is also a part of the relevant context, although France is clearly not bound by the Bermuda Agreement, let alone its negotiating history, for it was not a Party to the Agreement.

68. The negotiating history of the Bermuda Agreement does indicate, however, a compromise between an initial United Kingdom position that was opposed to any change of gauge by a carrier of one Party without specific authorisation by the other Party, and an initial United States position favouring completely unrestricted change of gauge. The change-of-gauge provision that was finally adopted<sup>72</sup> and the negotiating history make clear

---

<sup>72</sup> Section V of the Annex to the Bermuda Agreement, which deals with change of gauge, provides the following

"(a) Where the onward carriage of traffic by an aircraft of different size from that employed on the earlier stage of the same route (hereinafter referred to as 'change of gauge') is justified by reason of economy of operation, such change of gauge at a point in the territory of the United Kingdom or the territory of the United States shall not be made in violation of the principles set forth in the Final Act of the Conference on Civil Aviation held at Bermuda from January 15 to February 11, 1946 and, in particular, shall be subject to there being an adequate volume of through traffic

"(b) Where a change of gauge is made at a point in the territory of the United Kingdom or in the territory of the United States, the smaller aircraft will operate only in connection with the larger aircraft arriving at the point of change, so as to provide a connecting service which will thus normally wait on the arrival of the larger aircraft, for the primary purpose of carrying onward those passengers who have travelled to United Kingdom or United States territory in the larger aircraft to their ultimate destination in the smaller aircraft. Where there are vacancies in the smaller aircraft such vacancies may be filled with passengers from United Kingdom or United States territory respectively. It is understood however that the capacity of the smaller aircraft shall be determined with primary reference to the traffic travelling in the larger aircraft normally requiring to be carried onward

" . . . " (United Nations Treaty Series, vol. 3, p. 253 )

that the Bermuda Agreement embodies a position on change of gauge consistent with the judgment expressed in this Award.

#### 4. *The Practice of the Parties*

69. The activities of the Parties under an international agreement over a period of time may, of course, be relevant—occasionally even decisive—in interpreting the text. In this case, a number of changes of gauge in third countries by United States carriers on routes specified in the Schedules occurred during the years that the Agreement has been in force. Not surprisingly, the Parties differ on the weight to be given to this practice. In the circumstances of this case, the Tribunal believes that all that can be fairly concluded from the entire course of practice by the Parties is that it does not lead to a different conclusion from the one tentatively adopted on the basis of the text of the Agreement and supported by the overall context in which the Agreement was negotiated.

70. The United States has also referred to thousands of gauge changes under other international air services agreements to which it was or is a Party. Some of those agreements contain provisions similar to those in the France-United States Agreement; others are substantially different.

71. The Tribunal would be extremely hesitant to draw firm conclusions from this practice, at least without detailed examination of each agreement and the relevant practice of the Parties—an examination that has not been possible in the limited time available to the Tribunal. On this basis, it is possible to say no more than that this practice also does not appear inconsistent with the approach adopted by the Tribunal.

#### *Question (B)*

72. As a preliminary consideration, the Tribunal has to make two series of observations, the first covering the question itself, the second covering the “circumstances in question”.

73. First of all with regard to the question itself, it is quite certain that the Arbitral Tribunal does not have to consider the compatibility in principle of the régime as a whole established by the system of Part 213 of the C.A.B. Economic Regulations with United States international obligations; nor even less does it have to assess the advantages and drawbacks of a system which constitutes, in air transport, the application of an approach which the United States has often used in its economic relations with other countries.

74. All the Tribunal has to consider is whether, *in the circumstances in question*, the United States Government violated its international obligations by the *action* taken in the period immediately prior to the conclusion of the *Compromis* of Arbitration. It is also quite obvious that the lawfulness of such action must be considered regardless of the answer to the question of substance concerning the alleged violation of the 1946 Agreement by the French Government. It must now be established whether the United States

Government violated its international obligations by its action, even if it were assumed that it was established after such action, so as to bind the French Government, that the French Government had violated the 1946 Agreement before the United States action was taken.

75. The second series of observations pertains to the specific "circumstances in question" in the present case. They cover a number of general aspects which must be briefly recalled. The most sensitive issue is perhaps the great uncertainty surrounding relations between the Parties *inter se* and between them and the company in question regarding the subject of the dispute, the objectives pursued, and even the exact reach of their positions. Such a situation easily gives rise to suspicion, concern and misjudged reactions which are liable to worsen the dispute. The fact that the interested company ignored the objections of the French authorities—brought to its notice by letter of 14 March 1978—by landing in French territory, the action taken by the French gendarmerie on 2 May and the subsequent measures taken by the C.A.B. clearly show an "escalation" of the conflict.

76. Relations between the air companies and their national governments are complex; legally the companies are distinct from the governments and occasionally oppose their action; but the companies also fall in many ways under the legal dependence of governments and often act in close conjunction with them.

77. Pan Am's primary intention, as it appears from its letter of 5 October 1977, was to make changes in its services that could give rise to questions of principle. The French authorities' refusal to approve those changes was not, however—it would seem—followed by any kind of consultation which would have been for both authorities concerned the normal consequence of such a representation under Article VIII of the 1946 Agreement. Pan Am then presented a more limited request which is at the origin of the dispute and based on transitional technical reasons which might possibly have been responded to by an approval for a limited period of time. The French refusal of 1978 acutely raised a question of principle not dealt with in so many words by the text of the Agreement (change of gauge in third countries); according to the documents submitted to the Tribunal, it does not appear that in more than 30 years of application of the Agreement the Parties had even discussed that question of principle. What then is the matter about? The solution of a provisional technical problem? The definition of a rule both the existence and the scope of which the Parties until then had avoided addressing? Would it really be a limited dispute or the preliminaries of a restructuring of international transport networks in that region of the world?

78. The scope of the United States action could be assessed in very different ways according to the object pursued; does it bear on a simple principle of reciprocity measured in economic terms? Was it pressure aiming at achieving a quicker procedure of settlement? Did such action have, beyond the French case, an exemplary character directed at other countries and, if so, did it have to some degree the character of a sanction? It is not certain that those responsible for the measures taken made very refined studies of that point; it is understandable that France may have construed the proce-

dures adopted by the United States in a way other than may have been intended by the United States.

79. Those circumstances as a whole characterise a situation during which the Parties negotiated and which resulted in a *Compromis* of Arbitration, including interim measures, which is not submitted to the judgment of the Tribunal.

80. Having thus recalled some of the essential circumstances of the case, the Tribunal will consider, in turn, the principle of the legitimacy of "counter-measures" and the limits on those measures in the light either of the existence of a machinery of negotiations or of a mechanism of arbitration or judicial settlement.

81. Under the rules of present-day international law, and unless the contrary results from special obligations arising under particular treaties, notably from mechanisms created within the framework of international organisations, each State establishes for itself its legal situation vis-à-vis other States. If a situation arises which, in one State's view, results in the violation of an international obligation by another State, the first State is entitled, within the limits set by the general rules of international law pertaining to the use of armed force, to affirm its rights through "counter-measures".

82. At this point, one could introduce various doctrinal distinctions and adopt a diversified terminology dependent on various criteria, in particular whether it is the obligation allegedly breached which is the subject of the counter-measures or whether the latter involve another obligation, and whether or not all the obligations under consideration pertain to the same convention. The Tribunal, however, does not think it necessary to go into these distinctions for the purposes of the present case. Indeed, in the present case, both the alleged violation and the counter-measure directly affect the operation of air services provided for in the Agreement and the Exchange of Notes of 5 April 1960.

83. It is generally agreed that all counter-measures must, in the first instance, have some degree of equivalence with the alleged breach; this is a well-known rule. In the course of the present proceedings, both Parties have recognised that the rule applies to this case, and they both have invoked it. It has been observed, generally, that judging the "proportionality" of counter-measures is not an easy task and can at best be accomplished by approximation. In the Tribunal's view, it is essential, in a dispute between States, to take into account not only the injuries suffered by the companies concerned but also the importance of the questions of principle arising from the alleged breach. The Tribunal thinks that it will not suffice, in the present case, to compare the losses suffered by Pan Am on account of the suspension of the projected services with the losses which the French companies would have suffered as a result of the counter-measures; it will also be necessary to take into account the importance of the positions of principle which were taken when the French authorities prohibited changes of gauge in third countries. If the importance of the issue is viewed within the framework of the general air transport policy adopted by the United States Government and implemented by the conclusion of a large number of international agreements with

countries other than France, the measures taken by the United States do not appear to be clearly disproportionate when compared to those taken by France. Neither Party has provided the Tribunal with evidence that would be sufficient to affirm or reject the existence of proportionality in these terms, and the Tribunal must be satisfied with a very approximative appreciation.

84. Can it be said that the resort to such counter-measures, which are contrary to international law but justified by a violation of international law allegedly committed by the State against which they are directed, is restricted if it is found that the Parties previously accepted a duty to negotiate or an obligation to have their dispute settled through a procedure of arbitration or of judicial settlement?

85. It is tempting to assert that when Parties enter into negotiations, they are under a general duty not to aggravate the dispute, this general duty being a kind of emanation of the principle of good faith.

86. Though it is far from rejecting such an assertion, the Tribunal is of the view that, when attempting to define more precisely such a principle, several essential considerations must be examined.

87. First, the duty to negotiate may, in present times, take several forms and thus have a greater or lesser significance. There is the very general obligation to negotiate which is set forth by Article 33 of the Charter of the United Nations and the content of which can be stated in some quite basic terms. But there are other, more precise obligations.

88. The Tribunal recalls the terms of Article VIII of the 1946 Agreement, which reads as follows:

In a spirit of close collaboration, the aeronautical authorities of the two Contracting Parties will consult regularly with a view to assuring the observance of the principles and the implementation of the provisions outlined in the present Agreement and its Annex.

This Article provides for an obligation of continuing consultation between the Parties. In the context of this general duty, the Agreement establishes a clear mandate to the Parties to make good faith efforts to negotiate on issues of potential controversy. Several other provisions of the Agreement and the Annex state requirements to consult in specific circumstances, when the possibility of a dispute might be particularly acute. Finally, Article X imposes on the Parties a special consultation requirement when, in spite of previous efforts, a dispute has arisen.

89. But the present problem is whether, on the basis of the above-mentioned texts, counter-measures are prohibited. The Tribunal does not consider that either general international law or the provisions of the Agreement allow it to go that far.

90. Indeed, it is necessary carefully to assess the meaning of counter-measures in the framework of proportionality. Their aim is to restore equality between the Parties and to encourage them to continue negotiations with mutual desire to reach an acceptable solution. In the present case, the United States of America holds that a change of gauge is permissible in third countries; that conviction defined its position before the French refusal came into

play; the United States counter-measures restore in a negative way the symmetry of the initial positions.

91. It goes without saying that recourse to counter-measures involves the great risk of giving rise, in turn, to a further reaction, thereby causing an escalation which will lead to a worsening of the conflict. Counter-measures therefore should be a wager on the wisdom, not on the weakness of the other Party. They should be used with a spirit of great moderation and be accompanied by a genuine effort at resolving the dispute. But the Arbitral Tribunal does not believe that it is possible, in the present state of international relations, to lay down a rule prohibiting the use of counter-measures during negotiations, especially where such counter-measures are accompanied by an offer for a procedure affording the possibility of accelerating the solution of the dispute.

92. That last consideration is particularly relevant in disputes concerning air service operations: the network of air services is in fact an extremely sensitive system, disturbances of which can have wide and unforeseeable consequences.

93. With regard to the machinery of negotiations, the actions by the United States Government do not appear, therefore, to run counter to the international obligations of that Government.

94. However, the lawfulness of such counter-measures has to be considered still from another viewpoint. It may indeed be asked whether they are valid in general, in the case of a dispute concerning a point of law, where there is arbitral or judicial machinery which can settle the dispute. Many jurists have felt that while arbitral or judicial proceedings were in progress, recourse to counter-measures, even if limited by the proportionality rule, was prohibited. Such an assertion deserves sympathy but requires further elaboration. If the proceedings form part of an institutional framework ensuring some degree of enforcement of obligations, the justification of counter-measures will undoubtedly disappear, but owing to the existence of that framework rather than solely on account of the existence of arbitral or judicial proceedings as such.

95. Besides, the situation during the period in which a case is not yet before a tribunal is not the same as the situation during the period in which that case is *sub judice*. So long as a dispute has not been brought before the tribunal, in particular because an agreement between the Parties is needed to set the procedure in motion, the period of negotiation is not over and the rules mentioned above remain applicable. This may be a regrettable solution, as the Parties in principle did agree to resort to arbitration or judicial settlement, but it must be conceded that under present-day international law States have not renounced their right to take counter-measures in such situations. In fact, however, this solution may be preferable as it facilitates States' acceptance of arbitration or judicial settlement procedures.

96. The situation changes once the tribunal is in a position to act. To the extent that the tribunal has the necessary means to achieve the objectives justifying the counter-measures, it must be admitted that the right of the Parties to initiate such measures disappears. In other words, the power of a tri-

bunal to decide on interim measures of protection, regardless of whether this power is expressly mentioned or implied in its statute (at least as the power to formulate recommendations to this effect), leads to the disappearance of the power to initiate counter-measures and may lead to an elimination of existing counter-measures to the extent that the tribunal so provides as an interim measure of protection. As the object and scope of the power of the tribunal to decide on interim measures of protection may be defined quite narrowly, however, the power of the Parties to initiate or maintain counter-measures, too, may not disappear completely.

97. In a case under the terms of a provision like Article X of the Air Services Agreement of 1946, as amended by the Exchange of Notes of 19 March 1951, the arbitration may be set in motion unilaterally. Although the arbitration need not be binding, the Parties are obliged to "use their best efforts under the powers available to them to put into effect the opinion expressed" by the Tribunal. In the present case, the Parties concluded a *Compromis* that provides for a binding decision on Question (A) and expressly authorises the Tribunal to decide on interim measures.

98. As far as the action undertaken by the United States Government in the present case is concerned, the situation is quite simple. Even if arbitration under Article X of the Agreement is set in motion unilaterally, implementation may take time, and during this period counter-measures are not excluded; a State resorting to such measures, however, must do everything in its power to expedite the arbitration. This is exactly what the Government of the United States has done.

99. The Tribunal's Reply to Question (B) consists of the above observations as a whole. These observations lead to the conclusion that, under the circumstances in question, the Government of the United States had the right to undertake the action that it undertook under Part 213 of the Economic Regulations of the C.A.B.

For these reasons,

THE ARBITRAL TRIBUNAL replies as follows to the questions submitted to it:

*Question (A)*

Considering that under the sixth preambular paragraph of the *Compromis* of Arbitration, the French Government,

In agreeing to resort to arbitration with respect to change of gauge reserves its right to argue before the tribunal that all means of internal recourse must be exhausted before a State may invoke arbitration under the Agreement,

Considering that the question asked is the following:

Does a United States-designated carrier have the right to operate West Coast-Paris service under the Air Services Agreement between the United States and France with a change of gauge in London (transshipment to a smaller aircraft on the outward journey and to a larger aircraft on the return journey)?

Considering that the Arbitral Tribunal is therefore called upon to pronounce on two points,

THE ARBITRAL TRIBUNAL,

With regard to the first point,

DECIDES, unanimously, that it is able to decide on Question (A);

With regard to the second point,

DECIDES, by two votes to one, that the answer to be given on this point is that a United States designated carrier *has* the right to operate West Coast-Paris service under the Air Services Agreement between the United States and France with a change of gauge in London (transshipment to a smaller aircraft on the outward journey and to a larger aircraft on the return journey), provided that the service is continuous and does not constitute separate services.

*Question (B)*

Considering that, under the seventh preambular paragraph of the *Compromis* of Arbitration, the United States Government,

in agreeing to resort to arbitration with respect to Part 213 . . . reserves its right to argue before the tribunal that under the circumstances the issue is not appropriate for consideration by an arbitral tribunal,

Considering that the question asked is the following:

Under the circumstances in question, did the United States have the right to undertake such action as it undertook under Part 213 of the Civil Aeronautics Board's Economic Regulations?

Considering that the Arbitral Tribunal is therefore called upon to pronounce on two points,

THE ARBITRAL TRIBUNAL,

With respect to the first point,

DECIDES, unanimously, to pronounce on Question (B);

With respect to the second point,

DECIDES, unanimously, that the answer to be given on this point is that, under the circumstances in question, the Government of the United States had the right to undertake the action that it undertook under Part 213 of the Economic Regulations of the C.A.B.

DONE in English and French at the Graduate Institute of International Studies, Geneva, this 9th day of December 1978, both texts being equally authoritative, in three original copies, one of which will be placed in the archives of the Arbitral Tribunal, and the two others transmitted to the Government of the United States of America and to the Government of the French Republic, respectively.

*(Signed)*

Willem RIPHAGEN, President

Thomas EHRLICH, Arbitrator

Paul REUTER, Arbitrator

Lucius CAFLISCH, Registrar

M. Paul Reuter appends to the Arbitral Award a statement of his dissenting opinion.

---

DISSENTING OPINION OF M. REUTER

I accepted the position of the Tribunal on the preliminary objection to Question (A) and on the preliminary objection and the answer on the merits to Question (B); in that connexion I feel bound, however, to make a number of observations and to express certain doubts.

The Parties in the present Arbitration sovereignly determined the questions put to the Tribunal and therefore restricted the Tribunal's jurisdiction to those questions. An arbitral tribunal like the present one has to comply with that common will. But it is clear, from the documents of the case, that the dispute between the Parties is more extensive than the questions submitted to the Tribunal. The actual choice of questions is, in my view, very artificial. That situation resulted in problems which created difficulties for the Parties themselves since they raised preliminary objections; difficulties may arise for the Tribunal as well. It could thus have been asked whether the difference in legal value attributed to the Tribunal's replies to Questions (A) and (B) is consonant with the judicial function of a tribunal; it could further have been asked whether, in the circumstances of the case, France could still claim a sufficient legal interest to ask Question (B) after the conclusion of the *Compromis*. With the Tribunal, I have answered in the negative the preliminary issue raised by Question (B), because a refusal of the Tribunal to answer that Question would only have emphasized further an inequality between the Parties visible elsewhere.

As regards the merits of Question (B), my answer has been that of the Tribunal, but with one observation. I accept the Tribunal's legal analysis, in particular the idea that, in order to assess the proportionality of the counter-measures, it is necessary to take into account, not only the actual facts, but also the questions of principle raised by them. Those questions should, however, be considered in the light of their probable effects. Hence, proportionality should be assessed on the basis of what actually constituted the dispute rather than exclusively on the basis of the facts before the Tribunal. One may well continue to entertain serious doubts on the proportionality of the counter-measures taken by the United States, which the Tribunal has been unable to assess definitely.

As far as the Tribunal's reply to Question (A) is concerned, I regret being unable to concur in either the general position adopted by the Tribunal or its reply, and I shall briefly state the reasons for my dissent.

I shall first make two preliminary comments pertaining to the scope of "transshipment" and to the terminology used.

Within the extensive meaning attributed to the term "transshipment" by the 1946 Agreement,<sup>73</sup> the economic scope of this expression varies con-

---

<sup>73</sup> In the present Opinion, the term will be used in that sense

siderably, from non-existent to considerable, depending on the conditions under which "transshipment" takes place. If an aircraft is replaced by another aircraft whose characteristics are similar, "transshipment" is but a consequence of technical considerations pertaining to air navigation. If, for a specific service, an aircraft is replaced by another aircraft with a different capacity, however, the economic consequences can be significant. If the change of aircraft is accompanied by a combination of services (one aircraft being used to carry the freight or passengers of several others) or a fanning out of services (passenger or freight of one aircraft being distributed among several aircraft with different destinations), the identity and continuity of air services become more questionable, and the reasonably linear character of long-distance air routes is affected.<sup>74</sup>

In this field terminology is very unclear; the same expressions are not always used to describe the same realities, and "transshipment" is not always clearly distinguished from the different operations which can be carried out as a result of "transshipment". But the interests affected by those operations may be considerable; they vary from one country to another and lead to different agreed solutions reflecting the different types of compromise struck between the interests of the Parties.

There is, in particular, one essential point on which I am unable to concur in the Arbitral Award: it concerns the interpretation to be given to the intention of the Parties as regards the obvious gap in this Agreement which specifically regulates "transshipment" in the territory of the Parties and is pointedly silent on "transshipment" in third countries.

When a treaty between two or several Parties is intended to establish general rules on a specific subject, it is tempting to infer general principles from that treaty and thereby to collect elements which will make it possible to "fill a gap", *i.e.* to settle matters which were not specifically resolved. However, the use of such a constructive approach is only permissible if it truly corresponds to the intention of the Parties as is ascertainable from specific and consistent evidence. That is not the case where the treaty is silent, not because the Parties did not want to lay down detailed rules, nor because the negotiators had neglected to do so, nor because of a development which had not been foreseen at the time the Agreement was concluded, but because of the conscious acceptance of an unresolved disagreement which resulted in a gap being left in the Agreement. Whether the Parties were unable to overcome their disagreement because of lack of time or because of the seriousness of their differences is irrelevant: the only way left open by them for settling the unresolved issue is the conclusion of an agreement at a later date. It is not permissible to take the place of the Parties and to attempt, under the cloak of general principles, what practically amounts to legislation when the Parties themselves failed to undertake such legislation although they were

---

<sup>74</sup> The background of the present dispute illustrates the differences in scope of "transshipment". The first Pan Am request clearly contemplated complex operations (combinations of services) which were to be carried out under the cover of a "transshipment" in London (letter of 5 October 1977); the request of 20 February 1978 referred to a "transshipment" on the sole ground of a "lack of equipment owing to the delay in Boeing deliveries".

the most properly qualified to do so. The fact that an arbitral tribunal cannot legislate in such a case, even under the pretence of interpretation, does not mean that pending the conclusion of a supplementary agreement between the Parties the question remains unanswered. It means that the situation is governed by the other relevant rules of international law.

In the present case, the 1946 Agreement devotes a rather substantial provision to "transshipment" (Section VI of the Annex). The wording of this provision leads the reader to expect a thorough regulation both of "transshipment" in the territory of the Parties and of "transshipment" in the territory of third countries; but the text then fails to fulfil that expectation and remains totally silent on "transshipment" in third countries. It is therefore apparent from the very structure of that text that the matter was not overlooked by the negotiators, that they realised its importance, and that it was intentional that the issue was left unresolved when the Agreement was concluded. Having endorsed, in Article VIII, the principle of close collaboration and regular consultations, the Parties probably did not regard that silence as a final situation, but they must have accepted the fact that pending a new agreement, general rules which had hitherto been applicable between them should remain in force, *i.e.* the rules of the Convention on International Civil Aviation concluded at Chicago on 7 December 1944 and, in particular, the rule which provides that every State shall have complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory (Article 1). Under these rules, the French Government had to give its agreement to air services relating to French territory in all their aspects (Article 6).

There is no need to seek confirmation of this interpretation of the 1946 Agreement by reviewing the respective positions and interests of the Parties at the time of conclusion of that Agreement. At the time, there existed a strong divergence of views between the United States which, in accordance with its interests, sought maximum "flexibility" in air services, and certain European countries which were not then (and have never been since) in a position to put such flexibility to use. As far as the long-distance character of services and the capacity principles are concerned, France had requirements that were even more stringent than those of the United Kingdom. These requirements are reflected in the Exchange of Notes of 28/29 December 1945 establishing a provisional régime between the United States and France; this Exchange of Notes, which preceded the 1946 Agreement, is quoted in full by the Arbitral Award of 22 December 1963 in the *United States-France Air Arbitration*.<sup>75</sup> They are also reflected in the actual text of the 1946 Agreement, which differs considerably from the text of the Bermuda I Agreement.<sup>76</sup> The absence of any agreement on "transshipment" in

---

<sup>75</sup> For the official French text, *cf. Revue générale de droit international public*, t. 69, 1965, p. 189.

<sup>76</sup> In particular by the wording of Section IV (d) of the Annex to the Agreement and by the inclusion, among the conditions applicable to "transshipment" in the territory of the Contracting Parties, of the requirement that "the long-range characteristics of the operation" may not be altered; this constitutes an addition to the requirement that, "the standards set forth in this Agreement and its Annex and particularly Section VI of this Annex" must be respected.

third countries acquires its full meaning in the light of those diverging interests. An interpretation overlooking such a failure to agree would not only be unjustified but would introduce into the interpretation of the Agreement an element of imbalance; international law, inspired in this respect by the common law, shows, in connexion with another problem, that it does not favour such imbalances in the law of treaties (Article 44, paragraph 3(c), of the Vienna Convention on the Law of Treaties, of 23 May 1969). Indeed, practice taken as a whole, in particular the practice regarding air routes, has interpreted the 1946 Agreement restrictively,<sup>77</sup> while other provisions of the Agreement would be given an extensive interpretation which would be unfavourable to the Party which is not in fact in a position to take advantage of that interpretation.

The fact that by remaining silent the 1946 Agreement records a disagreement between the Parties on the "transshipment" régime in third countries, thereby submitting "transshipment" to the authorisation of the other Contracting Party, does not, however, imply that that Party is totally free to refuse such authorisation.

It is indeed necessary, in the first place, to take into account the duties of the Parties regarding air safety and the compliance with the technical constraints of air navigation. The rights of the Parties in this respect are so obvious that the 1946 Agreement did not even mention them in Section VI of its Annex; they derive from the general or specific provisions of the Chicago Convention mentioned earlier (from its Article 25, for instance).

In the second place, the Parties are committed to close collaboration and regular consultations on all matters concerning the application of the Agreement (Article VIII); this is particularly true for a matter on which they failed to agree when the Agreement was concluded. They therefore have to comply with a far more serious and definite obligation to negotiate than under an ordinary obligation to negotiate. Such negotiations, as the International Court of Justice has often stated, must be meaningful, *i.e.* they must by compromise seek mutually acceptable solutions, and these solutions must respect the balance which was established by the Agreement and on which the Parties have laid great stress in connexion with the United States counter-measures; in the course of such negotiations, the Parties must moreover respect the various objectives of the Chicago Convention, in particular the objective set forth in Article 44 (f) under which each Contracting State is assured of "a fair opportunity to operate international airlines".

Those are not merely nominal obligations. In fact, because of their scope, the refusal to grant an *authorisation* for "transshipment" in a third country is justifiable only where such "transshipment" affects the balance of concessions mutually granted by the Parties in the Agreement—in which case a reasonable compensatory concession will restore the balance—or where the legitimate interests of one Party are in serious jeopardy—in which

---

<sup>77</sup> Such is the case, in particular, of the Arbitral Award of 22 December 1963 and of the Decision Interpreting the Award, of 28 June 1964 (*Revue générale de droit international public*, t. 69, 1965, p. 259)

case appropriate safeguards may also be contemplated. But it can easily be conceded that a great number of "transshipments" carried out in third countries do not belong to these categories and that, consequently, the authorisation to effect them is a right and gives rise to neither compensation nor safeguards.

This interpretation cannot be objected to on the ground that it results in the establishment of two separate régimes of "transshipment", one for the territory of the Parties and another for third countries. Such an objection would be ill-founded in law.<sup>78</sup> The two régimes do not have the same legal basis; it is for the two Parties alone to give the rules applicable in either case the same legal basis and, possibly, the same content.

One of the ways open to the Parties to the 1946 Agreement was to adopt, at a favourable juncture, by an exchange of letters or by even less formal means, a number of rules governing change of gauge in third countries. It would appear that some understanding was reached on another issue which is also connected with the continuity and identity of air services, *i.e.* stop-over; but there was no such understanding over change of gauge in third countries.<sup>79</sup> There is, by contrast, a practice made up of isolated cases where the French authorities defined their position with regard to flight schedules involving change of gauge in third countries. This practice appears to be in consonance with the interpretation set forth here; it should be noted, in particular, that the French authorities authorised services involving change of gauge in third countries through the substitution of a single aircraft of smaller capacity for another aircraft, as long as the long-range characteristics of the service were maintained with respect to the type of aircraft used and to the length of the service as well as to the continuity of the flight; such were in particular the conditions governing change of gauge in Rome and in Barcelona. On the contrary, wherever there was a case of fanning out a service onto several aircraft, under the pretence of "transshipment", objections were raised and requests were refused (Shannon), or particular agreements were concluded (Exchange of Notes of 28 May 1969).

During the written and oral proceedings, the Parties considered "transshipment" above all within the context of the 1946 Agreement. With regard to the question put to the Tribunal, it is in fact the Exchange of Notes of 5 April 1960 which is specifically at issue. The actual details of the provisions of that Exchange of Notes were only summarily discussed before the Tribunal. It is sufficient for me to state that, in my view, no provision in the Exchange of Notes justifies a conclusion different from the one reached above; quite the contrary.

---

<sup>78</sup> In fact, there is no need here to define the scope of the provisions of Section VI of the Annex to the Agreement, for Question (A) refers to changes of gauge in third countries only; I wish to emphasize, however, that I do not accept the interpretation of the principles of the Agreement as given in the Award; nor do I accept the meaning attributed by the Award to the respect of the "long-range characteristics of the operation".

<sup>79</sup> From the documentation submitted to the Tribunal, it would appear that in their negotiations, the Parties dealt with change of gauge on only one occasion, in connexion with change of gauge in the territory of the Contracting Parties (Minutes of the negotiations of 20 July-5 August 1959), the Minutes clearly reflect France's opposition to changes of gauge in cases where one aircraft would be replaced by several.

In conclusion, "transshipment" in London of

avions des Etats-Unis . . . autorisés à desservir Paris via Londres (sans droits de trafic entre Londres et Paris) sur les lignes qu'ils exploitent à partir de ou à destination de la côte occidentale des Etats-Unis (French text of the Exchange of Notes of 5 April 1960).

was therefore subject to the prior consent of the French Government; negotiations were to be opened for that purpose; it was necessary to establish the precise nature of the operations contemplated under the guise of "transshipment", as well as the precise nature of the rights which United States aircraft intended to exercise on a segment on which they had no traffic rights; France was entitled to equitable compensation and, possibly, to safeguards. But, as such, the consideration that the aircraft which replaced another aircraft in London had a smaller capacity is only one element in the negotiations and not necessarily the most important one.

It is in that sense, in my view, that Question (A) should have been answered.

*(Signed)*

Paul REUTER

AFFAIRE CONCERNANT L'ACCORD RELATIF AUX SERVICES  
AÉRIENS DU 27 MARS 1946 ENTRE LES ETATS-UNIS  
D'AMÉRIQUE ET LA FRANCE

SENTENCE ARBITRALE DU 9 DÉCEMBRE 1978

Caractérisation des questions de faits et des questions de droit—Distinction à établir entre l'application de la règle de l'épuisement des recours internes dans les cas de protection diplomatique et l'application de cette règle dans les cas de dommage direct d'Etat à Etat — Importance du projet d'article 22 de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour ce qui est de déterminer la nature de la règle de l'épuisement des recours internes—Affirmation du principe qu'un traité doit être lu dans son ensemble et que l'on ne saurait déterminer sa signification sur la base de quelques phrases qui, détachées de leur contexte, peuvent être interprétées de plusieurs manières—Interprétation du concept de "service continu" aux fins de déterminer les ruptures de charge (changements de dimension d'appareils) autorisées ou interdites sur un parcours aérien déterminé—Examen des droits de cinquième liberté au regard de la question des ruptures de charge—Importance de la Convention relative à l'Aviation civile internationale signée à Chicago le 7 décembre 1944 dans l'application du principe de la "liberté de l'air" par opposition au principe de la souveraineté nationale d'un Etat sur l'espace aérien au-dessus de son territoire, pour ce qui est de déterminer le droit de procéder à des ruptures de charge sur le territoire d'un Etat tiers—Importance de la disposition sur la rupture de charge figurant dans l'Accord des Bermudes de 1946 entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni—Valeur à donner à la preuve de la pratique des parties à un traité dans l'interprétation du traité—Examen du concept de "contre-mesures" et de la règle connexe de la "proportionnalité"—Teneur appropriée de l'obligation de négocier et du devoir de ne pas aggraver un différend, et question connexe des mesures conservatoires

SENTENCE ARBITRALE<sup>80</sup>

M. Willem RIPHAGEN, *Président*;

MM. Thomas EHRLICH, Paul REUTER, *Arbitres*,

M. Lucius CAFLISCH, *Greffier*.

En l'affaire relative à l'Accord aérien du 27 mars 1946 entre la République française, représentée par:

M. Guy Ladreit de Lacharrière, Ministre plénipotentiaire, Directeur des Affaires juridiques au Ministère des Affaires étrangères, comme Agent; M. Noël Museux, Magistrat, Directeur adjoint des Affaires juridiques du Ministère des Affaires étrangères, M. Henry Cuny, Secrétaire des Affaires étrangères, Direction des Affaires juridiques du Ministère des Affaires étrangères, comme Agents adjoints; assistés par: M. Gilbert Guillaume, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, M. Michel Virally, Professeur des facultés de droit, Université de Paris, M. Emmanuel du Pontavice, Professeur des facultés de droit, Université de Paris, comme Conseils; M. Robert

<sup>80</sup> Texte soumis (fourni) par le Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique

Espérou, Directeur des transports aériens (aviation civile), M. Jean-Baptiste Vallé, Chef de service à Air France, comme experts; Mille Solange Challe, comme Secrétaire;

*Et les Etats-Unis d'Amérique, représentés par:*

M. Lee R. Marks, Conseiller juridique adjoint du Département d'Etat, comme Agent; Mme Judith Hippler Bello, Département d'Etat, Mme Lori Fisler Damrosch, Département d'Etat, comme Agents adjoints; M. James R. Atwood, *Deputy Assistant Secretary* pour les affaires de transports, Département d'Etat, M. William A. Kutzke, Conseiller juridique adjoint en matière de droit international, Département des transports, M. Peter B. Schwarzkopf, Conseiller juridique adjoint pour les affaires internationales, Civil Aeronautics Board, comme Conseillers; M. Norman P. Seagrave, Pan American World Airways, Inc., comme Expert-conseiller; Mile Cozetta D. Johnson, Département d'Etat, comme Secrétaire;

LE TRIBUNAL, ainsi composé, *rend la Sentence arbitrale suivante:*

Par un Compromis d'arbitrage signé le 11 juillet 1978, dont le texte est reproduit ci-dessous, au paragraphe 9, les Gouvernements de la République française et des Etats-Unis d'Amérique ont soumis au Tribunal arbitral, dans sa composition indiquée ci-dessus, les questions suivantes:

A) Un transporteur désigné des Etats-Unis a-t-il le droit, en vertu de l'Accord entre la France et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux services aériens, d'exploiter un service de la Côte Ouest des Etats-Unis à Paris avec rupture de charge à Londres (transbordement sur un plus petit avion à l'aller et sur un plus gros avion au retour)?

B) Dans les circonstances de l'espèce, le Gouvernement des Etats-Unis avait-il le droit d'entreprendre l'action qu'il a entreprise en application de la Section 213 des règlements économiques du Civil Aeronautics Board?

Le Compromis prévoit que "[1] a décision du Tribunal sur [la question A)] sera obligatoire" et que, en ce qui concerne la question B), "le Tribunal rendra, conformément à l'article X de l'Accord<sup>81</sup>, un avis consultatif qui ne sera pas obligatoire". Il dispose en outre que les Parties échangeront des mémoires le 18 septembre 1978 au plus tard et des contre-mémoires jusqu'au 6 novembre 1978. Il précise enfin que la procédure orale aura lieu à Genève (Suisse) les 20 et 21 novembre 1978.

Le 4 septembre 1978, le Gouvernement français a nommé M. Guy Lardret de Lacharrière en qualité d'Agent en cette affaire. M. Lee R. Marks a été désigné comme Agent des Etats-Unis d'Amérique le 18 septembre 1978.

Le Tribunal arbitral s'est réuni à Genève les 17 et 18 novembre 1978 et, après avoir consulté les Parties, a désigné M. Lucius Cafilisch comme son Greffier. La séance inaugurale a eu lieu le 17 novembre 1978 à la salle de l'Alabama de l'Hôtel de Ville de Genève.

Les Mémoires et Contre-Mémoires ayant été déposés dans les délais prescrits, l'affaire s'est trouvée en état le 6 novembre 1978.

---

<sup>81</sup> Accord relatif aux services aériens conclu entre la France et les Etats-Unis le 27 mars 1946, modifié, en ce qui concerne son article X, par un Echange de notes du 19 mars 1951

Le Tribunal arbitral a tenu des audiences les 20 et 21 novembre 1978, durant lesquelles ont été entendus en leurs plaidoiries, dans l'ordre convenu entre les Parties et agréé par le Tribunal: pour le Gouvernement de la République française, M. Ladreit de Lacharrière, Agent, et MM. Guillaume et Virally, Conseils, et, pour le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, M. Marks, Agent.

Dans la procédure orale, les Conclusions finales suivantes ont été présentées par les Parties:

*Au nom du Gouvernement de la République française:*

Plaise au Tribunal Arbitral:

1°) Sur la question A)

Dire et juger que le Gouvernement des Etats-Unis était tenu, avant d'agir sur le plan international en recourant à l'arbitrage, d'attendre que la compagnie américaine qui s'estime atteinte par l'acte prétendument illicite reproché au Gouvernement français ait épuisé les voies de recours ouvertes en droit français; que ces voies de recours n'ayant pas été épuisées, le Tribunal arbitral n'est pas en mesure de statuer sur la question qui lui a été posée;

A titre subsidiaire:

Dire et juger que, pour les motifs ci-dessus exposés, le Tribunal arbitral doit ajourner sa décision sur la question A) jusqu'au moment où la compagnie Pan American World Airways aura, soit obtenu la reconnaissance par les tribunaux français des droits qu'elle réclame, soit épuisé, sans obtenir satisfaction, les voies de droit qui lui sont ouvertes en droit français;

A titre tout à fait subsidiaire:

Dire et juger qu'un transporteur désigné des Etats-Unis n'a pas le droit, en vertu de l'accord entre la France et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux services aériens, d'exploiter un service de la côte Ouest des Etats-Unis à Paris avec rupture de charge à Londres (transbordement sur un plus petit avion à l'aller et sur un plus gros au retour);

2°) Sur la question B)

Dire et juger que, dans les circonstances de l'espèce, le Gouvernement des Etats-Unis n'avait pas le droit d'entreprendre l'action qu'il a entreprise en application de la Section 213 des règlements économiques du Civil Aeronautics Board.

*Au nom du Gouvernement des Etats-Unis:*

Se fondant sur le Mémoire et le Contre-Mémoire des Etats-Unis, y compris les pièces y jointes, et sur les plaidoiries prononcées à Genève les 20 et 21 novembre 1978, y compris les huit pièces soumises par les Etats-Unis au cours des audiences, les Etats-Unis demandent respectueusement au Tribunal de rendre la décision suivante:

—Répondre affirmativement à la question A),

—Décliner de répondre à la question B) ou, dans l'alternative, répondre affirmativement à cette question<sup>82</sup>.

*Les faits*

1. Un Echange de notes du 5 avril 1960 portant sur l'Accord relatif aux services aériens conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et la France le 27 mars 1946 autorise les transporteurs aériens désignés par les Etats-Unis à desservir Paris via Londres (sans droits de trafic entre Londres et Paris) sur

<sup>82</sup> Traduction du Greffe.

les lignes qu'ils exploitent à partir de ou à destination de points sur la côte Ouest des Etats-Unis<sup>83</sup>. Un transporteur ainsi désigné, Pan American World Airways (ci-après: Pan Am), avait exploité par intermittence des services sur cette ligne jusqu'au 2 mars 1975.

2. Le 20 février 1978, conformément à la législation française prévoyant que les programmes de vols doivent être déposés 30 jours à l'avance, la Pan Am informa le service français compétent, la Direction générale de l'Aviation civile (ci-après D.G.A.C.), de son projet de reprendre, à partir du 1<sup>er</sup> mai 1978, l'exploitation du service côte Ouest-Londres-Paris (sans droits de trafic entre Londres et Paris) avec six vols par semaine dans chaque direction. L'exploitation de ce service devait comporter une rupture de charge, à Londres, d'un avion Boeing 747 à un plus petit appareil, un Boeing 727, à l'aller, et d'un Boeing 727 à un plus gros avion, un Boeing 747, au retour.

3. Le 14 mars 1978, la D.G.A.C. refusa d'approuver le projet de la Pan Am pour le motif que celui-ci comportait une rupture de charge sur le territoire d'un Etat tiers et était ainsi contraire à la section VI de l'Annexe à l'Accord relatif aux services aériens de 1946, puisque cette disposition ne règle que les ruptures de charge sur le territoire des Parties Contractantes<sup>84</sup>. Le 22 mars 1978, l'Ambassade des Etats-Unis à Paris demanda au Ministère français des Affaires étrangères de revenir sur la décision de la D.G.A.C.; puis la question fit l'objet de discussions et d'échanges diplomatiques entre les deux Parties, les Etats-Unis soutenant que la rupture de charge à Londres envisagée par la Pan Am était compatible avec l'Accord relatif aux services aériens de 1946 alors que la France faisait valoir qu'elle ne l'était pas et réservait son droit de prendre des mesures appropriées.

4. Les 1<sup>er</sup> et 2 mai 1978, quand la Pan Am reprit pour la première fois son nouveau service côte Ouest-Londres-Paris avec rupture de charge à Londres, la police française se borna à établir de simples procès-verbaux relatifs à ces vols, qu'elle considérait comme étant non autorisés. Un autre vol ayant été effectué le 3 mai, l'appareil Boeing 727 de la Pan Am fut entouré par la police française dès son arrivée à l'aéroport de Paris-Orly, et le commandant de bord reçut pour instruction de retourner à Londres sans avoir débarqué les passagers ou le fret. Les vols de la Pan Am furent alors suspendus.

5. Le 4 mai, les Etats-Unis proposèrent de soumettre la question à un arbitrage obligatoire, étant entendu que la Pan Am serait autorisée à poursuivre ses vols en attendant que la sentence arbitrale soit rendue. Le 9 mai, le *Civil Aeronautics Board* des Etats-Unis (ci-après dénommé C.A.B.) rendit une première Ordonnance déclenchant la phase 1 prévue à la section 213 de ses Règlements économiques; cette Ordonnance exigeait que les compagnies françaises Air France et Union de transports aériens (U.T.A.) déposent, dans des délais déterminés, tous leurs programmes de vols existants à destination et en provenance des Etats-Unis ainsi que tout nouveau programme. Après avoir vainement tenté de faire suspendre ou modifier

---

<sup>83</sup> Une partie de cet Echange de notes est reproduite ci-dessous, p. 475, note 94.

<sup>84</sup> Pour le texte intégral de cette disposition, voir ci-dessous, paragraphe 45.

cette Ordonnance par le C.A.B. ou les tribunaux des Etats-Unis, les deux compagnies s'y soumièrent le 30 mai 1978 en déposant leurs programmes de vols.

6. Pendant ce temps, l'Ambassade de France à Washington avait, par note du 13 mai 1978, pris acte de l'interruption des vols de la Pan Am à destination de Paris et avait informé le Département d'Etat des Etats-Unis de l'acceptation par la France du "principe du recours à l'arbitrage". En même temps, l'Ambassade s'était élevée contre la mesure unilatérale qui avait été décrétée par l'Ordonnance du C.A.B. alors que la voie des négociations directes n'avait pas été épuisée; elle avait proposé que de telles négociations fussent engagées et avait noté que les voies de recours internes prévues par le droit français n'avaient pas été épuisées; elle avait enfin appelé l'attention du Département d'Etat sur le fait que si les autorités américaines persistaient dans la voie des mesures unilatérales, il en résulterait "des conséquences dommageables pour les compagnies aériennes françaises, ce qui créerait un contentieux supplémentaire de légalité et d'indemnisation".

7. Le 18 mai 1978, la Pan Am demanda au Tribunal administratif de Paris l'annulation pour excès de pouvoir de la décision prise par la D.G.A.C. le 14 mars 1978, décision qui refuse d'approuver le programme de vols de la Pan Am. Cette instance suit actuellement son cours. Le 31 mai, la Pan Am introduisit une requête tendant au sursis à exécution de la décision du 14 mars 1978. Cette requête fut rejetée le 11 juillet pour le motif que l'exécution de la décision en cause n'était pas de nature à créer un préjudice irréparable.

8. Entre-temps, le 31 mai 1978, le C.A.B. avait édicté une seconde Ordonnance fondée sur la section 213 de ses Règlements économiques. Cette Ordonnance, que le Président des Etats-Unis pouvait suspendre ou annuler dans les dix jours et qui devait devenir applicable le 12 juillet, visait à empêcher Air France d'exploiter ses trois vols hebdomadaires à destination et en provenance de Los Angeles et Paris via Montréal aussi longtemps que la Pan Am serait empêchée d'exploiter son service côte Ouest-Londres-Paris avec rupture de charge à Londres.

9. La seconde Ordonnance fondée sur la section 213 ne fut toutefois pas appliquée. Des experts juristes des deux Parties s'étant réunis les 1<sup>er</sup> et 2 juin à Washington, les 28 et 29 juin à Paris et les 10 et 11 juillet à Washington, un Compromis d'arbitrage fut signé entre la France et les Etats-Unis le 11 juillet 1978. Le texte de ce Compromis est le suivant:

#### COMPROMIS D'ARBITRAGE

ENTRE

LE GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

ET LE GOUVERNEMENT DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique (ci-après dénommés les Parties).

*Considérant* qu'il existe un différend concernant la rupture de charge au regard de l'Accord entre la France et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux services aériens, signé à Paris le 27 mars 1946, tel qu'amendé, et de son Annexe, telle qu'amendée (ci-après dénommés l'Accord),

*Reconnaissant* que les Parties n'ont pu régler ce différend au moyen de négociations;

*Considérant également* que le Gouvernement de la République française a soulevé une question concernant la licéité de l'action entreprise par le Gouvernement des Etats-Unis en vertu de la Section 213 des règlements économiques du Civil Aeronautics Board en réponse à l'action du Gouvernement de la République française,

*Notant* que les Parties ont décidé de soumettre le différend concernant la rupture de charge à un tribunal arbitral aux fins de décision obligatoire;

*Notant* que le Gouvernement de la République française désire soumettre au tribunal, pour avis consultatif, et conformément à l'Article X de l'Accord, la question de la licéité de l'action entreprise par le Gouvernement des Etats-Unis;

*Notant* qu'en acceptant de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne la rupture de charge, le Gouvernement français se réserve le droit de faire valoir devant le tribunal que tous les moyens de recours interne doivent être épuisés avant qu'un Etat ne puisse en appeler à l'arbitrage conformément aux dispositions de l'Accord;

*Notant également* qu'en acceptant de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne la Section 213, le Gouvernement des Etats-Unis se réserve le droit de faire valoir devant le tribunal que, dans les circonstances de l'espèce, la question n'est pas de celles qui auraient dû être soumises à l'examen d'un tribunal arbitral;

Sont convenus de ce qui suit:

1) Le tribunal arbitral (ci-après dénommé le Tribunal) se composera de trois arbitres. L'un sera le Professeur Paul Reuter. Si, pour une raison quelconque, le Professeur Reuter se trouve dans l'impossibilité d'assurer ses fonctions, le Gouvernement français désignera promptement un remplaçant. Un autre arbitre sera M. Thomas Ehrlich. Si, pour une raison quelconque, M. Ehrlich se trouve dans l'impossibilité d'assurer ses fonctions, le Gouvernement des Etats-Unis désignera promptement un remplaçant. Le troisième arbitre sera le Professeur W. Riphagen, qui assumera les fonctions de Président du Tribunal.

2) Il est demandé au Tribunal de statuer, conformément aux règles du droit international applicables et, en particulier, aux dispositions de l'Accord, sur les questions suivantes:

A) Un transporteur désigné des Etats-Unis a-t-il le droit, en vertu de l'Accord entre la France et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux services aériens, d'exploiter un service de la Côte Ouest des Etats-Unis à Paris avec rupture de charge à Londres (transbordement sur un plus petit avion à l'aller et sur un plus gros avion au retour)?

La décision du Tribunal portant sur cette question sera obligatoire.

B) Dans les circonstances de l'espèce, le Gouvernement des Etats-Unis avait-il le droit d'entreprendre l'action qu'il a entreprise en application de la Section 213 des règlements économiques du Civil Aeronautics Board?

En ce qui concerne cette question, le Tribunal rendra, conformément à l'Article X de l'Accord, un avis consultatif qui ne sera pas obligatoire.

3) Les Parties sont convenues de dispositions intérimaires qui maintiendront un strict équilibre entre la position du Gouvernement des Etats-Unis, suivant laquelle Pan American World Airways devrait être autorisée à pratiquer la rupture de charge durant le déroulement de l'arbitrage, et la position du Gouvernement de la République française, suivant laquelle elle ne devrait pas pratiquer de rupture de charge pendant cette période. A cet effet, et sans préjudice de la position de l'une ou l'autre des Parties à cet arbitrage, à dater du présent compromis jusqu'au 10 décembre 1978, Pan American World Airways sera autorisée à exploiter un service de la Côte Ouest des Etats-Unis à Paris avec rupture de charge à Londres jusqu'à concurrence de 95 vols Londres-Paris dans chaque direction. Ces vols peuvent être programmés au gré de la compagnie aérienne, à condition cependant qu'aucun service de ce genre ne soit exploité avant le 17 juillet et qu'un maximum de six vols par semaine dans chaque direction soit respecté.

Le Tribunal aura compétence, en tout état de cause, pour prescrire, à la demande de l'une ou l'autre des Parties, toutes autres mesures provisoires nécessaires pour protéger les droits des Parties. Une Partie peut formuler une telle demande dans ses exposés écrits, au cours de la procédure orale ou postérieurement à celle-ci, en tant que de besoin.

A la signature du présent compromis, le Civil Aeronautics Board des Etats-Unis annulera immédiatement tous les ordres émis en application de la Section 213 de ses règlements économiques (Ordres 78-5-45, 78-5-106, 78-6-82 et 78-6-202).

4) Chaque Partie sera représentée devant le Tribunal par un agent. Chaque agent pourra nommer un ou plusieurs adjoints pour agir à sa place et être assisté de conseils, d'experts, et du personnel qu'il jugera nécessaires. Chaque Partie communiquera à l'autre Partie et aux membres du Tribunal les nom et adresse de son agent et du ou des adjoints de celui-ci.

5) Le Tribunal désignera un greffier, après consultation avec les deux agents

6) A) La procédure se composera d'exposés écrits et d'audiences.

B) Les exposés écrits se limiteront aux documents suivants:

i) un mémoire, qui sera soumis par chaque Partie à l'autre Partie le 18 septembre 1978 au plus tard;

ii) un contre-mémoire, qui sera soumis par chaque Partie à l'autre Partie le 6 novembre 1978 au plus tard.

Quatre copies certifiées conformes de chaque document seront soumises promptement au greffier.

C) Le Tribunal pourra reporter les dates limites susmentionnées à la requête de l'une ou l'autre des Parties pour des raisons valables, à condition que le report des dates limites ne dépasse en aucun cas un total de deux semaines. Le Tribunal pourra, à son gré, demander des exposés écrits complémentaires.

D) Les audiences se tiendront à Genève (Suisse) les 20 et 21 novembre 1978 ou en tout autre lieu dont les Parties seraient convenues, à l'endroit et au moment à fixer par le Président du Tribunal.

7) A) Les Parties présenteront au Tribunal leurs exposés écrits et plaidoiries en langue française ou anglaise.

B) Le Tribunal assurera les services d'interprétation simultanée des plaidoiries et conservera un compte rendu intégral de toutes les audiences en français et en anglais

8) A) Sous réserve des dispositions du présent compromis, le Tribunal décidera de sa propre procédure et de toutes les questions relatives à la conduite de l'arbitrage.

B) Toutes les décisions du Tribunal seront prises à la majorité.

C) Le Tribunal pourra engager les services techniques et de secrétariat et s'assurer tous autres services et matériel qu'il jugera nécessaires.

9) Le Tribunal s'efforcera de rendre sa décision sur la rupture de charge et de rendre un avis consultatif sur la Section 213 dès que possible et au plus tard le 10 décembre 1978. A cet effet, le Tribunal siègera de la date d'ouverture des audiences jusqu'à ce qu'il ait rendu sa décision et son avis consultatif. Si besoin est, le Tribunal pourra le 10 décembre ou avant cette date rendre un décision et un avis consultatif se limitant au dispositif, en formulant des directives suffisamment claires pour permettre aux Parties d'appliquer ladite décision; le Tribunal communiquerait ensuite dès que possible le texte complet de sa décision et de son avis consultatif. Un exemplaire du texte de la décision et de l'avis consultatif, signé par les trois arbitres, sera transmis immédiatement à chacun des agents.

10) Tout différend entre les Parties quant à l'interprétation de la décision ou de l'avis consultatif sera soumis aux fins d'éclaircissement au Tribunal à la requête de l'une ou l'autre Partie dans les 60 jours qui suivront la réception de la décision écrite et de l'avis.

11) A) Une copie de tous les exposés écrits des Parties, de la décision et de l'avis consultatif du Tribunal et de tous éclaircissements écrits portant sur lesdits avis et décision sera soumise par le Tribunal à l'Organisation internationale de l'Aviation civile.

B) Une copie des comptes rendus intégraux de toutes les plaidoiries en français et en anglais sera soumise par le Tribunal à l'Organisation internationale de l'Aviation civile.

C) Nonobstant les dispositions des alinéas 11A) et 11B), les documents considérés et désignés comme étant de nature confidentielle par une Partie et les passages pertinents

de tout exposé écrit ou de toute pièce y afférents seront traités confidentiellement par les deux Parties et par le Tribunal et ne devront pas être soumis par le Tribunal à l'Organisation internationale de l'Aviation civile.

12) A) La rémunération des trois arbitres, leurs frais de déplacement et toutes dépenses générales entraînés par l'arbitrage seront supportés à égalité par les Parties. Chacun des trois arbitres consignera le détail de son temps et de ses dépenses et en rendra compte et le Tribunal consignera le détail de toutes les dépenses générales et en rendra compte. Les Parties conviendront du montant des rémunérations et procéderont à des consultations entre elles et le Président du Tribunal concernant toutes les questions relatives aux rémunérations et dépenses.

B) Chaque Partie supportera les dépenses encourues par elle pour l'élaboration et la présentation de ses positions.

13) Les dispositions des Articles 59, 65 à 78 inclus, 81 et de l'alinéa 1 de l'Article 84 de la Convention pour le règlement pacifique des Conflits internationaux du 18 octobre 1907 s'appliqueront à toute question non réglée par le présent compromis.

14) Le présent compromis entrera en vigueur à la date de sa signature.

10. Au cours de l'audience du 21 novembre 1978, en réponse à une question qui leur avait été posée, les Agents des deux Parties convinrent que, s'il le désirait, le Tribunal arbitral pouvait dépasser la date du 10 décembre 1978 fixée au point 9 du Compromis d'arbitrage comme date limite pour le prononcé du dispositif de la sentence, afin de pouvoir rendre une sentence complète, étant entendu que celle-ci devra intervenir aussitôt que possible.

#### *Résumé des arguments des Parties.*

##### 1. *Question A*

###### a) *La question préliminaire*

11. Au sixième paragraphe du préambule du Compromis, la France s'est réservé le droit de faire valoir que les moyens de recours internes n'ont pas été épuisés. La France soutient que la règle de l'épuisement des recours internes, qui est fermement implantée dans la pratique internationale, doit s'appliquer à la situation visée à la question A parce que celle-ci a trait à un différend portant sur des règles conventionnelles qui ont pour but spécifique de protéger les droits des particuliers—les entreprises de transport aérien désignées—plutôt que ceux des Etats-Unis en tant que tels. Cet argument s'appuie sur les termes de l'Accord de 1946 relatif aux services aériens entre la France et les Etats-Unis aussi bien que sur le libellé du Compromis d'arbitrage<sup>85</sup>. L'article X de l'Accord de 1946, qui prévoit que tout différend "relatif à l'interprétation ou à l'application dudit Accord ou de son annexe qui ne pourrait être réglé par voie de négociations directes . . ." <sup>86</sup> sera soumis à un tribunal arbitral, ne saurait être interprété comme dérogeant à la règle de l'épuisement des recours internes. Comme la Pan Am a demandé au Tribunal administratif de Paris d'annuler la décision du 14 mars 1978, et comme cette instance suit actuellement son cours, le Tribunal arbitral ne peut, du moins pour le moment, statuer sur la question A.

<sup>85</sup> Le texte intégral du Compromis est reproduit au paragraphe 9.

<sup>86</sup> Pour le texte complet de l'article X, voir plus loin, p. 468, note 90

12. D'après les Etats-Unis, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas aux différends où, comme c'est le cas en l'espèce, un Etat fait valoir que ses droits propres ont été violés. Elle ne s'applique pas davantage aux différends dans lesquels cet Etat affirme que ce sont à la fois ses droits propres et ceux de ses ressortissants qui ont été lésés; dans de telles situations, les droits appartenant à l'Etat l'emportent. Tel est précisément le cas en l'espèce: les droits litigieux font l'objet d'un accord international entre la France et les Etats-Unis en application duquel les Etats-Unis ont désigné un transporteur—la Pan Am—dont les droits sont également touchés par la décision du 14 mars 1978. Quoi qu'il en soit, disent les Etats-Unis, la règle des recours internes est écartée par l'article X de l'Accord relatif aux services aériens de 1946. Enfin, cette règle serait de toute façon inapplicable puisque, d'après les Etats-Unis, le droit français n'offre aucune voie de recours efficace: l'interprétation donnée à une obligation conventionnelle de la France par le Ministre français des Affaires étrangères ne saurait être modifiée par les tribunaux administratifs français.

*b) Le fond*

13. Les Etats-Unis font valoir que la section VI de l'Annexe à l'Accord de 1946<sup>87</sup> limite le droit de chacune des Parties de procéder à des ruptures de charge sur le territoire de l'autre, mais non sur le territoire de pays tiers. Selon les Etats-Unis, la rupture de charge à Londres est compatible avec l'objectif fondamental de l'Accord de 1946, objectif qui est énoncé à la section IV de l'Annexe<sup>88</sup> et qui consiste à assurer des voyages aériens "aux plus bas tarifs compatibles avec de sains principes économiques"; la réalisation de cet objectif serait mise en échec si les transporteurs désignés par les Etats-Unis se voyaient refuser les moyens les plus efficaces pour exploiter les routes convenues. La rupture de charge à Londres envisagée par la Pan Am (transbordement sur un plus petit avion à l'aller et sur un plus gros avion au retour) est également compatible avec les principes concernant la capacité énoncés à la section IV; des modifications relatives à l'exploitation, qui sont compatibles avec les principes du trafic, qui n'affectent pas les droits de trafic et qui sont accomplies dans des pays tiers sur des routes convenues ne devraient pas concerner l'autre Partie. Cette interprétation est confirmée par l'histoire des négociations de l'Accord de 1946. Ce dernier est calqué sur l'Accord relatif aux services aériens conclu le 11 février 1946 entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni (premier Accord des Bermudes). Cet Accord, comme l'Accord entre la France et les Etats-Unis, se bornait à régler les ruptures de charge effectuées sur le territoire des parties contractantes; il établit ainsi un compromis entre la thèse du Royaume-Uni, favorable à la réglementation de toutes les ruptures de charge, et celle des Etats-Unis, favorable à une liberté totale dans ce domaine. Dans leur Accord, qui est du même type que le premier Accord des Bermudes, les Etats-Unis et la France sont eux aussi convenus de réglementer les ruptures de charge sur leurs territoires respectifs mais non

<sup>87</sup> Pour le texte de la section VI, voir plus loin, paragraphe 45

<sup>88</sup> Le texte intégral de la section IV est reproduit plus loin, p. 476, note 96.

sur le territoire de pays tiers. L'interprétation de l'Accord de 1946 préconisée par les Etats-Unis est enfin confirmée par la pratique internationale constante relative à cet Accord aussi bien que par la manière dont d'autres Etats ont appliqué des accords aériens bilatéraux appartenant au type du premier Accord des Bermudes.

14. La France soutient que la Convention de Paris de 1919 et la Convention de Chicago de 1944 relative à l'aviation civile internationale reconnaissent la souveraineté des Etats sur l'espace aérien au-dessus de leur territoire et que, en conséquence, les accords bilatéraux relatifs aux services aériens conférant des droits de trafic aérien doivent recevoir une interprétation restrictive; cela signifie que, lorsqu'un accord n'autorise pas expressément des ruptures de charge—tel est le cas de la section VI de l'Annexe à l'Accord de 1946 en ce qui concerne les ruptures de charge en pays tiers—il faut considérer que celles-ci sont interdites. Cette interprétation, qui correspond au texte clair et au sens naturel de la section VI et qui se traduit par une application de l'adage "*expressio unius est exclusio alterius*", est confirmée par l'application des principes généraux en matière d'interprétation des traités. Cela est vrai non seulement pour la règle qui a déjà été mentionnée et qui prescrit que les règles conventionnelles impliquant des limitations de souveraineté doivent être interprétées restrictivement, mais aussi pour le principe suivant lequel l'objet et les règles fondamentales d'un accord doivent être pris en considération. En premier lieu, l'Accord de 1946 a pour objet de conférer aux Parties des droits spécifiques et limités sur une base de réciprocité, de sorte qu'une interprétation restrictive s'impose; l'octroi d'avantages économiques supplémentaires, tels que le droit à une rupture de charge en pays tiers, nécessiterait de nouvelles négociations. En second lieu, certaines règles fondamentales qui sont contenues à la section IV de l'Annexe à l'Accord et auxquelles la section VI (rupture de charge) fait une référence expresse, confirment l'interprétation restrictive à laquelle on était déjà parvenu. Cela est notamment vrai pour la constatation que les Parties "désirent provoquer et encourager la plus large distribution possible des avantages procurés par les voyages aériens", pour le principe suivant lequel les entreprises désignées d'une Partie qui exploitent des routes autorisées prendront en considération les intérêts des entreprises de l'autre Partie exploitant tout ou partie de la même route, pour la règle selon laquelle les services aériens offerts devront correspondre "aux besoins du public en matière de transport aérien"—et des ruptures de charge peuvent effectivement incommoder le public—ainsi que pour les principes relatifs à la capacité contenus à la lettre *d*, qui prévoit notamment que les services fournis par une entreprise désignée

auront pour objet essentiel d'offrir une capacité correspondant à la demande de trafic entre le pays auquel ressortit l'entreprise et le pays desservi en dernier lieu.

Une rupture de charge à Londres sur la ligne côte Ouest-Paris avec un transbordement d'un avion Boeing 747 à un avion Boeing 727 signifie que la capacité offerte correspond à la demande de trafic sur le segment San Francisco-Londres plutôt qu'à celle existant pour le service San Francisco-Paris

pris dans son ensemble. La France ajoute qu'une interprétation stricte de la section VI de l'Annexe à l'Accord de 1946 est également justifiée lorsqu'on se réfère à la doctrine et à la conduite ultérieure des Parties à l'Accord.

## 2. *Question B*

### a) La question préliminaire

15. Au septième paragraphe du préambule du Compromis, les Etats-Unis ont réservé le droit de faire valoir que, "dans les circonstances de l'espèce, la question n'est pas de celles qui auraient dû être soumises à l'examen d'un tribunal arbitral". Les Etats-Unis concluent que le Tribunal arbitral devrait s'abstenir de répondre à la question B. Un premier argument invoqué à l'appui de cette Conclusion est que ni la France ni des entreprises françaises n'ont subi de préjudice du fait des mesures prises par les Etats-Unis en application de la section 213 des règlements économiques du C.A.B. L'Ordonnance du 9 mai 1978 a obligé Air France et U.T.A. à déposer leurs programmes existants et leurs nouveaux programmes dans certains délais, tout comme les entreprises des Etats-Unis sont tenues de soumettre régulièrement leurs programmes aux autorités françaises. L'Ordonnance du 31 mai 1978, qui devait interdire à Air France d'exploiter ses trois vols hebdomadaires Paris-Los Angeles, a été annulée avant qu'elle ne devienne effective. Il en résulte que, aucun service aérien français n'ayant été limité par les deux Ordonnances, la France n'a subi aucun dommage. Un deuxième argument avancé par les Etats-Unis est fondé sur la règle suivant laquelle les tribunaux internationaux auxquels une fonction judiciaire a été conférée ne devraient pas agir lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il n'y a pas de litige réel et effectif dont la décision peut affecter les rapports existants entre les Parties. Un troisième argument est que le problème visé à la question B n'a pas fait l'objet des négociations prévues à l'article X de l'Accord de 1946. Pour terminer, les Etats-Unis répondent à un argument français qui sera décrit plus loin (paragraphe 16), argument selon lequel les deux Ordonnances du C.A.B. auraient été délibérément maintenues au cours des négociations pour amener la France à accepter un règlement obligatoire de la question A, à donner son accord à une procédure accélérée et à consentir aux dispositions intérimaires qui figurent maintenant au Compromis. Les Etats-Unis relèvent que ces solutions ont été adoptées, non pas à la suite de pressions injustifiées, mais parce que la France elle aussi était convaincue qu'un arbitrage obligatoire était le meilleur moyen pour résoudre la question A, que les intérêts en cause nécessitaient une solution rapide et que le régime intérimaire établi par le Compromis apparaissait équitable.

16. En réponse au premier argument avancé par les Etats-Unis, la France fait valoir qu'elle cherche à obtenir réparation pour le dommage moral qui résulte pour elle de la violation du droit international, en particulier de la violation de l'Accord de 1946, que constituent les mesures prises par les Etats-Unis. De plus, dit la France, les Ordonnances du C.A.B. ont causé un dommage matériel aux entreprises françaises. Enfin, elle prétend que les deux Ordonnances ont été délibérément maintenues par les Etats-Unis au cours des négociations dans le but d'amener la France, qui

souhaitait limiter ses engagements aux seules obligations établies par l'article X de l'Accord de 1946 (règlement à titre consultatif), à accepter un règlement obligatoire de la question A, à donner son accord à une procédure accélérée et à consentir aux dispositions intérimaires qui figurent maintenant au Compromis. Quant au deuxième argument des Etats-Unis—le défaut d'un litige réel vu l'absence de dommages—la France insiste sur le fait qu'elle réclame la réparation du dommage moral qui lui a été infligé, que la réparation réclamée consiste en une déclaration et que, dans des cas de ce genre, les tribunaux internationaux sont habilités à rendre des jugements déclaratoires même en l'absence de tout dommage matériel, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Enfin, la réalité de l'intérêt français est démontrée par le fait que tant l'Accord de 1946 que la section 213 des Règlements économiques du C.A.B. continuent à être en vigueur, de sorte que la section 213 pourrait à tout moment servir de base à de nouvelles mesures dirigées contre la France, soit dans le cadre de la présente affaire, soit dans d'autres situations. La France rejette aussi le troisième argument des Etats-Unis—le prétendu non-respect de l'exigence de négociations contenue à l'article X de l'Accord—en faisant remarquer que si les négociations n'ont pas été aussi étendues qu'on aurait pu l'espérer, cela est dû à la position rigide adoptée par les Etats-Unis au cours de ces négociations. De plus, les Etats-Unis auraient dû formuler leur objection avant la conclusion du Compromis; la disposition figurant au septième paragraphe du préambule du Compromis est beaucoup trop générale pour être comprise comme une référence à l'obligation de négociations préalables. Ayant ainsi accepté de soumettre la question B à l'arbitrage, les Etats-Unis ne sont plus recevables à soutenir que la question n'est pas de celles qui peuvent être examinées par le Tribunal arbitral.

#### b) Le fond

17. D'après la France, les Ordonnances du C.A.B. des 9 et 31 mai 1978 sont injustifiées; peu importe, selon elle, que ces Ordonnances soient qualifiées de représailles ou analysées sous l'angle du droit des traités, dans le cadre de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Pour ce qui est de la thèse des représailles, la France fait d'abord remarquer que la décision du 14 mars 1978, n'étant pas contraire à l'Accord de 1946, ne pouvait justifier des représailles. Quoi qu'il en soit, on ne peut, selon la France, recourir à des représailles qu'en cas de nécessité, c'est-à-dire en l'absence d'autres moyens juridiques permettant de mettre fin au différend; il est évident que cette condition n'était pas remplie puisque l'article X de l'Accord de 1946 prévoit de tels moyens. En outre, la procédure de représailles aurait dû être précédée d'une sommation infructueuse, telle qu'elle est exigée par le droit international. Enfin, les mesures prises par les Etats-Unis étaient disproportionnées. D'une part, elles portaient atteinte à des droits non contestés des entreprises françaises, prévus à l'Accord de 1946, alors que le droit du transporteur désigné des Etats-Unis d'effectuer une rupture de charge à Londres est un droit contesté; d'autre part, l'application de l'Ordonnance du C.A.B. du 31 mai 1978 privant Air France de ses trois vols hebdomadaires Paris-Los

Angeles aurait entraîné un préjudice économique dépassant de loin celui subi par la Pan Am à la suite de la décision du 14 mars 1978. Si la question est considérée sous l'angle du droit des traités, il faut relever que la suspension de dispositions conventionnelles par l'une des Parties n'est permise que si l'autre Partie a précédemment violé le traité, ce que la France nie avoir fait. De plus, la violation dont il s'agit doit être substantielle, c'est-à-dire consister en un rejet non autorisé du traité ou se rapporter à une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité; en l'espèce, ni l'une ni l'autre de ces conditions n'étaient remplies. De plus, même si elles l'avaient été, la suspension n'aurait pu avoir lieu que si l'Etat lésé n'avait disposé d'aucun moyen pour assurer le respect du traité; l'article X de l'Accord de 1946 démontre que tel n'était pas le cas en l'espèce.

18. D'après les Etats-Unis, l'action prise par le C.A.B. était justifiée sous l'angle de la théorie des représailles aussi bien que sous celui du droit des traités, car tous les deux exigent la violation préalable d'une obligation internationale. Une telle violation résultait de l'action entreprise le 3 mai 1978 par la France à l'aéroport d'Orly et du refus persistant de la France d'autoriser la Pan Am à assurer un service avec rupture de charge, et ce indépendamment du point de savoir si l'existence du droit revendiqué par les Etats-Unis a été ou non confirmée par un tribunal arbitral. Les mesures prises par les Etats-Unis ne devraient pas être considérées comme mettant fin à l'Accord de 1946 ou comme suspendant l'application de celui-ci, mais plutôt comme des démarches visant à retirer aux entreprises françaises un nombre limité de droits correspondant aux droits qui ont été refusés au transporteur des Etats-Unis. Quoi qu'il en soit, le comportement de la France constitue une violation "sérieuse" ou "substantielle" de l'Accord de 1946, comme le démontrent les pertes subies par la Pan Am à la suite de la perturbation de ses plans d'exploitation. Les Etats-Unis rejettent l'argument français selon lequel la théorie des représailles aussi bien que le droit des traités interdiraient toute contre-mesure lorsqu'il existe d'autres moyens d'obtenir satisfaction. La théorie des représailles présentée par la France, si elle est exacte, s'étend aux seules représailles armées; elle ne pourrait être appliquée à la situation présente qu'à partir du moment où les mécanismes juridictionnels internationaux auront évolué jusqu'au point où il existe des tribunaux internationaux institutionnalisés investis du pouvoir de prendre des mesures conservatoires immédiates; s'il en était autrement, rien ne pousserait l'Etat défendeur à contribuer à une conduite expéditive de la procédure d'arbitrage. L'Analyse des règles du droit des traités aboutit à une conclusion semblable. Quant à l'argument français fondé sur l'absence de proportionnalité, les Etats-Unis relèvent que, sur le plan des faits, le service assuré par Air France correspond à peu près au service côte Ouest-Paris que la Pan Am se proposait de reprendre; de plus, les entreprises françaises ont négligé la possibilité de se plaindre auprès du C.A.B. en ce qui concerne la portée des contre-mesures envisagées. Les deux services sont aussi équivalents sur le plan juridique, car, contrairement à ce que prétend la France, il *peut* y avoir proportionnalité entre un service qui est contesté et un service qui ne l'est pas.

*Questions préliminaires*

19. Au sixième et au septième paragraphe du préambule du Compromis d'arbitrage, il est dit

qu'en acceptant de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne la rupture de charge, le Gouvernement français se réserve le droit de faire valoir devant le Tribunal que tous les moyens de recours interne doivent être épuisés avant qu'un Etat ne puisse en appeler à l'arbitrage conformément aux dispositions de l'Accord,

et

qu'en acceptant de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne la Section 213, le Gouvernement des Etats-Unis se réserve le droit de faire valoir devant le Tribunal que, dans les circonstances de l'espèce, la question n'est pas de celles qui auraient dû être soumises à l'examen d'un tribunal arbitral.

20. Les Conclusions finales pertinentes des Parties, telles qu'elles ont été formulées à l'audience du 21 novembre 1978, sont ainsi rédigées:

Pour la France:

Plaise au Tribunal arbitral:

1°) Sur la question A

Dire et juger que le Gouvernement des Etats-Unis était tenu, avant d'agir sur le plan international en recourant à l'arbitrage, d'attendre que la compagnie américaine qui s'estime atteinte par l'acte prétendument illicite reproché au Gouvernement français ait épuisé les voies de recours ouvertes en droit français; que ces voies de recours n'ayant pas été épuisées, le Tribunal arbitral n'est pas en mesure de statuer sur la question qui lui a été posée;

A titre subsidiaire:

Dire et juger que, pour les motifs ci-dessus exposés, le Tribunal arbitral doit ajourner sa décision sur la question A jusqu'au moment où la compagnie Pan American World Airways aura, soit obtenu la reconnaissance par les tribunaux français des droits qu'elle réclame, soit épuisé, sans obtenir satisfaction, les voies de droit qui lui sont ouvertes en droit français:

Pour les Etats-Unis:

les Etats-Unis demandent respectueusement au Tribunal de . . . : Décliner de répondre à la question B . . .<sup>89</sup>

21. A première vue, les paragraphes du préambule ainsi que les Conclusions reproduites ci-dessus semblent se contredire particulièrement lorsqu'ils sont considérés dans le contexte du Compromis pris dans son ensemble.

22. Au paragraphe 2 du Compromis, les Parties demandent au Tribunal, d'un commun accord, "de statuer . . . sur les questions suivantes" et, à la première phrase du paragraphe 9, un délai très précis et très court est impartit au Tribunal pour "rendre la décision sur la rupture de charge et . . . rendre un avis consultatif sur la Section 213": la décision et l'avis consultatif doivent être rendus le 10 décembre 1978 au plus tard; le même délai figure

<sup>89</sup> Traduction du Greffe.

au paragraphe 3, qui traite des dispositions intérimaires. Apparemment, les Parties au Compromis souhaitaient qu'une décision soit rendue sur les deux questions, et ce dans un laps de temps plus court que celui qui aurait été nécessaire pour que puissent être remplies les conditions définies dans les écritures et plaidoiries concernant les questions préliminaires.

23. En l'espèce, il ne s'agit *nullement*, en fait, d'une affaire où une Partie saisit *unilatéralement* un tribunal d'une *réclamation* fondée sur l'article X de l'Accord relatif aux services aériens<sup>90</sup>. Au contraire, les deux Parties, d'un *commun accord*, demandent au Tribunal de "statuer . . . sur les *questions*" qu'elles ont elles-mêmes formulées et auxquelles il doit être répondu, aux termes du paragraphe 2 du Compromis, "conformément aux règles du *droit* international applicables et, en particulier, aux dispositions de l'Accord" (souligné par le Tribunal).

24. C'est dans ce contexte que le Tribunal doit se prononcer sur les demandes formulées par les deux Parties dans leurs Conclusions finales reproduites ci-dessus.

25. Dans ses Conclusions relatives à la question A, la France demande au Tribunal de dire qu'il ". . . n'est pas en mesure de statuer sur la question . . ." parce que la Pan Am *n'a pas* épuisé "les voies de recours ouvertes en droit français", ou au moins d'ajourner sa décision *jusqu'à ce que* la Pan Am ait épuisé ces voies de recours.

26. A cet égard, il convient de relever que, comme cela ressortira de la partie de la présente Sentence relative à la question A, il n'est pas nécessaire pour le Tribunal de statuer sur une question se rapportant à un fait quelconque dont la réalité pourrait faire l'objet d'un différend entre les Parties. La question A, telle qu'elle a été formulée d'un commun accord par les Parties, est uniquement une question de *droit*; la réponse à cette question devra découler de l'interprétation de règles de droit international, en particulier de règles contenues dans un traité "établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige" (article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice).

---

<sup>90</sup> L'article X de l'Accord, tel qu'il a été modifié par l'Echange de notes du 19 mars 1951, est ainsi conçu:

"Sous réserve des autres dispositions du présent Accord ou de son annexe, tout différend entre les Parties contractantes relatif à l'interprétation ou à l'application dudit Accord ou de son annexe qui ne pourrait être réglé par voie de négociations directes sera soumis pour avis consultatif à un tribunal arbitral de trois membres, dont un sera désigné par chaque Partie contractante, tandis que le troisième, qui ne pourra avoir la nationalité d'une des Parties contractantes, sera choisi par les deux autres. Chaque Partie contractante désignera son arbitre dans les deux mois à compter de la remise par l'une des Parties contractantes à l'autre d'une note diplomatique demandant l'arbitrage d'un différend; le troisième arbitre sera choisi dans le mois qui suivra cette période de deux mois

"Si l'une des Parties contractantes n'a pas désigné son arbitre dans le délai de deux mois ou si une entente sur le choix du troisième arbitre ne peut être obtenue dans le délai prévu ci-dessus, le Président de la Cour de justice internationale sera prié de procéder aux nominations nécessaires en choisissant le ou les arbitres, après consultation du Président du Conseil de l'O.A.C.I.

"Les Parties contractantes feront de leur mieux dans les limites de leurs pouvoirs légaux pour donner effet à l'avis consultatif. Les frais du tribunal arbitral seront supportés à parts égales par chaque Partie contractante."

27. Il n'est pas demandé au Tribunal, pour ce qui est de la question A, d'établir si l'existence d'un fait ou d'une situation quelconque constitue ou non une violation d'une obligation internationale, et encore moins de se prononcer sur "la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international" (article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice).

28. Comme l'a déclaré le Tribunal arbitral pour l'Accord sur les dettes extérieures allemandes dans sa Sentence en l'affaire *Confédération suisse c. République fédérale d'Allemagne* (n° 1), du 3 juillet 1958,

Dans la doctrine et la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, ainsi que dans la pratique en matière de traités, l'application de la règle de l'épuisement des recours internes ne peut être envisagée qu'en relation avec la question de la responsabilité internationale d'un Etat pour un acte contraire au droit ( . . . ) commis sur son territoire envers un ressortissant d'un autre Etat, et pour le refus de réparer cet acte, c'est-à-dire pour un déni de justice ( . . . ) (Tribunal d'Arbitrage et Commission Mixte de l'Accord sur les Dettes extérieures allemandes, Recueil des Jugements et des Avis consultatifs 1958, p. 18 )

29. Il a toutefois été soutenu que, même si la question posée au Tribunal est formulée comme une pure question de droit, indépendante de toute situation de fait *existante*, c'est en réalité un ensemble précis de faits comportant des actes de la Pan Am et des autorités françaises (communication de la Pan Am aux autorités aéronautiques françaises et réponse à cette communication; atterrissage de l'appareil de la Pan Am à Orly le 3 mai 1978; agissements de la gendarmerie française du même jour) qui est à l'origine de la question A soumise à la décision du Tribunal. A ce propos, on a également fait remarquer que le paragraphe 3 du Compromis relatif aux dispositions intérimaires vise un transporteur aérien déterminé—la Pan Am—et un comportement déterminé de cette compagnie pendant la période allant de la date de la signature du Compromis au 10 décembre 1978.

30. Le Tribunal n'estime pas que ces éléments sont de nature à justifier l'application de la règle de l'épuisement des recours internes à la présente espèce, application qui aurait pour effet d'empêcher le Tribunal, ne serait-ce que temporairement, de rendre une décision sur la question A. Il est peu probable, bien naturellement, que les gouvernements de deux Etats s'engagent dans un différend d'ordre juridique s'il n'existe aucune situation de fait qui soulève d'une manière ou d'une autre des questions de droit international. De même, si ces gouvernements conviennent de dispositions intérimaires en attendant le règlement du différend, les dispositions en cause prescriront probablement un comportement déterminé, qu'il s'agisse du comportement de personnes privées physiques ou morales ou de celui d'organes étatiques à l'égard de ces personnes. En fait, bien qu'étant avant tout conçues en fonction du comportement des Etats et des rapports entre ceux-ci, les règles du droit international, comme toutes les règles de droit, portent en dernière analyse sur la réalité des rapports entre des personnes, des objets et des activités envisagés au sein de la société humaine. C'est pourquoi la règle de droit international exigeant l'épuisement des recours internes, qui établit une distinction entre les réclamations d'Etat à Etat où cette

exigence s'applique et les demandes auxquelles elle ne s'applique pas, doit nécessairement fonder cette distinction sur le caractère *juridique* du rapport entre Etats invoqué à l'appui de la réclamation. En conséquence, pour juger de l'applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes, une distinction est généralement faite entre les "cas de protection diplomatique" et les "cas de dommage direct".

31. Si l'on fait valoir que, en vertu de la réserve française contenue au sixième paragraphe du préambule du Compromis, une distinction *parallèle* doit être opérée dans le cas présent, la question dont le Tribunal est saisi ne portant pas sur la réparation d'un dommage (ou même simplement sur sa détermination) prétendument causé à un Etat par le comportement effectif d'un autre Etat, une telle distinction ne pourrait se fonder que sur le caractère juridique des *règles* de droit international que le Tribunal est prié et tenu d'appliquer en statuant sur la question A. A ce propos, il est significatif que l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, tel qu'il a été adopté provisoirement en première lecture par la Commission du droit international en 1977<sup>91</sup>, soulève l'exigence de l'épuisement des recours internes uniquement s'il s'agit d'une obligation "de résultat", dont il ressort "que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat" et qui est une obligation "concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers". Indépendamment du choix effectué dans ce projet d'article en ce qui concerne la qualification de la règle de l'épuisement des recours internes comme une règle de "procédure" ou comme une règle de "fond"—question que le Tribunal considère comme étant sans pertinence en l'espèce—il est évident que le caractère juridique des *règles* de droit international à appliquer dans le cas présent est fondamentalement différent de celui des règles visées dans le projet d'article cité ci-dessus. En fait, l'article premier de l'Accord relatif aux services aériens dispose que "[1]es Parties Contractantes s'accordent l'une à l'autre les droits spécifiés à l'Annexe ci-jointe . . ." (souligné par le Tribunal), et les sections I et II de l'Annexe se réfèrent toutes deux au "droit de faire assurer par une ou plusieurs entreprises françaises de transport aérien [entreprises de transport aérien des Etats-Unis] désignées par [cet Etat], des services aériens . . ." en tant que droit accordé par un *gouvernement* à l'autre *gouvernement*. De plus, il est évident que l'objet et le but d'un accord relatif aux services aériens tel que celui-ci sont *l'exploitation de services de transport aérien*, l'obligation correspondante des Parties consistant en un devoir d'admettre cette exploitation plutôt qu'en une obligation tendant à assurer un "résultat"; encore moins consiste-t-elle en une obligation dont il ressort qu'un "résultat équivalent" peut être acquis au moyen

<sup>91</sup> Cet article a la teneur suivante:

"Lorsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles, sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent."

d'un comportement postérieur au refus d'admettre l'exploitation. Pour les besoins de la question ici examinée, il existe une différence substantielle entre l'obligation pour un Etat d'accorder à des étrangers admis sur son territoire un traitement correspondant à un certain standard, d'une part, et, d'autre part, l'obligation pour un Etat d'admettre l'exploitation de services de transport aérien à destination, à partir et au-dessus de son territoire. Dans le dernier cas, en raison de la nature même des services internationaux de transport aérien, aucune alternative pouvant normalement être considérée comme "équivalente" ne peut se substituer à l'autorisation effective d'exploiter de tels services.

32. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Tribunal est d'avis qu'il *est* "en mesure de statuer sur la question qui lui a été posée" et qu'il ne doit *pas*

ajourner sa décision sur la question A jusqu'au moment où la compagnie Pan American World Airways aura, soit obtenu la reconnaissance par les tribunaux français des droits qu'elle réclame, soit épuisé, sans obtenir satisfaction, les voies de droit qui lui sont ouvertes en droit français.

33. Passant maintenant au dernier paragraphe du préambule du Compromis et la Conclusion finale des Etats-Unis demandant au Tribunal de ". . . [décliner de répondre . . .]" la question B, le Tribunal rappelle d'abord ses observations générales antérieures relatives à la contradiction que renferment ce paragraphe et cette Conclusion et au contexte dans lequel le Tribunal doit étudier les objections des Etats-Unis tendant à établir que la question relative à la section 213, "dans les circonstances de l'espèce, . . . n'est pas de celles qui auraient dû être soumises à l'examen d'un tribunal arbitral".

34. En fait, les objections des Etats-Unis selon lesquelles a) les mesures prises par les Etats-Unis en vertu de la section 213 n'ont pas porté préjudice à la France ou aux entreprises de transport aérien françaises, b) les Parties ne se sont pas consultées au sujet de la question de la section 213, et c) il n'y a pas de litige réel à trancher, doivent être appréciées ici encore dans le contexte du Compromis dans son ensemble, y compris notamment les paragraphes 2, B et 3.

35. Au paragraphe 2 du Compromis, il est demandé au Tribunal "de statuer . . . sur *les* questions suivantes . . ." (souligné par le Tribunal); cette référence englobe la question B, qui est ainsi libellée: "Dans les circonstances de l'espèce, le Gouvernement des Etats-Unis *avait-il* le droit d'entreprendre . . . ?" (souligné par le Tribunal). L'opinion du Tribunal, qui sera exprimée dans un avis consultatif, aura l'effet prévu à l'article X de l'Accord.

36. D'autre part, le paragraphe 3 du Compromis, qui a trait aux dispositions intérimaires convenues entre les Parties, dit notamment ceci:

A la signature du présent compromis, le Civil Aeronautics Board des Etats-Unis annulera immédiatement tous les ordres émis en application de la Section 213 de ses règlements économiques ( . . . ).

37. Dans ces circonstances, le Tribunal est d'avis que les objections

élevées contre un avis consultatif relatif à la question B doivent être examinées dans un contexte qui est sensiblement différent de celui où un tribunal arbitral ou une cour internationale aurait à se prononcer sur une requête unilatérale d'une Partie à un différend visant à faire établir s'il y a effectivement eu violation d'une obligation internationale et à faire déterminer les conséquences d'une telle violation.

38. En particulier, le fait que, *en vertu du paragraphe 3 du Compromis*, des Ordonnances pertinentes du C.A.B.—notamment l'Ordonnance 78-6-82, telle qu'elle a été modifiée par l'Ordonnance 78-6-202—ont été annulées avant de devenir applicables est, de l'avis du Tribunal, sans pertinence pour la réponse à la question B, car cette dernière ne peut se rapporter qu'aux actes accomplis par les Etats-Unis *avant* la date de la signature du Compromis.

39. Le Tribunal n'estime pas qu'il y ait lieu d'exprimer un avis sur la question de savoir si les Ordonnances du C.A.B. qui étaient antérieures, soit les Ordonnances 78-5-45 (ordre de déposer des programmes de vols) et 78-5-106 (ordre refusant la demande de sursis à exécution), et qui *ont* produit des effets avant d'être annulées, ont porté préjudice à la France ou aux entreprises de transport aérien françaises; il est en effet clair que les *autres* Ordonnances, si elles étaient envisagées dans le cadre de la question B, c'est-à-dire indépendamment de leur annulation en vertu du Compromis et après sa signature, *causeraient* un tel préjudice.

40. La question relative à l'exigence de négociations préalables énoncée à l'article X de l'Accord relatif aux services aériens devrait être considérée dans le même contexte. Même si les discussions entre les Parties portant sur l'action entreprise par les Etats-Unis en application de la section 213 étaient peu poussées et peut-être plus limitées dans le temps que celles consacrées à la question de la rupture de charge, traitée lors des mêmes discussions, elles ont en fait eu lieu. A ce propos, il faut tenir compte du fait que, par leur nature, les deux questions étaient en réalité étroitement liées: la question de la section 213, en raison du libellé même de la disposition législative pertinente aussi bien que des Ordonnances, est fondée sur une prétendue violation par la France de ses obligations en matière de rupture de charge.

41. Enfin, et toujours dans le contexte défini ci-dessus, le Tribunal estime que les arguments avancés et les précédents invoqués par les Etats-Unis à l'appui de la thèse selon laquelle le droit ne permet aux tribunaux de trancher que des "litiges réels" entre les Parties, ne sont pas directement applicables à l'espèce. Tout au long des discussions qui ont abouti à la signature du Compromis, la demande d'arbitrage relative à la question B a été liée à la demande d'arbitrage portant sur la question A. Le lien entre les deux problèmes ressort également de façon claire du paragraphe 3 du Compromis. Les *deux* questions portent en fait sur le but et l'objet de l'Accord relatif aux services aériens entre les Parties, à savoir sur le droit de la France et des Etats-Unis d'exploiter des services aériens sur les routes mentionnées aux Tableaux I et II (étendus par l'Echange de notes du 5 avril 1960).

42. Dans ces conditions, le Tribunal manquerait à ses devoirs en refusant de donner son avis sur la question B.

*Question A*

43. La première question sur laquelle le Tribunal doit rendre une décision est la suivante:

Un transporteur désigné des Etats-Unis a-t-il le droit, en vertu de l'Accord entre la France et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux services aériens, d'exploiter un service de la Côte Ouest des Etats-Unis à Paris avec rupture de charge à Londres (transbordement sur un plus petit avion à l'aller et sur un plus gros avion au retour)?

La décision du Tribunal sur cette question sera obligatoire.

44. Pour répondre à la question A, le Tribunal a d'abord examiné les termes de l'Accord se rapportant expressément à la rupture de charge. En l'absence d'une réponse claire fondée uniquement sur ces termes, le Tribunal s'est ensuite référé à l'ensemble des dispositions de l'Accord. Cette analyse a conduit à une conclusion provisoire concernant une réponse à la question A. Le Tribunal a ensuite vérifié cette conclusion en tenant compte à la fois du contexte général de l'aviation civile internationale dans lequel l'Accord a été négocié et de la pratique des Parties relative à l'application de l'Accord. L'analyse révèle que ni le contexte général ni la pratique des Parties ne sont incompatibles avec la conclusion provisoire fondée sur l'ensemble du texte de l'Accord. Le Tribunal a enfin procédé à un examen limité de la pratique relative à l'application d'accords de services aériens semblables à celui entre la France et les Etats-Unis, cela uniquement dans le but de s'assurer que cette pratique ne révèle pas une conception fondamentalement différente de celle de la conclusion provisoire du Tribunal. Ayant ainsi procédé par étapes, le Tribunal a constaté que sa conclusion était fondée et devait effectivement servir de base à sa réponse à la question A. Ci-après, chacune de ces étapes va faire l'objet d'un examen relativement détaillé.

*1. La partie de l'Accord se rapportant à la rupture de charge*

45. La seule disposition de l'Accord se rapportant expressément à la rupture de charge est la section VI de l'Annexe<sup>92</sup>. La section VI dispose:

a) Au sens de la présente Section l'expression "rupture de charge" à une escale donnée signifie qu'au-delà de ce point le trafic sur la ligne considérée est assuré par la même entreprise avec un appareil différent de celui qui a été utilisé sur la même ligne avant ladite escale

b) Toute rupture de charge justifiée par des raisons d'économie d'exploitation sera admise en tout point du territoire des deux Parties Contractantes mentionné aux tableaux ci-annexés.

<sup>92</sup> Tout au long de cette Sentence, le Tribunal utilisera les termes "rupture de charge" et "change of gauge" pour désigner tout changement de dimension d'appareil.

c) Toutefois aucune rupture de charge ne pourra intervenir sur le territoire de l'une ou l'autre des Parties Contractantes dans les cas où elle modifierait les caractéristiques de l'exploitation d'un service long-courrier, ou serait incompatible avec les principes énoncés dans le présent Accord et son Annexe et particulièrement la Section IV de ladite Annexe.

46. Par ses termes, la section VI ne porte ainsi que sur les ruptures de charge (ou sur d'autres formes de transbordement) intervenant à l'intérieur du territoire de l'une des Parties. Elle ne s'applique pas à des situations, telles que celle envisagée à la question A, où un transporteur souhaite procéder à une rupture de charge sur le territoire d'un pays tiers, sur l'une des routes visées par l'Accord. Quelles implications peut-on tirer de l'absence de toute référence dans l'Accord à des ruptures de charge en pays tiers?

47. Le Gouvernement français a soutenu qu'il fallait interpréter ce silence comme excluant toute rupture de charge d'un transporteur de l'une des Parties, à moins qu'elle ne soit expressément approuvée par le Gouvernement de l'autre Partie. Le Gouvernement français fait valoir qu'aucune concession d'un droit de procéder à une rupture de charge en pays tiers n'existe implicitement, eu égard surtout au fait qu'un seul type de situation prévoyant une rupture de charge est expressément visé par la section VI. Le Gouvernement des Etats-Unis prend la position opposée. Pour lui, une rupture de charge en pays tiers est toujours permise, et aucune interdiction ne saurait découler implicitement de l'Accord. Le Gouvernement des Etats-Unis soutient que la section VI implique au contraire que les seules restrictions auxquelles est soumise la rupture de charge sont celles qui ont trait au territoire des Parties. A l'extérieur du territoire des Parties, affirme-t-il, celles-ci peuvent procéder à une rupture de charge sans restriction.

48. De l'avis du Tribunal, aucune de ces deux positions extrêmes ne saurait véritablement être déduite de la section VI isolée des autres termes de l'Accord. Il est nécessaire, au contraire, de s'en remettre au texte de l'Accord dans son ensemble. Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a indiqué dans son Avis consultatif du 12 août 1922 relatif à la *Compétence de l'Organisation internationale du Travail*,

il faut évidemment lire [le Traité] dans son ensemble, et l'on ne saurait déterminer sa signification sur la base de quelques phrases détachées de leur milieu et qui, séparées de leur contexte, peuvent être interprétées de plusieurs manières (Publications de la C.P.J.I., série B, n° 2, p. 22);

voir aussi l'*Arbitrage aérien entre la France et les Etats-Unis* de 1963 (*Revue générale de droit international public*, t. 69, 1965, pp. 229-230).

## 2. Le texte de l'Accord dans son ensemble

49. L'article premier de l'Accord stipule que

[l]es Parties Contractantes accordent l'une à l'autre les droits spécifiés à l'Annexe ci-jointe en vue de l'établissement des services aériens internationaux énumérés à cette Annexe .

C'est donc aux termes de l'Annexe qu'il faut se reporter pour examiner les droits des Parties et les limitations auxquelles ces droits sont soumis.

50. Aux sections I et II de l'Annexe, les deux Parties s'accordent mutuellement "le droit de faire assurer . . . des services aériens" sur les routes désignées dans les tableaux annexés<sup>93</sup>. Dans le cas présent, les textes pertinents sont le Tableau II et l'Echange de notes du 5 avril 1960<sup>94</sup>.

51. La section III prévoit que chacune des Parties accordera à l'autre des droits limités sur son propre territoire: le "droit de transit", le "droit d'escales pour raisons non commerciales" et le "droit de débarquer et d'embarquer en trafic international"<sup>95</sup>.

52. La section IV énonce les lignes directrices fondamentales qui régissent la capacité sur les routes autorisées. Suivant ses termes, les deux Parties désirent encourager les voyages aériens "pour le bien général de l'humanité, aux plus bas tarifs compatibles avec de sains principes économiques"; chacune des Parties prendra en considération les intérêts du transporteur de l'autre Partie concernant les services sur les mêmes parcours; les services devront "correspondre aux besoins du public en matière de transport aérien"; et, ce qui est peut-être le plus important, les services auront "pour objet essentiel d'offrir une capacité correspondant à la demande de trafic entre le pays dont ressortit l'entreprise et le pays desservi en

<sup>93</sup> Les sections I et II de l'Annexe ont la teneur suivante:

*"Section I*

"Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique accorde au Gouvernement de la République française le droit de faire assurer, par une ou plusieurs entreprises françaises de transport aérien désignées par lui, des services aériens sur les lignes mentionnées au tableau I ci-annexé qui traversent ou desservent le territoire des Etats-Unis d'Amérique."

*"Section II*

"Le Gouvernement de la République française accorde au Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique le droit de faire assurer, par une ou plusieurs entreprises de transport aérien des Etats-Unis désignées par lui, des services aériens sur les lignes mentionnées au tableau II ci-annexé qui traversent ou desservent le territoire français."

<sup>94</sup> Voici une partie du texte de la Note adressée le 5 avril 1960 par l'Ambassade des Etats-Unis à Paris au Ministère français des Affaires étrangères:

"A la suite des entretiens récents à ce sujet, l'Ambassade considère qu'un Accord a été obtenu sur l'échange de droits de trafic en matière aérienne qui accorde les avantages suivants aux aéronefs des deux pays:

"1) Les avions français sont autorisés à desservir Los Angeles via Montréal (sans droits de trafic entre Montréal et Los Angeles)

"2) Les avions des Etats-Unis sont autorisés à desservir Paris via Londres (sans droits de trafic entre Londres et Paris) sur les lignes qu'ils exploitent à partir de ou à destination de la côte occidentale des Etats-Unis."

<sup>95</sup> Le texte complet de la section III est le suivant:

"L'entreprise ou les entreprises de transport aérien désignées par chacune des Parties Contractantes dans les conditions fixées à l'Accord jouiront dans le territoire de l'autre Partie Contractante, aux points énumérés et sur chaque itinéraire décrit aux tableaux ci-annexés, du droit de transit, du droit d'escales pour raisons non commerciales et du droit de débarquer et d'embarquer en trafic international des passagers, du courrier et des marchandises sur tout aéroport ouvert au trafic international."

dernier lieu." Enfin, les droits des transporteurs de chacune des Parties d'embarquer et de débarquer des passagers sur le territoire de l'autre Partie sont soumis à une nouvelle série de principes directeurs<sup>96</sup>.

53. La section V a trait aux tarifs à appliquer par les transporteurs des Parties. La section VI a, bien entendu, déjà été examinée. La section VII permet des modifications de routes par l'une des Parties sur le territoire de pays tiers — mais pas sur le territoire de l'autre Partie — les seules exigences étant la notification sans délai et la possibilité d'une concertation si celle-ci est demandée<sup>97</sup>. La section VIII, enfin, prévoit l'échange rapide d'informations entre les Parties<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> La section IV a la teneur suivante:

"Il est entendu entre les Parties Contractantes:

"a) que les deux Gouvernements désirent provoquer et encourager la plus large distribution possible des avantages procurés par les voyages aériens pour le bien général de l'humanité, aux plus bas tarifs compatibles avec de sains principes économiques; et stimuler les voyages aériens internationaux comme moyen de promouvoir une entente amicale et une bonne volonté commune entre les peuples, et assurer en même temps les nombreux bienfaits indirects de ce nouveau mode de transport pour le bien-être commun des deux pays,

"b) que, dans l'exploitation par les entreprises de chacun des deux pays des services long-courriers mentionnés à la présente Annexe, les intérêts des entreprises de l'autre pays seront toutefois pris en considération, afin que ne soient pas indûment affectés les services que ces dernières assureraient sur tout ou partie des mêmes parcours;

"c) que les services assurés par les entreprises des deux pays devront correspondre aux besoins du public en matière de transport aérien;

"d) que lesdits services long-courriers auront pour objet essentiel d'offrir une capacité correspondant à la demande de trafic entre le pays auquel ressortit l'entreprise et le pays desservi en dernier lieu; et

"e) que le droit pour les entreprises de chacun des deux pays d'embarquer et de débarquer sur le territoire de l'autre pays, aux points et sur les itinéraires spécifiés aux tableaux ci-annexés, du trafic international à destination ou en provenance de pays tiers sera exercé conformément aux principes généraux de développement ordonné affirmés par les deux Gouvernements, et dans des conditions telles que la capacité soit adaptée.

"1) A la demande de trafic entre le pays d'origine et les pays de destination;

"2) Aux exigences de l'exploitation des services long-courriers; et

"3) A la demande de trafic dans les régions traversées, compte tenu des services locaux et régionaux."

<sup>97</sup> La section VII dispose:

"Toute modification des lignes aériennes mentionnées aux tableaux ci-annexés qui affecterait le tracé de ces lignes sur des territoires d'Etats tiers autres que ceux des Parties Contractantes, ne sera pas considérée comme une modification à l'Annexe. Les autorités aéronautiques de chaque Partie Contractante pourront en conséquence procéder unilatéralement à une telle modification sous réserve toutefois de sa notification sans délai aux autorités aéronautiques de l'autre Partie Contractante

"Si ces dernières estiment, eu égard aux principes énoncés à la Section IV de la présente Annexe, que les intérêts de leurs entreprises nationales sont affectés par le fait qu'un trafic est assuré entre leur propre territoire et la nouvelle escale en pays tiers par les entreprises de l'autre pays, elles se concerteront avec les autorités aéronautiques de l'autre Partie Contractante afin de parvenir à un accord satisfaisant "

<sup>98</sup> Voici le texte complet de la section VIII:

"A partir de l'entrée en vigueur du présent Accord, les autorités aéronautiques des deux Parties Contractantes devront se communiquer aussi rapidement que possible les informations concernant les autorisations données à leur ou leurs propres entreprises désignées pour exploiter les lignes mentionnées aux tableaux ci-annexés ou des fractions desdites lignes. Ces informations comporteront notamment copie des autorisations accordées, de leurs modifications éventuelles ainsi que tous documents annexes."

54. Considéré dans son ensemble, le texte de l'Accord est significatif par ce qu'il omet de dire aussi bien que par ce qu'il dit. Il garde le silence sur la plupart des problèmes importants qui se posent à une entreprise pour la gestion des services aériens—les types d'avions à utiliser, le nombre des membres de l'équipage, etc. Lors de la mise en service des avions à réaction, par exemple, des personnes peu familières avec l'Accord auraient pu penser qu'un nouvel accord serait nécessaire. En fait, cependant, l'Accord de 1946 n'a pas été modifié lors de l'introduction de cette innovation technique remarquable. De même, les objections formulées récemment à l'encontre des avions supersoniques ont été fondées, non sur les termes de l'Accord, mais uniquement sur des considérations touchant à la préservation de l'environnement. Ce qu'il convient de retenir ici, c'est que l'Accord laisse aux Parties—et à leurs transporteurs désignés si elles en décident ainsi—la liberté de décider une vaste gamme de questions essentielles qui portent sur presque tous les aspects de l'exploitation de services sur des routes désignées, à l'exception des questions relatives aux tarifs et à la capacité.

55. L'Accord prévoit des exceptions à cette conception fondamentale, mais ces exceptions ont pour l'essentiel trait à la réglementation, par une Partie, d'activités ayant lieu sur son territoire. La section VII de l'Annexe prévoit, par exemple, qu'une Partie peut procéder à des modifications des routes décrites, sous réserve de leur notification et de la possibilité de consultations, sur le territoire de pays tiers, mais non sur celui de l'autre Partie.

56. La section VI de l'Annexe, comme il a été dit, se rapporte uniquement à la rupture de charge sur le territoire de l'une des Parties. En soi, cela est compréhensible lorsqu'on considère l'Accord dans son ensemble. Il est tout à fait raisonnable d'établir une distinction entre des activités sur le territoire d'une Partie et des activités sur le territoire de pays tiers. Chaque Partie est naturellement plus préoccupée de ce qui se passe sur son propre territoire que de ce qui se passe ailleurs. Cette conception permet d'assurer, dans le cadre d'un réseau mondial d'accords bilatéraux de services aériens, que les activités à l'intérieur de chaque territoire sont réglementées avant tout par les pays le plus directement intéressés.

57. Quels sont les éléments qui se dégagent de cet examen de l'ensemble du texte de l'Accord en ce qui concerne la question A? En premier lieu, il paraît évident pour le Tribunal qu'aucune des deux positions extrêmes en matière de rupture de charge n'est acceptable. D'une part, certaines ruptures de charge en pays tiers doivent être permises. Lorsqu'un appareil a des ennuis mécaniques, par exemple, un transbordement est évidemment nécessaire, et il se peut qu'un appareil de même dimension ne soit pas disponible. De même, des transporteurs qui opèrent sur des routes extrêmement longues—notamment, ce qui est le plus évident, sur des routes qui font le tour du monde—doivent changer d'appareil en un point ou en plusieurs points, et il ne semble y avoir aucune raison pour obliger le transporteur à utiliser un appareil de même dimension sur chaque segment de ces routes.

58. D'autre part, l'Accord comporte diverses conditions se rapportant aux services assurés par les transporteurs des Parties. La description des

routes dans les tableaux équivaut à une série de conditions. Les dispositions sur la capacité contenues à la section IV de l'Annexe en constituent une autre. Ce serait vider de leur sens les termes de l'Accord que d'admettre une rupture de charge dans le *seul* but de permettre à un transporteur d'agir contrairement à une ou plusieurs de ces conditions.

59. La question qu'il s'agit ainsi de résoudre est celle de savoir comment on peut distinguer les ruptures de charge permises en pays tiers des ruptures de charge interdites. Sur cette question, les termes de l'Accord mentionnés ci-dessus sont d'un grand secours. Ce qui est le plus important, c'est qu'ils se réfèrent à des routes désignées et à des services offerts sur ces routes. Les passagers peuvent embarquer et débarquer en divers points, mais l'Accord reflète de manière constante un concept de services continus, prévus dans un programme de vols, sur une route entre un point d'origine et un point d'aboutissement. Ce concept ne figure pas expressément dans l'Accord, mais il découle du texte lorsque celui-ci est examiné dans son ensemble, en particulier de la section I de l'Annexe et des tableaux.

60. Sur cette base, le Tribunal a provisoirement conclu que la rupture de charge est autorisée sur le territoire d'un pays tiers lorsque le service visé est continu et pour autant que la rupture de charge ne soit pas simplement utilisée pour assurer une série de services distincts.

61. Selon cette conception, une rupture de charge ne saurait servir de justification à des agissements non conformes aux dispositions de l'Accord et notamment aux dispositions qui se rapportent à la capacité. Il n'en est pas moins vrai qu'une rupture de charge peut être le moyen le plus approprié pour assurer le respect de certaines dispositions. La demande de trafic peut par exemple diminuer au cours d'une route très longue. C'est évidemment le cas quand, comme en l'espèce, le trafic appelé trafic de cinquième liberté est exclu. Les transporteurs des Etats-Unis se voient interdire l'embarquement de passagers à Londres sur la route qui relie des points de la côte Ouest des Etats-Unis à Paris via Londres. Il est donc virtuellement certain que la demande de trafic sur cette route sera plus faible sur le segment Londres-Paris que sur le segment précédent.

62. Bien que les termes de la section VI ne s'appliquent pas à la situation visée à la question A, ce texte peut être pris en considération et semble être en harmonie avec la réponse provisoire du Tribunal. Le texte de la section VI se réfère spécifiquement à trois critères: en premier lieu, une rupture de charge sur le territoire d'une Partie doit être justifiée par "des raisons d'économie d'exploitation"; en deuxième lieu, elle ne doit pas modifier "les caractéristiques de l'exploitation d'un service long-courrier"; en troisième lieu, elle ne doit pas être incompatible avec les autres dispositions de l'Accord, en particulier les dispositions relatives à la capacité contenues à la section IV de l'Annexe.

63. L'accent mis par le Tribunal sur le concept de service continu paraît lié à ces critères pris dans un sens large. L'économie d'exploitation serait naturellement un principe directeur pour des ruptures de charge qui sont compatibles avec le concept de service continu; les "caractéristiques de l'exploitation d'un service long-courrier" (c'est-à-dire les caractéristiques

d'un service par opposition à celles d'un appareil déterminé) reflètent un certain aspect de ce concept; et, comme il a été indiqué plus haut, une rupture de charge ne saurait être utilisée simplement comme un moyen permettant une action contraire aux dispositions de l'Accord et notamment aux dispositions de la section IV relative à la capacité.

64. Il s'ensuit que la référence à la section VI confirme la conclusion suivant laquelle la clé de la réponse à la question A est fournie par un concept de service continu. Une rupture de charge compatible avec ce concept est autorisée, alors qu'une rupture de charge visant à mettre en place des services essentiellement séparés est exclue.

65. En conséquence, une rupture de charge d'un petit appareil à un appareil plus gros n'est pas permise, sur un point d'une ligne où des droits de cinquième liberté sont accordés, lorsque l'expérience a montré que la rupture a pour but unique d'assurer un trafic de cinquième liberté plus important que celui qu'autorisent les principes relatifs à la capacité de la section IV. Même si aucun droit de cinquième liberté n'existe en un point donné, comme c'est le cas dans la situation envisagée à la question A, une rupture de charge ne peut être utilisée pour excuser un retard sensible dans le service, soit en fait pour transformer un service continu en une série de services distincts.

### 3. *Le contexte dans lequel l'Accord a été négocié.*

66. Bien que les Parties ne se soient pas rapportées à l'histoire des négociations de l'Accord en ce qui concerne la question précise examinée ici, le contexte plus large dans lequel la négociation de l'Accord s'est déroulée est pertinent. Il n'est pas nécessaire de s'arrêter longuement à la Convention relative à l'aviation civile internationale conclue à Chicago le 7 décembre 1944, l'instrument qui a fourni un cadre à l'expansion rapide de l'aviation civile internationale. Cette Convention a été examinée de façon assez détaillée dans *l'Arbitrage aérien entre l'Italie et les Etats-Unis* de 1964 (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 58, 1965, p. 451-453). Le point le plus important qu'il convient de relever, c'est que la Convention de Chicago a établi les structures d'un régime international pour l'aviation civile qui était remarquablement ouvert et non réglementé sauf en ce qui concernait les routes, les tarifs, la capacité et le régime de certaines activités qui peuvent être réglementées par les Etats sur leur propre territoire. Considérée dans son ensemble, la Convention de Chicago ne reflète ni le concept de la "liberté de l'air" ni celui d'une souveraineté nationale d'un Etat sur l'espace aérien au-dessus de son territoire, telle qu'elle permettrait à l'Etat en cause de subordonner l'utilisation de cet espace par des transporteurs étrangers à *n'importe quelle* condition régissant le comportement de ce transporteur avant ou après cette utilisation. Ce contexte, par conséquent, vient à l'appui de la distinction qui a été opérée ci-dessus entre les activités qui se situent dans le territoire des Parties et qui doivent en général faire l'objet d'une autorisation expresse, et les activités sur le territoire de pays tiers, qui sont en général permises en l'absence d'une interdiction spécifique.

67. L'Accord des Bermudes conclu en 1946 entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis, qui a précédé l'Accord entre la France et les Etats-Unis de quelques mois seulement, forme lui aussi une partie du contexte pertinent, quoique la France ne soit évidemment pas liée par l'Accord des Bermudes et encore moins par l'histoire des négociations, puisqu'elle n'était pas partie à l'Accord.

68. L'histoire des négociations de l'Accord des Bermudes révèle cependant qu'un compromis était intervenu entre la position initiale du Royaume-Uni, qui avait été opposé à toute rupture de charge par un transporteur d'une Partie sans l'autorisation expresse de l'autre Partie, et la position initiale des Etats-Unis, qui étaient favorables à la rupture de charge sans restriction aucune. La disposition sur la rupture de charge qui fut finalement retenue<sup>99</sup> et l'histoire des négociations font clairement ressortir que l'Accord des Bermudes énonce une solution en matière de rupture de charge qui est compatible avec l'opinion exprimée dans la présente Sentence.

#### 4. *La pratique des Parties*

69. Les activités exercées par les Parties pendant une certaine période en application d'un accord international peuvent, bien entendu, être pertinentes, parfois même décisives, pour l'interprétation du texte de l'accord. En l'espèce, les transporteurs des Etats-Unis ont procédé, au cours des années où l'Accord a été en vigueur, à un certain nombre de ruptures de charge en pays tiers sur des routes désignées par les tableaux. Les Parties—ceci n'est guère surprenant—sont en désaccord quant au poids à attribuer à cette pratique. Dans les circonstances de l'espèce, le Tribunal est d'avis que tout ce qu'on est en droit de déduire de la pratique des Parties dans son ensemble est que cette pratique ne conduit pas à une conclusion différente de

<sup>99</sup> La section V de l'Annexe à l'Accord des Bermudes, qui porte sur la rupture de charge, est ainsi rédigée.

"a) Lorsque, à un stade ultérieur du parcours, le transport est assuré, pour des raisons d'économie d'exploitation, par un aéronef n'ayant pas les mêmes dimensions que l'aéronef qui a été employé au cours de la première étape du parcours (ce qui est appelé dans la suite du présent texte "rupture de charge"), une telle rupture de charge survenant en un point situé sur le territoire du Royaume-Uni ou sur le territoire des Etats-Unis devra être conforme aux principes énoncés dans l'Acte final de la Conférence de l'Aviation civile tenue aux Bermudes du 15 janvier au 11 février 1946 et, en particulier, tenir compte de l'existence d'un volume convenable de trafic direct

"b) Dans le cas où une rupture de charge interviendrait en un point situé sur le territoire du Royaume-Uni ou le territoire des Etats-Unis, l'aéronef le plus petit n'opérera en liaison qu'avec l'aéronef le plus grand arrivant au point où s'effectue la rupture de charge, de manière à assurer normalement un service de correspondance, à l'arrivée de l'aéronef le plus grand, pour permettre, avant tout, aux passagers voyageant dans l'aéronef le plus grand à destination du territoire du Royaume-Uni ou du territoire des Etats-Unis de poursuivre leur voyage dans l'aéronef le plus petit. S'il y a des places libres dans l'aéronef le plus petit, elles pourront être données à des passagers venant du territoire du Royaume-Uni ou du territoire des Etats-Unis respectivement. Il est bien entendu que la capacité de charge de l'aéronef le plus petit sera déterminée essentiellement par le volume de trafic transporté par l'aéronef le plus grand qui doit normalement faire l'objet d'un nouveau transport.

" . . ." (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3, p. 253)

celle provisoirement adoptée par le Tribunal sur la base du texte de l'Accord et confirmée par le contexte général dans lequel l'Accord a été négocié.

70. Les Etats-Unis ont également invoqué les milliers de ruptures de charge qui ont eu lieu en vertu d'autres accords internationaux de services aériens auxquels ils étaient ou sont Partie. Quelques-uns de ces accords contiennent des dispositions semblables à celles de l'Accord entre la France et les Etats-Unis, alors que d'autres en diffèrent considérablement.

71. Le Tribunal hésiterait beaucoup à tirer des conclusions définitives de cette pratique, du moins sans un examen détaillé de chaque accord et de la pratique pertinente des Parties, examen auquel il n'a pas été possible de procéder en raison du temps limité dont a disposé le Tribunal. Dans ces conditions, tout ce qu'on peut dire, c'est que cette pratique ne paraît pas être contraire à la manière dont le Tribunal a résolu le problème.

#### *Question B*

72. A titre préliminaire, le Tribunal doit présenter deux séries d'observations portant les premières sur la question posée et les secondes sur "les circonstances de l'espèce".

73. En ce qui concerne tout d'abord la question posée, il est absolument certain que le Tribunal arbitral n'a pas à examiner la compatibilité de principe de l'ensemble du régime institué par le système de la section 213 des Règlements économiques du C.A.B. avec les obligations internationales des Etats-Unis; encore moins doit-il apprécier les avantages et les inconvénients d'un système qui constitue, en matière de transports aériens, l'application d'une formule à laquelle les Etats-Unis ont souvent recouru dans leurs relations économiques avec l'étranger.

74. Il doit seulement examiner si, *dans les circonstances de l'espèce*, le Gouvernement des Etats-Unis a violé ses obligations internationales par l'action qu'il a entreprise dans la période qui a immédiatement précédé la conclusion du Compromis d'arbitrage. Il est également bien évident que la régularité de l'action entreprise doit être examinée indépendamment de la réponse donnée à la question de fond relative à la violation alléguée de l'Accord de 1946. Il s'agit d'établir aujourd'hui si le Gouvernement des Etats-Unis a violé ses obligations internationales par l'action entreprise, même si l'on supposait que postérieurement à cette action il a été établi de manière à lier le Gouvernement français que celui-ci avait, avant l'action des Etats-Unis, violé l'Accord de 1946.

75. Le deuxième groupe d'observations porte sur "les circonstances de l'espèce", expressément visées par la présente question. Celles-ci présentent certains aspects généraux qu'il est nécessaire de rappeler sommairement. Le plus sensible est peut-être la grande incertitude qui a marqué les relations des Parties entre elles et avec la compagnie en question en ce qui concerne l'objet du différend, les fins poursuivies par elles, et même la portée exacte de leurs positions. Une telle situation engendre facilement des suspicions, des craintes et des maladroites qui risquent d'aggraver le différend. Les fait que la compagnie intéressée a ignoré les objections des

autorités françaises, portées à sa connaissance par la lettre du 14 mars 1978, en atterrissant sur le territoire français, les mesures prises par la gendarmerie française à Orly le 2 mai et les mesures subséquentes décidées par le C.A.B. montrent clairement une "escalade" dans le conflit.

76. Les rapports entre les compagnies aériennes et leurs gouvernements nationaux sont complexes; celles-là sont juridiquement distinctes de ceux-ci et s'opposent même parfois à leur action; mais elles sont par ailleurs sous bien des aspects sous la dépendance juridique des gouvernements et agissent souvent en étroite liaison avec eux.

77. L'intention première de la Pan Am telle qu'elle résulte de sa lettre du 5 octobre 1977 était de procéder à un réaménagement de ses services qui pouvait soulever des questions de principe. Le refus des autorités françaises d'approuver ces services ne fut cependant suivi—semble-t-il—d'aucune de ces consultations qui auraient été pour chacune des autorités intéressées la suite normale de cette démarche selon l'article VIII de l'Accord de 1946. La Pan Am présenta ensuite la demande plus limitée qui est à l'origine du conflit en la motivant par des raisons techniques transitoires qui auraient pu appeler peut-être une approbation pour une durée limitée. Le refus français de 1978 posait avec acuité une question de principe non résolue *expressis verbis* par le texte de l'Accord, c'est-à-dire la rupture de charge en pays tiers. Selon les documents soumis au Tribunal, il n'apparaît pas qu'en plus de 30 ans d'application de l'Accord les Parties aient au moins discuté entre elles cette question de principe. De quoi s'agit-il donc alors? De la solution d'un problème technique provisoire? De la définition d'une règle dont les Parties avaient jusque-là évité de mettre en cause tant l'existence que l'étendue? S'agirait-il vraiment d'un litige limité ou des préliminaires d'un remodelage des réseaux de transports internationaux dans cette région du monde?

78. La portée de l'action entreprise par les Etats-Unis pouvait être appréciée en des termes très différents suivant l'objectif poursuivi : s'agissait-il du respect d'un simple principe de réciprocité mesuré en termes économiques ? S'agissait-il d'une pression pour obtenir une procédure de solution plus rapide? Cette action comportait-elle, au-delà du cas de la France, un caractère exemplaire destiné à d'autres pays et, dans ce cas, présentait-elle un certain caractère de sanction ? Il n'est pas certain que les responsables des mesures prises aient procédé sur ce point à des analyses très fines; il est compréhensible que du côté français on ait interprété les procédures adoptées aux Etats-Unis d'une manière qui ne correspond pas à leurs intentions.

79. L'ensemble de ces circonstances caractérise une situation au cours de laquelle les Parties ont négocié et qui s'est terminée par un Compromis d'arbitrage comportant des mesures transitoires qui n'est pas soumis à l'appréciation du Tribunal.

80. Ayant rappelé ainsi quelques-unes des circonstances essentielles de l'affaire, le Tribunal examinera successivement le principe même de la légitimité des "contre-mesures" et ensuite les limites qui peuvent lui être apportées compte tenu d'un mécanisme de négociation ou d'un mécanisme arbitral ou judiciaire.

81. Dans l'état actuel du droit international général, abstraction faite des engagements spécifiques découlant de traités particuliers et notamment des mécanismes institués dans le cadre des organisations internationales, chaque Etat apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres Etats. En présence d'une situation qui comporte à son avis la violation d'une obligation internationale par un autre Etat, il a le droit, sous la réserve des règles générales du droit international relatives aux contraintes armées, de faire respecter son droit par des "contre-mesures".

82. D'un point de vue doctrinal, on devrait introduire ici des distinctions diverses et user d'un vocabulaire diversifié suivant différents critères et notamment suivant que l'objet des contre-mesures porte sur l'obligation prétendument violée ou sur une obligation différente, et aussi suivant que les obligations en cause sont toutes relatives à une seule et même convention ou que ce n'est pas le cas. Le Tribunal ne pense pas qu'il soit nécessaire pour les besoins de la cause d'approfondir ces distinctions. En effet, dans le cas actuel, aussi bien la violation alléguée que la contre-mesure a comme objet direct des opérations de services aériens prévus dans l'Accord et l'Echange de notes du 5 avril 1960.

83. Mais il est généralement admis que les contre-mesures doivent tout d'abord correspondre à une certaine équivalence à la violation alléguée; il s'agit là d'une règle bien connue. Au cours des débats relatifs à cette affaire, les deux Parties ont reconnu qu'elle était applicable à l'espèce et en ont invoqué chacune le bénéfice. D'une manière générale, on a fait observer que l'appréciation de la "proportionnalité" concrète des contre-mesures n'était pas simple et ne pouvait être réalisée que d'une manière approximative. Selon le Tribunal, l'un des problèmes essentiels est de tenir compte—dans un litige entre Etats—non seulement des dommages subis par les compagnies intéressées, mais de l'importance des questions de principe incluses dans la violation alléguée. Dans la présente affaire, il ne suffit pas, de l'avis du Tribunal, de comparer les dommages subis par la Pan Am du fait de la suspension des services projetés et les dommages subis par les compagnies françaises visées par les contre-mesures en cause; il faut également tenir compte de l'importance des positions de principe prises à l'occasion du refus des autorités françaises, à savoir de l'interdiction de principe des ruptures de charge. Si l'on prend en considération l'importance de ce principe dans le cadre général de la politique des transports aériens décidée par le Gouvernement des Etats-Unis et poursuivie par la conclusion de nombreux accords internationaux avec d'autres pays que la France, on ne saurait considérer que les mesures qui ont été l'objet de l'action des Etats-Unis aient été clairement disproportionnées à celles prises par la France. Aucune des deux Parties n'a soumis au Tribunal des éléments pour fonder ou détruire cette proportionnalité, et le Tribunal doit donc se contenter d'un jugement très approximatif.

84. Ce recours à des contre-mesures, contraires au droit international mais justifiées par une violation alléguée du droit international par l'Etat auquel ces mesures sont appliquées, aboutit-il des restrictions lorsque l'on considère que les Parties sont soumises ou bien à une obligation de négocier, ou bien à l'obligation de recourir à une solution de leur différend par la voie juridictionnelle?

85. L'on pourrait être tenté de considérer que, lorsque des Parties entrent en négociation, elles ont pour obligation générale de ne pas aggraver le différend. Ce principe général serait en quelque sorte un effet de la bonne foi.

86. Sans repousser—loin de là—une telle affirmation, le Tribunal considère cependant que lorsque l'on tente de préciser un tel principe, on doit tenir compte de plusieurs considérations essentielles.

87. Tout d'abord, l'obligation de négocier connaît aujourd'hui des formes plus ou moins qualifiées qui lui donnent un contenu plus ou moins significatif. A côté de l'obligation très générale de recourir à la négociation instituée par l'article 33 de la Charte des Nations Unies et dont le contenu se ramène à des exigences assez élémentaires, il y a bien d'autres obligations mieux spécifiées.

88. Le Tribunal rappellera qu'aux termes de l'article VIII de l'Accord de 1946:

Dans un esprit d'étroite collaboration, les autorités aéronautiques des deux Parties Contractantes se consulteront régulièrement en vue de s'assurer de l'application des principes définis au présent Accord et à son Annexe et de leur exécution satisfaisante

Cette disposition institue une obligation de consultation continue entre les Parties. Dans le cadre de cette obligation générale, l'Accord impose clairement aux Parties un devoir de s'efforcer de bonne foi de négocier la solution de questions susceptibles d'engendrer des conflits. Plusieurs autres dispositions de l'Accord et de l'Annexe prévoient une obligation de consultation dans ces cas spécifiques où l'éventualité d'un conflit serait particulièrement à redouter. Enfin, l'article X impose aux Parties un devoir spécial de consultation au cas où, malgré leurs efforts antérieurs, un différend surgirait.

89. Mais le problème présent est de savoir si, sur la base des textes précités, des contre-mesures sont interdites. Le Tribunal pense que ni le droit international général ni les dispositions de l'Accord ne permettent d'aller jusque-là.

90. En effet, il faut bien mesurer ce que représentent, dans le cadre de la proportionnalité, des contre-mesures. Elles ont pour objet de reconstituer l'égalité entre les Parties et de les inciter à poursuivre la négociation avec un désir mutuel d'aboutir à un résultat acceptable. Dans la présente espèce, les Etats-Unis d'Amérique considèrent qu'une rupture de charge est autorisée en pays tiers; cette conviction définit leur position avant que le refus français soit intervenu; les contre-mesures des Etats-Unis reconstituent, d'une manière négative, la symétrie des positions initiales.

91. Il va sans dire qu'il y a dans le recours à des contre-mesures le grand danger qu'à leur tour elles n'engendrent une réplique, provoquant ainsi une escalade génératrice d'une aggravation du conflit. Les contre-mesures devraient donc être un pari sur la sagesse et non sur la faiblesse de l'autre Partie. Elles devraient être maniées dans un esprit de grande modération et accompagnées d'un réel effort pour résoudre le conflit. Mais le Tribunal arbitral ne pense pas que dans l'état actuel des relations interna-

tionales on puisse énoncer une règle qui prohibe les contre-mesures au cours d'une négociation, surtout lorsque ces contre-mesures sont accompagnées de l'offre d'une procédure permettant d'envisager d'accélérer la solution du différend.

92. Cette dernière considération présente un intérêt particulier lorsqu'il s'agit d'un conflit qui porte sur le fonctionnement d'un service aérien : le réseau des services aériens constitue en effet un ensemble extrêmement sensible dont les perturbations peuvent avoir des conséquences étendues et imprévisibles.

93. Sous l'angle du mécanisme des négociations, les actions menées par le Gouvernement des Etats-Unis ne semblent donc pas contraires aux obligations internationales de ce Gouvernement.

94. Mais il faut encore examiner la licéité de ces contre-mesures sous un autre aspect. On peut en effet se demander si elles sont en général admissibles lorsqu'il s'agit d'un litige portant sur un point de droit et qu'il existe un mécanisme arbitral ou judiciaire susceptible de résoudre le différend. Beaucoup de juristes ont pensé que le déroulement d'une procédure juridictionnelle interdisait le recours à des contre-mesures, même limitées par la règle de la proportionnalité. Une telle affirmation mérite la sympathie, mais elle appelle des précisions. Si la procédure en cause prend place dans un ensemble d'institutions assurant une certaine garantie d'exécution des obligations, la licéité des contre-mesures disparaîtra sans doute, mais plus par suite de l'existence de cette garantie que du seul fait de l'existence d'une procédure juridictionnelle.

95. Par ailleurs, la situation n'est pas la même si le différend ne se trouve pas encore porté devant un tribunal et si l'affaire se trouve *sub judice*. Tant que le tribunal n'est pas saisi, notamment parce qu'un accord entre les Parties est nécessaire pour mettre la procédure en marche, l'on se trouve encore dans une période de négociations et ce sont les règles précédemment énoncées qui s'appliquent. Il est permis de regretter une telle solution, alors que les Parties ont accepté le principe d'un recours à l'arbitrage ou à la justice. Mais en l'état du droit international tel qu'il existe actuellement, il faut constater que les Etats n'ont pas renoncé dans cette hypothèse à des contre-mesures, et il vaut mieux qu'il en soit ainsi si cela leur permet d'accepter plus facilement le recours à l'arbitrage ou à la justice.

96. Dès lors que le tribunal est en état d'intervenir, la situation est différente. Pour autant que le tribunal dispose des moyens d'assurer les fins qui justifient des contre-mesures, on doit admettre que le droit des Parties de prendre de telles mesures disparaît. Autrement dit, la faculté d'un tribunal de décider des mesures conservatoires, que cette faculté soit exprimée dans son statut ou impliquée par celui-ci (au moins sous la forme de recommandations portant sur cet objet), fait disparaître la faculté de prendre des contre-mesures et peut rendre caduques des contre-mesures déjà prises, pour autant que le tribunal en décide ainsi à titre de mesure conservatoire. Toutefois, comme l'objet et l'étendue de la faculté du tribunal de décider des contre-mesures peuvent se situer dans un cadre assez étroit, la faculté

des Parties de prendre ou de maintenir des contre-mesures peut également ne pas disparaître dans sa totalité.

97. Dans une situation visée par une disposition telle que l'article X de l'Accord aérien de 1946, modifié par l'Echange de notes du 19 mars 1951, l'arbitrage peut être mis en marche unilatéralement. Bien que l'arbitrage puisse ne pas aboutir à une décision obligatoire, les Parties sont tenues de faire "de leur mieux dans les limites de leurs pouvoirs légaux pour donner effet à l'avis consultatif" rendu par le Tribunal. En l'espèce, les Parties ont conclu un Compromis qui prévoit une décision obligatoire pour la question A et autorise expressément le Tribunal à décider des mesures conservatoires.

98. En ce qui concerne l'action entreprise dans la présente affaire par le Gouvernement des Etats-Unis, la situation est simple. Même si l'arbitrage prévu à l'article X de l'Accord est mis en marche unilatéralement, sa mise en œuvre risque de prendre du temps, et pendant ce temps des contre-mesures ne sont pas exclues; un Etat qui recourt à de telles mesures doit toutefois faire tout son possible pour hâter l'arbitrage. Ceci a été exactement la conduite du Gouvernement des Etats-Unis.

99. La réponse du Tribunal à la question B est donnée par l'ensemble des observations qui précèdent et comporte la conclusion que le Gouvernement des Etats-Unis avait, dans les circonstances de l'espèce, le droit d'entreprendre l'action qu'il a entreprise en application de la section 213 des Règlements économiques du C.A.B.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL ARBITRAL donne la réponse suivante aux questions qui lui ont été soumises:

#### *Question A*

Considérant que, aux termes du sixième paragraphe du préambule du Compromis d'arbitrage, le Gouvernement français,

*en acceptant de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne la rupture de charge, se réserve le droit de faire valoir devant le tribunal que tous les moyens de recours interne doivent être épuisés avant qu'un Etat ne puisse en appeler à l'arbitrage conformément aux dispositions de l'Accord,*

Considérant que la question posée est la suivante:

*Un transporteur désigné des Etats-Unis a-t-il le droit, en vertu de l'Accord entre la France et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux services aériens, d'exploiter un service de la côte Ouest des Etats-Unis à Paris avec rupture de charge à Londres (transbordement sur un plus petit avion à l'aller et sur un plus gros avion au retour) ?*

Considérant que le Tribunal arbitral est ainsi appelé à se prononcer sur deux points,

LE TRIBUNAL ARBITRAL,

En ce qui concerne le premier point,

DÉCIDE, à l'unanimité, qu'il est en mesure de statuer sur la question A;  
En ce qui concerne le second point,

DÉCIDE, par deux voix contre une, que la réponse sur ce point est qu'un transporteur désigné des Etats-Unis a le droit, en vertu de l'Accord entre la France et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux services aériens, d'exploiter un service de la côte Ouest des Etats-Unis à Paris avec rupture de charge à Londres (transbordement sur un plus petit avion à l'aller et sur un plus gros avion au retour), à la condition qu'il s'agisse d'un service continu et non de services séparés.

*Question B*

Considérant que, aux termes du septième paragraphe du préambule du Compromis d'arbitrage, le Gouvernement des États-Unis,

en acceptant de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne la Section 213, ... se réserve le droit de faire valoir devant le tribunal que, dans les circonstances de l'espèce, la question n'est pas de celles qui auraient dû être soumises à l'examen d'un tribunal arbitral.

Considérant que la question posée est la suivante:

Dans les circonstances de l'espèce, le Gouvernement des Etats-Unis avait-il le droit d'entreprendre l'action qu'il a entreprise en application de la Section 213 des règlements économiques du Civil Aeronautics Board ?

Considérant que le Tribunal arbitral est ainsi appelé à se prononcer sur deux points,

LE TRIBUNAL ARBITRAL,

En ce qui concerne le premier point,

DÉCIDE, à l'unanimité, de se prononcer sur la question B;

En ce qui concerne le second point,

DÉCIDE, à l'unanimité, que la réponse à donner sur ce point est que le Gouvernement des Etats-Unis avait, dans les circonstances de l'espèce, le droit d'entreprendre l'action qu'il a entreprise en application de la section 213 des Règlements économiques du C.A.B.

FAIT en français et en anglais à l'Institut universitaire de hautes études internationales, à Genève, ce 9 décembre 1978, les deux textes faisant également foi, en trois exemplaires originaux, dont un sera déposé aux archives du Tribunal arbitral, et dont les deux autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République française et au Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique.

*(Signé)*

Willem RIPHAGEN, Président

Thomas EHRLICH, Arbitre

Paul REUTER, Arbitre

Lucius CAFLISCH, Greffier

M. Paul Reuter joint à la Sentence arbitrale l'exposé de son opinion dissidente.

---

OPINION DISSIDENTE DE M. PAUL REUTER

J'ai accepté la position du Tribunal en ce qui concerne l'exception préliminaire à la question A, l'exception préliminaire et la réponse au fond à la question B; je dois présenter cependant à ce sujet certaines observations et exprimer certains doutes.

Les Parties à cet arbitrage ont souverainement déterminé les questions posées au Tribunal et ainsi limité la compétence du Tribunal à celles-ci. Un tribunal arbitral comme celui-ci est tenu de respecter cette volonté commune. Mais il apparaît clairement dans les actes de la procédure que le litige qui a opposé les Parties est plus large que les questions posées au Tribunal; le choix des questions retenues est, à mon avis, très artificiel. Cette situation conduit à des difficultés qui ont embarrassé les Parties elles-mêmes, puisqu'elles ont soulevé des exceptions préliminaires; des difficultés peuvent également apparaître pour le Tribunal. On pouvait ainsi se demander si la différence d'autorité juridique assignée à la réponse du Tribunal donnée aux questions A et B est en harmonie avec la fonction judiciaire; on pouvait se demander aussi si, dans les circonstances de l'affaire, l'intérêt invoqué par la France pour poser la question B présentait, après le Compromis, un caractère juridique suffisant. Avec le Tribunal, j'ai répondu négativement à la question préliminaire sur la question B parce qu'un refus du Tribunal n'aurait fait que souligner une inégalité entre les Parties, visible par ailleurs.

J'ai répondu comme le Tribunal à la question B sur le fond, sous le bénéfice d'une observation cependant. J'accepte l'analyse juridique du Tribunal, et notamment l'idée que l'application de la proportionnalité des contre-mesures prenne en compte non seulement les faits réalisés, mais les questions de principe soulevées à cette occasion. Cependant celles-ci devraient être prises en considération à travers leurs effets probables. Une appréciation de la proportionnalité devrait ainsi se fonder sur l'étendue du litige réel et non sur les seuls faits dont le Tribunal est saisi. Il est permis de conserver des doutes sérieux sur la proportionnalité des contre-mesures des Etats-Unis, qui n'a pu être en fait appréciée par le Tribunal sur des bases certaines.

Pour ce qui est de la réponse donnée par le Tribunal à la question A, j'ai le regret de ne pouvoir me rallier ni à la position générale du Tribunal, ni à la réponse qu'il a donnée, et je dois exposer brièvement les raisons de mon dissentiment.

Deux remarques préliminaires concernent la portée de la rupture de charge et la terminologie.

Dans le sens extensif qui lui est donné par l'Accord de 1946<sup>100</sup>, la "rupture de charge" a une portée économique très variable, tantôt nulle,

---

<sup>100</sup> C'est dans ce sens que le terme sera employé dans la présente Opinion

tantôt considérable, suivant les conditions où elle est réalisée. Si un aéronef est remplacé par un autre aéronef présentant des caractéristiques générales analogues, la rupture de charge répond seulement à des considérations techniques relevant de la navigation aérienne. Si, pour un service déterminé, on remplace un aéronef par un autre aéronef de capacité différente, les conséquences économiques peuvent être importantes. Si le changement d'aéronef s'accompagne d'une combinaison de services (un aéronef recueillant le fret ou les passagers de plusieurs autres) ou d'un éclatement de services (les passagers ou le fret d'un appareil étant répartis sur plusieurs aéronefs ayant des destinations différentes), une atteinte plus sérieuse est portée à l'identité et à la continuité des services aériens, et le caractère raisonnablement linéaire des routes aériennes long-courriers s'en trouve altéré<sup>101</sup>.

En la matière la terminologie est très confuse; ce ne sont pas toujours les mêmes expressions qui désignent les mêmes réalités, et l'on ne sépare pas toujours clairement la "rupture de charge" des différentes opérations qu'elle permet de réaliser. Mais les intérêts mis en cause par ces opérations peuvent être considérables, varient d'un pays à un autre et conduisent à des solutions conventionnelles diverses, résultant de la variété des compromis d'intérêts.

C'est, entre autres, sur un point essentiel que je ne puis me rallier à la Sentence arbitrale : il porte sur l'interprétation qu'il convient de donner à la volonté des Parties au regard de l'évidente lacune de cet Accord qui réglemente formellement la rupture de charge sur le territoire des Parties et garde un silence provocant sur la rupture de charge en pays tiers.

Quand un traité entre deux ou plusieurs Parties entend réglementer d'une manière générale une matière déterminée, on est tenté de dégager de ce traité des principes généraux et de réunir par cette élaboration des éléments qui permettent de "combler une lacune", de trancher des problèmes non résolus formellement. Toutefois, cette méthode constructive n'est autorisée que si son emploi répond vraiment à l'intention des Parties telle que l'on peut l'établir d'après des indices précis et concordants. Il n'en est pas ainsi lorsque le silence du traité ne relève ni de la volonté des Parties de ne pas descendre à des réglementations de détail, ni d'une imprévoyance des négociateurs, ni d'un développement qui n'était pas envisagé au moment de la conclusion de l'Accord, mais bien de l'acceptation consciente d'un désaccord non réglé se traduisant par une lacune. Peu importe que les Parties n'aient pu surmonter ce désaccord par manque de temps ou à raison de la gravité de leur opposition : la seule voie qu'elles ont laissée ouverte pour régler le problème non résolu est celle d'un accord mutuel à intervenir postérieurement. On ne peut se substituer aux Parties, ni réaliser, sous le couvert de principes généraux, une œuvre quasi législative que celles-ci, en

<sup>101</sup> Les événements à l'origine du présent litige illustrent ces différences de portée de la rupture de charge. Une première demande de la Pan Am était explicite sur les opérations complexes (combinaisons de services) qui devaient être réalisées sous le couvert de la rupture de charge à Londres (lettre du 5 octobre 1977); la demande du 20 février 1978 faisait état d'une rupture de charge motivée seulement "par un manque d'équipement dû au retard des livraisons de la société Boeing".

toute connaissance de cause, n'ont pas élaborée, alors qu'elles étaient mieux que quiconque en état de l'entreprendre. Si un tribunal arbitral ne peut, dans ce cas, même sous couleur d'interprétation, légiférer, cela ne veut pas dire que, en attendant la conclusion d'un accord complémentaire entre les Parties, la question posée reste sans réponse, mais que s'appliquent les autres règles pertinentes du droit international.

Dans la présente espèce, l'Accord de 1946 consacre une disposition assez substantielle à la rupture de charge (section VI de l'Annexe); celle-ci est rédigée de telle manière qu'elle fait naître chez le lecteur l'attente d'une réglementation complète portant à la fois sur la rupture de charge sur le territoire des Parties et sur la rupture de charge sur le territoire des pays tiers; mais dans son développement, le texte se dérobe à cette attente et garde le silence le plus complet sur la rupture de charge en pays tiers. Ainsi, de la structure même du texte il résulte que ce problème n'a pas été ignoré des négociateurs, qu'ils en ont mesuré l'importance et que c'est en toute conscience qu'ils se sont abstenus de le résoudre au moment de la conclusion de l'Accord. Ayant souscrit, en vertu de l'article VIII, au principe d'une étroite collaboration et à celui de consultations régulières, les Parties n'ont pas dû considérer ce silence comme une situation définitive, mais elles ont nécessairement accepté que, en attendant la conclusion d'un nouvel accord, ce soient ces règles générales antérieurement applicables entre les Parties qui continuent à s'appliquer, à savoir celles de la Convention relative à l'aviation civile internationale conclue à Chicago le 7 décembre 1944 et notamment la règle consacrant la souveraineté complète et exclusive de chaque Etat sur l'espace aérien au-dessus de son territoire (article premier). En vertu de ces règles, le Gouvernement français était appelé à consentir à toutes les caractéristiques des services aériens intéressant son territoire (article 6).

Il n'est pas nécessaire de confirmer cette interprétation de l'Accord de 1946 par une analyse des positions et des intérêts respectifs des Parties au moment de la conclusion de l'Accord. Il y avait une forte opposition entre les Etats-Unis, souhaitant, parce que conforme à leurs intérêts, une "flexibilité" maximale des services aériens, et certains pays européens qui n'étaient pas (et n'ont jamais été<sup>9</sup>depuis) en état de profiter en fait utilement de cette flexibilité. La France avait même, en ce qui concerne le caractère long-courrier des services et les principes concernant la capacité, des exigences plus grandes que celles du Royaume-Uni; elles sont reflétées dans l'Echange de lettres des 28/29 décembre 1945 instituant entre la France et les Etats-Unis un régime provisoire, Echange qui a précédé l'Accord de 1946 et que la Sentence du 22 décembre 1963 issue de l'*Arbitrage aérien entre la France et les Etats-Unis* cite *in extenso*<sup>102</sup>, elles se traduisent dans le texte même de l'Accord de 1946, qui s'éloigne sensiblement de celui du premier Accord des Bermudes<sup>103</sup>. L'absence d'accord sur la rupture de charge en pays tiers

<sup>102</sup>Pour le texte officiel français, cf. *Revue générale de droit international public*, t 69, 1965, p. 189.

<sup>103</sup>Notamment dans la rédaction de la section IV, lettre d, de l'Annexe à l'Accord et dans l'adjonction, aux conditions d'une rupture de charge sur le territoire des Parties Contractantes, de celle relative à la non-modification des "caractéristiques de l'exploitation d'un service long-courrier", condition qui vient se rajouter au respect des "principes énoncés dans le présent Accord et son Annexe et particulièrement la section IV de ladite Annexe "

prend à la lumière de cette opposition d'intérêts toute sa signification. Une interprétation qui ignorerait cette absence d'accord serait non seulement injustifiée, mais elle introduirait dans l'interprétation de l'Accord un élément de déséquilibre; le droit international, inspiré à cet égard par le *common law*, montre à propos d'un autre problème qu'il n'est pas favorable à de tels déséquilibres dans le droit des traités (article 44, paragraphe 3, lettre c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969). En effet, l'ensemble de la pratique, notamment en matière de routes aériennes, a interprété l'Accord de 1946 d'une manière restrictive<sup>104</sup>, alors que l'on interpréterait d'une manière extensive d'autres dispositions de l'Accord à l'encontre de la Partie qui ne peut pas en fait profiter de ce libéralisme.

Le fait que par son silence l'Accord de 1946 enregistre un désaccord des Parties sur le régime des ruptures de charge en pays tiers et les soumet par là à l'autorisation de l'autre Partie Contractante ne signifie cependant pas que celle-ci dispose d'une complète liberté de refuser cette autorisation.

En effet, il faut en premier lieu tenir compte des obligations qui pèsent sur les Parties en ce qui concerne la sécurité aérienne et le respect des servitudes techniques de la navigation aérienne. Les libertés dont disposent les Parties à cet égard sont tellement évidentes que l'Accord de 1946 a omis de les mentionner dans la section VI de l'Annexe : elles dérivent en effet des dispositions générales ou spéciales (par exemple l'article 25) de la Convention de Chicago précitée.

En second lieu, pour toutes les questions concernant l'application de l'Accord, les Parties sont tenues à une étroite collaboration et à des consultations régulières (article VIII); il en est ainsi particulièrement en ce qui concerne une question sur laquelle elles ne se sont pas entendues lors de la conclusion de l'Accord. Il existe donc entre elles une obligation de négocier beaucoup plus étendue et qualifiée qu'une obligation de négocier ordinaire. Une telle négociation, comme l'a souvent affirmé la Cour internationale de Justice, doit avoir un sens, c'est-à-dire elle doit rechercher par des compromis des solutions mutuellement acceptables dans le respect de cet équilibre de l'Accord dont les Parties ont fait grand cas à propos des contre-mesures prises par les Etats-Unis; de plus, dans de telles négociations les Parties sont tenues de respecter les différents objectifs de la Convention de Chicago, qui assure notamment (à son article 44, lettre f) à chaque Etat Contractant "une possibilité équitable d'exploiter des entreprises de transports aériens internationaux".

Ce ne sont pas là des obligations purement nominales. En effet, dans la perspective qu'elles commandent, le refus d'une *autorisation* pour rupture de charge dans un pays tiers n'est justifiable que si cette rupture de charge modifie l'équilibre des avantages que les Parties se sont mutuellement octroyés dans l'Accord, auquel cas une contrepartie raisonnable rétablira cet équilibre, ou que si les intérêts légitimes d'une Partie subissent une atteinte sensible, auquel cas des mesures de sauvegarde appropriées pourront être

<sup>104</sup> Il en est ainsi notamment de la Sentence arbitrale du 22 décembre 1963 et de la Décision du 28 juin 1964 qui l'a interprétée (*Revue générale de droit international public*, t. 69, 1965, p. 259).

également envisagées. Mais il est facile d'admettre qu'un grand nombre de ruptures de charge réalisées en pays tiers ne présentent pas ces caractères et que par conséquent l'autorisation est de droit et n'appelle ni contreparties ni sauvegardes.

On ne saurait opposer à l'interprétation ici retenue qu'elle conduit à instituer deux régimes différents de la rupture de charge, l'un pour le territoire des Parties et l'autre pour les pays tiers. L'objection manque en droit<sup>105</sup>. Les deux régimes n'ont pas la même base juridique : l'un relève du traité et l'autre lui est extérieur; il appartient aux deux Parties et à elles seules de donner aux règles applicables dans les deux cas les mêmes bases juridiques et éventuellement le même contenu.

Une des voies ouvertes aux Parties à l'Accord de 1946 consistait à adopter à un moment favorable, par voie d'échange de lettres ou même par une méthode encore moins formelle, quelques règles concernant la rupture de charge en pays tiers; elles ont, semble-t-il, abouti à quelque entente sur un autre problème qui touche également la continuité et l'identité des services aériens, à savoir le *stop-over*; mais il n'en a pas été ainsi pour la rupture de charge en pays tiers<sup>106</sup>. Il existe en revanche une pratique constituée par des cas isolés dans lesquels les autorités françaises ont pris position relativement à des programmes de vols comportant une rupture de charge en pays tiers. Cette pratique semble en harmonie avec l'interprétation ici retenue; on relève notamment que les autorités françaises ont autorisé des services comportant rupture de charge en pays tiers avec substitution d'un aéronef à un seul autre d'une capacité inférieure, mais sauvegardant les caractères d'un service long-courrier, tant en ce qui concerne le type de l'aéronef et la longueur du service assuré que la continuité du vol; tels ont été notamment les cas de rupture de charge à Rome et à Barcelone. En revanche, dès qu'il y a eu, sous couvert de la rupture de charge, un éclatement du service entre plusieurs aéronefs, des objections ont été faites et des refus opposés (Shannon), ou bien des accords spécifiques ont été conclus (Echange de lettres du 28 mai 1969).

C'est sur le plan de la rupture de charge envisagée d'une manière générale par rapport à l'Accord de 1946 que les Parties se sont avant tout placées au cours de la procédure écrite et orale. En fait, en ce qui concerne la question posée au Tribunal, c'est l'Echange de lettres du 5 avril 1960 qui est spécifiquement mis en cause; les caractères propres des dispositions de ce dernier n'ont été que sommairement discutés devant le Tribunal; il me suffira d'indiquer que, à mon avis, aucune disposition de cet Echange de let-

<sup>105</sup> En fait, la portée des dispositions de la section VI de l'Annexe à l'Accord n'a pas à être établie ici puisque la question A ne porte que sur une rupture de charge en pays tiers; je tiens cependant à souligner que je n'accepte pas l'interprétation des principes de l'Accord telle que la Sentence du Tribunal la propose, ni le sens qu'elle donne au respect "des caractéristiques de l'exploitation d'un service long-courrier"

<sup>106</sup> Des documents soumis au Tribunal, il apparaîtrait que les Parties n'ont abordé le problème de la rupture de charge dans des négociations qu'une fois et à propos de la rupture de charge sur le territoire des Parties Contractantes (Procès-verbal des négociations du 20 juillet au 5 août 1959); on y voit formulée l'opposition française à des ruptures de charge avec substitution de plusieurs appareils à un seul

tres ne permet de s'écarter de la conclusion ci-dessus énoncée, bien au contraire.

En conclusion, la rupture de charge à Londres des

avions des Etats-Unis . . . autorisés à desservir Paris via Londres (sans droits de trafic entre Londres et Paris) sur les lignes qu'ils exploitent à partir de ou à destination de la côte occidentale des Etats-Unis (texte français de l'Echange de lettres du 5 avril 1960)

était donc soumise à un agrément préalable du Gouvernement français; des négociations devaient être ouvertes à cette fin; la nature exacte des opérations envisagées sous le couvert de la rupture de charge devait être établie ainsi que la nature exacte des droits que les aéronefs des Etats-Unis entendaient exercer sur un segment de ligne pour lequel ils ne bénéficiaient pas de droit de trafic; des compensations équitables et éventuellement des sauvegardes pouvaient être demandées par la France. Mais en tant que telle, la considération que l'aéronef substitué à Londres à un autre offrait une capacité moindre que ce dernier ne constitue qu'un des éléments et pas nécessairement le plus important de la négociation.

C'est en ce sens qu'il convenait, à mon avis, de répondre à la question A.

*(Signé)*

Paul REUTER