

## **Commentaire de l'arrêt du TPI du 17 décembre 2008, dans l'affaire T – 196/04, Ryanair c/ Commission : Les aéroports publics : entre puissance publique et économie de marché.**

Par Dimitrios Vougioukas, doctorant à l'Université Lyon 3, avocat au Barreau d'Athènes, Enseignant agréé à l'Université Paris 13 (antenne d'Athènes)

Par le présent arrêt le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes a annulé la décision de la Commission sur les avantages consentis par la Région wallonne et par l'aéroport de Charleroi à la compagnie aérienne à bas coûts Ryanair. Cet arrêt présente un très fort intérêt, puisqu'elle ne concerne pas une affaire isolée, en l'espèce les avantages consentis à Ryanair pour son installation à Charleroi, mais il met en doute l'approche globale des autorités communautaires sur les aides d'Etat aux compagnies aériennes et leur financement par les aéroports publics. Il faut noter que cet arrêt entre dans un contexte assez large des arrêts qui ont annulé des décisions de la Commission concernant les aides aux compagnies aériennes. On rappelle que le TPI à deux reprises a annulé partiellement deux décisions de la Commission concernant les aides à Olympic Airways<sup>1</sup>, alors que dans la procédure d'une affaire pour une autre série d'aides à la compagnie hellénique, l'avocat général propose une amende réduite par rapport à celle proposée par la Commission contre l'Etat grec<sup>2</sup>.

Tous ces éléments ne sont pas des incidents occasionnels mais exigent une plus grande prudence et une meilleure application de la part de la gardienne des traités, de la législation communautaire sur les aides publiques. Il semble que les autorités communautaires montrent souvent un zèle excessif afin de préserver un niveau de concurrence suffisante et faire respecter les dispositions du traité CE, ce qui peut avoir des effets négatifs notamment dans des secteurs particuliers comme celui de l'aviation. On rappelle que dans l'affaire en cause, Ryanair, la première et la plus importante compagnie aérienne à bas prix d'Europe<sup>3</sup> voulait installer sa base continentale à l'aéroport de Charleroi en Belgique. La compagnie a conclu deux accords distincts, l'un avec la Région wallonne, propriétaire de l'aéroport de Charleroi et l'autre avec Brussels South Charleroi Airport (BSCA), entreprise publique contrôlée par la Région wallonne. Le premier accord comprenait, outre une modification des heures d'ouverture, une réduction des redevances d'atterrissage et un engagement de la part de la Région wallonne d'indemniser Ryanair pour toute perte en raison des modifications réglementaires ou décrets. Quant au deuxième accord, il comprenait des engagements de la part de Ryanair vers l'aéroport de Charleroi (minimum de rotations par jour, nombre d'avions basés à Charleroi et indemnités en cas de retrait de l'aéroport). En revanche, BSCA s'engageait à contribuer aux coûts d'installation de Ryanair et de facturer un euro par passager pour l'assistance en escale, au lieu de 10 euros correspondant au tarif affiché pour les autres utilisateurs.

---

<sup>1</sup> Arrêts du Tribunal de Première Instance du 25 juin 2008 dans l'affaire T-268/06, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c/Commission* et du 12 septembre 2007 dans l'affaire T-68/03-*Olympiaki Aeroporia Ypiresies c/Commission*.

<sup>2</sup> Conclusions de l'avocat général du 5 février 2009 dans l'affaire C-369/07, *Commission c/ République hellénique*.

<sup>3</sup> Point 1 de l'arrêt

Enfin, Ryanair et BSCA ont créé une société commune pour la promotion des activités de Ryanair à Charleroi<sup>4</sup>.

La Commission a fait une enquête, suite à des plaintes et des informations publiées dans la presse, et par la décision 2004/393/CE du 14 février 2004<sup>5</sup> a considéré la plus grande partie de ces investissements comme aides d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1 du traité CE et elle a ordonné leur restitution. Plus précisément, elle a refusé d'appliquer le critère de l'investisseur privé en économie de marché aux incitations de la Région wallonne, considérant que cette dernière devrait agir en l'espèce dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique et non d'une activité économique. Elle a, au contraire, appliqué ce critère à BSCE et elle est arrivée à la conclusion qu'un nombre important de ses investissements ne respectait pas le critère de l'investisseur privé et que « *BSCA aurait pris des risques que n'aurait pas pris un investisseur privé agissant en économie de marché* »<sup>6</sup>. A la fin, elle a considéré comme compatibles avec le marché commun une série d'aides, mais sous conditions. Il faut aussi noter que cette décision de la Commission a été suivie par la publication des lignes directrices sur le financement des compagnies aériennes par les aéroports<sup>7</sup>. Ryanair a formé un recours en annulation et le TPI a annulé la décision de la Commission.

1. Autorités publiques et entreprises gérant des aéroports : entités autonomes ou ensembles juridico-économiques ?

La Commission a refusé d'appliquer le critère de l'investisseur privé dans le cas de la région wallonne. Elle a fait une distinction, artificielle selon Ryanair, entre la Région wallonne et BSCA, reconnaissant une activité économique uniquement à l'aéroport de Charleroi. Elle a donc refusé d'appliquer le critère de l'investisseur privé à l'accord entre la Région et Ryanair. Le Tribunal a accepté l'argument de la requérante que la Région wallonne et BSCA constituaient une entité juridique unique.

L'entreprise Brussels South Charleroi Airport (BSCA) est une entreprise publique qui gère et exploite l'aéroport de Charleroi en tant que concessionnaire<sup>8</sup>. A l'époque des faits la Région wallonne détenait directement ou indirectement plus de 95% des parts sociales de BSCA. De plus, elle est propriétaire de l'infrastructure aéroportuaire de Charleroi. La Commission avait elle-même reconnu les liens économiques et juridiques unissant la Région à BSCA, par contre elle a envisagé séparément les mesures en cause, selon qu'elles étaient accordées par la Région wallonne ou BSCA. Cette distinction avait pratiquement comme conséquence de reconnaître un éventuel caractère commercial ou économique, uniquement à l'accord entre BSCA et Ryanair. Cette approche rendait plus facile l'exclusion de l'application du critère de l'investisseur privé dans l'accord entre Ryanair et la Région wallonne. Le rejet de

---

<sup>4</sup> Voir points 2 à 9 de l'arrêt sur le contenu des accords

<sup>5</sup> JO L 137 du 30 avril 2004

<sup>6</sup> Point 16 de l'arrêt, considérants 185 et 186 de la décision

<sup>7</sup> JO C 312 du 9 décembre 2005

<sup>8</sup> On rappelle que la conception de l'aéroport ne vise pas uniquement les locaux, installations techniques et commerciales utilisées pour le trafic aérien, mais aussi l'entité qui est en charge de la gestion de cet ensemble. Voir Nadège CHAPIER-GRANIER, *Les aéroports commerciaux entre économie administrée et économie de marché, aspects juridiques d'une mutation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 18.

cette approche par le Tribunal permet de mieux comprendre le rôle des autorités publiques, propriétaires des aéroports dans le cadre des transactions commerciales.

Il faut sur ce point faire une référence au rôle des autorités publiques dans le fonctionnement des aéroports. L'exploitation aéroportuaire est, dans la plupart des pays, très liée à la notion du service public et de l'intérêt général.

Si on distingue a priori les entreprises publiques qui gèrent les aéroports de leurs propriétaires publics, régions, municipalités etc, on exclut d'avance les activités économiques de ces dernières et on leur reconnaît uniquement un rôle de puissance régulatrice qui agit dans le cadre des prérogatives de puissance publique. La Commission était consciente, bien qu'elle ait soutenu le contraire, que la prise en compte de BSCA et de la Région wallonne comme une seule entité juridique et économique, l'obligerait à appliquer à l'ensemble des accords le critère de l'investisseur privé. Elle a reconnu l'influence dominante qu'exerçait la Région wallonne sur BSCA ainsi que leurs rôles respectifs avaient été largement confondus, ce qui rendait très difficile l'application du principe de l'investisseur privé en économie de marché<sup>9</sup>.

Il y a un seul argument qui pourrait justifier l'approche de la Commission, et on le trouve chez certains auteurs<sup>10</sup>. La Commission devrait prouver qu'il y avait une différenciation d'intérêts entre la Région wallonne et la compagnie qui gérait l'aéroport de Charleroi. Il fallait éventuellement montrer que la Région wallonne ne visait que l'intérêt public, sans la recherche d'un profit et d'une exploitation économique de l'aéroport, alors que BSCA avait comme but dans la gestion de l'aéroport de Charleroi la spéculation économique. Mais on n'est pas de l'avis que la recherche de profit soit contraire à la notion du service public et de l'intérêt général, tout au contraire une région peut arriver à la conclusion que la rentabilité et la compétitivité de l'exploitation de son aéroport servira mieux l'intérêt général et aura des avantages considérables, non seulement pour l'aéroport en tant qu'entité juridique et économique, mais notamment pour les habitants. De plus une entreprise, publique ou privée qui est chargée d'une mission de service public, même si elle cherche le profit, est toujours obligée de servir l'intérêt commun<sup>11</sup>. Tous ces éléments nous permettent de conclure qu'une distinction entre autorité publique, en l'espèce la Région wallonne, et l'entreprise gérante l'aéroport qui, en plus, est contrôlée par la première, en espèce BSCA, serait artificielle.

---

<sup>9</sup> Point 56 de l'arrêt

<sup>10</sup> Sur ce point Nadège CHAPIER-GRANIER (précité, p. 24) indique : « *le contrat de concession, massivement utilisé, ne peut porter que sur la délégation d'un service public ; par ailleurs, même si un établissement public peut être amené à gérer une activité qui ne présente pas le degré suffisant d'intérêt général pour être qualifiée de service public, la mission pour laquelle il a été institué est une mission de service public. Certes, il s'agit là encore d'une présomption réfragable, qui sera écartée lorsque les textes ont artificiellement qualifié « d'établissement public » une entité dont l'activité est exploitée d'abord pour son profit* ».

<sup>11</sup> Concernant les aéroports, Nadège CHAPIER-GRANIER (précité, p. 24) indique : « *Cette situation (décrite auparavant, note n° 3) s'est retrouvée dans quelques cas isolés. En ce qui concerne les aéroports, le doute n'est pas permis en ce sens : le juge administratif a régulièrement rappelé qu'ils s'inscrivent dans le service public du transport aérien. Ainsi, de manière très significative, le tribunal des conflits a eu l'occasion de rappeler, dans une affaire récente, qu'un aérodrome ouvert à la circulation publique, même s'il est géré par un exploitant privé, participe au service public de la circulation aérienne* ».

En outre, on doit admettre que le contrôle de BSCA par la Région Wallonne ne permettait pas *d'individualiser l'exploitation*<sup>12</sup> de l'aéroport de Charleroi et de l'attribuer uniquement à BSCA, laissant pour la Région wallonne uniquement les prérogatives de puissance publique.

Une telle approche aurait comme conséquence de limiter sensiblement les possibilités des aéroports publics d'être attractifs pour les compagnies aériennes et de faire des promotions compétitives, alors que les aéroports privés ne connaissaient aucune limite à leur politique commerciale et pourraient faire des investissements sans aucun contrôle. Or c'est la Commission elle-même qui a reconnu qu'une dichotomie entre aéroports publics et privés serait artificielle, puisqu'un aéroport privé aurait la possibilité de recevoir des subventions publiques et ainsi attribuer des avantages à des compagnies aériennes<sup>13</sup>. Ainsi on ne peut qu'accepter l'argument du responsable des affaires juridiques de Ryanair qui soutenait qu'aucun aéroport public ne serait en mesure de montrer que ces transactions commerciales respectaient le critère de l'investisseur privé<sup>14</sup>. De même, un intervenant<sup>15</sup> dans l'affaire a soutenu qu'il ne fallait pas pénaliser l'aéroport de Charleroi pour le simple fait qu'il s'agissait d'un aéroport public faisant des efforts de développement au milieu des aéroports privés. Quel aéroport osait faire des négociations avec des compagnies aériennes et l'inverse, si la peur du contrôle communautaire des aides incompatibles pendait sur eux comme une épée de Damoclès ? C'est la raison principale pour laquelle les autorités de plusieurs pays ont préféré de procéder à la privatisation des grands aéroports et sortir ainsi de l'ombre des interventions étatiques<sup>16</sup>.

En tout état de cause, le Tribunal a accepté le moyen de Ryanair, contrairement aux allégations de la Commission, sur les liens économiques unissant la Région wallonne à BSCA et a précisé qu' « *il ne peut être a priori exclu que la Région wallonne a non seulement pris part à l'activité exercée par BSCA (voir, par analogie, arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, Rec. p. I-289, point 112), mais a également obtenu une contrepartie financière à l'octroi des mesures litigieuses* »<sup>17</sup>. Ainsi il a conclu que « *la Région wallonne et BSCA devaient être considérées comme une seule et même entité aux fins de l'application du principe*

---

<sup>12</sup> Selon l'expression de Nadège CHAPIER-GRANIER (précité, p. 54)

<sup>13</sup> Jim CALLAGHAN : *"Implications of the Charleroi Case for the Competitiveness of EU Air Transport"*, ECLR, 2005, p.442. Article publié aussi dans EALA, vol. 20. L'auteur cite l'exemple de l'aéroport régional de Knock, en Irlande, qui a reçu des subventions par l'Etat irlandais et qui les a transférées à des compagnies aériennes afin d'attirer du trafic.

<sup>14</sup> Jim CALLAGHAN : *"Implications of the Charleroi Case for the Competitiveness of EU Air Transport"*, ECLR, 2005, p.441

<sup>15</sup> Il s'agissait de la compagnie TBI, active dans le domaine des services aéroportuaires. Voir Ruwantissa ABEYRATE : *The Decision in the Ryanair Case – The Low Cost Carrier Phenomenon*, European Transport Law, 2004, p. 596

<sup>16</sup> Il est intéressant de connaître sur ce point l'opinion de Loïc GRARD : « *En ce qui concerne Aéroport de Paris (AdP), l'abandon de la formule de l'établissement public consacré par une ordonnance de 1945 trouve sa racine dans le droit des aides d'Etat, tel qu'énoncé dans les articles 87 à 88 du traité CE. Laisser à une personne publique, dont on sait qu'elle bénéficie d'une solvabilité sans limite, une activité devenue commerciale comporte le risque de fausser la concurrence avec les autres infrastructures européennes équivalentes* », dans « *Droit Communautaire et réglementation des transports* », Cahiers de droit européen, 2008, n° 3-4, p.263

<sup>17</sup> Point 60 de l'arrêt

de l'investisseur privé en économie de marché »<sup>18</sup>. Par contre la Commission insistait sur le fait que cette conclusion n'aurait aucune incidence et que même si on considérait la Région wallonne et BSCA comme une seule et même entité, la Région wallonne ne retirait aucun avantage de l'accord avec Ryanair et elle n'a pas agi en tant qu'agent économique<sup>19</sup>. Il convenait alors d'examiner si on pourrait pour les besoins de ladite affaire appliquer le critère de l'investisseur privé en économie de marché à la Région wallonne et considérer que cette dernière exerçait une activité économique.

2. L'application du principe de l'investisseur privé en économie de marché aux autorités publiques : entre prérogatives de puissance publique et activités économiques.

Le Tribunal a rejeté les arguments de la Commission et a reconnu aux activités de la Région wallonne une nature économique. On rappelle que l'accord entre la Région wallonne et Ryanair comprenait une réduction des taxes d'atterrissage et une garantie d'indemnisation en cas de modification des heures d'ouverture de l'aéroport ou du niveau des taxes aéroportuaires. La Commission insistait sur le fait que ces mesures constituaient des aides d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1 CE. Elle considérait que « *la fixation des redevances d'atterrissage relève des compétences législatives et réglementaires de la Région wallonne et non d'une activité économique susceptible d'être analysée à la lumière du principe de l'investisseur privé en économie de marché* »<sup>20</sup>. Ainsi elle estimait que « *au lieu d'agir dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique, la Région wallonne, [...], s'est comportée de manière illégale et discriminatoire en accordant à Ryanair, pour une durée de quinze ans et par la voie d'un contrat de droit privé, une réduction du niveau des redevances aéroportuaires qui n'était pas consentie aux autres compagnies aériennes* »<sup>21</sup>. La Commission a fait aussi référence aux lignes directrices concernant les aides d'Etat au secteur de l'aviation<sup>22</sup> pour soutenir que « *l'État ne saurait agir simultanément en tant que puissance publique et en tant qu'investisseur privé* », puisque « *les investissements publics dans des infrastructures aéroportuaires constituent une mesure de politique économique générale* »<sup>23</sup>. Enfin, elle soutenait que « *la fixation des redevances d'atterrissage pour l'accès aux infrastructures relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique* »<sup>24</sup>, alors que la garantie d'indemnisation « *découlerait directement des pouvoirs réglementaires de la Région wallonne* »<sup>25</sup>.

Par contre, tous ces moyens étaient contraires à ce que la Commission elle-même soutenait dans l'affaire Aéroports de Paris. On rappelle que dans cette affaire, ADP a été condamné par la Commission pour abus de position dominante<sup>26</sup>. ADP contestait le caractère d'entreprise que la Commission lui avait reconnu pour l'application de

---

<sup>18</sup> Point 61 de l'arrêt. Sur ce point, Laurence IDOT commente : « *C'est la conséquence logique de la nécessaire prise en considération du contexte global, lequel inclut de tenir compte également de la situation des autorités dispensatrices des mesures litigieuses* », Europe, février 2009, comm. 91

<sup>19</sup> Points 51 et 52 de l'arrêt

<sup>20</sup> Point 15 de l'arrêt; considérants 139 à 160 de la décision en cause.

<sup>21</sup> Idem

<sup>22</sup> JO C 350, p. 5

<sup>23</sup> Point 73 de l'arrêt

<sup>24</sup> Point 77 de l'arrêt

<sup>25</sup> Point 80 de l'arrêt

<sup>26</sup> Décision du 11 juin 1998, Alpha Flight Services, JOCE L 230, 18 août 1998

l'art. 82 CE (ex-86). Il soutenait que ces activités relevaient de l'exercice de prérogatives de puissance publique et il soutenait que « *ne sont pas des entreprises les personnes publiques dont les activités dépendent de l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique* »<sup>27</sup>. La Cour a rejeté ces arguments et a donné raison à la Commission, qualifiant comme entreprise toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, même si cette entité dispose, pour l'exercice d'une part de ses activités, de prérogatives de puissance publique<sup>28</sup>. Concernant plus précisément la question des redevances aéroportuaires, la Cour a validé la distinction entre les activités purement administratives d'ADP, notamment les missions de police, et les activités de gestion et d'exploitation des aéroports parisiens, rémunérées par des redevances commerciales variant selon le chiffre d'affaires réalisé<sup>29</sup>.

Dans notre affaire, il est alors assez étonnant que la Commission n'a pas suivi la même voie que dans l'affaire des Aéroports de Paris. Elle s'est contentée d'affirmer la pertinence de la distinction entre l'infrastructure aéroportuaire et sa gestion<sup>30</sup>. Le Tribunal a remis la situation en ordre. Il a rappelé la nécessité de distinguer, pour l'application de l'art. 87, paragraphe 1, CE, les activités économiques que l'Etat doit assumer en tant qu'entreprise et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique<sup>31</sup>. Jusqu'à ce point, il n'y a pas alors une différenciation des positions entre les autorités et les juridictions communautaires<sup>32</sup>. C'est sur la nature des mesures en cause que le Tribunal reproche à la Commission une mauvaise appréciation.

Ayant comme base la jurisprudence ADP, le Tribunal a confirmé que la Région wallonne a agi dans le cadre d'activités économiques<sup>33</sup>. Tant la fixation des redevances d'atterrissage que la garantie d'indemnisation sont des activités directement rattachables à la gestion des infrastructures aéroportuaires, laquelle constitue une activité économique<sup>34</sup>. Le Tribunal a précisé que « *les charges aéroportuaires fixées par la Région wallonne doivent être considérées comme une*

---

<sup>27</sup> Point 69 de l'arrêt de la CJCE du 24 octobre 2002 dans l'affaire C-82/01 P, Aéroports de Paris c/ Commission. Sur ce point Laurence IDOT indique : « *ADP essayait d'introduire au niveau communautaire le débat franco-français relancé par l'arrêt du Tribunal des conflits d'octobre 1999 le concernant sur la question de savoir si le Conseil de la concurrence peut examiner un acte relatif à la gestion du domaine public, qui ressort en principe du juge administratif. Fort heureusement, la Cour de Justice n'entre pas dans ce débat* », Europe, décembre 2002, comm. 419.

<sup>28</sup> Points 74 et 75 de l'arrêt

<sup>29</sup> Point 76 de l'arrêt

<sup>30</sup> Point 73 de l'arrêt

<sup>31</sup> Point 84 de l'arrêt. Le Tribunal fait référence aux arrêts de la Cour du 14 septembre 1994, Espagne/Commission, C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103, point 22, et du 28 janvier 2003, Allemagne/Commission, C-334/99, Rec. p. I-1139, point 134.

<sup>32</sup> Le Tribunal réaffirme le principe de l'exclusion de l'application du critère de l'investisseur privé en économie de marché dans l'hypothèse où l'Etat agit en tant que puissance publique.

<sup>33</sup> Point 88 de l'arrêt.

<sup>34</sup> La Commission a été fortement critiquée d'avoir assimilé dans le cas de l'aéroport de Charleroi les redevances aéroportuaires aux taxes, qui sont considérées comme des ressources d'Etat. Nadège CHAPIER-GRANIER (précité, p. 338) indique : « *Cette affirmation reste toutefois surprenante. Les autorités communautaires dans les affaires mettant en cause les pratiques aéroportuaires anticoncurrentielles exigent de voir facturer aux usagers des aéroports les seuls coûts des services utilisés, sans quoi elles considèrent la tarification comme un abus de position dominante. On se rapprochait ainsi de l'idée d'un prix payé en contrepartie d'une prestation économique et non pas d'une taxe* ».

*rémunération des prestations de services rendus au sein de l'aéroport de Charleroi, nonobstant le fait, évoqué par la Commission au considérant 147 de la décision attaquée, que le lien direct et manifeste existant entre le niveau des charges et le service rendu aux usagers est faible* »<sup>35</sup>. Il en résulte alors une distinction entre les redevances, instruments liées à une activité économique et les taxes, liées aux prérogatives de puissance publique. Le Tribunal, contrairement à la Commission, a conclu que *« la circonstance que la Région wallonne soit une autorité publique et qu'elle soit propriétaire d'installations aéroportuaires relevant du domaine public ne saurait ainsi exclure à elle seule qu'elle puisse, en l'espèce, être considérée comme une entité exerçant une activité économique »*<sup>36</sup>.

Il est aussi intéressant de préciser que le Tribunal écarte une série d'éléments utilisés par la Commission, comme la fixation des redevances d'atterrissage des aéronefs par arrêté du gouvernement wallon ou la participation dans la commission consultative pour les projets de modification du système de redevances des représentants du domaine public, afin de révéler l'exercice des prérogatives de puissance publique<sup>37</sup>. Le Tribunal n'a retenu que l'essentiel. Ce qui importe c'est la nature de l'activité en cause, à savoir la fixation des taxes aéroportuaires, liée étroitement à la gestion de l'aéroport et ayant alors un caractère économique<sup>38</sup>. Ainsi le Tribunal conclut que la Commission devrait appliquer le critère de l'investisseur privé sur l'ensemble des accords pris entre Ryanair d'un côté et la Région wallonne et BSCA de l'autre.

### 3. L'apport de l'arrêt du Tribunal : la mise en cause de la politique de la Commission dans les relations financières entre compagnies et aéroports ?

Si le Tribunal s'est prononcé sur la qualité des activités des autorités publiques et sur leur possibilité d'agir en tant qu'investisseur privé, il est resté muet sur la question de la nature de mesures accordées à Ryanair et sur l'application correcte du principe de l'investisseur privé. Il convient de voir alors les conséquences pratiques de l'arrêt. On peut se demander si l'application du principe de l'investisseur privé sur l'ensemble des accords concernant l'installation de Ryanair à l'aéroport de Charleroi aurait des résultats différents et rendait inapplicables les dispositions communautaires sur les aides d'état. Le Tribunal répond par l'affirmatif. En fait, il a refusé d'examiner une éventuelle application erronée du principe de l'investisseur privé en économie de marché à BSCA, au motif qu' *« il ne saurait être exclu que l'application dudit principe à l'ensemble constitué par la Région wallonne et BSCA aurait abouti à des résultats différents »*<sup>39</sup>.

Par contre, on trouve préférable d'avoir une réponse juridictionnelle sur l'ensemble de l'affaire. Le Tribunal se limite à exiger l'application du principe de l'investisseur privé sur l'ensemble de l'affaire laissant à la Commission l'initiative. La Commission sera alors saisie encore une fois pour se prononcer sur le financement de Ryanair par l'ensemble Région wallonne/BSCA à la lumière de l'arrêt du Tribunal. Mais la gardienne des traités ne semble pas partager l'avis de la juridiction communautaire

---

<sup>35</sup> Point 89 de l'arrêt

<sup>36</sup> Point 92 de l'arrêt

<sup>37</sup> Point 93 de l'arrêt

<sup>38</sup> Point 94

<sup>39</sup> Point 103 de l'arrêt.

que l'application du critère sur l'ensemble des accords aurait un résultat différent. La Commission est déterminée à aller jusqu'au bout afin de défendre son approche dans cette affaire. Elle a déjà indiqué qu' « une réévaluation de l'ensemble des mesures litigieuses à la lumière du principe de l'investisseur privé en économie de marché aurait abouti à des résultats encore plus défavorables pour la requérante »<sup>40</sup>. On rappelle que les conclusions dans cette affaire ont servi comme base pour l'élaboration des lignes directrices sur le financement des compagnies aériennes par les aéroports. De plus, elle est soutenue par les juridictions françaises, qui ont qualifié les incitations financières par les aéroports français et les Chambres de Commerce et d'Industrie qui les gèrent à Ryanair, comme aides d'Etat illégales<sup>41</sup>. Des auteurs sont réservés sur les conséquences de l'arrêt sur une nouvelle évaluation de l'affaire par la Commission<sup>42</sup>.

La Commission dispose déjà d'une marge d'appréciation très large puisque les juridictions communautaires ne peuvent mettre en cause ses appréciations économiques qu'en ce qui concerne leur légalité<sup>43</sup>. Ainsi elle est libre de déterminer quelles sont les conditions du marché et si un investisseur privé aurait conclu des accords comme ceux de la Région wallonne et de BSCA. Mais cela ne signifie que ces appréciations sont toujours conformes à la réalité économique ainsi qu'aux conditions spéciales du secteur de l'aviation. Il est aussi à regretter que le Tribunal n'a pas fait, à l'occasion de l'affaire Ryanair, une évaluation des lignes directrices de la Commission sur le financement des compagnies aériennes par les aéroports<sup>44</sup>. Cela permettrait de clarifier le contexte légal des investissements des aéroports publics aux compagnies aériennes. Il faudra peut-être attendre le deuxième épisode de cette affaire pour avoir une réponse plus complète en la matière.

Le vrai apport de cet arrêt, hormis une clarification sur le rôle des autorités publiques et sur leurs activités, consiste en cela, qu'elle remet en cause, même partiellement pour le moment, la façon dont la Commission s'en sert pour procéder à l'examen des relations financières entre les compagnies aériennes et les autorités publiques et notamment avec les aéroports. La Commission dans un communiqué de presse, s'en félicitait pour sa décision sur l'aéroport de Charleroi, qu'elle caractérisait comme

---

<sup>40</sup> Point 104

<sup>41</sup> TA Pau, mai 2005, TA Strasbourg, 24 juillet 2003, CAA Nancy, 18 déc. 2003, CE, 27 février 2006, n° 264406.

<sup>42</sup> Laurence IDOT précise sur ce point : « Il appartient désormais à la Commission de tirer les conséquences de cet arrêt et de procéder à une application du critère de l'investisseur privé en économie de marché en raisonnant globalement par rapport à la Région wallonne et à BSCA. Il n'est nullement certain que cela modifie le résultat final. On rappellera qu'en France, les juridictions administratives ont quant à elles conclu à l'existence d'aides, au surplus illégales puisque non notifiées », Europe, février 2009, comm. 91

<sup>43</sup> Sur ce point le Tribunal précise : « il y a lieu de rappeler que l'appréciation, par la Commission, de la question de savoir si une mesure satisfait au critère de l'opérateur privé en économie de marché implique une appréciation économique complexe. La Commission, lorsqu'elle adopte un acte impliquant une telle appréciation, jouit dès lors d'un large pouvoir d'appréciation et le contrôle juridictionnel se limite à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'absence d'erreur de droit, de l'exactitude matérielle des faits retenus et de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ainsi que de l'absence de détournement de pouvoir. En particulier, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation économique à celle de l'auteur de la décision (voir, en ce sens, ordonnance de la Cour du 25 avril 2002, DSG/Commission, C-323/00 P, Rec. p. I-3919, point 43, et arrêt du Tribunal du 11 juillet 2002, HAMS/A/Commission, T-152/99, Rec. p. II-3049, point 127, et la jurisprudence citée) », point 41 de l'arrêt.

<sup>44</sup> Voir aussi Laurence IDOT, Europe, février 2009, comm. 91.



équilibrée, permettant l'instauration d'une plus grande transparence dans les relations contractuelles entre les compagnies aériennes et les aéroports<sup>45</sup>. La commissaire chargée à l'époque de l'énergie et des transports, Mme Loyola de Palacio soulignait qu'elle contribuait au développement des compagnies à bas coûts et au respect des règles de concurrence.

Il faut sur ce point rappeler que les compagnies à bas coûts ou low-cost ont donné activité aux aéroports régionaux. Elles les ont fait sortir de l'ombre qui se trouvaient, peu desservis, presque abandonnés, en raison non seulement de la crise du secteur, mais notamment du système hub-and-spoke, qui a conduit les gros opérateurs à centraliser leurs activités aux grands aéroports pivots/plaques tournants. La Commission elle-même reconnaît leur contribution à la baisse de prix du transport aérien au niveau européen et à une meilleure offre des services ainsi que la contribution du développement des aéroports régionaux<sup>46</sup>. Par contre, sa décision restreint de manière très importante les possibilités de négociations entre les compagnies aériennes, notamment les low-cost, et les aéroports régionaux. Il est très important d'avoir un contrôle juridictionnel du principe de l'investisseur privé sur les accords entre Ryanair et BSCA. La Commission a qualifié toutes les mesures d'aides, et a accepté comme compatibles seulement celles qui aboutiraient au développement des nouvelles lignes et celles-ci sous conditions<sup>47</sup>. Plus précisément elle n'a pas considéré le business plan établie par BSCA conforme au critère de l'investisseur privé et elle a conclu que BSCA s'appuyait sur ses liens privilégiés avec la Région wallonne pour bonifier ses espérances de gain<sup>48</sup>. De plus il faut rappeler que la Commission n'accepte pour l'application du critère de l'investisseur privé l'existence pour l'entreprise publique d'effets positifs indirects, comme le développement de l'économie régionale ou les emplois créés<sup>49</sup>.

Or, ainsi elle a écarté toute possibilité de négociations commerciales entre les aéroports publics et les compagnies aériennes. Les aéroports défavorisés doivent présenter des offres financières assez attirantes pour inviter des opérateurs s'installer, offres qui pourraient être considérées comme trop risquées ou trop onéreuses pour

---

<sup>45</sup> Communiqué de presse IP/04/157 du 03/02/2004

<sup>46</sup> Voir points 17 et 20 des lignes directrices sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ des aéroports régionaux, JO C 312, 9 décembre 2005.

<sup>47</sup> Il faut bien sur mentionner que ce n'est pas uniquement la Commission qui se présente suspicieuse vers la politique « agressive » de Ryanair. Des auteurs trouvent dans les financements accordés à Ryanair un air d'aide publique. Voir par exemple Jean-François GUITARD qui critique l'installation de Ryanair à Carcassonne : « *Certes, il serait angélique de dire que c'est par pure bonté que Ryanair s'est développée à Carcassonne (captant au passage une petite partie du trafic de l'aéroport de l'aire toulousaine). Les aides publiques ont de toute évidence incité Ryanair à s'implanter sur cet aéroport mais c'est aussi la non congestion d'aéroports comme Carcassonne qui a conduit Ryanair à s'implanter quasi-systématiquement sur des aéroports secondaires* », « *La situation des aéroports dans le contexte actuel* », RFDAS, vol.231, n° 3, juillet - septembre 2004, p. 298. Les mesures accordées aux compagnies low-costs sont aussi vivement critiqués par les représentants des gros opérateurs. Voir en ce sens, Bettina ADENAUER, *Competition between low-cost and other airlines*, EALA papers, vol.20, p.109-114.

<sup>48</sup> Voir l'annexe du communiqué de presse IP/04/157 du 03/02/2004

<sup>49</sup> Idem

autres investisseurs<sup>50</sup>. En caractérisant toutes les mesures accordées à Ryanair d'aides d'Etat, compatibles ou non, elle refuse de reconnaître a priori la possibilité aux aéroports publics d'agir en tant qu'investisseurs privés en économie de marché. Mais c'est la Commission elle-même qui a assuré à plusieurs reprises dans ses lignes directrices que son action ne peut pénaliser les autorités publiques pour leurs activités économiques<sup>51</sup> confirmant ainsi la neutralité du traité CE sur la propriété des Etats membres. Le problème alors qui se pose c'est de bien démontrer si des mesures comme le financement de Ryanair constituent des aides publiques ou des transactions commerciales normales, et dans ce cas là les lignes directrices ne trouvent même pas application.

Le Tribunal a montré que les orientations des autorités communautaires en matière d'aides d'état ne sont pas tout à fait conformes à la législation et à la jurisprudence communautaire. Des erreurs manifestes d'appréciation de la part de la gardienne des traités peuvent amener à des décisions erronées et avoir un impact négatif dans le secteur de l'aviation, du moment où la crise économique ne cesse pas à le frapper. Une décision erronée peut mettre des obstacles au développement des aéroports régionaux et aux compagnies à bas coûts qui ont tant contribué au maintien de la concurrence, le moment où les grands aéroports sont saturés en raison du système des plaques tournants (hub-and-spoke system).

Si les autorités communautaires craignent les accords entre aéroports régionaux et low-costs, elles peuvent suivre d'autres voies afin de préserver un niveau de concurrence suffisant et éliminer les risques de discrimination. Si on écarte le caractère d'aide<sup>52</sup>, selon les dispositions de l'article 87 CE, on pourrait contrôler lesdits accords, considérés alors comme des transactions commerciales, à la lumière de l'article 82 CE, sur les abus de position dominante ou l'art. 81, sur les ententes anticoncurrentielles entre entreprises<sup>53</sup>. La Commission ou les autorités nationales compétentes auraient alors la possibilité d'examiner le rapprochement Ryanair-BSCA/Région wallonne<sup>54</sup>. Dans ce cas, elles pourraient, après avoir délimité le marché en cause, éventuellement prouver que les accords en cause auraient des effets discriminatoires et comme objet et/ou pour effet d'éliminer la concurrence. Une telle solution est plus pertinente puisque elle ne distingue pas les aéroports selon leur propriétaire, public ou privé, mais en même temps elle vise à garantir des conditions de concurrence égales pour tous les opérateurs du secteur de l'aviation. Pour de pays comme la France, qui disposent un grand nombre d'aéroports, c'est dommage de concentrer le trafic sur les pistes de Roissy qui sont déjà moins accueillants pour les

---

<sup>50</sup> La Commission reconnaît dans ses lignes directrices (point 20) que « un aéroport régional doit de plus souvent surmonter un déficit d'image et de notoriété dû, par exemple, à son isolement dans des régions ultraperipheriques de la Communauté (ex. : les Açores), ou à sa situation au cœur de régions frappées par la crise économique (ex. : Charleroi, ancien bassin houiller) » et que « les compagnies aériennes ne sont pas toujours prêtes, sans incitations à cette fin, à prendre le risque d'ouvrir des routes au départ d'aéroports inconnus et non testés », (point 74).

<sup>51</sup> Voir par exemple points 30, 42, 43 ...

<sup>52</sup> Sauf si on est en face d'une intervention étatique qui manifestement fausse la concurrence et porte discrimination aux compagnies aériennes. Dans ce cas là, il est vivement souhaité que la Commission décourage les collectivités territoriales et les aéroports à entrer dans un jeu incontrôlable de concurrence sans limites utilisant des ressources publiques afin d'attirer les compagnies aériennes.

<sup>53</sup> Avis soutenu par Ruwantissa ABEYRATE : The Decision in the Ryanair Case – The Low Cost Carrier Phenomenon, European Transport Law, 2004, p. 601

<sup>54</sup> Evidemment dans ce cas, la Région devrait être prise comme un agent économique et non comme une autorité agissant dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique.

nouveaux concurrents en raison de la congestion, le moment où des aéroports régionaux peuvent contribuer au développement de la concurrence aérien et à la décentralisation. Il est alors vivement souhaité que les autorités communautaires élaboreront une nouvelle décision sur le dossier Ryanair/Charleroi avec une grande prudence visant à garantir un niveau de concurrence efficace dans un secteur sensible, comme celui de l'aviation.