

Les compagnies aériennes « low-cost » : le respect des règles de concurrence et la nécessité d'une mise au point sur l'utilisation du critère de l'investisseur privé en économie de marché.

Par François Gagnaire, Docteur en droit, Directeur du cabinet « Aides d'Etat Conseil »

Cet article s'inspire de plusieurs sources. Tout d'abord la Communication de la Commission européenne relative à sa décision d'ouvrir la procédure de l'article 88§2 CE (disposant de l'incompatibilité des aides d'Etat) à l'encontre des avantages accordés par la région wallonne et l'aéroport de Charleroi à la compagnie aérienne « Ryanair »¹ lors de son implantation à Charleroi ; le reportage (« low-cost » petits prix, grandes stratégies) diffusé dans le cadre de l'émission « Complément d'enquête » du 16/06/2003 sur la chaîne publique France 2 ; la focalisation des journaux nationaux sur les exigences de la compagnie « Ryanair » envers les aéroports dits périphériques ; la récente décision du tribunal administratif de Strasbourg annulant une délibération de la Chambre de commerce et d'industrie (ci-après CCI) accordant elle aussi des subventions à la compagnie « Ryanair » pour son installation à l'aéroport de Strasbourg-Entzheim. Cette annulation s'est faite contre l'avis du commissaire du gouvernement qui ne voyait dans cette aide qu'un accord commercial passé entre deux partenaires (les « aides » visaient l'achat d'espaces publicitaires dans la presse britannique et la promotion du site Internet de la compagnie, voir *infra*).

L'ensemble de ces sources d'information concerne « Ryanair » (le reportage « Complément d'enquête » portait sur son choix d'utiliser l'aéroport de Pau « au détriment » de celui de Tarbes et ce, moyennant des avantages inscrits dans les clauses contractuelles confidentielles de l'accord liant l'aéroport (la CCI) et la compagnie.

L'intérêt de coupler ces sources est l'implication de la même compagnie aérienne « low cost » (ci-après « low-cost ») et on peut le présumer, la négociation d'avantages proches

¹ Au JOCE n° C 18 du 25/01/2003 p. 3.

(même si les sources précitées évoquent des avantages différents dont on peut supposer le cumul).

La pression des « low-cost » sur les CCI ou CRCI (Chambres régionales de commerce et d'industrie) gestionnaires des équipements aéroportuaires porte sur les conditions d'exploitation, de taxation, d'accueil et de fonctionnement des installations aéroportuaires dites « périphériques ».

Si les « low-cost » convoitent ces aéroports pour la modicité de leurs taxes (principalement « atterrissage », « passager » et « stationnement) et de leurs services (exemple de l'assistance en escale), elles en sont également tributaires de par leur stratégie de coûts minimaux (et ce, malgré les menaces de « déménagement » du très libéral président de « Ryanair » toujours prompt à dénoncer l'incurie des pouvoirs publics qui n'ont visiblement pas compris la nécessité d'apporter une contrepartie au rôle moteur de sa compagnie dans le développement économique).

La pression des « low-cost » s'appuie en effet sur le potentiel supposé ou avéré de développement économique induit par l'augmentation de la fréquentation d'un aéroport (le directeur de la CCI de Strasbourg affirme que l'aide consentie à « Ryanair » aurait des retombées sur le développement local vingt-quatre fois supérieures à la mise initiale).

Notre sujet ne consiste pas à étayer ou infirmer ce miracle économique, mais à constater qu'au nom du développement économique, le budget des CRCI est mis à rude épreuve moyennant des retombées financières incertaines et soumises à la volatilité des « low-cost » qui, pour rester « low-cost », ne vont pas s'attarder sur un aéroport si elles peuvent obtenir mieux sur un autre (l'éventuelle confirmation en appel de la décision du tribunal administratif de Strasbourg devrait en fournir l'illustration).

Qu'elle est la limite (si limite il y a) de la « relation » Chambres de commerce/ « low cost » au regard du droit communautaire et plus spécifiquement au regard du droit des aides d'Etat puisque c'est de cette législation dont il s'agit ?

L'article 87 du traité CE prohibe les aides d'Etat aux entreprises. Il évoque en son paragraphe 1 : « les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous

quelque forme que ce soit ... »². Si nous ne citons que cette partie du paragraphe 1^{er} de l'article 87§1 c'est qu'elle nous semble en l'espèce seule à poser problème.

Nous débiterons donc ce développement à rebours, à savoir que si aide d'Etat il y a dans les avantages accordés par les aéroports français aux « low-cost » (voir la décision du tribunal de Strasbourg), ces aides seront nécessairement jugées incompatibles et pour celles illégalement mises en place (toutes), à restituer en vertu de l'article 14 du règlement n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999³.

Suite à la douloureuse et inachevée restructuration du secteur du transport aérien dans les années 90 et dispositions prises à la suite de la crise « conjoncturelle » consécutive aux attentats du 11 septembre 2001 mise à part⁴, la Commission européenne voit d'un très mauvais oeil les aides octroyées à ce secteur très concurrentiel d'ailleurs placé sous encadrement⁵.

Le secteur du transport aérien est un secteur où pour utiliser la prose communautaire, le libre jeu des forces du marché est à même et sans aide, d'inciter les différents acteurs du marché à effectuer seuls les investissements nécessaires à leur développement et leur survie sur ledit marché »⁶.

Les aides qui ne visent pas la restructuration du secteur, celles qui ne sont pas liées à l'investissement ou à la recherche et au développement, voire à la protection de l'environnement sont dépourvues du caractère incitatif sine qua non de tout soutien des pouvoirs publics.

² Au point 21 de son arrêt « Steinike » du 22 mars 1977 (AFF 78-76, rec. p. 595.), la Cour va considérer que : « l'interdiction de l'article 92, paragraphe 1 (*ex-article* 87§1), s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'aide est accordée directement par l'Etat ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide ». La seconde proposition peut être assimilée à la seconde proposition de l'article 87§1, à savoir : les ressources d'Etat.

³ Au JOCE n° L 83/99 p. 1. Les aides illégales sont principalement celles qui n'ont pas fait l'objet d'une notification à la Commission. Lorsque ces aides sont de surcroît jugées incompatibles, elles doivent être systématiquement récupérées auprès de leurs bénéficiaires.

⁴ Nous écarterons les « low-cost » des victimes de la crise du 11 septembre 2001 car leurs activités se concentrent sur les vols courts et moyens courriers. Les compagnies les plus atteintes par la crise sont les grandes compagnies aériennes dont l'activité long courrier constitue une part importante du chiffre d'affaires. Les aides provisoires aux compagnies aériennes françaises ont été autorisées par la décision de la Commission du 30 janvier 2002 au JOCE n° C 59/2002 p. 25. En revanche, la Commission a refusé l'extension et la prorogation du régime par sa décision n° 2003/196 du 11 décembre 2002 au JOCE n° L 77/2003 p. 61.

⁵ Le placement d'un secteur sous encadrement est signe que le secteur se porte mal et que l'intervention des pouvoirs publics pour maintenir artificiellement en vie des compagnies n'est pas souhaitée. Voir l'encadrement des aides d'Etat dans le secteur de l'aviation au JOCE n° C 350/94 du 10/12/1994 p. 5 (notamment son introduction).

⁶ Pour un rappel de ce principe appliqué au secteur aérien, voir le point 126 de l'arrêt TPICE du 25 juin 1998 « British Airways » AFF T-371/94 et T-394/94 rec. 98 II p. 2405.

Quant à la condition d'entrave aux échanges et à la concurrence contenue à l'article 87§1 CE (les aides d'Etat doivent entraver les échanges et la concurrence pour être jugées incompatibles), elle est systématiquement remplie dans le contexte du transport aérien qui est une activité touchant par nature directement aux échanges ⁷ (et par conséquent à la concurrence)⁸. La condition d'entrave reste remplie, même si le montant de l'aide peut paraître modique car le secteur des transports est exclu de la règle dite « de minimis »⁹.

De plus, les aides que pourraient fournir les CRCI aux « low-cost » sont typiquement des aides à l'exploitation (au fonctionnement) des dites compagnies via un abaissement des charges que ces dernières devraient normalement supporter (prestations de services à des tarifs préférentiels, voire inférieurs au coût de la prestation elle-même, taxes préférentielles etc...).

Ce caractère d'aide au fonctionnement est explicite dans la description des avantages consentis à « Ryanair » puisque (dans le cas de Strasbourg tout du moins), la compagnie percevrait une subvention annuelle (*a priori* fonction du nombre de passagers transportés). Ce type de subvention sans affectation est proscrit par l'encadrement des aides au transport aérien¹⁰.

Ajoutons que l'aide à une compagnie particulière du secteur aérien (une aide discriminatoire) ne peut bénéficier d'une dérogation à l'incompatibilité des aides sous prétexte de contribuer au développement régional si l'aide prend la forme d'une aide à l'exploitation¹¹ et *a fortiori* si elle est une aide *ad hoc* (aide non rattachée à un régime général

⁷ Sur ce point nous renvoyons à la décision n° 98/337 du 21 janvier 1998 « Air belgium/ Sunair » au JOCE n° L 148 p. 36. Au point 112 de la décision « Ryanair Charleroi », la Commission ajoute que « [ces aides], elles faussent ou menacent de fausser également la concurrence à l'intérieur de ce marché puisqu'elles ne visent qu'une seule entreprise placée en situation de concurrence avec les autres compagnies aériennes communautaires sur son réseau européen ».

⁸ Les conditions d'entrave aux échanges et d'entraves à la concurrence sont normalement des conditions cumulatives, mais au fil des constructions jurisprudentielles, on peut affirmer que les deux conditions sont désormais réciproquement induites, à savoir que lorsque l'une des deux conditions est remplie l'autre l'est également sans qu'il soit nécessaire de le démontrer plus avant (nous renvoyons sur ce point à la thèse de l'auteur (« L'incompatibilité des aides d'Etat dans le contentieux communautaire », UPJV le 10/07/2001, spécialement 1^{ère} Partie, Titre 2, Chapitre I, Sections 1 et 2).

⁹ Voir l'article 1^{er} point a) du règlement CE n° 69/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 au JOCE n° L 10/2001 p. 30. Pour un exemple relatif au transport aérien, voir respectivement les points 51 et 52 et les points 69 et s.. de l'arrêt TPICE du 30 avril 1998 « Vlaamse Gewest » AFF T-214/95, rec. 98 II p. 717.

¹⁰ Le point III.1 de l'encadrement de 1994 précité dispose que : « Les aides directes visant à combler les pertes d'exploitation ne sont pas, en général, compatibles avec le marché commun et ne peuvent bénéficier d'une exemption ». La Commission pose deux exceptions au principe : les obligations de service public et les aides à caractère social (ni l'une, ni l'autre, ne sont ici concernées).

¹¹ De plus, en France, les zones d'implantation des aéroports de métropole ne sont pas éligibles à la dérogation sous a) régionale de l'article 87§3 du traité CE (idem pour Charleroi en Belgique).

approuvé¹²). Rappelons aussi que les aides à ce secteur comme la plupart des aides doivent être notifiées à la Commission.

En conclusion, si les divers avantages concédés par les CRCI aux « low-cost » doivent être qualifiés d'aides d'Etat, il ne fait pas de doute que ces aides sont incompatibles et qu'elles doivent être restituées par leurs bénéficiaires.

Dans sa décision d'ouvrir la procédure à l'encontre des aides Ryanair / Chaleroi, la Commission parvient à cette conclusion¹³.

Reste à prouver que les avantages concédés par les CRCI aux « low-cost » peuvent se voir attribuer le label d'origine étatique.

Pour illustrer l'esprit retord dont peut faire preuve la Commission européenne sur ce point, nous évoquerons une décision du 21 avril 1999¹⁴ aux termes de laquelle l'intervention d'une banque privée en faveur de producteurs d'engrais est imputable à l'Etat entre autres, parce que sur un plan organique, outre les représentant directs de l'Etat au sein du conseil d'administration, d'autres membres du conseil incarneraient les intérêts publics et notamment un évêque représentant de l'Eglise de Grèce qui selon la constitution n'est pas séparée de l'Etat....

Certes, les CRCI françaises ne sont pas le refuge des religieux et l'église est bien distincte (séparée) de l'Etat. Cet exemple a cependant le mérite de montrer comment s'élabore la méthode du faisceau d'indices permettant de prouver l'implication de l'Etat dans une intervention économique.

¹² Voir les décisions n° 94/118 du 21/12/1993 (au JOCE n° L 54/94 p. 30) « Air Lingus », n° 94/698 du 6 juillet 1994 (au JOCE n° 279 p. 29) « TAP » et n° 94/696 du 7 octobre 1994 (au JOCE n° L 273 p. 22) « Olympic Airways ». Dans ces trois décisions, même si les compagnies opèrent dans des Etats entièrement éligibles à la dérogation régionale sous a), la Commission va estimer que les différentes aides ne découlent pas d'un régime général dont bénéficieraient toutes les compagnies aériennes établies dans le même pays.

¹³ Voir les points 113 à 116 de la Communication « Charleroi » précitée.

¹⁴ Décision n° 2001/88 du 21 avril 1999 au JOCE n° L 30/2001 p. 45 (voir le chapitre V « existence d'une aide »). Voir également les points 52 à 56 de la décision n° 2000/600/CE du 10/11/99 au JOCE n° L 256/2000 p. 21 (relatifs à l'influence dominante de l'Etat sur une société anonyme). Sur le constat selon lequel le contrôle de l'actionnaire public sur l'entreprise n'implique pas forcément une majorité effective dans le capital de l'entreprise, voir la décision n° 88/167/CEE du 7/10/87 au JOCE n° L 76/88 p. 18.

Les CRCI sont des établissements publics (« EP »). A ce titre et comme tous les « EP » (à plus forte raison les « EP » à caractère administratifs) elles se doivent d'agir dans et pour l'intérêt général¹⁵.

Si au regard du droit communautaire, la distinction entre « EP » à caractère industriel et commercial et « EP » à caractère administratif n'a que peu d'importance, nous soulignerons qu'il en va autrement en droit administratif français et que la Commission pourrait s'inspirer des critères et des conséquences de cette distinction « nationale » pour étayer ses allégations quant à l'origine étatique des avantages concédés par les Chambres de commerce.

Les CRCI représentent les intérêts commerciaux et industriels de leur circonscription auprès des pouvoirs publics (article L711-1 du Code de Commerce). Elles participent à l'élaboration des politiques publiques et formulent à ce titre des avis et des propositions (article L711-2 à L711-4 du Code de Commerce). Elles facilitent les rapports entre les entreprises et les administrations nationales et territoriales et se voient ainsi confier une mission de service public¹⁶.

Comme tous les établissements publics, les CRCI sont des personnes morales de droit public soumises à contrôle de leur autorité de tutelle. Sur un plan organique, les CCI comprennent des membres associés désignés par le Préfet, avec voix consultative. Le caractère minoritaire de cette représentation n'est pas vraiment un obstacle pour la Commission européenne¹⁷.

Pour la réalisation d'équipements commerciaux et artisanaux, les CRCI peuvent être délégataires du droit de préemption. L'utilisation de prérogatives de puissance publique est un indice de l'implication de l'Etat ou tout du moins de son nécessaire consentement aux opérations d'aménagement aéroportuaire des CRCI.

L'article L711-6 du Code de Commerce évoque par ailleurs l'intervention de l'autorité de tutelle lors de l'acquisition ou la construction par les chambres de leur propres installations ou celle d'établissements à l'usage du commerce (voir également l'article L711-10).

¹⁵ Sur l'appréhension de cette notion d' «EP» dans la jurisprudence de la CJCE, voir le point 28 des conclusions de l'Avocat général M. F. G. Jacobs présentées le 24/09/1998 sous l'arrêt CJCE du 29 juin 1999 « D. M. Transport S.A » AFF C-256/97, rec. I p. 3913.

¹⁶ Le rôle d'intermédiaire des pouvoirs publics endossé par les CCI plaide en faveur de leur incorporation à la notion d'Etat au sens de l'article 87§1 et ce, au regard du point 24 de l'arrêt CJCE du 24/04/80 : « Commission c/ Italie » AFF 72/79, rec. p. 1411.

¹⁷ La décision n° 2003/284 du 11 décembre 2002 au JOCE n° L 108/2003 p. 35, témoigne de l'inventivité dont peut faire preuve la Commission sur ce point.

L'élection des délégués consulaires et des membres des CCI est organisée par le Préfet et les recours en résultant sont soumis au tribunal administratif « comme en matière d'élections municipales » (article L713-13).

Dans le cadre des marchés d'intérêt national, les CCI établissent le tarif des redevances perçues auprès des titulaires d'autorisation d'occupation. Le Préfet donne son autorisation sur le niveau des redevances (article L730-3).

Quant au Code de l'Aviation civile, il dispose en son article L211-1 que les travaux de construction, d'extension ou de modification substantielle des infrastructures aéroportuaires dont l'exploitation présente des risques particuliers font l'objet, avant tout commencement, d'un dossier descriptif. Les travaux ne peuvent être entrepris qu'à la réception de l'avis positif du représentant de l'Etat sur ce dossier.

Les CRCI gère les équipements des aéroports. Elles n'en sont pas propriétaires. Comme le précise l'article R211-2-1 du code de l'Aviation civile, La direction de l'aérodrome est exercée par l'affectataire principal mentionné à l'article R. 211-6 (ministère des transports ou de la défense) qui désigne un directeur sous l'autorité duquel est assuré le fonctionnement de l'aéroport. L'article R-211-7 précise que l'affectataire principal est chargé de coordonner, d'assurer ou de faire assurer les missions incombant à l'Etat sur l'aéroport.

L'affectataire principal peut déléguer, sous son autorité, à un affectataire secondaire l'exercice de certaines activités relevant de sa compétence.

L'article R134-4 du Code de l'Aviation civile dispose en substance que les services rendus par l'Etat pour la sécurité de la circulation aérienne et pour la rapidité de ses mouvements à l'arrivée et au départ des aéroports dont l'activité dépasse un certain seuil donnent lieu à rémunération sous forme d'une redevance pour services rendus, dite redevance pour services terminaux de la circulation aérienne.

Le montant de la redevance est déterminé selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'Aviation civile et du ministre des Finances.

Le budget consolidé des CRCI s'élevait à 3,36 milliards d'euros pour l'année 2003 dont 0,91 milliards de ressources fiscales (imposition additionnelle à la taxe professionnelle). Pour le reste, le budget est composé de contributions publiques, d'emprunts et de ressources

liées aux produits et prestations propres.

Les emprunts contractés par les CCI pour la réalisation des opérations visées ci-dessus peuvent être garantis par les collectivités locales. Les CCI peuvent contracter des emprunts auprès de la Caisse des dépôts et consignations et de la Caisse d'aide à l'équipement des collectivités locales (article L 711-9). Cet accès au financement la Caisse des dépôts et consignations ne devrait pas laisser insensible la Commission (voir *infra*).

Les éléments constitutifs du faisceau d'indices permettant de dire que les avantages consentis par les CRCI aux « low cost » s'apparentent à des aides d'Etat au sens de l'article 87§1 sont les suivants.

Une partie non négligeable des fonds mis à la disposition des CCI provient du renoncement de l'Etat à certaines ressources fiscales, d'autres contributions publiques, d'emprunts et de ressources propres générées par l'activité des Chambres.

A l'exception de ces ressources propres, les CCI utilisent des fonds publics. Cela ne fait aucun doute pour les ressources fiscales¹⁸ qu'elles peuvent reverser aux « low-cost » ou que l'Etat ne perçoit pas ou perçoit dans des proportions moindres qu'il ne le devrait¹⁹.

Pour ce qui est des emprunts contractés auprès de la CDC (ou de la caisse d'aide à l'équipement des collectivités locales), la Commission et la Cour de Justice se sont déjà prononcées dans l'arrêt « Air/ France » du 12 décembre 1996²⁰. Aux termes de cet arrêt, les fonds que la CDC met à la disposition des entreprises (ou à des intermédiaires les reversant aux entreprises) peuvent être considérés comme des aides d'Etat à la condition que soient réunies d'autres preuves de la participation et de la volonté de l'Etat (par exemple, le fait que le représentant de l'Etat ne s'oppose pas à un prêt ou une prise de participation d'un certain montant alors qu'il en a le pouvoir et parfois, le devoir).

¹⁸ Plus qu'un renoncement à des recettes fiscales, on évoquera en droit français la notion de dépense fiscale. Sur cette notion, voir l'arrêt CJCE du 15/03/94 : « Banco Exterior de Espana » AFF C-387/92, rec. I p. 877 et l'arrêt CJCE du 19/05/99 : « Italie c/ Commission » AFF C-6/97, rec. I p. 2981. Voir également les décisions n° 98/212/CE du 16/04/97 « Enirisorse » au JOCE n° L 80/98 p. 32 et n° 98/476/CE du 21/01/98 au JOCE n° L 212 p. 50.

¹⁹ Voir sur le point 99 de la décision Charleroi précitée « La réduction des taxes d'atterrissage au bénéfice de « Ryanair » constitue un manque à gagner pour les pouvoirs publics qui se privent d'une partie de cette recette fiscale ».

²⁰ Décision n° 94/662/CE du 27/07/94 au JOCE n° L 258 p. 26, Arrêt TPICE du 12/12/96 : « Air France » AFF T-358/94, rec. II p. 2109.

Le fait que les fonds employés par les CRCI ne soient pas exclusivement des fonds publics n'empêchera donc pas la Commission de les qualifier de ressources d'Etat à l'instar de ressources exclusivement privées²¹.

Mais, parce que l'origine desdits fonds n'est pas exclusivement publique, il reste à prouver (ce n'est pas le plus facile) que les mesures incriminées sont imputables à l'Etat.

Au point 103 de sa décision « Charleroi », la Commission rappelle l'attendu de principe issu de l'arrêt « Stardust marine »²² (transposable aux établissements publics) : « [...] même si l'État est en mesure de contrôler une entreprise publique et d'exercer une influence dominante sur les opérations de celle-ci, l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas concret ne saurait être automatiquement présumé. Une entreprise publique peut agir avec plus ou moins d'indépendance, en fonction du degré d'autonomie qui lui est laissé par l'État. [...] Dès lors, le seul fait qu'une entreprise publique soit sous contrôle étatique ne suffit pas pour imputer des mesures prises par celle-ci (..) à l'État. Il est encore nécessaire d'examiner si les autorités publiques doivent être considérées comme ayant été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de ces mesures.

La jurisprudence de la Cour et la pratique décisionnelle de la Commission connaissent plusieurs techniques permettant de démontrer l'implication des autorités publiques dans une intervention publique.

L'expression de la volonté de l'Etat de voir un établissement public accorder une aide à une entreprise (la manifestation de sa volonté) peut être implicite ou explicite.

A l'inverse de l'hypothèse « Charleroi » dans laquelle l'expression de la volonté des pouvoirs publics ressort explicitement de l'intervention directe de la région wallonne dans les négociations relatives aux avantages consentis à « Ryanair » (points 105 à 111 de la décision précitée), l'Etat semble dans notre hypothèse plus ou moins absent du débat.

²¹ Dans l'arrêt « CNCA » du 30/01/85 (« Commission c/ France » AFF 290/83, rec. p. 439), la Commission affirme qu'en « incitant » la « CNCA » (Caisse nationale de crédit agricole) à octroyer une allocation aux agriculteurs les moins favorisés, par le biais de ses excédents de gestion accumulés au cours des dernières années (le produit financier de la gestion bancaire d'une épargne privée), le Gouvernement français a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 87 et ce, alors même que les représentants de l'Etat sont minoritaires au sein du Conseil d'administration de la « CNCA ».

Voir également la décision n° 2000/480 du 8 juillet 1999 au JOCE n° L 193/2000 p. 79, relative aux dépôts obligatoires des notaires au Crédit agricole ou bien encore la décision n° 2000/647 du 3 mai 2000 au JOCE n° L 272, p. 29 (relative à la structure de cantonnement des actifs non performants du Crédit lyonnais) et la décision n° 2003/216 du 15 janvier 2002 au JOCE n° L 88/2003 p. 39 (relative aux avantages de l'Etat en faveur du livret bleu du crédit mutuel).

²² Arrêt CJCE du 16 mai 2002 « France c/ Commission » AFF C-482/99 rec I. p. 4397.

La raison de cette absence tient peut-être (nous ne pouvons ici que faire des suppositions) au fait que l'Etat ne soit effectivement pas directement intervenu dans les négociations (ce qui est probable pour certains avantages mineurs). Sans décision d'ouvrir une enquête (article 88§2 du traité CE) et donc sans plus d'informations sur le sujet, il n'est pas possible de l'affirmer. En revanche, pour certaines aides, il est possible d'anticiper l'argumentaire de la Commission.

Sur ce point, nous pensons bien entendu à la réduction des diverses taxes dues par les compagnies aériennes, mais également aux travaux nécessaires à leurs vacations.

Dans le premier cas, le représentant de l'Etat doit être averti et donner son accord (l'autonomie du gestionnaire délégué est ici restreinte). Sont concernées des recettes fiscales constituant des ressources d'Etat par excellence. Dans le second cas, est en jeu la sécurité des installations aéroportuaires et là encore (sous réserve de l'ampleur des travaux)²³, le représentant de l'Etat doit donner son consentement.

Dans les deux cas, l'Etat ne peut donc ignorer les avantages concédés et a nécessairement donné son accord en ne s'opposant pas.

Pour ce qui concerne les autres avantages éventuellement concédés aux « low-cost » par les CRCI (coût du service en escale, aides à la promotion des lignes, mise à disposition de locaux et autres), l'indice de la tutelle de l'Etat peut s'effacer pour laisser la place au critère dit de l'investisseur privé en économie de marché.

Sans reprendre dans le détail l'ensemble de l'évolution de ce critère, disons qu'il permet de faire la différence entre une intervention étatique s'apparentant à une aide et une intervention étatique s'apparentant à un acte de gestion pouvant être assimilée à celle qu'aurait effectué un investisseur privé (en économie de marché) placé dans une situation identique.

A l'origine réservé aux prises de participation des pouvoirs publics dans le capital d'entreprise, le critère de l'investisseur privé s'est progressivement appliqué à l'ensemble des

²³ Le reportage « Complément d'enquête » évoquait l'extension d'une piste d'atterrissage.

interventions économiques de la puissance publique en faveur des entreprises (créancier public, vendeur, loueur, caution etc...).

Au point 82 de sa Communication (précitée) relative aux aides de l'aéroport de Charleroi, la Commission évoque la vaine utilisation du critère de l'investisseur privé en économie de marché par les gestionnaires d'aéroports pour justifier les avantages concédés à « Ryanair ». En effet, le critère : « [...] ne peut jouer que dans le cadre de l'exercice d'activités économiques et jamais dans le cadre de l'exercice de pouvoirs de régulation. Une autorité publique ne peut utiliser l'argument selon lequel elle pourrait retirer des bénéfices économiques en tant que propriétaire d'une entreprise aéroportuaire pour justifier une aide adoptée sous forme d'exercice discriminatoire de ses pouvoirs réglementaires ou fiscaux ».

Les avantages accordées par les CRCI aux « low-cost » dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs de régulation ne peuvent donc être exonérés et tout simplement évalués par le biais du critère de l'investisseur privé. Il en va ainsi des baisses de charges et des taxes habituellement payées par les utilisateurs de l'aéroport.

Les travaux entrepris au profit exclusif de certaines « low-cost » doivent également retenir le même raisonnement (lorsque la tutelle de l'Etat doit s'exprimer à leur sujet).

L'emploi du critère (qui n'a selon nous également pas lieu d'être) mérite tout de même que l'on ouvre une parenthèse. En effet et d'une façon détournée, ce critère est utilisé par les représentants de « Ryanair » et par ceux des différentes CRCI pour lesquels l'aide à « Ryanair » (ou à une autre compagnie) serait bénéfique au développement économique et donc implicitement justifiée au regard du droit communautaire puisqu'elle ne serait pas une aide (l'avantage consenti ne le serait pas à perte).

Cette évocation détournée révèle une idée fausse très répandue en droit des aides. Une intervention publique n'a pas à être « rentable » ou supposée telle pour être autorisée par la Commission européenne. Malgré des utilisations abusives et des digressions sur le plan de la compatibilité de l'aide (condition d'entrave aux échanges et à la concurrence), le critère de l'investisseur privé reste un critère permettant de relever l'origine étatique d'une aide dans certaines hypothèses. Il ne concerne pas la compatibilité de l'aide, même si la jurisprudence

tend épisodiquement à s'orienter dans cette direction²⁴. En tout état de cause, une aide d'Etat reste une aide d'Etat « rentable » (rentable entre guillemets car un investissement peut être rentable alors qu'une aide est plutôt bénéfique) ou non et dans notre hypothèse, le fait que l'existence d'une aide soit avérée et que cette aide soit bien incompatible ne saurait être remis en cause.

Le raisonnement est simple et porteur (l'argent public utilisé l'est de façon « rentable » pour la collectivité), les passagers de la compagnie augmentent le nombre de clients des restaurateurs, des hôtels, stimulent le commerce local, la fréquentation touristique ...

Nous l'avons déjà évoqué, le directeur de la CCI de Strasbourg avance des retombées économiques « quantifiables » de l'ordre de 24 pour 1. Certes, un investisseur privé adhérerait totalement à ce rapport. Cependant, le directeur de la CCI oublie un peu vite que la compétition économique telle que prônée par l'Union et traduite dans ses règles de concurrence se préoccupe avant tout de la loyauté de la concurrence entre les opérateurs du marché. Sur le marché dont il est question, les opérateurs sont les compagnies aériennes dont les concurrentes de la « low-cost » discriminées car non aidées. Le rôle de la CCI se situe à un autre niveau. Elle fait partie des acteurs du marché, mais ne peut être considérée comme l'un de ses opérateurs actifs.

C'est la raison pour laquelle on peut également contester la qualification retenue par le commissaire du gouvernement du tribunal administratif de Strasbourg, à savoir « un accord commercial passé entre deux partenaires ». Il ne s'agit pas de deux partenaires au sens du marché, mais d'un opérateur et d'un régulateur qui ne peuvent s'entendre au détriment d'autres opérateurs.

Si la qualification de partenaire était malgré tout retenue, existerait alors une entente illicite des deux acteurs du marché pour restreindre son accès à la concurrence et par le fait, une pratique également interdite par le droit européen de la concurrence.

Les CCI ne sont pas des opérateurs économiques « normaux » dans le contexte du droit de la concurrence. Leur position d'intermédiaire entre les pouvoirs publics et les

²⁴ Lorsque le critère de l'investisseur privé révèle l'existence d'une aide, cette aide est souvent jugée incompatible. En revanche, l'utilisation de cette logique *a contrario* est erronée.

entreprises leur impose pour le moins de ne pas mettre en œuvre de pratiques illicites dont l'Etat devra *in fine* répondre.

Les règles de concurrence visent à protéger la compétition équitable entre les différents opérateurs du marché. Les règles sur les aides d'Etat visent plus spécialement à neutraliser les interventions étatiques et à éviter toute discrimination ou distorsion engendrée par l'aide à une entreprise.

Le critère de l'investisseur privé ne peut donc s'appliquer et justifier l'intervention des pouvoirs publics en faveur du développement économique lorsqu'une compagnie est favorisée au détriment d'autres compagnies sur lesquelles l'aide aurait par ricochet sur le développement local, le même effet supposé bénéfique. L'exemple du développement local induit par l'intervention de l'Etat en faveur d'une entreprise pourrait s'appliquer à toutes les interventions étatiques et détournerait le critère de l'investisseur privé de son objectif premier qui n'est pas d'autoriser l'Etat régulateur de l'économie à allouer des aides discriminatoires, mais à juger de la nature de son implication directe en tant qu' « opérateur économique actif ».

En conclusion de cet exposé sommaire, nous retiendrons premièrement que : les conventions et accords bilatéraux (ou multilatéraux) préférentiels signés entre les CRCI et les compagnies aériennes (quelle qu'elles soient) doivent être notifiés à la Commission européenne afin que cette dernière en vérifie la compatibilité avec le droit communautaire.

Si tel n'est pas le cas, la Commission a désormais l'obligation d'exiger la restitution systématique des aides d'Etat incompatibles et illégales.

Le non respect de cette obligation de transparence est dommageable aux deux parties (y compris aux « low-cost » qui ne peuvent se retrancher derrière la valeur supposée d'un accord qui s'éclipse devant la primauté du droit communautaire).

Le respect de cette obligation est bénéfique aux deux parties et notamment aux CRCI dont la législation communautaire devrait limiter la tendance à enchérir sur les exigences des « low-cost ».

Deuxièmement, nous retiendrons que le critère de l'investisseur privé ne doit pas faire oublier en mettant en avant l'intervention de l'Etat, le fait que les opérateurs économiques sont les entreprises et qu'à la différence de l'Etat, elles n'ont pas à prendre en compte (ou dans une moindre mesure) les répercussions de leurs décisions sur l'environnement économique.