



**INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE
STRASBOURG**

Université de Strasbourg

***L'aspect institutionnel de la régulation des redevances
aéroportuaires.***

Théotime Gélineau

Mémoire de 4^{ème} année, filière « Droit et Administration publique »

Sous la direction du Professeur Jean-Philippe Kovar.

2016-2017

" L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur[e] ".

Je tiens à remercier le Professeur Jean-Philippe Kovar d'avoir accepté de diriger ce travail. Je le remercie également pour l'attention et le temps qu'il a porté à ce mémoire, ainsi pour les précieux conseils qu'il a su m'apporter tout au long de cette année.

Sommaire

TITRE I. LE DEFI DE LA REGULATION DES REDEVANCES AEROPORTUAIRES : ENTRE EXIGENCES EUROPEENNES D'INDEPENDANCE ET TENSIONS CONTENTIEUSES NATIONALES, UNE DIRECTIVE BIENVENUE MAIS UNE TRANSPOSITION MALADROITE.	13
§ 1. LE REGIME ANTERIEUR A LA DIRECTIVE : ENTRE CONTENTIEUX ET MANQUE DE TRANSPARENCE.....	13
I. Un contentieux « abondant et délicat » depuis 1958, accompagnant l'évolution du statut des aéroports	14
II. Le renforcement des débats avec l'introduction du « Low Cost » : l'affaire Air France contre l'aéroport Marseille-Provence	16
III. Un système antérieur contestable, basé sur une double homologation.....	17
§ 2. LA TRANSPOSITION INITIALE DE LA DIRECTIVE	20
I. Un système censuré par le Conseil d'Etat.....	20
A. La désignation d'un organe de l'administration de l'aviation civile en tant qu'autorité de supervision.....	21
B. La censure du Conseil d'Etat pour manque d'indépendance	22
II. L'indépendance du régulateur gage d'un marché concurrentiel non faussé.....	23
A. L'influence originelle du droit de l'Union : l'interprétation libérale par la jurisprudence du droit de l'Union européenne.....	23
B. Les problématiques de l'indépendance : un arbitrage entre légitimité politique et efficacité économique ?	26
§ 3. LA CREATION D'UNE NOUVELLE AUTORITE : LA SOLUTION AU PROBLEME ?	29
I. Les débats et recommandations antérieurs.....	29
II. Une autorité hybride, à mi-chemin entre administration et autorité administrative indépendante : l'autorité de supervision indépendante.	30
III. Les nouvelles garanties de l'ASI : un modèle adapté ou une simple transition ?.....	31
TITRE II. DE LA COMPARAISON EUROPEENNE A UN CONTEXTE NATIONAL DE RATIONALISATION DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES, LE LEGITIME QUESTIONNEMENT ENTOURANT L'AUTORITE DE SUPERVISION.	34
§ 1. LA COMPARAISON DU CHOIX FRANÇAIS AVEC LES AUTRES MODELES NATIONAUX	34
I. Les principaux modèles institutionnels retenus par les Etats membres	35
A. La régulation des redevances aéroportuaires par une entité ministérielle.....	35
B. La création ex nihilo d'un régulateur sectoriel ou l'attribution à un régulateur trans sectoriel des transports.....	37
C. La prise en charge de la régulation des redevances aéroportuaires par l'autorité de la concurrence	38

<i>II. L'exception compréhensible luxembourgeoise et l'étrange transposition allemande : deux situations particulières.....</i>	<i>39</i>
<i>III. Les choix forts effectués dans certains Etats : le régime spécial du Royaume Uni, de l'Espagne, de la Belgique.....</i>	<i>40</i>
§ 2. UN CHOIX ORIGINAL EFFECTUE DANS UN CONTEXTE DE DEBAT CONCERNANT LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES	45
<i>I. Un choix mettant en valeur le rejet de deux hypothèses plus ou moins pertinentes au regard du modèle de régulation en France</i>	<i>45</i>
A. Le modèle français de régulation	46
B. Le refus d'une autorité mêlant concurrence et régulation dans un souci de cohérence	47
C. Une alternative crédible mais déniée : l'élargissement des compétences de l'ARAFER	49
D. L'absence d'autorité de régulation du secteur aéroportuaire : la marque d'une transposition a minima	51
<i>II. Le débat national sur les autorités administratives indépendantes : rationaliser pour gagner en cohérence.....</i>	<i>52</i>
A. L'état des lieux : une méfiance affichée face à un « Etat dans l'Etat »	53
B. La volonté de rationaliser la création des autorités administratives indépendantes	54
C. De la garantie de l'indépendance au renforcement du contrôle : le paradoxe des AAI ?.....	55

Introduction

De manière paradoxale, la convention de Chicago de 1944 a reconnu aux Etats signataires un droit souverain au contrôle de leur espace aérien, cloisonnant les espaces aériens nationaux, tout en mettant en place un organe de coopération internationale d'aviation, l'OACI, qui existe encore aujourd'hui. La convention de Chicago entre dans une logique de territorialisation de l'espace aérien qui applique « dans les airs la projection des frontières nationales au sol ». Avec une affirmation du droit des Etats à disposer de leur espace aérien de manière souveraine, la convention n'annonçait pas une coopération poussée des Etats pour l'aviation civile. Preuve de l'aspect sensible du secteur, le transport aérien n'a pas été intégré au Traité de Rome en 1957, et il faudra attendre 1997 pour obtenir une libéralisation complète¹ du secteur aérien au sein de l'Union européenne. Après 40 ans d'hésitations, l'Union européenne parvenait à obtenir pour les compagnies européennes le droit de proposer des vols civils dans restrictions de nationalité. De cet élan d'amélioration du trafic aérien au sein de l'Union fut tiré le projet, en 1999, de Ciel Unique Européen, dont le but était alors de répondre aux besoins futurs du trafic aérien. L'Assemblée nationale française ne s'y trompa toutefois pas en estimant en 2002 que les prémices du paquet aéroportuaire de 2007 annonçaient bel et bien la « volonté d'étendre à la navigation aérienne le processus de libéralisation qui a été appliqué dans les autres secteurs, tels que les télécommunications, l'énergie, la poste et les chemins de fer² » et non seulement la réduction des retards des vols, cause revendiquée du projet européen. Prenant une position défensive, l'Assemblée nationale remettait en cause l'utilité des mesures européennes, tout en réclamant le droit de choisir, au nom du principe de subsidiarité, la forme de la future autorité de régulation du trafic aérien.

Le paquet aéroportuaire de 2007 entre donc dans un contexte particulier, entre enthousiasme de la Commission concernant le paquet européen et le Ciel Unique (dont le nom évoque le marché unique et sa logique de déterritorialisation et de dépassement de la logique frontalière) et réticences des Etats membres craignant une libéralisation excessive d'un secteur touchant

¹ UAF, Les aéroports au service de l'attractivité des territoires, manifeste des aéroports français, 2017, p. 17.

² Ass. Nat., texte adopté n°810, résolution du 07 mars 2002 relative aux communications *sur les communications de la Commission concernant la création du ciel unique européen* (COM [1999] 614 final/n° E 1406) et *les transports aériens et l'environnement* (COM [1999] 640 final/n° E 1407).

de très près à la souveraineté nationale. Dans une communication de janvier 2007³, la commission annonce la mise en place d'un suivi satellite pour améliorer la circulation des avions dans l'espace européen (SESAR), le recours à Eurocontrol pour obtenir des informations précises sur les flux aéroportuaires, et l'élargissement des capacités de l'agence européenne de sécurité aéroportuaire. Considérant que le secteur aérien est un maillon faible de l'Union européenne, nuisant tant à la sécurité qu'à l'environnement, la commission propose un plan ambitieux. Ce paquet aéroportuaire vient donc concrétiser huit ans de réflexion sur le Ciel Unique européen.

Au-delà de ces modifications techniques, la commission annonce une action visant les redevances aéroportuaires, qu'elle définit comme « un prélèvement effectué au profit de l'entité gestionnaire de l'aéroport à la charge des usagers et/ou des passagers aériens et destiné à couvrir tout ou partie du coût des installations et des services qui sont fournis exclusivement par l'entité gestionnaire de l'aéroport et sont liés à l'atterrissage, au décollage, au balisage et au stationnement des avions, ainsi qu'à la prise en charge des passagers et du fret⁴ ». Cette annonce sera suivie, en 2009, par une directive⁵ dédiée aux redevances aéroportuaires. Ces dernières rémunèrent l'entité gestionnaire de l'aéroport pour la mise à disposition, au profit des compagnies, des terminaux, par exemple. La directive 2009/12/CE ne prend toutefois en compte que les redevances appliquées à des aéroports d'une certaine taille (plus de cinq millions de passagers par an, rappelant ici une conception *de minimis* applicable dans d'autres champs du droit européen), englobant toutefois 70 aéroports et 80% du trafic aérien de l'Union européenne.

Les redevances sont un réel enjeu pour les compagnies aériennes. En effet, là où les exploitants d'aéroports sont en situation de monopole dans la très grande majorité des cas (hormis très grandes villes comme Paris ou Londres), les compagnies subissent depuis la libéralisation de l'espace aérien une concurrence toujours accrue⁶ par l'apparition du *Low*

³Comm.UE, Communication de la Commission du 24 janvier 2007, « Un plan d'action pour renforcer les capacités, l'efficacité et la sécurité des aéroports en Europe » [COM (2006) 819 final - Non publié au Journal officiel].

⁴ *Idem.*

⁵ Directive n°2009/12/CE du 11 mars 2009 de la Commission et du Conseil, relative aux redevances aéroportuaires, JOUE L 70 du 14 mars 2009, pp. 0011-0016.

⁶ Aut. conc., avis n°16-1-10 du 3 mai 2016 concernant un projet de décret relatif aux redevances aéroportuaires,

Cost qui a permis certes la démocratisation de l'avion mais également la chute du chiffre d'affaires des anciens champions nationaux à l'exemple d'Air France. Le paiement de la redevance n'est donc par neutre pour une compagnie aérienne.

De plus, les exploitants d'aéroports sont eux aussi soumis à redevance pour l'exploitation du foncier, ce qui peut influencer, selon la nature publique ou privée de l'exploitant, sur le montant des redevances imposées aux compagnies. Dans de très nombreux cas, les redevances variaient entre compagnies nationales et étrangères, dans une logique de protection nationale, ou, au contraire, de recherche d'avantage comparatif. De plus, on observait une hausse quasi généralisée du montant des redevances, déconnectées du service rendu. Le montant des redevances était discriminatoire et peu transparent, pouvant dès lors désinciter certaines compagnies à effectuer des vols vers certaines zones ; les compagnies aériennes protestant énergiquement contre l'augmentation de ces coûts⁷. Or, dans une logique d'intégration européenne, la mobilité des personnes est un enjeu crucial pour l'accomplissement des libertés de circulation, quelles qu'elles soient (marchandise, service, capitaux, travailleurs, citoyen...). Dès lors, par la directive 2009/12/CE, l'Union européenne entend dépasser les discriminations et garantir aux opérateurs économiques une plus grande égalité de traitement. Cela se fait par différents moyens. La directive repose sur un socle minimal de principes, à savoir la non-discrimination (Article 3), la transparence (Article 7), la consultation préalable des transporteurs obligeant l'échange entre les différentes parties (Article 6§1). Toutefois, les montants des redevances peuvent être modulés au-delà du montant standard pour des raisons d'intérêt général et de protection de l'environnement (Article 3) ce qui n'est pas sans rappeler les possibilités d'entraves connues dans le droit du marché intérieur.

Au-delà de ces principes, la directive introduit l'exigence d'une autorité de supervision indépendante, dont le rôle est d'assurer l'effectivité des principes précités en contrôlant le montant des redevances aéroportuaires. L'Union européenne confirme ici la vision de Vlachou Charikleia : la « libéralisation européenne est associée à trois phénomènes à savoir l'ouverture à la concurrence, le mouvement de privatisations et l'existence d'un régulateur

p. 6.

⁷ L. Gard, Enfin la directive redevances aéroportuaires, *Revue de droit des transports*, n°5, mai 2009, comm. 107.

indépendant⁸ ». On retrouve en effet les trois phases de la libéralisation : l'ouverture à la concurrence en 1997, la privatisation des aéroports accompagnant les mutations des aéroports, de lieux de connectivité pure à surfaces commerciales à part entière (2004/2005) et en enfin l'exigence d'un régulateur sectoriel. Si des régulateurs sectoriels préexistaient en droit national⁹ (comme l'AMF), cette exigence s'affirme comme un instrument classique de la régulation¹⁰ voulue par l'Union européenne. Afin d'appréhender les missions que l'Union entend confier en 2009 à l'autorité de supervision indépendante, il est indispensable d'aborder le terme de régulation.

Terme en vogue depuis les années 1980, la régulation fait l'objet d'inépuisables débats sur sa définition : l'exhaustivité dans la définition de ce concept juridique issu des sphères économiques ne sera pas l'ambition du présent travail. La Professeure Marie-Anne Frison-Roche considère que la « régulation économique a pour souci d'établir et de maintenir de force et de façon constante des équilibres dans des secteurs économiques qui ne peuvent les produire ou les soutenir par leur propre mécanisme¹¹ ». Elle introduit ici le concept de force, rappelant à l'instar du Professeur Gérard Marcou que la régulation ne se fait pas uniquement par des actes de droit souple, surtout dès lors que la régulation est institutionnalisée¹². La régulation économique n'est toutefois pas applicable à tout marché. Son domaine de prédilection se « trouve en général sur les marchés de service public, caractérisés par la présence initiale d'un monopole public¹³ ». La régulation se caractérise par la recherche constante d'un équilibre entre différentes composantes. On retrouve par exemple des considérations tant juridiques qu'économiques, mais également des préoccupations d'ordre sociales déconnectées d'une pure logique de marché concurrentiel¹⁴ ; en ce sens, la régulation permet de compenser les imperfections du marché. La régulation connaît toutefois une

⁸ V. Charikleia, La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergies), novembre 2014, p. 22.

⁹ G. Marcou, La notion juridique de régulation, AJDA 2006, p. 347.

¹⁰ S. Rodrigues, Chroniques, Concurrences, n°2/2009, p. 197.

¹¹ M.-A. Frison-Roche, Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique, in *Responsabilité et régulations économiques*, M.-A. Frison Roche (dir.), Paris, Presse de Sciences Po et Dalloz, volume 5, 2007, p. 55.

¹² G. Marcou, AJDA 2006, *op.cit.*

¹³ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 483.

¹⁴ M.-A. Frison-Roche, « Régulation versus concurrence », *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphanie Payet*, 2012, pp.171-185, p. 182.

multitude de conceptions doctrinales ; Arnaud Sée présente ces visions¹⁵ qui s'opposent et se complètent. Ainsi, pour certains, la régulation ne serait que sa personnalisation en tant qu'autorité de régulation ; pour d'autres, elle serait non pas une autorité, mais une fonction d'intérêt général exercée par la puissance publique pour établir un compromis entre des objectifs concurrentiels et non concurrentiels¹⁶. Enfin, la régulation est vue comme un pouvoir, capable de contraindre le fonctionnement du marché en fixant par exemple des conditions d'accès au réseau *ex-ante*¹⁷ : cela peut être via des contrats fixant les prix de fonctionnement du marché pour une période donnée.

C'est par ailleurs ce fonctionnement par contrat préalable qui est appliqué dans le cadre des redevances aéroportuaires, solution alliant sécurité temporelle pour la période contractuelle mais également une certaine forme de rigidité. Ici, on a bel et bien l'archétype d'un secteur régulé : un marché qui ne parvient pas à rester à l'équilibre de lui-même (en témoigne le contentieux en découlant en droit français), impliquant des acteurs publics mais également privés, nécessitant une intervention extérieure pour assurer tant la transparence que la non-discrimination sur ce marché. Dans le cas français, le paysage aéroportuaire se caractérise par une complexité importante du fait « de l'hétérogénéité des modèles d'aéroports (tailles et vocation), mais aussi des modèles d'exploitation (régies ou concessions / délégations de service public) et encore plus par l'extrême variété des entités gestionnaires (société anonyme à caractère public ou privé, sociétés privées de gestion, établissement public, syndicats mixtes...)¹⁸ ». Au vu de la diversité des parties prenantes, l'exigence d'une autorité indépendante est compréhensible.

Toutefois, cette exigence se heurtait dès 2002 à la méfiance anticipée des Etats membres, qui, à l'exemple de la résolution de l'Assemblée nationale française, demandaient la liberté du choix concernant l'aspect organique de l'autorité. Les institutions de l'Union européenne ont accédé à cette demande, en n'imposant aucune forme obligatoire pour l'autorité de supervision. Malgré ce compromis, la transposition de la directive connut des difficultés

¹⁵ A. Sée, Régulation : conceptions doctrinales, in *Dictionnaire des régulations*, M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, B. du Marais., A. Sée (dir.), Lexis Nexis, Paris, 2015, pp. 514-520, p. 515.

¹⁶ Théorie défendue notamment par Gérard Marcou.

¹⁷ G. Dezobry, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », RFAP 2012/3 (n°143), pp. 645-654, p. 647.

¹⁸ UAF, Les aéroports au service de l'attractivité des territoires, manifeste des aéroports français, 2017, p. 14.

certaines ; et le cas français en est une belle illustration. On peut sentir dès 2002 la réticence française concernant l'ouverture d'un nouveau secteur à la libéralisation ; cette réticence se confirmera à l'étude des choix de transposition qui seront étudiés durant ce travail. La France est effectivement dotée d'une autorité de supervision indépendante, créée en 2016, en charge de la régulation des redevances aéroportuaires, qui étudie à l'heure actuelle les redevances aéroportuaires de l'aéroport de Nice Côte d'Azur.

Pour comprendre les réticences françaises, il convient d'évoquer la problématique démocratique relative à l'institutionnalisation d'une autorité de régulation. Le débat concernant la place et le pouvoir des autorités de régulation est commun. Parfois vues comme les autorités administratives indépendantes¹⁹ du secteur économique²⁰, les autorités de régulation n'ont pas de catégorie juridique propres. Elles partagent un lien de fait avec les AAI ; certaines, à l'exemple de l'ARAFER, ont cette qualification. Ce n'est pas le cas pour toutes, mais elles sont assimilées aux AAI. A cet égard, les autorités de régulation sont l'objet des débats sur l'indépendance et la place à accorder aux entités administratives indépendantes.

Ce débat qui mêle démocratie et efficacité, légitimité et pouvoir de marché est au cœur du choix français. Ainsi, une question semble intéressante à soulever : en quoi la régulation des redevances aéroportuaires, via la difficile transposition de la directive 2009/12/CE est-elle révélatrice du problème systémique rencontré par l'institutionnalisation d'autorités de régulation ? En quoi cette difficile transposition révèle-t-elle l'inadéquation entre ambitions européennes et état du droit interne, au risque de participer à la création d'un édifice juridique incertain ?

Afin d'envisager le souci posé par la transposition française, il convient d'évoquer la situation française relative à la régulation des redevances aéroportuaires, caractérisée par des tensions continues entre compagnies et aéroports mais également entre exigences européennes d'indépendance et réticence nationales (Titre I). On y observe un contentieux fourni, preuve

¹⁹ Autorités indépendantes à qui l'Etat a entendu confier une compétence générale dans des secteurs sensibles et délicats. Il est ardu de trouver des définitions officielles ; la loi du 20 janvier 2017 ne propose aucune définition. Pour en apprécier les contours, il est dès lors nécessaire de se reporter à la liste des AAI.

²⁰ T. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, 2013, p. 64.

de la complexité du secteur mais également de la pertinence d'une harmonisation partielle au niveau européen. Malgré la forte incitation européenne à installer durablement une agence de régulation sectorielle, la France conservera peu ou prou son système de régulation, lui donnant l'apparence de l'indépendance. Cela ne suffira pas et conduira à une nouvelle transposition. Cette transposition, qui semble compatible avec les exigences de l'Union, ne ressemble à aucune transposition européenne là où on pouvait observer une certaine tendance à la convergence entre Etats membres, et ne s'inscrit dans aucune catégorie juridique définie de manière précise en droit français (Titre II) et ce malgré une réforme récente du statut des autorités administratives indépendantes. C'est ce statut hybride qu'il convient de questionner, entre innovation et flou juridique.

Titre I. Le défi de la régulation des redevances aéroportuaires : entre exigences européennes d'indépendance et tensions contentieuses nationales, une directive bienvenue mais une transposition maladroite.

Comme pour la grande majorité des pays membres de l'Union européenne, la directive n°2009/12/CE a induit un changement majeur dans la régulation des redevances aéroportuaires. En effet, la France n'était pas dotée d'une autorité autonome chargée de réguler les redevances aéroportuaires. Ainsi, l'état antérieur du droit caractérisé par un contentieux abondant et délicat, doit tout d'abord être étudié pour mettre en exergue les principaux défauts du système initial de double homologation (§1). La France, en vertu de ses obligations de transposition dans le cadre de l'Union européenne, a effectué une première transposition de la directive. Néanmoins, cette transposition initiale a été jugée insuffisante (§2) par le Conseil d'Etat en 2015, pour manque d'indépendance. Cette notion centrale concentre les débats à propos des régulateurs sectoriels et plus largement des entités publiques placées hors du champ de contrôle de l'administration, car elle pose des enjeux de légitimité et d'efficacité. La censure du Conseil d'Etat a mené à la recherche d'une nouvelle solution de transposition. Cette solution sera finalement, après consultation, entre autres, de l'Autorité de la concurrence²¹, la création ex nihilo d'une nouvelle autorité, dont le statut juridique pose question : l'Autorité de supervision indépendante instaurée en juin 2016²² (§3). Cette autorité hybride est nommée régulateur sectoriel des redevances aéroportuaires, seul rôle lui étant à ce jour attribué.

§ 1. Le régime antérieur à la directive : entre contentieux et manque de transparence

La situation antérieure était marquée par un contentieux plus que fourni (I). En effet, en

²¹ Aut. conc., avis n°16-1-10 du 3 mai 2016 concernant un projet de décret relatif aux redevances aéroportuaires.

²² Décret n°2016-825 du 23 juin 2016 relatif aux redevances aéroportuaires et modifiant le code de l'aviation civile, JORF n°0146 du 24 juin 2016.

l'absence de régulation indépendante, les exploitants d'aéroports tendaient à imposer des redevances trop élevées aux compagnies aériennes, déjà mises en difficulté avec l'apparition des compagnies Low Cost (II). Le système de contrôle, basé sur une double homologation des redevances, apparaît aujourd'hui bien désuet (III). Il était de plus entaché, comme le relevaient les compagnies aériennes, de sérieuses questions quant à un éventuel conflit d'intérêts.

I. Un contentieux « abondant et délicat » depuis 1958, accompagnant l'évolution du statut des aéroports

Depuis l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 21 novembre 1958²³, *Syndicat national des transporteurs aériens*, les redevances aéroportuaires sont au centre d'un important contentieux. Des jurisprudences jalonnent la deuxième partie du XXe siècle ainsi que la première décennie du XXIe : on notera par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat *Syndicat national des transporteurs aériens* de 1988²⁴, un autre arrêt *SCARA* de 1999²⁵ et un avis contentieux du Conseil d'Etat en 2001²⁶. Dans cet avis, le Conseil d'Etat répond à une demande du Tribunal administratif de Rouen concernant l'éventuel caractère rétroactif de la loi n°98-1171 du 18 décembre 1998²⁷, dont l'application entraînerait des conséquences sur le montant des redevances aéroportuaires dans le cas d'espèce. Cette liste d'affaires, loin d'être exhaustive, est selon Emmanuel Glaser bien souvent marquée par l'annulation des redevances en question, dont le montant est jugé excessif, c'est-à-dire ne répondant pas à la définition d'une redevance telle qu'elle a été donnée dans l'arrêt d'Assemblée *Syndicat national des transporteurs aériens* de 1958. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat définit une redevance comme l'ensemble des sommes demandées à des usagers d'un service public donné en « vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public et qui trouvent leur contrepartie directe dans des prestations fournies par

²³ CE, Ass., 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens* n°30791, Leb. p. 573.

²⁴ CE, 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, n°72862 Leb. p. 375.

²⁵ CE, 1^{er} décembre 1999, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes (CAA)*, n°194748 Leb., RDI 2000, note L. Vallée.

²⁶ CE, avis 8 / 3 SSR du 16 février 2001, n°226155.

²⁷ Loi n°98-1171 du 18 décembre 1998 relative à l'organisation de certains services du transport aérien, JORF n°297 du 23/12/98.

le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage²⁸ ». Le Conseil d'Etat rappelle ici les exigences déjà connues de service rendu et de proportionnalité du prix proposé. Or, bien souvent, les compagnies aériennes ont le sentiment que le calcul du montant des redevances est faussé et aboutit au paiement d'un impôt, dont la définition est différente²⁹, et non d'une redevance, qui doit tenir compte d'un rapport d'équivalence entre service rendu et prix. Toutefois, cette conception stricte des redevances a été revue en 2007. En effet, dans son arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007³⁰, le Conseil d'Etat considère qu'une « redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service ». Ce disant, le Conseil d'Etat permet via le terme « essentiellement » un assouplissement. La redevance peut ainsi trouver sa contrepartie dans la valeur économique du service dont profite le bénéficiaire. En l'espèce, plus que le coût de la contrepartie du service médical, les honoraires perçus pour l'exercice d'activités médicales libérales sont pris en compte. Dans un autre domaine, plus proche du secteur aéroportuaire, la solution a été confirmée : la redevance peut être calculée en proportion du chiffre d'affaires de l'exploitant d'un aéroport³¹. Le Conseil constitutionnel a de son côté validé cette appréciation, avant même le revirement du juge administratif³². Par conséquent, le calcul des redevances, plus souple, devrait permettre un consensus facilité. Il n'en est rien : Emmanuel Glaser³³, en 2015, évoque ainsi un « contentieux abondant et délicat ». Le problème s'étend en effet sur plus de cinquante ans de manière plus ou moins identique ; et, malgré les tentatives d'encadrement au niveau européen avant 2009, par exemple via l'encadrement des redevances concernant les personnes handicapées³⁴ afin d'éviter que les gestionnaires fassent peser dans cette redevance des coûts autres que ceux en lien avec le service apporté aux personnes handicapées, les montants des redevances aéroportuaires n'ont eu de cesse de grimper, notamment au sein des aéroports de Paris. Cet aéroport a d'ailleurs changé de forme juridique, passant d'un établissement public

²⁸ CE, Ass, 21 novembre 1958, préc.

²⁹ L'impôt ne peut, par exemple, être affecté. V. J.P. Camby, « Les impositions de toute nature : une catégorie sans critère ? », AJDA, 1991, p. 339.

³⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007 *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, n° 293229.

³¹ CE, 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des îles*, n° 309499.

³² Cons. Const, décision 2005-513, du 14 avril 2005.

³³ E. Glaser, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA, 2015, p.1840.

³⁴ Règlement (CE) n°1107/2006 du 05 juillet 2006, du Parlement européen et du Conseil concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens, JOCE L204 du 26 juillet 2006, p. 1-9.

industriel et commercial à une société anonyme (SA), détenue majoritairement par l'Etat, démontrant ainsi, selon Sébastien Martin, le passage de ces aéroports à une activité plus commerciale qu'auparavant : le montant des redevances accompagne ainsi cette tendance³⁵. Cette évolution confirme l'analyse de Damien Botteghi : les petits aéroports restent dans une logique de service public. Les « grands » entrent eux depuis 2005 dans une logique de « rentabilité »³⁶. La gestion privée de ces SPIC aurait des effets sur le montant des redevances.

Les compagnies aériennes ont reporté la hausse du prix de redevances sur le coût du billet, mais la tension a franchi un palier avec l'apparition de compagnies low-cost, capables d'optimiser les coûts liés aux redevances aéroportuaires et bénéficiant, dans certains aéroports, de régimes juridiques avantageux au gré des accords passés avec les Etats, par exemple l'aéroport de Strasbourg avec la compagnie Ryanair³⁷.

II. Le renforcement des débats avec l'introduction du « *Low Cost* » : l'affaire Air France contre l'aéroport Marseille-Provence

Avec l'apparition des compagnies *Low Cost* (déjà spécialistes de la réduction du coût des redevances en écourtant les temps de rotation, par exemple), les redevances sont devenues une manière pour les exploitants d'aéroport d'attirer ces dernières, en modulant le prix des redevances pour les nouvelles entrantes sur le marché. La redevance devient donc un outil commercial, un avantage comparatif utilisable pour attirer le consommateur (ici les compagnies, et par extension les voyageurs). Cet argumentaire est recevable d'un point de vue économique : l'aéroport Marseille-Provence, en perte de vitesse, face notamment à la ligne TGV reliant Marseille à Paris, a ainsi tenté de relancer son activité en attirant des compagnies *Low Cost* via un montant de redevances moindre. Les compagnies traditionnelles, à l'instar d'Air France ou de Britair, se sont donc attaquées à ces mesures qu'elles estiment de nature à fausser la concurrence et qu'elles qualifient d'aides d'Etat. L'aéroport Marseille-Provence a

³⁵ S. Martin, « La légalité des redevances aéroportuaires : entre règles européennes et nationales », *Revue de droit des transports*, n°12, Décembre 2011, comm 201.

³⁶ D. Botteghi, « Aéroport Marseille Provence : la guerre des terminaux », *RJEP*, n°690, octobre 2011, comm 42, p.10.

³⁷ J. Philippe, *Concurrence et aéroports*, 09 janvier 2014, intervention au Séminaire Philippe Nasse, Freshfields Bruckhaus Deringer, p.42.

crystallisé les débats autour du *Low Cost* tant les recours ont été nombreux, montrant ainsi les limites évidentes du système français de régulation des redevances.

Les décisions sont nombreuses au sujet de l'aéroport Marseille-Provence. On peut noter l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mai 2008³⁸ ou celui du 26 décembre 2008³⁹, l'ordonnance de référé du 28 juillet 2009⁴⁰, ou enfin l'arrêt du 26 juillet 2011⁴¹. Les redevances aéroportuaires de l'aéroport Marseille-Provence ont ainsi été annulées trois fois, et sont vues par la doctrine spécialisée comme « maudites ⁴² ». Avec la décision de 2011, le juge se situe sur le terrain du droit des aides d'Etats, interdites à l'article 107 § 1 TFUE, et ainsi dans la continuité de l'ordonnance du juge des référés de juillet 2009 qui énonçait que les redevances créaient une distorsion de concurrence à l'égard des compagnies de l'aérogare MP1, et ce bien que les services proposés ne soient pas les mêmes. Le Conseil d'Etat, au travers de ces solutions, montre que la différence de prestations ne justifiait pas un tel écart de prix, constituant alors des aides.

Le conflit opposant la société Air France à l'aéroport Marseille-Provence s'est apaisé avec la décision d'Air France de se lancer sur le marché de l'aviation bon marché via sa compagnie « Hop ! », au départ notamment de l'aéroport en question, si l'on en croit la décision de la compagnie aérienne de se désister partiellement de l'affaire en cours⁴³. Toutefois, le renouvellement de ces affaires semble montrer l'incapacité du système antérieur à la directive de réguler efficacement le montant des redevances aéroportuaires. La difficulté et les débats résultant de l'introduction du *Low Cost* en France permettent, en partie, de montrer les limites du système de double homologation.

III. Un système antérieur contestable, basé sur une double homologation

Comme évoqué auparavant, le système aéroportuaire français a connu un grand changement

³⁸ CE, 7 mai 2008, *Société Air France*, n°294213, annulant le montant des redevances passagers pour l'aérogare MP2.

³⁹ CE, 26 décembre 2008, *Société Air France*, n°312426, annulant le montant des redevances passagers pour l'aérogare MP2, par manque de justification du tarif de la part du gestionnaire, mais également pour l'aérogare MP1 pour cause de la pratique de la caisse unique.

⁴⁰ CE, 28 juillet 2009, *Société Air France*, n°329819.

⁴¹ CE, 26 juillet 2011, *Société Air France*, n°329818 et 350540.

⁴² E. Glaser, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA, 2011, p.1880.

⁴³ D. Boghetti, *prec.*, p.6

en 2004 et 2005. En effet, à travers la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales⁴⁴, le législateur a confié la propriété des aéroports d'Etat de petites tailles aux collectivités territoriales, et a complété ce dispositif un an plus tard avec la loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports⁴⁵, qui transforma les plus grands aéroports en sociétés commerciales. De plus, la logique de calcul des recettes des aéroports dans la détermination des redevances est passée d'un système de caisse unique⁴⁶ à un système de caisse aménagée, qui est en fait un passage à la caisse double. Ces évolutions ont conduit à des aménagements dans le calcul des redevances aéroportuaires. Concernant les plus petits aéroports, leur gestion et leurs redevances ne faisaient pas l'objet d'un contrôle centralisé, étant donné qu'ils étaient au cœur d'un mécanisme de décentralisation. On peut donc penser que cela entre dans une logique de libre administration des collectivités territoriales.

Concernant les aéroports transformés en sociétés commerciales, la logique est différente. Le système, depuis 2005, se veut plus consultatif, en suivant la méthode du *price cap*⁴⁷ : on impose au gestionnaire un niveau maximal de recettes tirées des redevances aéroportuaires, afin de l'inciter à gagner en productivité et à réduire ses coûts, ce qui lui permettrait de maximiser ses recettes. Cette formule a néanmoins un défaut majeur puisque le gestionnaire peut être tenté de diminuer la qualité des prestations au lieu d'augmenter sa productivité. L'autre système *-cost plus*⁴⁸ - a été jugé désincitatif en ce qu'il consiste à fixer dès le départ un prix qui couvrira l'ensemble des coûts, permettant ainsi de contrôler l'adéquation entre le prix de la redevance et le service rendu.

Comme le notait l'Autorité de la concurrence en 2010⁴⁹, le législateur a hésité en 2005 à créer une autorité indépendante. Il a toutefois effectué un choix différent.

⁴⁴ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF n° 190 du 17 août 2004, p. 14545.

⁴⁵ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, relative aux aéroports, JORF n°93 p. 6969.

⁴⁶ Dans un système de caisse unique, toutes les recettes de l'aéroport, qu'elles soient aéronautiques ou non, sont intégrées dans le calcul. Le système de caisse double permet de séparer les deux activités et ainsi de mieux vérifier la concordance des redevances avec le service rendu.

⁴⁷ Système de plafond de prix. Voir A. Perrot, « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions de la régulation économique », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, M-A Frison-Roche (dir.), Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2006, p.154.

⁴⁸ « Régulation par le coût du service », *Idem*.

⁴⁹ Aut. conc., avis 10-A-04 du 22 février 2010, relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français, p. 27.

Tout d'abord, au travers de deux commissions consultatives : la commission consultative aéroportuaire (CoCoAéro) composée de membres qualifiés et indépendants nommés en partie par les présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat, et les commissions consultatives économiques (CoCoEco) existant pour chaque aéroports et composées des compagnies aériennes, des organisations professionnelles ainsi que des exploitants de l'aéroport. La première commission rendait un avis sur la proposition de contrat annuel de régulation tandis que les commissions locales débattaient des prix. Néanmoins, leurs avis n'étaient pas liants, et, à l'exemple du cas des aéroports de Paris, ils n'étaient pas toujours suivis⁵⁰. Après le passage devant ces commissions, les projets de contrats devaient être doublement homologués : tout d'abord, par la Direction générale de l'aviation civile (DGAC) tacitement ou explicitement, puis par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Malgré cette précaution, le dispositif, basé sur la double homologation finale en tant que caution d'indépendance, manquait cruellement de cette dernière qualité, mais aussi de transparence. La nomination des membres qualifiés et indépendants de la CoCoAéro n'empêchait pas vraiment les conflits d'intérêts⁵¹ étant donné que le rôle de cette commission n'était que consultatif. De plus, le manque de transparence a poussé les compagnies aériennes à saisir le Conseil d'Etat⁵², en contestant le manque de transparence du processus et les tarifs fixés ; la haute juridiction administrative n'avait toutefois pas vocation à remplacer une autorité indépendante de régulation. Enfin, le rôle de l'Etat, entre actionnaire et régulateur, ne participait pas à donner une grande cohérence et/ou crédibilité à ce système.

Selon l'Autorité de la concurrence, les « autorités de tutelle françaises » évoquaient en 2010, en pleine préparation de la transposition de la directive n°2009/12/CE, la possibilité de pérenniser ce système de double homologation par la DGAC et la DGCCRF, ce qui faisait, dès lors, douter l'Autorité quant à la pertinence et à la viabilité d'un tel système⁵³.

La transposition initiale par le décret n°2011-1965⁵⁴ du 23 décembre 2011⁵⁵ intervient donc

⁵⁰ P. Venayre, « L'évolution du secteur aéroportuaire français renforce la nécessité de régulation », Revue Lamy de la concurrence, vol. 23, avril-juin 2010, pp. 27-30.

⁵¹ Avis n° 10-1-04, préc., p. 28.

⁵² *Ibid.*, p.29

⁵³ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁴ Décret n° 2011-1965 du 23 décembre 2011 modifiant certaines dispositions relatives aux redevances pour

dans un contexte difficile : les transporteurs s'estimaient lésés par des tarifs trop élevés, parfois au cas par cas (différences de prix importantes entre compagnies sur le marché des transporteurs aériens) dans le cadre du débat concernant les compagnies *Low Cost*, mais aussi par un processus de régulation manquant de transparence. Le décret se devait donc de rassurer les transporteurs aériens tout en favorisant la concurrence dans l'intérêt du consommateur⁵⁶. Le changement de statut des aéroports et donc parfois le nouveau sens (moins un mode de financement qu'un élément permettant d'effectuer une discrimination entre compagnies tout en maximisant le profit de l'exploitant) donné aux redevances, dans un contexte de concurrence toujours plus compliqué (interne, mais aussi intermodal) nécessitaient et expliquaient, selon Michel Bazex et Sophie Blazy le recours « de plus en plus fréquent à des régulateurs indépendants⁵⁷ », et ce, dès 2009. Toutefois, ce ne fut pas le choix du législateur français dès 2011.

§ 2. La transposition initiale de la directive

Une première transposition est assurée en France en 2011. Le système mis en place sera toutefois rapidement censuré par le Conseil d'Etat en 2015⁵⁸ (I) en raison du manque d'indépendance de la DGAC, désignée comme autorité de supervision indépendante par la France. Cette notion d'indépendance revêt un caractère central dans la jurisprudence européenne antérieure, et s'affirme comme l'un des éléments clés d'une régulation assurée de manière effective (II), soulevant parfois des préoccupations d'ordre démocratique.

I. Un système censuré par le Conseil d'Etat

La directive n°2009/12/CE a été transposée en droit français par le décret n°2011-1965 du 23

services rendus sur les aéroports, JORF n° 0299 du 27 décembre 2011, p. 22350.

⁵⁵ La date limite de transposition était fixée au 15 mars 2011.

⁵⁶ L. Gard, « Enfin la directive « redevances aéroportuaires », Revue de Droit des Transports n°5, mai 2009, comm 107.

⁵⁷ M. Bazex et S. Blazy, « La modulation des redevances aéroportuaires à l'aune de la nouvelle approche de la notion de redevances pour services rendus », Droit Administratif, n°3, mars 2009.

⁵⁸ CE, 29 avril 2015, *Syndicat des Compagnies Aériennes Autonomes*, n°379574, Leb.

décembre 2011. Celui-ci désignait la DGAC comme autorité de supervision indépendante (A). Néanmoins, le Conseil d'Etat considère, dans son arrêt *SCARA* du 29 avril 2015, que le système mis en place en 2011 n'est pas conforme à la directive européenne et doit donc être reconstruit : le juge administratif pointe le manque d'indépendance de l'autorité (B), solution attendue tant la transposition française semblait bancaire.

A. La désignation d'un organe de l'administration de l'aviation civile en tant qu'autorité de supervision

Lors de la première transposition de la directive, le Gouvernement a choisi de s'inscrire dans la continuité en fondant la régulation des redevances aéroportuaires sur un régime d'homologation. En application du décret du 23 décembre 2011, c'est à la DTA, au sein de la DGAC, qu'il appartenait d'homologuer les montants des redevances aéroportuaires. Avec ce régime, la France confirmait ainsi l'observation de la Commission européenne : « le modèle le plus courant, choisi par une grande majorité des Etats membres, consiste à confier les missions d'autorité de supervision aux administrations de l'aviation existantes⁵⁹ ». Il n'y a pas de création d'une indépendance *ex-nihilo*, et c'est bien à l'Etat qu'échoit la régulation du secteur. Il existait néanmoins des nouveautés vis à vis de l'état antérieur du droit. Ainsi, la DGCCRF était écartée du processus afin d'éviter une ingérence du Ministère de l'Economie, dès lors que dépendait de lui l'Agence des participations de l'Etat (APE), chargée de la gestion de la participation de l'Etat dans le capital d'ADP et d'Air France⁶⁰. En écartant le Ministère de l'Economie, le Gouvernement pensait avoir exclu tout risque d'ingérence potentielle et ainsi avoir assuré l'indépendance de la toute récente autorité de supervision.

Toutefois, le système français ne suivait pas la directive européenne : les aéroports soumis à ce régime ne l'étaient pas en fonction du volume de passagers annuels comme le demandait la directive dès son article 2, mais en fonction du propriétaire⁶¹. En effet, seuls les aéroports détenus par l'Etat ou par ADP étaient soumis à ce régime. Si cela concernait à l'époque l'ensemble des aéroports avec plus de cinq millions de passagers annuels, le système ne

⁵⁹ Comm. UE, rapport COM (2014) 278 du 19 mai 2014 concernant l'application de la directive sur les redevances aéroportuaires, p.10.

⁶⁰ B. Maillard, « Aéroports : la création d'une autorité de supervision indépendante et l'évolution du cadre d'homologation des redevances aéroportuaires », *Energie-Environnement-Infrastructures* n°10, octobre 2016, comm. 72.

⁶¹ *Ibid.*

proposait aucune solution pour des aéroports qui n'étaient ni la propriété de l'Etat ni celle d'ADP, situation qui pourrait exister dans le futur. La transposition n'était pas adaptée à une évolution future du droit, et l'état actuel du droit permet désormais de pallier cette lacune, puisque tout aéroport de plus de cinq millions de passagers annuels est soumis à au pouvoir d'homologation tarifaire de l'ASI, qu'il soit propriété de l'Etat, d'ADP ou du secteur privé.

Dans ses conclusions dans l'affaire *SCARA*, la rapporteure publique, Mme Béatrice Bourgeois-Machureau, considérait que la DTA en tant qu'ASI était à même de présenter des garanties d'indépendances. En effet, la DTA est strictement séparée de l'APE et ces deux organes n'ont a priori pas de communications ou de risques de conflits d'intérêts. Toutefois, ce ne fut pas la position du Conseil d'Etat qui censura la transposition initiale de la directive.

B. La censure du Conseil d'Etat pour manque d'indépendance

Ce système fut rapidement remis en cause. Sous l'impulsion du Syndicat des compagnies aériennes autonomes (*SCARA*), le Conseil d'Etat a été saisi. L'indépendance de la Direction du transport aérien était questionnée. Le raisonnement du Conseil d'Etat s'articule en plusieurs temps. Tout d'abord, il affirme que la directive n°2009/12/CE laisse le choix aux Etats concernant la forme juridique de l'ASI ; celle-ci peut en effet, comme c'est le cas de la DTA, être un organe d'Etat. Ainsi, la nature juridique du régulateur sectoriel n'est pas remise en cause par le juge. Toutefois, le Conseil d'Etat considère que si l'ASI fait partie d'un ministère, et que l'Etat conserve des participations dans les compagnies et/ou dans les aéroports, alors des garanties doivent être apportées. Il est par exemple nécessaire de prouver que l'autorité est indépendante mais aussi qu'elle n'est pas chargée des fonctions liées au contrôle des participations de l'Etat dans les aéroports et les compagnies en question.

Toutefois, le Conseil d'Etat juge que la DTA ne satisfait pas à l'exigence d'indépendance imposée par la directive. En effet, la Haute juridiction rappelle que l'Etat participe au capital d'une compagnie aérienne (*Air France-KLM*) ainsi que de plusieurs sociétés gestionnaires d'aéroports, tout en étant propriétaire d'aéroports importants. Dès lors, nommer comme autorité indépendante un organe du Ministère des Transports ne semble pas répondre aux

objectifs de la directive n°2009/12/CE. Les preuves d'indépendance apportées par le ministère n'ont pas été retenues. Comme le note Emmanuel Glaser⁶², les textes relatifs à la DTA dans un premier lieu n'ont pas été modifiés avec la désignation de cet organe en tant qu'ASI. L'évolution des rôles de la DTA n'a pas été accompagnée par un changement dans son statut, confinant cet organe à l'intérieur du ministère, là où des assurances complémentaires étaient nécessaires et attendues. Le décret de transposition est par la suite annulé, obligeant le Gouvernement à trouver une autre solution pour la régulation des redevances aéroportuaires, dont il sera question ci-dessous.

Il semble très important d'insister sur l'exigence d'indépendance de l'autorité de régulation, qui a conduit le Conseil d'Etat à juger non conforme la transposition française. En effet, cette notion est au cœur des travaux sur la régulation. L'indépendance est la pierre angulaire d'une régulation effective en ce qu'elle assure, de pair avec l'impartialité⁶³, une certaine légitimité à l'autorité de régulation. *In fine*, elle est vue comme une garantie d'un marché justement régulé : cela explique pourquoi, dans l'affaire évoquée, le syndicat des compagnies aériennes autonome y est si attaché.

II. L'indépendance du régulateur gage d'un marché concurrentiel non faussé

Cette exigence d'indépendance de l'autorité de régulation est largement reprise par le droit de l'Union, tant par la jurisprudence que dans les textes de droit dérivé (A), mais également par la doctrine, qui a fait de cette notion un élément incontournable de la régulation sectorielle (B).

A. L'influence originelle du droit de l'Union : l'interprétation libérale par la jurisprudence du droit de l'Union européenne

La question de l'indépendance des autorités de régulation est une problématique qui accompagne la libéralisation des anciens monopoles publics. Le secteur aéroportuaire est désormais concerné. Comme le relève la Commission européenne dans un rapport au

⁶² E. Glaser, *op.cit.*, p.1840.

⁶³ G. Eckert et J.-P. Kovar, « Introduction », RFAP, 2012/3 (n°143), pp. 621-628, p. 623.

Parlement européen, il existe un sentiment diffus dans les différents Etats membres : les diverses ASI manquent d'indépendance, alors même que ladite indépendance a, aux yeux de la Commission, une « importance cruciale »⁶⁴. Toutefois, ce secteur n'est qu'un exemple parmi tant d'autres de la « tension permanente »⁶⁵ qui existe entre Etats et Union européenne quant au principe de séparation régulateur-opérateur. Cette tension commence dans la période de la « pré-libéralisation » des secteurs, période dans laquelle, conformément aux volontés de la Commission mais également de la Cour de justice, le cumul par une entité publique de l'exploitation et de la régulation d'un secteur n'est plus toléré⁶⁶. Le but affiché est de permettre une concurrence « plus équitable »⁶⁷ entre les acteurs, contestant les théories du monopole public⁶⁸. Cela se traduit dans le droit dérivé de l'Union européenne. Deux directives notamment mettent en œuvre le principe de séparation entre exploitation et régulation. Tout d'abord, la directive n°88/301/CEE dite « Terminaux »⁶⁹, dans son article 6, impose une différenciation aux Etats : ils doivent assurer que la formalisation des règles et le contrôle de ses dernières en matière de terminaux de télécommunication sont effectués par une « entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou services dans le domaine des télécommunications ». En 1992, la directive n°92/44/CEE du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées reprend également ce principe, dans son considérant 14, en donnant aux autorités réglementaires nationales un « rôle important » dans la fourniture d'un réseau ouvert, en vertu d'un « principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation »⁷⁰. Cette volonté libérale, qui conduit à écarter l'État de la régulation du marché tout en conservant la possibilité d'une participation publique dans l'exploitation, confère aux autorités de régulation une légitimité plus économique (de marché, car efficace) que politique⁷¹. Elle se retrouve

⁶⁴ Comm. UE, *op.cit.*, p. 9.

⁶⁵ H. Delzangles, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », RJEP n°689, août 2011, comm.41, p.2.

⁶⁶ G. Eckert et J.-P. Kovar, *op. cit.*, p. 623.

⁶⁷ Comm. UE, rapport COM (2011)328 du 10 juin 2011 concernant la politique de concurrence, pt 26.

⁶⁸ F. Berrod et A. Wachsmann, « Les critères de justification des monopoles : un premier bilan après l'affaire Corbeau », RTD Eur, 1994 pp. 39-61.

⁶⁹ Directive (Com) n°88/301/CEE du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, JOCE n°L131 du 27/05/88, pp. 0073-0077.

⁷⁰ Directive (Cons) n°92/44/CEE du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, JOCE n°L165 du 16/06/92, pp. 0027-0036, cons. 14.

⁷¹ G. Eckert, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », RFAP, 2012/3 (n°143), pp. 629-643, p.643.

également dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'arrêt fondateur *British Telecom*⁷². Dans cette affaire portant sur les réseaux de télécommunication, *British Telecom* possédait un double pouvoir : le monopole dans les télécommunications ainsi que le pouvoir réglementaire de fixer les tarifs applicables au marché⁷³. Ce monopole légal, institué par le législateur britannique, posait problème en raison des abus potentiels de positions dominantes. Comme le note la Cour dans l'arrêt *France c/ Commission* du 19 mars 1991⁷⁴, cette situation confère un avantage évident sur les concurrents⁷⁵. Cet avantage est donc recherché et combattu de manière presque systématique par le droit de l'Union. La France en fit les frais lors de deux affaires du 27 octobre 1993, *Decoster* et *Taillandier*⁷⁶. Dans ces deux affaires, il s'agissait de ventes de matériels de télécommunications sans homologation préalable. Dans l'affaire *Decoster*, le Tribunal de commerce de Lille avait jugé que cette vente était un délit. Toutefois, la Cour a estimé que « l'autorité chargée en France de formaliser les spécifications techniques et vérifier la conformité des appareils ne présente aucune indépendance par rapport à l'organisme qui gère le réseau public ». Or, du fait précisément de l'article 6 de la directive n°88/301/CEE précitée, cette situation était illégale au vu du droit de l'Union. Plus exactement encore, la Cour juge que « des directions différentes d'une même administration ne sauraient être considérées comme indépendantes l'une de l'autre »⁷⁷. La solution rendue est la même dans l'affaire *Taillandier*.

L'indépendance entre régulation et exploitation d'un secteur s'est imposée comme un principe. La Cour le rappelle encore dans des affaires plus récentes ou dans des secteurs totalement différents de celui des télécoms. Par exemple, dans l'affaire *Seaport*⁷⁸ relative à la création d'une autorité pour évaluer les incidences sur l'environnement de certains plans et programme, la Cour juge que, s'il n'y a pas d'obligation de création d'une autorité (tout comme dans le secteur des redevances aéroportuaires), une séparation fonctionnelle doit être

⁷² CJCE, 20 mars 1985, *Italie c/ Commission*, C-41/83.

⁷³ R. Kovar, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? » RTD Eur, avril-juin, 1996, p. 242.

⁷⁴ CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, C-202/88.

⁷⁵ *Ibid.*, pt 51.

⁷⁶ CJCE, 27 octobre 1993, *Decoster*, C-69/91, Rec. p. I-5383 et CJCE, 27 octobre 1993, *Taillandier*, C-92/91, Rec. p. I-5335.

⁷⁷ CJCE, 27 octobre 1993, *Decoster*, préc., pt 16.,

⁷⁸ CJUE, 20 octobre 2011, *Department of the Environment for Northern Ireland contre Seaport (NI) Ltd et autres*, C-474/10, Rec. 2011 I-10227.

organisée afin d'assurer qu'une autonomie réelle existe, ce qui implique par exemple l'existence de moyens propres⁷⁹. L'existence de moyens propres, que ce soit les ressources financières, le budget ou encore les moyens humains⁸⁰, est indispensable afin d'assurer l'indépendance, c'est à dire l'absence de pression ou d'influence extérieure subie par l'entité⁸¹. Pour le Professeur Gabriel Eckert, la crédibilité d'une autorité et son efficacité dépendent en partie de son indépendance⁸² : l'insistance du droit de l'Union sur cette condition est donc justifiée. Toutefois, si l'indépendance d'une autorité de régulation s'entend aisément d'un point de vue libéral, elle suscite des questionnements sur son aspect démocratique : un comité d'expert chargé de la régulation d'un secteur n'ayant aucune responsabilité politique/démocratique à assumer n'est pas souhaitable au vu de l'incidence sociale que peut avoir la régulation, parfois considérée comme « une nouvelle fonction de puissance publique aux côtés de la police et du service public »⁸³. Dès lors, la question du contrôle des autorités de régulation ainsi que leur légitimité se pose avec insistance en raison de l'indépendance imposée par le droit de l'Union aux Etats membres les concernant. Le débat et ses incertitudes existent dès lors dans chaque Etat membre⁸⁴.

B. Les problématiques de l'indépendance : un arbitrage entre légitimité politique et efficacité économique ?

Si l'existence d'une autorité de régulation est importante pour s'assurer d'un certain contrôle sur le marché, son indépendance est la condition la plus primordiale pour assurer une concurrence libre et non faussée. Il existe deux conditions à l'indépendance : l'indépendance matérielle et l'indépendance d'esprit des membres⁸⁵, primordiale car fonction de l'indépendance réelle de l'autorité comme l'évoquait très justement la Professeure Martine Lombard : « Beaucoup dépendra de fait des hommes et des femmes qui seront choisis pour

⁷⁹ *Ibid.*, p 16.

⁸⁰ G. Eckert, *op. cit.*, p. 636.

⁸¹ *Ibid.*, p.632.

⁸² *Ibid.*, p.631

⁸³ G. Marcou, « La notion juridique de régulation », AJDA, 2006, p.344, p. 6.

⁸⁴ Voir par exemple pour l'Italie : F. Martucci, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », RFAP, 2012/3 (n°143), pp. 723-734.

⁸⁵ J. Mézard, *Un Etat dans l'Etat : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Rapport fait au nom de la commission d'enquête, n°126 du 28 octobre 2015, p. 34.

incarner l'indépendance dont le Législateur a entendu doter ces institutions⁸⁶ ». Cette indépendance doit exister vis-à-vis tant de l'Exécutif⁸⁷ que des opérateurs du secteur régulé (notamment de l'opérateur historique), afin d'éviter tout risque de capture⁸⁸. Toutefois, les autorités de régulation sont des entités de droit public et n'ont pas la compétence de leur compétence⁸⁹ : elles sont instituées par le législateur et pourraient en toute hypothèse être dissoute par ce dernier. Les autorités de régulation sont issues de la politique du Gouvernement, qui lui est responsable devant le Parlement. En effet, ces autorités n'existent que par la délégation de certaines de ses compétences dans le champ économique. Depuis la réforme de 2017, le pouvoir législatif est le seul à pouvoir créer une AAI (là où le pouvoir réglementaire possédait également le pouvoir de le faire auparavant, posant une question de légitimité) ; la légitimité de ces dernières provient donc du Parlement qui leur délègue une compétence spécifique. C'est cette délégation qui donne la légitimité à ces autorités. Créées *de facto*, elles n'auraient aucun pouvoir. Ainsi, il pourrait sembler normal que le Gouvernement conserve une marge d'appréciation de la politique menée par les autorités de régulation. En ce sens, l'Assemblée nationale proposait en 2011 d'introduire un commissaire du Gouvernement dans chaque autorité de régulation afin que l'avis du Gouvernement sur les questions économiques en jeu ait une importance. Cette conception fut largement rejetée⁹⁰, mais le problème de fond réside : il ne paraît pas juste démocratiquement qu'une autorité publique ne soit soumise à aucun contrôle politique, ou que le Gouvernement ne puisse défendre sa position au sein de l'autorité (une relation de coopération étant souhaitable et nécessaire), selon la fonction que l'on attribuerait à ce commissaire du Gouvernement. En effet, la nécessité de l'indépendance ne signifie pas et ne justifie pas l'absence de contrôle⁹¹. Ce contrôle est toutefois difficile à organiser, entre pression européenne et demandes d'autonomie issues des autorités en question. Ces deux exigences antinomiques sont ainsi au cœur du paradoxe des autorités de régulation : elles doivent être placées sous une autorité

⁸⁶ M. Lombard, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2013, p. 531.

⁸⁷ G. Eckert, *op. cit.*, p. 630.

⁸⁸ G. Dezobry, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », RFAP 2012/3 (n° 143), pp. 645-654, p. 649.

⁸⁹ H. Delzangles, *op. cit.*, p. 1.

⁹⁰ G. Eckert, *op. cit.*, p. 630.

⁹¹ *Ibid.*, p. 640.

publique, afin de ne pas devenir une « aristocratie administrative⁹² » tout en offrant des garanties d'indépendance et d'impartialité⁹³. Ce paradoxe participe à instaurer un climat de méfiance entre l'exécutif et les autorités de régulation. Pour la Professeure Marie-Anne Frison-Roche, « le pouvoir politique ne sait plus s'il doit avoir confiance dans les Régulateurs, et notamment leur donner l'autonomie juridique ou non⁹⁴ ». Une autre problématique, évoquée auparavant, se pose également : celle de la responsabilité du régulateur⁹⁵. Si sa responsabilité est liée à celle de l'Etat, alors son indépendance est mise à mal.

Repenser le système semble donc nécessaire. Il est possible par exemple de considérer que la transparence est une vertu au moins aussi importante que l'indépendance afin d'assurer la légitimité de l'autorité sectorielle. Cette transparence doit refléter un dialogue entre autorités publiques, autorité de régulation et régulés⁹⁶, se faisant au profit, ou tout du moins dans l'intérêt du consommateur (que l'on peut considérer comme l'un des buts de la politique de concurrence qu'elle soit nationale ou communautaire). C'est cette exigence de transparence, mêlée à l'idée anglaise d'*accountability* qui peut expliquer la demande dès 2006 de rapports d'activités annuels⁹⁷, encadrés par le législateur, que les autorités administratives indépendantes seraient dans l'obligation de présenter devant le Parlement, qui fait office de contrôle populaire du fait de son rôle de représentation.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 29 avril 2015 se base donc sur une notion centrale et source de nombreux débats concernant les autorités indépendantes administratives. En soulignant le manque d'indépendance de l'autorité de supervision issue de la transposition de la directive européenne, la juridiction administrative renvoie à un débat très fourni quant à la place et au rôle d'une autorité de régulation. L'annulation du décret est une représentation du paradoxe entre le contrôle d'une part et la volonté d'efficacité économique d'autre part, inhérent aux

⁹² G. Eckert et J.P. Kovar, *op.cit.*, p. 625.

⁹³ G. Marcou, *op.cit.*, p. 5.

⁹⁴ M.-A. Frison-Roche, « Régulation versus concurrence », *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphanie Payet*, 2012, pp.171-185, p. 175.

⁹⁵ M.-A. Frison-Roche, « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in *Responsabilité et régulation économique*. 1st ed. Paris : Presses de Sciences Po, 2007, pp. 55-70, p. 59.

⁹⁶ G. Eckert et J.-P. Kovar, *op.cit.*, p. 626.

⁹⁷ P. Gélard, *Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes*, fait au nom de la commission des lois, 2014, p. 23.

autorités de régulation.

§ 3. La création d'une nouvelle autorité : la solution au problème ?

La création d'une nouvelle autorité de supervision indépendante découle de la décision du Conseil d'Etat. Du fait de l'annulation du décret du 23 décembre 2011, le Gouvernement s'est trouvé dans l'obligation de trouver une nouvelle solution pour la régulation des redevances aéroportuaires. Les débats ont été nombreux quant aux choix possibles (I). Après le refus d'une autorité de supervision intégrée à un ministère, le choix est fait de créer une autorité à statut hybride (II), sans la personnalité morale mais avec des prérogatives dignes de certaines autorités administratives indépendantes. Nommée très sobrement "ASI", cette autorité créée courant 2016 n'est pas sans défauts et des questionnements autour de sa vocation à durer peuvent se poser. A l'inverse, il est possible de voir dans cette entité un modèle adapté à la régulation du secteur (III).

I. Les débats et recommandations antérieurs

La nouvelle autorité de supervision indépendante est créée en juin 2016. Elle prend donc place plus d'un an après l'arrêt *SCARA* du Conseil d'Etat, qui avait enjoint au Premier ministre de mettre le droit français en conformité avec les obligations européennes dans un délais de huit mois. Déjà en retard pour la transposition de la directive en 2011, l'Etat français se signale par un délai important dans la création de l'autorité de supervision.

Parmi les avis importants, on retrouve celui de l'Autorité de la concurrence. Saisie par le Gouvernement à titre consultatif à propos de la création de l'actuelle ASI, l'Autorité a rendu son avis en mai 2016. Dans cet avis, l'Autorité de la concurrence propose plusieurs modifications au projet de décret. Dans la version initiale du texte, l'ASI est issue du Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable (CGEDD), organe rattaché au Ministère de l'écologie, dont fait partie la politique des transports. Elle n'avait pas de moyens et de ressources propres. L'Autorité de la concurrence estime que l'existence de moyens

humains et de ressources propres est un prérequis pour que l'Autorité exerce ses attributions de manière autonome⁹⁸. De plus, le mandat des membres de l'Autorité doit être irrévocable et n'être renouvelable qu'une seule fois. Le but est d'éviter toute pression de l'administration ou du secteur privé sur les membres de l'Autorité. Enfin, pour prévenir les conflits d'intérêts, l'Autorité de la concurrence est d'avis qu'un membre ne devrait pas avoir travaillé, dans les trois ans précédant sa nomination dans l'ASI, au sein d'entreprises du secteur aéroportuaire (aéroports, compagnies aériennes...). Cette mesure vise à lutter contre la perméabilité du personnel entre opérateurs régulés et régulateurs, inévitable du fait des rapports permanents entre acteurs⁹⁹. La doctrine, notant encore une fois la difficulté de concilier impartialité et efficacité, considérait toutefois qu'il ne fallait imposer de limites excessives au recrutement du personnel de l'Autorité afin de ne pas exclure du champ des possibles nommés des personnes compétentes¹⁰⁰. Les propositions de l'Autorité de la concurrence seront pour la plupart suivies par le pouvoir réglementaire. Toutefois, des incohérences ou des insuffisances restent présentes dans l'ASI créée en juin 2016.

II. Une autorité hybride, à mi-chemin entre administration et autorité administrative indépendante : l'autorité de supervision indépendante.

L'Autorité de supervision indépendante des redevances aéroportuaires comporte cinq membres, nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois. Ces membres sont choisis, pour trois d'entre eux, au sein du CGEDD, et pour les deux autres, parmi les spécialistes du secteur. Ils sont nommés par le ministre de l'Ecologie. La présidente actuelle de l'Autorité est issue du CGEDD¹⁰¹. Les membres ne sont pas révocables sauf pour un nombre limité de motifs (à leur demande, pour cause d'empêchement permanent, en cas de cessation de la qualité de membre du CGEDD, ou pour conflits d'intérêts). Ils ont par ailleurs des obligations déontologiques, visant à assurer tant leur indépendance que leur impartialité. L'Autorité est rattachée au CGEDD, mais la condition d'indépendance imposée par la

⁹⁸ Aut. conc., préc., p. 9.

⁹⁹ G. Dezobry, *op.cit.*

¹⁰⁰ B. Maillard, *op. cit.*

¹⁰¹ Arrêté du 24 juin 2016 portant nomination des membres de l'Autorité de supervision des redevances aéroportuaires, MLHD n°2016/12 du 10 juillet 2016, p. 69.

directive européenne est satisfaite selon l'Autorité de concurrence¹⁰². Elle dispose par exemple de moyens propres et d'un personnel indépendant. L'ASI reste toutefois très attachée au Gouvernement puisqu'elle ne peut se saisir de projets de contrat de régulation pour les aéroports de plus petite taille ; un pouvoir d'auto-saisine aurait été souhaitable.

Le statut de l'autorité ne semble pas clair. En effet, si les moyens matériels propres ainsi que la présence d'un personnel indépendant reprennent des caractéristiques d'autorité administrative indépendante, l'Autorité n'est pas une AAI ni une API. Dès lors, pourquoi recréer les conditions d'une AAI sans en créer une¹⁰³ ? Le Gouvernement semble avoir fait le choix d'une forme hybride. Benjamin Maillard évoque même une « forme nouvelle, à mi-chemin entre Administration et AAI »¹⁰⁴.

III. Les nouvelles garanties de l'ASI : un modèle adapté ou une simple transition ?

Dans son état actuel, le régulateur des redevances aéroportuaires est inédit. Son statut juridique mixte en fait une curiosité juridique. L'Autorité de la concurrence semblait, à l'aube de la création de l'ASI, émettre de sérieux doutes quant à longévité potentielle de l'ASI. Le doute sur l'indépendance de l'ASI est atténué par les améliorations du projet de décret, en raison de la création d'un organe dédié à cette mission précise, mais aussi son indépendance fonctionnelle ou encore le statut des membres. Toutefois, le doute n'a pas disparu. Cette transposition semble être faite à moitié. On retrouve ici une certaine méfiance du Gouvernement refusant de donner la personnalité morale à l'ASI, tout en lui garantissant une certaine solidité juridique pour pouvoir faire face tant aux juridictions nationales qu'européennes¹⁰⁵ en essayant de mettre en place des garanties concernant son indépendance afin de résister à un éventuel contentieux. Ces remarques faites, il ne faut pas considérer la personnalité juridique comme une garantie maximale d'indépendance d'une autorité de régulation¹⁰⁶. De ce fait, mais aussi du fait de l'aspect très récent de l'entité, une certaine réserve est nécessaire.

¹⁰² Aut. conc., *préc.*, p. 9.

¹⁰³ P. A. Blanchet, « Aviation civile : une nouvelle autorité de supervision indépendante pour les redevances aéroportuaires », JCP éd. G, 17 octobre 2016, 1115.

¹⁰⁴ B. Maillard, *op.cit.*

¹⁰⁵ B. Maillard, *Ibid.*

¹⁰⁶ G. Eckert, *op. cit.*, p. 635.

Le caractère ambigu de l'ASI suscite donc des interrogations. On peut tout d'abord estimer que la forme actuelle correspond à la mission dont est chargée l'ASI. Somme toute, le rôle de l'ASI reste précis et assez limité en volume puisque ses attributions sont limitatives. Là où les attributions de régulateurs sectoriels sont plutôt larges (par exemple pour l'ARAFER, qui « accompagne le secteur ferroviaire dans son ouverture progressive à la concurrence »), l'ASI a des missions très précises. Ainsi, elle a deux attributions : homologuer les contrats portant sur les tarifs des redevances aéroportuaires pour les aéroports de plus de cinq millions de passagers annuels et rendre des avis sur les contrats de régulation pour les aéroports de plus petite taille. Compte tenu de cette mission, la création d'une AAI peut ne pas sembler nécessaire. En effet, la création d'une AAI génère des coûts, notamment financiers, qui grandissent dès lors que l'on souhaite assurer de manière certaine son indépendance. Dès lors, la forme de l'ASI pourrait s'avérer cohérente.

Toutefois, un raisonnement tout autre peut également être adopté. L'ASI peut également paraître vouée à disparaître. Ainsi, l'Autorité de la concurrence préconisait de donner compétence à l'ARAFER afin de sécuriser de manière définitive la régulation des redevances. Cela n'incluait pas la création d'une nouvelle autorité, mais seulement l'affectation des membres de l'ASI à l'ARAFER. L'ASI peut dans ce sens être vue comme une transition en vue de créer une nouvelle AAI dans le secteur de l'aviation civile, comme c'est le cas dans d'autres Etats membres, ou encore comme une solution temporaire avant de transférer la compétence de la supervision des redevances aéroportuaires à l'ARAFER dans une conjoncture plus favorable.

Quoi qu'il en soit, le choix français interpelle. Dans un contexte national particulier marqué par un contentieux récurrent portant sur les redevances aéroportuaires, la transposition de la directive n°2009/12/CE ne s'est pas faite sans mal. La transposition effectuée dans un premier temps en France a été jugée non conforme par le Conseil d'Etat, jouant ici son rôle de juge de droit commun du droit de l'Union. L'annulation du décret de transposition a obligé le pouvoir réglementaire à étudier un nouveau système de régulation des redevances aéroportuaires. Le juge administratif s'est appuyé sur un motif particulier aux autorités de régulation : l'indépendance. Cette dernière est vue comme le pilier libéral d'une régulation efficace, et donc la base d'une concurrence libre et non faussée. C'est un enjeu majeur dans la régulation

sectorielle. Elle s'accompagne toutefois d'une controverse en ce que la légitimité politique de la régulation économique doit également être assurée, ce qui pose la question de l'arbitrage à effectuer entre le contrôle des autorités publiques et l'efficacité économique. La création de l'ASI a tenté de répondre à ces problématiques en instaurant une autorité hybride n'ayant pas de personnalité morale mais étant bien dotée de moyens administratifs propres, répondant dès lors aux recommandations ayant accompagné sa création.

En raison de son originalité, l'ASI détonne et le questionnement qui l'accompagne est légitime. Entre comparaison européenne et étude du contexte plus général de la création des autorités administratives indépendantes, il semble nécessaire de discuter tant des choix institutionnels refusés par le législateur que les possibilités d'évolution du modèle institutionnel de la régulation des redevances aéroportuaires en droit français.

Titre II. De la comparaison européenne à un contexte national de rationalisation des autorités administratives indépendantes, le légitime questionnement entourant l'autorité de supervision.

Le choix français pose des questions, en raison des directions diamétralement opposées prises par les autres états membres. Certains choix ressemblent fortement à la transposition effectuée en premier lieu par la France, et sont à cet égard contestables. Les membres de l'Union européenne sont restés dans un cadre relativement stable qui se divise schématiquement en trois types de transposition : les divisions de ministère, transposition la plus incertaine au vu de l'exemple français, les autorités de transports, et finalement le recours à l'autorité nationale de la concurrence (§1). Ces différentes options qui diffèrent toutes de la direction empruntée par la France avec la création de l'ASI, mettent en lumière la spécificité française, qu'il convient d'expliquer en abordant le débat national sur les autorités administratives indépendantes (§2).

§ 1. La comparaison du choix français avec les autres modèles nationaux

Tout d'abord, il est possible d'observer une certaine convergence des Etats membres vers trois solutions répandues évoquées ci-dessus (I). Toutefois, la France n'est pas la seule à avoir un système à première vue contestable ou à questionner : le cas allemand semble susceptible d'être remis en cause tant le système choisi manque, au premier regard, de clarté, tandis que les spécificités du Luxembourg permettent de comprendre le choix effectué par le duché (II). Enfin, d'autres pays, à l'image du Royaume-Uni ou de l'Espagne, ont de leur côté effectué des choix forts dans la régulation des redevances aéroportuaires (III), qui interpellent face à l'apparente frilosité française.

I. Les principaux modèles institutionnels retenus par les Etats membres

L'étude de la transposition de la directive a pu à certains égards être compliquée en raison de la disparité importante d'informations fournie par les Etats membres quant à la transposition et au régime choisi pour la régulation des redevances aéroportuaires. Toutefois, trois solutions sont apparues majoritaires : le choix de confier à un ministère précis (bien souvent le ministère des transports ou de l'aviation) cette mission (A), celui de donner à l'autorité nationale de la concurrence ce rôle de régulateur sectoriel (C), ou encore celui de créer ex-nihilo une autorité dont la mission première est de réguler les redevances aéroportuaires (B).

A. La régulation des redevances aéroportuaires par une entité ministérielle

Ici, deux cas seront considérés : l'hypothèse d'une autorité de l'aviation civile, placée sous le contrôle effectif du ministère des transports, ainsi que l'hypothèse d'un département ministériel chargé de la régulation sectorielle. Il faut rappeler que ces solutions, proches de celle choisie dans un premier temps par la France, ne sont pas nécessairement incompatibles avec la directive n°2009/12/CE dès lors que l'autorité de supervision bénéficie de garanties d'indépendance suffisantes à l'égard du pouvoir exécutif. Le premier choix, celui d'une autorité de l'aviation civile placée sous le contrôle du ministère des transports, concerne dix pays, soit 35 % des Etats membres¹⁰⁷, tandis que le choix de confier la régulation à un département d'un ministère concerne cinq pays, soit 17 % des Etats membres¹⁰⁸. Ces deux solutions permettent de ne pas créer de nouvelles autorités indépendantes. Toutefois, leur validité, à l'exemple du cas français, est parfois discutable : il est probable que la compatibilité du statut de ces régulateurs avec les objectifs de la directive donne lieu à des contentieux.

Ces solutions font une part belle à l'autorité ministérielle. Par exemple, la République Tchèque, reconnaît explicitement un fort pouvoir au ministre des Transports, qui publie chaque année la liste des aéroports concernés par la directive. L'autorité tchèque, qui existait

¹⁰⁷ Soit l'Irlande, la Bulgarie, la Grèce, la Croatie, la Lettonie, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, le Royaume Uni et la Lituanie.

¹⁰⁸ Soit l'Allemagne, la République Tchèque, Chypre, l'Autriche et la Slovaquie.

depuis une loi de 1991¹⁰⁹, a simplement vu ses compétences s'élargir et prendre en compte les exigences de consultations présentes dans la directive de 2009 dans la loi du 25 mai 2011¹¹⁰. Toutefois, afin de respecter les exigences européennes, le département de l'aviation civile, le « CAA »¹¹¹ possède un compte distinct. L'Irlande affirme elle l'importance des redevances aéroportuaires dans la mission de la *Commission for Aviation Regulation*¹¹² qui travaille « sous les auspices du ministère des transports¹¹³ ». Autre exemple, la Grèce affirme « l'indépendance organisationnelle et fonctionnelle » de son autorité, qui opère toutefois sous l'autorité du ministère du transport¹¹⁴ malgré une ancienneté importante¹¹⁵. Les autorités chypriote, lettone et roumaine ne cachent pas leur rattachement à un ministère, ce qui paraît problématique dès lors que leur indépendance n'est pas établie clairement¹¹⁶. Si l'autorité roumaine est dite autonome, la loi du 18 mai 2011¹¹⁷ laisse transparaître l'influence du ministère des Transports. Des inquiétudes existent donc, et sont mises en exergue par la Commission européenne qui exprime des « préoccupations dans le cas des Etats membres détenant une participation publique dans les aéroports, lorsque l'ASI est un ministère ou lorsque le ministère exerce un certain contrôle politique ou administratif sur l'ASI¹¹⁸ ». Ces situations de rattachement à un ministère, très prisées par les Etats membres, sont remises en question. Toutefois, certaines transpositions paraissent plus « solides » que d'autres. On citera ici le cas du Portugal, dont l'« ANAC »¹¹⁹, désignée en 2011 (sous son ancienne dénomination d'INAC, créé en 1998¹²⁰) comme autorité de supervision, compte 190 employés, repose sur le principe du « *senior management* », et semble bel et bien avoir une indépendance affirmée. Si les critiques vis-à-vis de cette forme sont souvent formulées à juste

¹⁰⁹ Loi n° 49/1997 du 28 mars 1997.

¹¹⁰ Loi n°137/2011 du 25 mai 2011.

¹¹¹ <http://www.caa.cz>, [consulté le 03 avril 2017].

¹¹² *Aviation Regulation Act, 2001.*, du 27 septembre 2001.

¹¹³ Texte original : “under the auspices of the Department of Transport”, sur http://www.aviationreg.ie/About_the_Commission_for_Aviation_Regulation/Default.50.html ; [consulté le 05 avril 2017].

¹¹⁴ <http://www.ypa.gr>, [consulté le 03 avril 2017].

¹¹⁵ Autorité dont l'organisation première date de 1931 au travers des actes L.5017/31 et L.5100/31.

¹¹⁶ Ici on pense particulièrement au cas letton, avec la supervision directe du ministre sur le fonctionnement de l'autorité, ou le cas chypriote, avec le lien fort reliant l'autorité et le ministère des travaux

¹¹⁷ Monitorul oficial al României, JO n°346 du 18 mai 2011, pp. 00002-00004.

¹¹⁸ Com (2014)278, *op.cit.*, p.10.

¹¹⁹ <http://www.inac.pt>, [consulté le 04 avril 2017]. Concernant l'ANAC, le changement de nom est effectué par le décret-loi n°40/2015 du 16 mars 2015.

¹²⁰ Décret-loi n°133/98 du 15 mai 1998.

titre, il ne faut toutefois pas oublier que la directive laisse aux Etats membres le choix de la forme de l'autorité de supervision¹²¹, rendant compatible en principe ce type d'autorité de supervision avec les exigences du droit de l'Union européenne.

B. La création *ex nihilo* d'un régulateur sectoriel ou l'attribution à un régulateur trans sectoriel des transports

Un autre choix prisé a été de confier cette régulation des redevances aéroportuaires à un régulateur global des transports. Ce choix a été effectué par huit Etats membres, soit 28 % au total¹²². Il paraît plus à même d'assurer une compatibilité de la transposition nationale avec les objectifs de la directive européenne. Ces régulateurs peuvent être comparés à l'autorité française de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)¹²³. Hormis les cas italiens et slovaques, la plupart des autorités ont une existence antérieure à la directive européenne et les redevances aéroportuaires ont été ajoutées aux compétences de l'autorité déjà existante. En Italie, l'autorité des transports était en cours de création lors de la transposition de la directive, et un décret-loi¹²⁴ est venu attribuer les redevances au cours de la création de l'autorité. Selon le Professeur Francesco Martucci, cette démarche s'inscrit en Italie dans une volonté de cohérence et d'uniformité des politiques concernant les transports¹²⁵ ; cette institutionnalisation est un choix politique fort de l'Italie¹²⁶. Il est en de même en Slovaquie, dont l'autorité devenue active en 2014 après une loi de 2013¹²⁷, a intégré les redevances aéroportuaires dans la nouvelle autorité de transport slovaque, créée à l'occasion d'une réforme profonde de la régulation sectorielle dans le pays¹²⁸. La Hongrie, qui dispose d'une telle autorité depuis 2007, a choisi de lui attribuer des compétences en matière ferroviaire et aéroportuaire¹²⁹. Mais l'exemple danois est le plus frappant. Créée en 2003¹³⁰, elle compte environ 480 employés et gère un budget annuel de 235 millions de dollars par an.

¹²¹ Directive 2009/12/CE, préc. art. 11.

¹²² Comprenant la Belgique, le Danemark, l'Italie, la Hongrie, la Slovaquie, la Finlande, Malte et la Suède.

¹²³ Hypothèse qui sera étudiée dans la suite de ce travail.

¹²⁴ Décret-loi n° 1/2012 du 24 janvier 2012.

¹²⁵ F. Martucci, préc., p.724.

¹²⁶ *Ibid.*, p.728.

¹²⁷ Acte n° 402/2013.

¹²⁸ <http://nsat.sk.>, [consulté le 05 avril 2017].

¹²⁹ <https://www.nkh.gov.hu>, [consulté le 05 avril 2017].

¹³⁰ <https://www.trafikstyrelsen.dk>, [consulté le 05 avril 2017]

Cette autorité possède de plus une grande marge de manœuvre en raison de son pouvoir d'auto-saisine sur les dossiers relevant de sa compétence. Elle agit dans ce cadre comme un médiateur précieux et semble posséder les attributs d'un régulateur sectoriel puissant. On peut comprendre l'attrait pour ce choix : cela renforce en effet le pouvoir régulateur de l'autorité et lui donne une vraie légitimité de marché, semblable à celle évoquée par le Professeur Gabriel Eckert. La création d'une autorité transversale et influente s'inscrit dans une tendance lourde au Danemark, où les organisations non gouvernementales sont prisées et sont dotées d'un fort pouvoir de mise en relation de différents acteurs sociaux¹³¹. Comme l'explique Vincent Hail¹³², l'autorité danoise joue également un précieux rôle de coordination intermodale.

Toutefois, l'exemple Maltais, dont l'autorité des transports est le résultat de la fusion de plusieurs entités existantes¹³³, montre que la simple « agentification » au travers de l'institution d'une autorité trans sectorielle ne suffit pas à amener la certitude de l'indépendance de cette dernière : le contrôle du gouvernement sur l'autorité transparaît¹³⁴.

C. La prise en charge de la régulation des redevances aéroportuaires par l'autorité de la concurrence

Ce choix ne concerne que 10 % des Etats membres de l'Union européenne : l'Estonie, les Pays-Bas et l'Espagne (dont il sera question ci-dessous). L'autorité estonienne de la concurrence est remarquable car placée depuis 2015 sous la tutelle du ministère de la Justice afin d'assurer une plus grande indépendance. Cette différence semble anodine mais paraît importante à relever : aux Pays-Bas, l'autorité de la concurrence¹³⁵, également chargée de la régulation des redevances aéroportuaires, est reliée de manière plus classique au Ministère de l'Economie. La sémantique est également intéressante : l'autorité néerlandaise est nommée « Autoritei Consument & Markt » (soit Autorité des consommateurs et du marché), rappelant ici

¹³¹ R.Thomas, N.Rémy, I.Léothaud., « L'accessibilité des réseaux de transport en commun en Europe : état des lieux et pratiques de référence », [rapport de recherche], 2007, p.27.

¹³² V.Grail., « Transport ferroviaire régional en Rhône-Alpes : performance et perspective à la lumière d'une comparaison européenne », *Gestion et management*, 2011, p.20.

¹³³ Transport Malta., Annual report 2015, p.9.

¹³⁴ <http://www.transport.gov.mt>, [consulté le 05 avril 2017].

¹³⁵ <https://www.acm.nl.>, [consulté le 06 avril 2017].

le but parfois oublié des politiques de concurrence : la protection de l'intérêt du consommateur (dans le cadre des redevances aéroportuaires, on peut imaginer que le but est que le contrôle de ces dernières empêchent l'inflation du prix du billet d'avion au détriment du passager). Cette dernière semble de plus s'attacher à reconnaître les risques de conflits d'intérêts d'un gouvernement partie prenante de l'économie et de la régulation, notamment en ce qui concerne le secteur des transports¹³⁶.

Si ces trois modèles institutionnels sont les plus fréquents au sein de l'Union européenne, certains choix interpellent, tant en raison de leur spécificité que des doutes existant quant à leur compatibilité avec les objectifs la directive n°2009/12/CE.

II. L'exception compréhensible luxembourgeoise et l'étrange transposition allemande : deux situations particulières

Si le Luxembourg a fait le choix d'une autorité trans-sectorielle de régulation (et non de concurrence), l'Allemagne a effectué une transposition *a minima* semblable à bien des égards à la transposition française initiale.

Tout d'abord, la transposition allemande datée de 2011¹³⁷ ne crée pas d'autorité de supervision mais confirme la compétence du Ministère des Transports. Pour preuve, sur l'espace internet du Thessaloniki forum (forum des autorités de régulation des redevances aéroportuaires), il est fait mention uniquement du « Federal Ministry of Transport¹³⁸ », et non de la direction de l'aviation civile, qui dispose toutefois d'un site web dédié¹³⁹. Plus encore, il n'est pas fait mention des redevances aéroportuaires lorsque sont détaillées les compétences de la direction de l'aviation sur le site du Ministère des Transports et la régulation des redevances aéroportuaires n'est évoquée nulle part sur le diagramme organisationnel de la direction de l'aviation¹⁴⁰. Pour l'un des pays moteurs de l'Union comptant plus d'une

¹³⁶ ACM., « Insight 2016 », 14 mars 2016., p.2.

¹³⁷ Loi n°17/8098 du 08 décembre 2011 modifiant la quatorzième Loi sur l'aviation.

¹³⁸ <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=memberDetail.memberDetail&memberID=51538&orig=group.>, [consulté le 10 avril 2017].

¹³⁹ <http://www.lba.de.>, [consulté le 11 avril 2017].

¹⁴⁰ Organisational Chart Luftfahrt-Bundesamt (Federal Aviation Office), disponible sur [http://www.lba.de/EN/LBA/Organisation/Organisation_node.html.](http://www.lba.de/EN/LBA/Organisation/Organisation_node.html), [consulté le 11 avril 2017].

vingtaine d'aéroports internationaux, dont celui de Francfort, ce choix de transposition ainsi que la manière et l'accessibilité est étrange si ce n'est questionnable.

Toutefois, il serait ici injuste de ne pas noter que le statut d'AAI en tant que tel n'existe pas en Allemagne¹⁴¹, et que l'Etat fédéral allemand considère que le principe de démocratie oblige à un certain contrôle venant d'une des deux chambres du Parlement : on observe ici des différences de culture juridique entre le nord et le sud de l'Europe¹⁴². Toutefois, à l'exemple du « *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*¹⁴³ », en charge des secteurs énergétiques ou du ferroviaire¹⁴⁴, des autorités indépendantes fortes trans sectorielle existent bel et bien chez nos voisins allemands. Le choix allemand comporte ainsi quelques similitudes avec le choix effectué en France.

Le Luxembourg est aussi dans une situation singulière, mais pour une raison tout autre. Compte tenu de la taille du pays, le choix d'une autorité de régulation globale est bien entendu compréhensible. L'Institut Luxembourgeois de Régulation est issu de la libéralisation du secteur des télécommunications au Luxembourg en 1997. Il régule désormais les secteurs de l'énergie, des transports ferroviaires et des services postaux, ainsi que les redevances aéroportuaires depuis une loi de 2012¹⁴⁵. Toutefois, un seul aéroport est soumis à cette régulation, l'aéroport de Luxembourg-Findel.

III. Les choix forts effectués dans certains Etats : le régime spécial du Royaume Uni, de l'Espagne, de la Belgique

Au-delà des situations particulières de l'Allemagne et du Luxembourg, trois choix de transposition sont particulièrement remarquables. En effet, de par leurs choix, le Royaume-Uni, l'Espagne et la Belgique sont mis en valeur. Ces choix n'ont pas de singularité spécifique dans leur forme, mais les procédures en résultant ou les raisons ayant amené ce choix semblent intéressantes.

¹⁴¹ J.M. Pontier, « Synthèse des rapports nationaux », Les autorités administratives indépendantes, évaluation d'un objet juridique non identifié (tome deux : Annexes). Rapport Gélard (*op.cit.*), 2006, p.171.

¹⁴² G. Eckert et J.P. Kovar, *op.cit.*, p.7.

¹⁴³ J. M.Pontier, *op.cit.*, p. 173.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 177.

¹⁴⁵ Loi du 23 mai 2012 portant transposition de la Directive 2009/12/CE.

En premier lieu, l'Espagne a fait, comme il a déjà été remarqué, le choix de confier la régulation des redevances aéroportuaires à la Commission nationale des marchés et de la concurrence (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*). Cette commission réunit les fonctions de régulation de divers secteurs ; elle concentre également en une autorité tant la régulation sectorielle que l'application des règles de concurrence¹⁴⁶, avec une forte capacité de sanction comme le montre l'amende de 75,6 millions d'euros adressée à Renfe et Deutsch Bahn pour pratiques anticoncurrentielles¹⁴⁷. Cette double compétence lui a valu le surnom de « *superregulador* » (super-régulateur). La Commission nationale des marchés et de la concurrence qui a succédé à la Commission de la concurrence instituée en 2007, a été établie par une loi de 2013¹⁴⁸. Auparavant, la régulation des redevances aéroportuaires incombait à une commission spécialisée¹⁴⁹ (*Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria*). La création de la Commission nationale des marchés et de la concurrence, qui procède de la volonté d'intégrer huit régulateurs sectoriels, constitue un bel exemple d'interrégulation endogène¹⁵⁰. Elle dispose d'un statut particulier : son Conseil est composé de personnes avec un mandat de 6 ans non renouvelable (ressemblant aux préconisations de l'autorité de la concurrence française pour l'ASI) ; l'autorité est strictement indépendante du Gouvernement espagnol mais reste soumise à un contrôle parlementaire et judiciaire¹⁵¹. Dans ses réponses à un questionnaire de l'ACA, la Cour suprême espagnole à un colloque évoque quelques raisons ayant poussé à une telle concentration¹⁵². Tout d'abord, une exigence de sécurité juridique afin d'éviter décisions contradictoires et renvois multiples, mais également le contexte économique de l'austérité¹⁵³. Il est intéressant d'observer l'impact du contexte macro-économique sur les formes que prend la régulation d'un secteur ; la crise économique a poussé l'Espagne à privilégier un organe trans sectoriel afin de bénéficier d'effets d'économies d'échelles. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si un arrêté royal de 2014¹⁵⁴ relatif

¹⁴⁶ ACA Europe, *op.cit.*, p. 6.

¹⁴⁷ http://www.tresor.economie.gouv.fr/16065_nouvelles-despagne-n9-20-mars-2017, [consulté le 14 avril 2017].

¹⁴⁸ Loi n°3/2013 du 04 juin 2013.

¹⁴⁹ Loi n°1/2011 du 04 mars 2011.

¹⁵⁰ G. Marcou, « Différenciation des régulations et interrégulation. Rapport de synthèse. », pp. 223-238, p. 231, dans *L'interrégulation*, G.Eckert et J.P Kovar, l'Harmattan, 2015, Paris.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.8.

¹⁵² ACA Europe., Réponses au questionnaire sur la régulation économique, Cour suprême d'Espagne, 2014, p.2.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵⁴ Arrêté royal n°8/2014 du 04 juillet 2014. L'arrêté concerne des mesures pour l'efficacité de l'économie espagnole, les articles 32 à 41 concernant spécifiquement la régulation des redevances aéroportuaires et le

au besoin urgent de croissance et d'efficacité est cité comme mesure de transposition de la directive 2009/12.

Le choix espagnol met en relief l'adaptabilité de la régulation sectorielle à des exigences de finances publiques ; elle interroge de plus le modèle français de régulation et sa tendance à l'atomisation des autorités de régulation. Au-delà de l'Espagne, la transposition opérée par la Belgique mérite également d'être relevée. La Belgique se caractérise par un enchevêtrement vertical d'autorités qui se répartissent la compétence de régulateur des redevances aéroportuaires. Ainsi, une autorité de niveau national, le Service de Régulation du transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles national¹⁵⁵, gère exclusivement l'aéroport de Bruxelles (23,5 millions de passagers par an) tout en étant le régulateur du secteur ferroviaire. La compétence aéroportuaire date d'un arrêté royal de 2006¹⁵⁶, suivant de peu la transformation de l'aéroport fédéral en une société anonyme de droit privé, en 2004¹⁵⁷. Des aménagements ont toutefois été effectués afin de respecter les exigences de la directive : le service de régulation ne dépend plus du Ministère des transports, bien que la compétence du ministre demeure en cas de procédure disciplinaire. Le plus étonnant, est que différents niveaux d'autorités se côtoient. Le service national cohabite ainsi avec des services des entités fédérées belges, à l'image de l'AASIW, en charge des aéroports wallons, dont celui de Charleroi (7 millions de passagers par an) entrant dans le champ de la directive de 2009.

L'aéroport de Charleroi est l'unique aéroport wallon à entrer dans le champ de la directive européenne. Dès lors, la création d'une autorité, mise en place afin de « *satisfaire aux exigences européennes* »¹⁵⁸ est étonnante mais résulte probablement d'un contexte politique fédéral complexe en Belgique. L'Autorité aéroportuaire de supervision indépendante de Wallonie (AASIW), qui est une division de la direction générale de la mobilité et voies hydrauliques, rattachée au Gouvernement wallon, a été créée en 2011¹⁵⁹. Un arrêté de 2016, présenté comme une transposition partielle de la directive, a renforcé les garanties

contrôle effectué par la Commission des marchés et de la concurrence.

¹⁵⁵ <http://www.regul.be>, [consulté le 16 avril 201].

¹⁵⁶ Arrêté royal du 1^{er} février 2006.

¹⁵⁷ Arrêté royal du 21 juin 2004.

¹⁵⁸ <http://mobilite.wallonie.be/home/acteurs/aasiw.html>, [consulté le 16 avril 2017]

¹⁵⁹ Décret du 14 juillet 2011, portant modification du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, complété par l'arrêté du 8 septembre 2011.

d'indépendance¹⁶⁰ des trois membres formant l'autorité wallonne. Une autorité "jumelle" existe également sur le territoire flamand. Dans un contexte fédéral compliqué, la régionalisation des compétences, entraînant la cohabitation de trois agences de régulation pour le même secteur (choix donc à l'opposé de la transposition espagnole) a été choisie. Ce système pose évidemment des problèmes de clarté, comme le montrent les questions posées par Bert Anciaux, sénateur coopté depuis 2014, au Ministère de la Mobilité en 2016¹⁶¹ : il est soulevé que ce système de double compétence régionale et fédérale peut entraîner des confusions au niveau des systèmes d'aides publiques, pouvant mener à une sorte « d'arnaque à la consommation ».

La transposition en Belgique ne s'est pas faite sans mal et a abouti à la division de la régulation sectorielle en trois acteurs différents, chaque autorité n'ayant qu'un ou deux aéroports à gérer. Cette division en apparence peu efficiente semblait intéressante à évoquer. Le cas du Royaume-Uni sera également traité, malgré sa prochaine sortie de l'Union européenne. En effet, le Royaume-Uni a opté pour un système original laissant plus de place à une sorte d'autorégulation par le marché dans certains cas.

A première vue, le système britannique semble classique : une autorité de l'aviation civile, dont un département spécifique dédié aux redevances aéroportuaires, avec une ancienneté prononcée¹⁶², estimée déjà rigoureuse avant même la directive de 2009¹⁶³. Toutefois, le modèle mis en place se révèle particulier. En effet, les redevances aéroportuaires et leur contrôle dépendent de la situation de marché de chaque aéroport, une solution défendue en 2008 lors des débats concernant la directive¹⁶⁴. L'autorité anglaise est équivoque à ce sujet, et souhaite exercer son autorité de manière spéciale à chaque fois, en fonction du contexte particulier de chaque aéroport dans sa relation avec le marché et la concurrence. Ainsi, un aéroport en situation de marché n'a pas à faire approuver ses redevances aéroportuaires par l'autorité de supervision car il est estimé que son comportement sera autorégulé par sa

¹⁶⁰ Article 2 de l'arrêté du 29 septembre 2016.

¹⁶¹ Question écrite n°6/810 du 13 janvier 2016 à l'attention de la ministre de la mobilité.

¹⁶² Civil Aviation Act, 1971.

¹⁶³ U.Stockmann, rapporteur au Parlement européen, le 14 janvier 2008, lors des débats parlementaires à Strasbourg concernant la directive sur les redevances. Disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20080114+ITEM-017+DOC+XML+V0//FR>, [consulté le 20 avril 2017].

¹⁶⁴ B. Simpson, 14 janvier 2008, *ibid.*

rationalité économique. Cela a par exemple été le régime des aéroports de Manchester (régulé jusqu'en 2009 et premier aéroport à tester ce régime) et de Stansted¹⁶⁵, qui ont été considérés suffisamment soumis à la concurrence. Dès lors, ils ont pu échapper à la supervision de la CAA s'agissant du montant de leur redevances. Cela a provoqué de vives réactions, Ryanair regrettant ce processus de dérégulation des redevances de l'aéroport de Stansted¹⁶⁶. Le cas de Stansted est intéressant : dès avril 2013, la CAA annonçait la dérégulation prochaine et l'approche alternative réservée à Stansted¹⁶⁷ en raison de la chute des passagers utilisant cet aéroport (de 24 à 17 millions) ainsi que de la situation du marché. Le Royaume-Uni semble satisfait de son autorité qui, selon ses dires, est régulièrement félicitée au niveau européen pour sa transparence¹⁶⁸.

On remarque ici la volonté du Royaume-Uni d'effectuer une régulation discrète, qui s'efface devant le pouvoir du marché concurrentiel, dès lors qu'un aéroport n'est pas en position totale de *price-maker*. En 2012, la CAA constate que les aéroports ne sont pas en position de marché permettant une dérégulation du secteur, et fait état de regrets, considérant qu'une concurrence saine (sans intervention de la CAA, donc) serait bien plus bénéfique pour les consommateurs¹⁶⁹ du fait notamment de la flexibilité qu'elle permettrait¹⁷⁰. Toutefois, la CAA a montré sa capacité à prendre des décisions fortes, en sanctionnant par exemple l'aéroport d'Heathrow pour le montant jugé trop élevé des redevances de ce dernier : l'autorité est donc loin d'être passive pour autant. Elle conduit des analyses spécifiques¹⁷¹ (dits Tests A, B, C) à chaque aéroport à intervalles réguliers concernant leur pouvoir de marché (déterminant si un aéroport est dominant ou non) lui permettant de décider quelle forme et la plus adaptée.

La comparaison européenne de la transposition de la directive n°2009/12/CE permet d'envisager la particularité française avec plus de clarté. On remarque en effet que la forme

¹⁶⁵ Cour des comptes, *L'état et la compétitivité du transport aérien*, Septembre 2016, p.39.

¹⁶⁶ <http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/transport/10562850/Heathrow-forced-to-cut-charges-by-CAA.html>, [consulté le 20 avril 2017].

¹⁶⁷ CAA In focus : Economic regulation at Heathrow, Gatwick and Stansted, CAP 1031, avril 2013, p.3.

¹⁶⁸ CAA, « Guidance on the application of ACR power », CAP 1343, octobre 2015, p.16.

¹⁶⁹ CAA, « In focus : Economic regulation at Heathrow, Gatwick and Stansted », CAP 103, avril 2013, p.2.

¹⁷⁰ CAA, « In Focus », Janvier 2014, p.2

¹⁷¹ Voir, pour exemple et explication, le document CAA competition working paper, CAP 1370, janvier 2016, 52 pages.

choisie initialement par la France pour son autorité de supervision semblait être à mi lieu entre le choix d'un département d'un ministère précis et d'une autorité de l'aviation civile, la différence n'étant pas toujours claire entre ces deux formes d'autorités de supervision. Toutefois, un contentieux est apparu plutôt rapidement après la transposition française, conduisant à l'abandon de la DGAC en tant qu'autorité indépendante de supervision ; le questionnement autour de la compatibilité de certaines transpositions, au regard du contentieux français et de la décision du Conseil d'Etat est permis. On remarque de plus que la France n'a pas effectué un choix audacieux et démontrant une volonté politique forte (telle que confier cette compétence à une grande autorité de régulation des transports ou à l'autorité nationale de la concurrence). Il a toutefois été observé que les transpositions dépendaient, certes, des exigences européennes, mais aussi de contextes nationaux particuliers (austérité en Espagne, différents niveaux de régulation en Belgique, place et confiance accordée à la concurrence au Royaume Uni). Il convient dès lors d'étudier les raisons pour lesquelles le législateur a écarté d'autres choix institutionnels dans un contexte français, qui mêle méfiance à l'égard des autorités administratives indépendantes et volonté de rationalisation tout en reconnaissant l'importance d'avoir une régulation efficace et non soumise au gouvernement.

§ 2. Un choix original effectué dans un contexte de débat concernant les autorités administratives indépendantes

Tout d'abord, il convient d'évoquer les possibilités refusées par l'Etat français pour la transposition de la directive (I) au regard des choix effectués en Europe. Puis, il paraît important de recentrer le débat sur la conception française des autorités administratives indépendantes, qui ont récemment fait l'objet d'une importante réforme législative. En effet, ces autorités sont source de méfiance bien que leur utilité et la nécessité de leur indépendance soient reconnues (II).

I. Un choix mettant en valeur le rejet de deux hypothèses plus ou moins pertinentes au regard du modèle de régulation en France

L'étude de la transposition de la directive n°2009/ dans les droits nationaux différents Etats

membres de l'Union européenne a montré la diversité des modèles institutionnels. La France a effectué un choix original en refusant de confier la supervision des redevances aéroportuaires à l'Autorité de la concurrence (B) ou à l'ARAFER déjà chargée de la régulation ferroviaire et routière (C). Il est possible de considérer ce choix comme une transposition a *minima*, en raison de sa timidité apparente : l'autorité de supervision ne s'inscrit pas dans une réforme globale de l'aviation civile française débouchant sur la création d'une autorité forte et indépendante à l'exemple de l'ARAFER (D). Toutefois, afin d'essayer d'approcher la pertinence de ces choix, il paraît primordial d'explicitier brièvement le modèle de régulation à la française (A).

A. Le modèle français de régulation

L'ambition n'est pas de dresser un panorama exhaustif de la régulation en France, ce qui serait bien prétentieux. En effet, le droit de la régulation en France daterait, selon la Professeure Sophie Nicinski, de l'Ancien Régime et plus particulièrement de la période Colbertiste¹⁷², période à laquelle l'Etat opérait déjà dans le champ économique avec des outils proches de ceux utilisés aujourd'hui : le contrôle et la sanction des opérateurs économiques, par exemple¹⁷³, qui désormais sont complétés par les incitations ou la prise de participation. Cette tradition d'un Etat volontaire se prolonge malgré la période libérale : un Etat libéral n'impliquant pas un « État manchot » mais conduisant au contraire à un « État horloger »¹⁷⁴. La Professeure Sophie Nicinski souligne une spécificité de la régulation française : l'équivalence entre la tradition libérale et la tradition interventionniste, bien que cette dernière soit menacée par le droit de l'Union européenne, où la régulation sectorielle se faisait traditionnellement *ex-ante* là où le droit de la concurrence, qui vise à sanctionner les pratiques, se fait *ex-post*. Cette conception est par ailleurs largement partagée¹⁷⁵. Les récents développements de la régulation, issus de la crise, qui accorderaient plus de compétences pour les institutions relevant de l'Etat comme le préfet qui se voit reconnaître de nouvelles

¹⁷² S. Nicinski, « Le mode de régulation », RFDA 2010, p.735.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ M.A Frison-Roche, « Le droit de la régulation », Dalloz, 2001, p.601.

missions économiques¹⁷⁶ contrastent avec une période d'éparpillement des agences de régulation¹⁷⁷ aboutissant à un « désordre¹⁷⁸ ». Frédéric Jappont est moins sévère en évoquant un mouvement « d'éclatement de l'appareil administratif français¹⁷⁹ », donnant lieu à un modèle polycentrique qui segmente et fragmente les activités de l'administration. La France s'est donc manifestée par une atomisation de la régulation, peu portée dans un premier temps vers la régulation multisectorielle (caractérisée par l'exemple allemand de la *Bundesnetagentur*¹⁸⁰). Aujourd'hui, la tendance est à la régulation par une même autorité de deux secteurs différents¹⁸¹ à l'exemple de l'ARCEP ou de l'ARAFER, dans un souci d'optimisation des moyens¹⁸². Cette agentification passant par le recours aux AAI permet de conjuguer les logiques de marché et d'intérêt général¹⁸³.

En France, l'Etat est souvent vu méfiant vis-à-vis des autorités de régulation. Elles sont également une « singularité » car, au vu de leur caractère administratif, le Gouvernement devrait en principe en avoir la disposition au regard de l'article 20 de la Constitution de 1958¹⁸⁴. Dès lors, l'attention du Gouvernement ou du Législateur à propos du pouvoir de ces autorités se comprend aisément : ce n'est pas, loin de là, une simple paranoïa bureaucratique.

B. Le refus d'une autorité mêlant concurrence et régulation dans un souci de cohérence

Ici, c'est l'hypothèse espagnole qui sera analysée. En effet, l'Espagne, avec son choix de concentration, a effectué un choix qui paraît intransposable en France (bien que présentant des avantages certains : effets d'échelle, expertise, cohérence dans les contentieux), à savoir la concentration de l'autorité de concurrence et des autorités sectorielles de régulation. Cette situation ne semble pas possible et/ou cohérente dans le cas français en raison des profondes différences remarquées par la doctrine entre ces deux fonctions. Toutefois, des observations

¹⁷⁶ S. Nicinski, préc.

¹⁷⁷ M.A Frison-Roche, préc.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ F. Jappont, « L'encadrement juridique de la coopération entre les autorités de régulation », Dalloz, 2005, p. 893.

¹⁸⁰ E. Muller, « Interrégulation sectorielle ou régulation intersectorielle ? », in *L'interrégulation*, G.Eckert et J.-Ph. Kovar (dir.), l'Harmattan, 2015, Paris, pp. 117-133, p. 119.

¹⁸¹ *Ibid.*, p.123

¹⁸² *Ibid.*, p. 131.

¹⁸³ L. Boy, « Réflexions sur "le droit de la régulation" », Dalloz, 2001, p. 3031.

¹⁸⁴ *Ibid.*

permettent d'atténuer clairement une différenciation décrite parfois comme contestable.

Comme il vient d'être évoqué ci-dessus, la France opère en principe une séparation entre la régulation et le droit de la concurrence. Laurence Boy relève ainsi que, dans son article "Le droit de la régulation", Marie-Anne Frison-Roche exclue du champ de la régulation les autorités de concurrence, considérant la régulation comme la seule régulation sectorielle visant à construire et maintenir le marché¹⁸⁵. On peut en effet tirer un réel avantage de cette conception : cela permet de connaître avec précision les secteurs régulés et les autorités les régulant, là où une autorité regroupant deux fonctions différentes peut poser un problème de cohérence. Quel marché serait soumis au droit de la concurrence, mais non à la régulation ? Quels marchés intégrer dans le giron de cette autorité ? Le risque de confusion entre les marchés/secteurs entrant dans le champ de compétence et ceux y échappant est fort¹⁸⁶.

Toutefois, cette différenciation basée sur la temporalité de l'intervention est fortement critiquable. En effet, s'il est vrai que l'intervention des régulateurs sectoriels se fait *ex-ante* afin de construire le marché, ils agissent également pour surveiller le marché en *ex-post*, tout comme il n'est pas possible de limiter le droit de la concurrence à une simple tâche de contrôle/sanction *ex-post*¹⁸⁷. Par exemple, Laurence Boy, dans l'article précité, affirme que le conseil de concurrence (à l'époque) participait également à la création du marché via des interventions *ex-ante*. Parmi celles-ci, on citera la possibilité de remodeler des contrats¹⁸⁸. La division semble donc dater ; séparer ces deux fonctions soulève l'interrogation de Laurence Boy quant à la définition stricte de Marie-Anne Frison-Roche. Cette séparation est cependant le principe en droit français et peut expliquer une part de la réticence française à l'idée de confier une régulation sectorielle à l'Autorité de la concurrence. De manière plus triviale, on peut aussi estimer qu'il n'y avait aucune raison que la régulation des redevances aéroportuaires soit la première régulation sectorielle à être confiée à l'Autorité de la concurrence. La cohérence d'une telle transposition n'aurait pas manqué d'être remise en cause. Il n'est par conséquent pas surprenant que la transposition française n'ait pas été effectuée en faveur de l'Autorité de la concurrence, qui est loin d'aspirer à une concentration

¹⁸⁵ L.Boy, préc.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ G. Marcou, « Rapport de synthèse », *op.cit.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

des fonctions sur le modèle espagnol. Ici, c'est une différence de tradition juridique qui est en cause, et, sauf réforme globale du droit de la régulation, du droit de la concurrence et des autorités administratives indépendantes, une telle évolution n'est pas cohérente en France.

C. Une alternative crédible mais déniée : l'élargissement des compétences de l'ARAFER

Cette hypothèse aurait annoncé la création d'une grande autorité de régulation des transports, à laquelle, il faut l'avouer, l'ARAFER fait déjà penser en raison de ses attributions multiples (ferroviaire, mais aussi routier avec la régulation des autoroutes et des autocars depuis la loi dite « Macron »¹⁸⁹). Un tel choix institutionnel aurait pourtant eu des avantages. L'ARAFER - ARAF à l'origine¹⁹⁰ - est une autorité publique indépendante¹⁹¹ dotée de la personnalité juridique. Protégée de toute ingérence par de multiples dispositions législatives ou réglementaires (relatives au statut des membres, aux durées de mandats¹⁹², obligations déontologiques), l'ARAFER démontre une expertise grandissante dans le secteur des transports et s'affirme comme un « gendarme du secteur ferroviaire¹⁹³ », expression tenant à confirmer l'autorité que l'ARAFER exerce effectivement sur les secteurs qu'elle régule. Les compétences de l'ARAFER comprennent la sanction des manquements, le règlement des différends, mais aussi, par exemple, le contrôle des redevances tarifaires en matière ferroviaire, analyse confirmée dès 2010 par l'Autorité de la concurrence¹⁹⁴. L'ARAFER a en effet un pouvoir d'avis conforme concernant ces dernières, laissant supposer une expérience dans ce domaine. Confier à l'ARAFER la régulation des redevances aéroportuaires aurait donc permis de bénéficier de la puissance et du savoir-faire dont dispose le régulateur. Malgré un avis favorable de l'Autorité de la concurrence, le Gouvernement n'a pas voulu créer une autorité transsectorielle en matière de régulation des transports. Le contexte juridique particulier de l'année 2016 a été présenté comme la raison d'un tel choix : l'attribution à

¹⁸⁹ LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, p. 13537.

¹⁹⁰ Loi n°2009/1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, JORF n°0285 du 9 décembre 2009, p. 21226.

¹⁹¹ T. Perroud, « La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni », p. 249.

¹⁹² Voir P. Vieu, « Entre libéralisation et nouvelle régulation, les mutations du paysage ferroviaire français », RFDA 2010, p.35.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Aut. Conc., Avis 10-A-04, *op.cit.*, p. 35. L'Autorité estime ainsi que « La nature du contrôle qui sera exercé par l'ARAF dans le secteur ferroviaire s'apparente à celui qui est exercé pour la régulation des redevances aéroportuaires »

l'ARAFER de nouvelles compétences en matière routière avait déjà entraîné une réorganisation profonde de ses services ; bouleverser une nouvelle fois l'autorité moins de cinq mois après une telle réforme sur les autoroutes n'aurait pas été opportun.

Il est cependant possible de formuler d'autres hypothèses afin d'expliquer ce choix. Malgré la tendance au regroupement des AAI, l'ARAFER n'a pas semblé être une possibilité envisagée lors de la transposition de la directive, alors que la doctrine et les professionnels du secteur appelaient de leurs vœux l'extension de ses compétences. Le refus de cette alternative peut légitimement être questionné. Tout d'abord, il a peut-être été estimé que l'aviation civile ne se rapprochait pas suffisamment du domaine de compétence de l'ARAFER pour que ce transfert soit pertinent. L'interrégulation sectorielle ne peut se faire de manière efficace que s'il existe une « connaissance spécifique des secteurs¹⁹⁵ ». Il a pu être considéré que l'ARAFER ne comportait pas assez de garantie pour une régulation de qualité en raison de son manque de connaissance du secteur aéroportuaire. Toutefois, l'augmentation du nombre de membres du collège de l'ARAFER (qui aurait été élargi aux trois membres de l'ASI) aurait pu remédier à ce problème. De même, le souhait de conserver des autorités de taille moyenne pourrait être évoqué. L'ARAFER, avec le cumul de deux secteurs à réguler, a déjà atteint une taille relativement importante (sept personnes siègent au sein du collège de l'Autorité, appuyés par une soixantaine de collaborateurs). Ici encore, la faible taille de l'ASI pousse à reconsidérer cette hypothèse. On peut également reprendre l'approche téléologique chère à la Professeure Marie-Anne Frison-Roche¹⁹⁶. Selon elle en effet, c'est l'objectif de la régulation qui doit être pris en compte pour définir le périmètre d'intervention du régulateur. Ainsi, si un objectif est commun à plusieurs secteurs, alors il serait possible de les soumettre à un régulateur unique, les deux secteurs devenant semblables devant le droit de la régulation¹⁹⁷. On peut se demander, à partir de cette réflexion (ici largement simplifiée), si les objectifs tarifaires de l'ARAFER et de l'ASI lorsqu'ils contrôlent les redevances ferroviaires et aéroportuaires ne se rapprochent pas. Il convient après tout de respecter la fonction d'une redevance étudiée plus haut, et d'éviter tout abus dans la fixation de ces dernières. On peut d'ailleurs discuter de la spécificité du secteur aérien et des redevances aéroportuaires, qui a été jugée trop importante

¹⁹⁵ H. Delzangles, « La notion d'interrégulation », in *L'interrégulation*, G. Eckert et J.Ph. Kovar (dir), l'Harmattan, 2015, Paris, pp.13-36, p.15,

¹⁹⁶ M-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », Dalloz 2004, pp. 126-129.

¹⁹⁷ *Ibid.*

pour soumettre le transport aérien à l'ARAFER.

Le choix de la création de l'ASI et non d'un élargissement des compétences de l'ARAFER est *in fine* éminemment politique. Les raisons véritables ayant conduit à ce choix sont difficiles à appréhender et peu discutées dans la littérature étudiée relative tant à la directive et à sa transposition que, plus généralement, aux autorités de régulation. Toutefois, au vu de certains doutes persistants sur l'indépendance réelle de l'ASI, on peut s'interroger si cela n'était pas une manière pour l'État pour garder un certain contrôle sur le secteur, chose bien moins aisée dès lors que l'on aurait confié la régulation à une autorité publique indépendante telle que l'ARAFER. Il est en effet plus simple de rester influent sur une autorité comme l'ASI, qui ne dispose pas de moyens budgétaires ou humains (taille très réduite), ni de la personnalité morale, éléments déterminants afin d'être en mesure de s'imposer comme un acteur incontournable sur le secteur régulé. L'ARAFER, avec ses moyens importants, a cette capacité.

D. L'absence d'autorité de régulation du secteur aéroportuaire : la marque d'une transposition *a minima*

La France n'a pas fait le choix de créer un régulateur global de l'aviation civile à la différence d'autres pays de l'Union européenne, à l'exemple de l'Irlande. En effet, la France a instauré une autorité de supervision indépendante, dont la compétence se limite aux seules redevances aéroportuaires. On peut y voir une régulation *a minima*, d'autant plus que la DGAC (choisie auparavant comme ASI) n'a pas la qualité de régulateur sectoriel de l'aviation (il est timidement évoqué comme le régulateur du transport aérien) ni la personnalité morale alors même qu'elle présente la particularité de posséder son budget propre¹⁹⁸. L'occasion était pourtant belle ; si l'on ne souhaite pas fusionner (pour le moment ?) l'ASI au sein de l'ARAFER, il aurait été possible de saisir l'opportunité de créer une autorité chargée d'un secteur sensible comme l'aviation civile. Ce secteur, comme évoqué auparavant, connaît de multiples interventions de l'Etat qui vont bien au-delà du seul contrôle des redevances

¹⁹⁸ B. Mercadal, Aviation, 2001, Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit commercial, http://www.dalloz.fr.scd-rproxy.u-strasbg.fr/documentation/Document?id=ENCY/COMR/RUB000026/DIVISION&ctxt=0_YSR0MT1NZXJjYW RhbCBYw6lwZXJ0b2lyZSBkZSBkcm9pdCBjb21tZXJjaWFsIMKneCRzZj1wYWdlLXJlY2hlcmNoZQ==&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPTIwwqdzJGlzY WJvPVRYdWXCp3MkcGFnaW5nPVRydWXCp3Mkb25nbGV0PcKncyRmcmVlc2NvcGU9RmFsc2XCp3Mkd 29JUz1GYWxzZQ==&nrf=0_UmVjaGVyY2hlfExpc3RI, [consulté le 18 mai 2017].

aéroportuaires et ce malgré les réformes de 2004 sur la décentralisation et la privatisation de certains aéroports. Dès lors, on peut interpréter le choix français comme une transposition *a minima* de la directive, soucieuse de ne pas accorder trop d'importance à l'autorité chargée de réguler les redevances aéroportuaires. On le voit dans le refus tant d'élargir les compétences de l'ARAFER que de créer un régulateur de l'aviation civile sous forme d'agence indépendante. On devine l'influence d'un Gouvernement préoccupé par la multiplication des autorités de régulation. Afin de comprendre cette réticence, il est indispensable de se rappeler le récent débat sur le statut des AAI. Au travers de divers rapports (plus ou moins contemporains), il est possible d'appréhender le lien particulier entre l'Etat, l'Exécutif et les AAI ; reconnues comme étant nécessaires pour mettre en relation la confrontation des approches publiques et privées du droit¹⁹⁹ mais aussi décrites comme des démembrements de l'Etat²⁰⁰, traduisant « un abandon de ses attributions²⁰¹ » par le Gouvernement.

II. Le débat national sur les autorités administratives indépendantes : rationaliser pour gagner en cohérence

La loi n°2017-55 du 20 janvier 2017²⁰² a modifié le statut des AAI. Il convient toutefois d'effectuer un bref état des lieux de la situation antérieure à janvier 2017 (A) avant d'étudier la volonté manifeste de rationalisation des AAI (B) qui contraste avec la création régulière de telles entités qui sont, pour reprendre l'expression du Sénateur Patrick Gélard, de nouveaux objets non identifiés (D) posant un réel souci de cohérence. Enfin, il semble que les AAI soient du fait même de leurs natures condamnées à un paradoxe, entre contrôle (juridictionnel ou parlementaire) et défense (parfois par ces même pouvoirs) de leur fragile indépendance (C).

¹⁹⁹ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001*, EDCE n°52, 2001, p. 386.

²⁰⁰ P. Gélard, *Autorités administratives indépendantes - 2006-2014 : un bilan.*, rapport d'information fait au nom de la commission des lois, n°616, 11 juin 2014, p.62.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 62.

²⁰² Loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes (...) et loi organique relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, JORF n°0018 du 21 janvier 2017.

A. L'état des lieux : une méfiance affichée face à un « Etat dans l'Etat²⁰³ »

Les rapports relatifs aux AAI depuis le début des années 2000, à commencer par le rapport du Conseil d'Etat de 2001 jusqu'au rapport sénatorial de Jacques Mézard datant de 2015, ont un point en commun : ils critiquent la multiplication des AAI tout en reconnaissant leur utilité. A cet égard, ils se différencient des rapports des années 1990, qui sont eux bien plus enthousiastes. Messieurs Dosière et Vanneste insistent ainsi largement sur la nécessité d'évaluer la création des AAI, création qui doit répondre à des « besoins spécifiques²⁰⁴», et qui n'a « pas vocation à s'étendre²⁰⁵» afin de ne pas devenir le modèle administratif de droit commun. En effet, divers rapporteurs observent des « dérives évidentes²⁰⁶ » et dénoncent des autorités créées entre « hasard et nécessité²⁰⁷ » au gré des scandales²⁰⁸, le Parlement découvrant parfois qu'il a créé des AAI inintentionnellement²⁰⁹. Il en résulte « un appauvrissement démocratique²¹⁰ » du fait de l'absence de responsabilité de ces autorités devant le Parlement. Le sénateur Pierre-Yves Colombat démontre un sens certain de la formule lorsqu'il estime que les AAI permettent de « gouverner sans le peuple et sans risque²¹¹ ». Les mots sont forts et reflètent la méfiance parlementaire à l'égard d'autorités qui, non contentes d'empiéter sur les attributions du Gouvernement, évitent la responsabilité devant le Parlement qu'entraîne normalement l'exercice de ces pouvoirs et attributions par l'organe gouvernemental. Autrement dit, les AAI sont désormais considérées comme les gardiennes des droits et libertés, rôle autrefois dévolu au Parlement ; le rôle de la représentation populaire s'effacerait peu à peu devant un Etat tutélaire. Ces rapports décrivent

²⁰³ J. Mézard, *Un Etat dans l'Etat : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Rapport fait au nom de la commission d'enquête, n°126 du 28 octobre 2015, p.9.

²⁰⁴ R. Dosière et C. Vanneste, *Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes*, déposé en application de l'article 14--3 du règlement, par le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur la mise en oeuvre des conclusions du rapport d'information (n°2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes, n°4020, 1er décembre 2011, p.34.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ J. Mézard, *op.cit.*, p.9.

²⁰⁷ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport public pour 2001* préc., p.261.

²⁰⁸ On pense ici à la Haute autorité de la transparence, imaginée lors des affaires Cahuzac et réactualisée durant la campagne présidentielle.

²⁰⁹ *Ibid.*, p.11.

²¹⁰ *Ibid.*, p.33.

²¹¹ *Ibid.*, p.109.

bien souvent les AAI comme une menace démocratique. Par conséquent, de nombreuses propositions ont été faites, pour rationaliser la création, jugée excessive, de ces autorités tout en renforçant leur statut juridique par l'affirmation tant de leur indépendance que du contrôle exercé sur elles.

B. La volonté de rationaliser la création des autorités administratives indépendantes

De nombreux de rapports du Parlement, du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes appellent à limiter la création d'AAI voire même à supprimer celles qui ont perdu leur utilité²¹², même si la fusion des autorités exerçant dans des secteurs proches ne recueille pas toujours l'appui du Gouvernement²¹³. Alors que l'on dénombrait 38 AAI en 2011, et que l'on insistait sur la nécessité de mettre un terme à ce mouvement de création irréfléchie dans une indifférence générale²¹⁴, on en comptait 41 avant la réforme de janvier 2017. La moyenne reste donc la création d'une AAI par an. La loi du 20 janvier 2017 ramène ce nombre à 26 AAI, en retirant la qualité d'AAI à près de la moitié d'entre elles (les rapports de messieurs Vanneste et Dosière, de 2011, ainsi que le rapport de Jacques Mézard de 2015 réclamant de réduire cette liste à 20). L'objectif affiché étant de limiter la création d'AAI, on peut aisément comprendre que l'instauration d'une AAI spécifique pour la régulation des redevances aéroportuaires n'ait pas fait figure de priorité (ce qui renforce la pertinence d'une fusion). Cette rationalisation poursuit plusieurs objectifs : empêcher le recul progressif de l'influence du Parlement au vu des difficultés éprouvées à contrôler les AAI, mais aussi avoir une vision plus claire de la répartition des compétences entre différents organes afin de limiter l'enchevêtrement des compétences²¹⁵, voire les doublons, légions avec la multiplication des AAI, causant un désordre juridique regretté par beaucoup. Toutefois, si la réforme de 2017 réduit le nombre d'AAI, elle pose une question fondamentale. En effet, quel statut pour celles qui n'ont plus la qualité d'AAI ? Au surplus, quelles sont les raisons gouvernant la création

²¹² R.Dosière et C. Vanneste, *op.cit.*, p. 42.

²¹³ *Ibid.*, p. 14.

²¹⁴ J. Mézard, *op.cit.*, p. 63.

²¹⁵ R. Dosière et C. Vanneste, *op.cit.*, p. 48.

d'autorités ayant les caractéristiques d'une AAI mais sans cette qualification²¹⁶ ? Il est souvent précisé que les agences et autres commissions ne sont pas des AAI (l'indépendance de tout pouvoir et l'indépendance au pouvoir central les différenciant), mais sans pour autant leur reconnaître un statut précis. Si la création d'AAI ne doit plus être automatique, ni intervenir en réaction à un problème ou un imprévu, la création d'autorités dont l'indépendance est assurée est imposée aux Etats membres par l'Union européenne. Le législateur français, en rationalisant la création des AAI, n'accorde pas (on le voit avec l'exemple de l'ASI) ce statut à toutes ces autorités. Le régime de ces agences semble bien flou, ce qui fait d'elles un autre objet non identifié dans le paysage législatif français. La question du régime de ces agences se posera donc avec force dans le futur au vu de la création peu contrôlée dont elles font l'objet. Ces « sous-AAI » posent elles aussi un problème de cohérence. L'ASI s'inscrit dans ce phénomène déjà évoqué à mi-chemin entre administration et AAI. Ce n'est pas pour autant -bien au contraire- gage de cohérence, ni de sécurité ou de continuité.

La rationalisation passe par des propositions concrètes. Il a par exemple été proposé de faire du pouvoir législatif le seul pouvoir habilité à créer des AAI. Pour garantir une certaine efficacité, les rapprochements (pas sous forme de fusions) des moyens matériels de différentes autorités sont évoqués, chose qui, bien que semblant évidente, n'est pas toujours le cas. En plus de l'éparpillement des compétences, on assiste à un éparpillement des moyens, ce qui fait peser un coût certain sur les finances publiques.

C. De la garantie de l'indépendance au renforcement du contrôle : le paradoxe des AAI ?

Les réformes proposées (et celles effectuées) portent, en plus de la rationalisation (visant une logique de performance) de la création des autorités, sur le déroulement de la vie juridique de ces dernières. Deux points majeurs sont concernés : l'indépendance et le contrôle de ces dernières, ce qui pourrait sembler contradictoire à première vue. En effet, le rapport du sénateur Jacques Mézard, après avoir évoqué des risques aussi graves que l'éviction des juges,

²¹⁶ *Ibid.*, p.18.

ou encore le délitement de l'Etat du fait de la perte progressive d'expertise dans des secteurs spécifiques au profit de ces autorités²¹⁷ ou de la lecture extensive faite par les AAI de leurs compétences, exprime des craintes quant à la fragilité de l'indépendance de cet Etat dans l'Etat qu'est l'AAI²¹⁸. Il y a donc la volonté de les préserver en raison de leur utilité (efficacité, notamment dans des secteurs économiques techniques/sensibles), tout en évitant un pouvoir arbitraire de ces dernières. Cette conception est somme toute logique. Toutefois, la question de la mesure/proportionnalité du contrôle exercé sur les AAI se doit d'être posée : le contrôle et l'indépendance sont antinomiques et trouver l'équilibre parfait semble chimérique.

Tout d'abord, il convient de s'intéresser au débat concernant l'indépendance. D'un point de vue pratique, les rapports parlementaires ont souligné que l'indépendance reposait sur de nouvelles exigences déontologiques. La loi du 20 janvier 2017 affirme le caractère non renouvelable du mandat des membres des collèges des AAI, conformément à une proposition régulièrement formulée. Plus encore, la loi pose des incompatibilités de fonctions, tant électives (maire) que professionnelles (chef d'entreprise). Les agents des AAI sont soumis à une stricte déclaration d'intérêts à leur entrée en fonction. Toutefois, des mesures existaient avant 2017, mais leur respect était variable. Près d'un quart hommes et femmes concernés par des règles du type déclaration d'intérêts manquaient à leurs obligations selon le rapport du sénateur Jacques Mézard d'octobre 2015²¹⁹. De plus, au-delà de la déontologie des membres, qui se rapproche de plus en plus du devoir de déontologie imposé aux fonctionnaires, c'est leur recrutement qui pose question. Nommés par le Parlement, le Gouvernement ou le Président de la République (ces trois institutions menant une bataille féroce pour nommer le président de l'AAI, celui-ci n'ayant finalement que peu de pouvoirs propres), les membres des AAI sont largement issus des grands corps de l'Etat²²⁰. Améliorer la représentativité et la légitimité du collège semble une priorité pour assurer l'indépendance de ce dernier (dont dépend l'indépendance de l'autorité comme l'a décrit la Professeure Martine Lombard, cf supra). Il est intéressant de remarquer que l'indépendance de ces autorités ne repose *in fine*, à en croire tant les rapports parlementaires, que sur le comportement individuel des membres les composant.

²¹⁷ J. Mézard, *op.cit.*, p. 27.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 35.

²¹⁹ *Ibid.*, pp. 46-47.

²²⁰ *Ibid.*, p. 48.

Le contrôle se fait de son côté par deux biais : il est tout d'abord de plus en plus parlementaire, le Parlement tentant de récupérer des attributions perdues durant l'émergence de ce modèle de régulation/action publique. La rationalisation en elle-même, en diminuant le nombre d'AAI et en leur imposant un statut clair, vise à restaurer l'influence du Parlement. Ce contrôle s'effectue également de manière technique. Si la simple présence de parlementaires au sein de l'autorité ou l'interaction fréquente entre le Parlement et l'AAI ne permet pas d'assurer un contrôle démocratique satisfaisant²²¹, ce contrôle passe par la publication de rapports annuels par ces autorités ou l'examen de leur budget. La loi du 20 janvier 2017 systématise de système de rapport annuel²²². Ce système de rapport, décrit par la Professeure Marie-Anne Frison-Roche comme de la *soft law*²²³ organise la reddition des comptes de l'autorité indépendante. Avec ce système, il n'y a pas d'immunité de l'autorité de régulation, mais un système d'*accountability*²²⁴ dans lequel le régulateur est tenu par ses résultats²²⁵.

Ce contrôle des AAI est surtout juridictionnel. Au travers de jurisprudences audacieuses, la juridiction administrative s'est reconnue la compétence de contrôler l'action des régulateurs économiques. Dans un premier temps, c'est le Conseil constitutionnel qui a admis la constitutionnalité de la création des AAI et de l'attribution à ces autorités d'un pouvoir de sanction ou de réglementation²²⁶. Puis, petit à petit, le Conseil d'Etat a accepté de contrôler une multitude d'actes émanant des autorités de régulation²²⁷. Cela concerne des actes qui ne sont pas des actes de régulation (refus d'instruire un dossier, par exemple²²⁸) mais également les règles édictées par ces autorités, ou des documents, comme des notes par exemple, qui, bien que ne traduisant pas en apparence l'exercice d'un pouvoir réglementaire, affectent l'ordonnement juridique²²⁹. Les décisions individuelles des autorités de régulation sont

²²¹ *Ibid.*, p. 80.

²²² Article 21 loi n°2017-55 du 20 janvier 2017, portant statut des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, JORF 0018 du 21 janvier 2017.

²²³ M-A. Frison-Roche, Responsabilité, indépendance et redditions des comptes dans les systèmes de régulation économique, in *Responsabilité et régulations économiques*, M-A. Frison-Roche (dir.), Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2007, p. 68.

²²⁴ *Idem.*

²²⁵ *Ibid.*, p. 70.

²²⁶ Cons. const., décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

²²⁷ Conseil d'Etat, « Le juge administratif et les autorités de régulation économique », 13 octobre 2016, p.2.

²²⁸ CE, 10 juin 2013, *Société Bigben Interactive*, n°363082.

²²⁹ CE, 16 novembre 1990, SA « La Cinq », n°97585.

également concernées, y compris les refus d'exercer leurs prérogatives²³⁰. L'un des apports récents et les plus intéressants de ce contrôle juridictionnel concerne les actes de droit souple²³¹, très utilisés par les autorités de régulation pour orienter les comportements des acteurs des secteurs régulés. Traditionnellement ces actes n'étaient pas considérés comme des décisions faisant grief, susceptibles de recours contentieux au motif qu'elles ne créaient pas de droit : ils étaient donc l'outil privilégié de la régulation car peu contrôlés. Le Conseil d'Etat est toutefois revenu sur cette conception en mars 2016²³². Désormais, un communiqué ou une prise de position d'une autorité de régulation est susceptible d'un recours en excès de pouvoir. Cela induit par conséquent un renforcement du contrôle juridictionnel qui empêche l'utilisation abusive d'actes de droit souple, et laisse entrevoir une nouvelle conception juridique de la régulation, moins consensuelle.

Si le contrôle parlementaire a connu des difficultés en raison de l'absence de responsabilité des AAI et donc de certaines autorités de régulation économique devant le Parlement, la crainte d'un pouvoir arbitraire venant de ces dernières a su être tempérée par le juge administratif qui, dans le silence de la loi, a su contrôler les actes des autorités de régulation économique. Ce faisant, il soumet les autorités de régulation à un régime proche sous certains aspects de celui applicable à l'administration, confirmant la responsabilisation et l'encadrement progressif des régulateurs. Concernant le contrôle du Parlement, rénové et approfondi par la loi du 20 janvier 2017, il faudra toutefois attendre avant d'en constater les effets réels, bien que des réserves existent déjà au vu de l'apparente absence de sanctions (sauf la dissolution de l'AAI, qui semble peu probable même après un exercice de mauvaise facture). Ce contrôle est important car, traduisant l'implication du Parlement, il participe à conférer à ces institutions une légitimité conforme aux principes démocratiques²³³.

Il convient maintenant de s'interroger si le souci posé par ces autorités de régulation, imposées bien souvent par l'Union européenne²³⁴ et par leur statut si particulier auquel le droit français malgré ses efforts n'est pas totalement adapté ; n'appelle pas une réponse à l'échelle européenne. Cette difficulté du droit à s'adapter tend à confirmer l'analyse du Professeur

²³⁰ Conseil d'Etat, préc. p. 8.

²³¹ *Ibid.*, p. 11.

²³² CE, Ass, 21 mars 2016, *Société Fairvesta Internationale Gmbh et autres*, n°368082, 368083 et 368084.

²³³ G. Marcou, « La notion juridique de régulation », AJDA 2006, p. 347.

²³⁴ J. Mézard, *op.cit.*, p. 17.

Gérard Marcou : la régulation entraîne des changements qui paraissent « échapper aux catégories habituelles du droit²³⁵ » (on le voit clairement avec cette transposition).

²³⁵ G. Marcou, AJDA 2006, *op.cit.*

Conclusion

Après une première transposition censurée par le Conseil d'Etat, la France a créé l'ASI. La création ex-nihilo d'une entité juridique confirme la tendance à l'agentification dans le champ de la régulation économique : à nouveau secteur, nouvelle agence. Cette agentification se retrouve de manière générale au sein de l'Union européenne, ce qui tend à harmoniser/unifier les formes de la régulation, jusqu'à, peut-être, la création d'un droit européen de la régulation semblable au droit européen de la concurrence. Toutefois, si l'agentification est la norme, les structures de ces agences et les pouvoirs délégués à ces dernières varient considérablement. La transposition de la directive 2009/12/CE confirme ce diagnostic. On observe en effet une réelle diversité des formes d'autorité de supervision, renvoyant ainsi à la devise de l'Union, *In varietate concordia*.

Le choix français a été ici particulièrement étudié. Il a amené à la création d'une entité hybride, à mi-chemin entre administration et autorité administrative indépendante. L'ASI ne possède pas la personnalité juridique, vue parfois comme un symbole²³⁶ ou un artifice ne garantissant pas l'indépendance, mais elle a été pensée de manière à ce qu'on puisse raisonnablement présumer de son indépendance. Ce choix français détonne au vu des choix européens ; il doit toutefois se comprendre dans un contexte juridique particulier. La France n'étant plus dans une logique de création d'AAI, ni de fusions de ces dernières, il semble cohérent que la transposition de la directive n'ait pas abouti à l'une de ces deux hypothèses.

La France, en refusant la création d'une AAI ou la fusion avec l'ARAFER, a effectué un choix politique dont les raisons sont parfois dures à appréhender ; ce choix, s'il participe certes à la volonté de rationalisation des AAI (l'ASI ne sera pas comptée en tant que telle dans les rapports) ne résout en rien le problème institutionnel des agences non dotées de la qualification d'AAI ou d'API. Ces nouvelles agences, dont on exige seulement l'autonomie et l'indépendance à l'égard du pouvoir central, ont un positionnement hiérarchique pour le moins incertain et le questionnement autour de leur création se posera dans le futur : il semble bien vain de rationaliser la création d'AAI si cela amène à créer d'autres formes d'agences

²³⁶ G. Eckert, « Autorités de régulation, autorités administratives et publiques indépendantes », in *Dictionnaire des régulations*, M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, B. du Marais., A. Sée (dir.), Lexis Nexis, Paris, 2015 pp. 100-109, p. 104.

dont la forme n'est pas totalement définie. En bref, le choix français semble logique dans le contexte national de défiance à l'envers des AAI (la création d'une autorité administrative indépendante pour cette seule mission de régulation des redevances aéroportuaires aurait sans nul doute attiré des commentaires sur la création inutile de telles autorités pour des tâches subalternes), et répond a priori aux exigences de l'Union Européenne. Mais ce choix a également pour fâcheuse conséquence d'entériner la création d'autorités au statut flou et innommé. Cela donne l'impression d'une navigation à vue, sans cap ni cadre juridique défini ; ces agences ont-elles vocation à durer ? L'ASI n'a-t-elle pas vocation à intégrer, à terme, les services de l'ARAFER ? Le questionnement est réel.

Il convient toutefois de remarquer que l'ASI semble entièrement fonctionnelle et qu'elle semble à même d'avoir un impact effectif sur le secteur régulé, en témoigne le refus signifié dans un premier temps²³⁷ à ADP concernant le montant des redevances aéroportuaires pour la période 2017. Toutefois, la tendance à la libéralisation, qui démontre comme le relève avec malice Nicolas Thirion, en paraphrasant Michel Houellebecq, une « extension du domaine du marché ²³⁸ » laisse penser que d'autres secteurs seront libéralisés et pourraient connaître une transposition similaire. C'est en cela que la transposition française interroge. Il faut toutefois rester mesuré : l'ASI pourrait devenir un exemple d'autorité « intermédiaire », adaptée au marché et indépendante tout en ne devenant pas démesurée, assurant un contrôle démocratique effectif.

Il convient enfin de placer cette transposition du droit dérivé de l'Union européenne dans son contexte unioniste. A cet égard, difficulté rencontrée dans la transposition de la directive 2009/12 n'est pas propre, ni à cette directive, ni à la France. En effet, la plainte des Etats membres est récurrente à propos d'un manque de précision des directives²³⁹, entraînant des interprétations très variables de la part des Etats membres, qui sont obligées de se doter d'une

²³⁷ Les premiers tarifs soumis par ADP furent en effet refusés en janvier 2017. Voir ASI, Décision n°1606-D1 du 19 janvier 2017 sur la saisine n°1606 relative à la demande d'homologation des tarifs d'aéroports de Paris SA. Toutefois, la deuxième proposition de tarifs soumise par ADP fut homologuée en février 2017. Voir ASI, Décision n° 1606 - D2 du 20 février 2017 relative à la demande d'homologation des tarifs de redevances aéroportuaires de la société Aéroports de Paris S.A.

²³⁸ N. Thirion, *Économie de marché, régulations sectorielles et droit économique*, in *Libéralisation, privatisations, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, N. Thirion (dir.), Larcier, Bruxelles, 2007, p. 11.

²³⁹ J. Mézard, *op. cit.*, p. 17

institution sans autre certitude que la nécessité d'indépendance. Cela est certes un moyen d'accorder une liberté institutionnelle aux Etats, ce qui est sans aucun doute le but de la directive, plus souple qu'un règlement, mais cela provoque également un désordre juridique au sein des droits nationaux, et peut parfois contribuer à vider la directive de son sens si l'interprétation de l'État membre diffère grandement²⁴⁰. De ce fait, il est compliqué d'avoir une régulation harmonieuse d'un point de vue organique, ce qui peut peser sur l'émergence de pratiques communes sur la régulation sectorielle puis dans la régulation globalement prise, pratiques communes pourtant attendues faute de droit de la régulation à proprement parler. Plus de précision dans les textes et traductions est attendue afin d'éviter les difficultés récurrentes de transposition.

A défaut, on a pu observer que les Etats membres ont su s'organiser au sein du Thessaloniki forum, un groupe d'échange entre autorités de supervisions indépendantes concernant les régulations aéroportuaires. Ce groupe de la commission européenne permet ainsi aux Etats membres de discuter des difficultés rencontrées dans l'exercice de la régulation sectorielle mais également des solutions à y apporter ; le Royaume Uni y défend régulièrement son appréciation spécialisée de chaque aéroport pour déterminer le pouvoir de marché de chaque plateforme aéroportuaire. Cette interrégulation solidaire²⁴¹ encourage et promeut un modèle coopératif de régulation à l'échelle européenne, sans pour autant que cette interrégulation n'ait d'effets juridiques. Toutefois, ce genre de pratique peut être analysée comme une pratique « tutélaire²⁴² » de la Commission européenne qui impose un réseau européen de régulateurs sectoriels.

A cet égard, on peut s'interroger si une institution nationale, relativement faible, ne bénéficierait pas du renforcement de ce genre de pratique communes. On peut ici penser au fonctionnement du réseau européen de la concurrence, qui, avec un système de maillage vertical, permet de faire circuler les informations entre les Etats membres, participant à la création de pratiques communes

²⁴⁰ H. Delzangles, *op.cit.*

²⁴¹ G. Marcou, « Rapport de synthèse », in *L'interrégulation*, *op.cit.* pp. 223-238, sp. p. 233,

²⁴² G. Eckert, *op.cit.*, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », RFAP, 2012/3 (n°143), pp. 629-643, p.642.

Bibliographie.

Ouvrages.

BAZEX Michel, ECKERT Gabriel, LANNEAU Régis, LE BERRE Christophe, DU MARAIS Bertrand, SEE Arnaud (dir.), *Dictionnaire des régulations*, Paris, Lexis Nexis, 2015.

DU MARAIS Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et de Dalloz, 2004.

ECKERT Gabriel et KOVAR Jean-Philippe (dir.), *L'interrégulation*, Paris, l'Harmattan, 2015.

THIRION Nicolas (dir.), *Libéralisation, privatisation, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, Bruxelles, Larcier, 2007.

Contribution à un ouvrage collectif.

DELZANGLES Hubert, « La notion d'interrégulation », in *L'interrégulation*, G. Eckert et J.-P. Kovar, Paris, l'Harmattan, 2015, pp. 13-36.

ECKERT Gabriel, « Autorités de régulation, autorités administratives et publiques indépendantes », in *Dictionnaire des régulations*, M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, A. Sée (dir.), Paris, Lexis Nexis, 2015, pp. 100-109.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Régulation versus concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphanie Payet*, 2012, pp. 171-185.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in *Responsabilité et régulation économiques*, in M.-A. Frison-Roche (dir.), Paris, Presse de Sciences Po et Dalloz, volume 5, 2007, pp. 55-70.

MARCOU Gérard, « Différenciation des régulations et interrégulation. Rapport de synthèse. », in *L'interrégulation*, G. Eckert et J.-P. Kovar, Paris, l'Harmattan, 2015, pp. 223-238.

MULLER Etienne, « Interrégulation sectorielle ou régulation intersectorielle ? » in

L'interrégulation, G. Eckert et J.-P. Kovar, Paris, l'Harmattan, 2015, pp. 117-133.

PERROT Anne, « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions de la régulation économique », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, M.-A. Frison-Roche (dir.), Paris, Presse de Sciences Po et de Dalloz, 2006, pp. 151-159.

SEE Arnaud, « Régulation : conceptions doctrinales », in *Dictionnaire des régulations*, M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, A. Sée (dir.), Paris, Lexis Nexis, 2015, pp. 514-520.

THIRION Nicolas, « Economie de marché, régulations sectorielles et droit économique », in N. Thirion (dir.), *Libéralisation, privatisation, régulations, aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, Bruxelles, Larcier, 2007.

Articles.

BAZEX Michel et BLAZY Sophie, « La modulation des redevances aéroportuaires à l'aune de la nouvelle approche de la notion de redevances pour services rendus », (2009), *Droit administratif* n°3, mars 2009.

BERROD Frédérique et WACHSMANN Anne, « Les critères de justification des monopoles : un premier bilan après l'affaire Corbeau », (1994), *RTD Eur* 1994, pp. 39-61.

BLANCHET Pierre-Adrien, « Aviation civile : une nouvelle autorité de supervision indépendante pour les redevances aéroportuaires », (2016), *JCP ed. G*, p. 1115.

BOTTEGHI Damien, « Aéroport Marseille-Provence : la guerre des terminaux », (2011), *RJEP* n°690, comm. 42, p. 10.

BOY Laurence, « Réflexions sur le droit de la régulation » (2001), *Dalloz* 2001 p. 3031.

CAMBY Jean-Pierre, « Les impositions de toute nature : une catégorie sans critère ? », (1991), *AJDA* 1991, p. 339.

DELZANGLES Hubert, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationale par la Cour de justice de l'Union européenne », (2011), *RJEP*

n°689, août 2011, comm. 41, p. 2.

DEZOBRY Guillaume, « L'indépendance des autorités de régulation à l'égard des opérateurs régulés », (2012), *RFAP 2012/3* (n°143), pp. 645-654.

ECKERT Gabriel et KOVAR Jean-Philippe, « Introduction », (2012), *RFAP 2012/3* (n°143), pp. 621-628.

ECKERT Gabriel, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », (2012), *RFAP 2012/3* (n°143), pp. 629-643.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Définition du droit de la régulation économique » (2004), *Dalloz 2004*, pp. 126-129.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la régulation », (2001), *Dalloz 2001*, p. 601.

GLASER Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », (2015), *AJDA 2015*, p. 1840.

GLASER Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », (2011), *AJDA 2011*, p. 1880.

GRAIL Vincent, « Transport ferroviaire régional en Rhône-Alpes : performance et perspective à la lumière d'une comparaison européenne », (2011), *Gestion et management*, p. 20.

GRARD Loic, Enfin la directive redevances aéroportuaires, (2009) *Revue de droit des transports*, n°5, mai 2009, comm. 107.

JAPPONT Frédéric, « L'encadrement juridique de la coopération entre les autorités de régulation », (2005), *Dalloz 2005*, p. 893.

KOVAR Robert, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? », (1996), *RTD Eur*, avril-juin 1996, p. 242.

LOMBARD Martine, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », (2013), *AJDA 2013*, p. 531.

MAILLARD Benjamin, « Aéroports : la création d'une autorité de supervision indépendante

», (2016), *Energie-Environnement-Infrastructures n°10*, octobre 2016, comm. 72.

MARCOU Gérard, « La notion juridique de régulation », (2006), *AJDA 2006*, p. 347.

MARTIN Sébastien, « La légalité des redevances aéroportuaires : entre règles européennes et nationales », (2011), *Revue de droit des transports*, n°12, décembre 2011, comm. 201.

MARTUCCI Francesco, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », (2012), *RFAP 2012/3* (n°143), pp. 723-734.

NICINSKI Sophie, « Le mode de régulation », (2010), *AJDA 2010* p. 735.

RODRIGUES Stéphane, « Chroniques », (2009), *Concurrences n°2/2009*, p.197.

VENAYRE Paul, « L'évolution du secteur aéroportuaire française renforce la nécessité de régulation », (2010), *Revue Lamy de la concurrence vol. 23*, avril juin 2010, pp. 27-30.

Thèses.

CHARIKLEIA Vlachou, La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergies), (2014), Université Paris 2.

PERROUD Thomas, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, (2013), Université Paris 1.

Sources :

- **Rapports, avis, présentations**

Autorité de la Concurrence, (2010), *Avis n°10-1-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français.*

Autorité de la Concurrence, (2016), *Avis n° 16-A-10 du 3 mai 2016 concernant un projet de décret relatif aux redevances aéroportuaires.*

Commission européenne, (2011), *rapport COM (2011) 328 concernant la politique de la concurrence.*

Commission européenne, (2014), *rapport COM (2014) 278 du 19 mai 2014 concernant l'application de la directive de la directive sur les redevances aéroportuaires.*

Conseil d'Etat, (2001), *Les autorités publiques indépendantes, rapport public 2001*, EDCE n°52.

Conseil d'Etat, (2016), *Le juge administratif et les autorités de régulation économique.*

Cour des comptes, (2016), *L'Etat et la compétitivité du transport aérien*, septembre 2016.

DOSIERE René et VANNESTE Christian, (2011), *Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes*, déposé en application de l'article 14-3 du règlement, par le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information (n°2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes, n°4020.

GELARD Patrice, (2006), *Les autorités administratives indépendantes, évaluation d'un objet juridique non identifié*, rapport sénatorial fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, remis le 15 juin 2006.

GELARD Patrice, (2014), *Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes*, fait au nom de la commission des lois.

LEOTHAUD Isabelle, REMY Nicolas et THOMAS Rachel, (2007), *L'accessibilité des réseaux de transport en commun en Europe : état des lieux et pratiques de références*, [rapport de recherche].

MEZARD Jacques, (2015), *Un Etat dans l'Etat : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, (rapport n°126 fait au nom de la CE).

PHILIPPE Jérôme, (2014), « Concurrence et aéroports », présentation effectuée au séminaire Philippe Nasse, 09 janvier 2014.

PONTIER Jean-Marie, (2006), « Synthèse des rapports nationaux », in *Les autorités administratives indépendantes, évaluation d'un objet juridique non identifié* (tome deux : annexes).

UAF, (2017), *Les aéroports au service de l'attractivité du territoire, manifeste des aéroports français*.

- **Jurisprudences :**

- Juridictions nationales

Conseil d'Etat, Assemblée, 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, n°30791.

Conseil Constitutionnel, 18 septembre 1986, décision 86-216 DC, Loi relative à la liberté de communication.

Conseil d'Etat, 16 novembre 1990, SA « La Cinq », n°97585.

Conseil d'Etat, 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, n°72862.

Conseil d'Etat, 1^{er} décembre 1999, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n°194748.

Conseil d'Etat, avis, huitième et troisième sous sections réunies, 16 février 2001, n°226115.

Conseil constitutionnel, 14 avril 2005, décision 2005-513.

Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, n°293229.

Conseil d'Etat, 7 mai 2008, *Société Air France*, n°294213.

Conseil d'Etat, 26 décembre 2008, *Société Air France*, n°312426.

Conseil d'Etat, 7 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti*, n°309499.

Conseil d'Etat, 26 juillet 2011, *Société Air France*, n°329818 et 350540.

Conseil d'Etat, 10 juin 2013, *Société Bigben Interactive*, n°363082.

Conseil d'Etat, 29 avril 2015, *SCARA*, n°379574.

Conseil d'Etat, Assemblée, 21 mars 2016, *Société Fairvesta Internationale GmbH et autres*, n°368082, 368083 et 368084.

- Juridictions européennes

Cour de justice des Communautés européennes, 20 mars 1985, *Commission contre Italie*, C-41/83.

Cour de justice des Communautés européennes, 19 mars 1991, *France contre commission*, C-202/88.

Cour de justice des Communautés européennes, 27 octobre 1993, *Decoster*, C-69/91.

Cour de justice des Communautés européennes, 27 octobre 1993, *Taillandier*, C-92/91.

Cour de justice de l'Union européenne, 20 octobre 2011, *Department of the Environment for Northern Ireland contre Seaport (NI) Ltd et autres*, C-474/10.

Liste des abréviations :

AAI	Autorités administratives indépendantes
ADP	Aéroports de Paris
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
APE	Agence des participations de l'Etat
API	Autorités publiques indépendantes
ARAFER	Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ASI	Autorité de supervision indépendante
Ass. Nat	Assemblée nationale
Aut. Conc.	Autorité de la concurrence
CE	Conseil d'Etat
CEE	Communauté économique européenne
CGEDD	Conseil général de l'environnement et du développement durable
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CoCoAéro	Commission consultative aéroportuaire
CoCoEco	Commissions consultatives économiques
Comm.UE	Commission européenne
Cons.Const	Conseil constitutionnel
DGAC	Direction générale de l'aviation civile
DGCCRF fraudes	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DTA	Direction du transport aérien
JCP ed G	Jurisclasseur périodique, édition générale
JOCE	Journal officiel de la communauté européenne
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
MHLD	Ministère de l'Habitat et du Logement durable
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif

RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RTD Eur	Revue trimestrielle de droit européen
SA	Société anonyme
SCARA	Syndicat des compagnies aériennes autonomes
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UAF	Union des aéroports français

Table des matières.

Sommaire	4
Introduction	6
TITRE I. LE DEFI DE LA REGULATION DES REDEVANCES AEROPORTUAIRES : ENTRE EXIGENCES EUROPEENNES D'INDEPENDANCE ET TENSIONS CONTENTIEUSES NATIONALES, UNE DIRECTIVE BIENVENUE MAIS UNE TRANSPOSITION MALADROITE.	13
§ 1. LE REGIME ANTERIEUR A LA DIRECTIVE : ENTRE CONTENTIEUX ET MANQUE DE TRANSPARENCE	13
<i>I. Un contentieux « abondant et délicat » depuis 1958, accompagnant l'évolution du statut des aéroports</i>	14
<i>II. Le renforcement des débats avec l'introduction du « Low Cost » : l'affaire Air France contre l'aéroport Marseille-Provence</i>	16
<i>III. Un système antérieur contestable, basé sur une double homologation</i>	17
§ 2. LA TRANSPOSITION INITIALE DE LA DIRECTIVE	20
<i>I. Un système censuré par le Conseil d'Etat</i>	20
A. La désignation d'un organe de l'administration de l'aviation civile en tant qu'autorité de supervision	21
B. La censure du Conseil d'Etat pour manque d'indépendance	22
<i>II. L'indépendance du régulateur gage d'un marché concurrentiel non faussé</i>	23
A. L'influence originelle du droit de l'Union : l'interprétation libérale par la jurisprudence du droit de l'Union européenne	23
B. Les problématiques de l'indépendance : un arbitrage entre légitimité politique et efficacité économique ?	26
§ 3. LA CREATION D'UNE NOUVELLE AUTORITE : LA SOLUTION AU PROBLEME ?	29
<i>I. Les débats et recommandations antérieurs</i>	29
<i>II. Une autorité hybride, à mi-chemin entre administration et autorité administrative indépendante : l'autorité de supervision indépendante.</i>	30
<i>III. Les nouvelles garanties de l'ASI : un modèle adapté ou une simple transition ?</i>	31
TITRE II. DE LA COMPARAISON EUROPEENNE A UN CONTEXTE NATIONAL DE RATIONALISATION DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES, LE LEGITIME QUESTIONNEMENT ENTOURANT L'AUTORITE DE SUPERVISION.	34
§ 1. LA COMPARAISON DU CHOIX FRANÇAIS AVEC LES AUTRES MODELES NATIONAUX	34
<i>I. Les principaux modèles institutionnels retenus par les Etats membres</i>	35
A. La régulation des redevances aéroportuaires par une entité ministérielle	35
B. La création ex nihilo d'un régulateur sectoriel ou l'attribution à un régulateur trans sectoriel des transports	37
C. La prise en charge de la régulation des redevances aéroportuaires par l'autorité de la concurrence	38
<i>II. L'exception compréhensible luxembourgeoise et l'étrange transposition allemande : deux situations particulières</i>	39
<i>III. Les choix forts effectués dans certains Etats : le régime spécial du Royaume Uni, de l'Espagne, de la Belgique</i>	40
§ 2. UN CHOIX ORIGINAL EFFECTUE DANS UN CONTEXTE DE DEBAT CONCERNANT LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES	45
<i>I. Un choix mettant en valeur le rejet de deux hypothèses plus ou moins pertinentes au regard du modèle de régulation en France</i>	45
A. Le modèle français de régulation	46
	72

B. Le refus d'une autorité mêlant concurrence et régulation dans un souci de cohérence	47
C. Une alternative crédible mais déniée : l'élargissement des compétences de l'ARAFER	49
D. L'absence d'autorité de régulation du secteur aéroportuaire : la marque d'une transposition a minima	51
<i>II. Le débat national sur les autorités administratives indépendantes : rationaliser pour gagner en cohérence</i>	52
A. L'état des lieux : une méfiance affichée face à un « Etat dans l'Etat »	53
B. La volonté de rationaliser la création des autorités administratives indépendantes	54
C. De la garantie de l'indépendance au renforcement du contrôle : le paradoxe des AAI ?	55
Conclusion	60
Bibliographie.	63
Sources :	67
Liste des abréviations :	70
Table des matières.	72
Résumé :	74

Résumé :

La directive européenne n°2009/12/CE a imposé aux Etats membres la mise en place d'une autorité de régulation indépendante pour réguler les redevances aéroportuaires. Au coeur d'un sujet sensible du fait des nombreuses participations étatiques dans l'aviation civile, cette libéralisation qui a pour objectif de baisser le niveau des redevances s'est accompagnée de la mise en place d'autorités. Si la directive n'impose aucune forme particulière concernant l'autorité, des exigences fortes concernant l'indépendance sont attendues. Faute d'indépendance, la première transposition française datant de 2011 a été annulée par le Conseil d'Etat. La France s'est par conséquent doté d'un nouveau régulateur sectoriel, l'ASI, créé ex-nihilo, en 2016. Ce choix français pose question au vu des transpositions des autres Etats membres de l'Union européenne, et s'inscrit dans un contexte national tendu relatif à la rationalisation des autorités indépendantes françaises.

Mots clés : régulation ; redevances aéroportuaires ; autorité administrative indépendante ; indépendance ; aviation civile ; directive 2009/12/CE ; transposition ; ASI.

Abstract

The European Directive 2009/12/EC imposed the mandatory establishment of an independent regulatory authority on the EU member states, in order to monitor airport charges and lower the level of royalties. The establishment of these authorities is at the heart of this liberalisation and can be a sensitive issue given that many member states participate in civil aviation. Should the directive not impose any particular form of authority, strong guarantees of independence are expected. This lack of independence was evident in 2011 when the Conseil d'Etat cancelled the first French attempt to transpose this European text into its legislation. Consequently, France set up a new sector regulator called the ASI, which was created ex-nihilo in 2016. This decision took place in a tense national context relating to the rationalisation behind the set up of French independent authorities and raised questions as it is an exception regarding the others member's transposition.

Key words : regulation , airport charges ; independent administrative authority ; independent ; civil aviation ; directive 2009/12/EC ; transposition, ASI.