

UR7307 || CEIE - Centre d'Études Internationales et Européennes

Libéralisation des transports et concurrence durable : les nouveaux enjeux de la concurrence dans l'Union européenne

Réflexion à partir du transport aérien de passagers.

Pascal SIMON-DOUTRELUINGNE

Pour obtenir le grade de **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/Spécialité : **Droit public**

Thèse de doctorat

Présentée et soutenue publiquement à Strasbourg le 30 septembre 2022

Directrice de thèse :

Frédérique BERROD (professeure, Université de Strasbourg)

Rapporteurs :

Régis LANNEAU (maître de conférences, Université Paris Nanterre)

Frédéric MARTY (chargé de recherche, CNRS - Université Côte d'Azur)

Membres du jury :

Jean-Philippe KOVAR (professeur, Université de Strasbourg)

Mehdi MEZAGER (maître de conférences, Université Côte d'Azur)

Étienne MULLER (professeur, Université de Strasbourg)

« La concentration entre Aegean et Olympic aurait engendré un quasi-monopole en Grèce et, partant, une hausse des tarifs et une baisse de qualité des services proposés aux Grecs et aux touristes voyageant entre Athènes et les îles grecques. [...] Mes services et moi-même avons tout mis en oeuvre pour trouver une solution, mais les mesures correctives proposées par les entreprises n'auraient malheureusement pas protégé de manière adéquate les intérêts des quatre millions de consommateurs qui empruntent les liaisons concernées. »

Joaquín Almunia, vice-président de la Commission européenne chargé de la concurrence à l'occasion de la décision d'interdire le 26 janvier 2011 le projet de concentration entre Aegean et Olympic airlines.

(Commission européenne, Communiqué de presse, IP/10/1017, le 26 janvier 2011)

Résumé

Le secteur du transport aérien de passagers est l'un plus ancien secteur économique libéralisé, alors que le transport ferroviaire de passagers n'en est qu'au début de son ouverture à la concurrence. La politique de concurrence, par le droit européen qu'elle a mise en œuvre, a démonopolisé et, dans une moindre mesure, désétatisé un secteur économique stratégique pour la connectivité du territoire et l'édification du marché intérieur. Même si la structure du marché, ainsi obtenue, reste imparfaite au sens de la théorie économique, et relève d'une illusion de la concurrence par la seule ouverture du marché, le marché aérien européen met en lumière une concurrence durable.

Par la pratique institutionnelle de cette concurrence imparfaite, et en tenant compte des perturbations normatives extérieures venant principalement des États-Unis, l'Union européenne crée cette nouvelle texture de la concurrence comme on le ferait d'un alliage, cette incorporation d'éléments, effectuée dans le but de modifier certaines de leurs propriétés voire de leur conférer des propriétés nouvelles. La thèse vise à proposer une nouvelle lecture de l'application de la politique de concurrence de l'Union européenne à un mode de transport qui s'insère dans une logique globale de mobilité.

Les objectifs du Pacte vert européen, en devenant les nouvelles orientations générales de l'Union, s'appliquent à notre secteur d'étude. On perçoit, dès lors, la constitution d'un écosystème normatif progressivement constitué des décisions pragmatiques du régulateur, de recherche d'une plus grande loyauté dans les relations entre opérateurs économiques européens comme issus d'États tiers, enfin, d'une planification écologique qui doit permettre autant la transition énergétique du secteur aérien que sa résilience face aux crises régulières. Autant d'éléments qui constituent, au sens de cette thèse, une concurrence durable.

*

Abstrat

The air passenger transport sector is one of the oldest liberalised economic sectors, while rail passenger transport is only at the beginning of its opening to competition. Competition policy, through the European law it has implemented, has demonopolised and, to a lesser extent, de-statised an economic sector that is strategic for the connectivity of the territory and the construction of the internal market. Even if the structure of the market thus obtained remains imperfect in the sense of economic theory, and is the result of an illusion of competition through the mere opening of the market, the European air market highlights sustainable competition.

Through the institutional practice of this imperfect competition, and taking into account the external normative disturbances coming mainly from the United States, the European Union creates this new texture of competition as one would do with an alloy, this incorporation of elements, carried out with the aim of modifying some of their properties or even conferring new properties on them. The thesis aims at

proposing a new reading of the application of EU competition policy to a mode of transport that is part of a global logic of mobility.

The objectives of the European Green Deal, by becoming the new general orientations of the Union, apply to our sector of study. We can therefore see the constitution of a normative ecosystem progressively made up of pragmatic decisions by the regulator, the search for greater fairness in relations between European economic operators and those from third countries, and finally, ecological planning which should allow both the energy transition of the air transport sector and its resilience to regular crises. All these elements constitute, in the sense of this thesis, sustainable competition.

N.B. : Thèse de doctorat de 872 pages comportant 364091 mots hors résumé et abstract, bas de pages, sommaire, glossaire, index, bibliographie, tables et annexes.

Mots-clés :

Aéroports - Alliances - Air France-KLM – Aides d’Etat - Commission européenne - Concurrence – Concurrence durable - Créneaux aéroportuaires - Démonopolisation – Libéralisation - Loyauté – Lufthansa - Régulation – Ryanair - easyJet – Réseau – Résilience - SNCF - Thalys – Territoire - Transport aérien – Transport ferroviaire – Transport multimodal

Keywords :

Airports - Alliances - Air France-KLM - Air transport - European Commission - Competition - Demonopolization - Liberalization - Fairness - Lufthansa - Regulation – Resilience - Ryanair - easyJet - Network - SNCF - Thalys - Territory - State aid - Rail transport - Multimodal transport - Sustainable competition

*

Intitulé :

Libéralisation des transports et concurrence durable : les nouveaux enjeux de la concurrence dans l'Union européenne

Réflexion à partir du transport aérien de passagers

« La consolidation dans le secteur aérien en Europe est une bonne chose, a déclaré Mme Neelie KROES, commissaire chargée de la concurrence, mais elle ne doit pas déboucher sur une augmentation des prix ou sur une réduction du nombre de transporteurs. Les engagements pris par Lufthansa garantissent que les autres compagnies aériennes pourront proposer de nouveaux services en concurrence avec [Swiss,] l'entreprise fusionnée. »

Communiqué de presse,

IP/05/837

Bruxelles, le 5 juillet 2005

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
Section 1 - Le transport aérien de passagers, objet économique en constante mutation.....	6
§1 - L'appréhension de l'environnement complexe du transport aérien de passagers.....	6
§ 2 - La libéralisation du secteur aérien : le transport de passagers plutôt que des marchandises	12
Section 2 - La spécificité d'un secteur économique dont les principes sont régis par le droit international	15
§ 1 - Le transport aérien de passagers, entre souveraineté des États et libertés du ciel.....	15
§ 2 - L'approche juridique de l'Union, un processus exemplaire dans un « moment politique ».....	19
§ 3 - Penser un véritable écosystème juridique	28
Section 3 - La concurrence durable : une tentative de caractérisation du marché des services de transport aérien en Europe	35
Section 4 - Les questions d'ordre méthodologique et sémantique.	40
Section 5 - La concurrence et son objectif de libéralisation : une logique de phase, cœur de la problématique	45
PARTIE 1 : L'ILLUSION DE LA CONCURRENCE PAR LA SEULE OUVERTURE DU MARCHÉ	48
Titre 1 : La durabilité de la concurrence par son caractère imparfait.....	52
Chapitre 1 : La libéralisation par la désétatisation	59
Conclusion du chapitre 1.....	155
Chapitre 2 : Le constat d'une « libéralisation imparfaite »	158
Conclusion du Titre 1	270
Titre 2 : La pratique institutionnelle d'une concurrence imparfaite	272
Chapitre 1 : Le pilotage institutionnel de la régulation du transport aérien de passagers	274
Conclusion du chapitre 1.....	369
Chapitre 2 : Les effets réglementaires sur le modèle économique du secteur aérien.....	370
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	439
PARTIE 2 : LES PROMESSES D'UNE CONCURRENCE DURABLE.....	442
Titre 1 : La politique globale des transports, condition nécessaire à l'émergence d'une concurrence durable	446
Chapitre 1 : La relation systémique entre transport aérien et aménagement du territoire, l'approche de la multimodalité par la concurrence durable.....	448
Conclusion du chapitre 1.....	530
Chapitre 2 : La démonopolisation du transport ferroviaire comme nouvel élément d'une concurrence durable	532
Conclusion du Titre 1	633
Titre 2 : La concurrence loyale pour éviter le déraillement du « système »	639
Chapitre 1 : La loyauté, facteur endogène de concurrence : une nouvelle perspective de régulation du secteur aérien de passagers	646
Conclusion du chapitre 1.....	789
Chapitre 2 : La loyauté entre compagnies européennes et compagnies d'États tiers, les effets de l'extraterritorialité de la réglementation européenne.....	791

CONCLUSION 2E PARTIE	858
CONCLUSION GENERALE	861
1^{er} point – La transition vers une concurrence durable	862
2^e point – La fin du raisonnement par modes de transport pour penser la mobilité dans le cadre de la vision du Pacte vert européen	865
3^e point – La concurrence durable, nouvelle texture de la concurrence dans le transport aérien de passagers	869
GLOSSAIRE	871
ANNEXES.....	875
Annexe 1 : Les libertés aériennes : le droit de trafic aérien	876
Annexe 2 : Un exemple d’Accord dit « de ciel ouvert »	877
Annexe 3 : Le tableau des alliances commerciales	879
Annexe 4 : Modalités d’application des règles de concurrence dans le transport aérien	880
Annexe 5 : Consolidation des marchés aériens aux États-Unis d’Amérique et de l’Union européenne.....	881
Annexe 6 : France, liaisons annuelles et saisonnières opérées par le plus grand nombre de transporteurs – 2019.....	882
Annexe 7 : Classement des aéroports européens 2019.....	883
Annexe 8 : Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires	888
Annexe 9 : Les co-entreprises (joint-ventures) de la SNCF	889
TABLE DES TEXTES	891
TABLE DE JURISPRUDENCE	893
TABLE DES DECISIONS.....	897
INDEX GENERAL.....	900
INDEX DES OPERATEURS ECONOMIQUES	903
BIBLIOGRAPHIE	906
Ouvrages	906
Thèses et dossiers d’habilitation à diriger une recherche.....	907
Doctrines.....	908
Publications institutionnelles	915
Webographie.....	922
TABLE DES MATIERES	923

Introduction

« ...parti sur Québecair, Trans World, Northern, Eastern, Western, pis Pan-American!
Mais ché pu où chu rendu... »

Extrait des paroles de la chanson *Lindbergh* interprétée par Robert Charlebois, 1968

N.B. En 1968, lorsque Robert Charlebois chantait Lindbergh, les six compagnies aériennes qu'il évoquait étaient des entreprises florissantes. Trente-quatre ans plus tard, toutes ont disparu.

1. L'histoire de l'aviation civile¹ est un condensé de fantasmes et de rêves, de volontés technologique et expansionniste établissant, dans l'esprit de chacune et chacun, un rapport tout à fait singulier à ce secteur économique. Il y a d'abord le mythe d'Icare dont l'extrême sentiment de voler comme un oiseau lui aurait fait oublier les conseils de prudence de son père, Dédale, architecte et scientifique renommé. Il importe de rappeler que l'on attribua aussi à Dédale l'invention de la voile. Celle-ci fera la fortune et la gloire de grandes civilisations et ouvrira le monde aux conquérants-découvreurs, ce que l'aviation permettra ensuite au XXI^e siècle. Tous ces éléments participent de ces rêves d'enfants, que beaucoup d'entre nous ont pu concrétiser par des voyages plus ou moins lointains.

Propos liminaires : Revenir aux rêves d'enfants

2. L'histoire de l'aviation est aussi étroitement liée à celles des constructeurs aéronautiques, comme un continuum entre le génie de Vinci, son ornithoptère dessiné dès 1488, et ces ingénieurs-pionniers qui furent tout autant constructeurs que pilotes. Cette perspective historique reprend du sens à l'heure des premiers vols spatiaux touristiques qui, comme pour l'aviation, sont le fruit d'une compétition, sinon d'une émulation, entre Richard BRANSON (Virgin Galactic) et Jeff BEZOS (Blue Origin).

¹ En ayant bien en tête que ses progrès furent très vite exploités par les forces armées dans les différents conflits.

3. Alors que la première traversée de la Manche en bateau à vapeur est réalisée le 17 mars 1816 entre Newhaven et Le Havre, permettant à ce bateau baptisé « Elise », de relier en direct Londres à Paris, ce n'est que le 25 juillet 1909 que Louis BLÉRIOT assure la première traversée aérienne de la Manche entre Calais et Douvres. Cet exploit concrétisa l'invention d'Éole, par Clément ADER. Le 9 octobre 1890, ce prototype d'avion inspiré des ailes d'une chauve-souris effectuait un voyage de 50 mètres, suivi, le 17 décembre 1903, par le « Wright Flyer » qui réalisait un trajet de 260 mètres à 3 mètres au-dessus du sol². En 1920, Adrienne BOLLAND obtint son brevet de pilotage, devenant la première femme à piloter et intégrer le club restreint des « ailes françaises » après sa traversée de la Manche depuis la France, onze ans après BLÉRIOT. Depuis, les efforts des humains terrestres ont repoussé les limites de l'espace aérien avec la première liaison par l'Aéropostale entre Toulouse et St-Louis du Sénégal le 10 octobre 1927 ou le record de vitesse d'Hélène BOUCHER en 1934³, jusqu'à l'exploitation d'avions supersoniques ou transportant plus de 500 passagers sur plus de 15 000 kilomètres. Autant d'éléments qui assurent pour certains une passion ou pour la plupart, un intérêt pour cet « objet pratique » comme mode de transport rapide et synonyme de vacances.

4. **Le transport aérien est aussi marqué par ses relations complexes avec les autres modes de transport.** C'est d'abord une concurrence avec les voies maritimes, pour l'acheminement du courrier postal, lorsque le Résident général de France au Maroc signa le premier contrat avec l'Aéropostale le 8 mars 1918 pour en assurer la distribution. C'est fut ensuite l'épopée Latécoère⁴ qui, de Saint-Laurent la Salanque (1925) puis de Biscarosse (1930), développa le transport par hydravion, faisant même du lac landais une base aéronavale majeure pour le transport transatlantique. Air France y créa ses premières lignes et vols réguliers de voyageurs vers New York, Natal ou les Antilles depuis Paris et Lyon par le train via Bordeaux. Plusieurs centaines d'hydravions - dont le « Croix du Sud » - s'élanceront

² Gustav WEISSKOPF et Karl JATHO sont deux pionniers de l'air européens qui ont fait franchir un grand pas à l'aviation naissante, en réalisant les premiers vols motorisés de l'histoire, celui-ci n'ayant pas été homologué officiellement. Gustav WEISSKOPF a ainsi réalisé un vol motorisé de 850 mètres à 15 mètres de hauteur, le mercredi 14 août 1901, évoluant aux commandes d'un monoplane n° 21 équipé d'un moteur de 12 chevaux de puissance. Le mardi 18 août 1903, c'est au tour de Karl JATHO de réitérer la performance.

³ Le 8 août 1934, aux commandes d'un Caudron-Renault monoplane de 140 ch, Hélène BOUCHER enlève d'une part le record international de vitesse toute catégorie sur 100 km à 412 km/h et d'autre part le record des 1 000 km à la moyenne de 409 km/h, effaçant le précédent record de Maurice ARNOUX avec 393 km/h.

⁴ Le Musée | museehydro hydravions-biscarosse.com – Consulté le 19 avril 2018.

du lac de Biscarrosse et les plus grandes légendes du ciel, comme MERMOZ, GUILLAUMET, Saint EXUPERY, HÉBRARD, voleront sur ces immenses « paquebots des airs ».

5. **Le pragmatisme commercial et financier des opérateurs de transport reconnaît tout de suite que la multimodalité des modes de transport des passagers est autant une opportunité de concurrence que de coopération.** Pour ces voyages transatlantiques, la combinaison train-avion est le premier exemple de multimodalité, comme succession de modes de transport pour un même voyage, qui a pu se muer en intermodalité, un opérateur liant en un même billet les modes de transport. Ces modalités de transport sont demeurées un élément majeur de la politique européenne de transport pour assurer un développement équilibré et durable des mobilités dans le marché intérieur, défini comme espace sans frontières intérieures. Dans ce cadre multimodal, la politique aérienne européenne est héritière à la fois de cette épopée historique et créatrice d'un nouvel idéal : l'espace aérien européen. Celui-ci a pour ambition de fédérer les liaisons aériennes, reliant les États membres entre eux, et sur la façade externe de l'Union européenne, les liaisons aériennes de plus longues distances, dans un même ensemble normatif. Il s'agit de garantir tout à la fois la fluidité du trafic aérien et la sécurité de ce voyage pour éviter, comme Icare, de côtoyer les feux de l'astre solaire, conférant à la politique aérienne européenne un rôle moteur dans une conjoncture économique souvent chaotique. Ce glorieux passé évoqué, il convient de prendre la mesure de la complexité d'autres caractéristiques de notre rapport à l'aviation qu'elles soient d'ordre psychologique, sociologique, environnemental ou en lien avec les territoires.

Section 1 - Le transport aérien de passagers, objet économique en constante mutation

§1 - L'appréhension de l'environnement complexe du transport aérien de passagers

6. Dans un premier temps, une « psychologie du transport en avion » mêle le rêve de contrôler le ciel à la crainte qu'il inspire. Un tel élément se retrouve peu lorsqu'il s'agit de rêver de l'espace terrestre. Ce rapport psychologique se traduisant, donc aussi, par une phobie de l'objet ou du contexte, les compagnies aériennes proposent de guérir cette peur profonde par des stages qui ambitionnent de la surmonter. **Le voyage en avion est donc**

ambivalent et conditionne le rapport du citoyen avec un mode de transport qui est, en réalité, un rapport à l'espace et au temps, comme une expérience individuelle et signifiante de la mobilité.

7. Dans un deuxième temps, l'apport de la sociologie renvoie le transport aérien à une « qualité des vacances » qui, parce que lointaines, en seraient donc « meilleures ». **L'avion fut longtemps le mode de transport des plus consommateurs les plus aisés**, conditionnant la conception des cabines et des classes de voyage et les services offerts aux passagers dans les aéroports et les avions. L'irruption de l'offre à bas coûts, aussi dénommée *low cost*⁵, a permis une massification des vacances. La fréquence des départs et le nombre important de nouvelles destinations ont rencontré une volonté de découverte d'un espace européen. Ce sont ces *city trips* assurés par des vols moyen-courriers ouvrant l'aviation à l'ensemble des citoyens. Cette sociologie des vacances lointaines réalisables par ce mode de transport conditionne aussi l'innovation des constructeurs aéronautiques, qui portent la distance de 400 km de rayon il y a 100 ans à des voyages de 15 000 km sans escale avec les Airbus A350-900 ULR et les Boeing 787 Dreamliner, dont le nom est particulièrement évocateur de cette expérience de mobilité. Les avions vont aussi gagner en capacité de transport. C'est le dernier-né d'Airbus (A321neo) qui peut, selon la configuration de la cabine, transporter de 130 à 180 passagers, et dont la version rallongée (avion Long Range ou LR), capable de transporter jusqu'à 240 passagers sur une distance maximale de 7400 kilomètres⁶, a réussi le 13 février 2018, son premier vol d'essai transatlantique.

8. Dans le cadre de ce rapport sociologique, il faut encore mentionner le développement d'une tout autre attitude de certains citoyens par rapport à l'avion, la *flygskam* en suédois, parfois francisé en « avihonte », ce sentiment de culpabilité que peut ressentir une personne informée ou sensibilisée à la protection de l'environnement lorsqu'elle se déplace en avion. Ce mode de transport est en effet connu pour son impact écologique négatif et plus important que d'autres moyens de transport. Malgré des efforts importants de

⁵ On utilisera aussi les sigles TBC (transporteur à bas coûts) en anglais LCC (*low cost company*).

⁶ Le premier vol transatlantique commercial aérien, fut celui du dirigeable LZ 127 Graf Zeppelin du 11 au 15 octobre 1928, permettant à vingt passagers de relier Friedrichshafen à Lakehurst (New-Jersey, USA) quand le premier vol transatlantique commercial par avion et sans escale fut celui du Focke-Wulf Fw 200 Condor de la Lufthansa, qui relia Berlin à New York, soit 6 550 km avec vingt-six passagers, en août 1938.

réduction des rejets polluants⁷, ceux-ci sont en augmentation du fait de l'accroissement exponentiel du nombre de passagers⁸, contribuant à aggraver le dérèglement climatique⁹. Ce concept de honte de prendre un avion pour se déplacer contraint certains au *smygflyga* (« voler à la dérobée »), désignant des gens qui voleraient secrètement, en espérant que personne ne les remarquera. **Cette ambivalence est fondamentale pour comprendre les perspectives d'évolutions des transports aériens dans le monde.** Celui-ci ne peut plus être résumé à un espace de libéralisation des flux de transports aériens, multipliant les offres de transports comme les compagnies aériennes dans la chanson de Charlebois, fredonnée en 1968, comme hymne à la mobilité.

9. Dans un troisième temps pour aller plus avant sur **les questions environnementales, celles-ci contraignent peu à peu le transport aérien que cela soit par l'emploi progressif de carburants alternatifs ou la « compensation carbone » d'un vol effectué, mais aussi en favorisant une offre de transport dite totalement décarbonée par le choix offert aux consommateurs d'effectuer son voyage en train à grande vitesse (TGV).** Dès avant la crise sanitaire de la COVID-19 due au virus SARS-CoV-2, le train à grande vitesse, ce « frère ennemi » du transport aérien, s'imposait dans une concurrence entre les modes de transports¹⁰ pour les trajets de moins de 2h en TGV. La crise sanitaire actuelle a conforté cette situation de fait en amenant les législateurs européen et nationaux à prendre position. Ainsi, les propositions

⁷ Entre 2000 et 2019, le nombre de passagers équivalents-kilomètres-transportés a augmenté de 66,5 % tandis que la croissance des émissions de CO₂ du transport aérien en France a été limitée à 24,6%, soit une diminution de 25% des émissions de CO₂ unitaire (en kg de CO₂ par passager_équivalent-kilomètre-transporté), correspondant à une décroissance moyenne de 1,5% /an, Les émissions gazeuses liées au trafic aérien | Ministère de la Transition écologique (ecologie.gouv.fr)

⁸ Le trafic aérien mondial n'a cessé de croître, passant de quelques millions de passagers en 1950 à 3,3 milliards en 2014, la barre du milliard de passagers ayant été franchie en 1987. En 2018, la barre des 4 milliards est dépassée, le trafic étant de 4,5 milliards en 2019. Pour rappel, en 2020, le nombre de passagers transportés fut de 1,8 milliards. Source : OACI (Organisation de l'Aviation civile internationale) / IATA (International Air Transport Association).

⁹ Avec 5,3 Mt en 2018, le trafic aérien intérieur (y compris Outre-Mer et non-commercial) représentait 4,0% des émissions de CO₂ du secteur des transports et 1,6 % des émissions totales de la France selon l'inventaire national des émissions ; après réintégration du transport international (aérien et maritime) dans les bilans, le secteur aérien était à l'origine de 6,4% des émissions de CO₂ de la France en 2018 (chiffres CITEPA, Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique).

¹⁰ CHEN Minghui, Analyse de la concurrence intermodale : l'évaluation de la qualité des dessertes ferroviaires et aériennes, Thèse d'économie et finance soutenue à l'Université de Lyon, 2019.

de la Commission européenne pour un Pacte vert européen¹¹, faites peu de temps avant l'apparition sur le sol européen de la pandémie, ont trouvé un écho important dans les débats sociétaux et parlementaires nationaux autour des préoccupations environnementales.

10. En tirant parti de l'arrêt quasi total du trafic aérien pendant le premier confinement mondial de mars à mai 2020, le législateur français a inscrit dans la loi¹² la primauté du train sur l'avion pour toutes destinations de moins de 2h30, évoquant même la possibilité de porter ce seuil à 4h avec le renouveau actuel de l'offre de train de nuit. **Ce qui a pu apparaître comme une remise en cause frontale du transport par avion, n'est peut-être finalement qu'une réallocation des politiques publiques, comme en témoigne la centralité de la plurimodalité dans la politique de l'UE depuis l'an 2000.** L'Union, en effet, prône l'intermodalité¹³ en tant que transport plurimodal organisé par un seul et même opérateur, à l'image des offres d'Air France et de Lufthansa pour acheminer par le train leurs passagers vers les aéroports de Paris-Charles de Gaulle (Paris-CDG) et Francfort-sur-le-Main. Cette évolution inscrit les idées de transition énergétique et de pérennité du transport aérien, tant elle pose la question de la pertinence des choix de l'Union européenne dans le développement, sans cesse plus important, de l'offre de transport aérien postulé par la libéralisation des transports par avion et le choc d'offre qui en a découlé. Déjà, en 2007, les services de la Direction générale de l'aviation civile (DGAC) se posaient la question des capacités disponibles pour un développement durable du transport aérien¹⁴. Il est de bon ton, dans le milieu aéronautique, d'avancer que les efforts pour diminuer la consommation d'énergie et les rejets de gaz à effets de serre¹⁵ sont bien plus anciens et importants que ceux réalisés par le transport par route ou

¹¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Le pacte vert pour l'Europe, COM/2019/640 final du 11 décembre 2019.

¹² La loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

¹³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir, COM(2020) 789 final du 9 décembre 2020.

¹⁴ https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Capacit%C3%A9s%20_total.pdf – Consulté le 19 avril 2020.

¹⁵ On peut relever comme exemple, les efforts pour réduire la consommation des réacteurs, l'abandon de l'A380 qui en tant que quadriréacteur était un avion particulièrement consommateur de carburant, ou encore la promotion de carburant mixte, kérosène/SAF (*sustainable aviation fuel* pour carburant durable d'aviation), le SAF étant produits à partir de la biomasse.

dans le secteur du logement, jusqu'à communiquer sur les perspectives offertes par la technologie de l'hydrogène dans laquelle des investissements massifs doivent être réalisés.

11. **Il était inévitable que le secteur aérien prenne aussi sa part dans la lutte contre le dérèglement climatique, la croissance si rapide de ce mode de transport impliquant la nécessité de respecter les exigences du développement durable** et, en particulier, de se satisfaire des infrastructures aéroportuaires existantes pour les améliorer plutôt que les étendre, comme de réduire ses pollutions atmosphériques et sonores. Il s'agit ni plus ni moins que de tirer les conclusions de l'impératif de la transition écologique, qui remet fondamentalement en cause l'idée de développement continu de l'offre, socle de base de la logique du marché intérieur. Dès lors, la réaction des compagnies aériennes a reposé sur une amélioration de l'efficacité énergétique des avions, en plébiscitant dès 2014, le modèle A320neo d'Airbus qui permettait une réduction de 15 % de sa consommation de carburant et une réduction de moitié du bruit émis. Depuis, les avancées sont continues. Le 18 mai 2021, la compagnie Air France assurait, en partenariat avec la société d'énergies Total, un premier vol long-courrier avec du carburant à base d'huiles de cuisson. C'est un élément majeur de pérennité de ce mode de transport d'autant qu'il trouve à s'associer avec le primat de l'électrification des transports, déjà à l'œuvre dans la première décennie 2000 et dont l'objectif est généralisé par le Pacte vert européen. Les avions sont actuellement certifiés pour voler avec 50 % de kérosène/SAF (*sustainable aviation fuel* pour carburant durable d'aviation), produit à partir de la biomasse, et à terme d'hydrogène. Le secteur aérien estime avoir la capacité de voler avec 100 % de carburants durables d'ici 2050¹⁶.

12. Dans un quatrième et dernier temps, **le rôle du territoire européen desservi par une infrastructure aéroportuaire, ainsi connecté à d'autres territoires fut, dès le Traité de Rome, un élément important pour la promotion du marché commun devenu marché intérieur**. Pour l'envisager, il faut comprendre la structuration du réseau d'aéroports européens. Si l'on s'en tient à l'une des catégories identifiées par la Commission européenne dans sa politique

¹⁶ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs et abrogeant la directive n°2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil, COM/2021/559 final du 14 juillet 2021.

d'aides d'État¹⁷, le seuil de trois millions de passagers¹⁸ distingue les aéroports régionaux des aéroports internationaux. En prenant en compte ce seuil et la densité de population au km² de quelques États membres représentatifs du marché aérien européen, on peut réaliser une première image du rapport de la population au transport aérien et au rôle que celui-ci joue dans la connectivité du territoire. Selon les données¹⁹ de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) – en anglais IATA pour *International Air Transport Association* –, on dénombre dix aéroports majeurs en Allemagne avec une densité de population de 234 hab./km² et quatorze en Espagne avec une densité bien inférieure, s'établissant à 92,7 hab./km. À ce niveau de comparaison, la différence de situation peut s'expliquer tant par l'offre de trains plus dense en Allemagne, et particulièrement de trains circulant à grande vitesse, que par l'éloignement géographique de certaines destinations insulaires. Pour compléter ce premier tableau, en évoquant deux autres marchés importants de l'Union européenne, on compte seize aéroports de plus de trois millions de passagers annuels en Italie (203,3 hab./km), contre dix en France avec une densité de population de 105 hab./km. Dans ce même ordre d'idées, l'Allemagne, pour une densité de population double de la France, possède un aéroport majeur, Francfort-sur-le-Main, équivalent à Paris-Charles de Gaulle, et des aéroports « secondaires » répartis sur le territoire (Munich, Düsseldorf ou Berlin) plus importants que les aéroports français de Nice, Lyon ou Marseille. Cela correspond à l'idée que le transport aérien conditionne l'aménagement des territoires, renvoyant dans certains cas aux obligations de service public pour assurer la continuité territoriale, et révèle une acception du transport aérien par la population contrastée dans l'Union, tenant compte des choix politiques nationaux dans la déclinaison des politiques de transport.

¹⁷ Communication de la Commission, Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, 2014/C 99/03 du 4 avril 2014.

¹⁸ Le top 15 des aéroports du continent européen en 2019, selon les données de l'OACI, donne le classement suivant : 1. Londres - Heathrow (77.987.524 passagers par an), 2. Paris - Charles de Gaulle (69.471.442), 3. Amsterdam – Schiphol (68.515.425), 4. Frankfort (64.505.151), 5. Istanbul - Atatürk (63.727.448), 6. Madrid – Barajas (53.402.506), 7. Barcelone - El Prat (47.284.500), 8. Londres - Gatwick (45.561.700), 9. Munich (44.577.241), 10. Rome - Fiumicino Da Vinci (40.971.881), 11. Moscou – Sheremetyevo (40.093.000), 12. Paris – Orly (32.042.475), 13. Moscou– Domodedovo (30.700.000), 14. Dublin (29.582.321), 15. Zurich (29.396.094).

¹⁹ Cf. Annexe n°5 : le classement des aéroports européens en 2019, page 896.

§ 2 - La libéralisation du secteur aérien : le transport de passagers plutôt que des marchandises

13. Pour notre étude, le choix du transport aérien de passagers, excluant le fret, peut être questionné. **L'appréhension de l'environnement complexe du transport aérien a abouti à privilégier le transport aérien pour étudier la politique européenne de libéralisation du secteur aérien dans toute sa complexité, et déterminer les nouveaux enjeux de la concurrence.** L'Union européenne a en effet conféré aux compagnies aériennes des droits pour organiser leur activité, qu'elle concerne le fret ou le transport de passagers, le plus librement possible, s'inscrivant en cela dans l'idéologie libérale qui sous-tend la construction européenne, faisant de la libre circulation tout à la fois le dogme et l'ADN de l'intégration européenne. De plus, dans le cadre de cette intégration, telle que relancée par l'Acte unique européen de 1986, les transports de marchandises comme celui des personnes participaient pleinement du bon fonctionnement du marché intérieur, sans que l'une des deux faces de transport soit, à un quelconque moment, distinguée. Ces deux services de transport reposent sur le même mode de transport, donc potentiellement sur les mêmes compagnies aériennes, mais leur logique est distincte.

14. D'abord, la relation à l'État et au territoire est bien moins prégnante pour le fret que pour le consommateur de transport aérien. Ce dernier, par l'expérience de voyage qu'il recherche, est sensible à une culture nationale pour entamer ses vacances. Il en va ainsi de ces compagnies aériennes, qui existent toujours, et que l'on qualifie de compagnies « porte-drapeaux »²⁰ ou de compagnies aériennes traditionnelles de réseau (CATR²¹). Elles veulent offrir, dès l'accueil du voyageur en porte d'embarquement, une évocation de la destination choisie par l'identification des tenues du personnel puis, dans l'avion, avec le repas et les services à bord. Ensuite, l'existence de droits accordés aux consommateurs²² a une incidence dans la politique de transport. Il faut, pour s'en convaincre, envisager la nécessité

²⁰ On évoquera aussi pour désigner ces compagnies aériennes, les qualificatifs « historiques », pour leur ancienneté, car créées dans les années 1920-1930, ou encore « universelles », pour l'ensemble des marchés moyen et long-courriers sur lesquels elles opèrent.

²¹ René ROHRBECK <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/le-journal-de-l-eco/transport-aerien-un-trou-d-air-passager-7874583> - Consulté le 22 juillet 2020.

²² Règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n°295/91.

régulièrement exprimée d'en rappeler l'existence et d'en harmoniser l'application²³ ou encore le projet de refonte de leur cadre normatif²⁴ dont la crise liée à la pandémie actuelle a pleinement fait ressortir les enjeux²⁵. Par ailleurs, le fret aérien ne représente qu'une part faible du tonnage total des marchandises transportées. Environ 14,6 millions de tonnes de fret aérien (national et international) ont transité par les aéroports de l'UE-28 en 2015²⁶. S'il y a une augmentation de la part de marchés de ce mode de transport, de 11,4 % par rapport à 2010, la part du fret intérieur de l'UE-28 transporté par route (74,9 %) a été plus de quatre fois supérieures à la part du fret transportée par chemin de fer (18,4 %), tandis que le reste du fret transporté dans l'UE-28 en 2014 (6,7 %) l'était par voies navigables intérieures. Même si, pendant les périodes de confinement des populations depuis mars 2020, l'activité de fret a permis de maintenir une activité rentable, grâce notamment aux flux d'échange de dispositifs médicaux et pharmaceutiques, et que les compagnies aériennes souhaitent moderniser leur flotte d'avions pour qu'ils soient plus modulables dans leur configuration passagers/fret, l'essentiel du transport de marchandises demeure effectué par voies maritimes et routières.

15. La répartition territoriale déséquilibrée des aéroports de fret perturbe en outre l'analyse de la part réelle de transport aérien de marchandises. Les aéroports allemands ont ainsi traité 4,3 millions de tonnes de fret aérien en 2015, soit nettement plus que dans n'importe quel autre État membre de l'Union. La France et le Royaume-Uni, arrivés en deuxième et troisième positions, ont enregistré 2,5 et 2,4 millions de tonnes. Certains des

²³ Communication de la Commission — Orientations interprétatives relatives au règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et au règlement (CE) n°2027/97 du Conseil relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident, tel que modifié par le règlement (CE) n°889/2002 du Parlement européen et du Conseil, C/2016/3502 du 15 juin 2016.

²⁴ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°261/2004 « indemnisation et d'assistance des passagers » ainsi que le règlement (CE) n°2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages /* COM/2013/0130 final du 13 mars 2013.

²⁵ Le 1^{er} mars 2021, la Commission européenne et les autorités nationales chargées de la protection des consommateurs ont appelé les compagnies aériennes à améliorer leur gestion des annulations dans le contexte de la pandémie de COVID-19 due au virus SARS-CoV-2. Les compagnies aériennes opérant dans l'UE sont invitées à améliorer leurs pratiques à l'aide d'une liste de mesures élaborée par la Commission et le réseau CPC. Cette action fait suite à un grand nombre de plaintes de consommateurs et se fonde sur les résultats d'une enquête visant à recueillir des données sur le traitement des plaintes par 16 grandes compagnies aériennes. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/coordinated-actions/air-travel_en - Consulté le 3 mars 2021.

²⁶ Dernières données Eurostat à notre disposition : https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Freight_transport_statistics/fr&oldid=390239 - Consulté le 3 mars 2021.

États membres de l'Union sont relativement spécialisés dans le fret aérien, indépendamment de leur taille. Il s'agit notamment de tous les pays du Benelux et, en particulier, le Luxembourg, classé septième plus gros transporteur de fret aérien parmi les États membres de l'Union. **Enfin, concernant l'application des règles de concurrence, l'analyse des situations contrôlées par la Commission européenne montre que la politique de concurrence de l'UE diffère entre les deux secteurs du marché du transport aérien.** Il résulte de la combinaison des articles 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), interdisant les décisions et pratiques anticoncurrentielles, ou 102 TFUE, sanctionnant les abus de position comme des articles 107 et suivants TFUE, encadrant les aides d'État, lors de la prise en compte du territoire pour la détermination du marché pertinent ou de l'efficacité d'une aide, les compagnies aériennes agissent différemment selon le marché envisagé, marchandises ou passagers.

16. Dans cette hypothèse, le fret est marqué par des ententes illégales qui se concluent par des amendes importantes²⁷, quand aucune coopération dans le transport aérien de passagers ne fut sanctionnée, excepté celle n'ayant pas été notifiée²⁸. Par ailleurs, les compagnies aériennes semblent envisager de manière totalement séparée les deux marchés, l'activité de fret est le plus souvent exclue des accords de coopération entre compagnies aériennes envisagés dans le cadre de cette recherche. Enfin, pour le transport de passagers, il importe de relever la quasi-absence de pratiques litigieuses relevant de l'article 102 du Traité pour le transport de passagers, renvoyant à une seule affaire d'abus de position²⁹, connue à ce jour. La concurrence modale, beaucoup plus forte pour le fret, n'entraîne pas de décisions significatives dans les affaires de coopérations internationales, tant pour les concentrations

²⁷ Décision de la Commission européenne du 9 novembre 2010 dans l'affaire COMP/39258. La Commission a infligé une amende de 799 millions d'euros à onze transporteurs de fret aérien pour entente sur les prix ayant duré au total un peu plus de six ans - entre décembre 1999 et février 2006. La Commission avait dû reprendre une décision après une annulation pour vice de forme. La nouvelle décision de la Commission, C(2017) 1742 final de la Commission, du 17 mars 2017, relative à une procédure d'application de l'article 101 TFUE a condamné, à nouveau, les onze compagnies aériennes. Air France est condamné à l'amende la plus lourde (182 millions d'euros), suivie par son partenaire néerlandais KLM (127 millions d'euros). Cette décision a été confirmée par le Tribunal dans son arrêt du 30 mars 2022 dans l'affaire T-338/17, Société Air France c/ Commission, ECLI:EU:T:2022:180. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi dans l'affaire C-369/22 P - Air France / Commission.

²⁸ Coopération entre compagnies aériennes scandinaves SAS et Maersk Air, qui bien que notifiée, omet d'indiquer des dispositions concernant notamment les liaisons entre les deux principaux aéroports de chaque État IP/01/1009 du 18 juillet 2001.

²⁹ Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 17 décembre 2003 dans l'affaire T-219/99, British Airways/Commission, ECLI:EU:T:2003:343 puis arrêt de la Cour du 15 mars 2007 dans l'affaire C-95/04 P, British Airways plc c/ Commission des Communautés européennes, ECLI:EU:C:2007:166.

que les alliances commerciales³⁰. Aussi appelé transport combiné, le transport multimodal désigne un mode de transport consistant à acheminer des marchandises (ou des voyageurs) d'une destination à une autre en empruntant au moins deux modes de transport différents successifs. Il devient intermodal, quand un opérateur, associé à un autre, organise au profit du destinataire de ce service, un voyage utilisant plusieurs modes de transport. C'est ainsi le cas, de la SNCF combinant train et bus ou d'Air France-KLM acheminant à Paris ou Amsterdam leurs passagers par des trains INOUI ou Thalys.

17. Cette distinction faite, il importe d'évoquer les racines de droit international du transport aérien qui donne aux États la pleine souveraineté sur l'espace aérien à l'aplomb de leur territoire. Celles-ci ont fortement contraint le Droit de l'Union dans les premiers temps de la démonopolisation du transport aérien, mais sans pour autant empêcher son européanisation.

Section 2 - La spécificité d'un secteur économique dont les principes sont régis par le droit international

§ 1 - Le transport aérien de passagers, entre souveraineté des États et libertés du ciel

18. Le transport aérien de passagers s'est développé sous les auspices et le contrôle des autorités nationales³¹. Celles-ci ont été confortées dans leur rôle à la suite des deux conflits mondiaux par les conventions internationales portant réglementation de la navigation aérienne (dite de Paris, 1919), puis celle relative à l'aviation civile internationale (dite de Chicago, 1944). Ainsi, la Convention de Chicago a instauré l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) - *IATA (International Air Transport Association)* - une agence spécialisée des Nations unies qui est chargée de la coordination et de la régulation du transport aérien international³². Signée le 7 décembre 1944 à Chicago par 52 pays, la Convention a enregistré sa 26^e ratification le 5 mars 1947 et a donc pu entrer en vigueur le 4 avril 1947. Cet ordre juridique international propre au secteur aérien est confirmé par les règles de l'Organisation

³⁰ Comme dans l'affaire COMP/37.730 AuA/Lufthansa, décision de la Commission du 5 juillet 2002.

³¹ DUTHEIL de la ROCHERE Jacques, Transport aérien européen et problèmes de concurrence, *Annuaire français de droit international*, 1986.

³² MERLE Marcel, Le contrôle exercé par les organisations internationales sur les activités des Etats membres, *Annuaire français de droit international*, volume 5, 1959. pp. 411-431.

mondiale du commerce (OMC) qui considèrent les services de transport aérien comme étant régis par une annexe spécifique de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)³³.

19. Dans ce cadre normatif international, l'Union européenne a, certes, fait des transports une politique commune en l'envisageant au Titre IV sous le chapitre II « les fondements de la Communauté » du Traité de Rome, mais elle ne pouvait que spécifier le régime particulier des transports aérien et maritime à l'article 84 du traité de Rome. Cette spécificité est demeurée tout au long des révisions des traités, pour subsister à l'article 100 sous le titre VI du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En distinguant entre les modes de transport, le secteur aérien demeure associé au transport maritime, lui aussi fortement encadré par le droit international. Le traité permet une harmonisation de ces modes de transport en facilitant aussi la prise de décision : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir les dispositions appropriées pour la navigation maritime et aérienne » (§2 sous l'article 100 TFUE). **Les transports maritimes et aériens sont alors une modalité spécifique de cette politique commune, respectant l'équilibre entre la spécificité internationale de ces modes de transport et la souveraineté des États membres.** Ainsi, le droit de la concurrence de l'Union européen envisage le transport aérien comme un service autre³⁴, et doit envisager un texte spécifique³⁵.

20. La souveraineté des États sur leur espace aérien est fixée, notamment, dans une des annexes de la convention de 1944, avec les différents niveaux de « libertés aériennes », ou « libertés de l'air ». La convention de Chicago a fixé ainsi cinq niveaux de liberté³⁶, qui, combinés entre eux, forment quatre autres libertés. La 1^{re} liberté aérienne, emporte le droit accordé à une compagnie d'un État tiers de survoler un pays étranger sans y atterrir, quand la 2^e liberté permet une escale technique, alors que la 5^e liberté donne le droit de voler entre deux pays étrangers à partir d'un vol en provenance ou se terminant dans son propre pays, à

³³ Cette annexe exclut du champ d'application de l'Accord la plus grande partie des services de transport aérien : les droits de trafic et les services directement liés au trafic.

http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/transport_f/transport_air_f.htm - Consulté le 15 juillet 2018.

³⁴ Considérant 21 de la Directive n°2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

³⁵ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

³⁶ L'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI, ou ICAO en anglais) <https://www.icao.int/Pages/freedomsAir.aspx> - Consulté le 15 juillet 2018.

l'exemple d'Iberia assurant une liaison Madrid – Sao Paulo prolongée à Montevideo. Les 3^e et 4^e libertés concernent respectivement le droit de voler d'un pays à l'autre et le droit de voler à partir d'un autre pays³⁷. On comprend donc que la combinaison de deux libertés permet d'en envisager d'autres.

21. Ainsi, la logique voulue par les signataires de la convention est de permettre le choix, dans ses relations bilatérales, d'accorder telle ou telle possibilité de trafic aérien. Par exemple, en combinant ces 3^e et 4^e libertés, il est possible pour une compagnie aérienne d'effectuer un aller-retour ; sinon, cela l'oblige à un vol à vide sur le trajet complet. Aussi, **quatre autres libertés existent et peuvent s'ajouter à ces cinq libertés fondamentales par la combinaison de celles-ci, portant le total des libertés à neuf**. Il en découle que le droit de cabotage, permet, tout autant, un transport de passagers, de courrier et de marchandises, entre deux pays étrangers sur un vol en provenance ou se terminant dans son propre pays (5^e liberté) que de relier deux points à l'intérieur du territoire d'un même État par une entreprise de transport aérien d'un autre État (9^e liberté). Les négociations bilatérales entre États leur laissaient le choix de telles ou telles combinaisons de libertés aériennes.

22. À côté de cette liberté contractuelle, la contrainte imposée aux États vint des articles 81 et 83 de la convention de Chicago qui impose de faire enregistrer, auprès du Conseil de l'OACI, les accords aéronautiques en vigueur ainsi que les nouveaux accords aéronautiques qu'ils viendraient à conclure après la mise en vigueur de cette convention internationale. Dans la même logique, son article 15 prévoit la publication et la communication des taxes d'utilisation d'aéroport. On constate donc que les libertés aériennes sont très peu encadrées par le droit international. L'application de la convention de Chicago n'a pas eu d'influence sur la gouvernance des marchés. Cela s'est traduit par des choix spécifiques, en Europe, par le monopole des transporteurs nationaux, des compagnies historiques perçues comme véritables « porte drapeau » et par des aéroports gérés et/ou détenus par l'État. Aux États-Unis, les autorités n'ont pas fait ce choix. La PanAm, qui, début 1942, devint la première compagnie aérienne américaine à exploiter des lignes traversant le globe, était, de fait, la compagnie aérienne internationale officielle des États-Unis, tant que les autorités publiques

³⁷ Pour envisager toutes les possibilités de vols permises par ces « libertés de l'air », cf. l'annexe n°1 « les libertés aériennes » à la page 891.

interdisaient à d'autres compagnies aériennes d'opérer sur des lignes étrangères, ce qui ne sera plus le cas dès 1950.

23. Dès lors, composant avec les orientations politiques, économiques et géopolitiques de chaque État, **les transports aériens internationaux se sont développés sur la base d'accords bilatéraux interétatiques portant sur des « droits de trafic aérien » offerts le plus souvent à des compagnies formant un monopole**, à l'image de ce qui se fit, bien plus tard, dans le transport ferroviaire avec les « accords transfrontaliers »³⁸, ceux-ci étant le passage obligé pour un meilleur accès aux différents marchés internationaux³⁹. Ces accords emportaient un contrôle strict de l'accès au marché et l'établissement de régimes de propriété des transporteurs préservant la souveraineté, sinon l'autonomie de gestion, de ces compagnies aériennes. Cette fragmentation en marchés nationaux et l'absence de concurrence réelle entre compagnies étaient de moins en moins adaptées à la hausse du niveau de vie et à la demande croissante en transports aériens qui en découlait, ainsi qu'à la volonté des différents acteurs de ce marché de pouvoir établir la meilleure connectivité d'un territoire national pour bénéficier de cet accroissement du marché.

24. La décennie 1970 fut un tournant marqué par un bouleversement majeur pour l'aviation civile des États-Unis et par extension pour le reste du monde. L'*Airline Deregulation Act* du 24 octobre 1978, en désétatisant le transport aérien pour en assurer la libéralisation, instaure la liberté des tarifs, le choix des lignes et des horaires par les compagnies. Celles-ci peuvent aussi déterminer la qualité des services et le choix des aéroports. En 1980, l'*International Air Transportation Competition Act* est adoptée et complète cette ouverture à la concurrence. Elle propose à d'autres pays de négocier des accords dits « *open skies* » qui, sur la base de la convention de Chicago, autorisaient toutes les compagnies à jouir des mêmes avantages. Les pays européens furent très réticents, mais les compagnies américaines, soutenues par leur administration publique, ont su jouer habilement des contradictions entre les pays en signant des accords bilatéraux. **L'UE s'est donc coulée dans cette organisation internationale** en gardant dans un premier temps une organisation nationale et monopolistique des transports aériens de passagers, pour basculer ensuite sur l'idée de dés-

³⁸ Convention relative aux transports ferroviaires internationaux, signée à Berne le 9 mai 1980 et telle que modifiée par le protocole de Vilnius du 3 juin 1999, dite « COTIF ».

³⁹ Directive n°2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

administration et de marchandisation des services de transports aériens, sous la pression des évolutions du marché nord-américain. Dix ans plus tard, au terme d'un long processus, dans ce sillage tracé par l'Acte unique européen de 1986 postulant l'achèvement du marché intérieur en 1993, plusieurs « paquets » de mesures réglementaires de l'Union ont progressivement amené les marchés nationaux de l'aviation à un marché « unique », compétitif et européen, du transport aérien. L'aviation est ainsi devenue le premier mode de transport⁴⁰ — et, dans une large mesure, tel est toujours le cas — à bénéficier d'un marché européen pleinement intégré.

25. Le projet européen fut effectif à partir du 1er avril 1997. À cette date, l'accès aux lignes intérieures devint totalement libre, permettant théoriquement, par exemple, à la compagnie néerlandaise KLM de desservir une ligne Paris-Nice sans partir d'Amsterdam. Jusqu'à cette date, il fallait un accord de partenariat entre compagnies aériennes ou alors une opération de concentration, à l'instar de British Airways, qui, grâce au rachat de la TAT, put exploiter des lignes intérieures françaises comme Paris-Toulon, ou Paris-Marseille.

§ 2 - L'approche juridique de l'Union, un processus exemplaire dans un « moment politique »

26. Le transport aérien fut traditionnellement un secteur réglementé directement par les États membres, jaloux de leur souveraineté sur la compagnie aérienne porte-drapeau. Dans le même temps, **la puissance publique, pour favoriser ce rôle, a rapidement soustrait par la législation certaines pratiques anticoncurrentielles de toute forme de sanction.** L'Union européenne conforta dans un premier temps ce modèle en européanisant les spécificités

⁴⁰ Il est cependant à noter que le secteur du transport maritime fut le premier à être ouvert à la concurrence par le Règlement (CEE) n°4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes. Comme pour le secteur aérien (1987-2004), ce régime de désétatisation et de libéralisation, une fois sa maturité concurrentielle atteinte fera l'objet d'une réforme importante par le Règlement (CE) n°1419/2006 du 25 septembre 2006 du Conseil abrogeant le règlement (CEE) n°4056/86 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes et modifiant le règlement (CE) n°1/2003 de manière à étendre son champ d'application au cabotage et aux services internationaux. Le premier paquet législatif maritime remonte au 22 décembre 1986 et est constitué des trois règlements. Le règlement (CEE) n°4055/86, qui visait à lever les restrictions applicables aux armateurs de l'Union, le règlement (CEE) n°4057/86, qui a abordé les pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes, et le règlement (CEE) n°4056/86, qui a permis à la Communauté de contrer les mesures « protectionniste » des pays tiers. Le Conseil a adopté en 1992 un deuxième paquet maritime de mesures relatives à la libéralisation progressive du cabotage national (l'accès des transporteurs non-résidents dans un État membre donné aux services entre les ports dudit État), et en particulier le règlement (CEE) n°3577/92 du 7 décembre 1992.

juridiques du secteur par le choix d'immuniser les pratiques anticoncurrentielles du droit commun de la concurrence et en développant les possibilités d'exemption d'accords anticoncurrentiels⁴¹. Cette politique d'immunisation a particulièrement bénéficié aux accords Northwest-KLM (1989-2004), United-Lufthansa (2002) et Delta-Swissair-Sabena-Austrian (1996-1999), deux de ces accords devenant les piliers d'alliances commerciales plus larges⁴² (Skyteam avec KLM et Star Alliance avec Lufthansa). Paradoxalement, la politique « compréhensive » des autorités régulatrices européennes, depuis le début du développement des mesures d'harmonisation du secteur des transports aériens, renvoya l'image que le « le jeu [normal] de la concurrence⁴³ » passait par une concentration importante du marché.

27. La libéralisation de ce secteur, par la fin des cloisonnements nationaux, s'est opérée ensuite, autant par une complète démonopolisation du marché que par une partielle désétatisation de ce secteur. À ce stade de cette étude, **la notion de déréglementation n'est pas reprise tant, il faut repousser l'idée que le transport aérien est dérégulé**, alors qu'un corpus réglementaire, depuis 1987 jusqu'à maintenant⁴⁴, établit certes un processus d'ouverture à la concurrence (démonopolisation) et de libre fonctionnement du marché sans interférence de l'État (désétatisation), mais dans une continuité de la réglementation qui confine à un véritable « écosystème juridique ». Ce processus est ainsi marqué, fondamentalement, par la liberté accordée aux opérateurs économiques de gérer l'attribution des créneaux aéroportuaires⁴⁵. Réunies au sein d'un « coordonnateur », les compagnies aériennes sont habilitées à attribuer, sur la base de « droits acquis » antérieurement, les horaires permettant d'atterrir et décoller d'un aéroport et ainsi bénéficier au mieux, selon les

⁴¹ Règlement (CEE) n°3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens combiné avec Règlement (CEE) n° 1617/93 de la Commission, du 25 juin 1993, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour objet la planification conjointe et la coordination des horaires, l'exploitation de services en commun, les consultations tarifaires pour le transport de passagers et de fret sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports.

⁴² Cf. annexe n°3 : Le tableau des alliances commerciales aériennes, page n°894.

⁴³ DECOCQ Georges, Le jeu de la concurrence, Contrats-Concurrence- Consommation, *LexisNexis Jurisclasseur*, n°5, mai 2013.

⁴⁴ Règlement (UE) n°2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

⁴⁵ Règlement (CEE) n°95/93 du Conseil, du 18 janvier 1993, fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté.

souhaits de la Commission européenne, des cieux libérés de toute intervention *a posteriori* de la puissance publique nationale. **Cette intégration des marchés dans l'UE est donc le fruit des comportements des agents encadré par une politique publique.** Pionnier dans ce virage politique, le secteur du transport aérien joue ainsi le rôle de modèle de libéralisation dans les transports, puis dans le secteur des industries dites de réseaux, tout en étant la transposition partielle en Europe du modèle américain de lutte contre les cloisonnements de marché.

28. La libéralisation des services de transport aérien de passager correspond aussi à un moment politique, marqué par une volonté certaine d'ouvrir le plus rapidement possible un marché indispensable à l'édification du marché intérieur. Lors du Conseil de La Haye, en juin 1986, les conclusions des États membres évoquaient que « le marché intérieur dans le secteur des transports aériens devait être achevé d'ici 1992 dans le cadre des actions de la Communauté tendant à renforcer sa cohésion économique et sociale ». Cette volonté politique fut reprise, telle quelle dans le 10^e considérant du Règlement CEE n° 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 « accords et pratiques concertées dans le domaine des transports aériens »⁴⁶, parmi d'autres orientations générales de l'intégration européenne. L'UE explorait des instruments dans le transport aérien qui seront ensuite utilisés pour toutes les industries de réseaux, comprenant une démonopolisation du secteur envisagé par la garantie d'un droit d'accès, incluant la séparation des activités et la protection des consommateurs.

29. Parmi ces instruments, **la politique de transport a beaucoup gagné de l'action de la Cour de justice qui l'a « européenisé »**⁴⁷. Dans une affaire portant sur la compatibilité des règles françaises d'homologation des tarifs aériens des agences de voyages avec le droit de la concurrence, la Cour a, en effet, mis en lumière l'absence de dispositions communautaires spécifiques au transport aérien, qui est, selon elle, constitutive d'une carence fautive des institutions. Ce constat légitima l'action de la Commission européenne face à des États

⁴⁶ Règlement (CEE) n°3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens.

⁴⁷ Arrêt de la Cour du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84, Ministère public contre Lucas Asjes et autres, Andrew Gray et autres, Andrew Gray et autres, Jacques Maillot et autres et Léo Ludwig et autres, dit « Nouvelles Frontières », ECLI:EU:C:1986:188.

membres réticents à une libéralisation trop large et trop rapide⁴⁸. Cette réticence des États était manifeste dans la « stérilisation » de la politique européenne des transports, pourtant politique commune dès le traité de Rome. Ainsi, en 1987, les institutions européennes mirent fin à cette situation et adoptèrent un premier paquet de mesures pour lancer la politique commune des transports. Le secteur de l'aviation joue un rôle pionnier, mais en restant un secteur spécifique⁴⁹. On peut, par exemple, citer l'application spécifique du droit de la concurrence à ce secteur spécifique par une politique particulière d'exemption des ententes⁵⁰. Il s'agit, par ce biais de l'harmonisation, de prendre en compte le trafic international entre États membres pour l'eupéaniser comme élément majeur dans la cohésion économique et sociale du marché intérieur (considérant 3 du règlement (CEE) n° 3975/87 combiné avec le règlement (CEE) n° 3976/87). De plus, une fois intégré, ce marché fait l'objet d'une attention particulière. Certes, le contrôle par la Commission et la Cour s'exerça au titre de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles telles que prévues aux articles 85 et 86 TCE (devenus 101 et 102 TFUE), mais l'article 2 du règlement (CEE) n° 3976/87 exemptera la plupart des accords techniques et commerciaux entre les compagnies européennes et celles d'États tiers. Ce règlement de 1987 ne sera abrogé que dix-sept plus tard, par le Règlement (CE) n° 411/2004 du Conseil du 26 février 2004 en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

30. Ces textes furent, le même jour, accompagnés par deux directives. La directive n° 87/601/CEE qui précise les tarifs des services aériens réguliers entre les États membres et la directive n° 87/602/CEE qui répartit la capacité de sièges entre les transporteurs aériens sur les services aériens réguliers entre les États membres. Ce premier paquet « aérien » jette les bases d'une harmonisation possible à partir d'un cadre normatif complet, comprenant les règles de concurrence entre compagnies aériennes et l'encadrement de l'action des États dans

⁴⁸ Arrêts de la Cour du 5 novembre 2002 dans les affaires C-466/98 (Royaume-Uni), C-467/98 (Royaume de Danemark), C-468/98 (Suède), C-469/98 (Finlande), C-471/98 (Belgique), C-472/98 (Luxembourg), C-475/98 (Autriche) et C-476/98 (Allemagne) dits « Ciel ouvert », ECLI:EU:C:2002:63.

⁴⁹ Règlement (CEE) n°3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens abrogé par le Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n°3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n°3976/87 ainsi que le règlement (CE) n°1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

⁵⁰ Règlement CEE n°3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens.

la définition de l'offre de transport. Alors que l'Acte unique commence à étendre les prérogatives du Parlement européen et modifie la règle de majorité au sein du Conseil, notamment pour les matières telles que les transports aérien et maritime. La facilitation de la prise de décision bénéficiait ainsi directement à la politique des transports et le secteur du transport aérien permettait de saisir ce moment politique en favorisant un consensus entre les États.

31. **Ce consensus a constitué un moment politique essentiel pour le marché aérien tant il a porté sur différents points.** Il s'agissait autant de la préservation des compagnies aériennes européennes face à un environnement commercial plus ouvert, que de celle des services essentiels alors que les transporteurs s'orientaient vers les routes plus rentables laissant les services régionaux sous-développés. Il s'est agi, enfin, que la concurrence ainsi instaurée puisse amener les compagnies aériennes à prendre des raccourcis en matière de sécurité et de sûreté. Toute cette décennie 1980 fut, par ailleurs, marquée par la perception forte de l'inefficacité du monopole alors que la demande de transport par avion est en pleine croissance, passant de plus d'un milliard de passagers transportés en 1987 à trois fois, plus de dix-sept ans plus tard. Cette demande en forte croissance va conforter l'idée d'une démocratisation du vol et de vacances « lointaines ». Celle-ci existait déjà avec les vols charters, pour s'amplifier et atteindre une dimension « industrielle », quand apparaîtront les compagnies aériennes à bas coûts.

32. Le deuxième « paquet⁵¹ », en 1990, a poursuivi ce processus par l'assouplissement des règles relatives aux tarifs et aux capacités, ancrant de plus en plus la désétatisation du secteur aérien. Ainsi, et pour ne reprendre que les mesures les plus importantes, la multidésignation des compagnies aériennes devient la règle dans les accords de « ciel ouvert », mettant fin aux duos de compagnies qui, jusque-là, se voyaient octroyer un monopole sur le vol. Ce sera aussi une introduction limitée du cabotage. En effet, la Commission européenne prévoit une progressivité dans son application, anticipant les bouleversements du marché que cette liberté de concurrence induirait. Ainsi, le cabotage relevant de la 5^e liberté internationale, pour les liaisons intraeuropéennes, était certes étendu

⁵¹ Règlement (CEE) n°2343/90 du Conseil, du 24 juillet 1990, concernant l'accès des transporteurs aériens aux liaisons des services aériens réguliers intracommunautaires et la répartition de la capacité en sièges entre les transporteurs aériens sur les services aériens réguliers entre États membres

à tous les aéroports (principaux ou régionaux), mais il fut limité à 50 % des sièges de l'avion pour éviter des déséquilibres trop grands du marché. Par ailleurs, le cabotage relevant des relations avec les États tiers, évoqué de la 6^e à la 9^e liberté de la convention de Chicago, est autorisé, mais avec une limitation de capacité plus importante, portée à 30 % des sièges. Enfin, pour éviter les pratiques de *dumping*, deux États pouvaient désapprouver les tarifs inférieurs de 20 % à ceux de la saison précédente. Les litiges sur ce point relevaient de la compétence de la Commission sous le contrôle de la Cour.

33. Il n'aura fallu que deux ans pour qu'un « troisième paquet⁵² » lève toutes ces restrictions commerciales restantes, rendant ainsi possible la création du « marché unique du transport aérien ». Le libre accès au transport intraeuropéen, par l'harmonisation de l'attribution de licences d'exploitation et la liberté de tarification, est ainsi consacré. La liberté d'installation est totale dans l'espace européen, sous la double réserve que les transporteurs sont de nationalité d'un État membre et que, par ailleurs, les compagnies aériennes ont un montant minimum de capitaux européens de 1 million d'ECU et peuvent assurer leurs obligations pendant au moins deux ans. Outre le contrôle des investissements dans les compagnies aériennes, ces conditions envisageaient ainsi la couverture face au risque par l'obligation d'une assurance pour couvrir leur responsabilité en cas d'accident. Ce cadre normatif fut complété par l'exigence de sécurité, ce qui doit emporter des compétences professionnelles ainsi que les capacités d'organisation leur permettant de garantir la sécurité de leurs activités conformément aux règlements en vigueur. Cette compétence est attestée par la délivrance d'un certificat de transporteur aérien⁵³. **Mais, le chemin vers la désétatisation restait à poursuivre.** Certes la 5^e liberté internationale, en tant que droit de voler entre deux pays étrangers sur un vol en provenance ou se terminant dans son propre pays mis en œuvre dans ce troisième paquet, ouvrit la perspective d'autres libertés, comme celle d'assurer le cabotage déconnecté de l'obligation de partir de son pays d'origine. Il importe de relever que, de la 6^e à la 9^e liberté, les compagnies aériennes restaient contraintes

⁵² À savoir, les règlements (CEE) n°2407/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant les licences des transporteurs aériens, n°s 2408/92 et 2409/92, à présent remplacés par le règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil.

⁵³ Directive n°91/670/CEE du Conseil, du 16 décembre 1991, sur l'acceptation mutuelle des licences du personnel pour exercer des fonctions dans l'aviation civile, actuellement le règlement (UE) n°2018/1139 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2018 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne.

par une capacité maximale de 50 % des sièges offerts, certes en augmentation de vingt points, qui limitaient fortement la possibilité de concurrence. Ce troisième paquet, en remplaçant les transporteurs aériens nationaux par les transporteurs aériens européens, a appliqué pour la première fois dans le secteur du transport aérien, les dispositions sur le droit d'établissement du Traité de Rome, par l'introduction des critères communs de licence applicables aux compagnies aériennes à travers toute l'UE.

34. Pourtant, alors que l'objectif de l'édification du marché intérieur était ainsi renforcé, il semble bien qu'il y ait eu une volonté de maintenir un rythme prudent des réformes. Si le premier considérant du règlement (CEE) n° 2407/92 rappelle « qu'il importe de mettre en place, d'ici au 31 décembre 1992, une politique des transports aériens en vue d'établir progressivement le marché intérieur, conformément à l'article 8 A du traité », ce texte pointa plus loin que l'application du règlement (CEE) n° 2343/90 pour des « règles communes relatives à la délivrance de licences aux transporteurs aériens de manière à ce qu'elles soient mises en œuvre au plus tard le 1er juillet 1992 » n'est pas réalisée, impliquant que soit « donn[é] aux États membres un délai raisonnable, jusqu'au 1er janvier 1993, pour l'application du présent règlement »⁵⁴. **Accompagnant de la sorte l'ouverture à la concurrence, initiée cinq ans plus tôt, l'Union apparaît extrêmement prudente et conciliante avec les États membres.**

35. La libéralisation de l'espace aérien européen (1987), confortée par l'institution du « marché unique » (1993), en a dessiné trois tendances. Celles-ci peuvent se lire dans une temporalité de « fondu enchaîné »⁵⁵ qui fut initiée puis accompagnée, de manière plus ou moins fluide, par la réglementation qui en assure, néanmoins, toute la cohérence. Les deux premières ont modifié la structure même du marché aérien européen, ainsi re-réglementé. L'augmentation d'offres concurrentes entre compagnies aériennes traditionnelles, puis par l'apparition de compagnies charters affrétées par les voyagistes a étendu le marché. Mais la révolution, constatée par la Commission entre 1992 et 2010, vient essentiellement de la mise en service de lignes aériennes nouvelles qui ont reposé sur un nouveau modèle économique, proposées par les compagnies à bas coûts et à bas tarifs, s'inspirant des vols charters pour les

⁵⁴ Considérants n°s 4 et 5 du règlement (CEE) n°2407/92 « licences des transporteurs aériens ».

⁵⁵ DUMEZ Hervé et JEUNEMAITRE Alain, Concurrence et coopération entre firmes : les séquences stratégiques multidimensionnelles comme programme de recherche, *Finance Contrôle Stratégie*, Vol., n°1, mars 2005, p27-48.

généraliser et les industrialiser. Ce sera le fait des transporteurs à bas coûts comme Ryanair en Irlande (1984) - easyJet au Royaume-Uni (1998) ou encore Volotea en Espagne (2011), et aussi, mais avec une longévité plus courte, Air One en Italie (1983-2014) ou Air Berlin (1999-2017) ; autant d'exemples contribuant au dynamisme de cette offre nouvelle. Selon l'OACI, les compagnies aériennes dites *low cost* ont enregistré une croissance constante à un rythme supérieur à la croissance moyenne mondiale, et leur part de marché a continué d'augmenter tant dans les économies avancées que dans les économies émergentes. En 2018⁵⁶, les spécialistes du vol à bas tarifs ont transporté environ 1,3 milliard de passagers, soit environ 31 % du nombre total de passagers réguliers. La part de marché des transporteurs à bas coûts était la plus élevée d'Europe, représentant 36 % du nombre total de passagers transportés dans la région, suivie par l'Amérique latine / Caraïbes, l'Amérique du Nord et la région Asie / Pacifique, avec respectivement 35 %, 30 % et 29 % de parts de marché. Ainsi, Ryanair entrerait en 2012, pour ne plus en sortir, dans le « top 10 » des compagnies aériennes au monde par le nombre de passagers transportés, alors qu'elle n'opère que sur le territoire européen et dans une moindre mesure sur l'Afrique du nord.

36. La troisième et dernière tendance est la prudence vis-à-vis des services de transport aérien vers et depuis des États tiers. Si la libéralisation est totale pour le marché intra-européen, elle reste progressive pour les vols vers et provenant d'États tiers. Sur ce point, pour assurer une cohérence avec le territoire européen, ce marché fut étendu à l'Espace économique européen, par la Norvège et l'Islande, par accord spécifique à la Suisse. Il pourrait être encore étendu à certains pays voisins en vertu de l'accord sur la création d'un espace aérien commun européen⁵⁷, sous la condition qu'ils intègrent toutes les dispositions de l'Union pertinentes, ce qui n'est pas encore le cas⁵⁸. On reconnaît, dans cette géographie de l'ouverture des marchés, les liens en cercles concentriques qui permettent d'exporter les

⁵⁶ Les années 2018 et 2019 seront les années de référence pour évaluer le trafic aérien dans la mesure où les deux années suivantes, marquées par les contraintes sanitaires liées à la COVID-19 ne sont pas représentatives du marché hors crise.

⁵⁷ Par cette expression, nous évoquons l'espace aérien plutôt que le « ciel unique européen » qui représente une réalité de contrôle et de gestion du trafic.

⁵⁸ Une étude intitulée « Overview of the air services agreement concluded by the EU » (Parlement européen, 2013) présente une analyse du contenu et du résultat de ces accords : [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/495849/IPOL-TRAN_NT\(2013\)495849_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/495849/IPOL-TRAN_NT(2013)495849_EN.pdf)

principes d'ouverture des marchés européens⁵⁹. **Le transport aérien de passagers put prendre ces directions parce que l'Union européenne harmonisa l'accès équitable aux aéroports et aux services aéroportuaires.** Le règlement (CEE) n° 95/93⁶⁰ dit « créneaux aéroportuaires », qui prévoit que des créneaux horaires, à savoir la permission d'atterrir ou de décoller à une date et à une heure précises, doivent être attribués dans les aéroports saturés, à toutes les compagnies aériennes d'une manière neutre, non discriminatoire et transparente par un coordonnateur de créneaux indépendant, porte cette ambition. Toutefois, ce système d'attribution des créneaux horaires se voit reprocher de ne pas permettre une exploitation optimale de la capacité de l'aéroport⁶¹ et de favoriser la cristallisation du marché.

37. « Le règlement sur les créneaux horaires a été introduit à une époque où le marché européen des transports aériens était encore dominé par un petit nombre de compagnies nationales traditionnelles. Cependant, la concurrence est de nos jours bien plus vive. Depuis 1992, le nombre de liaisons intra-UE a plus que doublé et les vols long-courriers au départ des aéroports européens ont augmenté de 150 %. En 1992, seulement 93 liaisons en Europe étaient exploitées par plus de deux compagnies aériennes. Ces liaisons étaient au nombre de 479 en 2010. »⁶²

Cette position de la Commission, pour autant qu'elle demeure révélatrice des résultats attendus de la régulation, à savoir une concurrence plus vive, conforme à l'une de ses caractéristiques intrinsèques du point de vue de la théorie économique, celle de l'atomicité des agents, n'en exprime pas moins un constat semblant se contenter d'une concurrence imparfaite. Alors que l'approche théorique, pour ne pas dire dogmatique, est d'obtenir plus d'opérateurs, de manière à diversifier l'offre, tant sur les prix que sur les destinations proposés, la concurrence reste en réalité limitée à deux compagnies. Par ailleurs, les débats juridiques autour de la loyauté des TBC/LCC quant à leur lien avec l'attribution d'aides d'États,

⁵⁹ ULLESTAD Antoine, Les frontières extérieures de l'Union européenne : étude de l'internationalisation du marché intérieur, Thèse de doctorat en Droit de l'Union européenne, soutenue le 01 février 2019, à Strasbourg, publiée chez *L'Harmattan*, octobre 2020, 464 pages.

⁶⁰ Règlement (CEE) n°95/93 du Conseil, du 18 janvier 1993, fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté.

⁶¹ Les compagnies aériennes peuvent sous-utiliser leurs créneaux horaires afin d'éviter que ces créneaux ne retournent au *pool* des créneaux horaires et ne soient réattribués à des concurrents. Il convient de remarquer qu'en 2016, alors que l'Union possédait quelque 90 aéroports coordonnés (c'est-à-dire appliquant le système des créneaux horaires), les États-Unis n'en avaient que deux. Voir notamment l'étude intitulée « Airport slots and aircraft size at EU airports » (Parlement européen, 2016) : [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/585873/IPOL_IDA\(2016\)585873_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/585873/IPOL_IDA(2016)585873_EN.pdf)

⁶² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union Européenne (Refonte), COM (2011) 827 FINAL du 5 décembre 2011.

pour développer telle ou telle liaison aérienne, illustrent une certaine concurrence juridique⁶³ entre États d'une part et au sein même des États d'autre part. Il en découle la nécessité de constituer, mieux qu'un cadre normatif dont la rigidité peut-être trop contraignante face aux évolutions classiques du marché comme aux crises systémiques que celui-ci peut subir, un écosystème juridique plus adaptatif.

§ 3 - Penser un véritable écosystème juridique

38. La logique d'un tel écosystème juridique permet « la temporalité propre aux systèmes juridiques » alliant « *continuum* chronologique des faits [et] temps séquentiel du Droit »⁶⁴. Cela a ainsi été un élément fondamental alors que se mettaient en place des politiques d'alliances et de rachat entre compagnies aériennes. L'année 1997 est particulièrement topique d'une recomposition de l'espace aérien européen et singulièrement français par les fusions de TAT et Air Liberté avec British Airways ou l'absorption d'Air Inter par Air France. Celle-ci se poursuit ensuite par, la fusion avec KLM en 2004, puis ce fut Lufthansa et le développement du groupe IAG (fusion entre les compagnies Iberia et British Airways en 2011), comme ce qui a pu se faire aux USA⁶⁵. Par ailleurs, à partir de la pratique du partage d'informations commerciales, l'Union européenne conforte dans le même temps la constitution de grandes alliances entre compagnies aériennes internationales, dotées d'une stratégie d'organisation de leurs réseaux autour de structures de plateformes de correspondances, autour de trois grands pôles initiés par des compagnies européennes (Lufthansa en 1997, British Airways en 1999, enfin Air France en 2000).

39. Cette recomposition du marché du transport aérien a reposé sur un binôme entre compagnies aériennes et aéroports. Ce binôme se voit renforcé dans le cadre d'une relation ancienne, comme Air France et l'aéroport Charles-de-Gaulle, qui représentent deux symboles d'un État souverain et souhaitant revenir sur le devant de la scène internationale. Il est, en

⁶³ HARNAY Sophie, BERGE Jean-Sylvestre, Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? *Revue internationale de droit économique*, vol. xxv, no. 2, 2011, pp. 165-192.

⁶⁴ SUPIOT Alain, Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, *Edition Points*, collection Essais, septembre 2009.

⁶⁵ Décisions de la Commission concernant la non-opposition à une concentration notifiée (Affaire IV/M.130 — Delta/PanAm), le 13 septembre 1991 puis la non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.5181 — Delta Airlines/Northwest Airlines) le 6 août 2008 enfin la décision de la Commission de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.5889 — United Airlines/Continental Airlines) du 20 août 2010.

revanche, créé pour les nouvelles compagnies qui cherchent à se développer à partir de bases aéroportuaires régionales, telles que Ryanair qui a établi une relation forte avec les aéroports de Beauvais en France ou Charleroi en Belgique. C'est une fois la prise en compte du libre accès au marché effectué par le premier paquet législatif complété par le règlement « attribution des créneaux aéroportuaires », que la Commission européenne a construit cet « écosystème juridique » par différents niveaux de protection des agents économiques. Il en va ainsi du consommateur,⁶⁶ mais aussi des intérêts des États⁶⁷ ou des compagnies aériennes elles-mêmes⁶⁸. L'autre élément constitutif de cet écosystème est une évaluation régulière des normes et de leur efficacité. C'est la raison pour laquelle, par exemple, la Commission a proposé, en 2011, un certain nombre de modifications du règlement « créneaux aéroportuaires » afin d'améliorer l'efficacité du système⁶⁹.

40. Il reste que si la réglementation européenne garantit à l'ensemble des transporteurs, dès qu'ils sont dûment enregistrés dans un État membre de l'UE ou partie à l'EEE, les mêmes droits et les mêmes chances en matière d'accès aux services liés au transport aérien, il en va autrement dans certains pays tiers. Ceux-ci peuvent être à l'initiative de pratiques discriminatoires et des subventions qui peuvent conférer des avantages concurrentiels déloyaux aux transporteurs aériens de ces pays. Dans sa communication sur une stratégie de l'aviation pour l'Europe⁷⁰, la Commission avait annoncé son intention d'évaluer l'efficacité du règlement (CE) n° 868/2004 « protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales »⁷¹ en vue de le réviser ou de le remplacer par un instrument plus efficace qui

⁶⁶ Règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n°295/91.

⁶⁷ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

⁶⁸ Comme le Règlement (UE) n°2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

⁶⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union Européenne /* COM/2011/0827 final - 2011/0391 (COD) du 01 décembre 2011.

⁷⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Une stratégie de l'aviation pour l'Europe », COM/2015/0598 final du 7 décembre 2015.

⁷¹ Règlement (CE) n°868/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non-membres de la Communauté européenne.

permettrait de garantir des conditions de concurrence équitables entre tous les transporteurs et de préserver ainsi la connectivité en provenance et à destination de l'Union. Cette communication a été suivie, en juin 2017, par la publication de la proposition de règlement⁷² visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien qui abroge le règlement (CE) n° 868/2004 et consacre un nouveau mécanisme pour garantir une concurrence loyale entre transporteurs de l'Union et transporteurs de pays tiers. Cette proposition mène à une évolution majeure⁷³. Elle s'appuie sur la volonté de conserver l'avantage compétitif d'une forte connectivité⁷⁴ qui ne peut être efficace qu'avec une loyauté effective.

« Le principe de concurrence loyale est bien établi dans l'Union, où les pratiques visant à fausser le marché sont soumises au droit de l'Union, qui garantit l'égalité des chances et des conditions de concurrence équitables pour les transporteurs aériens de l'Union et les transporteurs aériens de pays tiers qui opèrent dans l'Union⁷⁵ ».

41. On voit donc apparaître la notion de loyauté de la concurrence qui doit permettre une stratégie de protection de l'Union et des acteurs du transport de passagers par les transporteurs aériens de l'Union européenne. L'exportation du droit de l'Union n'est en ce sens pas unilatérale et inconditionnelle ; l'ouverture du marché européen repose sur une logique de réciprocité des droits et des devoirs, et le respect des règles de concurrence européennes, cœur du jeu du marché intérieur général.

42. Parallèlement à la mise en place du marché unique du transport aérien, des règles communes ont été adoptées afin d'en garantir le bon fonctionnement. Il requiert, notamment, des conditions de concurrence égales et un niveau élevé et uniforme de protection des passagers, constituant ainsi un « écosystème juridique » complet. Ces règles communes sont entrées en vigueur en 1989. Elles prévoient que les systèmes informatisés de réservation ou « SIR », qui constituent les « intermédiaires techniques » entre les compagnies aériennes et les agents de voyages, sont tenus d'afficher les services de toutes les compagnies aériennes de façon non discriminatoire sur les écrans d'ordinateur des agences de voyages⁷⁶.

⁷² Proposition de règlement [COM(2017)0289] visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004 par un nouveau mécanisme pour garantir une concurrence loyale entre transporteurs de l'Union et transporteurs de pays tiers.

⁷³ Règlement (UE) n°2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

⁷⁴ Considérant 2 du règlement (UE) n°2019/712, supra.

⁷⁵ Considérant 4 ib. Id.

⁷⁶ Règlement (CE) n°80/2009 du 14 janvier 2009 instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation et abrogeant le règlement (CEE) n°2299/89 du Conseil.

Aujourd'hui, le rôle des SIR est de moins en moins important étant donné que la distribution par internet se généralise, y compris par les sites des transporteurs, qui, prenant exemple sur les transports à bas coûts, ont développé une vente directe aux voyageurs.

43. **La concurrence que nous étudions ici se modifie aussi par l'intégration plus grande par les compagnies aériennes des processus de commercialisation de leur offre**, tentant de maîtriser toute la chaîne de valeur pour pouvoir réagir au plus vite aux comportements commerciaux de leurs concurrentes. Le droit de la consommation de l'UE contribue ainsi, dans toute sa mesure, à une clarification des relations entre opérateurs et consommateurs, rendant ces derniers de plus en plus acteurs de leur mobilité. Par ailleurs, la directive n° 96/67/CE « assistance en escale »⁷⁷ a progressivement ouvert le marché à la concurrence en ce qui concerne les services d'assistance en escale, à savoir les services fournis aux compagnies aériennes dans les aéroports, comme la prise en charge des passagers et des bagages, le ravitaillement en carburant ou le nettoyage des aéronefs. Une proposition de la Commission de 2011 visant à ouvrir davantage ce marché aux aéroports les plus importants de l'Union n'a pas été approuvée par le législateur et a été retirée par la Commission en 2014. En outre, la directive n° 2009/12/CE « redevances aéroportuaires »⁷⁸ établit les principes élémentaires relatifs à la perception des redevances aéroportuaires payées par les transporteurs aériens pour l'utilisation des installations et des services des aéroports.

44. Enfin, l'objectif de protéger les passagers et les aéronefs afin de garantir un standard européen élevé et uniforme de sécurité, les dispositions nationales en matière de sécurité ont été, peu à peu, remplacées par des règles communes de sécurité, pour être progressivement étendues à l'intégralité de la filière des transports. Pour cela, une Agence européenne de la sécurité aérienne a été créée, chargée notamment d'élaborer des règles en la matière. Les exigences en matière de sûreté en vigueur dans tous les aéroports de l'Union ont également été harmonisées. Il s'agissait de prévenir, par un niveau commun, tout acte de malveillance contre les aéronefs, leurs passagers et leurs équipages, les États membres conservant le droit d'appliquer des mesures de sûreté plus strictes. Par ailleurs, et pour compléter cet écosystème juridique, deux réglementations visent à garantir la protection des droits des passagers

⁷⁷ Directive n°96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté.

⁷⁸ Directive n°2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires.

aériens. Ce sont le règlement (CE) n° 261/2004, ci-après « indemnisation et d'assistance des passagers »⁷⁹, et la Directive (UE) n° 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 « voyages à forfait et prestations de voyage liées »⁸⁰, qui envisagent que les passagers bénéficient d'un niveau minimal d'assistance en cas de longs retards ou d'annulation. Ces règles instituent également des mécanismes d'indemnisation qui peuvent être différents, notamment sur la question de l'exonération de prise en charge par les compagnies aériennes⁸¹. L'application de cette réglementation s'avère cependant difficile et le recours aux tribunaux fréquent. En mars 2013, la Commission a présenté une proposition⁸² modifiant le règlement (CE) n° 261/2004 « indemnisation et d'assistance des passagers », en vue d'améliorer encore et toujours l'application des règles de l'Union en clarifiant les principes fondamentaux et les droits implicites des passagers qui ont, par le passé, donné lieu à de nombreux litiges avec les compagnies aériennes. Le processus de décision suit son cours à ce jour et des solutions définitives doivent encore être convenues entre le Parlement et le Conseil faisant suite, le 24 septembre 2019, à l'ouverture des négociations interinstitutionnelles après la première lecture du Parlement.

45. L'intervention de la Commission, qui au travers de la concurrence qu'elle instaure par des moyens techniques (abolition des droits de trafic, attribution des créneaux aéroportuaires, certification des pilotes et des avions – sécurité – et enfin protection du consommateur), **est d'abord source de développement du marché intérieur**. Elle se matérialise aussi par des considérations d'aménagement du territoire dont les travaux nombreux de géographes tentent de rendre compte⁸³. Marquée par le développement des

⁷⁹ Règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n°295/91.

⁸⁰ Directive (UE) n°2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive n°90/314/CEE du Conseil.

⁸¹ GRARD Loïc, Vols annulés – Covid-19 : la transgression généralisée de la législation européenne va-t-elle être convertie en droit ? <https://blog.leclubdesjuristes.com/vols-annules-covid-19-la-transgression-generalisee-de-la-legislation-europeenne-va-t-elle-etre-convertie-en-droit/> publié le 10 avril 2020.

⁸² *Supra*, Proposition de règlement « indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol », ainsi que le règlement (CE) n°2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages, COM/2013/0130 final du 13 mars 2013.

⁸³ Pour une vision globale de la thématique, cf. ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transports, Dossier d'habilitation à diriger des recherches, 2007, vol. 2 p40 ; ou encore pour les conséquences du transport à bas coûts, DOBRUSZKES Frédéric, GIVONI Moshe et VOWLES Timothy,

aéroports régionaux encadré par un cadre juridique précis⁸⁴, l'action de l'Union européenne comprend aussi des objectifs de connectivité des territoires par les réseaux européens⁸⁵ et les aéroports pivots qui sont autant des portes d'entrée transcontinentales. Ces infrastructures aéroportuaires majeures, comme celles de Londres, Paris, Francfort, Amsterdam ou Madrid, vont hiérarchiser tout un réseau multimodal autour d'elles. Cette relation aéroport/compagnie aérienne, que le champ d'expertise économique tente d'appréhender par l'étude des marchés bifaces⁸⁶, implique parfois des investissements publics croisés, pour créer de nouvelles lignes aériennes avec le développement d'aéroports régionaux, permettant alors le développement du marché et l'aménagement du territoire. Mais cette intervention publique peut contrevenir à l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui pose le principe de l'interdiction des aides d'État en laissant toutefois des possibilités de dérogations.

46. Ainsi, toutes les interventions économiques qualifiées d'aides d'État sont strictement réglementées et, hormis les cas relevant de règlements d'exemption, soumises à un processus d'autorisation préalable, donc de notification. Toute aide mise en œuvre avant d'avoir été formellement autorisée est a priori illégale. **La législation sur les aides d'État, comme de la concurrence, s'applique pleinement au secteur des transports aériens.** Les difficultés de mise en œuvre sont venues du fait que les recapitalisations publiques des compagnies aériennes ont été monnaie courante jusqu'au milieu des années 1990. Cependant, progressivement, les lignes directrices de la Commission européenne pour l'évaluation des financements publics ne répondaient plus aux évolutions de l'environnement du marché du transport aérien⁸⁷. En effet, datant respectivement de 1994 (compagnies aériennes) et de 2005 (aéroports et aide au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux), elles ont donc été remplacées au printemps 2014.

Hello major airports, goodbye regional airports ? Recent changes in European and US low-cost airline airport choice, *Journal of Air Transport Management*, Elsevier, vol. 59(C), 2017, pp. 50-62.

⁸⁴ *Supra*, Lignes directrices « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » du 4 avril 2014.

⁸⁵ Règlement (UE) n°1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n°661/2010/UE.

⁸⁶ PARENT Romain et CHANAL Valérie, Quels business models pour les plateformes Web 2.0. : les apports de la théorie des marchés bi-faces. Conférence de l'AIMS, Juin 2009, Grenoble, France. pp.1-27. fffhalshs-00455382f

⁸⁷ Union à 27 États membres et hors aides spécifiques à la crise économique (chiffres du tableau de bord des aides d'État, mise à jour de l'automne 2011 - COM(2011) 848, op. cit.)

47. Plus de vingt ans après l'entrée en vigueur du « troisième paquet », le fonctionnement du marché unique du transport aérien reste évidemment amendable pour atteindre une meilleure efficacité. Les défaillances du système d'attribution des créneaux horaires se combinent avec les difficultés financières rencontrées par plusieurs compagnies aériennes et aéroports secondaires ou encore, la complexité de la surveillance des transporteurs aériens exerçant à présent leurs activités dans plusieurs États membres. Ainsi, en Europe, la vaste majorité (80 %) des routes au départ des aéroports de l'Union sont toujours desservies par seulement un (dans 60 % des cas) ou deux (dans 20 % des cas) transporteurs⁸⁸. En France⁸⁹, 60 % des liaisons opérées et 24 % des passagers transportés le sont par une seule compagnie aérienne, ce chiffre monte, respectivement à 14 % et 45 % sur les liaisons opérées par trois compagnies ou plus. Cependant, l'objectif principal a été pleinement atteint. Entre 1995 et 2014, alors que le nombre de voyageurs-kilomètres au sein de l'UE a progressé de 23 % environ, ce nombre a augmenté de quelque 74 % dans le secteur des transports aériens dans le monde entier. Pendant cette même période, la part de l'aviation dans la totalité des transports de passagers est passée de 6,5 % à 9,2 %, ce qui représente, et de loin, la plus forte croissance de tous les modes de transport de l'Union confondus.

48. Pour conclure, ce tour d'horizon, nous avons envisagé une harmonisation complète par paliers, qui tient compte de la sensibilité des États et de la contrainte progressive sur leur souveraineté. L'ensemble normatif issu du début des décennies 1990 et 2000 est toujours en vigueur et a su s'adapter y compris à la marge, quand bien même les projets de refonte des réglementations sur l'attribution des créneaux aéroportuaires et de la protection du consommateur ne devraient pas voir le jour malgré l'affirmation en début d'année 2020 que ceux-ci sont une priorité législative⁹⁰. **La libéralisation du secteur aérien de passagers s'est caractérisée par un décloisonnement des marchés pour mieux répondre à l'explosion de la**

⁸⁸ Commission européenne, DG MOVE et Eurostat, 2019, repris par <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/131/transports-aeriens-regles-du-marche> - Consulté le 3 mai 2019.

⁸⁹ Ministère des transports, Observatoire de la concurrence, https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Observatoire_2019.pdf - Consulté le 22 juin 2020.

⁹⁰ Tant pour la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (refonte) /* COM(2011) 827 final — 2011/0391 (COD) que pour la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil COM/2013/0130 final du 13 mars 2013, *supra*.

demande et au financement du secteur, que les États ne pouvaient plus seuls assurer. Cependant, par son rôle important dans l'aménagement du territoire, la concurrence se trouve modulée dans ses objectifs premiers pour permettre la protection de l'intérêt général. Alors que le processus de désétatisation fut le passage obligé pour assurer la démonopolisation du secteur, il subsiste une exception. En effet, pour certaines routes très particulières, les États membres peuvent imposer des obligations de service public, sous certaines conditions et pour un temps limité. Tel est le cas des obligations singulières liées à « Strasbourg, capitale européenne » avec les liaisons vers Amsterdam et Munich ou plus généralement de celles assurant la continuité territoriale. Car, au-delà des vertus supposées de la libéralisation, la vision portée par la Commission européenne est résolument volontariste afin de prendre en compte dans la politique des transports aériens des objectifs d'intérêt général en tension, tentant un équilibre entre le développement du trafic, par plus de consommateurs transportés, et sans accentuer les disparités entre territoires.

49. Le projet de cette thèse, en combinant l'ensemble de ces considérations, est à partir de la recomposition du ciel unique européen, initiée par la libéralisation du transport aérien de passagers, est de privilégier le concept de « concurrence durable » comme moyen de caractériser la nature de la concurrence ainsi obtenue et d'en comprendre les enjeux. En ce sens, la thèse pose la question du dogme de la concurrence et sa pertinence à s'appliquer dans le secteur des services de transport aérien de passagers, alors que si la concurrence y est théoriquement libre et non faussée⁹¹, elle n'est pas pour autant parfaite. **La concurrence est en quelque sorte aménagée pour stimuler le développement de l'offre sans sacrifier d'autres objectifs sociaux et aujourd'hui environnementaux.**

Section 3 - La concurrence durable : une tentative de caractérisation du marché des services de transport aérien en Europe

50. L'étude propose une analyse de la texture de la concurrence dans ce secteur avec l'idée de tester le secteur pilote dans la libéralisation pour en mesurer les effets de

⁹¹ Depuis 1957, le traité CEE comprenait dans son préambule l'objectif d'établir une concurrence libre et non faussée. On continuera à adopter cette expression même si le TFUE n'évoque plus que les distorsions de concurrence qui la faussent, et par ailleurs le « respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre » comme au titre VIII relatif à la politique monétaire.

l'introduction de la concurrence sur un marché reposant sur une infrastructure plutôt refermée sur les frontières nationales. Comment entamer cette apparente souveraineté ? Il y a eu progressivement des doses de concurrence efficace, mais aussi incorporation d'autres objectifs qu'il a fallu concilier entre eux. À la manière de la RSE, il y a une mise en tension de ces objectifs à certains égards antagonistes. Ainsi, la concurrence dans le transport aérien de passager, en modifiant sa texture classique, a fait l'objet d'une transition d'une concurrence libre à une concurrence durable, qui sans renoncer à la recherche constante de l'efficacité économique, a développé l'adaptabilité du marché par la création d'un écosystème juridique, allant du droit de la concurrence « classique » aux droits de la consommation et social.

51. **L'étude de ce secteur a mis en lumière la diversité des objectifs issus de la volonté publique, ce qui a amené une certaine complexité dans leur appréhension.** C'est cet ensemble d'objectifs, comprenant le développement du marché intérieur par la connectivité du territoire, y compris par les obligations de service public, et incluant une mobilité la plus large possible pour les consommateurs, ce qui a permis progressivement la conception d'un écosystème juridique, lequel modèle une concurrence « durable ». Cette caractéristique est marquée par une dynamique et par une agrégation de caractéristiques, elle-même issue d'une diversité d'objectifs. Cette idée d'agrégation de caractéristiques englobe d'abord un constat, celui d'une concurrence imparfaite, parfaitement assumée par la Commission européenne et reposant sur une politique intermodale, incluant des transports résilients, car relevant d'un « fonctionnement acceptable après une catastrophe⁹² ».

52. Cette vision de la concurrence imparfaite⁹³ relève de l'économie industrielle, en référence au courant de pensée issu de l'École de Harvard dite « structuraliste ». Elle fait de la concurrence un processus plus qu'un état. Contrairement à l'école néo-classique qui repose sur une stricte application de la loi de l'offre et de la demande, et qui pose alors la concurrence comme un état à atteindre - la concurrence pure et parfaite, « l'économie industrielle se concentre sur l'analyse des situations de concurrence imparfaite, entre la vision utopique de

⁹² GONZVA Michaël, Résilience des systèmes de transport guidé en milieu urbain : approche quantitative des perturbations et stratégies de gestion, thèse de doctorat d'Architecture et aménagement de l'espace. Soutenue à l'Université Paris-Est, 8 mars 2017.

⁹³ Car relevant d'une industrie de réseau pour reprendre l'analyse de GLACHANT Jean-Michel, Repères pour l'analyse économique des réseaux européens de service public, *Annals of Public and Cooperative Economics*, 1995, pp. 211-228.

la concurrence pure et parfaite et le contre-exemple du monopole »⁹⁴. Le secteur aérien est bien régulé dans ce sens. Car, face au constat d'une concurrence imparfaite dans le transport aérien de passagers, comme le constatait la Commission européenne dans ses motivations pour refondre l'attribution des créneaux aéroportuaires, **les intentions du législateur n'ont jamais été de remettre en cause la réglementation, mais plutôt de l'amender**, ce qui tend à montrer que les instruments choisis pour libéraliser ce marché sont efficaces pour développer la croissance du trafic, et dans les proportions prévues dans le livre blanc en 2001⁹⁵.

53. **Par ailleurs, la concurrence durable, en tant qu'agrégat, ne serait pas complète sans une politique au service des objectifs environnementaux et sociaux complétant les attentes d'une concurrence loyale.** Au-delà de cette prise en compte des conséquences de conjonctures économiques régulièrement défavorables au fil des crises du XXI^e siècle, les objectifs sont aussi d'assurer un service de transport aérien optimal pour le consommateur européen. L'objectif est donc double : assurer l'optimisation du transport aérien en Europe ainsi que la sécurité des consommateurs. Dans cette hypothèse, l'actualité liée à la COVID-19, depuis février 2020, confirme les évolutions de ce secteur et en accentue brutalement les perspectives de recomposition, comme de consolidation si l'on reprend le terme généralement employé tant par les observateurs que le régulateur européen.

54. L'ouverture à la concurrence a correspondu à une forte croissance mondiale du secteur aérien malgré les aléas économiques (crise monétaire de 1993). Puis, lors d'évènements naturels (l'éruption de l'Eyjafjöll en 2010), politiques (guerre du Golfe en 1990 ou encore, les attentats de 2011), enfin sanitaires (Grippe A H1N1 en 2009 puis depuis 2020, l'épidémie de Sars-CoV-2), cette croissance du trafic aérien n'a jamais failli, les projections de reprise pour les années à venir indiquant en 2022, un niveau de nombre de passagers dans le monde à 88 % des niveaux pré-COVID-19, puis 105 % en 2023. D'ici 2030, le nombre de passagers dans le monde devrait atteindre 5,6 milliards, rejoignant les chiffres donnés, en 2011, dans le livre blanc « Transports 2050 »⁹⁶. Dans ce livre blanc, la démarche de la

⁹⁴ BOURREAU Marc et VERDIER Marianne, Cours d'économie industrielle - Introduction, Telecom ParisTech & Faculté des Sciences Economiques et Sociales de Lille, <http://ses.telecom-paristech.fr/bourreau/iren.htm>, consulté le 30 août 2013.

⁹⁵ Commission européenne, Livre blanc, La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix, COM(2001) 370 final, 12 septembre 2001.

⁹⁶ Commission européenne, Livre blanc, Feuille de route pour un espace européen unique des transports - Vers un système de transport compétitif et économe en ressources, COM(2011) 144 final, 28 mars 2011.

Commission européenne envisageait une politique globale des transports, que l'on peut caractériser par la mise en œuvre d'une multimodalité et le souhait d'un secteur qui soit résilient face aux crises régulières qui le traversent. Il faut donc poser la question de l'efficacité des choix normatifs européens pour développer le secteur aérien dans ces deux logiques. Parce qu'elle est contrainte par des enjeux sociaux et environnementaux, la concurrence durable repose aussi une nécessité de loyauté qui renvoie tant à la sanction de pratiques déloyales, qu'à la prise en compte, par les opérateurs économiques, d'objectifs parfois contradictoires. **Cette étude tente de définir et d'appliquer à la concurrence dans le transport aérien de passagers ce qualificatif de « durable » qui est, pour l'instant, seulement rattaché à une notion de développement économique, et de loin en loin à la responsabilité sociale des entreprises, dite RSE⁹⁷.** En cela, la concurrence durable dépasse ces dimensions.

55. Cette mise en tension d'objectifs, eux-mêmes en contradiction, définit, sous la contrainte de la primauté de la protection climatique⁹⁸, des enjeux pour l'émergence d'un ensemble juridique cohérent. Il en résulte que cet écosystème se doit de prendre en compte les multiples dimensions évoquées, qu'elles soient issues en droite ligne des objectifs des traités européens depuis Rome comme l'édification d'un marché intérieur, ou qu'elles relèvent d'un transport aérien plus durable, au sens des recommandations des régulateurs européens⁹⁹. Déjà, si la théorie économique évoque que la concurrence, par son processus de recherche de croissance, arrive à un épuisement des ressources et aussi des profits, la règle de droit peut en être un contrepied. Par la recherche de sa pertinence, la règle de droit se veut effective et efficace dans l'utilisation des ressources tout autant naturelles que financières. L'exemple topique des aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes¹⁰⁰ met en lumière la nécessité d'une évaluation de l'utilisation, tous les 4 ou 10 ans, des aides accordées.

⁹⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions du 25 novembre 2011, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 / COM(2011) 681 final.

⁹⁸ Commission européenne, Communiqué de presse du 24 février 2021, Construire un avenir résilient face au changement climatique — Une nouvelle stratégie de l'UE relative à l'adaptation au changement climatique.

⁹⁹ European Aviation Environmental, Report 2019 élaboré par l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA), l'Agence européenne pour l'environnement (AEE) et Eurocontrol et Proposition de règlement relatif à l'instauration d'une égalité des conditions de concurrence pour un secteur du transport aérien durable COM(2021)561 du 14 juillet 2021.

¹⁰⁰ *Supra*, Lignes directrices « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » du 4 avril 2014, notamment le point 16.

56. Par ailleurs, à l'instar de la plupart des marchés, et particulièrement des industries de réseaux, la concurrence dans l'aviation n'est pas une concurrence libre. Imperfection de la concurrence acceptable, car il existe une contestabilité du marché oligopolistique. Cette logique englobe, dans une dimension plus large qui met en tension l'objectif de contestabilité des marchés, la quête de pérennité de la concurrence, au sens de la stabilité d'un système, combinée au principe de loyauté. Cette loyauté est aussi celle due aux exigences environnementales qui passent par une plus grande offre de transport multimodale jusqu'à favoriser le plus possible, l'intermodalité qui, plutôt que concurrencer un autre mode de transport, en tire une complémentarité afin de favoriser la mobilité, au-delà de la fonction première du transport.

57. C'est le cas de cette complémentarité offerte par le transport ferroviaire et routier. Assurée par la généralisation du « *hubbing* », elle permet la création de plateformes de connexion pour assurer une interopérabilité des modes de transport. Un exemple peut être pris de la gare de Montpellier, nœud ferroviaire entre trains à grande vitesse national ou international (liaison avec l'Espagne), le train Intercités (liaisons interrégionales) et TER (liaisons intra) où une intermodalité est possible grâce au développement de gare routière à proximité immédiate ou reliée par une desserte de transport urbain, jusqu'à la plateforme multimodale complète que représente l'aéroport de Paris-Roissy - Charles de Gaulle (ci-après Paris CDG), permettant un accès et une poursuite de voyage par bus (Services de bus longue distance BlaBlaBus (ex Ouibus), Flixbus, Isilines), TGV nationaux et internationaux (liaison France-Bruxelles hors celle entre Paris-Bruxelles ou Amsterdam).

58. La durabilité serait alors comme la valeur de l'engagement, celle de renoncer à une concurrence dogmatique pour accepter une concurrence imparfaite, quoique contestable, mais qu'il faut savoir rendre à la fois pérenne et contribuant pleinement à l'objectif de protection climatique. On retrouve ces caractéristiques, dans des éléments sémantiques¹⁰¹ qui renvoient à une propriété physique « de résistance des bois vis-à-vis d'agressions physiques et biologiques », évoquant ici des qualités de préservation, comme un écho à la résilience ou encore une temporalité, comme à un « espace de temps durant lequel un bien

¹⁰¹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/durabilit%C3%A9/27024>

est apte à satisfaire un besoin auquel il correspond » ou enfin, une « durée au-delà de laquelle il n'est plus rentable de maintenir en état un équipement ».

Section 4 - Les questions d'ordre méthodologique et sémantique.

59. Pour comprendre les enjeux de la concurrence dans le secteur aérien, les évolutions juridiques ont été mesurées à l'aune de la théorie économique tel un dialogue entre les deux approches pour travailler non pas sur les processus de libéralisation, par ailleurs déjà abondamment étudiés, par l'évaluation des conséquences de ce processus sur la réalité de la concurrence, sa texture et son intensité.

60. Dans un premier temps de la thèse, l'analyse a donc été concentrée sur les évolutions de la régulation européenne du point de vue des industries de réseaux et de leurs contraintes particulières pour le secteur du transport aérien de passagers, que cela soit la réglementation sur le trafic aérien, la gestion de la ressource aéroportuaire et l'usage de facilités essentielles. De toutes ces évolutions résultent une logique de connectivité¹⁰² qui, en droit, est déclinée en obligation d'interopérabilité, en tant que possibilité pour une compagnie aérienne d'atterrir et décoller de n'importe quel aéroport, dans la mesure de sa capacité technique. L'effet attendu du point de vue économique est de rendre ainsi le marché contestable, à défaut d'avoir les caractéristiques d'une concurrence pure et parfaite.

61. Puis, débordant le seul continent nord-américain, il s'est avéré que les approches de la concurrence issue de la libéralisation de ce marché aérien à partir de 1978 ont révélé des points communs avec la libéralisation européenne, incluant par exemple le développement du *hubbing*, comme de fortes particularités du secteur, telle qu'une spatialisation différente de la concurrence. Par la situation géographique des infrastructures, le continent européen est maillé par un réseau d'aéroports majeurs que complète et concurrence une offre ferroviaire à grande vitesse, sans commune mesure avec le modèle des États-Unis beaucoup moins multimodal. Dans cette hypothèse, il a fallu identifier et comprendre les liens d'influence entre les deux modèles de libéralisation et l'influence que la recomposition de

¹⁰² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Aviation : une Europe ouverte et connectée {SWD(2017) 207 final} du 8 juin 2017.

l'espace aérien nord-américain avait eue dans la consolidation de l'espace aérien européen du fait d'un autre phénomène structurant, celui des concentrations qui s'y opéraient.

62. Ensuite, dans un deuxième temps, il s'est agi de définir les agents, acteurs de cette concurrence voulue par les institutions européennes, puis en identifier les comportements. Se trouve au premier plan, parce qu'elle est initiatrice de la libéralisation, la puissance publique tant européenne que nationale dans son rôle d'exécution des politiques européennes. Tour à tour moteur ou frein à tout changement plus ou moins important, les jeux de pouvoir entre les institutions européennes comme entre les États membres, marquent les décisions politiques menant à la constitution du cadre normatif. Ce sont, par ailleurs, les compagnies aériennes que les observateurs ont tendance à catégoriser en deux groupes. Le premier comprenant ces compagnies dites « porte-drapeau » pour leur rôle symbolique, « historiques » par leur ancienneté ou enfin « universelles », car pouvant assurer des vols transcontinentaux comme des dessertes nationales, qui tendrait à s'opposer au second, constitué des compagnies à bas-coûts (TBC) dont l'offre constituée d'un service réduit au strict minimum permet de segmenter le prix, donnant une plus grande lisibilité, mais rendant aussi l'expérience de voyage parfois très spartiate. Il est donc question des opérateurs alternatifs ou plus communément dénommés « *low cost* » (*LLC*), dénomination qui regroupe des disparités fortes. Dès le début des années 2000 et la maturité acquise par le marché du train à grande vitesse, la Commission européenne a intégré, dans ses analyses du marché, l'offre multimodale. Il est apparu nécessaire d'étendre l'analyse vers le marché ferroviaire et autoroutier, ce qui correspond à cette multimodalité souhaitée par l'Union européenne. Alors qu'il n'a fallu que quelques années pour libéraliser les secteurs routier et aérien, trente années furent nécessaires pour obtenir quelques résultats au niveau ferroviaire depuis la directive n° 91/440 CEE du 29 juillet 1991, texte fondateur d'une longue suite législative qui transforma le rail européen jusqu'à l'adoption du quatrième paquet le 14 décembre 2016¹⁰³, après quatre années de négociations interinstitutionnelles. Enfin, une autre partie prenante joue un rôle clé, car spécifique. Le consommateur, comme non-initié du monde des transports, accompagne l'évolution du transport aérien de passagers. C'est notamment le cas, lorsqu'il

¹⁰³ Directive (UE) n°2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive n°2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire.

valide, par le taux de remplissage des avions à bas coûts, parmi les plus élevés de tout le secteur, ce modèle économique.

63. Dans un troisième temps, il était nécessaire d'envisager les différentes réponses que ces compagnies aériennes ont pu développer, montrant une nécessaire adaptation aux bouleversements, quels qu'ils soient. Que cela consiste en une consolidation du marché par des alliances commerciales souvent assorties de concentrations au sens strict du terme, l'apport de l'analyse économique de la coopétition¹⁰⁴, notamment celle tenant compte d'une structure de marché et d'un cadre normatif, fut nécessaire. En montrant que « les stratégies des entreprises jouent avec les règles, les règles s'adaptent et évoluent en fonction des stratégies »¹⁰⁵ pour former un écosystème juridique sous le contrôle du juge. L'ensemble des données recueillies dans nos recherches semble établir un triptyque juridique nécessaire au développement durable de l'aviation constitué par la puissance publique garante de l'intérêt général, du régulateur du marché dont il a la responsabilité, enfin des agents économiques caractérisés par leur pouvoir sur ce marché. Pour envisager cette relation triangulaire, à la suite de Bertrand DU MARAIS¹⁰⁶, il importait de montrer la lecture économique des instruments de libéralisation choisis par les institutions européennes pour proposer une analyse de l'état de la concurrence.

64. Pour conclure, nous nous rendons compte que le transport aérien de passagers était précurseur des autres industries de réseau. Le cas particulier du transport maritime¹⁰⁷ a été

¹⁰⁴ Au milieu des années 1990, le président de l'entreprise Novell invente le néologisme « coopétition » pour décrire les pratiques de son entreprise. Résultat de la contraction entre coopération et compétition, le terme coopétition caractérise des relations interorganisationnelles simultanément coopératives et concurrentielles. Cf. LE ROY Frédéric et YAMI Saïd, Les stratégies de coopétition, *Revue française de gestion*, vol. 176, n° 7, 2007, pp. 83-86.

¹⁰⁵ *Supra*, DUMEZ Hervé et JEUNEMAITRE Alain, Concurrence et coopération entre firmes : les séquences stratégiques multidimensionnelles comme programme de recherche, 2005.

¹⁰⁶ *Supra*, DU MARAIS Bertrand, L'État à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique, *Politiques et management public*, 2002, pour lequel la libéralisation des marchés a aussi transformé l'organisation de l'État d'administrations centrales aux autorités administratives indépendantes et inviterait à « une libéralisation durable », car pérenne et respectueuse des équilibres profonds de la société, ce qui ne serait possible qu'en insistant particulièrement sur le rôle de l'information et de la comparaison pour contrôler les performances des opérateurs et compenser l'asymétrie d'information dont souffrent les consommateurs.

¹⁰⁷ En 1948, une Conférence internationale convoquée à Genève a adopté une convention portant officiellement création de l'OMI (dont le premier nom était Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, ou OMCI, qui est ensuite devenue l'OMI en 1982). La Convention portant création de l'OMI est entrée en vigueur en 1958. Ses principales missions ont été de réglementer la sécurité des personnes et de l'environnement, principalement par les Conventions internationales de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, telle que modifiée (SOLAS), de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par les Protocoles de 1978 et de 1997 (MARPOL), enfin de 1978 sur les normes de formation des gens

écarté pour deux raisons. Il s'agit certes d'un réseau transfrontalier, mais les transports maritimes internationaux sont essentiellement le fait du fret, en assurant environ 80% du commerce mondial. Par ailleurs, il est un mode de transport qui reste très « national »¹⁰⁸ quand il porte sur le transport de passagers¹⁰⁹. Même si sur un point, les deux secteurs se rapprochent quant à la logique de concentration à l'œuvre structurant « un paysage concurrentiel désolé »¹¹⁰. Cette expression est intéressante parce qu'elle donne à voir que la concurrence est un dogme qui autorise l'action de l'UE parce qu'elle permet de fabriquer un marché interconnecté sans avoir pour autant un marché unifié. Pour autant, le marché concurrentiel fonctionne de telle manière qu'il pousse à de nouvelles concentrations, stérilisant alors la structure concurrentielle.

65. Pourtant, l'effectivité de la réglementation est le point d'ancrage de la concurrence durable. L'analyse faite de cette effectivité ayant été faite en 2010¹¹¹ et 2011¹¹², l'idée de cette étude n'était pas de la questionner à nouveau, car, au-delà de son éventuelle évolution, il apparaît une question portant sur la nécessité ou non d'adapter la réglementation pour prendre en compte le marché dans sa dynamique actuelle. La réflexion devait être nourrie par les nouvelles lignes directrices concernant les aides d'État aux aéroports élaborées en 2014 et la concentration du ciel nord-américain qui accentuait la répartition de marchés entre les trois

de mer, de délivrance des brevets et de veille, telle que modifiée (STCW), y compris les amendements de 1995 et les Amendements de Manille de 2010.

¹⁰⁸ Les ports de l'UE-28 ont enregistré 395 millions de passagers maritimes en 2015. L'Italie et la Grèce ont enregistré respectivement 70 millions et 66 millions de passagers en 2015, représentant un peu plus d'un tiers du total de l'UE-28. Le Danemark (42 millions de passagers) affichait le troisième plus grand nombre de passagers maritimes. En 2017, près de 415 millions de passagers auraient embarqué et débarqué dans les ports de l'Union européenne, soit une augmentation de 4,6 % par rapport à l'année précédente. Avec respectivement près de 74 millions et 70 millions de passagers transportés par mer, les ports italiens et grecs ont géré ensemble 35 % du nombre total de passagers ayant embarqué et débarqué dans les ports de l'Union en 2017. En conséquence, l'Italie et la Grèce sont restées les principaux pays en termes de transport maritime de passagers dans l'Union européenne. Les deux pays ont enregistré des augmentations substantielles du nombre de passagers à l'embarquement et au débarquement par rapport à 2016 (+9,8 % et +7,3 %, respectivement). Ils étaient suivis par le Danemark, qui a enregistré près de 43 millions de passagers à l'embarquement et au débarquement en 2017, soit une augmentation de 3,1 % par rapport à 2016. Source : http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Passenger_transport_statistics consulté le 2 nov. 2019.

¹⁰⁹ Série d'arrêts du Tribunal en date du 29 février 2016 dans les affaires T-251/12, ECLI:EU:T:2016:114 déjà citée, T-264/12 UTi Worldwide, ECLI:EU:T:2016:11 et T-267/12 – Deutsche Bahn et Schenker, ECLI:EU:T:2016:110.

¹¹⁰ RIEM Fabrice, La concurrence dans le secteur des transports maritimes. Le marché entre concentration et complaisance, *Revue internationale de droit économique*, 2012/1 (t. XXVI), p. 31-56.

¹¹¹ ZEVOUNOU Lionel, Le concept de concurrence en Droit, thèse de doctorat en droit public soutenue à Paris-Nanterre, le 8 décembre 2010.

¹¹² PAPY Romain, L'aviation commerciale et le droit antitrust, thèse de doctorat en droit privé soutenue à Bordeaux, le 15 septembre 2011.

alliances alors que le groupe IAG (Iberia-British Airways) renforçait sa croissance externe par la prise de contrôle de British Midlands (2012) puis d'Aer Lingus (2015). Il convenait de déterminer s'il existe une corrélation, et par quels indicateurs la définir, entre l'enchaînement des actes législatifs et le chiffre d'affaires du secteur. Dans ce cadre, il importait d'analyser encore si cette concurrence avait su proposer une offre de transport à un maximum de personnes. En d'autres termes, cette étude est une occasion d'interroger la pertinence de ce modèle de concurrence et d'en mesurer la pérennité nécessaire pour assurer un service de transport adéquat. **Il importe d'accepter l'idée de pérennisation des conditions de concurrence, d'abord pour sortir de la gangue étatique puis pour stabiliser les investissements.** Il s'agit donc de nouvelles constellations, incluant les couples formés par les compagnies aériennes et les aéroports, puis d'un développement durable de la concurrence. Néanmoins, tenter de répondre à ces questions revenait aussi à établir si la concurrence était durable, terme qui engloba rapidement d'autres éléments que la seule pérennité.

66. La concurrence est en effet devenue un moyen qui doit permettre la transition écologique par une logique d'innovation qui lui est propre, telle la perspective du progrès de type « carburant alternatif » pour accompagner la progression de l'avion dans le marché des transports. Par ailleurs, si la logique de démocratisation du transport aérien de passagers n'a pas disparu avec la COVID-19, l'avion ne peut pas s'affranchir de réfléchir à ses impacts climatiques et sociaux. La concurrence durable, issue de la logique de la RSE et de l'idée de prise en compte par le droit des effets sociétaux de l'aviation, dépasse la question mainte fois débattue de l'effectivité de la réglementation et de l'articulation des politiques de concurrence et de régulation pour les envisager comme les deux faces d'une même politique commune, celle des transports.

67. Comment faire sur le plan du droit pour que la concurrence soit durable ? La pandémie de la COVID-19, en mettant crûment à la lumière les errements de l'aviation civile, est un moment de mise à zéro. Elle amène, par les orientations du Pacte Vert européen, à une réinitialisation du logiciel économique-juridique et donne l'opportunité de penser autrement les liens entre concurrence et transition écologique. Le vrai voyage est-il lointain ou peut-il aussi se satisfaire des charmes du local, remisant quelque peu l'esprit de découverte.

Section 5 - La concurrence et son objectif de libéralisation : une logique de phase, cœur de la problématique

68. Cette problématique amène une réponse complexe, formant alors un alliage au sens premier du terme, pour tenter d'envisager tous les nouveaux enjeux de la concurrence et constater l'émergence d'une durabilité de la concurrence. **Il ne s'agit pas d'une mutation brutale des notions, mais plutôt d'une évolution faisant de la concurrence, partie d'un « écosystème juridique » et d'une vision intégrée du transport.**

69. Dans un rapport d'information¹¹³ sur le secteur des télécommunications, dont l'ouverture à la concurrence était prévue pour le 1^{er} janvier 1998, le Sénat évoquait que « la loi de « démonopolisation » doit être une loi de consolidation du service public et de réglementation de la concurrence ». Cette vision peut être adoptée, rétrospectivement, pour le secteur aérien. Les évolutions des transports aériens, qui ont servi de modèle pour celle des télécommunications puis de toutes les industries de réseaux, sont construites sur cette double fonction. L'idée n'est pas d'obtenir un marché concurrentiel en tant que tel, mais de cadrer la concurrence par le droit, tout en garantissant l'intérêt général porté en France par la notion de service public. À lire la phrase du Sénat, ces deux impératifs doivent caractériser la « loi de démonopolisation ». L'examen de la libéralisation du secteur du transport aérien de passager montre tout à la fois l'exactitude et les limites de cette acception. La démonopolisation n'est, finalement, qu'une réglementation partielle de la concurrence, laquelle fut complétée par d'autres mesures d'harmonisation, comme la désétatisation de la fixation des tarifs et des capacités, ou en encore de l'attribution des créneaux aéroportuaires.

70. Car, au-delà des vertus supposées de la libéralisation, la thèse appréhende celle qui fut appliquée au transport aérien de passagers, comme un domaine de concurrence durable en tant que concurrence reconfigurée, dans un premier temps, par l'exigence de plurimodalité nécessaire à une politique globale de transports. La configuration spécifique des besoins du consommateur et des liens avec les exigences de développement des territoires, comme la prise en compte de la crise de la COVID sur fond de transition écologique complètent cette étude. Le Pacte vert européen montre que les politiques européennes, dont celle des transports, doivent participer à la protection du climat, ce qui inscrit la durabilité dans toutes

¹¹³ L'avenir de France Télécom : un défi national, M. Gérard Larcher, Sénateur, Rapport n°260 / 1995 - 1996 / Commission des Affaires économiques et du Plan, 12 mars 1996.

les politiques et actions de l'UE. La structure du développement qui va suivre se fait par chapitres, ceux-ci composant autant d'éléments constitutifs d'une concurrence durable, fondant ainsi une nouvelle concurrence. Les deux termes semblent a priori antinomiques, relevant d'un oxymore. La concurrence est consubstantielle d'une croissance en expansion, de ressources infinies mises à la disposition du fonctionnement du marché. Pourtant, toutes les autorités publiques, comme les organisations internationales prescriptrices de politiques publiques¹¹⁴, sont conscientes de la nécessité de prendre en considération, pour les combiner, d'autres objectifs que le seul fonctionnement du marché sur une base concurrentielle la plus libre possible. Les liens sont donc en construction et la thèse prend le parti de montrer que la concurrence elle-même est durable dans le secteur des transports.

71. Par conséquent, nous étudierons la logique dogmatique¹¹⁵ opérant une ouverture à la concurrence d'un secteur sous monopole étatique. La démonopolisation, accompagnée d'une désétatisation des opérateurs économiques, a permis une libéralisation du transport aérien de passagers. Cet objectif a conduit à valider un état concurrentiel imparfait, au sens de la littérature économique, qui n'a pas été démentie par les institutions de l'Union priorisant une approche pragmatique au service du marché intérieur (1^{re} partie). L'approche du régulateur européen a permis le développement d'une nouvelle offre de transport aérien et d'une concurrence multimodale avec le train à grande vitesse. Ce constat est complété par une volonté politique d'associer entre eux des objectifs qui sont aussi sociaux. Une fois décrits les premiers éléments d'une concurrence durable, la réalité globale de celle-ci apparaît lorsque l'on évoque d'autres composantes. La création d'une concurrence interbranche ou plurimodale (avion/train) complétant la concurrence initiale (avion/avion) notamment pour respecter des considérations d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement. La seule libéralisation d'un secteur entraîne ainsi des conséquences plus englobantes, questionnant la loyauté des rapports entre les agents (2^e partie).

¹¹⁴ Rapport de l'OCDE 2020 : <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/durabilite-et-concurrence.htm> pour la prise en compte de la durabilité par la concurrence ou encore celui du FMI ou l'appel du 15 mars 2021 de Kristalina GEORGIEVA, directrice générale du Fonds monétaire international, Federico DIEZ, Romain DUVAL, département Recherche, et Daniel SCHWARZ, département juridique du FMI, Progression du pouvoir de marché : une menace pour la reprise ? <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2021/03/15/blog-rising-market-power-a-threat-to-the-recovery> - Consulté le 2 avril 2021.

¹¹⁵ ZENOUVOU Lionel, Le concept de concurrence en Droit, thèse de droit public soutenue à l'université de Paris-X, 2010, p. 399.

Partie 1 : L'illusion de la concurrence par la seule ouverture du marché

72. **La recherche d'une concurrence pure et parfaite ou « libre et non faussée », comme le postule le traité, implique un certain pragmatisme.** L'étude des spécificités du secteur aérien, comme la relation à la souveraineté des États lors de l'attribution des droits de trafic aérien et des créneaux aéroportuaires¹¹⁶, amène à repenser les mots de Montesquieu qui évoquait, en 1748, la difficile appréciation entre « lois inutiles » et « lois nécessaires ». Associée à la théorie économique, de celle du marché de David RICARDO et de Jean-Baptiste SAY énoncées au début du XIX^e siècle jusqu'à la théorie de l'organisation industrielle de Jean TIROLE¹¹⁷, en passant par les relectures hétérodoxes de John Maynard KEYNES par Olivier FAVEREAU et André ORLEAN¹¹⁸ à la fin de la décennie 1980, la question de l'efficacité du droit de la concurrence se pose pour le transport aérien de passagers. L'étude de l'espace aérien européen qui émergea à la fin des années 1980 sur le modèle de la déréglementation¹¹⁹ américaine de 1978, dégage des enjeux matériels et institutionnels particuliers pour le marché du transport aérien de passagers. La théorie économique classique expose les bienfaits d'une économie de marché¹²⁰ fondée sur les principes de la concurrence pure et parfaite. Partie intégrante de son raisonnement sur l'équilibre général des marchés, la supériorité de l'efficacité des mécanismes de marché sur l'intervention de l'État sera le fondement théorique de toute volonté de « libéralisation » des marchés sous monopole.

¹¹⁶ À savoir que le développement des services aériens ou services de transport aérien est encadré par des droits commerciaux appelés droits de trafic qui définissent les fréquences de vols, les points de dessertes et d'escales, les possibilités de partages de codes. Ces droits sont définis historiquement dans le cadre d'accords bilatéraux entre États. D'autre part, il s'agit de la permission d'atterrir ou de décoller à une date et à une heure précises depuis un aéroport.

¹¹⁷ TIROLE Jean, *Théorie de l'organisation industrielle*, Edition *Economica*, 2015.

¹¹⁸ BESSIS Franck, Quelques convergences remarquables entre l'Économie des Conventions et la Théorie de la Régulation, *Revue Française de Socio-Economie, La Découverte*, 2008, pp.9-25

¹¹⁹ Le terme de déréglementation (traduction de l'anglais « *deregulation* ») est apparu dans la décennie 1980 en Europe. Associé aux réformes d'inspiration libérales menées aux États-Unis par l'administration Reagan et au Royaume-Uni par les gouvernements Thatcher puis Major, ce terme évoque plus une modification de la réglementation de la gestion et du développement des réseaux qu'une disparition du cadre normatif. Pourtant, la perception de ce terme invite à penser qu'il n'y existe plus de réglementation alors qu'elle est reprise par des autorités de régulations indépendantes.

¹²⁰ DUPONT de NEMOURS Pierre-Samuel, économiste physiocrate, école du XVIII^e siècle dont on peut considérer qu'elle fut historiquement la première des écoles économiques.

73. Dans ce cadre théorique, et parce que celui-ci était fortement questionné pendant la révolution industrielle européenne, le rôle éminent des infrastructures de transport est logiquement consacré par Léon WALRAS¹²¹. Au-delà, la concurrence est généralement jugée positive, car synonyme de liberté d'entreprendre et d'absence de concentration excessive des pouvoirs et des décisions dans la mesure de la question des facilités essentielles, ces infrastructures de transport participant de ce marché idéal car idéalisé. Ce modèle influence les décisions de libéralisation que l'Union européenne développe dans le sillage des États-Unis.

74. La libéralisation du marché du transport aérien, reconnaissant la spécificité propre de ce secteur¹²², fut ainsi le fruit d'une construction politique contrainte par des États sourcilleux de protéger leur compagnie aérienne « porte-drapeaux¹²³ » et des institutions européennes réclamant une ouverture du marché où les parts de marché sont contestables au bénéfice des consommateurs. Tous les agents économiques réalisent leurs transactions pour satisfaire leurs besoins économiques. Il s'agit autant d'accéder à un choix large de destinations, pour un prix permettant de définir quels services obtenir et en toute sécurité, que de proposer une offre la plus étendue possible de destinations et de services par le développement propre de lignes aériennes ou en s'alliant avec d'autres compagnies.

75. Régi par le titre VII du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), le système de concurrence se fonde, aux articles 101, 102 et 103 du traité, sur une commune analyse avec la théorie néoclassique prônant une concurrence « pure et parfaite » atteinte lorsque le marché est composé d'une pluralité d'acteurs (élimination des monopoles et contrôle des ententes) qui rivalisent à armes égales (lutte contre les positions dominantes et contrôle des aides d'État). Dès lors, parce que dans ce système de concurrence la rémunération de chacun est, théoriquement, à hauteur de sa contribution à ce que demandent les autres membres de

¹²¹ WALRAS Léon, L'État et les chemins de fer, *Revue du Droit public et de la Science politique*, mai-juin et juillet-août 1897, cité par DANIEL Jean-Marc, L'économie de marché : liberté et concurrence, *L'Économie politique*, 2008/1 (n° 37), p. 38-50.

¹²² 2^e et 3^e considérants du Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens abrogé par le Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n° 3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n° 3976/87 ainsi que le règlement (CE) n°1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

¹²³ Note lexicale : on trouvera aussi les termes d'historiques ou universelles, évoquant une catégorie de compagnies aériennes anciennes, opérant sur du moyen et long courrier et fortement liée, dans son histoire et sa dénomination sociale, à un État, notamment Air France, Iberia ou British Airways.

la société, l'offre de transport aérien à bas coûts¹²⁴ et, donc, à faible niveau de services, fut une véritable révolution pour les transports aériens, dans la droite ligne, du moins en apparence, de la libéralisation. Cette nouvelle offre contribua dès le milieu des années 1990 à l'accroissement de l'offre de transport, forçant aussi une consolidation du marché.

76. Cette « libre concurrence » définit donc un état du marché généralement défendu sur deux bases essentielles qui permettent de comprendre l'offre de transport aérien. La première est celle de l'efficacité¹²⁵ puisque la concurrence doit permettre l'utilisation la plus efficace des ressources dont les agents disposent. Théoriquement, les entreprises sont en permanence obligées de réduire leurs coûts de production, par l'utilisation de matières premières moins coûteuses (parce que moins rares), pour baisser leurs prix¹²⁶ et/ou améliorer la qualité de leurs produits pour un même prix. Il s'agit *in fine* de satisfaire les besoins des ménages, des consommateurs par le bien-être collectif ou à assurer un certain mécanisme de coordination par le mécanisme du prix. La coordination par la seule concurrence emporte, dans notre secteur d'étude, une tension constante entre l'ordolibéralisme européen et la doctrine américaine du laisser-faire qui a pu expliquer les différents traitements institutionnels du fonctionnement de chacun de ces marchés. Les analyses comparées¹²⁷ des projets de fusion entre les compagnies aériennes Delta Airlines, que l'on nommera aussi « Delta », et Pan Am¹²⁸ d'une part et entre l'Aérospatiale-Alénia et De Havilland¹²⁹ d'autre part, sont à cet égard riches d'enseignement. La Commission européenne, dans la première affaire, ne s'oppose pas à la fusion, car elle offre aux consommateurs européens une efficacité accrue par un service continu à l'intérieur du territoire américain, que les compagnies européennes ne peuvent offrir. À l'inverse, la constitution d'un groupe aéronautique puissant, prémisses d'un Airbus, est rejetée dans la seconde affaire, au motif qu'il existait un risque important quant aux prix des avions, particulièrement pour les compagnies aériennes

¹²⁴ On utilisera parfois, par commodité, le vocable anglais « *low-cost* » ou les abréviations TBC/LCC.

¹²⁵ BOUGETTE Patrice, DESCHAMPS Marc et MARTY Frédéric, *When Economics Met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law*, *Enterprise & Society* (2015), 16(2), 313-353.

¹²⁶ Au départ France, l'augmentation général des prix est de 1% en 2019 (- 2,9% pour les vols intérieurs et +3,9 % vers l'international) en comparaison avec 1,3% en 2018 (-0,3% et +1,5% selon les destinations) ; d'après chiffres DGAC.

¹²⁷ JENNY Frédéric, *Droit européen de la concurrence et efficacité économique*, *Revue d'économie industrielle*, vol. 63, 1993 pp. 193-226

¹²⁸ Décision de la Commission du 13 septembre 1991 dans l'affaire n° IV/M.130 — Delta/Pan Am.

¹²⁹ *Supra*, Décision de la Commission du 2 octobre 1991, Aréospace-Alénia/De Havilland.

régionales, traduisant un manque d'efficacité de la restriction de concurrence induite par la fusion. En 1991, le risque envisagé, à savoir l'augmentation du prix de vente d'un avion, dépassait pour la Commission le gain potentiel, tenant dans la baisse du prix d'un avion standardisé et donc commandé en plus grand nombre. La première justification de la libéralisation est la promotion d'un système de prix en phase avec le marché des transports aériens de passagers.

77. La seconde justification de cette libéralisation, créatrice de libre concurrence, est une forme de justice sociale. Le système économique basé sur une économie de marché (et donc concurrentielle) développe une société juste, car basée sur le mérite¹³⁰ et le partage des gains acquis. Ainsi, « La politique de concurrence a une incidence directe sur la vie des gens, et une des principales particularités et de promouvoir des marchés ouverts permettant à tous – aussi bien les entreprises que les citoyens – de recevoir une part équitable des avantages liés à la croissance¹³¹ ». La libéralisation d'un marché monopolisé par la mise en concurrence de ses offreurs fut donc le principal élément d'ouverture du marché. Comme l'évoquent Damien GERADIN¹³² puis Claude BEBEAR, le marché repose sur ce principe de la concurrence : « la politique européenne de concurrence est le garant du bon fonctionnement des mécanismes de marché et de l'unité de l'espace économique européen »¹³³. La communication¹³⁴ de la Commission européenne sur « la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence » n'évoque pas autre chose. La concurrence soumet les entreprises à trois contraintes majeures : la substituabilité de la demande, celle de l'offre, et l'existence d'une concurrence potentielle¹³⁵. Cela suppose d'accepter ce paradoxe que la concurrence libérée des contraintes étatiques n'est pas autre chose qu'une concurrence imparfaite.

¹³⁰ FREGUET Olivier, *La concurrence, une idée toujours neuve en Europe et en France*, Odile Jacob, 2015.

¹³¹ Rapport sur la politique de concurrence 2016, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 31 mai 2017, COM(2017) 285 final.

¹³² GERADIN Damien, *L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau : analyse de principaux enjeux du processus de libéralisation*, *Cahiers de droit européen*, 1999.

¹³³ BEBEAR Claude, *Faut-il une nouvelle politique de concurrence pour atteindre les objectifs de Lisbonne en matière de croissance et d'emploi ?*, colloque « La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire », Bruxelles, 8 novembre 2007.

¹³⁴ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, COM(97/C 372/03), Point 35 et suivants, 9 décembre 1997.

¹³⁵ Ainsi que les ont mises en lumière, dans leurs livres respectifs, par Frank KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*, en 1921, puis par William BAUMOL, John PANZAR et Robert WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure* en 1982.

78. On perçoit ici la caractéristique de la politique de concurrence de l'Union européenne par ces pressions exercées sur les entreprises en place, sur un marché donné, par l'éventualité de l'entrée d'entreprises nouvelles ou existantes (concurrents potentiels), visant à permettre le libre accès dans les industries de réseaux¹³⁶, pour lesquelles les coûts d'entrée sont élevés. **Toute la réglementation sur l'attribution des créneaux aéroportuaires¹³⁷ est emblématique de cet accès que l'on souhaite le plus ouvert possible, pour protéger un « marché sans frontières intérieures »¹³⁸ qu'est le marché intérieur, véritable ADN de l'Union européenne.** La situation du marché près de trente-cinq ans après le début de la libéralisation montre que le marché est bien plus oligopolistique que parfaitement ouvert à toute concurrence. En ce sens, le marché des transports aériens de passagers conduit à formuler l'idée que la concurrence, loin de confiner à une libéralisation dogmatique, fait apparaître une première forme de concurrence durable, à savoir la concurrence imparfaite (Titre 1).

79. De nouvelles venues sont pourtant apparues rapidement sur le marché (Ryanair – créée en 1985, mais développée à partir de 1994 – easyJet – 1995 – ou Norwegian – 2002). Attirés par des bénéfices supérieurs à la moyenne que les entreprises en place réalisent sur ce marché, en raison du bouleversement d'offres que continue de susciter leur modèle économique à bas coûts dit *low-cost*, ils ont su profiter de la libéralisation des marchés européens. L'entrée d'autres entreprises sur le marché augmentera la quantité totale fournie pour une baisse des prix imposant un « effet de discipline » sur le comportement des entreprises en place. Cette entrée est, en outre, confortée par la pratique institutionnelle d'une concurrence imparfaite par la Commission européenne. (Titre 2).

Titre 1 : La durabilité de la concurrence par son caractère imparfait

80. En 2004, le débat électoral français à propos du référendum sur le projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe avait fortement questionné la place accordée à la politique de concurrence. Une nouvelle question était posée, celle d'une concurrence comme

¹³⁶ ENCOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, *Revue économique*, vol. 47, n° 6, 1996.

¹³⁷ Règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté.

¹³⁸ Article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

but en soi ou, à l'inverse, un moyen politique pour l'établissement d'un marché intérieur, croisant dès lors d'autres objectifs, sociaux et environnementaux principalement. Faisant suite au rejet de ce projet, la concurrence n'apparaît plus comme un des objectifs de l'Union, mais reste un enjeu majeur du Traité de Lisbonne, en tant que moyen au service du fonctionnement du marché intérieur, comme le réaffirme le Protocole n° 27 du traité, explicitement consacré aux liens entre sur le marché intérieur et la concurrence. Car outre le fait d'être envisagée vingt-huit fois dans le Traité, notamment comme relevant de la « loyauté » (Préambule) et de dispositions communes (Titre VII), c'est au travers des compétences exclusives¹³⁹ qu'elle demeure étroitement associée à l'instauration du marché intérieur.

81. Les attentes premières de cette « nouvelle » concurrence dans le secteur aérien devaient être assez conservatrices sinon « classiques » pour un tel secteur économique, largement caractérisé par une souveraineté étatique jalousement gardée. Car depuis 1957, le traité CEE mentionnant dans son préambule l'objectif d'établir une concurrence libre et non faussée, l'application de ce principe générique peut apparaître comme la plus naturelle : comment s'opposer à ce que les consommateurs puissent avoir le choix, le plus large possible, tant de leur tarif que de leur destination par avion ?

82. Cependant, le constat dressé en 1987¹⁴⁰ est tout autre et imposait une véritable démarche normative d'intégration du secteur dans la logique concurrentielle :

« Considérant que les règles de concurrence font partie des dispositions générales du traité qui s'appliquent également aux transports aériens ; que les modalités d'application de ces dispositions sont précisées dans le chapitre relatif à la concurrence ou doivent être fixées selon les procédures qui y sont prévues ;

Considérant que, en vertu du règlement n° 141 du Conseil, le règlement n° 17 du Conseil ne s'applique pas aux services de transport ; que le règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil s'applique seulement aux transports intérieurs ; que le règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil s'applique seulement aux transports maritimes ; que, dès lors, la Commission ne dispose actuellement pas de moyens pour instruire directement les cas d'infraction présumée aux articles 85 et 86 du traité dans le secteur des transports aériens ; qu'elle ne possède pas non plus de pouvoirs propres pour prendre les décisions ou infliger les sanctions dont elle a besoin pour mettre un terme aux infractions qu'elle constate ;

¹³⁹ L'article 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne définit parmi les compétences exclusive de l'UE l' « établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ».

¹⁴⁰ Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens, modifié par le Règlement (CEE) n° 2410/92 du Conseil du 23 juillet 1992 ; Abrogé par le Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

Considérant que le secteur des transports aériens a des caractéristiques qui lui sont propres ; que, en outre, les transports aériens internationaux sont régis par un réseau d'accords bilatéraux interétatiques définissant les conditions dans lesquelles les transporteurs aériens désignés par les parties aux accords peuvent assurer les liaisons entre leurs territoires ; [...] »

83. **Selon la formule officielle**, reprise dans les textes, **il s'agit d'une libéralisation du secteur aérien de transport de passagers opérée comme dans toutes les industries de réseau par une démonopolisation**. Du fait des spécificités de ce secteur, il est certainement plus juste d'évoquer un processus de désétatisation des services de transport aérien. Ce secteur révèle ainsi une configuration spécifique de la concurrence, pour qu'elle s'adapte à une intervention étatique particulière, voire affective, d'un État à sa compagnie aérienne.

84. L'affaire de la reprivatisation de la TAP Air Portugal¹⁴¹, ci-après TAP, par le gouvernement portugais en est une représentation, mêlant les arguments de la sûreté nationale, aux relations diplomatiques, au commerce international et enfin au développement économique d'un territoire. Les conditions posées par le gouvernement portugais à tout acquéreur des 61 % du capital de la compagnie « nationale » sont contestées au regard d'une violation des libertés d'établissement et de prestation de services consacrées dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Elles sont néanmoins déclarées compatibles par la Cour de justice de l'Union pour permettre de maintenir le siège et la direction effective de la compagnie au Portugal, condition jugée nécessaire pour permettre à la compagnie de maintenir la capacité à remplir les obligations de service public, dont la desserte de petites îles. Par ailleurs, la Cour refuse de justifier l'obligation de maintenir et de développer le centre opérationnel (aéroport pivot ou « hub ») sur le territoire national, la jugeant disproportionnée. Cette affaire révèle une acceptation par la Cour d'exigences spécifiques de rattachement d'activités au territoire national pour garantir des obligations de service public, ce qui montre une sensibilité particulière du secteur aérien aux logiques territoriales. En ce sens, **la concurrence dans ce secteur doit permettre de préserver cet interventionnisme étatique, pour en faire, par nécessité une concurrence durable, passant de la recherche de l'efficacité à celle de l'adaptabilité**.

85. On retrouve, dans ces exigences, l'histoire de l'aviation civile, mêlée d'actes héroïques et d'épopées romantiques, comme de liens capitalistiques tout autant que

¹⁴¹ Arrêt de la Cour du 27 février 2019, sur renvoi préjudiciel, dans l'affaire C-563/17, AssociaçãoPeço a Palavra e.a./Conselho de Ministros, ECLI:EU:C:2019:144.

normatifs entre État et compagnie aérienne. Il n'est donc pas question que la libéralisation conduise les États membres à renoncer au rôle de porte-drapeaux de leur compagnie aérienne. Il s'est agi, depuis le début de la libéralisation, de donner plus simplement à toutes les compagnies aériennes, l'accès aux droits de trafic aérien et son corollaire aéroportuaire, le créneau horaire. **Pour ce faire, la stratégie de la Commission européenne, largement appuyée par le Parlement européen et ayant convaincu les États membres, a consisté en l'activation de plusieurs leviers.** La démonopolisation du transport aérien, classiquement évoquée comme une libéralisation du marché a été imposée par des actes de l'UE. En parallèle, cette dernière a élaboré les stratégies de « Ciel unique européen »¹⁴² et de « ciel ouvert »¹⁴³, par la négociation des droits de trafic aérien, afin d'unifier les conditions d'accès à un marché du transport aérien de passagers. Ces interventions législatives ont eu deux conséquences remarquables. La première est la désétatisation du transport aérien de passagers¹⁴⁴, la seconde la constitution d'un espace aérien de 1,7 million de km² (1 780 km du nord au sud et 1 835 km d'ouest en est) totalisant huit millions de trajets par an en 2018 et près d'un milliard de passagers ayant transité par les aéroports de l'Union des 27¹⁴⁵. Ces vols sont actuellement gérés par des règles de sécurité harmonisées au niveau de quatorze centres de contrôle « en route » et environ deux-cent-quarante aéroports, dont trois aéroports majeurs, Paris-Roissy-CDG, ci-après (Paris-CDG), Amsterdam et Francfort, lors des phases d'approche pour le décollage et l'atterrissage des avions. **On retrouve dans cette politique la vision traditionnelle du marché intérieur, comme espace d'interconnexion des marchés nationaux dans lequel l'intervention de l'État est réduite.** Celui-ci serait alors cantonner à l'action de combler la défaillance du marché pour protéger un objectif d'intérêt général, ce qui est opéré dans le secteur du transport aérien par des obligations de service public.

¹⁴² L'initiative « Ciel unique européen » a été lancée en 1999 afin d'améliorer les performances de la gestion du trafic aérien (GTA) et des services de navigation aérienne (SNA) au moyen d'une meilleure intégration de l'espace aérien européen. En cela, elle diffère de l'espace aérien européen qui évoque dans cette thèse un espace tant géographique que commercial.

¹⁴³ On entend ici un accord international de transport aérien offrant différentes possibilités de survoler, atterrir et décoller d'un territoire étranger et d'un déposer et prendre des passagers.

¹⁴⁴ BIPLAN Pierre, Les compagnies aériennes entre la nation et la mondialisation, *Hérodote*, vol. 114, no. 3, 2004, pp. 56-70.

¹⁴⁵ Toute proportion gardée, huit milliards de voyageurs ont emprunté les réseaux ferroviaires nationaux dans l'Union des 27 en 2018. *Données Eurostat*.

86. Dans le cadre de la Convention, dite de Chicago, de 1944¹⁴⁶, l'accès au territoire européen, notamment, mais très majoritairement avec les États-Unis d'Amérique, se faisait, en effet, par autant d'accords bilatéraux de « ciel ouvert » qu'il y avait de compagnies nord-américaines intéressées par une liaison européenne. La segmentation du marché du transport aérien en autant d'accords bilatéraux confortait donc les positions commerciales des compagnies issues de monopole comme leur appui sur les aéroports de dimensions internationales, véritables portes d'accès tant au pays concerné qu'au territoire européen. **Ce morcellement juridique et économique du marché du transport aérien ne pouvait pas être remis en cause sans la fin des accords bilatéraux.** Que de chemin parcouru depuis que la libéralisation américaine en 1978 aboutit à partir de 2002, à une politique commune en Europe, mettant fin à deux approches tout à fait opposées. Ainsi, alors que l'Allemagne et le Royaume-Uni d'un côté portaient des accords de droit de trafic « libéraux »¹⁴⁷, laissant à leurs compagnies aériennes respectives le soin de fixer les capacités de sièges offertes et de liaisons transcontinentales ouvertes, la France, l'Italie, l'Espagne et les pays scandinaves restaient sur des accords plus largement encadrés, car maintenant les règles de totale réciprocité, tant celle « 50/50 », partage équitable entre transporteurs en place et des nouveaux arrivants des créneaux aéroportuaires nouvellement mis à disposition que la « double approbation », un tarif devant être approuvé par les deux États concernés.

87. Après ce premier pas, le suivant fut la constitution d'une politique de transport à partir des années 1990 qui aboutit, dix ans plus tard, à une européanisation de celle-ci dans la ligne fixée par la Cour de justice. Car une libéralisation du transport aérien reposant sur une dichotomie entre désétatisation de l'espace aérien européen et maintien d'un rôle central des États membres dans les liaisons aériennes avec les États tiers ne pouvait se pérenniser au risque de favoriser une concurrence entre les différents points d'accès au territoire européen. Il fallait donc pouvoir donner à la Commission européenne la main sur le ciel européen dans

¹⁴⁶ La Convention relative à l'aviation civile internationale, rédigée par 54 pays le 7 décembre 1944, est établie pour promouvoir la coopération et « créer et préserver entre les nations et les peuples du monde l'amitié et la compréhension ». Plus couramment connue sous le nom de « Convention de Chicago », cet accord historique définit les principes de base permettant le transport aérien international et conduit à la création, le 4 avril 1947, de l'agence spécialisée qui assure sa supervision depuis lors, à savoir l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI).

¹⁴⁷ GRARD Loïc, L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile, *Annuaire français de droit international*, volume 49, 2003. pp. 492-515.

sa face externe. Dans une série d'arrêts en manquement¹⁴⁸, la Cour de justice, le 5 novembre 2002, sanctionne des accords bilatéraux entre des États membres et États tiers pour promouvoir un « ciel ouvert européen ». **L'idée n'est en rien d'empêcher la régulation de l'accès au marché européen, mais cette jurisprudence revient à changer d'échelle, en passant d'une logique nationale à une approche européenne.**

88. Le ciel entre les pays membres de l'Union étant totalement ouvert, mais sans qu'elle puisse se mettre en place dans son entièreté, il restait à envisager les relations avec les pays tiers. La négociation bilatérale par un État membre, telle qu'encadrée par le règlement (CE) n° 847/2004, permet la mise en conformité des accords existants dans le cadre des contacts réguliers des États membres avec leurs partenaires. La négociation bilatérale au niveau européen dans le cadre du mandat dit « horizontal », permet d'insérer par le biais d'un accord négocié par la Commission les clauses types nécessaires dans l'ensemble des accords conclus entre les États membres et un pays tiers donné. Un tel accord a l'avantage d'économiser au pays tiers, grâce à une seule et unique négociation, une série de négociations individuelles avec les États membres auxquels il est lié et de consolider au mieux les relations entre les différents partenaires. Là aussi, la plus grande diversité de situations a pu prévaloir jusqu'à la première décennie 2000 qui a vu s'instaurer, enfin, deux accords nord-atlantiques ouvrant totalement les ciels des USA¹⁴⁹, puis Canadien¹⁵⁰. Ainsi, la communication de la Commission

¹⁴⁸ Parmi, les six arrêts du 5 novembre 2002, notamment l'affaire C-466/98, Commission des Communautés européennes c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ECLI:EU:C:2002:624 ou l'affaire C-476/98, Commission des Communautés européennes c/ République d'Allemagne, ECLI:EU:C:2002:631.

Dans ces affaires, les États mis en cause se voyaient reprocher dans leur négociation bilatérale avec les États-Unis de manquer aux obligations qui leur incombait en vertu des traités et du droit dérivé : ce contentieux était tout à fait emblématique de la nécessité pour la Commission de pouvoir mettre en œuvre sa fonction de négociation dans le cadre d'une compétence partagée.

¹⁴⁹ Décision 2007/339/CE du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part des 25 et 30 avril 2007 modifié par Protocole modifiant l'accord de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé les 25 et 30 avril 2007 du 25 août 2010.

¹⁵⁰ Proposition COM/2009/0062 final de décision du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, concernant la signature et l'application provisoire de l'accord sur les services aériens entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part du 17 février 2009.

proposant l'obtention d'un mandat de négociation¹⁵¹ pour un accord UE-Canada envisageait dans son propos introductif que

« Les transports aériens entre le Canada et l'UE sont actuellement régis par 17 accords bilatéraux en la matière. Il n'existe actuellement aucun accord relatif aux services aériens entre le Canada et les 8 autres États membres de l'UE. [À savoir] La République de Chypre, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, la République slovaque et la Slovénie n'ont pas conclu d'accords bilatéraux en matière de services aériens avec le Canada. »

89. L'accord négocié par l'Union pour tous les États membres permet à toutes les compagnies un même accès aux ciels des parties. Le marché intérieur des transports aériens se développe en réalité au fur et à mesure du développement de sa façade externe. L'Union européenne permet d'étendre ces accords. Leur cohérence suit celle des accords de voisinage et des accords avec les partenaires clés de l'UE (référence à la communication ci-après). La difficulté est bien plus de négocier des accords les plus complets possibles. La Commission européenne va ainsi mettre en pratique une véritable politique d'extension¹⁵² des accords non plus bilatéraux et créer un d'effet d'entraînement, soutenue notamment et par exemple, le 11 juin 2009, par le CESE à l'occasion de sa session plénière¹⁵³ appelle à conclure un large accord UE-USA dans le domaine du transport aérien appelant à clôturer rapidement les négociations relatives à l'accord UE-USA sur le transport aérien.

90. La communication du 11 mars 2005 « Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté » envisagea la conclusion à l'échelle communautaire d'accords de transport aérien ciblés avec, d'une part, les pays de la politique européenne de voisinage et, d'autre part, les partenaires clés de l'Union européenne, volonté à nouveau exprimée par le CESE¹⁵⁴ qui rappelait la nécessité d'assurer la meilleure connectivité du territoire européen jusque dans ses régions périphériques, pour un développement à long

¹⁵¹ Communication COM/2006/0871 final de la Commission européenne, Définir une politique communautaire en matière d'aviation civile vis-à-vis du Canada du 9 janvier 2007.

¹⁵² Communication COM(2005) 79 final de la Commission européenne, Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté du 11 mars 2005.

¹⁵³ Avis du Comité économique et social européen, Relations transatlantiques entre l'Union européenne et les pays d'Amérique du Nord dans le secteur du transport aérien — une véritable convergence réglementaire (avis exploratoire) (2009/C 306/01) du 11 juin 2009.

¹⁵⁴ Avis du Comité économique et social européen à propos de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée « Aviation : une Europe ouverte et connectée » COM(2017) 286 final du 8 juin 2018 ; et Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n° 868/2004 [COM(2017) 289 final – 2017/0116 (COD)] du 14 juillet 2021.

terme et harmonieux du marché. **Cette connectivité doit pouvoir participer d'une meilleure utilisation des libertés aériennes.** Dans cette hypothèse, et en excluant pour l'instant les liaisons aériennes soumises à obligation de service public, l'offre des opérateurs à bas coûts apporta une contribution majeure au développement du trafic aérien, révolutionnant le transport aérien tant par son offre commerciale que par la qualité de service offerte.

91. La politique de transport reste une simple coordination du fait de l'absence de compétence d'harmonisation à l'époque, le premier règlement concernant une harmonisation technique et administrative n'apparaissant qu'en 1991¹⁵⁵. Ainsi, pour coordonner ce pouvoir propre des États et les intérêts européens, les autorités nationales doivent prendre en compte les intérêts des transporteurs aériens « communautaires »¹⁵⁶ qui sont établis sur le territoire national, au sens de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et qui manifestent un intérêt pour la fourniture de services aériens entre ce territoire et les pays tiers (chapitre 1). Pour associer libéralisation et coordination dans une combinaison efficace, l'ouverture à la concurrence à l'intérieur du secteur du transport aérien de passagers ne suffit pas du fait, principalement, du constat que la concurrence ne peut y être qu'imparfaite (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La libéralisation par la désétatisation

92. Le processus fut long de l'idée générique d'une concurrence libre et non faussée présente dès le Traité de Rome à sa mise en œuvre par une libéralisation d'un marché monopolisé comme l'était celui du transport aérien en général et de passagers en particulier. D'autant plus long¹⁵⁷ que l'ouverture à la concurrence a trouvé une application particulière

¹⁵⁵ Règlement (CEE) n° 3922/91 du Conseil, du 16 décembre 1991, relatif à l'harmonisation de règles techniques et de procédures administratives dans le domaine de l'aviation civile.

¹⁵⁶ Règlement (CE) n°847/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, concernant la négociation et la mise en œuvre d'accords relatifs à des services aériens entre les États membres et les pays tiers.

¹⁵⁷ Au titre d'une rapide comparaison, l'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie a été engagée dès 1996, avec l'adoption d'une première directive européenne concernant l'électricité, suivie en 1998 d'une directive sur le gaz pour une effectivité totale en 2007.

Au terme d'une longue procédure amorcée par le premier Livre Vert de la Commission en 1987, les marchés des télécommunications de l'Union européenne sont ouverts progressivement à la concurrence dès le 1er janvier 1998 pour aboutir en 2002 à l'ouverture effective du marché à la concurrence.

dans le secteur du transport aérien de passagers¹⁵⁸. **Depuis le premier mémorandum adopté en 1979** proposant un cadre d'ensemble pour une politique commune des transports aériens jusqu'au règlement de 1987 initiant la libéralisation du secteur, puis la première communication de la Commission européenne en 1999 évoquant la nécessité d'un ciel unique européen pour permettre effectivement cette concurrence, **le constat est récurrent, la concurrence pourrait être de meilleure qualité**¹⁵⁹. Serait-elle alors une structure de marché inefficace pour ce secteur aérien ou plus prosaïquement, un constat effectué régulièrement pour convaincre de la nécessité d'un marché encore plus libéralisé ?

93. **Au regard de cet objectif, les textes européens semblent former un ensemble cohérent**¹⁶⁰. Il pourrait s'agir de prendre en compte une forte spécificité liée à une plus grande extraterritorialité de ces modes de mobilité, comparée à la situation des transports routiers et ferroviaires et fluviaux, par exemple. Le traité prend, peut être aussi, en compte, une assimilation plus grande du transport aérien à une prestation de service relevant de la politique de marché intérieur plutôt que d'une politique commune des transports. Ce régime particulier établi dès 1957 et confirmé régulièrement¹⁶¹ jusqu'au TFUE lui-même, se retrouve aussi dans l'utilisation quasi systématique de l'unification des droits nationaux par le règlement plutôt que par la directive, qui fixe un objectif commun en laissant les États maîtres du choix des moyens, qui est en revanche plus utilisée dans le secteur ferroviaire¹⁶². Cette

¹⁵⁸ *Infra*, Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens.

¹⁵⁹ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur COM/2017/0142 final - 2017/063 (COD) du 23 mars 2017.

¹⁶⁰ Articles 90 du Titre VI qui dispose que les objectifs du TFUE sont poursuivis dans une politique commune des transports et paragraphe 1 de l'article 100 de ce même titre en exclut les secteurs maritime et aérien.

¹⁶¹ Le traité d'Amsterdam ne faisant que modifier la majorité requise pour les « dispositions appropriées [qui] pourront être prises pour la navigation maritime et aérienne » du moins dans les Traités. Donc le titre VI TFUE semble exclure de la politique de transport le transport aérien, tout en l'évoquant incidemment lors d'un point de procédure législative article 80 CE issu du Traité d'Amsterdam en 1999.

¹⁶² Pour le secteur du transport aérien, hormis une première directive en 1987 posant les principes de la tarification des services offerts, dès 1993, le règlement est utilisé soit de manière autonome (attribution des créneaux aéroportuaires, soit il poursuit ce que la directive instaure en première intention. Il en est ainsi de la Directive n° 96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté modifiée par le Règlement (CE) n°1882/2003 du Parlement européen et du Conseil du 29 septembre 2003.

Cela évoque la démarche utilisée pour le marché intérieur dans laquelle les directives sont fondatrices des principes posés pour « devenir », au fur et à mesure des modifications, des règlements. Pour le transport ferroviaire, la directive est utilisée pour assurer une convergence, le règlement n'emportant que des situations techniques (création d'une agence de régulation notamment par le Règlement (CE) n°881/2004 du 29 avril 2004),

distinction de traitement semble se rapporter autant à la nature du secteur envisagé, largement encadré par des traités internationaux (comme la Convention de Chicago 1944) que d'un choix stratégique de la Commission et accepté par les États. La décision commune est donc de choisir d'uniformiser rapidement plutôt que d'harmoniser, en évitant la concurrence potentiellement déloyale que peuvent générer des directives ainsi que les délais de transposition inhérents à ces actes.

94. La libéralisation graduelle du transport aérien en Europe a enfin été le fruit d'un ensemble de mesures de politique économique alliant interconnexion des marchés nationaux, mobilisation des règles de concurrence qui visent à éviter le monopole ou le maintien d'une trop grande puissance de marché et enfin contrôle des aides d'État dans les orientations voulues par l'Union. Mais, l'instauration de la concurrence fut, dans ce marché spécifique, bien moins une démonopolisation qu'un processus inédit de désétatisation d'un secteur de réseaux, confirmant le caractère imparfait de la concurrence qui en a découlé (section 1).

95. La libéralisation d'un nouveau secteur de transport montre l'évolution de l'approche économique de la Commission et éclaire d'un jour nouveau la libéralisation du secteur aérien. Les outils à sa disposition (articles 101 et 102 TFUE) sont adaptés par une promotion d'une approche pragmatique des accords, par la voie des exemptions puis des engagements. Les compagnies aériennes se doivent d'anticiper les conséquences de tels ou tels accords et se voient, ainsi, proposer des engagements, avant qu'elles ne prennent lors des dernières affaires l'initiative de le faire, pour en corriger les effets négatifs. Par ailleurs, la Commission a su, dès 1987¹⁶³, les compléter par des mesures éminemment techniques et ainsi prendre en compte les spécificités d'un secteur du transport de passagers, fondamental pour l'économie du continent (section 2).

ce qui est l'inverse pour l'aérien : la directive est utilisée pour instaurer le régulateur (L'Autorité de supervision indépendante des redevances aéroportuaires (ASI) par la Directive 2009/12/CE du 11 mars 2009).

¹⁶³ Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens modifié par le Règlement (CEE) n° 2410/92 du Conseil, du 23 juillet 1992.

Section 1 - Le marché démonopolisé, préalable nécessaire à la désétatisation du transport aérien

96. Les rédacteurs du Traité ont anticipé, dès le début de l'intégration, qu'une politique européenne de concurrence serait indispensable pour conforter la réalisation du Marché commun. Le rapport de la Conférence de Messine en avril 1956, préfiguratrice du Traité de Rome, faisait la promotion « des règles de concurrence [...] nécessaires pour éviter que de doubles prix aient le même effet que les droits de douane, qu'un *dumping* mette en danger des productions économiques saines, que la répartition des marchés se substitue à leur cloisonnement ». Depuis 1957, et notamment après la « relance Delors » de 1985, ces deux politiques – la politique de concurrence et celle du marché intérieur¹⁶⁴ - ont vu leur champ d'application et leur importance grandir. Dès l'origine, la politique de la concurrence fut au cœur de la construction du marché intérieur européen fondé sur la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. **Principe général et fondement du marché commun, le respect et le contrôle de la concurrence des marchés sous-tendent logiquement toutes les politiques européennes.**

97. Mais de cette situation découle l'extrême prudence des États¹⁶⁵ à laisser la Commission, et plus généralement les institutions européennes, s'emparer d'un secteur qui relevait de leur souveraineté (espace aérien) et de leur diplomatie (compagnie nationale et donc « ambassadrice »). Il a ainsi fallu de nombreuses négociations depuis 1981¹⁶⁶ et les premières propositions de la Commission au Conseil pour aboutir au premier texte prévoyant un règlement d'exemption catégorielle¹⁶⁷ puis réglementant plus largement les tarifs pratiqués par les compagnies aériennes¹⁶⁸.

98. **Parfois assimilée à un principe constitutionnel de l'Union européenne, la concurrence s'est construite d'abord et avant tout pour contrôler la concurrence**

¹⁶⁴ Nous gardons la dénomination officielle puisque seule la Commission utilise le terme de « Marché unique ». Mais cet adjectif est régulièrement utilisé pour le secteur envisagé en tant que « ciel unique » notamment dans sa communication du 1er décembre 1999, au Conseil et au Parlement européen : « La création du ciel unique européen » [COM (1999) 614 final, permettant de souligner la volonté intégratrice de la Commission relevant d'un tropisme américain.

¹⁶⁵ DUTHEIL de la ROCHERE Jacques, *Transport aérien européen et problèmes de concurrence*, *Annuaire français de droit international*, 1986.

¹⁶⁶ Commission européenne, proposition de directive du Conseil sur les tarifs de transports aériens réguliers entre États membres du 21 octobre 1981 et modifiée le 20 mars 1984.

¹⁶⁷ Règlement (CEE) n° 3975/87 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence aux entreprises de transport aérien, modifié par le Règlement (CEE) n° 2410/92 du Conseil, du 23 juillet 1992.

¹⁶⁸ *Supra*, Règlement (CEE) n° 2409/92 du Conseil, du 23 juillet 1992.

économique entre les États. Il s'agissait en effet d'empêcher que les États adoptent des politiques qui créent des avantages pour les entreprises de leur territoire qui seraient discriminatoires à l'encontre des entreprises des autres États. Par ailleurs, il s'agissait de contrôler les agissements des entreprises pouvant au niveau européen s'entendre et combiner leur pouvoir de marché respectif. Ce faisant, le décrochement du secteur aérien avec l'interventionnisme étatique était plus effectif par utilisation des instruments classiques de concurrence entre entreprises, faisant, au fond, fi de leurs liens consubstantiels avec les États.

99. Ainsi, dès 1987, la législation européenne fixe les mêmes objectifs que la politique outre-Atlantique : libéraliser le transport aérien, c'est-à-dire « déconstruire » toutes les législations nationales qui, jusque-là, l'organisaient sur la base d'un principe simple (une ligne égale une compagnie). Dès lors, la concurrence est programmée pour reconfigurer les marchés rendant finalement exceptionnel tout interventionnisme économique des États (§1). Malgré les évolutions, inévitables, de la politique de la concurrence, de ses instruments et de ses objectifs impulsés par la politique du Marché unique, pour reprendre un terme que seule la Commission utilise,¹⁶⁹ mais qui renvoie nécessairement à la volonté exprimée en 1999 de toutes les parties prenantes de créer un « ciel unique¹⁷⁰ ».

100. Dans ce contexte, et ce dès le milieu des années 1980, la dynamique fut constante entre politique de concurrence et politique d'harmonisation, car leurs objectifs se confortaient (§2). L'harmonisation par étapes vise à améliorer le fonctionnement du Marché unique et à accroître l'efficacité de la politique de la concurrence, au sens de la construction du marché intérieur pour aboutir au ciel unique européen conçu comme un espace sans frontières intérieures au sens de l'article 26 TFUE. Ces liens apparaissent dans les textes européens :

« considérant que le règlement (CEE) n°3975/87 faisait partie d'un train de mesures liées, adoptées par le Conseil comme un premier pas sur la voie de l'achèvement du marché intérieur dans le domaine des transports ; que son champ d'application était par conséquent limité aux transports aériens internationaux entre aéroports communautaires ;

¹⁶⁹ Notamment dans la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Une meilleure gouvernance pour le marché unique, COM/2012/0259 final, du 8 juin 2012.

¹⁷⁰ Règlement (CE) n°1108/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 modifiant le règlement (CE) n°216/2008 dans le domaine des aéroports, de la gestion du trafic aérien et des services de navigation aérienne, et abrogeant la directive 2006/23/CE.

[...] considérant que les transports aériens effectués intégralement à l'intérieur d'un État membre sont maintenant soumis également aux mesures communautaires de libéralisation ; [...] le champ d'application du règlement (CEE) n°3975/87 devrait par conséquent être étendu à ce secteur [...] »¹⁷¹

101. La question d'une concurrence précédant le marché intérieur ou au contraire l'accompagnant, cède finalement la place à un constat, celui du renforcement du rôle central de la Commission (§3) à la suite de l'arrêt « AETR »¹⁷² pour impulser les conditions du consensus politique autour d'un cadre interne complet d'harmonisation, ne laissant plus de place aux variations réglementaires nationales et d'une compétence externe étendue dans les mains de la Commission, concrétisant définitivement la désétatisation du secteur.

§1 – L'application de la concurrence pour contrôler l'action des États membres

102. **L'objectif de l'Union européenne est la création et la pérennisation d'un marché intérieur fondé sur une concurrence, certes efficace, mais surtout effective.** Fabrice RIEM rappelle que « le droit de la concurrence cherche fondamentalement, à juguler le pouvoir de marché des entreprises »¹⁷³ quand Frédéric MARTY estime que « la politique de concurrence [a] constitué la cheville ouvrière de la construction du marché intérieur »¹⁷⁴. Cette approche équilibrée de la concurrence a conduit à la démonopolisation du transport aérien de passagers et à assurer le libre accès aux ressources que sont les droits de trafic et les créneaux horaires aéroportuaires.

103. Parce que l'ensemble des éléments de droit communautaire puis de l'Union européenne s'applique au secteur du transport aérien et que celui-ci est essentiel à la pérennité du marché intérieur, quelques adaptations furent nécessaires, rendant l'approche théorique inopérante face à la complexité du secteur. Ainsi le titre IV du traité CEE puis le titre VI du TFUE envisagent de tenir compte des spécificités de ce secteur par rapport au cadre général de la politique commune des transports. À la suite des Traités, le règlement

¹⁷¹ Règlement (CEE) n° 2410/92 du Conseil du 23 juillet 1992 modifiant le règlement (CEE) n° 3975/87 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence aux entreprises de transport aérien.

¹⁷² Arrêt de la Cour rendu le 31 mars 1971 dans l'affaire C-22/70, Commission c/ Conseil, arrêt dit « AETR », ECLI:EU:C:1971:32.

¹⁷³ *Supra*, RIEM Fabrice, Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil, 2008.

¹⁷⁴ MARTY Frédéric, Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, *document de travail de l'OFCE*, OFCE n° 2010-30, novembre 2010.

n° 1017/68 du 19 juillet 1968 précisait ainsi les modalités d'application des règles de concurrence pour les transports par chemin de fer, route, et voie navigable, mais passait sous silence le transport aérien et maritime, deux modes de transport par ailleurs largement couverts par le droit international.

104. La Commission européenne pour agir sur la libéralisation d'un marché monopolisé devait en outre prendre en compte plusieurs dimensions. Il s'agit d'englober le droit de trafic, autant du transport aérien international (pays tiers) que de celui à l'intérieur du territoire européen, au sens de la Communauté puis de l'Union¹⁷⁵. Enfin, pour la ressource aéroportuaire, les vols à partir ou à destination d'aéroports européens saturés¹⁷⁶ posèrent le problème de l'accès aux créneaux aéroportuaires pour des compagnies nouvellement entrantes. Elle a pu utiliser, assez classiquement, les outils mis à sa disposition pour toute politique de concurrence afin de promouvoir un équilibre concurrentiel (A), en procédant en parallèle à une unification de l'espace aérien européen (B).

A – La recherche d'un équilibre concurrentiel

105. La fragmentation de l'espace aérien européen en 27 espaces nationaux entraîne chaque année des surcoûts de l'ordre de 5 milliards d'euros pour les compagnies aériennes et leurs clients. Selon, les études réalisées par Eurocontrol¹⁷⁷, la distance moyenne des vols s'en trouve allongée de 42 kilomètres, ce qui se traduit pour les avions par une augmentation de la consommation de carburant, des émissions plus élevées, l'obligation de payer davantage de redevances coûteuses et l'accroissement des risques de retards. Par comparaison, les États-Unis contrôlent un espace aérien de même taille, avec un trafic plus dense, pour un coût presque deux fois moins élevé. Cela a motivé les institutions européennes à agir en luttant contre le cloisonnement et en favorisant plus de concurrence sur les marchés pour assurer ainsi l'interpénétration économique des marchés de transport aérien de passagers.

¹⁷⁵ Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires.

¹⁷⁶ En 2012, il y avait 89 aéroports congestionnés. Parmi ces aéroports, 62 le sont tout au long de l'année comme London Heathrow et Paris Orly, et 27 de manière saisonnière. Dix-huit États membres ont au moins un aéroport coordonné et doivent donc désigner un coordonnateur.

¹⁷⁷ Organisation intergouvernementale dont le but est d'harmoniser et d'unifier la gestion de la navigation aérienne en Europe, en promouvant un système uniforme pour les usagers civils et militaires, dans des conditions de sécurité maximale tout en minimisant les coûts et les impacts environnementaux. L'UE est un partenaire associé d'Eurocontrol.

106. L'idée est bien d'utiliser la concurrence pour décloisonner les marchés nationaux par une démonopolisation qui ne pouvait se faire sans désétatisation des réglementations d'accès aux infrastructures. Les considérants du règlement (CEE) n° 95/93 du 18 janvier 1993, ci-après « Règlement créneaux aéroportuaires », en évoquant la nécessité de « faire face à la demande » pointent le moment politique de ce début de la décennie 1990 quand il fallut un ciel européen plus efficace pour envisager la croissance du trafic aérien et donc de l'économie européenne. **L'intégration européenne par la création du marché intérieur a nécessité la « communautarisation » progressive de l'espace aérien européen**, tout en laissant subsister un espace important pour la souveraineté des États au travers des droits de trafic aérien et de l'attribution des créneaux aéroportuaires.

107. Dans le cadre de ces négociations internationales portant sur les droits de trafic aérien, il revenait à chaque couple d'États de fixer l'attribution des droits réciproques de trafic régulier sur le principe de « monodésignation », chaque pays accordant à une seule compagnie un droit de trafic pour une liaison vers l'autre pays. En Europe, il s'agissait le plus souvent d'une compagnie publique investie d'une fonction de porteur du pavillon national. Par ailleurs, les capacités autorisées sur chaque liaison internationale étaient également fixées par l'accord bilatéral, assorties d'une règle de partage parfaitement symétrique (règle dite des « 50-50 ») des capacités entre les deux compagnies désignées. Enfin, chacun des deux États devait également approuver les prix proposés par les deux compagnies désignées (règle dite de la « double approbation ») alors que les accords de répartition des recettes entre elles étaient publiquement approuvés.

108. Pour leur part et dans ce cadre, les compagnies nationales se coordonnaient au sein de l'International Association of Transport Airlines (IATA)¹⁷⁸, fondée à La Havane en 1945. Au cours des conférences de trafic tenues annuellement en son sein, les compagnies se concertaient sur le prix du billet passager sur chaque liaison internationale, ainsi que sur le prix du fret, aux fins de validation par chacun des deux États. Cette coordination au sein de l'IATA, permise par le système des accords bilatéraux, eut pour conséquence la mise en place d'une structure de duopole « cartellisé » sur chaque liaison internationale. L'entrée de nouveaux opérateurs sur une liaison était de fait et *de jure* réglementée. Dès lors, cette

¹⁷⁸ L'Association internationale pour le transport aérien est une organisation commerciale internationale de sociétés de transport aérien.

combinaison des principes de la Convention de Chicago, a cessé de structurer les liaisons aériennes mondiales sous l'effet d'un double phénomène, celui précurseur, de l'émergence des charters¹⁷⁹ non couverts par les accords bilatéraux, et celui, complétant la nouvelle donne européenne, de l'action normative des États-Unis.

109. En juin 1958, le voyageur Fram faisait décoller le premier avion charter de Toulouse-Blagnac à destination des Baléares avec 14 passagers à son bord. En 1967, Jacques MAILLOT créait Nouvelles Frontières et faisait décoller ses avions de Bruxelles. Il obtint en 1986 que ses avions puissent décoller de Paris¹⁸⁰ à la suite de l'arrêt de la Cour de justice sous le double argument d'un non-respect de la libre circulation des personnes et de l'intégration à la politique de concurrence du transport aérien¹⁸¹. La libéralisation américaine en 1978 ne s'appuyait, quant à elle, plus sur cette monodésignation et permet alors aux compagnies américaines de négocier des accords avec les compagnies européennes dans le cadre des droits de trafic, allant jusqu'à l'accord de « ciel ouvert »¹⁸².

110. L'ouverture à la concurrence du transport aérien de passagers peut apparaître comme un long tâtonnement¹⁸³ devant atteindre un équilibre concurrentiel, le plus effectif possible. La construction européenne, faite de compromis entre États membres et institutions supranationales, a pu paraître longuement hésiter sur la démarche à suivre pour atteindre une démonopolisation devenue nécessaire. À cette aune, le cas des deux compagnies grecques est représentatif de ce difficile équilibre entre volonté d'ouverture à la concurrence et de persistance de la logique étatique. Le 24 juin 2010, la Commission européenne reçoit la notification d'un projet de concentration par lequel les groupes Vassilakis, Marfin Investment et Laskaridis acquièrent le contrôle en commun d'une nouvelle entité regroupant les activités des entreprises grecques Aegean Airlines SA et Olympic Air SA. Cette opération est déclarée

¹⁷⁹ Un vol charter ou vol nolisé (au Canada francophone) est un vol commercial affrété c'est-à-dire un vol organisé en dehors des lignes à horaires réguliers.

¹⁸⁰ DACHARRY Monique, Transport aérien français et Marché Commun, *Hommes et Terres du Nord*, 1992/1. Transports. pp. 34-39.

¹⁸¹ *Supra*, Arrêt de la CJCE, dit « Nouvelles frontières », du 30 avril 1986.

¹⁸² À ne pas confondre avec le traité Ciel ouvert de 1992, en vigueur en 2002, (en anglais : *Treaty on Open Skies*) qui met en place un programme de vols de surveillance non armés sur la totalité du territoire des États parties. Il vise à renforcer la compréhension et la confiance mutuelle en donnant à tous ses participants, quelle que soit leur taille, un rôle direct dans la collecte d'informations au sujet des forces militaires et des activités qui y sont liées.

¹⁸³ Et ainsi reprendre Léon WALRAS dans *Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale* (1874).

incompatible avec le marché intérieur le 26 janvier 2011¹⁸⁴ au motif d'un quasi-monopole sur le marché grec du transport aérien. Ensemble, les deux transporteurs contrôlent, en effet, plus de 90 % du marché intérieur grec du transport aérien et l'enquête de la Commission a démontré qu'il n'était pas réaliste de penser qu'une nouvelle compagnie aérienne de taille suffisante pourrait entrer sur les liaisons de ces transporteurs et exercer une pression sur la politique tarifaire de l'entité issue de la concentration. Trois ans plus tard¹⁸⁵, alors que la Commission relevait en 2011 que la concurrence potentielle était improbable et ne citait aucune autre compagnie aérienne pour contester le marché grec, elle mentionne Ryanair et easyJet comme concurrents potentiels. Ce faisant alors qu'elle pointe à nouveau les barrières à l'entrée et la faible probabilité d'une concurrence potentielle, la Commission n'en valide pas moins la fusion des deux compagnies grecques, opération destinée à absorber Olympic au bord de la faillite. Ainsi, au titre de la théorie de l'entreprise défaillante, la fusion est actée pour éviter que « les actifs de l'entreprise défaillante disparaissent inévitablement du marché » du fait du retrait définitif de la compagnie Olympic.

111. La remise en cause du système de monopole en Europe fut moins la conséquence d'une éventuelle pression idéologique des États-Unis, dont l'espace aérien est libéralisé depuis que le président Jimmy CARTER signa le *Airline Deregulation Act* le 24 octobre 1978, que d'un arrêt de la Cour de justice européenne de 1986, connu comme « arrêt Nouvelles Frontières »¹⁸⁶. Dans cette jurisprudence, la Cour estima que les règles de concurrence du traité de Rome s'appliquaient bien au transport aérien qui jusque-là y était soustrait. Ainsi, entre 1987¹⁸⁷ et 2004¹⁸⁸, les règles de concurrence ne s'appliquaient qu'au transport interne au territoire européen, laissant les vols transcontinentaux à la régulation des seuls États membres. Le processus de libéralisation progressive du transport aérien au sein de l'Union

¹⁸⁴ Décision de la Commission du 26 janvier 2011 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et l'accord EEE (Affaire COMP/M.5830 — Olympic/Aegean Airlines) notifiée sous le numéro C(2011) 316 final.

¹⁸⁵ Décision de la Commission du 9 octobre 2013 déclarant une concentration compatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE (affaire COMP/M.6796 — Aegean/Olympic II), notifiée sous le numéro C(2013) 6561.

¹⁸⁶ Arrêt de la Cour de Justice du 30 avril 1986 rendu sur renvoi préjudiciel dans les affaires jointes C-209 à C-213/84, ECLI:EU:C:1986:188.

¹⁸⁷ Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens

¹⁸⁸ Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n° 3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n° 3976/87 ainsi que le règlement (CE) n°1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

européenne pouvait ainsi s'engager et s'échelonner de 1986 à 1997 au travers de trois « paquets » de mesures pour aboutir à une pleine application des principes de concurrence en 2004, pour les liaisons intra-européennes comme avec des États tiers. Le 1er janvier 1993, le transport intracommunautaire était totalement libéralisé puis, le 1er avril 1997, il en fut de même pour le transport intérieur national, résultat de l'application du droit de cabotage issu de la cinquième liberté¹⁸⁹. Mais comme le rappelle David ENCOUA,¹⁹⁰ ces droits restaient limités, car ne concernant pas les accords avec les États tiers, limités par des contraintes de capacités offertes (30 % du nombre total de sièges offerts sur la liaison) et de qualité des infrastructures aéroportuaires (au moins un aéroport concerné devait être de première catégorie¹⁹¹).

112. Ce cadre normatif, très étatisé, se traduisait forcément par une diversité de situations, résultats des accords bilatéraux. L'ouverture à la concurrence de l'espace aérien européen a fait tomber ce système, permettant l'accès au marché le plus libre possible et ouvrant la voie à la création d'une concurrence à partir de toutes les infrastructures aéroportuaires. Cette base établie, les règles de concurrence du traité de l'UE pouvaient s'appliquer et assurer la démonopolisation du secteur par l'ouverture des marchés à de nouveaux entrants. Avec le contrôle des ententes ou autres abus de position dominante, le droit de la concurrence est exercé uniquement *ex-post*, ce qui suppose l'existence d'un marché concurrentiel. La Commission fit la promotion de « lignes directrices » permettant l'anticipation du résultat du contrôle des concentrations pour assurer cette capacité de concurrence, comme on le mesure au considérant 5 des Lignes directrices de 2004 :

« 5. La présente communication a pour objet de donner des orientations sur la manière dont la Commission apprécie les concentrations dans lesquelles les entreprises concernées sont des concurrents existants ou potentiels sur le même marché en cause. Dans la présente communication, les concentrations de ce type seront dénommées "concentrations horizontales". Toutefois, si la présente communication décrit l'approche analytique suivie par la Commission pour son appréciation des concentrations horizontales, elle ne saurait exposer en détail toutes les

¹⁸⁹ Cf. Annexe n 1 « libertés aériennes », page 891.

¹⁹⁰ ENCOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, *Revue économique*, vol. 47, n° 6, 1996.

¹⁹¹ Cette catégorie couvre les aéroports utilisables de nuit et disposant d'au moins une piste longue et équipée d'une approche aux instruments conforme (approche dans l'axe de la piste et taux de descente standard) ainsi que l'absence d'obstacles pour effectuer un tour de piste à basse altitude.

*applications possibles de cette approche. La Commission applique l'approche décrite dans la présente communication en fonction des faits et circonstances propres à chaque cas.*¹⁹² »

113. À la suite de ces orientations et pour les compléter sous un autre angle, la Commission Barroso (2004 – 2014), sur la base de l'objectif d'une « *better regulation*¹⁹³ », a souhaité développer les consultations ex ante. Ces études d'impact vinrent renforcer la subsidiarité et l'autorégulation, pour ne proposer de législation que lorsque celle-ci semble indispensable¹⁹⁴ permettant ainsi une meilleure acceptabilité de la règle dans les objectifs qu'elle se donnait et la mise en œuvre qu'elle réclamait. À ce titre, **la réglementation de l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports est emblématique**. Cette préfiguration des méthodes dites de « meilleure régulation¹⁹⁵ » est en effet le cadre des réformes des créneaux horaires. La Commission appuie ses propositions sur une évaluation préalable de l'état du marché, y compris pour choisir la solution soumise ensuite à l'approbation du Conseil et du Parlement européen.

114. Pour comprendre l'approche tactique de la Commission, il faut rappeler la signification pratique et stratégique de ces créneaux. L'augmentation du trafic aérien est contrainte par cette ressource rare, le créneau horaire de décollage et d'atterrissage depuis un aéroport. La demande de créneaux aéroportuaires augmente au fur et à mesure du développement régulier du secteur, quand bien même celui-ci est contraint par les aléas économiques, comme en 1973 puis en 1979, entraînant rapidement le constat, controversé¹⁹⁶, que les aéroports sont saturés dès le milieu des années 1980. Ce créneau horaire fixe une autorisation d'atterrir ou de décoller à une date et à une heure donnée dans un aéroport, et constitue un élément essentiel et indispensable à l'activité aérienne. Il est

¹⁹² Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, (2004/C 31/03) du 5 février 2004.

¹⁹³ ALEMANNI Alberto, The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?, *European Law Journal*, 2008 puis Better Regulation: Holding the European Commission Accountable? (October 7, 2018). VerfBlog, 2018/9/11, Special Issue: Holding the Juncker Commission Accountable, *HEC Paris Research Paper No. LAW-2018-1316* <https://ssrn.com/abstract=3262087>

¹⁹⁴ PONS Jean-François, Marché commun, Marché unique et politique européenne de la concurrence de 1957 à 2007, *Revue d'économie financière*, n° 88, 2007, 50 ans après le Traité de Rome. pp. 171-184.

¹⁹⁵ Commission européenne, Communication COM(2015) 215 final au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE, du 19 mai 2015 qui déboucha sur l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016.

¹⁹⁶ SUBRA Philippe, Roissy et le troisième aéroport : réalités économiques et manipulation géopolitique, *Hérodote*, vol. 114, n° 3, 2004, pp. 122-180.

donc nécessaire que ces créneaux soient attribués de façon équitable, non discriminatoire et transparente par un coordonnateur indépendant afin de garantir, l'utilisation efficace des capacités existantes dans les aéroports saturés de l'UE, tout en optimisant les avantages pour la clientèle et en favorisant la concurrence par un meilleur accès, de toutes les compagnies aériennes, à cette ressource. Le marché du transport aérien de passagers, tenu par les accords bilatéraux et les équilibres politiques, rendait toutes solutions, autre que le règlement « créneaux aéroportuaires »¹⁹⁷, impossibles. **Les limites concurrentielles intrinsèques trouvent en l'espèce leur concrétisation.**

115. La réglementation de cette ressource vise donc à garantir que, lorsque la capacité d'un aéroport est insuffisante, les créneaux horaires de décollage et d'atterrissage disponibles sont utilisés de manière efficace et attribués de façon équitable, non discriminatoire et transparente. Ainsi, le principe général du règlement emporte que le transporteur aérien qui a exploité une série de créneaux horaires pendant au moins 80 % du temps au cours de la période de planification horaire d'été/hiver a droit à la même série lors de la période de planification équivalente l'année suivante (droits acquis). Par conséquent, les créneaux horaires qui ne sont pas suffisamment utilisés par les transporteurs aériens sont réattribués (règle du « créneau utilisé ou perdu »). Des *pools* de créneaux horaires regroupant les créneaux horaires nouvellement créés, ceux qui sont inutilisés, ceux qui ont été abandonnés par un transporteur ou ceux qui sont devenus disponibles pour d'autres raisons peuvent être mis en place.

116. Après les différents constats établis lors des différentes révisions de la réglementation de 1993, la Commission européenne, en novembre 2007¹⁹⁸, dans son analyse des effets du règlement (CE) n° 793/2004¹⁹⁹, pointait certaines conclusions émises par les différentes contributions sollicitées. Elle semblait y opposer les arguments des compagnies aériennes à ceux des gestionnaires d'aéroports et coordonnateurs de créneaux aéroportuaires. Cette opposition apparaît quelque peu irréconciliable vu l'augmentation du

¹⁹⁷ *Supra*, règlement (CEE) n° 95/93 du 18 janvier 1993, « créneaux aéroportuaires »

¹⁹⁸ Commission européenne, Communication sur l'application du règlement (CE) n°793/2004 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, COM(2007) 704 final.

¹⁹⁹ Règlement (CE) n°793/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 modifiant le règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté.

trafic partiellement corrélée à l'état de la concurrence induite par l'action normative de l'Union. Les compagnies aériennes se bornent à réclamer une augmentation matérielle des capacités aéroportuaires. Elles estiment que la seule solution à la pénurie prévisible de créneaux aéroportuaires est la construction de nouvelles pistes ou le prolongement d'anciennes²⁰⁰, et incidemment préconisent l'amélioration des flux de personnes dans les terminaux aéroportuaires. Cela doit comprendre aussi la création de nouveaux terminaux, la rationalisation et la spécialisation des terminaux par compagnies²⁰¹.

117. Les seconds estiment que la réforme est bénéfique, mais qu'elle doit poursuivre son processus d'amélioration notamment en se rangeant complètement aux propositions de la Commission dans son projet de refonte de la réglementation des créneaux aéroportuaires. Les gestionnaires d'infrastructures aéroportuaires et les coordonnateurs de créneaux horaires sont en effet beaucoup plus favorables aux idées d'introduire des règles de marché pour cette attribution des créneaux aéroportuaires. Ce soutien aux propositions de la Commission va jusqu'à estimer qu'une mise aux enchères de cette ressource rare serait l'une des solutions les plus efficaces, parce que radicales, pour assurer une concurrence plus effective.

118. Depuis la réglementation initiale de 1993²⁰², toutes les modifications, pérennes²⁰³ comme temporaires²⁰⁴, ont impliqué une large conciliation²⁰⁵ avec les acteurs du secteur incluant les gestionnaires d'infrastructures aéroportuaires comme les compagnies aériennes, sans oublier les divers représentants des territoires au sein même des États ou du Comité européen des Régions²⁰⁶. **Malgré le respect de ce qui doit mener à une meilleure législation,**

²⁰⁰ C'est le cas, par exemple, à Francfort-sur-le-Main, dont le projet de troisième piste pour cet aéroport majeur en Europe est bloqué, empoisonnant régulièrement la vie politique allemande, particulièrement en période électorale ou encore à Paris, avec l'extension de Roissy-CDG, prévue par un quatrième terminal, a été arrêtée sur fond de débat à propos de la place de l'avion dans le transport.

²⁰¹ CROZET Yves et LAWSON Fabien, la commercialisation des créneaux aéroportuaires : une fausse bonne idée ?, *Transports*, n° 399, janvier-février 2000.

²⁰² Règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil du 18 janvier 1993 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté.

²⁰³ *Supra*, Règlement (CE) n°793/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 modifiant le règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil.

²⁰⁴ Révisions du règlement « créneaux aéroportuaires » pour tenir compte des crises que le secteur a pu traverser, comme la Guerre dite du Golfe et la pandémie du syndrome respiratoire aigu sévère - règlement (CE) n°1554/2003 - ou la pandémie de la COVID-19, règlement (UE) 2021/250.

²⁰⁵ Communication de la Commission sur l'application du règlement (CE) n°793/2004 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, COM(2007) 704 final du 15 novembre 2007.

²⁰⁶ Opinion of the Committee of the Regions, AIRPORT PACKAGE, COTER-V-026, 96th plenary session, 18-19 July 2012.

la négociation interinstitutionnelle achoppe sur les réticences étatiques à voir la répartition des créneaux aéroportuaires opérée au niveau européen, comme s'ils ne souhaitent pas se dessaisir d'une de leur dernière prérogative nationale. On peut envisager cette réticence d'autant plus que l'idée de concurrence fut formatée, dès l'origine, de manière non complètement libre pour laisser une juste place aux États. Dès lors, laisser au seul marché le soin d'organiser et gérer l'attribution des créneaux aéroportuaires reviendrait à autoriser la Commission, par son contrôle de la concurrence, à réguler ce secteur. Cette négociation stratégique est menée en parallèle du contrôle des concentrations. Alors que celui-ci s'est globalement développé à partir de la deuxième moitié des années 1980 avec l'augmentation de la taille des fusions et des opportunités de rapprochements européens, fruits de la réussite du marché unique, il n'apparaît dans le secteur aérien qu'en 1992 avec la prise de contrôle minoritaire avec option d'achat pour le solde du capital de TAT par British Airways²⁰⁷. L'opération d'abord contestée est finalement validée, car, aux points 78 et 87 de la décision du Tribunal, on peut comprendre que la Commission appuyée sur ce point par la juridiction, estime que « le renforcement conséquent de British Airways sur le marché français » va dans le sens d'une amélioration de la concurrence sur ce marché particulièrement important, d'autant plus que ce renforcement « n'en fait pas pour autant un acteur obtenant ni n'accentuant une position dominante. » Le contrôle ainsi opéré permet de concilier concurrence et protection des marchés nationaux en les préservant de toute influence trop déterminante d'une entreprise d'un autre État membre.

119. Ensuite, les projets de fusions-acquisitions ont fait l'objet de négociations entre les entreprises et la Commission européenne sur la base d'engagements, rendus contraignants par décision de la Commission. C'est ainsi que l'accord de coopération, complexe, entre Austrian Airlines et Lufthansa, notifié le 10 décembre 1999, fut validé pour une durée de six ans²⁰⁸ dans le cadre d'engagements proconcurrentiels. Cette alliance, pérenne puisqu'elle aboutira à l'absorption de la première par la seconde dix ans plus tard, reposait sur la base d'un système de transport aérien intégré. L'accord multiple évoquait d'une part, une collaboration étroite dans le domaine commercial et au niveau de l'exploitation, d'autre part

²⁰⁷ Décision de la Commission du 27 novembre 1992 dans l'affaire IV/M259, confirmée par l'arrêt du Tribunal du 19 mai 1994 dans l'affaire T-2/93, ECLI:EU:T:1994:55.

²⁰⁸ *Supra*, Décision de la Commission du 5 juillet 2002 dans l'affaire COMP/37.730 - AuA/Lufthansa.

un accord tarifaire établissant les principes d'une fixation commune des prix, et enfin un accord pour créer une entreprise commune pour le trafic entre ces deux pays qui donnera lieu à un partage des profits et des pertes.

120. La Commission a acquis, par ce contrôle, un rôle actif dans la structuration du marché, pouvoir important qui ne se démentira plus. C'est d'abord l'évolution²⁰⁹ de l'appréciation des conséquences d'une concentration au travers des différentes affaires dont elle a eu à estimer la validité (critère de l'entrave significative²¹⁰ et évolution souhaitée vers la théorie du préjudice), mais aussi de l'usage des règlements d'exemption qui apparaît au fur et à mesure de la connaissance des ententes entre entreprises du secteur. Parce que la réglementation en matière d'accords entre entreprises susceptibles de fausser la concurrence risquait de submerger la Commission de notifications, plusieurs règlements ont alors adopté, pour fixer les règles d'exemption et permettre d'éviter aussi une procédure trop longue et incertaine.

B – La refonte d'un système pour une surveillance continue du secteur aérien

121. Les règles d'exemption résultent d'un contexte très spécifique de l'aviation, celui de la prégnance d'engagements internationaux. Concernant le transport aérien, le système historique d'organisation était fondé sur des accords bilatéraux interétatiques, organisation très particulière qui créait sur chaque liaison internationale un duopole. Les capacités étaient déterminées par les États eux-mêmes, laissant aux duopoleurs le soin de fixer les prix, résultat de stratégies de collusion.

122. À la suite de la convention de Paris de 1919, établissant la souveraineté nationale de l'espace aérien à l'aplomb du territoire national, la Convention de l'aviation civile internationale, réunissant 52 pays à Chicago en 1944, promeut le système de ces « accords bilatéraux » entre couples d'États pour l'attribution des droits de trafic réciproques, correspondant aux différents types des « libertés de l'air ». Les différents types de droit de trafic dans le domaine du transport aérien international permettent en effet de cloisonner ou a contrario d'ouvrir un espace aérien continental, voire intercontinental, au travers de

²⁰⁹ Commission européenne, Livre blanc, Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, COM/2014/0449 final du 26 novembre 2014.

²¹⁰ Décision de la Commission du 27 février 2013 dans l'affaire COMP/M.6663 – Ryanair c/AerLingus.

règles comme la monodésignation ou la règle de partage des capacités, dite des « 50-50 », pour les deux compagnies désignées.

123. En temps de paix, les deux premiers droits de trafic sont toujours assurés, à savoir un droit de « 1^{re} liberté » pour survoler un autre pays sans y atterrir, assorti d'un droit de « 2^e liberté » afin d'atterrir dans un autre pays pour des raisons techniques sans embarquer ou débarquer des passagers. Ce n'est qu'à partir du droit de « 3^e liberté », accordé à une compagnie d'un pays d'assurer du trafic régulier en embarquant des passagers depuis un aéroport du pays d'origine vers un aéroport de l'autre pays signataire de l'accord bilatéral, que les modalités des accords bilatéraux fixées par les accords de Chicago prenaient, dès l'avènement du transport aérien de passagers, une dimension géopolitique importante pour tour à tour assurer un protectionnisme difficilement pénétrable ou renforcer des liens politiques et commerciaux entre États.

124. **Cette situation ne pouvait se maintenir en l'état avec le début du processus européen d'application des règles de concurrence dans le cadre des vols internationaux.** Il fallait donc pouvoir entamer tant une surveillance des entreprises que celle, ultérieure, des mesures étatiques. En rappelant que « le secteur des transports aériens a des caractéristiques qui lui sont propres » et que « les transports aériens internationaux sont régis par un réseau d'accords bilatéraux interétatiques »²¹¹, les autorités européennes ont pendant près de vingt ans tenu compte de ces spécificités. Qu'il s'agisse des aspects de réseau, du caractère monopolistique de l'exploitation de certaines lignes, du rôle important joué historiquement par les États au travers des accords interétatiques bilatéraux et des diverses réglementations qui en découlent, la Commission a d'abord dû dresser une liste²¹² des accords entre compagnies ne relevant pas de l'interdiction de l'ex-article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE). **La poursuite du processus de « déréglementation²¹³ » conduira**

²¹¹ *Supra*, Règlement n° 3975/87 du 14 décembre 1987, considérant n° 3.

²¹² Règlement (CEE) n°3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens ; Abrogé par le Règlement (CEE) n°3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens.

²¹³ C'est-à-dire le fait de laisser « jouer les mécanismes du marché » en supprimant ou en réduisant les règles, limitations et interventions publiques. La déréglementation vise ainsi à éliminer ce qui est ressenti par les opérateurs privés comme des entraves, vécues comme un frein au développement de certains trafics, à stimuler la concurrence et à encourager les innovations.

les autorités à étendre les dispositions d'exemption des ententes anticoncurrentielles aux vols intracommunautaires puis d'adopter un règlement d'exemption par catégorie²¹⁴

accélérant la recomposition de l'espace aérien européen avec l'apparition de gigantesques alliances, le plus souvent constituées d'un noyau dur d'une compagnie européenne associée à une compagnie américaine. En comparant le système de notification préalable des accords, qui est la méthode historique du droit communautaire des exemptions, et les services de transports aériens, ceux-ci faisaient donc l'objet d'un traitement largement différencié²¹⁵. Le 28 septembre 2006, la Commission européenne a adopté un nouveau règlement concernant l'application des règles concurrentielles dans le secteur du transport aérien²¹⁶. Près de vingt ans après la libéralisation du secteur, ces spécificités ne justifiaient, en réalité, plus ce particularisme.

125. Celui-ci était déjà amoindri par la normalisation du secteur issue de la « révolution 1/2003²¹⁷ » et les apports de la jurisprudence de la Cour en faveur des compétences de la Commission européenne comme négociatrice des accords de « ciel ouvert », que le considérant n° 36 du règlement précédent²¹⁸ rappelait explicitement. Dans ce processus progressif, la Commission accorda un dernier délai par une exemption par catégorie jusqu'au 31 décembre 2006 pour les consultations tarifaires pour le transport de passagers et de leurs bagages sur les services aériens réguliers entre aéroports de la Communauté. Après 2006, le secteur aérien rejoint ainsi le droit commun de la concurrence.

126. Les effets sur le secteur sont multiples tant à l'intérieur de l'Union que pour les liaisons aériennes avec les États tiers. La première décennie 2000 fut l'objet d'une concordance entre apparition des compagnies à bas coûts et normalisation juridique de la

²¹⁴ Règlement (CEE) n° 1617/93 de la Commission du 25 juin 1993 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour objet la planification conjointe et la coordination des horaires, l'exploitation de services en commun, les consultations tarifaires pour le transport de passagers et de fret sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports.

²¹⁵ VENAYRE Florent, BLAYAC Thierry, L'organisation du marché européen des services de transport aérien face à la suppression annoncée des exemptions. *Transports, Editions techniques et économiques*, 2007 pp.153-162.

²¹⁶ Règlement (CE) n°1459/2006 de la Commission du 28 septembre 2006 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour objet les consultations tarifaires pour le transport de passagers sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports.

²¹⁷ IDOT Laurence, Regards sur le règlement n° 1/2003, *Concurrences*, N° 3-2010, Art. N° 66396, septembre 2010.

²¹⁸ Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

régulation du secteur par les règles de concurrence. À partir de 2004, la Commission européenne peut, avec les mêmes bases législatives et les mêmes pouvoirs, contrôler la consolidation des marchés aériens européen et international²¹⁹ créant ainsi un corpus de décisions unifiées²²⁰ applicables à un marché aérien composite, car structuré par une offre à bas coûts qui a bouleversé les répartitions de marché et une plus grande ouverture des liaisons internationales.

127. Le contrôle européen des aides est l'autre pan de cet exercice continu de surveillance de la « concurrence non faussée » dans l'espace européen. Par le contrôle des distorsions de concurrence induites par des avantages accordés par un État membre à ses entreprises, et de lutte contre une course au « plus-disant » en matière de subventions, l'action de la Commission fut sollicitée. Celle-ci sera utilisée pour orienter les sources de financement public vers une politique d'aménagement du territoire, reposant largement sur l'offre opportuniste, du transport à bas coûts.

128. En matière d'aides d'État²²¹, la Commission européenne encadre les aides régionales et analyse les relations entre les États membres et les entreprises publiques, ainsi que les aides d'État aux entreprises en difficulté. Elle a fort à faire dans le transport aérien entre les aides accordées par les autorités gestionnaires de structures aéroportuaires et les recours récurrents contre les aides ainsi obtenues. Les affaires impliquant la compagnie Ryanair²²² sont un bon exemple de la volonté de rendre effective la concurrence aérienne par le développement régional au travers d'une offre de transport décentralisée, tout en respectant l'équilibre entre respect des obligations de service public²²³ et avantage indûment perçu²²⁴. Car il est indéniable que l'offre de transport aérien de la compagnie irlandaise, en se développant à partir d'aéroports essentiellement régionaux, participe de

²¹⁹ *Supra*, PAPHY, Romain, L'aviation commerciale et le droit antitrust, 2011.

²²⁰ On peut se reporter utilement au tableau analytique du document additif à cette thèse.

²²¹ *Supra*, Lignes directrices « d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » du 04 avril 2014.

²²² Notamment, parmi les trente-quatre affaires répertoriées, y compris les plus récentes concernant les aides accordées par les gouvernements français et suédois, nous citerons les arrêts du Tribunal du 17 décembre 2008 dans l'affaire T-196/04 qui qualifie d'Aides d'État le partenariat commercial entre Ryanair l'aéroport de Charleroi et du 15 septembre 1998 qui confirme les aides à la restructuration d'Aer Lingus, aides contestées par Ryanair pour ne citer que les plus anciennes.

²²³ Recours devant le Tribunal de l'Union européenne déposé le 27 décembre 2017 dans l'affaire T-833/17 opposant Ryanair et la commission à propos des aides d'État versées aux aéroports sardes.

²²⁴ Les cinq arrêts du Tribunal de l'Union européenne du 13 décembre 2018 dans les affaires T-165/16, T-77/16, T-53/16, T165/15 et T111-15 opposant Ryanair et la Commission pour des aides accordées à deux aéroports allemands et trois français. Notamment ECLI:EU:T:2018:952 ou ECLI:EU:T:2018:947

l'aménagement du territoire. Mais, dans le même temps, en reposant sur l'attribution d'aides publiques, elle concourt à un risque de concurrence entre collectivités publiques tant une compagnie aérienne peut être tentée de rechercher le changement de certains éléments du coût de production ou d'exploitation du fait de l'aide obtenue.

129. À la suite d'Emmanuel COMBE²²⁵, on peut en effet envisager un caractère cyclique des politiques de concurrence en fonction de leurs objectifs (premier - la compétition entre entreprises pour les renforcer - ou second - l'amélioration du surplus du consommateur) et de leurs résultats évalués. Il est alors intéressant d'envisager cet objectif second de plus en plus mis en avant dans les considérants et autres attendus du cadre normatif européen encadrant les aides conformes au marché intérieur. **La portée structuraliste de la politique de concurrence est particulièrement évidente dans le secteur des transports**²²⁶. Il s'agit, en effet, d'établir et développer des réseaux transeuropéens comme support au « bon fonctionnement du marché intérieur et le renforcement de la cohésion économique et sociale » par « une mobilité durable des personnes et des biens dans les meilleures conditions sociales, environnementales et de sécurité possibles ». La concurrence est donc adaptée à cette logique, ce qui explique la libéralisation, mais sur un rythme progressif, permettant tout à la fois une adaptation des entreprises et des États. Quant aux critiques récurrentes d'orientations trop libérales de ces politiques, la Commission a pu répondre qu'elles n'empêcheraient pas la création de « champions européens » (le groupe AIR FRANCE-KLM avec la fusion de British Airways et Iberia ou le groupe Air France-KLM notamment), et rappelle à juste titre que peu de dossiers de concentration ont été rejetés²²⁷.

130. **Toutefois, l'évolution du marché induite par cette surveillance du respect des règles de concurrence fut triple, pour cristalliser sur une révolution majeure.** C'est d'abord le verrouillage des positions de marché des compagnies aériennes universelles sur leur grand

²²⁵ COMBE Emmanuel, « III. Le low cost aérien, vecteur de concurrence », in : Le low cost, *La Découverte*, « Repères », p. 47-68, 2011.

²²⁶ Décision n°78/174/CEE du Conseil du 20 février 1978 instituant une procédure de consultation et créant un comité en matière d'infrastructure de transport ; Abrogée par la décision n° 1692/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 1996 sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport.

²²⁷ Les trois tentatives, infructueuses, de Ryanair pour racheter sa compatriote irlandaise Aer Lingus, notamment l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne rendu le 6 juillet 2010 dans l'affaire T-342/07, Ryanair c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:280 ; ou le premier projet de fusion des deux compagnies grecques Olympic Airways et Aegean Airlines par la Décision du 26 janvier 2011 dans l'Affaire COMP/M.5830.

aéroport historique avec la constitution de binômes de fait²²⁸ « compagnie aérienne / aéroport », avant qu'il ne puisse devenir capitaliste avec l'ouverture du capital des gestionnaires d'aéroports. La logique européenne de réciprocité et de cohérence globale pour créer un marché intérieur a, par la singularité de son processus d'ouverture progressive des marchés, contribué à accompagner les transformations profondes des compagnies historiques (Air France a été créée en 1933) dites universelles (la compagnie française dessert 25 villes sur le territoire national et 91 pays sur les cinq continents au départ de Paris-CDG). C'est enfin, la création de vastes alliances commerciales à partir d'un noyau nord-américain/européen. Mais **cette réaction à l'ouverture à la concurrence entre compagnies historiques s'est faite concomitamment à une révolution, celle d'une offre à bas prix parce qu'à bas-coûts**, profitant de l'intégration de plus en plus irréversible des marchés nationaux en un marché unique.

131. De 1985 à nos jours, la politique européenne, harmonise voire unifie les différents marchés pour créer un seul et même marché intérieur par phases que l'on peut résumer ainsi : l'officialisation de la libéralisation (1987), le consentement des États membres d'ouvrir leur marché domestique à la concurrence et à une liberté tarifaire (1993), enfin la libéralisation du marché aérien européen (1997). L'institution du marché unique au 1er janvier 1993 avait déjà largement enclenché la restructuration de l'espace aérien européen, jusqu'à dessiner trois tendances identifiables : l'émergence de transporteurs à bas prix (Ryanair en Irlande – 1984 - easyJet en Grande-Bretagne – 1998 -ou encore Air One en Italie – 1983/2014), la mise en place des politiques d'alliances et de rachat (TAT et Air Liberté par British Airways, Air Inter par Air France, cette dernière fusionnant avec KLM en 2004), puis, à partir de la pratique du partage de code, la constitution de grands groupes, dotés d'une stratégie d'organisation de leurs réseaux autour de structures de plateformes de correspondance²²⁹, enfin l'organisation du ciel mondial autour de trois grandes alliances initiées par trois compagnies européennes (Lufthansa en 1997, British Airways en 1999, enfin Air France en 2000).

²²⁸ En 2019, les principales compagnies aériennes présentent à Paris-Roissy CDG sont Air France (avec 52,5 % du trafic aérien), easyJet (7,2 %), Delta Airlines (2,4 %), Vueling (1,6 %) et Lufthansa (1,5 %). En tout, environ 160 compagnies aériennes sont présentes à Roissy Charles de Gaulle.

Pour mémoire, en 2015, la répartition était la suivante : Les principales compagnies aériennes présentes sur l'aéroport en 2015 sont Air France (46,8 % du trafic), easyJet (7,9 %), Lufthansa (1,6 %), Delta Air Lines (1,7 %) et Emirates (1,4 %).

²²⁹ Note lexicale : nous utiliserons indifféremment les termes de plateformes, aéroport-pivot voire *hub*.

132. **Dès lors la concurrence est réellement devenue un instrument, plutôt que l'objectif, pour accompagner l'unification des marchés nationaux.** La ligne économique dominante de la construction européenne, celle de l'économie sociale de marché, adoptée par l'Allemagne d'après-guerre, souligne, comme nous venons de le voir, les vertus d'une concurrence raisonnée parce qu'équilibrée avec d'autres enjeux, élément de la concurrence durable. Tout en veillant à ce que les grandes entreprises n'abusent pas de leurs positions et à ce que les États ne faussent pas le jeu de la compétition économique, elle est accompagnée par des politiques visant le progrès économique et social. Qu'elle soit mise en œuvre au niveau d'un État ou au sein des entreprises, la politique sociale active, même critiquée dans ses aspects libéraux, est indéniable. Cette combinaison singulière est enfin complétée par des aides à la recherche, à l'aménagement du territoire et à la reconversion aux niveaux national et de l'Union, tentant ainsi de prendre en compte la globalité du système économique. **Il en résulte que l'axe pris par la libéralisation du transport aérien de passagers, entre concurrence au service du marché intérieur et désétatisation du secteur, met en lumière la durabilité de la concurrence qui a servi à contrôler l'action des États membres.**

§ 2 - La concurrence pour construire le marché intérieur ou la désétatisation du secteur aérien.

133. La difficulté de mener à bien le projet de 1957 d'un marché commun reste matérialisée par les obstacles résiduels aux échanges dans le domaine des normes et des règles nationales spécifiques à de nombreux produits et services. Pour les surmonter et accélérer la mise en place de ce marché intérieur, la Commission lança le projet de marché unique à partir du milieu des années 1980. Revenir à cette réalisation progressive dans le secteur du transport aérien révèle comment ce dernier est nécessaire au développement du marché unique, tout en étant développé par une harmonisation basée sur le marché unique (A).

134. En 2000, l'Amérique du Nord représentait à elle seule 40 % du trafic alors que l'Europe en représentait 26 % et l'Asie 22 %. Près de 20 ans plus tard, l'Asie domine le marché avec près de 36 % du trafic mondial, suivie par l'Europe avec 26 % et l'Amérique du Nord avec

24 %²³⁰. Cette redistribution des cartes est-elle pour l'UE le résultat de cette approche par le marché intérieur ? Ou cette évolution provient-elle d'autres sources ? Il conviendra pour le savoir de voir comment inscrire juridiquement l'harmonisation du transport aérien de passagers dans l'interopérabilité, quasi géopolitique, des transports tant la présence des États peut rester importante (B).

A – Le marché du transport aérien composant essentiel du marché intérieur

135. Parce que l'absence de culture de concurrence dans le transport aérien est largement partagée par des États attachés à leurs compagnies aériennes porte-drapeaux, le rôle institutionnel de la Commission européenne a été et reste essentiel pour réorienter la politique des transports aériens. La libéralisation du marché aérien s'inscrit dans le cadre, logique, du marché intérieur, mais elle comprend aussi une dimension internationale évidente pour connecter au mieux le territoire européen au reste du monde. Parce que le trafic mondial double tous les quinze ans²³¹, en 2018, 4,3 milliards de passagers ont embarqué sur l'une des 1 300 compagnies aériennes à travers le monde, l'objectif était de pouvoir bénéficier et d'accompagner cette source de croissance.

136. Face à des marchés cloisonnés par la relation historique entre État souverain et compagnie aérienne, confortée par le binôme formé par le gestionnaire d'infrastructures aéroportuaires et cette même compagnie, **la Commission européenne joue d'abord et avant tout sur un symbole, en supprimant la notion de frontières, plutôt qu'à proprement parler sur l'objectif de la mise en concurrence.** Cette approche est évidemment illustrée avec la fin des contrôles douaniers aux frontières, mais elle est aussi aisément perceptible dans l'idée d'une plus grande offre de destinations sur tout le continent, ce que l'on retrouve déjà dans le « Livre blanc sur la réforme du marché intérieur »²³². Certes, il n'y est faite aucune mention d'un marché du transport aérien et même ferroviaire, cette logique d'émergence d'un tel marché n'étant pas encore à l'œuvre du fait des contraintes historiques et des questions de

²³⁰ Banque mondiale, <https://data.worldbank.org/indicator/is.air.psggr> - Consulté le 20 décembre 2020.

²³¹ Trafic mesuré par RPK = Revenu Passenger Kilometre, Source : ICAO, Airbus GMF 2018.

²³² Livre blanc de la Commission, « L'achèvement du marché intérieur », à l'intention du Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985) COM(85) 310 approuvé par décision du Conseil du 20 décembre 1985 adoptant le rapport annuel sur la situation économique de la Communauté et fixant des orientations de politique économique pour 1986 (85 / 619 / CEE).

souveraineté, mais les conditions techniques et réglementaires étaient toutes présentes pour envisager sa création grâce à la désétatisation opérée sur les instructions européennes.

137. L'avenir d'Air France est tout à fait évocateur de cette désétatisation. Ce phénomène ne se borne pas à une moindre, voire à une absence de participation publique au capital d'une compagnie aérienne. Depuis la privatisation partielle en 1999²³³, jusqu'à la création d'un groupe multinational par l'alliance capitalistique avec la compagnie aérienne porte-drapeau néerlandaise KLM²³⁴, la participation de l'État est actuellement de moins de 15%. Mais, la désétatisation est aussi et essentiellement liée au rapport de la puissance publique avec la compagnie porte-drapeau : alors qu'Air France fait face à un mouvement de grève sans précédent, le ministre de l'Économie²³⁵ a pu, par exemple, sans s'attirer les critiques des organisations syndicales, estimer que l'État n'était « pas là pour éponger les dettes » et d'être appuyé par le président du groupe de députés de sa majorité²³⁶ pour qui « le fait d'arborer le pavillon national n'est pas une garantie de survie éternelle ». L'action de l'Union a permis de décrocher les compagnies historiques du groupe Air France-KLM de la gangue protectrice étatique dans laquelle elles vivaient avant leur fusion.

138. Dès lors, la proposition de rapprochement avec la société de services hôteliers Accor au-delà de l'actuel partenariat commercial²³⁷, qui se proposait de se substituer à l'actionnaire public, semblait faire son chemin. Cependant, la pandémie du COVID-19 et ses effets dévastateurs sur le transport aérien de passagers a largement fait oublier cette posture et remettre à demain les projets esquissés au profit d'un recentrage sur le rôle de l'État stratège plutôt que protecteur ou protectionniste. Il reste à observer comment cette désétatisation a pu être opérée sans que lui soit opposée la souveraineté de l'État.

139. Un retour au Livre Blanc de 1985 permet de retrouver les techniques de la méthode Schuman pour répondre à cette question qui y est plus largement évoquée. Ce document

²³³ Le 22 février 1999, Air France est introduite en bourse au cours (actualisé) de 14 € par action.

²³⁴ KLM Royal Dutch Airlines (en néerlandais, KLM pour Koninklijke Luchtvaart Maatschappij) est la compagnie aérienne porte-drapeau des Pays-Bas.

²³⁵ Invité sur BFMTV, dimanche 6 mai 2018.

²³⁶ Invité sur France Inter, Lundi 7 mai 2019.

²³⁷ Les groupes Accor et Air France-KLM sont partenaires en proposant à leurs clients fidélisés un double système de récompense inédit dans le secteur européen du voyage. Ce système offre la possibilité de gagner simultanément des Miles Flying Blue et des Points Rewards Le Club AccorHotels chaque fois qu'un membre effectue un vol commercialisé et exploité par Air France et/ou KLM, ou séjourne dans un hôtel Accor participant au programme.

envisage les infrastructures de transport, essentiellement terrestres (autoroutiers et ferroviaires), afin de supprimer totalement au 31 décembre 1992 les frontières physiques, à savoir les contrôles des marchandises et des personnes aux frontières intérieures. Sont visées également les entraves techniques, spécifiquement liées au transport aérien de passagers, comme les entraves liées aux réglementations nationales relatives aux produits et aux services et plus particulièrement la certification des aéronefs et l'attribution des créneaux aéroportuaires pour soutenir l'ouverture du marché, qui doivent être supprimées. L'instrument le plus adéquat pour provoquer l'ouverture est la concurrence, parce que c'est une politique pilotée par l'Union et qui ne vise pas directement les États, mais les opérateurs de services de transport aérien. Ce faisant, **l'Union peut en quelque sorte prendre en tenaille les États en opposant à leur souveraineté la protection de leurs citoyens/consommateurs.** Les règles de concurrence, pour fonctionner, supposent que le monopole ou le duopole associé aux droits de trafic soient remis en cause.

140. Cette démonopolisation du transport aérien ne fait donc pas l'objet d'une politique à proprement parler. En tant que support de la libre circulation des personnes et au libre établissement dans les États membres, le secteur aérien peut, pour quelques années, rester une question technique d'accès au marché. Dès lors, la place des transports demeure marginale en tant que telle dans l'harmonisation. Lancée dans les années 1980, puis incorporée dans le traité de Maastricht en 1992, la technique des réseaux transeuropéens la remet au centre des débats européens. Le réseau transeuropéen de transport (RTE-T) vise à améliorer les infrastructures dans le domaine des transports et faciliter les échanges au sein du marché intérieur. Les orientations du RTE-T, revues régulièrement (notamment en 2001 et 2004) prévoyaient un réseau global de 94 000 km de voies ferrées dont 20 000 à grande vitesse (au moins 200km/h) et 366 aéroports. Cela montre leur complémentarité dans la politique globale des transports tout comme la prise en compte du développement aéroportuaire au niveau européen et pour servir le fonctionnement du marché intérieur.

141. Ce préalable mis en place, le réseau transeuropéen connecté au reste du monde devait pouvoir développer le recours à une autre ressource nécessaire pour un marché intérieur effectif, la route aérienne, relevant de la seule compétence des États pour négocier bilatéralement des droits de trafic aérien. Mais les difficiles rapports entre la France, sensible aux difficultés de « sa compagnie nationale » et des intérêts de l'industrie aéronautique basée

sur son territoire, et les pays du Golfe persique faisant pression pour l'octroi de droits de trafic aérien est un symptôme révélateur des difficultés résultant de cette option. Dès lors, l'alternative pouvait être une plus grande implication de la Commission, « gardienne de l'intérêt général » européen. **L'UE va prendre le contrôle de la construction de ces routes à l'intérieur de l'UE, puis par homothétie à l'extérieur de l'Union.** La première étape fut franchie avec l'arrêt AETR²³⁸. Cette affaire opposant la Commission au Conseil des Communautés européennes quant à un accord international pour le transport routier²³⁹ voit la consécration par la Cour de la compétence exclusive de conclure un accord dans le champ « occupé » par un acte interne de l'UE, permettant ensuite une compétence exclusive de négociation pour la Commission européenne. Cette jurisprudence a trouvé son développement trente et un ans plus tard, quand la Cour déclare que le principe de l'« AETR » s'applique à l'aviation et reconnaît la capacité d'action de l'Union dans le cadre d'une compétence partagée, ce contre l'avis de sept États ayant négocié bilatéralement avec les États-Unis²⁴⁰.

142. Les enseignements de cette mise en perspective ont été formalisés très rapidement dans une communication²⁴¹ qui mentionne dans son préambule, autant « l'approche communautaire cohérente » que l'inefficacité des accords bilatéraux en relevant qu'il était « de plus en plus inadéquat que les relations internationales soient gérées individuellement par les États membres » pour inviter « les huit gouvernements directement concernés par les arrêts à faire jouer les clauses de dénonciation contenues dans leurs accords avec les États-Unis pour assurer, le plus vite possible, le respect des arrêts de la Cour de justice²⁴² ». Dès lors, dans la politique actuelle du transport aérien, l'UE a transformé le « marché intérieur en un espace aérien régional proprement dit²⁴³ », puis elle a obtenu de plus en plus régulièrement

²³⁸ *Supra*, Arrêt de la Cour rendu le 31 mars 1971, AETR, ECLI:EU:C:1971:32.

²³⁹ Le 19 janvier 1962, a été signé à Genève, dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies, par cinq des six États membres de la CEE et un certain nombre d'autres États européens, l'accord européen relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route (AETR). Le litige repose alors sur la répartition des pouvoirs entre institutions pour des accords internationaux et en l'occurrence de transports (Traité CEE, art. 75, 228).

²⁴⁰ *Supra*, Arrêts de la CJCE rendu le 5 novembre 2002 dans les affaires C-466/98 (Royaume-Uni), C-467/98 (Royaume de Danemark), C-468/98 (Suède), C-469/98 (Finlande), C-471/98 (Belgique), C-472/98 (Luxembourg), C-475/98 (Autriche) et C-476/98 (Allemagne), ECLI:EU:C:2002:63.

²⁴¹ Communication du 12 nov. 2002 de la Commission concernant les conséquences des arrêts de la Cour du 5 novembre 2002 pour la politique européenne en matière de transport aérien, COM/2002/0649 final*/

²⁴² *Supra* Pt 67. Communication COM/2002/0649 final.

²⁴³ *Supra*, Pt 16. Communication COM/2002/0649 final.

les mandats pour négocier des accords marginalisant, peu à peu les accords bilatéraux États membres/États tiers. **Cette approche est appliquée aujourd'hui sans considération du mode de transport, ce qui passe par l'extension de ce processus à un autre secteur essentiel, le transport ferroviaire** alors que les spécificités de chaque modalité de transport étaient considérées comme le dogme guidant toute la politique commune des transports²⁴⁴.

143. En 1961, la Commission européenne estimait que des disparités structurelles très conséquentes entre les entreprises de transport (chemins de fer, maritimes et aériens) font des transports un secteur spécial soumis à une politique européenne spécifique. Pour cela, elle prenait en compte les facilités d'accès au marché trop variables, le potentiel de mobilités des entreprises et le risque de *dumping* social, l'inélasticité du marché à cause du caractère non stockable de l'offre de transport. Elle évoquait, enfin, le rôle tout particulier de l'autorité publique, du fait de l'absence de propriété des opérateurs de transport sur l'infrastructure ferroviaire. Cela permettait aux États de faire fructifier l'argument de la souveraineté.

144. Cinquante ans plus tard, une affaire opposant l'Allemagne au Conseil marqua une nouvelle étape de l'eupéanisation du transport aérien dans le cadre d'accords ferroviaires internationaux. L'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF) qui a pour but de favoriser, d'améliorer et de faciliter, à tout point de vue, le trafic international ferroviaire, notamment en établissant des régimes de droit uniforme dans différents domaines juridiques relatifs au trafic international ferroviaire. Dans la procédure de modification de la convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF), l'Union européenne en tant que membre de l'organisation²⁴⁵ se devait d'avoir une position commune que l'Allemagne contesta en remettant en cause la validité de la décision du Conseil n° 2014/699/UE. La Cour dut alors prendre position sur une compétence partagée entre l'Union et ses États membres et sur une compétence externe de l'Union dans une matière dans laquelle elle n'avait pas, jusqu'alors, adopté de règles communes. L'affaire²⁴⁶

²⁴⁴ Commission européenne, Memorandum sur l'orientation à donner à la politique des transports, Doc VII/COM 61/50 du 10 avril 1961.

²⁴⁵ Décision 2013/103/UE du Conseil, du 16 juin 2011, relative à la signature et à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires concernant l'adhésion de l'Union européenne à la convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980, telle que modifiée par le protocole de Vilnius du 3 juin 1999.

²⁴⁶ Arrêt de la Cour du 5 décembre 2017 dans l'affaire C-600/14, République fédérale d'Allemagne c/ Conseil de l'Union européenne, ECLI:EU:C:2017:935.

opposa l'Allemagne, soutenue par la France et la République d'Irlande, au Conseil, soutenu par la Commission. L'Allemagne ne souhaitait pas que, malgré son statut de membre de la convention ferroviaire, l'Union puisse participer aux négociations portant sur la modification de ladite convention portant, notamment sur les règles uniformes concernant les contrats d'utilisation de véhicules en trafic international ferroviaire. C'est ainsi que l'Allemagne vota contre la position commune du Conseil puis en contesta la validité devant le juge européen.

145. La Cour rappela que l'article 2 TFUE, relatif aux compétences partagées, n'excluait pas que, « [l]orsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine »²⁴⁷. Dès lors, elle en conclut que cette disposition ne subordonne pas l'existence d'une compétence externe partagée avec ses États membres à l'existence, dans les traités, d'une disposition conférant explicitement une telle compétence externe à l'Union et de valider la décision du Conseil prise en considération de la compétence externe de l'Union. **Dès lors la logique d'eupéanisation initiée par l'arrêt AETR et à l'œuvre dans le transport aérien a été peu à peu étendue au transport ferroviaire comme un acte complémentaire à l'émergence d'un marché intérieur**²⁴⁸.

146. Précurseur dès la décennie 1990, le marché aérien, en 2003, continua à s'eupéaniser. Le Conseil européen des transports a donné un mandat à la Commission pour ouvrir des négociations avec les États-Unis et trouver avec eux un accord appelé à se substituer aux accords bilatéraux existants avec les États membres de l'Union européenne. Ensuite, il a donné à la Commission un mandat dit "horizontal" par lequel il l'autorise à ouvrir des négociations, au nom des États membres, en vue de modifier certains points des accords bilatéraux déjà en vigueur, pour les rendre conformes au droit de l'Union et appliquer les conclusions des arrêts de 2002. Enfin, le Conseil a demandé à la Commission d'établir un règlement de nature à permettre d'organiser le fonctionnement des négociations

²⁴⁷ *Supra*, Pt 66 de l'arrêt du 5 décembre 2017.

²⁴⁸ OPREA Ana Maria, Les opérateurs nouveaux entrants et l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire interne de voyageurs : étude à partir du droit de l'Union européenne et de ses applications dans les droits nationaux, Thèse de Droit. Université Paris-Est, 2020.

bilatérales²⁴⁹, tout en préservant l'intérêt européen, et d'assurer la nécessaire transparence de l'information due à tous les États membres et aux transporteurs aériens dans le cadre de ces négociations. Tout en préservant la répartition des compétences, ce règlement fut la base d'une nouvelle politique organisée autour de deux axes, l'un orienté vers les pays dits « du voisinage », les pays du pourtour méditerranéen et de la partie orientale de l'Europe²⁵⁰, l'autre à destination des « partenaires clés » de l'Union européenne, regroupés dans un ensemble d'États partenaires « particulièrement importants du point de vue économique ». Dans cette catégorie, deux exemples sont topiques de cette politique, en ciblant des marchés importants en eux-mêmes ou en négociant « bloc à bloc ».

147. Dans le premier cas, les États-Unis, le Canada et le Brésil ont été parmi les premiers pays identifiés dès 2003²⁵¹ et des accords ont été conclus avec les deux premiers (respectivement 2007 - remanié en 2010 - et 2009). Les négociations avec le Brésil sont toujours en cours, avançant très progressivement²⁵². Dans le second cas, l'exemple de la recommandation d'obtenir un mandat avec la Nouvelle-Zélande²⁵³ démontre l'intérêt de cette démarche « collectivisée », mais pointait aussi le décalage d'intégration vers un espace aérien unique alors que, fin 2005, seulement douze des vingt-cinq États membres avaient un accord bilatéral avec la Nouvelle-Zélande. Il était donc nécessaire d'harmoniser cette situation, amenant à un accord avec la Nouvelle-Zélande qui, à partir d'un ciel « commun » avec son voisin australien, avait créé un marché unique du transport aérien, augmenté d'accords avec le Brunei, le Chili, Singapour, les États-Unis, connu sous le nom d'Accord multilatéral sur la libéralisation du transport aérien international (*Multilateral Agreement on the Liberalisation of International Air Transportation ou MALIAT*). **L'Union européenne**

²⁴⁹ Règlement (CE) n°847/2004 du 29 avril 2004 concernant la négociation et mise en œuvre d'accords relatifs à des services aériens entre les pays de l'UE et les pays non-membres de l'UE.

²⁵⁰ De tels accords ont été signés avec le Maroc (2006), la Géorgie et la Jordanie (2010), la Moldavie (2012) et Israël (2013) ; d'autres ont été paraphés avec l'Ukraine (2013), l'Arménie et la Tunisie (2017). Par ailleurs, en 2006, un accord multilatéral a été conclu avec les six pays des Balkans occidentaux (candidats à l'adhésion européenne) et déjà l'Islande et la Norvège, accord qui peut s'analyser comme une extension du marché intérieur européen.

²⁵¹ Décision n° 11323/03 du Conseil du 5 juin 2003 autorisant la Commission à entamer des négociations avec des pays tiers en vue de remplacer certaines dispositions des accords bilatéraux existants par un accord communautaire.

²⁵² Proposition de décision du Conseil du 3 août 2009 relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la République fédérative du Brésil sur certains aspects des services aériens, COM/2009/0411 final puis la Communication de la Commission COM (2013) 473 final du 20 juin 2013.

²⁵³ Communication de la Commission du 19 septembre 2005, Développer une politique communautaire dans le domaine de l'aviation civile à l'égard de la Nouvelle-Zélande, COM/2005/0407 final.

développe ici un rôle d'intégration de tous les espaces aériens des États membres dans la mondialisation du ciel. En négociant pour la collectivité des États, elle assure une potentialité d'accès, la plus large, au territoire européen tout en jouant sur l'impossibilité progressive pour les États de lui opposer leur souveraineté.

148. Le résultat fut la création d'un espace aérien transatlantique cohérent, entré en vigueur le 30 mars 2008. Mais l'exemple de l'accord avec les États-Unis, pour ne citer que le principal marché transocéanique, est tout à fait emblématique de cette nouvelle approche, tant institutionnelle que pour les opérateurs aériens. Depuis 2008, la mise en place d'un accord de « ciel ouvert » avec les États-Unis²⁵⁴ a permis l'ouverture totale des liaisons aériennes sans restriction sur le nombre de vols, d'appareils et de routes, et ce depuis n'importe quel aéroport. Cette nouvelle situation est venue conforter les positions des compagnies universelles sur le marché européen face aux compagnies à bas coûts qui n'offraient pas (encore) de vols transatlantiques. Et du fait de leur appartenance à de vastes alliances, chacune des trois grandes compagnies européennes (British Airways, Lufthansa et Air France-KLM) est associée durablement à une compagnie américaine et asiatique, ouvrant ainsi le marché européen sur l'ensemble du monde et en assurant la connexion de tout le territoire continental aux aéroports de dimension mondiale comme Londres, Francfort et Paris pour ne citer que ceux historiquement associés à ces compagnies.

149. La seconde étape fut pour la Commission européenne d'exercer un certain « interventionnisme », notamment par l'octroi d'un mandat pour entamer des négociations avec les Émirats arabes unis, le Qatar, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) et la Turquie, gelant de facto les précédents accords bilatéraux entre pays membres et ces États tiers, confirmant en cela cette compétence élargie²⁵⁵. Cette nouvelle approche se confirmait, quand en décembre 2015, la Commission adopta la « stratégie de l'aviation pour

²⁵⁴ Cet accord est régulièrement actualisé en novembre 2010 (Proposition de la Commission COM(2010)208 final) puis janvier 2021 (Proposition de la Commission COM(2021) 13 final). Pour la dernière actualité, on peut se référer à la position du Parlement européen dans Résolution législative T9-0495/2021 du 14 décembre 2021 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique et la Communauté européenne et ses États membres.

²⁵⁵ Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n° 3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n° 3976/87 ainsi que le règlement (CE) n°1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers et Règlement (CE) n°847/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la négociation et la mise en œuvre d'accords relatifs à des services aériens entre les États membres et les pays tiers.

l'Europe »²⁵⁶, qui visait à faire en sorte que l'aviation puisse rester un moteur de mobilité, de croissance et de création d'emplois dans l'UE, confortant son rôle de précurseur dans l'ouverture à la concurrence d'une industrie de réseau et d'élément incontournable d'interopérabilité.

150. **C'est donc par une désétatisation des enjeux et des négociations que l'Union européenne opère une redistribution des cartes sur le marché européen.** Celle-ci est accompagnée et davantage poussée par l'harmonisation technique visant à garantir l'interopérabilité des matériels et des services de transport aérien de passagers.

B – L'enjeu de l'interopérabilité ou la désétatisation technique

151. L'ambition de la Commission européenne de créer un ciel unique européen date de 1999, il s'agissait de faire évoluer l'organisation de l'espace aérien européen. Ce n'est pourtant qu'à la fin des années 2000 qu'elle commence à prendre forme, avec l'adoption d'un premier paquet de mesures. L'objectif est de mieux organiser le trafic aérien (civil et militaire) en Europe pour le rendre plus efficace, plus sécurisé et moins nocif pour l'environnement, tout en s'adaptant à l'accroissement continu des flux aériens.

152. **L'enjeu est double.** Il est d'abord sémantique, tant il s'agit de théoriser l'interopérabilité. Sa définition, même si elle fait débat²⁵⁷, est celle d'un « réseau des réseaux » par le jeu des interconnexions de transports différents dans lequel, il existe une concurrence entre plusieurs opérateurs sur le même segment du réseau. Cela amène à l'idée que l'UE envisage une interopérabilité fonctionnelle (certification/harmonisation technique - des compétences professionnelles des pilotages -et technologique en prenant en compte les caractéristiques des avions) plutôt qu'une réelle interopérabilité des infrastructures. Cette interopérabilité repose en outre sur les États, autorités régulatrices au regard du Règlement

²⁵⁶ *Supra*, Communication « Une stratégie de l'aviation pour l'Europe », COM/2015/0598 final du 7 décembre 2015 ; Communication soutenue et encouragée par le Parlement européen par le vote d'une résolution le 26 janvier 2017, procédure 2016/2062(INI) : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0021_FR.html.

²⁵⁷ *Supra*, OPREA Ana Maria, Les opérateurs nouveaux entrants et l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire interne de voyageurs : étude à partir du droit de l'Union européenne et de ses applications dans les droits nationaux, 2020.

Ou encore, MARGAIL Fabienne, De la correspondance à l'interopérabilité : les mots de l'interconnexion », *Flux* 25, 1996, pp. 28-35 ou enfin, *supra*, CROZET Yves et LAWSON Fabien, la commercialisation des créneaux aéroportuaires : une fausse bonne idée ? 2000.

(CE) n° 1008/2008 « règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté »²⁵⁸. Il faut comprendre cette distinction comme le fait accompli du droit acquis par les compagnies aériennes anciennement détentrices d'un monopole, d'avoir pu garder l'ensemble de leurs créneaux horaires alors que le marché s'ouvrait à la concurrence. Ainsi, les aéroports desservant les grandes métropoles nationales restent identifiés par les liens historiques et économiques avec telle ou telle compagnie. Dès lors, assez vite après l'application des règles de concurrence sur les tarifs²⁵⁹, les textes traduisent la volonté de permettre l'accès au réseau et d'assurer a minima cette interopérabilité des aéroports²⁶⁰. Cela se fera au travers de l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports saturés. Ceux-ci doivent être attribués aux compagnies aériennes d'une manière neutre, non discriminatoire et transparente par un coordonnateur de créneaux indépendant.

153. Par ailleurs, l'enjeu est économique. Fruit d'une politique commune des transports au sein de l'Union européenne, l'interopérabilité, si elle existait complètement, procurerait un gain de 2,5 milliards d'euros par an²⁶¹, en supprimant les barrières à l'accès des réseaux, en intensifiant la concurrence, et en améliorant la qualité des services et la sécurité, surtout dans les secteurs des transports routiers, ferroviaires et aériens. Au niveau du transport aérien, une étude de 2011²⁶² a mis en évidence une série de problèmes, notamment une sous-utilisation de la capacité de certains aéroports et les difficultés rencontrées par les transporteurs qui essaient d'étendre leurs activités vers des aéroports saturés afin de créer une concurrence frontale avec les opérateurs déjà en place. Parmi les autres points noirs recensés figurent le fonctionnement inadéquat du processus de coordination des créneaux et

²⁵⁸ *Supra*, Considérant (4) du Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008. « En raison de la montée en puissance des transporteurs aériens possédant des bases d'exploitation dans plusieurs États membres et de la nécessité d'assurer un contrôle efficace de ces transporteurs aériens, il y a lieu de confier au même État membre la surveillance du certificat de transporteur aérien et de la licence d'exploitation ».

²⁵⁹ Directive n°87/601/CEE du 14 décembre 1987 sur les tarifs des services aériens réguliers entre États membres et Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens.

²⁶⁰ *Supra*, Règlement (CEE) n° 95/93 « créneaux aéroportuaires ».

²⁶¹ Parlement européen, Résolution du 10 décembre 2013 sur le volontariat et les activités de volontariat en Europe, Évaluer le coût de la non-Europe 2014-2019 (2013/2064(INI)).

²⁶² Commission européenne, évaluation d'impact accompagnant le Livre blanc « Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources », SEC(2011)0391, 28 mars 2011.

un manque de cohérence avec le ciel unique européen. Autant de points d'achoppement d'une démarche qui vise à une concurrence la plus effective possible.

154. De ce constat, il résulte qu'à elle seule, une révision des règles européennes en matière d'attribution des créneaux pourrait entraîner des gains d'efficacité d'environ 5 milliards d'euros à l'horizon 2025, soit 334 millions d'euros par an (sur une période de 15 ans entre 2010 et 2025), possiblement, et partiellement, redistribués aux consommateurs. Pour cela, la question essentielle de l'interopérabilité des offres et des moyens de transport doit aboutir à ce qu'ils se complètent pour fluidifier l'ensemble du réseau européen des transports : le train à grande vitesse est un concurrent sur la distance « deux heures » puis face à son succès, il devient une offre alternative à l'avion obligeant les compagnies aériennes à envisager une offre intermodale, notamment la combinaison train-avion pour proposer un « vol » de Bruxelles ou Strasbourg vers le reste du monde avec une escale à Paris-CDG, par exemple.

155. Car au-delà des coûts engendrés par la segmentation des transports intra-européens (contrôles divers, accès libre aux infrastructures, interopérabilité des matériels) la mise en œuvre d'une Europe des transports permet d'envisager la valeur des avantages immédiats garantis par la réalisation du marché intérieur. Cela put se faire avec quelques délais. Il est intéressant de souligner le temps écoulé entre les deux directives harmonisant la sécurité du transport aérien, entre la prise en compte des compétences des pilotes²⁶³ et la sécurité des avions²⁶⁴, soit près de 13 ans, pour montrer combien les négociations achoppent toujours sur le sentiment que le secteur aéronautique participe de la souveraineté de l'État.

156. Malgré tout, la Commission pour contourner cet état d'esprit utilise alors la reconnaissance mutuelle, relançant par la « nouvelle approche²⁶⁵ », la fixation de ces « exigences essentielles » que sont la sécurité des vols en créant un espace unique de vol. Aucun État n'a pu se dire opposé à un tel objectif ou en restreindre la portée lors d'une transposition. C'est donc en 2008 que, pour finaliser cette œuvre d'harmonisation du « ciel

²⁶³ *Supra*, Directive n°91/670/CEE du Conseil, du 16 décembre 1991, « acceptation mutuelle des licences du personnel » abrogée par le Règlement (CE) n°216/2008 du 20 février 2008.

²⁶⁴ *Supra*, Directive n° 2004/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la sécurité des aéronefs des pays tiers empruntant les aéroports communautaires remplacée par le règlement (CE) n°216/2008 du 20 février 2008.

²⁶⁵ Communication de la Commission du 7 mai 2003 au Conseil et au Parlement européen « Améliorer l'application des directives « nouvelle approche » COM(2003) 240 final.

unique », l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA) est créée et chargée de veiller à la sécurité et à la protection de l'environnement dans les transports aériens en Europe. Pour cela elle se repose sur les autorités de l'aviation civile nationale, comme la DGAC en France. Cette organisation sera confirmée dix ans plus tard²⁶⁶, permettant à la Commission de proposer dans son dialogue interinstitutionnel, un « ciel unique » pour accompagner le développement économique des États et de tout le territoire européen. Il n'y a dès lors plus de crise majeure entre États et UE, d'autant que l'industrie européenne pouvait en sortir gagnante. Cette technique a empêché les États d'opposer la protection de souveraineté à une approche européenne plus sécurisante.

157. L'harmonisation législative vise d'abord à l'adoption des exigences essentielles de sécurité auxquelles doivent se conformer les produits afin de bénéficier de la libre circulation dans l'Union européenne. Parmi les instituts européens de normalisation, rien n'est prévu pour une certification européenne des avions avant 2002. La normalisation est renforcée en 2008²⁶⁷ et 2012²⁶⁸ et permet de renforcer l'interopérabilité fonctionnelle assurant un niveau commun de sécurité en Europe. La Commission, de fait, se reposait sur la réputation des deux industriels qui déjà se partagent le marché et élaborent des normes qui sont conformes aux exigences essentielles des États et des compagnies aériennes. Le principe de reconnaissance mutuelle complète ce dispositif, plus particulièrement dans les secteurs non harmonisés au niveau communautaire comme les licences de personnel pour piloter des avions²⁶⁹. Parce que tout ce processus d'harmonisation dans les services fut globalement bien compris, et largement diffusé, il a pu faire place à la reconnaissance mutuelle et ainsi assurer de nouvelles opportunités de renforcement de l'interopérabilité. **Les institutions européennes peuvent**

²⁶⁶ Règlement (UE) n° 2018/1139 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2018 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne, et modifiant les règlements (CE) n° 2111/2005, (CE) n° 1008/2008, (UE) n° 996/2010, (UE) n° 376/2014 et les directives n° 2014/30/UE et n° 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant les règlements (CE) n° 552/2004 et (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil ainsi que le règlement (CEE) n° 3922/91 du Conseil.

²⁶⁷ Règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne abrogeant la directive n° 91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n° 1592/2002 et la directive n° 2004/36/CE.

²⁶⁸ Règlement (UE) n° 965/2012 de la Commission du 5 octobre 2012 déterminant les exigences techniques et les procédures administratives applicables aux opérations aériennes conformément au règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil.

²⁶⁹ *Supra* Directive n° 91/670/CEE du Conseil du 16 décembre 1991 « acceptation mutuelle des licences du personnel » abrogée par le Règlement (CE) n° 216/2008 du 20 février 2008.

alors s'accorder sur la directive assurant la conformité des avions employés pour un transport au départ ou à l'arrivée d'un aéroport européen²⁷⁰.

158. C'est aussi dans ce contexte qu'en juillet 1992, le Conseil approuve quatre règlements dits « Troisième paquet aérien » pour entrer dans la phase opérationnelle du marché intérieur. Il s'agissait cinq ans après le début de la réforme d'accélérer l'ouverture du marché et d'accompagner les compagnies aériennes dans leur développement, contraint par la capacité aéroportuaire. À cet égard, le dernier « paquet aérien » contenant les règles européennes relatives aux tarifs aériens et aux critères de délivrance des licences d'exploitation²⁷¹ permet aux transporteurs d'accéder aux services aériens intra-européens. En cela, il contribue de façon essentielle à **créer un environnement cohérent et à remplir un certain nombre d'objectifs propres à ce secteur, comme suivre la progression continue du marché, et donc à donner une réalité à cette concurrence.**

159. Dans cette logique, le Comité consultatif sur l'accès au marché créé en vertu de l'article 11 du règlement du Conseil n° 2408/92²⁷² pour permettre l'accès des États membres aux règles de répartition des droits de trafic et d'attribution des créneaux aéroportuaires, donne une plus grande légitimité à la Commission pour agir et poursuivre cette ouverture du marché du transport aérien de personnes. Cela peut paraître contre-intuitif, mais la Commission par ce règlement permet à tous les États membres d'avoir accès aux dispositions nationales de répartition des créneaux et de les contester le cas échéant.

160. Ainsi le litige qui opposait les gouvernements britannique et français dans la concurrence naissante entre British Airways, reprenneur de TAT, et Air France²⁷³ dans l'application des règles françaises de répartition du trafic au sein du système aéroportuaire parisien, prend la suite d'une première série de fusions²⁷⁴ qui préfigurait la recomposition du

²⁷⁰ Directive n°2004/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la sécurité des aéronefs des pays tiers empruntant les aéroports communautaires, abrogée par le Règlement (CE) n°216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive n°91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n°1592/2002 et la directive n°2004/36/CE.

²⁷¹ *Supra*, Règlement (UE) n°965/2012 de la Commission du 5 octobre 2012.

²⁷² Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires.

²⁷³ Décision n°95/259/CE de la Commission, du 14 mars 1995, relative à une procédure d'application du règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil (Affaire VII/AMA/9/94).

²⁷⁴ British Airways et Air Caledonian en 1988, Air France et Air Inter en 1990 enfin, KLM et Transavia en 1991. Ces affaires sans avoir fait l'objet de décisions formelles de la Commission européenne, furent évoquées dans les

marché européen du transport aérien de passagers. Dans cette affaire, les transporteurs britanniques se plaignaient que « l'effet conjugué des règles de répartition de trafic et de la limitation des créneaux attribuables à l'aéroport d'Orly est qualifié de disproportionné et [discriminatoire] » entraînant que « ces transporteurs voient leurs possibilités d'exploiter des services de cabotage consécutifs limitées ». L'État français argumentait que le principe de libre accès au marché, établi par le règlement n° 2408/92 du Conseil pour « l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires », n'était pas faussé du fait de la réglementation nationale qui imposait une capacité minimale des aéronefs pour pouvoir bénéficier de l'attribution de créneaux aéroportuaires. **La logique de cette mesure était d'assurer une utilisation optimale de la ressource aéroportuaire, à l'époque déjà sous tension.** La décision de la Commission évoque ainsi la nécessité pour « le trafic à l'intérieur du système aéroportuaire parisien [...] d'optimiser l'utilisation de l'aéroport d'Orly et ses capacités disponibles tout en tenant compte des problèmes d'environnement. » Ainsi, la Commission alla dans le sens de l'État français avec la seule réserve que le calcul de « la capacité minimale de l'aéronef soit désormais fixée en fonction du trafic annuel enregistré entre Orly et tout autre aéroport déterminé situé dans l'EEE²⁷⁵ ».

161. Malgré ces avancées, il reste encore du chemin à parcourir et les initiatives de la Commission en matière de réglementation économique du marché des transports aériens porteront ensuite essentiellement sur les vols à destination et au départ de la Communauté. **Il est difficilement compréhensible que, dans le cadre d'un marché unique, les transporteurs aériens établis dans un État membre donné ne puissent proposer des vols à destination de pays tiers au départ d'un autre État membre.** Largement soutenue par le Parlement²⁷⁶, la consolidation du marché unique de l'Union européenne dans le domaine de l'aviation devait dès lors reposer sur une effectivité de cet espace aérien. Car comme le rappelle le Parlement²⁷⁷, le règlement dit « l'espace aérien »²⁷⁸ n'a pas pu empêcher le morcellement du marché aérien européen et en cela de souligner, d'une part, les multiples procédures

18^e, 20^e et 21^e rapport sur la Politique de concurrence, notamment <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/38b55c5a-b16d-4619-ad88-e1d39efd141f>.

²⁷⁵ *Supra*, Décision 95/259/CE de la Commission, du 14 mars 1995.

²⁷⁶ *Supra*, Résolution du Parlement européen sur une stratégie de l'aviation pour l'Europe du 16 février 2017.

²⁷⁷ Aux points 11 et 12, *ib. Id.*

²⁷⁸ Règlement (CE) n°551/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 10 mars 2004 relatif à l'organisation et à l'utilisation de l'espace aérien dans le ciel unique européen.

opérationnelles, les taxes et prélèvements fiscaux et aéroportuaires, d'autre part de rappeler qu'une gestion efficace de l'espace aérien européen implique que l'article 3 du règlement (CE) n° 551/2004 soit mis en œuvre. Celui-ci prévoit, sans préjudice de la souveraineté des États membres sur leur espace aérien, la mise en place d'une région européenne supérieure d'information de vol (RESIV) unique, pour surmonter les goulets d'étranglement régionaux et garantir la continuité des services aériens dans les zones les plus denses de l'espace aérien en cas de circonstances imprévues ou de perturbations du trafic aérien. Il s'agit ni plus ni moins que de mettre en place progressivement « une autoroute du ciel transeuropéenne », achèvement du ciel unique européen. Ce ciel unique européen malgré son utilité pour le marché intérieur reste un projet politiquement controversé du fait de la réorganisation du contrôle aérien que celui-ci implique. **On voit réapparaître, sur ce point, les intérêts étatiques divergents sur ce dernier point.**

162. Dans un système commercial mondialisé, la « Région Europe » se devait d'offrir des infrastructures et des services aériens, puis ferroviaires, les plus performants et d'assurer ainsi au marché intérieur d'être une composante majeure de l'économie mondiale. Cet objectif de performance devait se concrétiser en principe par la libéralisation de ces secteurs. Avec plus de 500 millions d'habitants, l'UE ne compte que 6,5 % de la population mondiale, mais ses échanges commerciaux avec le reste du monde représentent environ 20 % du volume total des importations et exportations mondiales. Parce que le marché intérieur est un espace commun qui permet aux marchandises, aux services, aux capitaux et aux personnes de circuler librement entre les 27 États membres de l'Union européenne, la politique de transport et particulièrement de transport aérien garantit la liberté, effective, des citoyens de résider, de travailler, d'étudier et de faire des affaires là où ils le souhaitent au sein de l'UE.

163. La construction du marché unique se poursuit sans cesse et constitue toujours la pièce essentielle du programme européen de croissance. En 2012, à la suite des crises économiques de la première décennie 2000, la Commission européenne adopte l'Acte pour le marché unique II, qui contient douze actions prioritaires afin de promouvoir la croissance économique, la cohésion sociale et la création d'emplois, devant être adoptées rapidement par les institutions européennes. Parmi les quatre grands vecteurs de croissance, deux nous intéressent plus particulièrement. La politique de réseaux intégrés et la mobilité des citoyens et des entreprises entre les États membres. On assiste dans ces nouvelles orientations

stratégiques à un nouveau transfert de compétences, par l'utilisation subtile de leur répartition entre l'UE et les États membres, pour assurer d'importants progrès dans le processus d'intégration, qu'il s'agisse de considérations globales (application au secteur aérien des règles interdisant les comportements anticoncurrentiels) ou plus techniques (négociation des droits de trafic aérien, attribution des créneaux aéroportuaires ou encore gestion des services aéroportuaires).

164. **Deux conclusions partielles sont alors possibles.** La première évoque les insuffisances, temporaires, de l'interopérabilité actuelle, qui se borne le plus souvent à une connexion de réseaux existants, entre pays membres et à l'intérieur de ceux-ci sans véritablement opérer d'interconnexion entre différents modes de transport. La seconde porte sur la combinaison des objectifs. **D'un objectif de concurrence non faussée combinée à une approche industrielle pragmatique des institutions, la concurrence, que l'Union européenne tente de réguler, acquiert de nouvelles caractéristiques.** Du constat maintes fois effectué à propos de toute industrie de réseaux, la concurrence dans le transport aérien de passagers est imparfaite. Dès lors, cette concurrence, qu'il s'agira de comprendre plus en détail, serait le fruit d'une combinaison d'un équilibre entre les contraintes de souveraineté nationale et la pérennité des compagnies aériennes et la complexité d'objectifs connexes, comme l'édification du marché intérieur.

165. Le secteur aérien n'est au fond pas dans une logique unique de transport, mais dans une logique de concurrence et de marché, même si les considérations de dessertes et d'aménagement du territoire ont toujours été évoquées. Si la logique de démonopolisation a prévalu et elle s'est doublée d'une désétatisation du marché. Cette évolution combinatoire « démonopolisation/désétatisation » n'est certainement pas une déréglementation du secteur et ne pouvait s'envisager que dans le cadre d'un marché « presque comme les autres », car n'entrant pas réellement dans le Titre VI « les transports ».

166. **Parce que la Commission a opté tant pour la construction fonctionnelle d'un secteur essentiel au marché intérieur que pour un certain ordolibéralisme, reprenant certains éléments d'une politique industrielle, l'instrumentalisation de la politique de concurrence est patente.** Passant d'une finalité, politiquement contestée, à un élément endogène d'un objectif plus large, le marché intérieur, la politique de concurrence procède autant qu'elle structure ce marché. Il est nécessaire de faire face à la pluralité des objectifs, de la satisfaction

la plus grande du consommateur, au travers de la recherche d'une meilleure qualité et efficacité de service à une amélioration constante de la compétitivité du territoire et de l'économie de l'Union, comportant l'attractivité des aéroports et le développement du nombre de passagers, des vols, du chiffre d'affaires de tout le secteur et *in fine* de la création d'emplois.

§ 3 – Le pragmatisme d'une politique industrielle « interstitielle » menée par la Commission européenne

167. Il est communément admis que la politique industrielle européenne s'exprime au travers de la politique de concurrence²⁷⁹ tant il faut bien reconnaître que, si la politique de concurrence est définie au niveau européen par une compétence exclusive quand elle sert le marché intérieur, la politique industrielle, entre rejet et déclinaisons nationales, peine à se définir parce que les compétences de l'UE ne sont que d'appui. Certains économistes estiment même qu'elle devrait découler du simple fonctionnement du marché.

*« La politique industrielle ne devrait pas exister. Conçue comme un ensemble de relations entre l'État et l'industrie, elle ne devrait pas avoir sa place dans un système économique réglé par les mécanismes de marché, organisé selon les lois de la concurrence et dominé par le dogme de la propriété privée. »*²⁸⁰

168. Il existe, ainsi, beaucoup d'acceptions de la politique industrielle en Europe, presque autant qu'il y a de membres de l'Union, ce qui rend difficile l'articulation entre les deux politiques (A). Il est donc plus difficile de trouver les compromis politiques préalables à la définition même d'une telle politique. D'autant plus que les logiques institutionnelles et économiques ne sont pas les mêmes²⁸¹, comme le montre le dernier débat autour de la décision de la Commission de ne pas permettre la création d'un « Airbus du train »²⁸². Mais le simple fait que la concurrence soit un domaine de compétence exclusive de l'UE alors que la

²⁷⁹ Hans VAN DER GROEBEN, alors commissaire européen à la concurrence, illustre bien cela lorsqu'il déclare : « La politique de la concurrence ne signifie pas laisser faire, mais réaliser un ordre fondé sur des normes juridiques » (1965).

²⁸⁰ MORVAN Yves (1983) cité par HUMBERT Marc, Élargissement des fondements théoriques standards des politiques industrielles, *Revue d'économie industrielle*, Année 1995 vol. 71, pp. 143-162.

²⁸¹ COSKUN Alexis, La participation du droit de la concurrence de l'Union européenne à l'édification d'un modèle de compétitivité industrielle, thèse de doctorat de Droit public, soutenue à Strasbourg, le 07 décembre 2018.

²⁸² IDOT Laurence, Droit européen de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles, *RTD Eur*, oct-déc. 2019, p 777 à 956, notamment à propos de l'affaire M.8677 — Siemens/Alstom [notifiée sous le numéro C(2019) 921].

politique industrielle est une « simple » compétence d'appui rend la lecture des différentes décisions sectorielles intéressante à plus d'un titre. L'organisation non sectorialisée de la Direction générale Concurrence a ainsi permis à la Commission la mise en place d'une véritable politique de concurrence. Est-ce autant une politique industrielle qui ne peut dire son nom²⁸³ ? Probablement, tant il est certain qu'en tout état de cause, il existe une instrumentalisation de la concurrence pour un objectif plus large de politique industrielle, ce qui pose la question de savoir si l'ouverture à la concurrence a été complètement maîtrisée du point de vue de cette dernière logique(B).

A – L'articulation entre modèle industriel et objectif de concurrence

169. Les efforts continus pour faire de l'Europe une économie compétitive se déclinent dans le secteur du transport aérien par la constitution de groupes puissants qui remettent au goût du jour la notion de champions non plus nationaux, mais européens. Lors du Conseil européen « compétitivité » des 25 et 26 novembre 2010, deux perspectives sont déjà évoquées. Premièrement que les entreprises européennes, et particulièrement dans le transport aérien, doivent pouvoir bénéficier des opportunités liées à la libéralisation des échanges et à l'intégration économique et financière dans l'Union européenne. En effet, un marché plus vaste pousse à la concentration. Un certain nombre de groupes ont une dimension européenne affirmée qui se trouve facilitée par l'intégration politique sans cesse plus poussée, la monnaie unique, l'élargissement à l'Est et l'harmonisation réglementaire. On évoque ainsi une Europe des industries de défense, et l'on connaît déjà le consortium Airbus. Deuxièmement, les politiques publiques sont fortement intégratrices en poussant à la concentration d'entreprises dans le secteur aérien. Malgré la critique des opérations plus politiques qu'industrielles, les politiques nationales en faveur des « champions nationaux » renforcent indéniablement le pouvoir de marché de ces entreprises. L'intervention des gouvernements, français pour soutenir la fusion contestée Air France-KLM, ou allemand pour faciliter l'absorption d'Austrian Airlines par Lufthansa, démontre l'intérêt stratégique de ces

²⁸³ MARTY Frédéric, Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes, in : DE BEAUFORT (dir.), *Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques européens*, Bruylant, octobre 2012, pp. 131-153.

questions pour les autorités nationales, remplissant cet interstice entre politique de concurrence et politique industrielle.

170. **On observe donc une redéfinition du marché européen au fil de sa libéralisation.** Lufthansa est longtemps restée en dehors de ces opérations financières pour devenir l'opérateur aérien le plus entreprenant. Après avoir absorbé Swiss en 2005 et Brussels Airlines en 2008, le transporteur allemand a racheté Austrian Airlines et British Midland (bmi) en 2009, pour revendre trois ans plus tard la compagnie britannique à British Airways. Après avoir longtemps hésité, British Airways a fusionné en avril 2010 avec Iberia pour créer International Airlines Group (IAG). Le nouveau groupe dispose ainsi d'une nouvelle plateforme à Madrid, ce qui lui ouvre le marché de l'Amérique du Sud. Avec 398 avions, volant vers 200 destinations et transportant plus de 50 millions de passagers chaque année, ce groupe est le troisième plus grand groupe en Europe et le sixième dans le monde, en fonction des revenus²⁸⁴.

171. En Europe, le sort de la TAP Portugal a longuement tenu en haleine les observateurs. Membre de Star Alliance, son contrôle était mis en jeu par la mise en vente d'une partie de son capital social et les interrogations portaient sur le devenir de son appartenance à cette alliance si elle était rachetée par International Airlines Group (IAG), holding du duo British Airways-Iberia, comme ce fut évoqué pendant quelques mois. Par ailleurs, l'avenir de TAP Portugal, très présente sur le Brésil, doit tenir compte de l'émergence d'un concurrent important, LATAM, issu de la fusion des compagnies brésilienne TAM et chilienne Lan en juin 2012. L'importance d'une compagnie « historique » liée à un État et un territoire fera qu'après avoir été finalement nationalisée faute de repreneur, la TAP sera l'objet d'une nouvelle privatisation en 2015 définitivement validée par la Cour de justice²⁸⁵ le 29 mars 2019 par suite d'un litige portant sur le cahier des charges de la privatisation. Si la Cour reconnaît la limitation de la liberté d'établissement induite par ce cahier des charges, du fait que l'État conditionne la vente au maintien au Portugal du siège de la société opérateur historique, elle admet aussi les justifications tenant aux besoins du service public imposant des obligations spécifiques de dessertes d'îles isolées ou plus globalement des clients de la communauté lusophone. Cette mention inscrit les effets de la libéralisation dans un équilibre avec d'autres exigences d'intérêt général de natures sociale, territoriale et géopolitique. En ce sens, **la libéralisation**

²⁸⁴ www.iairgroup.com/phoenix.zhtml?c=240949&p=aboutoverview - Consulté le 20 août 2013.

²⁸⁵ *Supra*, l'arrêt de la Cour du 27 février 2019 dans l'affaire C-563/17, ECLI:EU:C:2019:144.

est « raisonnée » par l'intérêt général, ce qui peut aboutir à maintenir le contrôle de l'État sur certaines figures de la recomposition du marché aérien européen induites par la libéralisation. Elle traduit des priorités de politique industrielle nationale dans ce nouvel espace commun.

172. Cette privatisation n'aura, d'ailleurs, qu'un temps puisque dans le cadre de l'aide d'État accordée à la compagnie et validée par la Commission le 10 juin 2020²⁸⁶, une recapitalisation de l'État portugais fut prévue. Cette opération finalisée en juillet 2020 a porté sa participation de 50 % à 72,5 % pour un montant de 55 millions d'euros. La crise sanitaire change ainsi les priorités de la politique industrielle nationale.

173. D'autres formes de fusion se sont développées, comme le montre aussi le dossier Alitalia, membre de Skyteam. En 2012, Air France-KLM possède 25% du transporteur italien avec une possibilité, selon les termes du pacte d'actionnaires, de prendre la totalité début 2013. Mais si pour une raison ou pour une autre les industriels italiens choisissaient un autre allié, Lufthansa pour ne pas la citer, Alitalia devrait quitter Skyteam. Les négociations avec Etihad²⁸⁷, la compagnie aérienne d'Abu Dhabi, ont pu apparaître comme la solution pour mettre fin au feuilleton Alitalia qui dure depuis 2001 après sa fusion avortée avec KLM et sa recapitalisation en 2005. Là encore, la crise de la COVID-19 aura mis fin à cette incertitude avec la décision du gouvernement italien de recapitaliser la compagnie italienne porte-drapeau qui a débouché sur une nouvelle compagnie, ITA Airways, qui a repris les actifs de l'ancienne Alitalia et confirmé qu'elle reprenait la place d'Alitalia dans Skyteam²⁸⁸.

174. On constate qu'il résulte de ces opérations une réorganisation des entreprises d'aviation par pôles dont l'objectif est de renforcer leur position européenne et internationale par une offre complémentaire de destinations et de passagers. **Cette réorganisation, opérée par le droit des concentrations, relève tout à fait d'une politique industrielle européenne qui ne veut pas dire son nom. Le filtre du contrôle de la Commission européenne permet de donner corps à telle ou telle priorité industrielle.** A minima, ce contrôle permet une

²⁸⁶ Décision de la Commission européenne (UE), du 10 juin 2020, concernant l'aide d'État SA.57369 (2020/N) COVID-19 – Portugal – Aid to TAP, sous le coup d'un recours introduit le 22 juillet 2020 – Ryanair/Commission (Affaire T-465/20).

²⁸⁷ TREVIDIC Bruno, www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/auto-transport/actu/reuters-00544661-alitalia-negocie-un-accord-commercial-avec-etihad-presse-597688.php - Consulté le 26 août 2013.

²⁸⁸ <https://www.air-journal.fr/2021-10-30-ita-airways-rejoint-lalliance-skyteam-5231306.html> - Consulté le 26 août 2013.

européanisation des enjeux de politique industrielle nationale, laquelle doit entrer dans la logique du marché intérieur. La Commission peut, pourtant, aller plus loin en s'appuyant sur la cohérence découlant de l'espace aérien européen ; elle peut ainsi inclure une dimension européenne dans les logiques industrielles des fusions.

175. Plusieurs États européens ont ainsi vu leur compagnie porte-drapeau perdre son autonomie, voire disparaître. Trois pays, la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont réussi au contraire jusqu'à présent à conserver leur compagnie historique. Chacune d'entre elles s'est renforcée et a construit une alliance avec des partenaires du monde entier²⁸⁹. C'est le cas d'Air France-KLM fusionnée en 2004 et qui domine Skyteam²⁹⁰ créée en 2000, de OneWorld²⁹¹ créée en 1999 dominée par British Airways et enfin de Star Alliance²⁹² créée en 1997 à l'initiative de la compagnie Lufthansa. Mais leurs difficultés, notamment financières, sont réelles, ce qui est un des dossiers les plus préoccupants pour l'IATA, même en dehors de tout contexte pandémique.

176. *« Sous le thème de la « Pérennité du transport aérien », les objectifs de la conférence, établis par le Conseil, consistent à élaborer des éléments d'orientation, et un plan d'action, concernant un cadre réglementaire mondial. Outre les domaines particuliers concernant la réglementation des services de transport aérien international, comme l'accès aux marchés, la propriété et le contrôle des transporteurs aériens, la protection du consommateur et l'imposition, on examinera également un point consacré spécialement à l'économie des aéroports et des services de navigation aérienne. On développera alors en mettant l'accent sur les meilleurs moyens de mise en œuvre en vue de bâtir un système de transport aérien international plus durable.²⁹³ »*

177. Cette évocation de la participation du transport aérien au développement durable, tel qu'il est évoqué dans sa définition première, donnée en 1987 par la commission « Brundtland »²⁹⁴, donne une idée de la nécessité, déjà comprise dans la première

²⁸⁹ Star Alliance est la plus grande alliance de compagnies aériennes en 2018, avec 21,9 % du trafic régulier total (en RPK, soit le revenu par passager et par kilomètre parcouru). Viennent ensuite SkyTeam (18,8 %) et Oneworld (15,4 %). 2018 - Sources IATA.

²⁹⁰ Dix-neuf membres pour 678 millions de passagers sur 15 445 vols quotidiens - Chiffres 2019 <https://www.skyteam.com/EN> - Consulté le 22 mai 2021.

²⁹¹ Quatorze transporteurs membres - 340 millions de passagers pour 8 800 vols quotidiens - Chiffres 2019 <fr.oneworld.com/news-information> - Consulté le 22 mai 2021.

²⁹² Le réseau Star Alliance regroupe vingt-six transporteurs membres pour plus de 21 000 vols quotidiens et environ 670 millions de passagers - Chiffres 2019 www.staralliance.com/fr - Consulté le 22 mai 2021.

²⁹³ Organisation de l'aviation civile internationale, Note de travail, Conférence mondiale de transport aérien, Montréal, 18 au 22 mars 2013.

²⁹⁴ Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations unies, présidée par Gro Harlem BRUNDTLAND, Notre avenir à tous.

Le développement durable se définit ainsi comme un « mode de développement qui répond aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »

décennie 2000, de combiner croissance économique et questions environnementales et sociétales, y compris pour un secteur à impact écologique négatif grandissant et qu'il faudrait donc contraindre, soit par une fiscalité plus importante, voire une culpabilisation des passagers, à l'image du mouvement « *Flygskam* » ou « honte de prendre l'avion ».

178. Pourtant, alors que la politique de concurrence bénéficie d'un fort ancrage institutionnel, ce n'est pas le cas de la politique industrielle²⁹⁵, tant le partage des compétences est différent et leurs logiques économiques diverses. Quand la politique de concurrence se définit en référence à l'espace matérialisé par un marché pertinent, la politique industrielle implique un cycle de vie, celui des entreprises, des technologies et donc de secteurs industriels. Elle s'intègre alors dans l'histoire industrielle de chaque pays et le transport aérien en est l'une des incarnations. Ainsi, à la fin des années 1920, la plupart des pays se sont déjà dotés de grandes compagnies nationales (KLM en 1919, Qantas en 1920, Delta Air Lines en 1924, Lufthansa, United Airlines et Pan Am en 1926, American Airlines en 1930), alors que le secteur aérien français reste morcelé. Dans ce contexte, le Parlement français vote en 1933 une loi de fusion des quatre compagnies principales du transport aérien français²⁹⁶ puis par la loi n° 48-976 portant institution de la Compagnie nationale Air France, a organisé la fusion des compagnies Air France, Air-Bleu et Air-France Transatlantique, créant la compagnie aérienne actuelle.

179. Dans ce contexte, les interrogations sur l'articulation entre politiques de concurrence et industrielle sont légitimes même si la Commission européenne a pu incorporer dans son contrôle, la combinaison de différents objectifs, concurrentiel comme industriel. Au nom de l'emploi et de l'intérêt national, la Commission est, ainsi, plus sévère avec les aides d'État pour soutenir telle ou telle compagnie aérienne à moins qu'elles ne s'accompagnent d'une prise de

²⁹⁵ La politique industrielle est inscrite dans le cadre de la législation de l'Union depuis le traité de Maastricht. L'article 173 du TFUE dispose que « [l]'Union et ses États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de l'Union soient assurées ».

²⁹⁶ Les quatre compagnies fusionnées (Air Orient, Air Union, la CIDNA — ex-Franco-Roumaine — et les lignes Farman) forment le 19 mai 1933 la SCELA, Société centrale pour l'exploitation des lignes aériennes. Le 31 mai 1933, la SCELA rachète les actifs de l'Aéropostale qui était absente de la fusion à l'origine, car elle était en dépôt de bilan depuis 1931. <http://www.airfrancelasaga.com/> - Consulté le 16 août 2018.

contrôle par une consœur²⁹⁷. Frédéric MARTY²⁹⁸ rappelle que la libéralisation sectorielle peut selon la conception européenne ou américaine, soit protéger l'accès au marché de l'ensemble des opérateurs, soit viser à maximiser le bien-être du consommateur dans la mesure du respect de la liberté contractuelle et du droit de propriété. La Commission semble, dans sa pratique, ne pas opposer ces deux visions pour utiliser la régulation comme une politique industrielle et ainsi alterner entre politique industrielle (développement des aéroports - et ouverture de nouvelles lignes - donc le développement économique et social des territoires) et de concurrence (sanction des ententes, contrôle des aides, promotion des nouveaux entrants). Cette alternance est encore plus évidente depuis 2007 avec la survenance de la crise financière puis économique. La réforme du règlement sur les aides d'État, entamée entre 2012 et 2015, pour la prise en compte des défaillances de marché et des objectifs d'intérêt commun européen et le projet de refonte de la réglementation des créneaux aéroportuaires²⁹⁹ toujours débattu³⁰⁰ par les institutions européennes, apparaissent comme des réponses à cette situation économique.

180. L'ouverture à la concurrence est ainsi pensée comme un moyen d'offrir une diversité de destinations à un prix raisonnable pour le consommateur. C'est pour cela que la Commission autorise autant les regroupements européens, créant des groupes « polycompagnies » associant à l'image d'Air France-KLM, Lufthansa ou British Airways, des compagnies historiques une ou plusieurs compagnies à bas-couts, que les alliances commerciales transcontinentales. Parallèlement, cette même ouverture est utilisée pour justifier des objectifs de renforcement des aéroports, objectif de politique industrielle que la Commission valorise dans une affaire comme celle des subventions belges à l'aéroport de

²⁹⁷ Lufthansa a ainsi pour 220 millions d'euros, racheté Austrian Airlines qui dans le même temps obtenait le feu vert de la Commission pour une recapitalisation de 500 millions sur fonds publics. Décision 2010/137/CE dans l'affaire C6/2009 (ex-N 663/08) qui a fait l'objet de l'arrêt T-511/09 combinée avec la décision C (2009) 6690 final, du 28 août 2009 dans l'affaire COMP/M.5440 Lufthansa/Austrian Airlines.

²⁹⁸ *Supra*, MARTY Frédéric, Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, 2010.

²⁹⁹ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (refonte) » COM(2011) 827 final — 2011/0391 (COD).

³⁰⁰ En attente d'une délibération du Conseil après le premier vote du Parlement le 24 septembre 2019 et la décision d'entamer des négociations interinstitutionnelles le 09 octobre 2019.- [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2011/0391\(OLP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2011/0391(OLP)) Le projet de refonte a été réaffirmé comme priorité de l'agenda 2021 par les trois institutions qui énonçaient leurs priorités législatives communes pour 2021, auxquelles elles veulent assurer des progrès substantiels. <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/thematicnote.do?id=2066000&l=en> - Consulté le 17/04/2021.

Charleroi³⁰¹. Ryanair Ltd, pionnière du modèle commercial dit « *low cost* » en Europe, développe son modèle en minimisant les coûts et en maximisant l'efficacité dans tous les domaines de son activité par des prix les plus bas sur chaque marché pour ainsi attirer de gros volumes de passagers. Elle avait commencé ses opérations depuis l'aéroport de Charleroi (Belgique) en mai 1997 par l'ouverture d'une liaison aérienne à destination de Dublin. Au cours de l'année 2000, des négociations ont été entreprises au sujet de l'installation par Ryanair de sa première base continentale à Charleroi. Pour cela, au début du mois de novembre 2001, la compagnie irlandaise conclut deux accords distincts, l'un avec la Région wallonne, propriétaire de l'aéroport de Charleroi, l'autre avec Brussels South Charleroi Airport (BSCA), entreprise publique contrôlée par la Région wallonne qui, depuis le 4 juillet 1991, gère et exploite cet aéroport en qualité de concessionnaire.

181. Aux termes du premier accord, la Région wallonne modifie les heures d'ouverture de l'aéroport, octroie une réduction de l'ordre de 50 % des redevances d'atterrissage par rapport au niveau réglementaire et s'engage à indemniser Ryanair pour toute perte de bénéfice résultant directement ou indirectement d'une modification décrétole ou réglementaire de toutes les taxes aéroportuaires ou des horaires d'ouverture de l'aéroport. En application du second accord, Ryanair ouvre une base commerciale avec le stationnement de deux à quatre avions sur l'aéroport wallon et s'engage à effectuer, sur une période de quinze ans, un minimum de trois rotations par jour et par avion. Enfin, en cas de « retrait important » par celle-ci de l'aéroport, elle s'engage à rembourser la totalité ou une partie des versements effectués par BSCA. La Commission, qui déclare ces aides discriminatoires et incompatibles avec le marché commun, relève en particulier que les avantages en cause, qu'il s'agisse de ceux fournis par BSCA ou ceux fournis par la Région wallonne, n'ont été accordés qu'à Ryanair et qu'ils sont donc spécifiques. Elle indique en outre que ces avantages, qui ont été octroyés directement par la Région wallonne sous forme d'une garantie d'indemnisation (impliquant le cas échéant une mobilisation des ressources régionales) et d'une réduction des charges d'atterrissage (impliquant un manque à gagner pour l'État) et, indirectement, par la mobilisation des ressources de BSCA, impliquent le transfert de ressources d'État au profit de Ryanair.

³⁰¹ Notamment l'arrêt du Tribunal du 17 décembre 2008 dans l'affaire T-196/04, Ryanair Ltd c/Commission des Communautés européennes, ECLI:EU:T:2008:585.

182. Mais en rappelant notamment les deux arrêts du 12 décembre 2000³⁰² rendus par lui, dans des affaires impliquant aéroports et autorités gestionnaires et régulatrices, le Tribunal sanctionne la Commission qui n'a pas apprécié pertinemment l'activité des autorités publiques en ne leur reconnaissant pas le rôle d'investisseur privé. En effet, doit être considérée comme « une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (pt 87) et pour le marché du transport aérien,

« Aussi, la mise à la disposition des compagnies aériennes, par une autorité publique, d'installations aéroportuaires, ainsi que leur gestion, moyennant le paiement d'une redevance dont le taux est fixé librement par celle-ci, peuvent être qualifiées d'activités de nature économique, de telles activités étant certes exécutées sur le domaine public, mais ne relevant pas, de ce seul fait, de l'exercice de prérogatives de puissance publique. » (pt 91).

183. Cette relation entre compagnies aériennes et gestionnaires des infrastructures aéroportuaires est tout à fait singulière. **La politique européenne dans le secteur économique du transport aérien est, en quelque sorte, biface, mais elle a toutefois un objectif principal, celui d'augmenter les possibilités d'atterrir et de décoller dans les aéroports européens pour permettre à ce secteur économique de pleinement jouer son rôle de support de la croissance.** Est-ce le retour de la politique économique industrielle ? Du point de vue de la chronologie des faits, le rapport entre politiques industrielles et politique de la concurrence s'est longtemps caractérisé par un net déséquilibre en faveur des premières vis-à-vis de la seconde. Parce que dans ce secteur économique, la souveraineté des États et de leur diplomatie aérienne reste un élément structurant et donc contraignant pour une politique européenne de transport, la combinaison des intérêts de tous les agents de ce marché est complexe et nécessite que la puissance publique puisse s'accorder sur les objectifs d'une telle politique industrielle. C'est particulièrement celui de favoriser les compagnies aériennes et leur effet d'entraînement de toute l'industrie aéronautique et spatiale, au premier rang de laquelle se situe Airbus, par des échanges interindustriels.

184. Sans aller jusqu'à intégrer la politique de concurrence comme un outil de politique industrielle, il est possible d'envisager à la suite de Frédéric MARTY³⁰³ que la politique de concurrence est une politique industrielle implicite. La politique de concurrence n'est pas celle

³⁰² Arrêts du Tribunal du 12 décembre 2000 dans l'affaire T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, ECLI:EU:T:2000:289 ; dans l'affaire T-128/98, *Aéroports de Paris c/ Commission des Communautés européennes*, ECLI:EU:T:2000:290.

³⁰³ *Supra*, MARTY Frédéric, *Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes*, 2012.

du laisser-faire avec le contrôle des aides publiques (art. 107 TFUE, des concentrations, la sanction des pratiques anticoncurrentielles (art. 101 TFUE) et particulièrement dans les industries de réseaux nouvellement libéralisées (art. 102 TFUE).

185. Dès lors, alors que la concurrence n'admet qu'un objectif tenant à la construction de marchés concurrentiels, celui-ci peut apparaître comme contradictoire avec les caractéristiques intrinsèques d'une politique industrielle traditionnelle. Celle-ci a tendance à orienter la spécialisation sectorielle et/ou technologique de l'économie, en fonction de telle ou telle politique aux préférences nationales. Ainsi, dès les débuts de la démonopolisation du secteur, on peut lire dans un rapport du Sénat à propos du secteur aérien en France et des demandes de la compagnie UTA, principale concurrente d'Air France, d'obtenir l'ouverture de de nouvelles routes commerciales que

« Le Gouvernement a estimé que l'intérêt du pavillon français résidait plutôt dans la concentration de ses forces face aux concurrents étrangers que dans la division par une lutte interne et il a, en conséquence, invité en novembre 1988 les compagnies Air France et Air Inter à renforcer leur coordination technique »

*ou encore « Force est de constater qu'au cours de cette période, à chaque fois qu'elle a pu influencer sur la décision finale, la grande compagnie nationale a choisi le refus d'une concurrence française de préférence à l'affrontement d'un défi qui, par bien des aspects, pouvait avoir des effets vivifiants. Elle s'est opposée, la plupart du temps avec succès, aux demandes d'UTA ».*³⁰⁴

186. Nous avons abordé les logiques de démonopolisation et de désétatisation qui ont permis une ouverture à la concurrence tout à fait remarquable, car inédite, dans les États depuis le début de l'intégration européenne. Il n'en reste pas moins que le rôle des États demeure important et finalement bien au-delà des prérogatives accordées par la Convention de Chicago, telles la régulation du transport aérien (survol et hauteur du survol du territoire) ou la définition des règles de sécurité des aéronefs comme de la compétence des personnels³⁰⁵. Alors que le gouvernement français vient de négocier avec la Commission

³⁰⁴ Rapport de la commission de contrôle chargée d'examiner la gestion administrative, financière et technique de l'entreprise nationale Air France et des sociétés de toute nature, comme des Compagnies aériennes qu'elle contrôle puis d'en informer le Sénat, le 16 mai 1991.

³⁰⁵ On peut lire au 2^e considérant du Règlement (CE) n°216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive n°91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n°1592/2002 et la directive n° 2004/36/CE que « les aéronefs des pays tiers exploités à destination ou au départ du territoire d'application du traité ou à l'intérieur de ce territoire devraient faire l'objet d'une surveillance appropriée au niveau communautaire, dans les limites fixées par la convention relative à l'aviation civile internationale signée à Chicago le 7 décembre 1944 (ci-après dénommée «convention de Chicago»), à laquelle tous les États membres sont parties. »

européenne, une nouvelle aide publique³⁰⁶ massive pour le groupe Air France-KLM, il exige par la voix de son ministre de l'économie une réorganisation de la compagnie. Cette injonction tient à ce qu' « AF doit faire des efforts » et au respect des orientations publiques sur les questions environnementales.

187. Ce mouvement est très marqué dans les évolutions du cadrage des aides d'État, dans les perspectives contraintes par la COVID-19 et d'une recomposition du marché aérien européen, qui sont l'objet d'une nouvelle orientation dans la politique de concurrence. La convergence progressive des objectifs permet des dérogations à l'interdiction des aides d'État et correspond, encore plus nettement, à l'idée de durabilité de la concurrence. Le 30 novembre 2021, la Commission européenne a, par exemple, décidé de prolonger jusqu'au 30 juin 2022 l'encadrement temporaire des aides d'État qui arrivait à expiration le 31 décembre 2021. Dans le communiqué de presse, Margrethe VESTAGER, vice-présidente exécutive chargée de la politique de concurrence, déclara que « Pour soutenir davantage encore la reprise, nous avons introduit deux nouveaux outils pour relancer l'économie et attirer l'investissement privé pour une reprise plus rapide, plus écologique et plus numérique.³⁰⁷ » Elle évoquait ainsi des mesures de soutien à l'investissement, afin d'aider les États membres à combler le retard d'investissement engendré par la crise. Les États membres sont ainsi invités à créer des incitations pour encourager les entreprises à investir pour accélérer les transitions écologique et numérique. Les décisions prises, principalement pour la production de biocarburants aéronautiques durables et l'hydrogène, visent à « encourager l'adoption de véhicules, de navires et d'avions à émissions nulles et à faibles émissions, ainsi que de carburants renouvelables et bas carbone dans tous les modes de transport est un objectif prioritaire des efforts déployés pour rendre l'ensemble des modes de transport plus durables³⁰⁸ ». Elles constituent les bases d'une filière industrielle européenne, avec Airbus, Safran, Total et Suez comme chefs de file, associant ADP et Air France, que le droit de la concurrence accompagne pour tenter une cohérence d'ensemble.

³⁰⁶ Décision de la Commission du 5 avril 2021 dans l'affaire SA.59913 concernant le projet de la France d'accorder jusqu'à 4 milliards d'euros pour la recapitalisation temporaire d'Air France, à travers sa holding.

³⁰⁷ Commission européenne, Communiqué de presse du 18 novembre 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_6092

³⁰⁸ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs et abrogeant la directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil, COM(2021) 559 final / 2021/0223(COD) du 14 juillet 2021.

B – Les tentations d’une politique de concurrence raisonnée de la politique industrielle

188. L’identification de la structure de marché optimale est la cible de la politique de concurrence : « *the existing market structure [versus] entirely unknown [optimal] structure*³⁰⁹ ». Pour atteindre cet objectif, la Commission a proposé deux voies, celle de l’ouverture des points d’accès aux nouveaux entrants et l’extension, voire l’ouverture d’autres aéroports pour augmenter ces points d’accès et par ailleurs, celle d’offrir une concurrence non seulement entre compagnies, mais aussi entre plateformes. Car le constat établi à propos de l’application des principes de concurrence semble quelque peu inquiétant, tant il y a un « intérêt extrême à les faire respecter »³¹⁰.

189. On peut se poser la question, à lire cet avis, s’il y a une cohérence entre la politique de concurrence et la politique industrielle, celle-ci ayant plutôt comme objectifs de favoriser les aides sociales et la restructuration comme condition à une concurrence équitable. Ainsi, l’article 93 TFUE envisage bien la possibilité d’intervention de la personne publique dans ce secteur économique, sans pour autant exclure l’application des règles de concurrence. On peut juger de l’importance de cette prise en compte par le droit des aides d’État. L’interventionnisme étatique dans le système économique européen représente, en effet, un volume des aides publiques aux entreprises de plus de 70 milliards d’euros, soit 0,6 % du PIB de l’Union européenne³¹¹.

190. En 2005, au travers des lignes directrices disposant des aides de financement public des aéroports et des aides d’État au démarrage aux services de transport aérien, la Commission laissait paraître une distinction propre à rapprocher les deux politiques. La Commission, à travers ces lignes directrices, considère ainsi que les aides d’État aux grandes plateformes aéroportuaires, voire aux aéroports de taille moyenne, ne se justifient pas *a priori*. Ces aéroports opèrent en effet dans un marché ouvert à la concurrence. Cependant, des aides peuvent s’avérer nécessaires pour les aéroports de petite taille. Il y aurait alors une

³⁰⁹ GAFFARD Jean-Luc, Les relations entre sciences et industrie, Document de travail OFCE 2009-30, 2009 cité par MARTY Frédéric, 2010, *supra*.

³¹⁰ Avis du comité économique et social européen sur la « révision des lignes directrices de 1994 et 2005 sur l’aviation et les aéroports dans l’UE », CCM&/095, 11 juillet 2012.

³¹¹ Union à 27 États membres et hors aides spécifiques à la crise économique (chiffres du tableau de bord des aides d’État, mise à jour de l’automne 2011 - [COM(2011) 848]

cohérence d'ensemble à permettre le développement économique des régions³¹² par la création ou l'extension d'aéroports régionaux et interconnectés entre eux par des infrastructures routières et/ou ferroviaires.

191. L'intérêt d'une telle politique au niveau européen est indéniable pour qu'un marché intérieur se mette en place. L'outil privilégié par les États, et par extension pour la Commission dans son rôle de contrôle, se matérialise principalement par l'octroi d'aides aux entreprises qu'il s'agisse d'aides directes ou indirectes. Si l'on observe de plus près les objectifs des aides, on voit qu'elles relèvent à 80 % de la protection environnementale comme les aides aux économies d'énergie, le reste étant constitué des aides régionales et des aides à la R&D et à l'innovation pour un montant chaque année plus élevé³¹³, après une décrue constatée en 2014. En 2018, quelques 64,3 milliards d'euros, le niveau le plus bas du montant total des aides d'État accordées, avaient été approuvés, contre 268,4 milliards au 31 décembre 2017, et à 89,2 % sous forme de prêt garanti et 7 % de recapitalisation.

192. **La politique industrielle européenne se déploie en définitive dans les dérogations³¹⁴ à l'application du contrôle des aides et donc à la politique de concurrence.** Ce régime des exemptions est l'expression des choix politiques européens orientant les aides publiques et donc les ressources publiques vers des utilisations en conformité avec ces choix. Un nouveau règlement spécifique au secteur des transports³¹⁵ expose ainsi l'orientation industrielle de la politique de la Commission en faveur du développement de nouvelles capacités aéroportuaires. Ce règlement introduit une nouvelle exemption de l'obligation de notifier avant leur mise en œuvre les mesures d'aides d'État à la Commission pour autorisation. Seules

³¹² Commission Européenne, Questions et réponses : lignes directrices sur les aides d'État au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux, MEMO/05/301, 06 septembre 2005.

³¹³ En 2016, le montant total des aides accordées et approuvées s'élevait à 319,2 milliards d'euros contre 185,2 en 2015, d'après State Aid Scoreboard 2018 - https://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html - Consulté le 03 mars 2019.

³¹⁴ Ces dérogations sont énoncées dans le règlement général d'exemption par catégorie - Règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité. Les blocs d'exemption sont nombreux et gravitent autour des cinq thèmes suivants : l'innovation et la R&D, le développement durable, la compétitivité de l'industrie de l'UE, la création d'emplois, et la cohésion sociale et régionale.

³¹⁵ Règlement (UE) n° 2017/1084 de la Commission du 14 juin 2017 modifiant le règlement (UE) n°651/2014 en ce qui concerne les aides aux infrastructures portuaires et aéroportuaires, les seuils de notification applicables aux aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine et aux aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles, ainsi que les régimes d'aides au fonctionnement à finalité régionale en faveur des régions ultrapériphériques, et modifiant le règlement (UE) n°702/2014 en ce qui concerne le calcul des coûts admissibles.

les aides à l'investissement en faveur des aéroports accueillant jusqu'à 3 millions de passagers par an sont concernées. Outre le fait de mieux répartir les compétences en fonction du principe de subsidiarité, il s'agit de faire correspondre l'offre aéroportuaire à l'ensemble du territoire européen. En appliquant cette logique, les aides ne devraient pas être accordées aux aéroports situés dans la zone d'attraction (100 kilomètres de distance ou 60 minutes de temps de parcours) d'un autre aéroport, correspondant à une réalité économique établie de manque d'offre. En effet, les infrastructures financées doivent être intégralement utilisées à l'avenir et leur taille ne pas dépasser la demande escomptée. Par ailleurs, les aides n'excéderont pas ce qui est nécessaire pour déclencher l'investissement, car en tenant compte des recettes que générera l'investissement, les aides ne pourront uniquement couvrir que le « déficit de financement ». Pour les petits aéroports accueillant jusqu'à 200°000 passagers par an, le règlement fixe des règles plus souples pour les aides à l'investissement et autorise également les aides destinées à couvrir les pertes d'exploitation.

193. La logique mise en œuvre se veut complète sur l'ensemble d'un territoire européen. Le développement aéroportuaire doit se faire par le renforcement des grands pôles qui structurent l'espace européen du marché intérieur – près de 205°millions de passagers pour Londres-Heathrow, Paris-CDG et Amsterdam-Schiphol qui dépasse en 2016 l'aéroport de Francfort - assortis d'un réseau d'aéroports secondaires (nationaux ou régionaux selon les dénominations), mais vitaux pour l'accès de tous au transport aérien comme Brussels National Airport et ses 21,7 millions de passagers, Lyon Saint-Exupéry (10,3 millions) ou encore Charleroi « Brussels South » avec 7,7 millions de passagers en 2017.

194. **Cette politique industrielle par le contrôle des aides est complétée par le contrôle des concentrations**³¹⁶. Comme nous le verrons plus loin, cette dernière est symptomatique d'une véritable volonté d'allier respect des principes d'une concurrence non faussée, d'assurer un avenir pérenne pour les compagnies européennes regroupées autour de trois champions nationaux faisant face à la concurrence du « bas coûts » et de permettre un certain développement territorial.

195. La démonopolisation du transport aérien avait comme but premier sa libéralisation pour une croissance en nombre de passagers et de destinations ouvertes. Et les statistiques

³¹⁶ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

de l'organisation Eurostat montrent que cet objectif est atteint. Le transport aérien intra Union européenne a très fortement progressé entre 1995 et 2009 (plus que doublé) avec depuis 2010, une nouvelle augmentation du nombre de passagers (+ 3,7 % à 777 millions de passagers). En 2016, 972,7 millions de passagers ont voyagé par avion dans l'UE, soit une hausse de 5,9 % par rapport à 2015 et de 29,1 % par rapport à 2009. Sur cette période, le transport aérien de passagers n'a pas cessé de croître dans l'UE soulignant deux éléments importants : le transport intra-UE, marché sur lequel opèrent principalement les compagnies à bas coûts, et la croissance du trafic. En 2016, le transport intra-UE représentait quasiment la moitié (47 %) du transport aérien total de passagers dans l'UE et le transport extra-UE un peu plus du tiers (35,6 %), tandis que le transport national comptait pour moins d'un passager sur cinq (17,3 %). Par ailleurs, globalement dans l'UE, le nombre de passagers aériens a augmenté de 54,4 millions (+ 5,9 %) entre 2015 et 2016, notamment du fait de la hausse de transport intra-UE (+ 10,2 %). Le nombre le plus élevé de passagers aériens ayant été enregistré au Royaume-Uni, où le transport aérien de passagers s'établissait au total à 249 millions de personnes. Suivaient l'Allemagne (201 millions de passagers), l'Espagne (194 millions), la France (145) et l'Italie (135). Les Européens par l'effet combiné de la reprise économique et d'une offre concurrentielle ont pu profiter de ce mode de transport et des nouvelles offres générées par la libéralisation. L'ouverture à la concurrence est donc réelle et participe d'une démocratisation du transport interne de passagers.

196. Mais parce que la concurrence est *a priori* la structure de marché la plus efficace, ce bilan est aussi à envisager pour les opérateurs aériens. Et l'embellie se confirme aussi, même si les chiffres globaux masquent des réalités divergentes, notamment entre les compagnies aériennes européennes. Cependant, comparé avec les chiffres donnés à l'occasion de son assemblée générale annuelle qui se tenait dans la ville du Cap en Afrique du Sud en juin 2013, l'International Air Transport Association (IATA)³¹⁷ a indiqué, à Sydney en juin 2018, que le secteur du transport aérien de passagers se portait bien. En 2013, les compagnies aériennes mondiales qui avaient dégagé un bénéfice net de 12,7 milliards de dollars (soit 9,6 milliards d'euros) annoncèrent une perspective de 33,8 milliards de dollars avec une marge nette de

³¹⁷ L'Association internationale pour le transport aérien est une organisation commerciale internationale de sociétés de transport aérien. Ces entreprises sont spécialement autorisées à consulter les prix entre elles par l'intermédiaire de cet organisme.

4,1 % en 2018. Enfin, il est nécessaire d'élargir cette analyse à l'ensemble de l'intersecteur « service aérien-production aéronautique »³¹⁸. Il faut ainsi souligner que la concurrence entre compagnies aériennes ne peut être évoquée sans étudier la relation parfois fusionnelle avec les gestionnaires d'aéroports (un binôme ? un couple ?), avec les acteurs de l'industrie aéronautique (la concentration autour d'un duopole Boeing et Airbus après les rachats respectifs d'Embraer – Brésil- et Bombardier – Canada), l'offre ferroviaire qui intègre des gares au cœur des aéroports (Paris-CDG, Lyon-Saint Exupéry, Amsterdam-Schiphol ou encore Francfort). Cette combinaison des modes de transport induit par petites avancées une offre complète, car intermodale bien plus que multimodale.

197. **À ce stade de l'étude, il semble bien que la démonopolisation du marché du transport aérien de passagers n'ait pas entraîné une totale désétatisation de celui-ci.** Certes la politique, pragmatique, de concurrence de la Commission européenne permet de contrôler l'action des États membres au bénéfice du marché intérieur. Pourtant, elle bute sur les spécificités du transport aérien, au premier rang desquelles, la ressource aéroportuaire. Le sujet de l'attribution des créneaux aéroportuaires, emblématique de cette approche globale de la concurrence, reste un outil technique pour permettre l'activité aérienne dans un secteur économique concurrentiel. La ressource aéroportuaire fait l'objet de toutes les attentions et probablement aussi de tous les fantasmes, économiques et financiers, mais aussi sociaux et environnementaux. Vingt ans après le premier texte, ce débat n'est pas tranché, d'autant plus que le projet de révision du règlement de 2011 n'a toujours pas abouti. On peut se demander si les intérêts des parties prenantes ne sont pas antinomiques. Est-ce un problème de majorité politique entre aspirations écologiques et conception de développement durable d'une part et volontarisme économique d'autre part ? Il est vrai que les oppositions sont importantes et récurrentes aux développements des grandes infrastructures, comme le montre le dernier exemple en date, celui de la « ZAD³¹⁹ de ND des Landes ».

198. Le projet d'aéroport du Grand Ouest ou de « Nantes-Notre-Dame-des-Landes » fut une opération, lancée en 1963 et abandonnée en 2018, destinée à améliorer la desserte des

³¹⁸ Entendu comme l'environnement économique allant de la production de service par la navigation aérienne et à la technique de la construction des avions.

³¹⁹ ZAD signifie « zone à défendre » en tant que « expérimentation sociale » montée par les opposants au projet d'aéroport du Grand Ouest, à Notre-Dame-des-Landes, en Loire-Atlantique, en France, désireux, dans un premier temps, notamment de défendre une zone humide préservée, à l'origine de plusieurs rivières et d'un projet d'aéroport considéré par les opposants au projet comme un des « grands travaux inutiles ».

régions Bretagne et Pays de la Loire. Ce projet reposait sur le constat d'une saturation prévisible, mais largement contestée,³²⁰ de l'aéroport international de Nantes-Atlantique³²¹ et y répondait par le transfert des activités commerciales sur un nouvel aéroport au nord-ouest de Nantes. Le 17 janvier 2018, le Premier ministre Édouard PHILIPPE annonça l'abandon définitif du projet de Notre-Dame-des-Landes. Cela démontre que le développement des aéroports régionaux n'est pas seulement une question de décision politique, mais suppose de prendre en compte l'acceptabilité sociale d'un tel développement. **Une fois de plus le développement durable vient contrebalancer le développement aéroportuaire découlant de la libéralisation européenne, faisant de cette situation un énième exemple d'une volonté des États de ne pas traiter ce problème au niveau européen ou du moins de freiner les velléités de la Commission.** Juridiquement, autant dans le contrôle des aides d'État que celui des concentrations, la gestion des créneaux aéroportuaires, qui fut l'acte de démonopolisation du marché aérien des passagers, est devenue une idée commune pour concrétiser le concept de durabilité de la concurrence. La régulation du secteur aérien est alors mieux à même de saisir les spécificités de la mise en concurrence du secteur aérien.

Section 2 - Les spécificités de la mise en concurrence dans le secteur aérien

199. L'évaluation des incidences de la démonopolisation de l'espace aérien européen nécessite la prise en compte d'une certaine spécificité du secteur, qui disparut pourtant formellement en 2004³²², le « nouveau régime commun³²³ » établi par la modification de l'article 32 du règlement n° 1/2003 n'excluant plus le transport aérien de son champ d'application. Contrairement à d'autres industries de réseaux comme l'énergie, les télécommunications ou le transport par voie ferrée, le détenteur et gestionnaire de la facilité

³²⁰ http://sup.ups-tlse.fr/uved/infrastructures-transport/NDDL/co/module_CGIT_NDDL_9.html - Consulté le 22 janvier 2020.

³²¹ L'aéroport Nantes Atlantique génère environ 2 200 emplois directs. En 2019, l'aéroport de Nantes a accueilli 7.2 millions de voyageurs, soit une augmentation de 16.6 % par rapport à 2018, gagnant 1 028 230 voyageurs supplémentaire en une année, faisant ainsi de la performance de la plateforme, une des meilleures progressions des grands aéroports français. Source DGAC.

Le 5 octobre 2018, un décret classe l'aéroport en catégorie A, destiné à recevoir des vols longs-courriers.

³²² Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n° 3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n° 3976/87 ainsi que le règlement (CE) n°1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

³²³ *Supra*, PAPY Romain, L'aviation commerciale et le droit antitrust, thèse, 2011.

essentielle³²⁴ n'est pas celui qui offre la possibilité de se déplacer : il n'y a aucun exemple de compagnie aérienne détentrice d'une structure aéroportuaire ou inversement, et la grande majorité des compagnies aériennes européennes ne sont plus détenues principalement par la puissance publique, contrairement aux autorités gestionnaires d'un aéroport. **Cette différence fondamentale singularise notablement le secteur aérien de son voisin ferroviaire.**

200. La distinction entre deux ressources nécessaires - droit de trafic aérien et créneaux aéroportuaires - empêche que leur gestion soit attribuable à un seul et même gestionnaire. La théorie des facilités essentielles³²⁵ aurait pu être mobilisée, mais elle ne semble pas ici appropriée étant donné qu'elle repose sur l'idée que celui qui, en situation de monopole ou de domination sur un marché, détient une infrastructure essentielle, non reproductible dans des conditions économiques raisonnables, ressource sans laquelle des concurrents ne pourraient servir leurs clients ou exercer leur activité, peut être contraint de permettre à ses concurrents d'accéder à cette ressource, afin de protéger le jeu de la concurrence sur un marché aval, amont ou complémentaire. Le secteur aéroportuaire n'est pas exactement concerné par ce type de questionnement. L'analyse des relations aériennes transatlantiques permet de comprendre les enjeux spécifiques au transport aérien.

201. Il convient ici de rappeler qu'avant 2007, seize États membres bénéficiaient d'accords bilatéraux dits « ciel ouvert » permettant aux compagnies aériennes de négocier l'exploitation des services transatlantiques différenciés, voire discriminatoires. En envisageant par une clause relative à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes, un régime différencié entre les États membres signataires ou non d'un tel accord avec les États-Unis. En effet, ceux-ci, avaient en principe, l'obligation d'accorder les droits prévus par les accords aux transporteurs contrôlés par l'État membre avec lequel ils avaient conclu l'accord et la possibilité de refuser ces droits aux transporteurs contrôlés par d'autres États membres établis dans cet État membre. La Cour releva, en 2002, qu'il s'agissait d'une discrimination. À

³²⁴ La notion de « facilité essentielle » est à l'origine une création des tribunaux américains appliquant les dispositions du Sherman Act prohibant la monopolisation. Elle fut reprise en droit de l'UE (notamment décision 94/19/CE de la Commission du 21 décembre 1993 dans l'affaire Sea Container/ Sealink et les directives européennes relatives à la libéralisation du secteur des télécommunications) et en droit français de la concurrence lors de l'ouverture à la concurrence de marchés jusqu'alors gérés par des monopoles publics.

³²⁵ DEZOBRY Guillaume, La théorie des facilités essentielles, Essentialité et droit communautaire de la concurrence, thèse de doctorat en Droit public, soutenue à l'université Paris-X en 2007. Cette thèse a donné lieu à une publication, La théorie des facilités essentielles : essentialité et droit communautaire de la concurrence, en 2009 par LGDJ à Paris et par Lextenso.

savoir, qu'un accord déclenchant l'application de cette clause, empêchait les transporteurs aériens des autres États membres de bénéficier du traitement national dans l'État membre d'accueil, ce qui est interdit par les règles européennes relatives au droit d'établissement. Par la combinaison de ces accords bilatéraux dits de « ciel ouvert » et la constitution quasi concomitante d'alliances commerciales intercontinentales, non seulement **cette situation fragmentait le transport aérien et représentait donc un obstacle à la réalisation du marché aérien unique, mais elle constituait les prémisses d'un risque de figer les parts de marché.**

202. Ces accords internationaux en définissant un ensemble de liaisons entre les deux pays partenaires à la négociation, limitaient, en effet, l'extension des compagnies à l'extérieur de leur territoire. Ces accords prévoyaient ainsi des mesures réglementant « le fait matériel de la circulation, la navigation aérienne, le fait commercial, le transport aérien »³²⁶ limitant ainsi la concurrence sur certains trajets au-delà de ce qui était envisageable par les seules « libertés de l'air »³²⁷. Cette situation de cloisonnement, très spécifique des marchés, est accrue par la constitution de vastes alliances commerciales, sélectionnant les compagnies selon leur apport à la politique commerciale des compagnies « tête d'alliance » et limitant la participation d'autres compagnies.

203. Datant pour la plupart de la fin de la Seconde Guerre mondiale - le premier concernant le Royaume-Uni en 1946 puis la République fédérale d'Allemagne en 1955 - la plus ancienne alliance de grande taille entre compagnies aériennes date de 1989, lorsque Northwest Airlines et KLM signèrent un accord de vol en partage de codes à grande échelle : il s'agissait de l'alliance Wings Alliance³²⁸, initiant un vaste mouvement de rapprochements entre compagnies aériennes transcontinentales. Cette répartition des marchés nationaux et internationaux en intégrant dans un second temps des compagnies asiatiques puis d'autres continents, crée une situation tout à fait remarquable. Cela a pu poser des questions quant à leur validité par rapport aux règles de concurrence, car

³²⁶ CARTOU Louis, les services aériens réguliers internationaux et les accords intéressant la France, *Annuaire de droit international*, vol. 2, 1956.

³²⁷ *Supra*, Annexe n°1 « libertés aériennes » page 891 et www.assisesdutransportaerien.gouv.fr/comprendre/les-actualites/les-droits-de-traffic-la-negociation-des-accords-bilateraux-de-services - Consulté le 04 février 2020.

³²⁸ Alliance complétée par Continental, Alitalia et China Airlines. Désormais ces deux compagnies font toutes deux partie de SkyTeam depuis la fusion de KLM avec Air France en 2004 et de Northwest Airlines avec Delta Airlines en 2010.

« [...] ces accords officiels étaient le plus souvent complétés par des notes confidentielles échangées entre les autorités aéronautiques, qui interprétaient, précisaient ou modifiaient même les dispositions des accords, [allant même jusqu'à se couvrir] par les décisions gouvernementales qu'elles ne faisaient qu'exécuter, les compagnies aériennes échappaient à l'application des articles 101 et 102 du traité TFUE et disposaient dès lors d'un marché captif »³²⁹.

204. En 1999, la Commission européenne a alors proposé, dans une communication³³⁰, de faire évoluer l'organisation de l'espace aérien européen afin de construire le ciel unique. **Ce souhait reste encore partiellement d'actualité face aux réticences des États membres, ce qui permet de vérifier comment l'application des règles de concurrence après la désétatisation participe de l'effectivité du marché**, compte tenu de l'irréductible spécificité des transports.

205. Les objectifs de la Commission sont l'augmentation des capacités de l'espace aérien et le renforcement de l'efficacité et de la sécurité du trafic, le découpage des secteurs du contrôle aérien et la définition des routes devaient être indépendants des frontières nationales (§1). La construction du ciel unique doit alors passer par des mesures techniques et opérationnelles communes, mais aussi par une gestion collective de l'espace aérien³³¹. Car, face à ces difficultés, *a priori*, uniquement techniques, l'utilisation circonstanciée du contrôle des concentrations dans le cadre des exemptions catégorielles (§2), montre que la concurrence actuellement en œuvre, notamment grâce à la pratique des engagements donne toute satisfaction aux régulateurs, si ce n'était le problème des capacités aéroportuaires qui peut aboutir à brider leur action sans pour autant la contredire (§3).

§ 1 – La spécificité du transport aérien dans la politique de transport

206. En mars 2011, la Commission européenne a adopté un livre blanc³³² analysant « un espace européen unique des transports compétitif et économe en ressources ». Cette stratégie globale comprend une feuille de route prévoyant quarante initiatives spécifiques

³²⁹ MOUSSIS Nicolas, Les transports aériens dans l'UE, <http://europedia.moussis.eu>, 2011 - Consulté le 12 juillet 2018.

³³⁰ Communication de la Commission, du 1er décembre 1999, au Conseil et au Parlement européen : « La création du ciel unique européen » [COM (1999) 614 final].

³³¹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre et les progrès accomplis dans la réalisation du ciel unique européen au cours de la période 2012-2014, COM(2015) 663 final le 16 décembre 2015.

³³² Commission européenne, Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources [COM(2011) 144 final du 28 mars 2011].

dans cette décennie, visant à établir un système de transport compétitif destiné à accroître la mobilité, à lever des obstacles majeurs dans des domaines clés et à favoriser la croissance et l'emploi, plus de vingt ans après l'ouverture à la concurrence. Celle-ci peut donc sembler très partiellement effective, au-delà de la désétatisation réussie des compagnies nationales.

207. En effet, malgré la réglementation européenne d'une ouverture à la concurrence, les politiques et les règles nationales, qui avaient régi le transport aérien pendant plusieurs décennies, ont laissé subsister des réflexes nationaux (A). Il fut donc nécessaire d'accentuer l'eupéanisation de l'espace aérien pour assurer l'efficacité économique de la libéralisation et assurer l'accès à un transport aérien bon marché au plus grand nombre, imposant ainsi un recours au juge afin de faire bouger les lignes de la libéralisation des marchés (B).

A – La cohabitation des enjeux nationaux souvent antagonistes

208. L'étude du secteur aérien mérite une attention toute particulière, s'agissant du plus ancien secteur démonopolisé pour une ouverture à la concurrence³³³ et focalisant des motivations fort diverses qui tiennent autant à la sécurité, qu'au prestige national, à la défense nationale, au développement régional et urbain, en évoquant aussi la mobilité touristique et d'affaires, que la protection de l'environnement, et, enfin, que la nécessaire protection du service public et autres préoccupations non commerciales.

209. À partir des différents constats relevés, notamment dans le Livre blanc³³⁴ de la Commission, **la volonté politique européenne est d'accompagner tant les compagnies aériennes que les aéroports européens et de leur fournir des atouts concurrentiels dans un contexte européen libéralisé et largement ouvert sur le monde.** La concurrence avec les autres pôles mondiaux de croissance que sont l'Asie et l'Amérique du Nord et les pays émergents³³⁵ ajoute à cette nécessité d'autant que la situation a été exacerbée par la crise économique depuis la fin 2007. Ces éléments se retrouvent, logiquement, dans l'ensemble des mesures proposées par la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions en date du 1^{er} décembre 2011, lesquelles sont désignées officiellement comme la « Politique aéroportuaire de l'Union européenne -

³³³ DUTHEIL de la ROCHERE Jacques, *Transport aérien européen et problèmes de concurrence, Annuaire français de droit international*, 1986.

³³⁴ Supra, feuille de route pour un espace européen unique des transports, 28 mars 2011.

³³⁵ GLISZCZYNSKI Fabrice, Emirates remet en cause le Yalta des trois alliances du ciel, www.latribune.fr - Consulté le 08 septembre 2012.

résoudre les problèmes de capacité et de qualité pour favoriser la croissance, la connectivité et la mobilité durable »³³⁶. Ainsi, après l'accès libre à la route aérienne par la gestion des droits de trafic aérien dès 1997, l'amélioration de la gestion des créneaux aéroportuaires, créneaux de décollage et d'atterrissage des aéroports européens, encore appelés les « *slots* », devient un objectif nécessaire pour établir une concurrence tant dans le transport aérien de passagers que pour le fret, cette concurrence effective étant une des conditions de la croissance selon la théorie économique classique³³⁷.

210. De la sorte, la régulation de cette ressource devenue rare et une relative surveillance dans le contrôle des concentrations se combinent pour correspondre aux objectifs visés. Le transport de personnes, par sa nécessité d'établir un réseau, est une industrie que l'on peut rapprocher d'autres qui furent démonopolisées ultérieurement et tenter d'en définir les traits communs comme les différences substantielles. Mais avant cela, il est nécessaire de décrire plus complètement la spécificité du transport aérien dans la politique de transport. Une compagnie aérienne, pour assurer le trajet d'un aéroport à un autre, éventuellement via une escale dans un troisième aéroport, a besoin d'une autorisation de vol (droit de trafic aérien) et de créneaux horaires pour atterrir, aboutir à son point de débarquement/embarquement et décoller pour un nouveau trajet, sous couvert d'une licence d'exploitation³³⁸. Cette prise en charge reste, malgré les avancées en termes de droit de trafic (accord de transit et/ou de transport) et d'allocation des créneaux aéroportuaires, encore trop cloisonnée entre les États membres, selon les constats régulièrement effectués par la Commission³³⁹. Il existe donc des freins réglementaires majeurs pour parvenir à une libéralisation complète du secteur.

211. Pour n'envisager que les points les plus saillants du règlement n° 1008/2008 sur les règles communes pour l'exploitation de services aériens, on évoquera les dimensions tarifaires puis d'organisation du marché. C'est ainsi la levée des restrictions en matière de

³³⁶ On trouve aussi les désignations « paquet aéroportuaire » ou « paquet aéroports » en français et « Better Airports Package » pour la version anglophone.

³³⁷ PERROT Anne, La politique de la concurrence contribue-t-elle à la croissance économique ? Une analyse à partir des cas américains et européens, *Économie publique/Public economics* n° 1, 2003.

³³⁸ Articles 3 et 15 du règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte des règlements (CEE) n° 2407/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant les licences des transporteurs aériens et n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires).

³³⁹ *Supra*, Communication de la Commission du 1er décembre 1999, La création du ciel unique européen, COM (1999) 614 final et la Feuille de route pour un espace européen unique des transports du 28 mars 2011.

partage de codes sur les liaisons avec des pays tiers ou en matière de tarification sur les liaisons vers des pays tiers avec escale dans un autre État membre, vols relevant de la sixième liberté évoquée au considérant 10 du règlement. C'est par ailleurs, la nécessité d'assurer un contrôle efficace des transporteurs aériens (considérant 4) ou celle de relier de manière adéquate les régions centrales aux régions périphériques, par des dispositions spécifiques concernant les règles en matière de durée de validité des contrats pour les obligations de service public (considérant 11).

212. Dès lors la contrainte majeure est de prendre la mesure du niveau décisionnel le plus pertinent :

(18) étant donné que l'objectif du présent règlement, à savoir l'application plus homogène de la législation communautaire en ce qui concerne le marché intérieur de l'aviation, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres en raison du caractère international du transport aérien, et peut donc être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité³⁴⁰.

213. Le secteur aérien ne peut être effectivement ouvert à la concurrence à l'intérieur de l'UE sans prendre spécifiquement en compte la façade extérieure du ciel européen ambitionné. Or, cette façade reflète une tout autre organisation encore très éloignée de l'idée de ciel mis en commun. Elle repose en effet, comme on l'a décrit, sur de nombreux accords bilatéraux qui coexistent encore avec les accords négociés au niveau de la Commission³⁴¹. Sur la base constituée par la convention de Paris de 1919, dès l'année 1944, la Convention de l'aviation civile internationale fit prévaloir le système des « accords bilatéraux » portant sur les différents types des « libertés de l'air »³⁴² reposant sur une conception plus « multilatérale »³⁴³ de la réglementation internationale. Car tant que la 6^e liberté, la possibilité de voler à partir d'un pays étranger vers un autre, tout en s'arrêtant dans son propre pays pour des raisons non techniques, n'est pas appliquée entre deux États, les différents types de droits de trafic dans le domaine du transport aérien international permettent de cloisonner ou a contrario d'ouvrir un espace aérien continental, voire intercontinental. En temps de paix,

³⁴⁰ *Supra*, Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

³⁴¹ *Supra*, Arrêt de la Cour du 27 février 2019 sur renvoi préjudiciel dans l'affaire C-563/17 AssociaçãoPeço a Palavra e.a./Conselho de Ministros.

³⁴² Cf. Annexe n°1 « les libertés aériennes », page 891.

³⁴³ Mac GOWAN et TRENGROVE [1986], OCDE (1988), SEABRIGHT et Mac GOWAN [1989], DOGANIS [1989], ENCAOUA et PERROT [1992], cité par ENCAOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, *Revue économique* Vol. 47, No. 6, Les privatisations un état des lieux (Nov., 1996), pp. 1269-1296.

les modalités des accords bilatéraux fixées par les accords de Chicago prenaient, dès l'avènement du transport aérien de passagers, une dimension géopolitique importante pour, tour à tour, assurer un protectionnisme impénétrable ou renforcer des liens politiques et commerciaux avec certains États, à l'image du droit de « 6^e liberté », qui, quand il était envisagé dans un accord bilatéral, était l'aboutissement d'une concurrence potentielle pleinement envisageable.

214. Concrètement, et en retenant la date symbolique du 1er avril 1997 pour une ouverture à la concurrence du ciel européen, la démonopolisation du transport aérien est techniquement la levée du seul et dernier interdit, le droit de « cabotage ». Derrière ce terme longuement réservé à la marine marchande, il faut entendre la possibilité pour les transporteurs d'effectuer des trajets intérieurs dans un pays tiers. Auparavant, cette faculté n'existait qu'en services « consécutifs », c'est-à-dire dans le prolongement d'un service international et dans la limite de 50 % de la capacité mise en œuvre. Dès la fin de cette restriction, les compagnies aériennes peuvent envisager de se déployer sans contraintes, sur l'ensemble du marché en privilégiant des marchés nationaux à fort potentiel. En 1997, la France, représentant un tiers des marchés domestiques européens, est de loin le ciel le plus convoité de la Communauté et devient rapidement une destination incontournable pour Ryanair et easyJet, ces deux compagnies qui vont initier une nouvelle offre de transport aérien de passagers. Le processus d'ouverture à la concurrence ayant été étalé en réalité sur dix années, soit le double de la durée de la période transitoire aux États-Unis, il a permis des réactions très variables des États membres. Alors que les plus favorables à la libéralisation, Royaume-Uni et Pays-Bas notamment, ont négocié des accords bilatéraux permettant d'anticiper le processus, d'autres pays, à l'instar de la France et de l'Allemagne, ont préféré utiliser au maximum les délais d'adaptation prévus par les textes d'harmonisation, souhaitant, autant que possible, une libéralisation maîtrisée. Le ciel européen restait donc une fiction quand on le confrontait au cloisonnement des liaisons hors de l'Union.

215. Les arrêts du 5 novembre 2002³⁴⁴ de la Cour de justice des Communautés européennes, saisie par la Commission contre le Royaume-Uni, le Danemark, la Suède, la Finlande, le Luxembourg, l'Autriche et enfin l'Allemagne, sont venus mettre fin à cette

³⁴⁴ *Supra*, arrêts « ciel ouvert » de la Cour du 5 novembre 2002 dans les affaires C-466-469/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-472/98, C-475/98 et C-476/98.

situation et ont contribué à la reconnaissance de la compétence de l'Union pour signer des accords projetant le ciel unique dans les États tiers. Dans ces affaires, les États mis en cause se voyaient reprocher, dans leur négociation bilatérale avec les États-Unis de manquer aux obligations qui leur incombent en vertu des traités et du droit dérivé : ce contentieux était tout à fait emblématique de la nécessité pour la Commission de pouvoir mettre en œuvre sa fonction de négociation dans le cadre d'un domaine relevant d'une compétence partagée à l'intérieur de l'UE³⁴⁵.

216. La Commission a ainsi engagé à l'encontre des États membres une action en manquement.

*« Souhaitant remplacer cet ensemble de conventions bilatérales par un accord unique conclu par la Communauté avec les États-Unis d'Amérique, la Commission a, depuis le début des années 90, tenté à plusieurs reprises d'obtenir du Conseil un mandat en vue de négocier avec les autorités américaines un tel accord en matière de transport aérien. »*³⁴⁶

La Cour de justice par cette jurisprudence, connue sous l'expression d'« arrêts de ciel ouvert », a considéré, comme le rapportait la Commission européenne à l'époque, que sont « contraires aux traités européens les clauses de nationalité qui réservaient les droits de trafic aux compagnies nationales des pays concernés ».

217. Dans le même temps, elle n'a pas validé la thèse de la Commission selon laquelle celle-ci aurait été compétente en matière de droits de trafic. En effet, selon la réglementation internationale, « la réglementation nationale du transport aérien est établie par un État à l'intérieur de son territoire, dans l'exercice de sa souveraineté sur ce territoire et l'espace aérien qui s'y rattache³⁴⁷. » **Dès lors, dans les accords bilatéraux signés entre un État membre de l'Union européenne et un État tiers extraeuropéen, l'État membre de l'Union européenne est seul compétent pour désigner tout transporteur de l'Union européenne dès lors qu'il est établi sur son sol.** La compétence de l'UE ne pouvait donc être reconnue tenant compte du droit international, par l'application de l'annexe 7 de la Convention de Chicago de 1944.

218. Malgré cette décision mesurée, la Cour a permis d'entamer une évolution importante dans l'application du droit issu des traités ce qui a marqué le point de départ

³⁴⁵ Article 4 TFUE.

³⁴⁶ *Supra*, Arrêt de la Cour dans l'affaire C-476/98, Commission c/ Allemagne, point n° 16, ECLI:EU:C:2002:631.

³⁴⁷ Manuel de la réglementation du transport aérien international de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI - ICAO en anglais), Doc 9626, Deuxième édition — 2004.

d'une véritable politique extérieure européenne dans le domaine du transport aérien. Ainsi, à partir de son raisonnement, il est possible de conclure qu'une action immédiate permettait de substituer un mandat de négociation octroyé à la Commission à des accords bilatéraux, et dans un second temps, d'élargir cette compétence aux autres accords non compris par la jurisprudence de la Cour par un mandat « horizontal ». **L'uniformisation des accords par l'eupéanisation de ceux-ci reste, encore aujourd'hui, l'objectif pleinement assumé par l'Union européenne.** De fait, en 2003, le Conseil européen des transports a donné un mandat à la Commission pour ouvrir des négociations avec les États-Unis et trouver avec eux un accord appelé à se substituer aux accords bilatéraux existant avec les États membres de l'Union européenne. Ensuite, il a donné à la Commission un mandat dit « horizontal » par lequel il l'autorise à ouvrir des négociations, au nom des États membres, en vue de modifier certains points des accords bilatéraux déjà en vigueur, pour les rendre conformes au droit de l'Union, intégrant ainsi la jurisprudence des arrêts de 2002.

219. Par ailleurs, le Conseil a demandé à la Commission d'établir un règlement³⁴⁸ de nature à permettre d'organiser le fonctionnement des négociations bilatérales, tout en préservant l'intérêt européen, et d'assurer la nécessaire transparence de l'information due à tous les États membres et aux transporteurs aériens dans le cadre de ces négociations. En 2005, à travers une communication, la Commission a affiné cette politique selon deux axes, l'un orienté vers les pays dits « du voisinage », l'autre à destination des « partenaires clés » de l'Union européenne. Les premiers sont représentés par les pays du pourtour méditerranéen et de la partie orientale de l'Europe, jusqu'au Caucase. Les seconds forment un ensemble d'États partenaires particulièrement importants du point de vue économique. Depuis cette nouvelle orientation des accords bilatéraux entre l'Union européenne et les États tiers, de nombreux accords ont vu le jour, comme le Canada en 2009, le Qatar en 2021³⁴⁹ ou, plus nombreux, dans le cadre d'accords de voisinage avec l'Ukraine, l'Arménie et la Tunisie sans pour autant évincer les accords bilatéraux qui perdurent, tels que ceux signés entre la France

³⁴⁸ *Supra*, Règlement (CE) n°847/2004 du 29 avril 2004.

³⁴⁹ Conseil de l'Union européenne, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/06/28/international-aviation-council-greenlights-signing-of-major-agreements-with-four-countries/> - Consulté le 30 juin 2021.

et l'Éthiopie, le Mozambique et le Costa Rica en juillet 2018³⁵⁰, faisant cohabiter les enjeux nationaux et européens.

B – L'accompagnement nécessaire de la libéralisation par l'eupéanisation du transport aérien de passagers

220. Le système permettant les liaisons aériennes entre États était historiquement fondé sur des accords bilatéraux interétatiques, créait sur chaque liaison internationale un duopole. Les capacités étaient déterminées par les États eux-mêmes, laissant aux duopoleurs le soin de fixer les prix, résultat de stratégies collusoires. Cette situation ne pouvait se maintenir en l'état alors que le processus de démonopolisation comme d'application des règles de concurrence dans le cadre des vols internationaux se mettait en œuvre.

221. Le recours au juge était inévitable tant l'incompatibilité entre cette approche et la libre concurrence était patente³⁵¹, pour établir la compétence externe de l'UE et en conséquence le rôle moteur de la Commission dans la négociation d'accords avec les États tiers et le demeure pour le conforter³⁵². Ce rôle une fois établi, il était possible de lancer un vaste processus d'application du droit dérivé concernant les licences des transporteurs aériens³⁵³, l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires³⁵⁴, enfin sur les tarifs des passagers et de fret des services aériens.³⁵⁵ Cela a abouti à l'instauration d'un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés

³⁵⁰ Loi n° 2020-85 du 5 février 2020 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie relatif aux services aériens, de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Costa Rica relatif aux services aériens et de l'accord relatif aux services aériens entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Mozambique.

³⁵¹ Sur ce point, J. DUTHEIL de la ROCHERE présente les conséquences des arrêts de la Cour des 22 mai 1985 (aff. C-13/83 - ECLI:EU:C:1985:220) et 30 avril 1986 (aff. jointes C-209 à 213/84 - ECLI:EU:C:1986:188) sur le rôle accru de la Commission en « banalisant le régime de concurrence, de forcer la main aux États », *supra*.

³⁵² La cour, treize ans plus tard, dans l'affaire C28/12 (arrêt de la Cour du 28 avril 2015, Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne, ECLI:EU:C:2015:282) décide de l'annulation d'une décision hybride, qui émane à la fois du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, relative à la signature et l'application provisoire de deux accords mixtes avec les États-Unis d'Amérique, l'Islande et la Norvège.

³⁵³ Règlement (CEE) n° 2407/92 du Conseil, concernant les licences des transporteurs aériens du 23 juillet 1992.

³⁵⁴ Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires du 23 juillet 1992.

³⁵⁵ Règlement (CEE) n° 2409/92 du Conseil, sur les tarifs des passagers et de fret des services aériens du 23 juillet 1992.

de réservation³⁵⁶ et fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté³⁵⁷.

222. Cet ensemble réglementaire, ainsi constitué, a aussi permis de consolider les bases politiques pour que le rôle de la Commission s'affirme dans les négociations internationales des droits de trafic aérien. Dès lors, la Commission put obtenir le mandat, qu'elle appelait de ses vœux depuis les années 1980³⁵⁸, pour négocier un accord aérien avec les États-Unis, le premier à ce niveau, valable pour l'ensemble de la Communauté d'alors. Les négociateurs ont trouvé un accord le 2 mars 2007³⁵⁹, après quatre ans de discussions. À la demande de la Grande-Bretagne, la date de l'entrée en vigueur du texte a été repoussée au 30 mars 2008. Cet accord fut révisé en 2020³⁶⁰. En prévoyant, à son article 3, le « ciel ouvert à toutes les libertés », il a permis la facilitation de l'ouverture à la concurrence en interne, en permettant par le jeu des alliances et la constitution de réseaux internationaux de mailler tout le territoire européen vers les portes d'entrée continentales que sont Francfort, Londres, Madrid ou Paris.

223. Ce rôle central de la Commission européenne, dans la régulation de ces éléments structurants du marché, s'est appuyé sur ses compétences d'autorité de la concurrence, notamment dans le contrôle des concentrations. Accompagnant les accords bilatéraux puis plus largement l'ouverture du Ciel européen, les alliances entre les compagnies aériennes s'inscrivaient, en effet, comme une nouvelle étape de rationalisation de ressources matérielles et humaines, de compétences et de réseaux commerciaux. Cet effort de rationalisation s'est accentué pour aboutir à ce que les observateurs de l'aviation civile appellent la « consolidation », cette utilisation progressive et/ou concomitante des accords de coopération commerciale et des prises de contrôle entre compagnies aériennes. Ce

³⁵⁶ Règlement (CEE) n° 2299/89 du Conseil, du 24 juillet 1989 modifié par le Règlement (CEE) n° 3089/93 du Conseil, du 29 octobre 1993.

³⁵⁷ Règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil, du 18 janvier 1993 op. cit.

³⁵⁸ Commission, proposition de directive du Conseil sur les tarifs de transports aériens réguliers entre États membres du 21 octobre 1981 et modifiée le 20 mars 1984. Ces propositions n'ont jamais abouti.

³⁵⁹ *Supra*, Décision 2007/339/C du Conseil du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part. Cet accord a fait l'objet d'une nouvelle négociation pour obtenir un accord dit de « seconde étape », Commission, MEMO/10/74, le 10 mars 2010 annonçant la Décision 2010/465/UE du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil du 24 juin 2010 : Protocole modifiant l'accord de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé les 25 et 30 avril 2007.

³⁶⁰ Décision (UE) n°2020/1110 du Conseil du 23 janvier 2018 concernant la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part.

phénomène reste d'actualité, alors que la reprise du trafic mondial, même si elle reste soumise à des incertitudes, pose la question du devenir des principales compagnies aériennes mondiales.

224. Cette question est d'autant plus cruciale que ces compagnies aériennes ont su fonder un réseau fortement intégré. Parce qu'elles détiennent un réseau de liaisons directes et indirectes connectant différents aéroports nationaux et internationaux à partir d'un aéroport central, qu'elles dominent largement, cette structure conduit à quelques conclusions intéressantes. Premièrement, une concurrence frontale entre compagnies nationales sur un réseau intégré apparaît rapidement peu probable et se confirme rapidement sur le marché européen³⁶¹. Deuxièmement, il existe des complémentarités de coûts entre les différentes liaisons d'un même réseau donnant lieu à des « externalités d'offre »³⁶² qui motivent le consommateur à acheter les produits et services qui sont soutenus par le réseau le plus étendu pour prendre en charge son désir de nouvelles destinations, au prix le plus bas possible ou de vivre « une expérience de voyage » unique. Cette offre démultipliée est, en troisième lieu, combinée à des « externalités de demande » présentes du fait que les consommateurs ont des possibilités d'arbitrage, aussi bien en ce qui concerne le choix de leur trajet que celui de la compagnie. Cette combinaison des effets de réseau, que l'on peut retrouver dans la téléphonie et l'accès à l'internet, est la véritable source de concurrence. Dans cette mesure, la Commission a pu considérer que d'importantes actions juridiques devaient être engagées pour garantir que la gestion du trafic aérien réponde au principe de l'UE de bon fonctionnement du marché intérieur et garantisse ainsi la création d'un véritable ciel unique européen³⁶³.

³⁶¹ A la date, par exemple, du lundi 8 octobre 2018, Lufthansa assurait sept liaisons sans escales entre Francfort et Paris-CDG contre cinq à Air France. Aucune autre compagnie n'assurait ce type de vol. Si on envisage d'autres compagnies, seuls trois vols étaient assurés avec escale par easyJet ou quatre par British Airways. Source Google Flights.

³⁶² « Les effets de clubs et les externalités d'offre associées aux effets de clubs sont à l'origine des effets boule de neige qu'engendrent généralement les réseaux », PERROT Anne, *Ouverture à la concurrence dans les réseaux, Économie & Prévision*, 1995.

³⁶³ Ainsi, les ententes et accords relève du Règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens abrogé par Règlement (CE) n° 487/2009 du Conseil du 25 mai 2009 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens.

225. **La libéralisation engagée dans le secteur des transports depuis le début des années 1990 s'est alors accompagnée de constructions juridiques garantissant que la remise aux lois du marché n'engendre pas une concurrence incontrôlée créant un modèle de « concurrence régulée³⁶⁴ ».** Ce modèle européenise le cadre de déploiement de la concurrence sans pourtant parvenir à européeniser les choix stratégiques des États.

Depuis la communication du 1^{er} décembre 1999, deux « paquets » législatifs ont ainsi été adoptés, le Ciel unique I en 2004 et le Ciel unique II en 2009. Les problèmes occasionnés aux transports aériens par l'éruption du volcan Eyjafjöll en 2010 pointèrent les insuffisances dans la connectivité européenne avec les pays tiers. La réaction des ministres des Transports de l'Union européenne fut d'annoncer que, le respect du principe de réciprocité devenait un argument fort dans les accords de ciel ouvert en négociation avec les États tiers, les avantages obtenus dans le cadre de ces accords devant être strictement réciproques, au titre même du respect de la souveraineté de chacun. **En établissant la réciprocité, l'UE tente de contraindre l'interconnexion entre les territoires.**

226. Les difficiles rapports entre la France et les pays du Golfe persique devant aboutir à l'octroi de droits de trafic aérien sont un exemple révélateur des difficultés d'une approche exclusivement nationale. Face à une volonté de protéger la compagnie « nationale », les autorités françaises ont largement restreint l'ouverture de route aérienne en empêchant ainsi Etihad, Emirates ou Qatar Airways de se développer trop rapidement et massivement. Dès lors, l'annonce au printemps 2018 de la reprise, par Emirates, des droits de trafic non utilisés d'Etihad sur l'aéroport de Lyon Saint-Exupéry a pu inquiéter Air France. Ainsi, sur cette base lyonnaise, qui, certes secondaire, constitue cependant un relais de croissance face à l'engorgement des aéroports parisiens, le développement de sa concurrente des Émirats arabes unis va porter à cinq vols par semaine, la desserte Lyon / Dubaï alors qu'elle est limitée à trois vols depuis Paris–CDG. **Le rapport de force devient alors inévitable et l'enjeu normatif européen, par le jeu de la concurrence. Le principe de réciprocité ne joue pourtant pas à plein, du fait des spécificités du secteur.**

227. La France, principale destination touristique en Europe, possédant un aéroport de dimension mondiale et desservant une population de plus de 10 millions de personnes, est

³⁶⁴ GRARD Loïc, Nouvelles régulations et nouveaux régulateurs dans le secteur des transports en Europe, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2001-04 n° 447, p.258-266.

aussi fortement intéressée par la vente d'Airbus A380, du fait d'avoir sur son sol les lignes de production de cet avion, dont les principaux clients sont les compagnies en plein développement, comme Emirates qui en possède toujours quatre-vingt-seize quand Air France en utilisait dix. Elle n'est donc pas insensible à des enjeux plus larges que la protection de l'ancien monopole national tout en restant dans une perspective nationale, voire nationaliste, que l'on peut relier à d'autres spécificités du secteur.

228. En effet, en Europe, la structure en « réseaux étoilés » des liaisons intra-européennes des compagnies nationales n'est pas la conséquence de la libéralisation, comme ce fut le cas aux États-Unis. Elle est plutôt le résultat historique de la réglementation antérieure selon les accords bilatéraux, ainsi que la conséquence des spécificités géographiques européennes. Chaque grand aéroport européen est, en effet, dominé par une compagnie nationale, dont il sera le pivot d'un réseau constitué de liaisons radiales (*spokes*) à partir de (et vers) l'aéroport correspondant. Toutefois, deux différences subsistent avec les États-Unis. D'une part, la plateforme de correspondances de chaque compagnie européenne s'identifie à la capitale de son pays d'appartenance, alors qu'aux États-Unis une compagnie peut localiser son aéroport pivot dans une ville de moindre importance (Atlanta, Detroit ou Houston par exemple). D'autre part, du fait que les distances y sont faibles, les lignes des compagnies nationales en Europe contiennent une proportion bien plus élevée de vols directs (*point-to-point*) qu'aux États-Unis.

229. **Les compagnies nationales européennes, quant à elles, semblent vouloir maintenir des réseaux relativement différenciés, ou séparés, tout en renforçant de manière systématique leur pouvoir de domination sur leur aéroport de base.** British Airways, par exemple, a cherché à consolider son pouvoir de domination sur les liaisons internationales longue distance à Heathrow, en ramenant sur cet aéroport d'importantes liaisons de correspondance depuis l'aéroport de Gatwick. Ce choix est tout à fait conforme à ce qu'on a observé aux États-Unis après la libéralisation. En effet, les compagnies américaines les plus importantes ont cherché à accroître leur pouvoir de domination sur leur plateforme de correspondances, de manière que la concurrence se manifeste davantage sur les liaisons entre hubs que sur les liaisons radiales à partir de l'aéroport qu'elles dominent.

230. En France, les vols long-courriers internationaux ont été transférés d'Orly vers l'aéroport Charles-de-Gaulle. Officiellement, cette décision vise à profiter des nouvelles

capacités créées par la construction de deux pistes supplémentaires à Roissy. Officieusement, il s'agissait d'éviter que British Airways, nouvellement propriétaire d'Air Liberté³⁶⁵, ne fasse d'Orly son hub sur le continent, avec accès direct au marché français. Ainsi, les vols long-courriers internationaux, désormais réservés à Paris-CDG, cantonnent Orly aux seuls vols situés dans l'espace Schengen et vers les îles Britanniques, aux destinations de moins de 5 000 km et qu'à la desserte des DOM-COM. Cette répartition des routes aériennes entre les deux grands pôles aéroportuaires parisiens fut donc une réponse à la concentration réelle du secteur après le foisonnement de création de compagnies dans les années 1980.

231. La libéralisation engagée dans le secteur des transports, par le cadre juridique ainsi édifié, a préservé le rôle du transport aérien, et maritime, dans une double perspective d'aménagement du territoire et de support du marché intérieur. **La persistance de ce double objectif rend difficile une européanisation complète du secteur du transport aérien de passagers.** Par ailleurs, les prestations périphériques à l'activité des transports, notamment la gestion du trafic aérien, ont aussi suscité de nouvelles régulations et de nouveaux régulateurs. Ce sont des projets d'agences européennes de sécurité des transports, aboutis comme l'Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne, créée en 2003³⁶⁶, et déjà bien avancés, comme la prise en compte de la nécessité d'un déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs³⁶⁷. Plus globalement, l'Union établit la volonté de lier les questions environnementales et de transport au travers de l'Agence exécutive européenne pour le climat, les infrastructures et l'environnement, dont l'objet est de soutenir « les parties prenantes dans la mise en œuvre du *Green Deal* européen par une gestion de programme de haute qualité³⁶⁸ ».

³⁶⁵ En janvier 1997, British Airways rachète la compagnie à hauteur de 67 % et devient le deuxième transporteur en France avec 20 % du trafic. Le 1er avril 1997 le ciel français est ouvert à la concurrence. Le 4 mai 2000, la compagnie britannique vend Air Liberté au SAir Group, maison mère de Swissair, mais la compagnie poursuivra malgré tout son irrémédiable déclin. La compagnie sera liquidée le 17 février 2003.

³⁶⁶ Règlement (CE) n°1592/2002 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2002 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne

³⁶⁷ Directive n°2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs.

³⁶⁸ Commission européenne, DG Mobilité et transports, https://ec.europa.eu/info/departments/mobility-and-transport_fr - Consulté le 11 juillet 2019.

§ 2 – La question fondamentale de la ressource aéroportuaire : l'attribution commune des créneaux horaires.

232. Selon les prévisions à long terme d'Eurocontrol publiées en décembre 2010, reprises par la Commission dans sa proposition de refonte du règlement, et tenant compte des améliorations des infrastructures aéroportuaires prévues, telles que la construction d'un nouvel aéroport à Berlin ou le développement d'aéroports régionaux, 10 % au moins de la demande de transport aérien ne sera pas satisfaite en 2030 en raison d'une insuffisance de capacité, alors que, dans les aéroports les plus encombrés de l'Union, la situation actuelle n'est pas susceptible de s'améliorer, même en tenant compte des plans de renforcement des capacités. En effet, le livre blanc sur les transports de mars 2011 reconnaissait l'importance de l'attribution des créneaux en vue de la création d'un marché intégré et efficace dans la perspective d'un espace européen unique des transports, comprenant le ciel européen pour les transports de passagers.

233. De la Commission européenne aux acteurs du secteur, le consensus se fait quant à l'efficacité de la mise en œuvre du règlement de 1993, modifié en 2004, sur les créneaux horaires, particulièrement sur les points fondamentaux que sont leurs attributions dans les aéroports européens encombrés, ainsi que la neutralité et la transparence de la procédure, contribuant ainsi à la création d'un véritable marché intérieur de l'aviation (A). Mais ce constat entraîne aussi l'identification d'un enjeu mis en évidence par Eurocontrol et ACI Europe, celui de la saturation des aéroports et de la nécessité d'une meilleure gestion de la ressource aéroportuaire (B).

A – Le cadre finalement imparfait de l'attribution des créneaux aéroportuaires

234. En 1993, le règlement réformant l'attribution des créneaux horaires aéroportuaires fut considéré comme une révolution copernicienne, gage de la désétatisation et de la démonopolisation du transport aérien de passagers. **Mais à l'image d'une telle remise en cause d'un système, les objectifs ont pu être satisfaisants autant qu'ils ont créé des attentes insatisfaites.** Lors de l'exposé des motifs de sa proposition de règlement du Parlement et du Conseil « fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne », la Commission louait l'efficacité des deux

« paquets aéroportuaires » précédents pour avoir largement contribué à la mise en œuvre du marché intérieur

« Le règlement sur les créneaux horaires a été introduit à une époque où le marché européen des transports aériens était encore dominé par un petit nombre de compagnies nationales traditionnelles. Cependant, la concurrence est de nos jours bien plus vive. Depuis 1992, le nombre de liaisons intra-UE a plus que doublé et les vols long-courriers au départ des aéroports européens ont augmenté de 150 %. En 1992, seulement 93 liaisons en Europe étaient exploitées par plus de deux compagnies aériennes. Ces liaisons étaient au nombre de 479 en 2010. »³⁶⁹

235. Cette position de la Commission est révélatrice des résultats espérés de la régulation et plus particulièrement, celui d'obtenir une concurrence plus vive, conforme à l'une de ses caractéristiques intrinsèques, l'atomicité des agents. L'approche de la Commission est d'obtenir plus d'opérateurs, de manière à diversifier l'offre, tant sur les prix que sur les destinations proposées, tout en admettant que la concurrence reste limitée à deux compagnies. Le besoin de réglementation est apparu alors que les premières affaires de concentration³⁷⁰ ont mis en lumière que pour les aéroports majeurs, l'extension des infrastructures aéroportuaires n'était plus une solution durable, notamment faute de réserves foncières (Londres par exemple) et face aux exigences de qualité de vie des riverains (Paris-CDG en est un bon exemple). De même, la liberté prise par les compagnies aériennes dans la répartition des créneaux a imposé qu'une attribution régulée de ceux-ci soit mise en place.

236. La ressource aéroportuaire dépend de l'utilisation des infrastructures, qui dépend elle-même de celle des voies aériennes. Dès que les pouvoirs publics tant nationaux qu'européens ont fait la promotion d'un accès le plus aisé possible au transport aérien, la question de l'engorgement des aéroports s'est posée. La première réponse fut à l'époque la création d'infrastructures. C'est ainsi que pour le site de Roissy Charles-de-Gaulle d'Aéroports de Paris, une quatrième piste en 1998 et un sixième terminal permettant l'accostage de dix-huit avions simultanément³⁷¹ avaient été envisagés pour finalement être abandonnés en

³⁶⁹ Point n°6 de l'exposé des motifs de la Proposition COM(2011) 827 de Règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne, 2011/0391(COD) du 1^{er} décembre 2011.

³⁷⁰ Points n°50 et 56 de la Décision de la Commission du 05 octobre 1992 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N IV/M.157 - AIR FRANCE / SABENA) sur base du règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil.

³⁷¹ Le projet d'un nouveau terminal, www.aeroportsdeparis.fr/ADP/fr-FR/Groupe/Accueil/ - Consulté le 22 juin 2015. Cette solution fut écartée par le gouvernement Casteix, en février 2021, aux motifs des enjeux environnementaux et des perspectives incertaines de l'aviation civile pour donner suite à la pandémie de la COVID-19.

2021. Ces projets furent en effet jugés incompatibles avec les orientations environnementales rendues plus impérieuses par la pandémie³⁷². Le débat avait été porté sur un autre terrain, en 2012, alors même que l'OCDE prônait dans un rapport³⁷³ sur les besoins d'infrastructures d'ici 2030, que la solution la plus durable est « d'investir massivement dans les infrastructures pour répondre à la demande future », allant dans le sens de la compétition entre infrastructures aéroportuaires à l'image de Londres et Paris. La limite de la croissance pour chaque aéroport ne tient en effet pas aux mêmes facteurs. Paris-Roissy dispose en effet de quatre pistes et seulement deux pour Londres-Heathrow, ce qui rend d'ailleurs la performance de l'aéroport londonien assez exceptionnelle. Londres Heathrow et Roissy Charles de Gaulle sont les deux premiers aéroports européens avec respectivement 77 et 69 millions de passagers en 2017.

237. Mais cette « course à la taille » n'est guère envisageable. Les ressources foncières ne sont pas illimitées et même si tel était le cas, Aéroports de Paris, par exemple, estime à quatre cents hectares ses réserves foncières, il faut tout autant considérer les nuisances sonores pour les riverains. Celles-ci sont prises en compte depuis 1991³⁷⁴ et impliquent une limitation régulièrement actualisée³⁷⁵ « pour éviter une aggravation de la pollution sonore, dans l'hypothèse d'une croissance continue de l'activité de transport aérien en Europe ». **La durabilité doit alors s'entendre à partir de la prise en compte adéquate de l'acceptabilité sociale pour la réalisation effective du projet.**

238. Cette contrainte de la capacité limitée des aéroports étant connue lors de la libéralisation du secteur, les compagnies aériennes traditionnelles ont dû, en réalité très tôt, se répartir les créneaux horaires, devenus une ressource rare. Cette répartition s'est d'abord établie directement entre compagnies aériennes. Ces ententes horizontales ont dû obtenir l'aval des autorités de concurrence pour ne pas être sanctionnées. En effet, la Commission

³⁷² Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

³⁷³ OCDE, Les besoins d'infrastructures transcontinentales à l'horizon 2030, Communiqué de presse du 5 mars 2013, www.oecd.org/fr/presse/, consulté le 21 mai 2015.

³⁷⁴ Directive n°92/14/CEE du Conseil du 2 mars 1992 relative à la limitation de l'exploitation des avions relevant de l'annexe 16 de la convention relative à l'aviation civile internationale, volume 1, deuxième partie, chapitre 2, deuxième édition (1988).

³⁷⁵ Directive n°2002/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mars 2002 relative à l'établissement de règles et procédures concernant l'introduction de restrictions d'exploitation liées au bruit dans les aéroports de la Communauté abrogée par le Règlement (UE) n°598/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif à l'établissement de règles et de procédures concernant l'introduction de restrictions d'exploitation liées au bruit dans les aéroports de l'Union, dans le cadre d'une approche équilibrée.

peut adopter des règlements au sujet d'accords, de décisions ou de pratiques concertées qui ont pour objet la répartition des créneaux horaires dans les aéroports et l'établissement des horaires³⁷⁶. En 1990, le premier règlement³⁷⁷ accordait une exemption par catégories des accords répartissant les créneaux ou organisant la planification conjointe, la coordination des capacités et les consultations tarifaires, car, même s'ils pouvaient affecter le commerce entre États membres, ils permettaient une meilleure utilisation de la capacité aéroportuaire et de l'espace aérien. Cette répartition devait être mieux encadrée au fur et à mesure des conséquences de la libéralisation. Ainsi, d'autres solutions ont été envisagées pour attribuer cette ressource rare.

239. **La libéralisation du secteur aérien a fait émerger une situation problématique quand la disparition des monopoles des compagnies aériennes n'entraînait pas de facto une réattribution de tous les créneaux aéroportuaires**, assumant la situation d'un « droit du grand-père ». Ainsi, le règlement (CE) n° 95/93³⁷⁸ du Conseil du 18 janvier 1993 « créneaux aéroportuaires » fixe les règles de répartition équitable, transparente et non discriminatoire, et instaure la notion d'aéroport coordonné. La coordination repose, pour correspondre aux exigences posées, sur la désignation d'un coordinateur « une personne physique ou morale possédant une connaissance approfondie de la coordination en matière de planification des mouvements d'aéronefs des transporteurs aériens, après avoir consulté les transporteurs aériens qui utilisent régulièrement l'aéroport, leurs organisations représentatives et les autorités aéroportuaires ». Concrètement, il est chargé de l'attribution des créneaux horaires et d'en surveiller l'utilisation pour éventuellement réattribuer des créneaux qui seraient sous-utilisés à hauteur de 80 %. Ce même coordonnateur, qui peut être désigné pour plusieurs aéroports, est l'autorité qui participe aux conférences internationales de planification des mouvements d'aéronefs des transporteurs aériens dans le respect du droit européen.

240. Ce règlement, toujours en vigueur, a toutefois été modifié quatre fois temporairement et une fois dans sa prise en compte du secteur aérien qu'il encadre. En effet,

³⁷⁶ Règlement (CE) n°487/2009 du Conseil, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens du 25 mai 2009.

³⁷⁷ Règlement (CEE) n°84/91 de la Commission concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour objet la planification conjointe et la coordination des capacités, les consultations tarifaires sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports du 5 décembre 1990.

³⁷⁸ *Supra*, Modifié par le règlement (CE) n°793/2004 du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004.

pour tenir compte des aléas géopolitiques, économiques et sanitaires, le règlement fut modifié pour une durée d'un an, correspondant à deux saisons touristiques été/hiver, en 2002³⁷⁹ par suite des attentats de 2001, en 2003³⁸⁰ (conflit en Irak et épidémie de SARS), 2009³⁸¹ (crise économique systémique) et 2020 (pandémie de SARS-CoV-2 / COVID-19). Il s'agissait de suspendre cette règle imposant un minimum fixé à 80 % d'utilisation du créneau horaire aéroportuaire. Par ailleurs, il fut modifié en 2004³⁸² pour un double objectif. Le premier, sémantique, fut de clarifier des concepts et définitions utilisés et s'aligner sur la terminologie internationale (considérant 4) afin d'utiliser respectivement les termes « aéroport à facilitation d'horaires » et « aéroport coordonné » au lieu de « aéroport coordonné » et « aéroport entièrement coordonné ». Le second, plus prospectif, car engageant le souhait d'une refonte (considérant 1), était « de garantir une utilisation maximale et la plus souple possible des capacités limitées dans les aéroports saturés » (considérant 2).

241. Ainsi modifié, le règlement (CEE) n° 95/93, dans le cadre d'un aéroport coordonné (anciennement « entièrement coordonné »), un coordonnateur indépendant gère la planification des mouvements d'avions avec l'assistance d'un comité de coordination à la représentativité plus large. C'est le cas, par exemple, de l'association pour la Coordination des Horaires dite « COHOR »³⁸³, le « coordonnateur », qui attribue les créneaux horaires selon l'article 4 du règlement, assistée du Comité de coordination des aéroports français³⁸⁴ (CCAF), pour les seuls aéroports coordonnés français de Paris-CDG, Paris-Orly, de Lyon et de Nice.

242. On retrouve ainsi treize membres répartis en deux collèges, compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroports, composant la COHOR. Il importe de relever que le Groupe Air France y détient trois sièges, sur les dix du collège « compagnies aériennes », au titre des compagnies Air France, Hop ! et Transavia. Il est vrai que le choix du législateur français a été

³⁷⁹ Règlement (CE) n°894/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 mai 2002.

³⁸⁰ Règlement (CE) n°1554/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2003.

³⁸¹ Règlement (CE) n°545/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009.

³⁸² Règlement (CE) n°793/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 modifiant le règlement (CEE) n°95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté.

³⁸³ Statuts de la COHOR adoptés lors de l'assemblée générale du 23 mars 2017, <https://www.cohor.org/wp-content/uploads/2017/07/Statuts-modifie%cc%81s-de-COHOR-adopte%cc%81s-par-AG-du-23-mar-2017.pdf> modifiés à la suite de la faillite de XL Airways et Aigle Azur en 2019 <https://www.cohor.org/creation-et-mission/> – Consulté le 26 octobre 2020.

³⁸⁴ Créé par arrêté du 28 septembre 2004 modifié par l'arrêté du 22 février 2017.

de constituer la COHOR à partir des opérateurs historiques. Il en résulte que ce sont les compagnies historiques qui attribuent les créneaux aéroportuaires à ces mêmes compagnies qui par ailleurs bénéficient du « droit du grand-père ». Composé de membres représentants des horizons « plus divers », on compte ainsi Lufthansa et easyJet, mais aussi Federal express et l'IATA par exemple, le CCAF a pour mission de conseiller sur les règles d'attribution et d'utilisation des capacités aéroportuaires sur les aéroports français coordonnés, et s'accompagne aussi, et le cas échéant, d'une mission de médiation en cas de conflit sur l'attribution des créneaux horaires.

243. Ce règlement établit plusieurs autres principes pour parfaire les résultats obtenus depuis 1993. D'abord, l'échange entre transporteurs est rendu plus aisé en précisant les possibilités d'échange et de transfert (nouvel article 8bis). Le défaut de précision dans le règlement modifié avait permis une certaine liberté dans la mise en place de ce marché secondaire, ce qui pose, dans le débat interinstitutionnel entre 2011 et 2012³⁸⁵, un problème important d'appréciation de ce que doit être ce marché secondaire et dans le même temps de déterminer le rôle que devraient pouvoir y jouer les transporteurs aériens. Ensuite, pour permettre cet échange et donc une allocation optimale des créneaux aéroportuaires, leur attribution est confiée aux compagnies les exploitant régulièrement c'est-à-dire, au moins à 80% du temps au cours de la période de planification précédente. C'est ce que l'on dénomme le droit acquis ou droit du grand-père. Le surplus est réservé aux nouveaux entrants, de manière à stimuler la concurrence.

244. Enfin, les créneaux non utilisés, nouvellement créés, ou abandonnés par un transporteur sont regroupés dans un « *pool* » ou « pot commun » et sont proposés, en priorité, à hauteur de 50 % aux nouveaux entrants. Dans ce contexte complexe, car technique et politique, la détermination du niveau d'intervention de la puissance publique est nécessaire. Ainsi, il est tout à fait remarquable que les institutions pour appuyer leur propos et pousser à une moindre intervention publique, évoquent le système britannique. En effet, un tel marché des créneaux aéroportuaires (sous la forme d'un marché secondaire) fonctionne depuis quelque temps dans des aéroports du Royaume-Uni, comme la Commission l'a

³⁸⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne /* COM/2011/0827 final - 2011/0391 (COD) */ du 1^{er} décembre 2011.

constaté dans une communication de 2008. Ainsi, des créneaux disponibles à l'aéroport d'Heathrow ont été échangés à des prix élevés, comme en mars 2008, l'information selon laquelle Continental Airlines avait payé 209 millions de dollars américains (143 millions d'euros au taux de change du jour) pour quatre paires de créneaux à Heathrow a largement circulé³⁸⁶.

245. Ces bourses d'échanges pourraient en principe assurer une gestion rationalisée des créneaux. Une fois de plus le marché est configuré par le droit, de manière à assurer une concurrence la plus effective possible. En contrepartie, le rôle de l'État est réduit à la création des conditions de marché, dans le cadre tracé par l'Union. Il doit en principe s'estomper ensuite. Le secteur aérien suit en ce sens les évolutions générales des secteurs libéralisés par l'UE. Cependant, **la résistance des États membres face aux propositions de la Commission de refonte du cadre normatif montre que l'objectif d'une meilleure allocation de la ressource aéroportuaire reste un enjeu majeur du secteur.**

B – Les tentatives d'une correction de l'imperfection du marché par une meilleure gestion patrimoniale de la ressource aéroportuaire

246. Pour connaître le trafic qui peut être traité par un aéroport, il est nécessaire de déterminer la capacité de cet aéroport, c'est-à-dire des éléments (maillons³⁸⁷) qui le constituent. Les capacités déclarées représentent un nombre d'avions traitables sur la plateforme pendant une heure et cette information donnée par les gestionnaires d'aéroports permet la programmation des vols des compagnies aériennes. Cette capacité est donc une donnée capitale aussi bien pour le gestionnaire de l'aéroport, que pour l'organisme de tutelle ou encore les compagnies aériennes. Cette politique d'attribution des créneaux horaires peut s'analyser à l'aune des décisions prises par la COHOR dans l'affaire Aigle Azur et de la gestion patrimoniale de ceux-ci par la compagnie British Airways. On comprend alors les limites intrinsèques du règlement, lequel ne parvient pas à démultiplier l'offre sur un espace

³⁸⁶ Point n° 11 de l'exposé des motifs de la Proposition de la Commission COM(2011) 827, *supra*.

³⁸⁷ Le nombre de pistes utilisées et leur configuration. Ainsi l'aéroport de Paris-CDG, dispose d'un « Doublet » et d'une piste parallèle, soit trois pistes, permettant 120 mouvements par heure alors que pour Londres-Heathrow il n'y a que deux pistes parallèles spécialisées (atterrissage/décollage) ce qui limite la capacité optimale à 55 et 60 mouvements par heure selon les pistes. L'aéroport de Munich Franz Josef Strauss possède deux pistes banalisées, sa capacité est de 100 mouvements par heure. *Manuel de référence pour la détermination de la capacité d'un aéroport* - STAC 2005

suroccupé. Le régulateur a pourtant redistribué environ 9 150 créneaux de vols rendus disponibles à l'aéroport de Paris-Orly par la liquidation de la compagnie aérienne Aigle Azur, dans la mesure d'un certain nombre réservé par l'État pour les lignes d'aménagement du territoire. La liquidation judiciaire d'Aigle Azur, en l'absence d'offres de reprises viables, a libéré un volume important de créneaux aéroportuaires, situation remarquable dans un tel aéroport congestionné et dont la capacité est bloquée par sa localisation et les contraintes horaires mises en œuvre pour le confort de ses riverains. Cette nouvelle manne représente un potentiel moyen de 12,5 vols quotidiens. La COHOR, sert en première intention l'État en vertu de l'article 9 du règlement « créneaux aéroportuaires », qui bénéficie à ce titre de la préemption sur 20% des créneaux aéroportuaires pour les lignes sous Obligations de Service public (OSP). En effet, l'État français souhaite, dans une plateforme où le nombre de décollages et atterrissages est fortement plafonné notamment du fait que les pistes ne sont plus accessibles après 23h30, les attribuer à des lignes d'aménagement du territoire, les liaisons Paris-province principalement.

247. Il n'en reste pas moins que pour la trentaine de compagnies aériennes présentes à Orly, parmi lesquelles Air France, HOP et Transavia, Air Caraïbes, Chalcir, Corsair, French Bee, La Compagnie, mais aussi Air Algérie, Royal Air Maroc, TAP Air Portugal ou les low cost easyJet, Level, Norwegian et Vueling, la distribution des créneaux de l'ex-Aigle Azur est une véritable aubaine. Surtout que l'article 10 du règlement oblige à un « partage à 50-50 » entre les nouveaux entrants et les compagnies déjà présentes à Orly. Le règlement modifié de 1993, dont on attend toujours la refonte initiée en 2011³⁸⁸, souhaite en faire un objectif de renforcement de la concurrence. Dès lors, le groupe Air France-KLM, qui fut un temps espéré comme sauveteur de la compagnie Aigle Azur, a renoncé à cette reprise notamment, car il ne pouvait acquérir la moitié des créneaux disponibles, en contrôlant déjà plus de 45 % des créneaux. **Pour les nouveaux entrants, la priorité est donnée aux compagnies aériennes demandant des créneaux sur des lignes dans l'UE où moins de trois opérateurs sont présents, et ceci avec un engagement d'assurer ces routes pendant deux ans au moins.**

248. Les décisions de la COHOR furent scrutées à la loupe tant les enjeux sont importants pour le développement de compagnies bien trop petites pour faire face aux leaders du marché

³⁸⁸ Proposition 2011/0391(COD) du 01/12/2011 à la suite du Corrigendum du 26 juin 2012, *supra*.

que pour l'attractivité de cet aéroport de plus en plus délaissé par les compagnies telles qu'Air France ou même easyJet. Ainsi, on peut estimer que HOP°! Air France, Air Caraïbes, Corsair et les *low cost* Transavia, easyJet et Wizz Air font partie des bénéficiaires, aux dépens, en particulier, des vols vers l'Algérie demandés par ASL Airlines, Volotea ou Vueling entre autres. Au titre de « nouvel arrivant » (5110 créneaux horaires), on peut remarquer les compagnies « universelles » Lufthansa (1460 créneaux pour deux vols quotidiens vers Munich) et HOP°! (1460 créneaux pour deux vols quotidiens vers Francfort) et deux compagnies TBC, Wizz Air (1460 pour un vol quotidien vers Budapest et un vol quotidien vers Sofia) et easyJet UK (730 créneaux pour un vol quotidien vers Glasgow). Au titre du « non nouvel arrivant », 4758 créneaux horaires sont attribués à parts égales entre Air Caraïbes, Corsair International et Transavia France avec 1 460 créneaux et dans une moindre mesure à La Compagnie-Dreamjet (312 créneaux soit l'équivalent de trois vols hebdomadaires) et la TAP Air Portugal (66 créneaux pour la saison été uniquement).

249. Selon la COHOR, ce *pool* de créneaux horaires a été attribué sur une base annuelle à partir des demandes formulées pour la saison été 2020. Néanmoins, les compagnies qui ont reçu ces nouveaux créneaux sur une base annuelle pouvaient, si elles le souhaitaient, débiter les dessertes dès la saison d'hiver 2019-2020 en cours. La fermeture de l'aéroport le 31 mars 2020, sauf opérations de fret, a bien évidemment totalement suspendu l'application de cette répartition pour toute la saison d'été 2020 et certainement plus encore, la réouverture n'ayant pas été prévue avant la fin de l'année 2020.

250. Le rachat, en juillet 2008, par British Airways de L'Avion³⁸⁹, compagnie française dédiée à la seule classe affaires, mais à bas coût, est une autre illustration de la rareté de la ressource aéroportuaire. Cette acquisition, d'une valeur de 68 millions d'euros, remplit deux objectifs. Il fallait pour British Airways renforcer ses routes transatlantiques au départ de Paris, alternative intéressante face à l'engorgement de Londres-Heathrow et s'assurer ainsi, par le « droit acquis » de créneaux de décollage et d'atterrissage à Orly au sens du règlement. British

³⁸⁹ Compagnie créée en 2007 par Frantz YVELIN et Marc ROCHET, ancien dirigeant d'Air Liberté, qui proposait des vols exclusivement en classe affaires entre Paris Orly Sud et New York Newark. L'appareil est en rotation permanente entre ces deux destinations, à raison d'un aller-retour quotidien. Le vol Orly-Newark décollait à 14 h 00 (heure locale), tandis que le vol Newark-Orly décollait à 19 h 30 (heure locale). En 2014, Frantz YVELIN relance une nouvelle compagnie aérienne, « La Compagnie », qui effectue toujours des vols entre Paris et New York, mais cette fois, depuis Paris Charles-de-Gaulle. Depuis le 2 juillet 2018, British Airways a abandonné la marque OpenSkies au profit de la nouvelle marque à bas coût LEVEL qui commercialise des vols vers les Antilles françaises, New York et Montréal.

Airways a alors fusionné L'Avion avec OpenSkies, sa filiale qui assure des vols aux États-Unis à partir de Paris, pour optimiser, entre autres, la gestion patrimoniale des créneaux horaires aéroportuaires. Le prix de vente versé par British Airways, comme pour toutes les sociétés du secteur, reflète surtout la valeur des créneaux de L'Avion à Orly d'autant plus que L'Avion n'a en effet pas d'avions en propre : ses deux Boeing 757-200ER sont loués. Considérés comme « des actifs commerciaux » au même titre que les parts de marché et la présence d'une base forte à Orly, les trois paires horaires à 10 h 50, 13 h 40 et 17 h 40 constituent l'actif principal de la compagnie. Ceux-ci lui permettent, dans le cadre du récent accord Europe-États-Unis de ciel ouvert sur l'Atlantique, de créer une desserte fortement concurrente des vols d'Air France.

251. Enfin, cette situation à Paris, est à rapprocher de l'engorgement de l'aéroport de Londres-Heathrow. Dans cette situation de pénurie de ressources aéroportuaires, la compagnie historique britannique est très attentive à toute possibilité de continuer à se développer tout en limitant la possibilité d'une concurrence plus forte. Heathrow comme Orly sont l'objet de tensions récurrentes. En 2012, à la suite de l'acquisition de British Midlands (bmi) par British Airways, sa principale concurrente, Virgin Atlantic a pu récupérer une douzaine de paires de créneaux horaires. Si Virgin Atlantic a pu obtenir ce nouvel avantage, c'est qu'en mars 2012, la Commission européenne avait approuvé le rachat de bmi³⁹⁰ par British Airways à la condition que cette dernière laisse à disposition des créneaux horaires quotidiens à Heathrow. En récupérant la totalité des créneaux horaires aéroportuaires court-courriers disponibles, Virgin Atlantic a précisé qu'elle développera des vols entre Heathrow et les villes d'Aberdeen et Édimbourg et ainsi accompagnera son offre sur le réseau long-courrier. Il s'agit de développer la plateforme de Londres et d'assurer une meilleure connectivité avec l'alliance SkyTeam, a fortiori depuis la concentration capitaliste liée à l'acquisition du contrôle en commun de Virgin Atlantic par Air France-KLM, Delta et le groupe Virgin, autorisée le 12 février 2019. On voit bien que les compagnies utilisent ces créneaux dans une logique de « plateformisation » de leurs activités pour renforcer leur connectivité. On ne peut juridiquement considérer qu'ils sont dissociables de cette vision globale.

252. Comme tout actif, ces créneaux aéroportuaires peuvent aussi faire l'objet d'une location. Et au travers des exemples étudiés, la gestion patrimoniale de British Airways est

³⁹⁰ European Commission, Non-opposition to a notified concentration (Case COMP/M.6447 — IAG/BMI), 2012/C 161/02, 30 march 2012.

exemplaire de la gestion de la pénurie³⁹¹. Pour la dernière preuve, la mise en location en mai 2018 du surplus des anciens créneaux à Gatwick de la compagnie Monarch Airlines, rachetés en novembre 2017 en appliquant du règlement (CEE) n° 95/93 « créneaux aéroportuaires » qui pose le principe « droits acquis ». Tout transporteur aérien qui a exploité une série de créneaux horaires pendant au moins 80 % du temps au cours de la période de planification horaire d'été/hiver a droit, en application du règlement, à la même série lors de la période de planification équivalente l'année suivante.

253. Dès lors, les créneaux horaires insuffisamment utilisés par les transporteurs aériens sont réattribués selon la règle du « créneau utilisé ou perdu ». Ne souhaitant pas perdre ces créneaux récemment acquis, car ne les utilisant pas lors de son programme été 2018, elle a décidé de louer les créneaux vacants. British Airways avait-elle vraiment besoin de cette nouvelle capacité, sachant qu'une autre acquisition cette fois sur l'aéroport de Luton avait, un temps, aussi été évoquée. Pour le groupe IAG, cette décision vise surtout à permettre à British Airways de proposer plus de vols au départ de Gatwick, et ainsi également bloquer sinon faire face au développement des compétiteurs à bas coûts sur cet aéroport (easyJet, Wizz et Norwegian). Les liens entre compagnies aériennes et infrastructures aéroportuaires sont à l'évidence primordiaux pour comprendre la concurrence effective dans le ciel unique européen.

254. **La compréhension du fonctionnement des règlements européens suppose ainsi de prendre en compte ces effets de dominos.** Ces stratégies sont, en outre, difficiles à anticiper, ce qui peut donner lieu à des stratégies d'abus. Dans cette hypothèse, le recours à la règle de droit pour éviter l'abus pose la question de l'identification de la norme pertinente, car efficace. Ceci est particulièrement prégnant dans la relation entre compagnie aérienne et aéroport tant « la révolution de 1993 » tout en désétatisant la ressource aéroportuaire n'a pas su tempérer un biais important.

³⁹¹ L'agglomération de Londres est desservie par six aéroports principaux et un aéroport secondaire. Il y a notamment, classés par ordre d'importance, Londres Heathrow (Code IATA : LHR), qui est le plus important du Royaume-Uni avec 80.8 millions de passagers en 2019 ; Londres Gatwick (LGW avec 46.5 millions est le deuxième plus important du pays ; Londres Stansted (STN) et ses 28.1 millions est le 3^e plus important de l'agglomération et 4^e du pays, après Manchester, enfin Londres Luton (LTN), le 4^e plus important de l'agglomération et 5^e du pays avec 18.2 millions en 2019. Source IATA.

255. Trois types principaux de réforme sont observés³⁹² dans le domaine des transports depuis les années 1970. Le premier entraîne une désintégration (au sens littéral du terme) des opérateurs en situation de monopole. L'organisation des opérateurs de réseau doit reposer sur un découpage fonctionnel, en découplant par exemple la gestion du réseau-support de celle des réseaux-services³⁹³. Ce premier cas de figure concerne par exemple les transports ferroviaires régionaux en Allemagne ou en Suède. Le deuxième repose sur une privatisation, avec ou sans démembrement du réseau. La compagnie nationale, bénéficiant jusque-là du monopole naturel, est mise en vente soit en entier, soit après découpage en un nombre variable d'entités. Cette solution fut appliquée aussi bien dans l'aérien que dans le maritime et le ferroviaire, la privatisation ne signifiant pas nécessairement un désengagement de l'État. Celui-ci reste associé en tant que reprenneur des dettes des opérateurs jusqu'à maintenir des concours financiers pour l'équilibrage des comptes d'exploitation. Enfin, l'ouverture du marché à la concurrence sans remise en cause formelle des opérateurs en place passe par exemple par la mise en appel d'offres de lignes ou de sous-réseaux jusque-là gérés par une compagnie en situation de monopole ou par l'introduction de nouveaux entrants sur un marché sans remise en cause des droits de desserte des opérateurs « historiques ». Ces deux derniers cas de figure se rencontrent couramment dans notre secteur d'étude, regroupant, nous l'avons vu, des fortunes diverses pour les nouveaux entrants, souvent pénalisés par le maintien des compagnies en place dans leurs droits de trafics antérieurs.

256. Car la capacité aéroportuaire impose en partie une stratégie d'évitement³⁹⁴ en l'absence de remise en cause de l'allocation initiale des créneaux aéroportuaires, ce qui aurait été politiquement inenvisageable sinon pour le moins compliqué³⁹⁵. Le régime d'attribution de 1993 acte et fige une situation issue d'un monopole et tente d'y apporter une solution avec

³⁹² ZEMBRI Pierre, Structure des réseaux de transport et déréglementation, *Flux*, 2005/4 (n° 62), p. 21-30.

³⁹³ C'est le principe sur lequel s'appuie la « déréglementation » des chemins de fer en Europe, initiée par la directive n° 91/440 de 1991 qui doivent dissocier exploitant de services et un gestionnaire d'infrastructure. En France, ces deux rôles ont été dévolus un temps à deux entités, la SNCF d'une part et au Réseau ferré de France (RFF), créé en 1997, mais finalement absorbé dans le Groupe SNCF le 31 décembre 2014 en tant que SNCF Réseau.

³⁹⁴ *Supra*, ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transports, 2007.

³⁹⁵ La proposition faite par la Commission européenne d'« introduire graduellement d'autres mécanismes de marché comme le retrait des créneaux historiques et leur mise aux enchères. » a été rejetée par le Parlement qui préfère maintenir un échange de créneaux plutôt que l'instauration d'un marché et par ailleurs promouvoir « de maintenir l'accès aux plateformes aéroportuaires depuis les aéroports régionaux lorsque ces liaisons sont essentielles dans l'économie de la région concernée. » Amendement 1 à la Proposition de règlement (COM(2011)0827 – C7-0458/2011 – 2011/0391(COD)) (Procédure législative ordinaire - refonte).

une perspective de vingt à trente ans. Encore faut-il le retrait d'un acteur important (Air Lib' qui libère 44 000 créneaux en 2003) et d'une renonciation à deux obligations de service public en 2007 (Brest et St-Etienne avec 2704 créneaux à Paris-Orly) pour que le coordinateur procède à une grande réallocation des créneaux aéroportuaires, sans pour autant remettre en cause durablement la relation binomiale entre compagnie aérienne et aéroport³⁹⁶.

257. Dès l'ouverture à la concurrence, le constat d'une pénurie de la ressource aéroportuaire emportait deux enjeux, celui de l'augmentation de cette ressource et de l'optimisation de sa gestion. Devant l'échec relatif des mesures prises par l'UE, l'objectif d'une concurrence durable, par une prise en compte de l'ensemble des solutions envisageables, semble plus que jamais inévitable. Cela d'autant plus que le jeu des acteurs, qui cherchent à contourner le règlement de 1993 plus qu'à l'appliquer, et la remise en cause du rôle de l'avion dans la mobilité, ne peuvent être intégrés séparément pour un règlement efficace du problème. Les faiblesses persistantes, car structurelles, dans ce secteur comme le défaut de capacité des aéroports en termes de décollages et d'atterrissages et le maintien de la qualité des services qui en découle restent importantes même si la crise actuelle liée à la pandémie de la COVID-19 semble, dans l'immédiat, remettre en cause les projets d'agrandissement des aéroports.

258. C'est notamment le cas de celui de Paris, où le projet d'extension de l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle, pour une nouvelle capacité de 40 millions de passagers, « ne se justifie plus tel qu'il était prévu³⁹⁷ » selon les termes de l'ancien ministre des Transports, arguant plutôt du nouvel objectif de développement massif de l'hydrogène en Europe. À côté de la régulation de la concurrence par le libre accès au marché, les orientations environnementales de l'Union prescrivent donc une nouvelle stratégie concurrentielle pour le secteur aérien puisque « Le projet du T4 devra être revu en profondeur [...] Nous sommes en train d'investir massivement sur l'avion à hydrogène³⁹⁸, nous devons nous doter de capacités aéroportuaires pour l'accueillir ». Le gouvernement en mettant fin au projet de Terminal 4 à

³⁹⁶ ZEMBRI Pierre, *op. cit.*

³⁹⁷ Interview de l'ancien ministre des Transports, Jean-Marie DJEBARI à RTL, repris par <https://www.leparisien.fr/economie/roissy-le-projet-du-nouveau-terminal-4-devra-etre-revu-en-profondeur-previent-djebbari-28-07-2020-8359782.php> - Publié le 28 juillet 2020.

³⁹⁸ BARBAUX Aurélie, L'hydrogène décarboné, l'audacieux pari industriel de la France, *L'Usine Nouvelle*, <https://www.usinenouvelle.com/article/naissance-d-une-filiere-hydrogene-decarbone-made-in-france.N1002164> - Publié le 10 septembre 2020.

l'aéroport de Paris-CDG, amène le Groupe ADP, allié entre autres à la compagnie aérienne Air France-KLM et à Airbus, à se positionner sur la technologie de l'hydrogène. C'est ainsi qu'il a lancé un appel à manifestation d'intérêt « pour explorer les circonstances opportunes offertes par l'hydrogène sur les aéroports franciliens ». **Il s'agit, à nouveau, d'un exemple qui met en lumière cette relation étroite entre gestionnaire d'infrastructure aéroportuaire et compagnie aérienne dans le contexte de la transition écologique.**

§ 3 – L'appréhension de la relation « aéroport-compagnie aérienne » ou la dimension territoriale de la concurrence

259. Les relations économiques et juridiques entre compagnies aériennes et gestionnaires d'infrastructures aéroportuaires sont le fruit de l'histoire et d'une politique de développement du territoire par la puissance publique. Avec la libéralisation du transport aérien, deux phénomènes ont accru le rôle des aéroports et assez paradoxalement renforcé leur symbiose avec les compagnies aériennes. La volonté politique d'augmenter l'autonomie financière des aéroports a imposé aux autorités aéroportuaires la diversification de leurs ressources financières. Cela a donc nécessité un développement commercial complémentaire aux financements publics. L'aménagement de vastes zones commerciales dans les aéroports d'Aéroports de Paris³⁹⁹ en est un bon exemple, largement repris par le transport ferroviaire⁴⁰⁰.

260. Cet accroissement d'autonomie financière s'est assorti d'une indépendance de gestion et donc de la liberté de conclure des accords avec des compagnies à l'intérieur du carcan que constitue la réglementation pour l'attribution des créneaux aéroportuaires. La combinaison de ces deux constats, vingt-cinq ans après la première réglementation de l'attribution des créneaux aéroportuaires, n'a pas fait évoluer fondamentalement (A) les

³⁹⁹ « D'ici 2015, le Groupe a l'ambition de devenir le référent du commerce en aéroport en Europe en termes de performance économique, d'innovation et de satisfaction clients. Pour atteindre cet objectif, Aéroports de Paris a choisi un positionnement unique : « Paris, capitale de la création », centré sur 3 familles de produits clés (Beauté, Mode et Accessoires, Gastronomie et Art de Vivre), associé au développement de concepts exclusifs et à un discours très centré sur les marques, notamment françaises. Le Groupe a prévu d'investir dans ses activités commerciales entre 140 et 150 millions d'euros entre 2011 et 2015. » www.aeroportsdeparis.fr/ADP/fr-FR/Groupe/Groupe-Strategie/Strategie/NotreStrategie/ - Consulté le 17 août 2013.

⁴⁰⁰ « En un an, la gare Saint-Lazare est devenue un temple de la consommation, la SNCF marquait le 21 mars 2013 le premier anniversaire de la transformation de Paris-Saint-Lazare devenue un centre commercial de 10 000 mètres carrés avec l'arrivée prochaine d'un chef étoilé dans un nouveau restaurant, Le Lazare. Fort du succès de l'opération immobilière [...], la compagnie ferroviaire a d'autres gares en ligne de mire. » www.mobilicites.com/fr_actualites_en-un-an--la-gare-saint-lazare-est-devenue-un-temple-de-la-consommation_0_77_2428.html - Consulté le 17 août 2013.

relations entre compagnies aériennes et aéroports et même a pu en renforcer l'une des conséquences par une segmentation de l'offre aéroportuaire (B).

A – La continuité dans la relation pour la concentration des flux de passagers

261. Le système européen apparaît peu intégré de Stockholm à Lisbonne, sans doute à cause de l'héritage prégnant d'une structure éclatée de l'espace aérien rendant difficile la réduction effective des morcellements de marchés. En effet, les compagnies nationales, sous la pression des États, avaient organisé des hubs dans chacune des grandes capitales européennes. Il a fallu attendre la « déréglementation du ciel aérien européen » en 1993 pour que s'opère le transfert des compétences dans la gestion des routes aériennes des États vers les compagnies aériennes privées, principalement issues d'un ancien monopole d'État. **Malgré les efforts de l'Union européenne pour construire un espace aérien cohérent, il demeure de grandes rivalités entre les principaux hubs européens, Londres, Paris, Francfort et Amsterdam.** Pour comprendre cette situation, une cartographie du secteur peut se révéler intéressante. L'aéroport de Londres Heathrow a été le plus fréquenté de l'UE en nombre de passagers en 2016⁴⁰¹ (avec 76 millions de passagers à l'arrivée ou au départ). Les aéroports de Paris Charles-de-Gaulle (66 millions), d'Amsterdam Schiphol (64°millions) et de Francfort (61°millions) complètent ce classement et confirment que ces aéroports sont les quatre plus grands de l'Union européenne depuis 2011, lorsque l'aéroport d'Amsterdam Schiphol est passé de la cinquième à la quatrième place.

262. Près de trente ans après la remise en cause, partielle, on l'a vu, des parts de marché, introduite par le règlement pour l'attribution des créneaux aéroportuaire, les constats sur son effectivité pour contribuer à l'ouverture à la concurrence ont été nombreux et contrastés. **La Commission reconnaissait que des avancées avaient été notables, mais que de nombreux progrès, notamment pour une meilleure allocation des créneaux et particulièrement la redistribution des capacités non utilisées restaient nécessaires.** À cet égard, le cas Aigle Azur envisagé plus haut ou les transactions coûteuses autour de la ressource aéroportuaire londonienne que nous allons analyser ci-après sont éclairants.

⁴⁰¹ Données chiffrées, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Passenger_transport_statistics/fr#Passagers_a.C3.A9riens – Consulté le 20 octobre 2019.

263. British Airways, compagnie britannique, leader en termes de parts de marché depuis l'aéroport de Londres Heathrow a ainsi acheté six créneaux horaires quotidiens à British Midland Airways (bmi) en septembre 2011, pour un montant inconnu, mais que l'on peut assez facilement envisager puisque trois ans avant, Continental avait versé 155 millions d'euros pour quatre créneaux quotidiens. Les créneaux horaires donnant droit à des autorisations de décollage et d'atterrissage sont devenus depuis la libéralisation du ciel européen, une marchandise fort convoitée, particulièrement sur l'aéroport d'Heathrow, qui fonctionne à la limite de la saturation. British Airways porte ainsi sa part de marché aux alentours de 44 % des droits totaux de décollage et d'atterrissage, bmi arrivant deuxième après British Airways avec 8,4 % du marché total des *slots* à Londres Heathrow, l'aéroport le plus important au monde en termes de trafic international, cette compagnie devient plus qu'attrayante avec une telle « matière première ». British Airways n'avait d'ailleurs jamais caché son intérêt pour bmi justement en raison de ses ressources en créneaux aéroportuaires. La véritable saga juridique et financière autour de cette compagnie britannique est un exemple topique de la concurrence qu'ont pu se livrer les trois groupes aériens européens fédérateurs d'alliances mondiales pour renforcer au fond leur pouvoir de marché. Comme sur d'autres aéroports majeurs, Londres pour détenir une position sur le marché transatlantique, Paris pour son réseau important sur l'ensemble des continents, et Francfort pour sa position centrale en Europe, toute occasion est bonne à saisir pour disputer les marchés détenus. Et l'analyse des parts de marché depuis 1993 illustre que, même si la relation entre la compagnie universelle et son aéroport de création reste toujours évidente, les positions ont largement évolué. En 1993, British Airways contrôlait 59% des vols intracommunautaires réguliers depuis l'aéroport d'Heathrow, quand en Allemagne, Lufthansa assurait 80 % de cette même catégorie de vols, contre 82 % pour Air France. Les principaux concurrents étaient respectivement à 15,9 et 5 %.

264. En 2018, 86,7 % du faisceau Paris-Province est sous pavillon français, quasi exclusivement opéré par le Groupe Air France-KLM alors que cette part tombe à 35,3 % pour le faisceau Paris-International et 6,2 % Province-International, pour lesquels dominent des compagnies comme easyJet, Ryanair et Volotea qui, pour les deux dernières, n'opèrent, dans leur grande majorité, que des vols d'aéroports régionaux ou secondaires. Ainsi, en 2018 et

pour le marché français, 76 % du trafic vers et de l'UE est sous pavillon étranger⁴⁰². Pour mémoire, la compagnie britannique easyJet pour cette même année, affichait 19,56 millions de passagers transportés depuis ses bases commerciales du Royaume-Uni de/vers la France et 4,4 millions depuis sa base suisse de Bâle-Mulhouse⁴⁰³. À titre de comparaison, les trois marques commerciales d'Air France (HOP!, Transavia et Joon) ont transporté 14,6 millions de passagers, auxquels nous pouvons ajouter 1,3 million transportés par KLM, principalement sur l'aéroport d'Amsterdam-Schiphol.

265. L'enseignement de cette comparaison est le rapport au territoire et aux politiques économiques des différents États ou collectivités locales. Le TGV en France a sur-centralisé, à Paris, les flux de passagers, quand l'étroitesse du territoire britannique a permis à Londres de concentrer le trafic aérien. L'aéroport dominant en Europe est la capitale de l'État, à l'exception notable de Francfort. Cependant, le choix de cette ville, dont la localisation relativement centrale en l'Allemagne et desservant la zone économiquement la plus dynamique en Europe s'est vite avéré pertinent. Par ailleurs, cet aéroport dominant est un hub pour l'international, porte d'entrée continentale et aussi un point direct pour le territoire national. Cependant, les configurations géographique et historique de l'Europe font que ces aéroports majeurs sont relativement proches les uns des autres contrairement aux États-Unis. Cette situation était renforcée par un rapport du consommateur européen au transport par train et singulièrement par train à grande vitesse, mettant Francfort à 3h50 et Londres à 2h30 (meilleurs temps) de Paris.

266. Les stratégies des opérateurs « historiques » s'appuient sur la maîtrise des droits de trafic au niveau des nœuds modaux les plus importants du réseau. **Que l'on se situe dans le secteur de l'aérien ou dans celui du ferroviaire, la maîtrise des droits de trafic sur les axes les plus importants ou sur les plaques tournantes majeures du réseau confère un avantage décisif, dès le départ vis-à-vis de la concurrence.**

⁴⁰² Tableau 3.3.1 - DGAC – Bulletin statistique – Trafic aérien commercial 2018.

⁴⁰³ La notion de « base commerciale » correspond à un choix d'une compagnie aérienne de domicilier ses avions sur un aéroport avec son équipage pour des contraintes logistiques (la possibilité d'opérer des vols très tôt le matin par exemple et attirer une clientèle d'affaires, d'augmenter l'étendue de son réseau avec plus de destinations possibles en rejoignant des aéroports où la compagnie ne possède pas encore de bases. Ainsi, en 2015 à Porto, EasyJet choisit un mix passagers entre visites familiales, tourisme, voyages d'affaires et une saisonnalité peu marquée : tourisme urbain toute l'année autour des week-ends, enfin un emplacement stratégique sur le sud-ouest de l'Europe.

267. Cet avantage a permis la constitution des grandes plateformes intercontinentales (*hubs* ou *gateways*) à partir d'aéroports largement dominés par une compagnie (Heathrow pour British Airways, Roissy pour Air France, Amsterdam Schiphol pour KLM, etc.). D'autant plus que la quasi-saturation de ces aéroports par un seul groupe (compagnie, filiales régionales et partenaires et franchisés alimentant le « *hub* ») interdit le déploiement d'un pôle de concurrence suffisamment important pour être crédible. L'échec sur le marché français du groupe SAir (Holding regroupant entre autres Swissair, Sabena, Air Liberté, AOM, Air Littoral, LOT, TUI, etc.) en 2002, s'explique ainsi par son incapacité à aller au-delà des 30% de droits de trafic sur la plateforme d'Orly, combiné à un accès restreint à celle de Roissy faute de créneaux disponibles. Cela montre ⁴⁰⁴que le « ticket d'entrée » sur le marché des grands réseaux est quasi inabordable sans une remise en cause des droits acquis qu'aucun pays n'a voulu entreprendre⁴⁰⁵. La combinaison « droits acquis » sur la ressource aéroportuaire et la configuration du réseau, tant pour des considérations d'aménagement du territoire que de géopolitique renforce cette relation symbiotique.

268. Selon David ENCOUA⁴⁰⁶, citant la CAA⁴⁰⁷, la distance moyenne des liaisons européennes de plus de 250 000 passagers par an est de 700 km et une seule de ces liaisons dépasse 1 600 km et la zone d'attractivité de l'aéroport est évaluée à 100 km (ou 60 min de transport max.) par la Commission dans ses lignes directrices sur les aides d'État. À cette configuration spécifique de la forme du réseau, il faut ajouter la distribution du trafic sur ses différentes branches⁴⁰⁸. Si l'on réduit l'analyse aux liaisons les plus importantes, le trafic se concentre entre un nombre restreint de villes dominantes. Les 49 liaisons de plus de deux millions de passagers par an ne relient que 41 villes (dont 23 villes des États-Unis). Paradoxalement, les liaisons qui totalisent les plus forts trafics de passagers sont des liaisons de courte ou moyenne distance. Les liaisons les plus fréquentées sont Pusan-Séoul (plus de 6 millions de passagers), Fort Lauderdale-New York, Hong Kong-Taïpei, Chicago-New York, New

⁴⁰⁴ *Supra*, ZEMBRI Pierre, Structure des réseaux de transport et déréglementation, 2005.

⁴⁰⁵ OCDE, Secrétariat du Comité de la concurrence, Note de référence, 18 et 19 juin 2014, Point n° 52.

⁴⁰⁶ *Supra*, ENCOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, 1996.

⁴⁰⁷ La Civil Aviation Authority (CAA) est l'organisme public qui supervise et réglemente tous les aspects de l'aviation civile au Royaume-Uni, l'équivalent de la Direction générale de l'aviation civile (DGAC) en France.

⁴⁰⁸ AMIEL Magali, MELANÇON Guy, ROZENBLAT Céline, Réseaux multi-niveaux : l'exemple des échanges aériens mondiaux de passagers, *Mappemonde*, N° 79 (3-2005).

York-Orlando, Los Angeles-New York et Boston-New York (toutes ont plus de cinq millions de passagers).

269. La première liaison européenne, Dublin-Londres, se place au 13^e rang (avec 4,1 millions de passagers), suivie au 15^e rang par Barcelone-Madrid (3,9 millions). Au total, parmi les 49 liaisons de plus de deux millions de passagers, 32 relient des villes des États-Unis, dix des villes européennes et six des villes asiatiques. Londres-New York constitue la seule liaison majeure transcontinentale (12^e place, 4,2 millions de passagers). La liaison Paris – Province, en 2018, représentait 16,34 millions de passagers, majoritairement répartis entre quatre villes (Toulouse et Nice avec quelque trois millions de passagers, Marseille et Bordeaux avec un peu plus d'un million de passagers⁴⁰⁹).

270. Les liaisons mineures (de plus d'un million de passagers) étendent peu la couverture mondiale, mais au contraire densifient les zones déjà bien desservies. On remarque qu'aucune ville d'Amérique latine n'apparaît dans ce réseau majeur mondial. La première liaison de ce continent est Buenos Aires-Santiago du Chili (850 000 passagers par an), suivie de Buenos Aires-São Paulo (725 000). **Cette décomposition du réseau aérien mondial permet de hiérarchiser le réseau en sous-réseaux emboîtés, en fonction de la densité locale des réseaux et souligne les groupes de villes interreliées entre elles**, d'autant plus quand cette analyse est corrélée avec la rentabilité économique. Relayée par la presse spécialisée, l'étude du cabinet anglais OAG, spécialiste des études sur le transport aérien, entre mars 2018 et avril 2019, établit que c'est la liaison entre les aéroports Londres-Heathrow et New York-JFK, opérée par British Airways, qui est la plus rentable au monde avec plus de 1,15 milliard de dollars de revenus à la compagnie aérienne britannique pendant ces quatorze mois. La compagnie britannique enregistre plus de 600 vols par mois en Boeing 747 et Boeing 777 sur cette route transatlantique. Hormis la liaison nationale Melbourne et Sydney en Australie, 861 millions de dollars de chiffre d'affaires pour Qantas Airways, les liaisons depuis Londres sont les plus profitables au Monde, l'aéroport d'Heathrow assurant cinq des dix liaisons les plus profitables⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Tableau 1.2 www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/bulletin_stat_trafic_aerien_2018.pdf

⁴¹⁰ Vers Dubaï avec un chiffre d'affaires de 796 millions de dollars pour la compagnie Emirates, et vers Singapour avec 735 millions de dollars à la compagnie aérienne Singapore Airlines, Doha avec Qatar Airways pour 639 millions de dollars et enfin Hong-kong avec Cathay Pacific Airways pour 604 millions de dollars. – www.air-journal.fr.

271. Dans ce classement, les cinq premières compagnies sont membres de l'alliance One World (American Airlines pour la liaison Los Angeles – New York-JFK ; British Airways, Cathay Pacific, Qantas, Singapore), deux sont membres de Star Alliance (Air Canada pour Vancouver-YVR <--> Toronto-Pearson - et United pour la liaison Los Angeles – New York-JFK) mettant encore plus en avant l'importance du territoire. Aucune n'est membre de Skyteam alors qu'Air France-KLM ou Alitalia desservent les pays qui captent le plus de touristes au monde. Mais la continuité géographique de ces deux pays avec ses voisins est un facteur explicatif. Sur les 86,9⁴¹¹ millions de touristes accueillis par la France en 2017, 78,7 % d'entre eux proviennent de pays européens, dont 72,7 % de pays frontaliers (dans l'ordre, Grande-Bretagne, Allemagne, Belgique/Luxembourg et Suisse). Des flux relativement peu concernés par l'avion alors que la Grande-Bretagne, insulaire, impose largement plus de déplacements internationaux en avion, la voiture et le train étant logiquement bien moins employables et employés.

272. **Cet apport de la science géographique est essentiel pour envisager des « petits mondes » plus ou moins reliés entre eux et identifier des « profondeurs », selon le niveau de dépendance et la complexité des liens à l'intérieur des groupes formés, que ces liens soient issus de considérations économiques comme l'attractivité d'un territoire ou au travers de l'histoire de celui-ci.** Ainsi, ces interconnexions concernent 250 villes du monde, organisées autour d'une composante centrale, que sont les « principaux hubs mondiaux ». Autour de cette composante se déploie une topologie en étoile, faisant ressortir le rôle des hubs intercontinentaux, dominés le plus souvent par une compagnie aérienne historique. Au même niveau s'organisent des petits noyaux fortement interconnectés à ce réseau central. Parmi eux apparaissent des sous-réseaux à logique continentale, notamment en Europe et en Asie. **Ce constat demeure, malgré l'apparition de l'offre de transport à bas coûts qui fut initiée depuis des aéroports secondaires ou régionaux.**

273. À ce stade, on peut tenter une première conclusion quant à l'ambition initiale de la Commission d'ouvrir le trafic aérien de passagers à la concurrence. La volonté politique repose sur une évidence, celle que le transport aérien de passagers est source de croissance et de

⁴¹¹ Données chiffrées du ministère de l'Économie et des Finances. <https://www.economie.gouv.fr/cedef/statistiques-officielles-tourisme#:~:text=Les%20recettes%20%C3%A0%20fin%20octobre,touristes%20par%20rapport%20%C3%A0%202019>. – Consulté le 15 janvier 2020.

développement économique en plus du prestige de voir voler vers toutes les destinations mondiales des compagnies « porte-drapeaux ». La double action, sur la gestion de la ressource aéroportuaire et celle des voies aériennes, a permis une ouverture indéniable à la concurrence, concentrant le marché pour des compagnies plus compétitives et créant de nouvelles offres comme le transport à bas coûts. Cela donne une réponse, même partielle, à l'idée de l'effectivité de la législation, du moins par rapport à l'idée d'atomicité de l'offre, celle-ci étant encouragée depuis 1992⁴¹². Cependant, quand le 6^e considérant du règlement « créneaux aéroportuaire » évoque « la politique communautaire vise notamment à faciliter la concurrence et à encourager l'entrée sur le marché, il importe de souligner que, pour atteindre ces objectifs, il était convenu de donner un soutien résolu aux transporteurs désireux de commencer à opérer sur des liaisons intracommunautaires » alors que le marché s'était réorganisé par une double segmentation que la législation peine à appréhender.

B – La segmentation et la substituabilité de l'offre aéroportuaire

274. Donc cette complexification repose sur une double segmentation que l'on a tenté de comprendre comme une combinaison entre les offres des compagnies (le service proposé) et des aéroports (le réseau de distribution). La question de savoir pour quelle concurrence reste largement posée⁴¹³. Cette relation combinatoire pose la définition d'un marché qui peut être considéré comme global (le transport aérien de personnes) ou décomposable selon que l'on évoque la concurrence sur les routes transcontinentales ou non. **Le marché européen du transport aérien régulier apparaît davantage aujourd'hui comme une juxtaposition de différents marchés dominés chacun par une compagnie nationale que comme un marché unique**, répondant à un espace aérien unique, sur lequel s'affronterait l'ensemble des opérateurs.

275. L'Europe aérienne est aujourd'hui structurée autour de trois modèles assez facilement identifiables pour les deux premiers, plus complexe à appréhender pour le troisième. Il s'agit d'abord des groupes aériens « multimarques » tels Air France-KLM, IAG (British Airways et Iberia principalement) et le groupe Lufthansa, et des transporteurs à bas

⁴¹² *Supra*, Règlement (CEE) n° 2407/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant les licences des transporteurs aériens.

⁴¹³ Pour envisager la substituabilité, par exemple, des aéroports londoniens, on peut se reporter la thèse de Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, p 278, *supra*.

tarifs qui la plupart du temps n'opèrent pas sur les mêmes aéroports. Il faut aussi prendre en compte une autre catégorie composée de ces compagnies positionnées sur des marchés de niche à l'image de Finnair, TAP Air Portugal ou encore Brussels Airlines⁴¹⁴. Cette situation s'est accentuée et peut amener à certains constats qui peuvent paraître surprenants tant il est ainsi notable de relever que le groupe Lufthansa ne dessert pas la ligne Paris-Berlin. Mais les attraits de la capitale allemande n'ont jamais pu pallier le retard de développement de ses aéroports qui n'est pas une base aéroportuaire importante pour la compagnie porte-drapeau, contrairement à Francfort ou Munich⁴¹⁵, faisant de Berlin une des bases les plus importantes d'easyJet qui profite aussi d'une clientèle mixte touristique et d'affaires.

276. Cette situation de concurrence pénalise particulièrement les compagnies traditionnelles qui ont abandonné des lignes importantes sous la pression d'un nouveau modèle économique de transport aérien. British Airways a par exemple recentré l'ensemble de ses lignes Europe sur Londres Heathrow et Gatwick, renonçant à la concurrence sur des destinations affaires telles que Birmingham ou Manchester quand Swiss a cédé à easyJet la place de leader qu'elle occupait à Genève, tandis qu'Iberia transférait à sa filiale TBC Vueling l'ensemble des lignes qu'elle exploitait au départ de Barcelone. C'est, au fond, la consécration des aéroports secondaires et régionaux qui est poussée par la logique économique et le cadre normatif européen des aides d'État.

277. On assiste donc à une offre des transporteurs traditionnels concentrée sur leur hub principal, les lignes européennes servant essentiellement à alimenter leurs vols long-courriers. La segmentation va ainsi se reporter sur les structures aéroportuaires à l'image d'Air France qui domine l'activité à Paris CDG tout en conservant une forte présence à Orly, notamment pour des vols vers la province. Cette stratégie se retrouve sur toutes les grandes plateformes aéroportuaires, à l'image de Lufthansa qui dessert l'Europe sous ses propres couleurs à Francfort et Munich uniquement, tandis qu'Alitalia, favorisait sa plateforme de Rome Fiumicino au détriment de Milan, permettant à toutes ces compagnies d'offrir une continuité

⁴¹⁴ Par marché de niche, on entend une offre de transport qui est sans rapport avec le potentiel commercial du territoire. Ainsi pour Bruxelles, le seul aéroport de Bruxelles National a permis à un transit international de 25 millions de passagers pour une population belge de 11 millions et de 1,2 à Bruxelles-Capitale.

⁴¹⁵ Sur les cinq premiers aéroports allemands, Berlin-Tegel arrive à la 4^e place avec 24,2 millions de passagers contre 70,5 à Francfort.

de service (les mêmes classes et les mêmes prestations telles que salons d'affaires et services de transfert) sur leur offre long-courrier.

278. À cette répartition du marché, correspond donc une autre segmentation. L'écrasante majorité des passagers qui sont passés par les quatre plus grands aéroports de l'Union voyageait sur des vols internationaux. Il est notable de relever que la part la plus faible a été enregistrée pour l'aéroport de Francfort (88,6 % de vols internationaux), passant à 100 % pour Amsterdam Schiphol. À l'inverse, les vols nationaux (intérieurs) ont représenté 28,7 % des 49 millions de passagers passés par le cinquième plus grand aéroport de l'Union, Adolfo Suárez Madrid Barajas. Des proportions relativement élevées de passagers sur des vols nationaux ont aussi été enregistrées au départ et à destination des aéroports de Paris Orly (45,3 %), de Rome Fiumicino (30 %) et de Barcelone (26,9 %). Dans cette situation, le « statut » d'un aéroport a pu évoluer. Les aéroports « secondaires », catégorie qui regroupe notamment Paris-Orly, Londres Stansted ou Bâle-Mulhouse, sont dévolus à des destinations « moins prestigieuses » et qui apparaissent comme moins rentables, car soumises à la concurrence des TBC rejoignant en cela le sort des aéroports régionaux⁴¹⁶. Le développement de ceux-ci repose sur deux éléments, d'une part la quasi impossibilité d'entrée sur les aéroports majeurs du fait de la réglementation d'attribution des créneaux aéroportuaires, le coût à supporter pour utiliser ces infrastructures offrant une qualité de services qui ne correspond pas à l'offre commerciale des compagnies à bas tarifs, mais, aussi, grâce à la politique de développement des aéroports régionaux et l'affirmation de nouveaux binômes avec la reprise par les TBC de cette logique de base propre aux compagnies historiques.

279. La concurrence « coordonnée » et multidimensionnelle entre les compagnies⁴¹⁷, issue de ces orientations du marché, semble très éloignée des prévisions des règlements européens. Elle repose de manière évidente, car clairement identifiable pour le consommateur/passager, sur leur offre commerciale (la marque et le service qui y est associé), sur leur réseau (l'ensemble des liaisons proposées et les possibilités de connexion) et dans ce cadre sur l'accessibilité et l'offre de services de l'aéroport point de départ/d'arrivée. La concurrence porte alors sur une combinaison de services tant aériens et aéroportuaires, que

⁴¹⁶ Moins de trois millions de passagers par an selon la Communication de la Commission — Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes du 4 avril 2014, *supra*.

⁴¹⁷ ENCOUA David et PERROT Anne, Concurrence et coopération dans le transport aérien en Europe, Rapport pour la Commission des Communautés européennes, 1991.

d'accès à cet aéroport. La faiblesse du droit de l'UE est alors patente à plusieurs égards. **Toute intervention réglementaire européenne repose d'abord et avant tout sur un partage de compétences qui a conduit par exemple à privilégier l'approche par la concurrence et le marché intérieur plutôt que celle fondée sur une politique industrielle, qui n'est qu'une compétence de simple appui de l'UE.** L'efficacité de cette approche est qu'elle découpe les modèles là où l'on constate qu'ils sont globalisés par la logique technique et économique. En outre, l'approche européenne est par nature une approche de compromis. Il faut réunir, pour adopter un texte, la majorité qualifiée des États, et la majorité des suffrages du Parlement, disposition prévue par l'article 84 paragraphe 2 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne, devenu article 100 TFUE. C'est ce qui rend à ce jour impossible toute réforme de l'attribution des créneaux aéroportuaires, dont la pratique montre pourtant les limites, voire les facilités de détournement.

280. Cette vision globalisée n'est pas pour autant ignorée des institutions de l'UE. Elle peut servir à apprécier les effets d'une restriction de concurrence, ce qui est plus particulièrement faisable dans le contrôle des concentrations. Dans toutes les affaires de concentrations de compagnies aériennes, cette accessibilité à l'infrastructure aéroportuaire est systématiquement envisagée pour évaluer la substituabilité de cet avantage concurrentiel. Dans l'affaire portant, par exemple, sur la constitution du groupe AIG⁴¹⁸ formé par les compagnies British Airways et Iberia⁴¹⁹, la Commission analyse la substituabilité des offres aéroportuaires desservant Londres et Madrid/Barcelone, ce qui la conduit à prendre en compte pour définir les marchés à protéger de toute position dominante susceptible d'abus, non seulement les catégories de clients (sensible ou non à la durée du voyage),

« Substituabilité des aéroports : A.4.1 Aéroports de Londres

21. Des décisions antérieures de la Commission ont suggéré qu'un certain degré de substituabilité existe entre les aéroports de Londres, au moins pour les passagers non sensibles au facteur temps.

26. Cela suggère qu'un certain degré de substituabilité entre les trois aéroports existe, également pour les passagers sensibles au facteur temps, car on s'attendrait autrement à ce que BA discrimine les passagers sur la base de leur aéroport d'origine en leur appliquant des tarifs différents. »⁴²⁰

⁴¹⁸ Décision de la Commission du 14 juillet 2010 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.5747 - IBERIA / BRITISH AIRWAYS) sur base du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil.

⁴¹⁹ Nous développerons, par ailleurs, cet aspect dans l'affaire concernant la fusion entre Air France et KLM, qui fut en 2004 la première sur le territoire européen.

⁴²⁰ Traduction du texte original "airports substitutability : A.4.1 London airports - 21. Previous Commission decisions suggested that a certain degree of substitutability exists between the London airports, at least for non-

mais aussi les capacités exploitées par les deux compagnies dans un cadre territorial particulier,

« 20. Les parties soutiennent que tous les aéroports desservant une ville donnée devraient être inclus dans les marchés en cause. En l'espèce, cette substituabilité des aéroports est particulièrement pertinente pour Londres et Barcelone, étant donné que cinq aéroports différents sont situés dans la zone urbaine de Londres, à savoir Heathrow (LHR), Gatwick (LGW), City (LCY), Luton (LTN) et Stansted (STN), tandis que trois aéroports différents sont situés dans la zone urbaine de Barcelone, à savoir El Prat, Girona et Reus. »⁴²¹

281. L'éloignement respectif des aéroports pris en compte, ainsi que la qualité des services proposés posent la question de l'actualité de cette analyse. Le phénomène de centralisation d'une compagnie aérienne sur un aéroport est important et semble irréversible, déjà parce qu'il était impossible de retirer tous les créneaux aéroportuaires à compagnie historique pour les redistribuer et créer une concurrence *ex nihilo*. Ensuite, conséquence de cette ouverture du marché du transport aérien et aussi source de celle-ci, ces compagnies aériennes, pour répondre au développement de l'offre de transport à bas-coût depuis les aéroports régionaux comme (Paris)-Beauvais-Tillé ou Charleroi (Bruxelles Sud), veulent pouvoir bénéficier de l'attractivité d'infrastructures aéroportuaires, de manière clairement identifiée, sinon exclusive sur tel ou tel terminal, confirmant aussi que le qualificatif de compagnie porte-drapeau ne s'est jamais démenti, y compris en pleine mondialisation du transport.

282. Ce phénomène complexe a créé cette segmentation commerciale et géographique, qui implique que sauf à développer une offre à bas tarifs, avec plus ou moins de facilités et de succès, comme Transavia pour Air France-KLM ou Eurowings pour Lufthansa, les compagnies historiques sont condamnées à se concentrer sur une offre transcontinentale. La crise actuelle liée à la pandémie de COVID-19 confirme et accentue cette recomposition déjà accélérée en 2018 avec la contrainte de l'augmentation du prix d'un baril de pétrole. Le ciel qui se dessine

time sensitive passengers. - 26. This suggests that a certain degree of substitutability between the three airports exists, also for time sensitive passengers, as one would otherwise expect BA to discriminate passengers on the basis of their airport of origin by charging them different fares." *Supra*, Décision de la Commission du 14 juillet 2010 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.5747 - IBERIA / BRITISH AIRWAYS) sur base du Règlement (CE) N 139/2004 du Conseil. La version en langue anglaise est la seule publiée, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32010M5747>.

⁴²¹ Traduction du texte original "20. The parties submit that all airports serving a particular city should be included in the relevant markets. In the present case, such airport substitutability is particularly relevant for London and Barcelona, as five different airports are located in the London urban area, i.e. Heathrow (LHR), Gatwick (LGW), City (LCY), Luton (LTN) and Stansted (STN), while three different airports are located in the Barcelona urban area, i.e. El Prat, Girona and Reus" – *ib. idem*.

serait une accentuation de cette segmentation en tout état de cause dans son acceptation par le passager.

283. Des compagnies universelles, pouvant assurer, par exemple, un vol Strasbourg-Toulouse comme un vol Paris-Los Angeles-Papeete, tel qu'Air France-KLM et ses consœurs européennes, se voient de plus en plus contraintes sinon incitées à confier les dessertes nationales et européennes, au sens large du terme, et dont les distances et les temps de vol permettent l'acceptation d'un confort en vol et d'un service au sol moindre, à des sociétés ou marques dites à bas-tarifs. Cela semble confirmer que l'offre médiane a échoué, si on en juge par la disparition annoncée de l'offre HOP ! ou de la cessation d'activités de Germanwings ou encore le recentrage de Brussels Airlines sur le long-courrier. Enfin, les quelques tentatives d'offre à bas tarifs sur des liaisons transatlantiques semblent pour l'instant fort peu probantes entraînant fermeture de lignes voire faillites de compagnies.

284. L'ouverture à la concurrence imposée par la réglementation européenne aboutit donc à un renforcement des oligopoles pour des raisons techniques, mais surtout du fait d'une appropriation particulière des règles de droit pour résister à la mondialisation. Les règles européennes ont ainsi bien mené à une reconfiguration des marchés affranchie des frontières nationales. En ce sens, le droit de l'Union a bien mené au décloisonnement des marchés que la Commission appelait de ses vœux lors de ses propositions⁴²² de réglementation aboutissant en 1993. En revanche, la concurrence qui résulte de cette stratégie réglementaire d'ouverture n'est pas celle qui était attendue au sens où elle a renforcé à la fois quelques compagnies et, de manière symptomatique, les compagnies historiques et de nouvelles configurations comme le duo renforcé compagnie/aéroports. Les effets vertueux, comme le renforcement des aéroports régionaux, compensent-ils les effets négatifs d'une concurrence organisée ? La question reste posée à ce stade et suppose la mobilisation d'un raisonnement complexe qui semble difficile à tenir en droit de l'UE.

⁴²² Modifications à la proposition de règlement (CEE) 92 / C 206 / 07 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté COM(92) 257 final (Présentées par la Commission le 29 juin 1992 en vertu de l'article 149 paragraphe 3 du traité CEE.)

Conclusion du chapitre 1

285. **Les prémices de la concurrence durable.** Lors de l'exposé des motifs de sa proposition⁴²³ de règlement du Parlement et du Conseil « fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne », la Commission louait l'efficacité des deux « paquets aéroportuaires » précédents⁴²⁴ pour avoir largement contribué à la mise en œuvre du marché intérieur.

« Le règlement sur les créneaux horaires a été introduit à une époque où le marché européen des transports aériens était encore dominé par un petit nombre de compagnies nationales traditionnelles. Cependant, la concurrence est de nos jours bien plus vive. Depuis 1992, le nombre de liaisons intra-UE a plus que doublé et les vols long-courriers au départ des aéroports européens ont augmenté de 150 %. En 1992, seulement 93 liaisons en Europe étaient exploitées par plus de deux compagnies aériennes. Ces liaisons étaient au nombre de 479 en 2010. »

286. Cette position de la Commission est révélatrice des résultats attendus de la régulation d'un marché démonopolisé, celle d'obtenir une concurrence certes plus vive et conforme à l'une de ses caractéristiques intrinsèques, l'atomicité des agents, mais surtout pérenne. L'approche de la Commission est d'obtenir plus d'opérateurs, de manière à diversifier l'offre, tant sur les prix que sur les destinations proposées, tout en admettant que la concurrence reste limitée à deux compagnies sur la plupart des destinations. Ce marché s'est donc d'abord étendu par une augmentation d'offres concurrentes entre compagnies aériennes traditionnelles, car « historiques » et « porte-drapeaux », puis par l'apparition de compagnies charters affrétées par les tour-opérateurs.

287. Mais **la révolution constatée par la Commission entre 1992 et 2010 vient essentiellement de la mise en service de lignes aériennes nouvelles⁴²⁵, proposées par les compagnies à bas coûts et à bas tarifs dites « low cost ».** Ainsi, Ryanair est devenue en 2012 la septième compagnie aérienne au monde⁴²⁶ par le nombre de passagers transportés alors qu'elle n'opère que sur le territoire européen et dans une moindre mesure sur l'Afrique du Nord. Aussi, au-delà du *satisfecit* d'une concurrence accrue et plus de vingt-cinq ans après le

⁴²³ *Supra*, Commission européenne, Proposition de refonte du « Règlement (CEE) n°95/93 - créneaux aéroportuaires », COM(2011) 827 final – 2011/0391 (COD) du 1er décembre 2011.

⁴²⁴ *Supra*, Règlement (CEE) n°95/93 « attribution des créneaux horaires » modifié par le règlement (CE) n°793/2004 du parlement et du conseil du 21 avril 2004.

⁴²⁵ Ainsi, Ryan Air créée en 1985, n'a réellement développé son offre de transport aérien qu'à partir de 1994 pour devenir un des principaux opérateurs aériens du continent européen. EasyJet a été créée en 1995.

⁴²⁶ Commissariat général à la stratégie et à la prospective, Note d'analyse n° 4, juillet 2013.

premier texte ⁴²⁷de l'UE prenant en compte la régulation des créneaux aéroportuaires, la Commission envisage logiquement des faiblesses persistantes, car structurelles dans ce secteur⁴²⁸, notamment le défaut de capacité des aéroports en termes de décollages et d'atterrissages (créneaux aéroportuaires) et le maintien de la qualité des services qui en découle. La spécificité forte de ce secteur est ici soulignée.

288. Ces deux thématiques demeurent impérativement soumises à une double contrainte consistant à garantir la sécurité des voyageurs et des installations, tout en respectant les exigences d'aménagement du territoire tenant pour l'essentiel au désenclavement et à l'équilibrage des territoires, ainsi que l'exigence de compétitivité économique. Il en résulte un élément de la concurrence durable, une concurrence contextualisée utilisée dans un espace spécifique et qui ne contrevient à divers objectifs d'intérêt général. D'où l'idée que la libéralisation est une autre forme de régulation, tant deux expressions de cette nouvelle régulation coexistent, la logique du marché intérieur et celle de la politique industrielle. **L'objectif de la Commission dans son projet de nouvelle réglementation des créneaux aéroportuaires est de valoriser les conséquences de la libéralisation du transport aérien pour tirer définitivement parti de la concurrence au bénéfice du consommateur.** Pour ce faire, il convient de développer le libre accès aux routes aériennes, et ceci pour toutes les compagnies aériennes. Initié en 1983 par la directive sur les services aériens interrégionaux⁴²⁹, ce libre accès à un secteur économique a définitivement sonné le glas des monopoles sur une activité définie par l'autorité publique, comme l'offre de services aériens réguliers interrégionaux. Ce faisant, la concurrence ainsi mise en œuvre n'a pas su, dans la mesure que cela eut été un objectif revendiqué, remettre en cause la relation duale formée par une compagnie aérienne et son aéroport pivot, marquant ainsi une des spécificités de la concurrence dans le transport aérien de passagers.

289. La libéralisation graduelle du transport aérien en Europe a donc été le fruit d'un ensemble de mesures de politique économique comme le libre accès au marché comme

⁴²⁷ *Supra*, Règlement (CEE) n° 95/93 « attribution des créneaux horaires ».

⁴²⁸ L'annonce faite le 10 juillet 2013 concernant un investissement de 600 millions d'euros pour lutter contre la congestion des aéroports européens, ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2013-07-10-sesar_en.htm - Consulté le 10 juillet 2017.

⁴²⁹ Directive n°83/416/CEE du Conseil, du 25 juillet 1983 modifiée par la directive n°89/463, du 18 juillet 1989 puis les trois « paquets du transport aérien » entre 1987 et 1992, refondus par le Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

orientation stratégique voulue par l'Union pour tenir compte des spécificités du marché que l'UE souhaitait voir désétatiser. On a déjà montré que celle-ci est un mélange d'interconnexion des marchés nationaux, de mobilisation des règles de concurrence qui visent à éviter le monopole ou le maintien d'une trop grande puissance de marché. Il y a une troisième caractéristique, celle que les États après avoir structuré les marchés par les accords bilatéraux, se retrouvent sans véritable prise sur ces marchés du fait de l'offre des transporteurs à bas-coûts. Cet ensemble justifie le mot désétatisation plutôt que simplement démonopolisation pour décrire le marché créé par la libéralisation dans le secteur du transport aérien de passagers.

290. L'instauration de la concurrence fut d'abord une démonopolisation par processus inédit de désétatisation du secteur pour correspondre aux spécificités du secteur en cause tout en rejoignant les problématiques intrinsèques à l'émergence du marché intérieur. Que l'on utilise l'analyse économique pour comprendre un marché qui est considéré comme biface ou que l'on envisage la perspective d'une politique globale de transports en Europe, il apparaît que l'ouverture du marché du transport aérien de passagers a pu créer une concurrence entre les agents dont les spécificités font encore aujourd'hui l'objet de points d'étonnements.

291. Que dire de la place prise par les transports à bas-coûts tant les compagnies comme Ryanair ou encore plus easyJet, apparaissant comme celles qui ont affaibli bien avant la pandémie de la COVID-19, les compagnies universelles, dont les négociations avec leurs États pour obtenir soutien et aides publiques mettent en lumière les faiblesses importantes. Organisé en réseau et nécessitant l'existence de plateformes et d'intermédiaires pour mettre en relation les différents acteurs du marché, le transport aérien de passagers constitue un marché biface à plusieurs titres. En combinant une offre de transport et une offre d'accès à des services aéroportuaires, dont celui de pouvoir accéder à l'avion qui nous transportera d'un point A à un point B, directement ou via une escale, ce marché dit « biface » ou « multiface » se caractérise par des effets de réseau entre les différents acteurs ou « faces » du marché. Dès lors, l'intérêt des acteurs d'une face (compagnies aériennes) à participer à une plateforme (l'aéroport) peut en effet augmenter avec le nombre d'acteurs de cette face (effet direct du nombre de passagers transitant par la plateforme) ou d'une autre face du marché (effet croisé avec l'opérateur ferroviaire voire de bus).

292. Cette analyse économique permet d'envisager une véritable offre de transport pour créer une mobilité qui devrait faire l'objet d'une approche réglementaire globalisée. Cela implique de ne plus seulement traiter la question d'un moyen de déplacement, mais de considérer le rapport social au changement de lieu, soit l'ensemble des actions qui concourent au déplacement des personnes et des objets matériels. Dans ce cadre très large, les transports sont les systèmes techniques directement dédiés à ces déplacements. Les effets constatés ou simplement ressentis de la politique de concurrence, les réactions des compagnies universelles face, notamment, à l'offre des TBC, nous présentent un paradoxe qui n'est pas si original que cela. **Il semble bien que la concurrence voulue comme non faussée fonctionne sous une forme totalement imparfaite, au sens économique du terme, ce qui, plutôt que d'affaiblir le cadre normatif mis en place, lui donne toute sa pertinence, participant alors à une concurrence durable.**

Chapitre 2 : Le constat d'une « libéralisation imparfaite »

293. Le constat d'une concurrence imparfaite caractérisant le marché du transport aérien de passagers pose la question de son effectivité pour assurer, selon la théorie économique, un bien-être maximal du consommateur/passager, à savoir caractériser la différence entre le prix qu'il aurait payé et celui qu'il paye réellement. Pour y répondre, il importe d'envisager que cette concurrence imparfaite caractérisée par une structure d'oligopole et un comportement monopolistique, au sens de CHAMBERLIN et ROBINSON⁴³⁰, présente un caractère de durabilité, au sens de cette thèse, c'est-à-dire acceptable par les agents qui la pratiquent. Le comportement de l'entreprise ne résulte pas seulement de la structure du marché, si l'on prend en compte le degré de contestabilité des marchés, ce qui correspond d'ailleurs à ce que l'on connaît comme la modernisation du droit de la concurrence dans l'Union européenne. Sur les marchés peu contestables, pour lesquels la production exige des

⁴³⁰ On évoque la concurrence monopolistique pour caractériser la situation d'imperfection d'un marché dans lequel les produits ne sont pas homogènes, la plupart des entreprises cherchant à se différencier pour se rapprocher au maximum d'une situation de monopole, contrairement à l'hypothèse néoclassique de Concurrence pure et parfaite. E. H. CHAMBERLIN est à l'origine du concept de concurrence monopolistique (Théorie de la concurrence monopolistique, 1933), mais des travaux de Joan ROBINSON en la matière ont également fait date (The Economics of Imperfect Competition, MacMillan, 1933).

dépenses importantes en coûts fixes non recouvrables, les entreprises se comportent en monopoles, car les barrières à l'entrée et à la sortie sont dues à la nature du marché. Mais pour les marchés contestables sur lesquels les coûts fixes sont faibles, une entreprise en situation de monopole aurait intérêt à se comporter comme en situation de concurrence, et à abandonner son sur profit, afin de dissuader d'autres entreprises d'entrer sur le marché et de la concurrencer. **La théorie économique envisage donc que, même imparfait dans sa structure, un marché puisse fonctionner comme s'il était en pleine concurrence.**

294. Pour envisager cette imperfection, on peut se rapprocher de Philippe AGHION⁴³¹ afin d'établir une première forme de durabilité. Parce que la concurrence réduit les rentes des entreprises qui n'innovent pas, celles-ci doivent innover constamment, créer un effet stimulant pour les entreprises proches de la frontière technologique et/ou commerciale et décourager celles qui en sont éloignées. Cette logique néo-schumpétérienne⁴³², va conduire à l'apparition d'innovations technologiques, mais aussi organisationnelles, bousculant l'ordre ancien. Cette analyse économique se concrétise dans l'action publique dans le secteur du transport aérien qui combine politique d'attribution des créneaux aériens, pour l'accès à de nouveaux entrants, mais garantit aussi, et dans le même temps, les rentes des compagnies aériennes historiques, au travers de sa relation privilégiée avec « son aéroport » les rendant peu, sinon tardivement, innovantes. À l'inverse, du moins en apparence, la politique de concurrence tend à réduire les rentes des entreprises n'innovant pas, entraînant parfois même leur disparition pour établir une nouvelle donne concurrentielle pour, *a priori*, le bénéfice entier du consommateur. Ce premier paradoxe de la libéralisation est la concurrence au fond non prévue qu'elle génère dans le secteur aérien (section 1).

295. Par ailleurs, la politique industrielle doit permettre d'aider l'ensemble des entreprises d'un même secteur, d'impulser les changements face aux évolutions sociétales en favorisant des comportements stratégiques nécessaires. Dans cette logique, **le régime des aides d'État qui relève de la politique de concurrence fait à ce stade le lien pour mettre en place une politique industrielle de réseau sans pouvoir s'appuyer sur des compétences d'harmonisation directe pour ce faire.** La dimension « réseau » du transport aérien se

⁴³¹ AGHION Philippe, Les énigmes de la croissance, leçon inaugurale au Collège de France, 2015.

⁴³² SCHUMPETER Joseph, Théorie de l'évolution économique (1911) puis Les Cycles des affaires (1939).

distingue enfin avec des externalités de réseaux et des accords de compatibilité⁴³³ qui en résultent. Dès lors, les modalités de la concurrence qui s'exerce vont différer selon la structure du réseau des liaisons, que l'on soit sur une offre en étoile avec une plateforme centrale qui dessert un maximum de destinations avec ou sans correspondances ou une offre dite de « point à point » sans possibilité réelle de correspondance et donc de voyage avec escales. Il paraissait assez vraisemblable que la libéralisation du ciel européen conduirait à des restructurations de réseaux permettant une meilleure exploitation des économies de densité (concentration du trafic sur l'aéroport pivot) et des économies d'envergure des réseaux d'autant plus que les *hubs*, portes d'accès à des régions du Monde, sont interconnectés entre eux, couvrant alors toutes les destinations possibles via l'interopérabilité des correspondances.

296. Cette évolution confirmée par cette nouvelle donne concurrentielle est conditionnée par un certain nombre d'aspects comme l'attractivité aéroportuaire, les connexions des correspondances par les accords interlignes⁴³⁴, la propriété et l'exploitation des systèmes informatisés de réservation, les relations contractuelles avec les agences de voyages, la politique tarifaire, enfin, la congestion aéroportuaire et les externalités qui lui sont liées. Cette situation fort complexe fait apparaître un paradoxe, celui d'une recomposition censée permettre une meilleure offre accompagnée d'une diversité qui n'induit pas globalement de complémentarité du fait de la dimension réseau, allant même jusqu'à figer la concurrence (section 2).

Section 1- La nouvelle donne concurrentielle : le paradoxe d'une concurrence non envisagée par le régulateur européen

297. Par son identité commerciale forte, une compagnie aérienne propose aujourd'hui ce que l'on peut appeler une « expérience de voyage », qui implique que très vite, alors que l'on évoque un week-end à Rome ou une semaine à New York, la question « sur quelle compagnie ? » intervient quasi automatiquement. Il s'agit bien de voyager avec une compagnie aérienne, son modèle d'avion et son service à bord, autant d'éléments d'une

⁴³³ *Supra* ENCOUA David, PERROT Anne, Concurrence et coopération dans le transport aérien en Europe, 1991.

⁴³⁴ ou partage de code (« code sharing »), des partenariats nouées entre compagnies aériennes permettant aux compagnies d'étendre leurs réseaux et de toucher une plus large clientèle en limitant les investissements. Les accords interlignes représentent aujourd'hui une part très importante du volume aérien global. Plus de 10% des billets vendus dans le monde intègrent plusieurs compagnies, ce qui représente un chiffre d'affaires de 52 milliards de dollars.

marque chargée d'histoire et d'identité sociale déterminée. De cette expérience, l'analyse théorique tire deux hypothèses temporelles.

298. À court terme, si les entreprises en concurrence monopolistique⁴³⁵ sont suffisamment nombreuses, chacune d'entre elles peut ignorer les conséquences de ses actions sur les autres. Si elle augmente son prix alors que le prix des concurrents ne change pas, elle perd une partie de sa clientèle. Si elle baisse son prix alors que le prix des concurrents ne change pas, elle attire une partie de la clientèle des autres compagnies et à court terme, l'entreprise en concurrence monopolistique va maximiser son profit. Mais cette logique n'est plus opérante du fait de l'existence d'un oligopole, quelques offreurs pour une multitude de demandeurs, structure de marché qui se vérifie quasi systématiquement dans notre secteur d'étude. Que l'on prenne les liaisons Paris/Berlin, Strasbourg/Toulouse voire Francfort/New York, seulement trois compagnies assurent un vol lequel n'est pas quotidien. Dès lors, ce marché du transport aérien de passagers n'est pas optimal, car non contestable, sauf à envisager pour les deux premières destinations, intra-européennes, que l'offre à bas coûts qui domine ces liaisons offre un gain de bien-être pour le consommateur. Dans le dernier exemple, la ligne Francfort/New York, quatre compagnies dominent l'offre, Lufthansa et United (membres de Star Alliance) pour plus des deux tiers des voyages, suivies par l'offre Delta combinée avec Air France et KLM (toutes membres de Skyteam)⁴³⁶ pour quasiment près de 20 % de l'offre, laissant Singapour Airlines⁴³⁷ seule représenter l'alliance Oneworld. Cependant, à long terme, à la différence du monopole qui, le plus souvent, l'empêche, par sa nature réglementée ou par sa caractéristique de coûts fixes trop importants, de nouvelles compagnies, attirées par les profits, tenteront d'arriver sur le marché ou pour le moins feront peser la menace d'une contestation du pouvoir de marché⁴³⁸ des agents actuellement sur ce marché.

⁴³⁵ CHAMBERLIN Edward, *Theory of Monopolistic Competition: A Re-orientation of the Theory of Value*, Harvard University Press, 1933 puis DIXIT Avinash et STIGLITZ Joseph, *Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity*, American Economic Review, American Economic Association, vol. 67, n°3, juin 1977, p. 297-308 jusqu'à KRUGMAN Paul, *The Increasing Returns Revolution in Trade and Geography*, *The American Economic Review*, American Economic Association, vol. 99, n°3, juin 2009, p. 561-571.

⁴³⁶ Tests effectués via Opodo.fr et Skyscanner.fr sur la période octobre 2020.

⁴³⁷ Cette liaison est une application de la 7^e liberté, celle autorisant le trafic entre deux pays tiers. Cf. Annexe n°2 « exemple d'accord dit de ciel ouvert », p 892.

⁴³⁸ BAUMOL William, PANZAR John et WILLIG Robert, 1982, *op. cit.*

299. Il en est de même quand la concentration des entreprises s'accompagne d'une réduction des coûts qui profite aux consommateurs. Les pouvoirs publics doivent néanmoins veiller à ce que les grandes entreprises n'abusent pas de leur position dominante pour réduire l'attractivité du secteur. **La concurrence accrue n'est donc pas naturellement la résultante de la libéralisation des marchés**, mais révèle la nécessité de concevoir un écosystème juridique favorable à l'attractivité économique pour le secteur aérien (§1). À partir des travaux d'Harold HOTELLING⁴³⁹, on distingue enfin deux situations. La différenciation horizontale pour laquelle les compagnies aériennes proposent des produits de qualité identiques, mais aux caractéristiques différentes (une liaison aérienne avec ou sans escale). En transposant l'exemple du vendeur de glace sur une plage et la question de la localisation sur cette plage nécessaire pour maximiser leur profit, les compagnies aériennes peuvent choisir une localisation géographique située dans un même aéroport, mais dans deux aérogares différentes voire dans deux aéroports différents (Paris-CDG ou Beauvais-Tillé par exemple pour le nord de la France), ce qui leur permet de pratiquer des prix différenciés. Elles peuvent aussi s'installer sur un seul et même aéroport, ce qui les oblige à tenir compte de la concurrence de l'autre compagnie, étant donné que, dès lors, les coûts aéroportuaires sont sensiblement les mêmes⁴⁴⁰.

300. Un consommateur est, dans cette hypothèse, prêt à payer plus les services d'une compagnie aérienne située près de chez lui plutôt que de faire un long trajet pour trouver une offre moins chère, particulièrement si cette offre est centralisée sur une plateforme aéroportuaire à dimension internationale. En situation de la différenciation horizontale, les prix des produits, à qualité identique, peuvent donc être différents en raison de la distance qui les sépare du consommateur. Et d'autres motifs expliquent les différences de prix, comme le désir des consommateurs de disposer d'une grande variété de liaisons aériennes ou leur attachement à une marque particulière, notamment déterminée par l'histoire forte de cette marque. Cette théorie économique permet de comprendre les enjeux de l'effectivité de la concurrence résultant de la libéralisation du secteur aérien et la confronter à l'état du droit

⁴³⁹ Dans son article « *Stability in competition* », HOTELLING [1929] a le premier introduit la notion de différenciation horizontale. L'intérêt fondamental était d'introduire une concurrence en prix dans laquelle le « gagnant » emporte la majeure partie du marché, mais non sa totalité. Dans ce cadre, Hotelling montre que les produits tendent à être trop homogènes.

⁴⁴⁰ Cf. Annexe n°6 « France, liaisons aériennes, annuelles et saisonnières » page 897.

dans ce secteur (§ 2). Ces travaux complétés par Edward CHAMBERLIN (1933) avec la notion de différenciation verticale, peuvent expliquer que des compagnies proposent des produits répondant au même besoin, mais qui sont de qualité différente, créant une offre alternative apparue dès l'application du règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires » (§3).

§ 1 – La nécessité de concevoir un écosystème normatif pour consolider la concurrence résultant de la libéralisation

301. Lors de l'ouverture du marché du transport aérien dans les années 1980, il a pu paraître aisé de créer sa compagnie aérienne⁴⁴¹ que l'on soit ancien pilote de Formule 1, producteur de musique, ou brasseur, et de venir concurrencer les compagnies aériennes historiques, issues d'un monopole d'État. Ces créations de compagnies aériennes ont été largement encouragées à l'époque par l'OCDE⁴⁴² qui y voyait une concurrence effective et, selon l'organisation, la seule apte à faire baisser durablement les prix. Le secteur aérien européen montre que cette concurrence n'est pas toujours aussi efficace. Elle est dépendante de l'attractivité du marché considéré, laquelle est informée par l'écosystème normatif dans lequel la concurrence peut se développer.

302. Les critères d'attractivité d'un marché, que sont sa taille et son taux de croissance, amènent en effet les investisseurs présents ou potentiels à développer ou créer leur activité principalement en termes de nouvelles dessertes aériennes. Comme pour tout marché, le prix affiché peut-être un bon indicateur de la rentabilité des investissements prévus, et les avantages concurrentiels des compagnies aériennes largement constitués d'une politique de prix plus que par les produits. Dès lors, la très régulière publication de l'indice des prix du transport aérien de passagers (IPTAP) par la Direction générale de l'aviation civile (DGAC) montre le dilemme que pose ce marché du transport aérien. Alors que cet indice présentait une baisse entre juin 2012 et juin 2013 d'environ 2 %, tant pour le marché intérieur qu'international, il confirme une tendance lourde, puisqu'entre septembre 2018 et septembre 2019, sur le réseau intérieur, la baisse des prix persiste (- 4,2 %) et atteint même - 6,1 % au

⁴⁴¹ Notamment Lauda Air créée en 1978, Virgin Atlantic en 1984 ou Kingfisher Airlines en 2003.

⁴⁴² OCDE, L'avenir du transport aérien international, quelle politique face aux mutations mondiales ? - Rapport, OCDE, chap. 4 p93, 1997.

cumul sur les 9 mois de l'année⁴⁴³.

303. Ces prix bas, résultat d'une concurrence importante sur le marché domestique, ce qui est beaucoup moins le cas pour les liaisons internationales⁴⁴⁴, sont le résultat de cette concurrence de l'offre à bas coûts mêmes si les exemples de Lauda Air, Kingfisher ou Virgin, précurseurs (A) qui disparaîtront quelques années après leur création, montrent que l'offre *low cost* doit atteindre une certaine maturité pour correspondre à une attente du marché, les exemples récents des compagnies WOW (Islande) ou Aigle Azur (France) pour n'évoquer que les deux plus marquants, sont là pour en attester (B).

A – L'instrumentalisation d'un écosystème juridique pour favoriser les innovations

304. D'un point de vue économique, pendant les premières années de la libéralisation du marché du transport aérien de passagers, celui-ci était décrit comme proche d'un marché parfaitement contestable⁴⁴⁵, n'ayant ni obstacles à l'entrée ni barrières à la sortie, de sorte que les concurrents potentiels peuvent se livrer à ce que l'on qualifie de concurrence « éclair ». Les cas déjà cités ci-dessus semblent attester cette description, mais il reste deux phénomènes qui la tempèrent.

305. Tant le développement de la concurrence dans le transport aérien que l'expérience actuelle des marchés ouverts à la concurrence, télécommunications ou énergie, montrent clairement que les secteurs d'industrie de réseaux se caractérisent dans une large mesure par des obstacles élevés à l'entrée, et ne peuvent donc guère être qualifiés de contestables. Pour entrer sur le marché et livrer concurrence pour la fourniture de services de transport aérien, une compagnie a essentiellement besoin d'aéronefs (à l'achat ou en location), de licences d'exploitation et de droits de trafic, de personnel, d'accès aux liaisons aériennes, de créneaux de décollage et d'atterrissage, et pour finir d'un accès aux installations aéroportuaires (comptoirs d'enregistrement et portes d'embarquement par exemple). **Certains de ces éléments entrent dans la production du service et ne sont pas rares (les aéronefs par**

⁴⁴³ <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/indice-des-prix-du-transport-aerien-passagers#> - Consulté le 22 juillet 2013 puis le 28 octobre 2018.

⁴⁴⁴ En cumul sur neuf mois 2019, les prix des billets d'avion ont augmenté de 0,7 % sur le réseau international long-courrier au départ de la métropole et de 0,9 % sur l'ensemble du réseau international.

⁴⁴⁵ OCDE, La concurrence dans le secteur aérien, Note de référence du Secrétariat, DAF/COMP(2014)14, des 18-19 juin 2014.

exemple), tandis que d'autres peuvent être limités en nombre ou en taille (les installations aéroportuaires par exemple) et constituer des obstacles structurels à l'entrée.

306. Pour le cadre réglementaire, sur la base des normes et des recommandations de l'OACI⁴⁴⁶ l'Union européenne a développé et mis en œuvre des normes de sécurité harmonisées et propres à l'espace européen⁴⁴⁷ sous la responsabilité de l'Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne⁴⁴⁸ (AESA). Son action porte tant sur la certification de navigabilité pour les aéronefs que la normalisation et la réglementation des vols (entretien, opérations aériennes, personnel navigant et médical, gestion du trafic aérien/services de navigation aérienne, et aérodromes), appliquant, dans le transport aérien de passagers, la politique de normalisation de l'UE⁴⁴⁹ qui tend à s'affirmer dans une volonté de protection du marché⁴⁵⁰.

307. C'est dans ce cadre normatif qu'émergent, les cas d'école des créations de Lauda Air et d'Air Belgium. Parmi les 299 compagnies répertoriées⁴⁵¹, Lauda Air est une pionnière et Air Belgium la benjamine, fondée en 2016. Lauda Air était une compagnie aérienne autrichienne fondée par Niki LAUDA en 1978, et a commencé ses opérations charter en 1985, et ses opérations régulières en 1989 depuis l'aéroport de Vienne, devenant même une alternative crédible à la compagnie « porte-drapeau » Austrian Airlines. Cependant, celle-ci finira, en avril 2013, par l'absorber totalement. Le fameux pilote autrichien de F1 était aussi qualifié pour

⁴⁴⁶ L'OACI, institution spécialisée de l'ONU a pour mandat de veiller à l'évolution sûre, efficace et ordonnée de l'aviation civile internationale. La Conférence Européenne de l'Aviation Civile a été créée en 1957 par le Conseil de l'Europe, sur le modèle de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale. Basée à Paris, elle regroupe 44 États membres qui œuvrent à l'harmonisation de l'aviation civile en Europe. La mission de la CEAC consiste alors à développer le transport aérien en Europe, d'assurer une bonne coopération entre États membres et d'adapter les normes et pratiques recommandées de l'OACI aux conditions régionales.

⁴⁴⁷ Règlement (CEE) n°3922/91 du Conseil, du 16 décembre 1991, relatif à l'harmonisation de règles techniques et de procédures administratives dans le domaine de l'aviation civile (Règlement abrogé depuis, cf. *infra*).

⁴⁴⁸ Règlement (UE) n°2018/1139 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2018 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne, et modifiant les règlements n°s (CE) 2111/2005, (CE) 1008/2008, (UE) 996/2010, (UE) 376/2014 et les directives n°s 2014/30/UE et 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant les règlements (CE) n°552/2004 et (CE) n°216/2008 du Parlement européen et du Conseil ainsi que le règlement (CEE) n°3922/91 du Conseil.

⁴⁴⁹ Commission européenne, communication, Une vision stratégique pour les normes européennes : aller de l'avant pour améliorer et accélérer la croissance durable de l'économie européenne à l'horizon 2020, COM(2011) 311 final du 1er juin 2011.

⁴⁵⁰ Commission européenne, communication, Une stratégie de l'UE en matière de normalisation - Définir des normes mondiales à l'appui d'un marché unique européen résilient, vert et numérique, COM(2022) 31 final du 2 février 2022.

⁴⁵¹ <https://www.iata.org/en/about/members/airline-list/> - Consulté le 06 mai 2020.

piloter des Airbus A320 et Boeing 737, 767 et 777. Il a, ainsi, incarné une autre page de l'épopée héroïque de l'aviation et particulièrement commerciale, faite de saga nationale et de modèle iconique « *selfmade man* », incarné par un héros moderne, rescapé d'un grave accident lors du Grand prix automobile d'Allemagne, à nouveau champion du monde l'année suivante. À la fin de sa carrière automobile, sa décision de créer sa propre compagnie correspond à l'ouverture du ciel européen, d'abord dans la dynamique de développement des vols charters, sur des destinations estivales et en pleine croissance économique mondiale, ensuite par un positionnement commercial assumé de vols réguliers et de premiers vols long-courriers en 1989, vers Sydney et Melbourne via Bangkok, avant d'ajouter Kuala Lumpur, Bali, Dubaï, Cuba et Miami à son réseau.

308. Mais, cette aventure n'a pas résisté à deux éléments que d'autres compagnies, plus anciennes et expérimentées et certainement mieux soutenues par leur actionnariat, ont réussi à surpasser. Dans un premier temps, la crise géopolitique dans le Golfe persique renchérit les coûts vers les destinations de prédilection de l'entreprise et a donc réduit fortement la demande. La Guerre du Golfe n'agit pourtant que comme un révélateur et amplifie les tendances observées dans la période précédant le conflit. Puis en mai 1991, un de ses Boeing 767-300ER assurant le vol 004 entre Bangkok et Vienne s'écrase après un incident moteur, tuant les 213 passagers et les 10 membres d'équipage à bord. Pour pallier ces deux revers, Niki LAUDA lança également Lauda Air Italy⁴⁵² en 1993, à Milan, opérant des vols long-courriers vers l'Amérique latine, l'Afrique, les Maldives et la Thaïlande. Il prenait en compte le fait que l'Autriche, qui n'était encore que candidate à ce qui est devenu l'Union européenne, et l'application du premier règlement d'attribution des créneaux aéroportuaires⁴⁵³, faisant de cette compagnie italienne, un opérateur habilité à obtenir une licence d'exploitation.

309. Cette première aventure cesse, pourtant, en deux temps. D'abord, quand Austrian Airlines acquiert 36 % du capital de Lauda Air en 1997, concomitamment à la prise totale de contrôle de Tyrolean Airways. Ensuite, quand en 2000, à l'occasion de l'intégration dans Star Alliance, la compagnie nationale autrichienne prend le contrôle de Lauda Air, qui à partir de 2004 n'opérera plus que des vols charters tandis que Tyrolean se spécialise dans les vols

⁴⁵² Elle fut revendue en 2003 à Livingston aviation, qui cessa les opérations en 2009.

⁴⁵³ *Supra*, Règlement (CEE) n°95/93 « créneaux horaires dans les aéroports » modifié ensuite par le Règlement (CE) n° 793/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004.

régionaux. Cette aventure se poursuivra dans le destin croisé de deux autres compagnies, flyNiki (« Niki ») créée en 2003 puis cédée à Air Berlin en 2011 et LaudaMotion créée en 2016, reprise en 2018 par Ryanair⁴⁵⁴ lors de la faillite d'Air Berlin.

310. Au centre de toutes ces créations et reprises de compagnies, il y a une certaine « facilité » à créer une société opérant du transport aérien de passagers qui, dans le cas de Niki LAUDA lui permet d'être un acteur incontournable de l'aviation commerciale autrichienne et européenne. Elle a pu s'opérer dans des conditions légales spécifiques. Sans la nécessité de posséder sa flotte ni de gérer son escale et les services aéroportuaires qu'elle induit, les coûts fixes peuvent ainsi être réduits au maximum pour un démarrage de l'activité assez rapidement et sans, donc, trop de mise de fonds. Cette possibilité découle des opportunités de l'affrètement. Ce terme, dans le transport aérien, s'applique à la réalisation d'un vol charter (*chartering*) ou à un contrat de location par compagnies aériennes. Les compagnies louent alors des appareils à d'autres compagnies ou à des sociétés de crédit-bail avec deux types de location, connue sous des vocables anglophones : le *wet lease*, en français location avec équipage, qui est en général utilisée pour les locations à court terme, et le *dry lease*, en français location sans équipage à long terme. Les compagnies peuvent établir des contrats combinant le *wet* et le *dry lease*. Par exemple, un appareil peut être en *wet lease* pour mettre en place de nouveaux services, puis, à partir du moment où le personnel navigant ou de cabine est formé, le contrat de location devient du *dry lease*. Ces opportunités juridiques permettent le développement d'un modèle alternatif de transport qui augmente l'intensité de la concurrence. Par ailleurs, l'autre situation pointée par cette évocation de la saga « Niki Lauda » est la difficulté des charters et des vols non réguliers, d'acquérir des « droits acquis » pour les créneaux horaires dans les aéroports tant ils fonctionnent sur des vols non programmés et/ou non réguliers. Ce type de vols ne permet pas les droits acquis, ce droit à la reconduction de la même série de créneaux aéroportuaires que lors de la période de planification équivalente. En effet, pour obtenir ces droits acquis, il fallait avoir une présence

⁴⁵⁴ Le 12 octobre 2017, Air Berlin a annoncé qu'elle avait signé avec Lufthansa un accord portant sur une grande partie des actifs d'Air Berlin, à savoir la compagnie aérienne NIKI et Luftfahrt gesellschaft Walter. Le 13 décembre 2017, Lufthansa décidant de ne pas acquérir NIKI celle-ci fut, le même jour, placée en procédure d'insolvabilité. Le 21 décembre 2017, la Commission a autorisé l'acquisition de LGW par Lufthansa, sous réserve du respect de certaines conditions (M.8633 LUFTHANSA / CERTAIN AIR BERLIN ASSETS) et celle de NIKI par LaudaMotion. Elle-même sera finalement reprise par Ryanair, cession validée le 12 juillet 2018 par la Commission européenne dans l'affaire M.8869 RYANAIR / LAUDAMOTION.

régulière dans l'activité de l'aéroport dès l'application du règlement « créneaux aéroportuaires ».

311. **Le droit développé par l'Union européenne opère en réalité une réduction des possibilités de concurrence, rejoignant en cela les enseignements des théoriciens de la concurrence imparfaite.** En effet, la question du libre accès par la ressource aéroportuaire a toujours été centrale tant elle permet ou limite le développement d'offres aériennes concurrentes. Dès lors, alors que cette problématique reste d'actualité, du fait même de la procédure non aboutie de refonte du cadre normatif de l'attribution des créneaux horaires aéroportuaires, le retard pris dans le processus législatif pose question sur les objectifs divergents des différentes institutions. Pour n'en reprendre qu'un seul, à ce stade de l'étude, il importe d'évoquer la demande du Parlement européen, qui réagissant à la proposition de la Commission européenne, évoque le rôle majeur des compagnies aériennes, au titre de leur participation « à la cohésion et compétitivité des régions⁴⁵⁵ ». Pour conforter ce rôle, le Parlement souhaite renforcer les possibilités d'accès au marché en limitant les effets du droit du grand-père de la réglementation actuelle et répondre ainsi à la critique essentielle d'un manque récurrent d'accès à la ressource aéroportuaire. À nouveau, le traitement imparfait de la pénurie de créneaux aéroportuaires est mis en avant.

312. C'est avec cette expérience « Niki Lauda », que l'on pourrait qualifier de « totale » tant les aspects juridiques, économiques et sociaux furent entremêlés, que le projet Air Belgium apparaît de manière singulière. Cette nouvelle compagnie aérienne belge est également emblématique des difficultés d'entrer sur ce secteur du fait de diverses obligations juridiques. Outre lever les fonds et arbitrer entre acquérir ou louer le matériel, la certification de la compagnie et le choix d'un aéroport support de l'activité sont les décisions les plus lourdes sur le modèle économique. Son fondateur Niky TERZAKIS précisait en 2017 que le choix de l'aéroport se jouerait entre Bruxelles-Aéroport National et Brussels South Charleroi Airport, arguant d'un côté des coûts de services aéroportuaires plus élevés pour le premier, mais avec une connectivité importante avec les destinations intercontinentales et de l'autre, des coûts certes moindres, mais une piste carolorégienne trop courte pour des vols long-

⁴⁵⁵ Amendements 5 et 15 de la position du Parlement européen (P7_TC1-COD (2011)0391) du 12 décembre 2012 sur la proposition de Règlement (UE) n°.../2013 du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (Refonte) créant les considérants 12 bis et 24 bis.

courriers. Ainsi, l'aéroport liégeois a été écarté, car il ne disposait pas de la capacité horaire pour attirer la clientèle. Tous ces éléments techniques entraînent logiquement des conséquences sur le choix du modèle économique. Alors que les premiers vols annoncés devaient être à destination de la Chine, le 29 mars 2018, Air Belgium effectue finalement son premier vol commercial entre Amsterdam et Paramaribo pour le compte de la compagnie Surinam Airways, à la suite d'une demande ponctuelle. Elle a effectué également des vols pour le compte de la compagnie italienne Blue Panorama Airlines entre Milan et les aéroports de La Havane et de Cayo Largo del Sur à Cuba avec un avion qui sera aussi affecté à des vols ponctuels pour le compte de la RAM entre Paris-Orly et Marrakech, démontrant qu'il est peut-être bien compliqué de pouvoir présenter une offre attractive et reconductible face à des compagnies concurrentes établies depuis des décennies. Par ailleurs, il faut composer avec la nécessité de compter sur de telles compagnies pour compléter sa propre offre de services. Ainsi, alors qu'une deuxième annonce prévoyait un premier vol en son nom le 30 avril 2018, Air Belgium assure du 1er au 30 juin, le vol quotidien d'Air France entre Paris-CDG et Libreville, au Gabon, avec l'un de ses deux Airbus A340-300 et son équipage, profitant de l'indisponibilité momentanée de pilotes au sein d'Air France, et confortant ainsi une logique structurante du secteur. Les donneurs d'ordre compagnies aériennes historiques se reposent sur des compagnies, potentiellement concurrentes, mais subsistent surtout grâce à l'affrètement⁴⁵⁶ d'avion dans le cadre d'une sous-traitance qui ne veut pas dire son nom. Ainsi, le 3 juin 2018, un premier vol de la compagnie entre Charleroi et Hong-kong est opéré. Ce développement se poursuit le 15 octobre 2021, un vol vers l'île Maurice est ouvert à la réservation, quand la destination de la République dominicaine est annoncée pour le 15 décembre de la même année.

313. Le droit préforme en quelque sorte le marché comme un moule, ce qui joue directement sur l'attractivité du secteur économique. Sans aller vers des règles explicites sur la sous-traitance aérienne, comme dans l'attribution des marchés publics, l'information due aux consommateurs, incluant le type de l'appareil utilisé et la compagnie qui opère le vol, veut jouer un rôle d'argument commercial et donc proconcurrentiel. Aussi, les compagnies

⁴⁵⁶ Pour assurer son programme de vols, HOP ! affrète, sur quasiment toutes ses lignes régionales des appareils de compagnies sous-traitantes étrangères : outre Cello Aviation, elle fait aussi voler Aero4M (vols de Lorient vers Paris et Lyon), l'allemande WDL (Lille-Marseille) ou encore la compagnie low-cost croate Trade Air.

aériennes évitent, autant que possible, les affrètements qui renvoient à l'idée qu'elles ne seraient pas capables d'assurer le transport ou encore qu'elles le fassent, mais avec une qualité de service bien moindre. L'expérience de voyage, proposée par les compagnies aériennes, reste un argument fort pour convaincre le consommateur de leur confier son envie de mobilité.

314. L'autre aspect de cette création est le double ticket d'entrée sur le marché incluant la licence d'exploitation et le matériel volant. Dans un premier temps, Air Belgium dispose de quatre avions A340-313 rachetés à Finnair et décide qu'elle ne possédera pas, en propre, une flotte de moyen-courriers pour alimenter son réseau long-courrier, privilégiant le *wet lease*, cette location avec les équipages, et les accords interlignes avec les autres compagnies, notamment par un accord avec Ryanair, opérant également à l'Aéroport de Charleroi.

315. Cependant, cette difficile mise en exploitation de la compagnie aérienne, créée en 2016, ne se concrétisa que lorsqu'elle obtint son certificat de transport aérien, en application du règlement⁴⁵⁷, le 13 mars 2018. Au-delà des effets d'annonces, comme le développement vers l'Amérique du Sud et six destinations chinoises supplémentaires annoncées dès mai 2018, seules trois destinations vers l'outre-mer des Antilles françaises sont finalement offertes en 2019. Tous ces attermoissements posent la question de la viabilité de cette toute nouvelle compagnie qui, par ailleurs, a choisi un canal de diffusion totalement autonome des agences de voyages, par un accès à son offre via son seul site internet, rejoignant en cela le constat du Comité économique et social européen qui évoque la nécessité « d'améliorer le climat des investissements pour encourager ceux des européens dans le secteur aéronautique de l'Union européenne, d'accroître la compétitivité de cette branche d'activité et de stimuler son rôle dans l'économie »⁴⁵⁸.

316. **Cet exemple est symptomatique d'une vision idéalisée du secteur comprenant la fascination pour l'aventure aéronautique, l'accompagnement d'une croissance mondiale forte dans les années 1980-90, la libéralisation du ciel nord-américain puis européen.** Mais

⁴⁵⁷ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

⁴⁵⁸ Avis du Comité économique et social européen sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée, Aviation : une Europe ouverte et connectée [COM(2017) 286 final] et sur la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004 [COM(2017) 289 final — 2017/0116 (COD)] du 19 juin 2017.

ces exemples n'ont pas été finalement concluants quant à la réussite économique, un grand nombre de ces compagnies ayant disparu à la suite de faillites ou d'opérations de concentration. Même si d'autres compagnies se créent encore actuellement, aucune n'offre la même démarche commerciale que les compagnies porte-drapeaux. Alors que les incertitudes liées à la COVID-19 demeurent quant au retour à la croissance du secteur sur la base de l'année 2019, de nouvelles compagnies *low cost* estiment l'environnement suffisamment favorable pour se lancer, aux États-Unis avec Breeze et Avelo, en Europe, où des transporteurs aériens saisissent de nouvelles opportunités d'expansion du fait de difficultés des compagnies déjà installées comme Alitalia, devenue ITA, ou Norwegian. On citera ainsi la Norvégienne Norse Atlantic Airways, EGO Airways en Italie ou encore la Grecque Sky Express.

317. Les règles juridiques sont-elles devenues un carcan plutôt qu'un cadre protecteur de la concurrence et partant le droit permet-il l'innovation dans ce secteur ? À notre sens, il ne s'agit pas de règles de droit en quelque sorte mal formatées, mais plutôt d'un changement de paradigme du marché alliant bouleversements commerciaux et démocratisation du voyage, dans un cadre sociétal de plus en plus enclin à prendre en compte les changements climatiques. **Ainsi, l'offre de transport aérien - qui devait être accrue et variée dans ses tarifs comme dans ses destinations - n'est pas venue de nouvelles compagnies aériennes offrant les mêmes services que les compagnies historiques, mais des compagnies à bas coûts.** L'explication vient certainement du fait, à la suite de Pierre DUSSAUGE⁴⁵⁹, que ce secteur économique n'est plus rentable depuis le début des années 2010. Certes, cette analyse contrastait avec les chiffres publiés par l'IATA lors de son sommet mondial au Cap en mai 2013, qui évoquait un trafic « passagers » (exprimé en kilomètres-passagers payants) de +5,3% en 2012 et un trafic aérien qui croissait 2,5 fois plus rapidement que le PIB mondial. Il n'en demeure pas moins que la rentabilité de l'activité aérienne dépend d'une multitude de facteurs que les seules compagnies aériennes ne peuvent pas tout maîtriser. Cela légitime d'ailleurs l'idée de durabilité de la concurrence dans notre étude. **Le modèle économique subit les conséquences des réglementations applicables au secteur aérien, mais aussi par d'autres sources normatives.** Par exemple, la prise en compte des effets sociaux et

⁴⁵⁹ DUSSAUGE Pierre, Pourquoi certaines entreprises réussissent-elles mieux que d'autres ? Un éclairage d'entreprise, conférence HEC, Jouy-en-Josas, 5 juin 2013.

environnementaux est aujourd'hui nécessaire et vient interroger les modèles économiques des compagnies. **Cela pourrait éprouver d'ailleurs le modèle du *low cost* tel qu'il est proposé actuellement.**

318. Car ce secteur économique, fortement dépendant des énergies fossiles, des aléas politiques et climatiques, qui, en outre, implique des coûts liés aux investissements, et à la sécurité des passagers, est caractérisé par un bénéfice par passager relativement faible, s'établissant à quatre dollars, insuffisant pour assurer une stabilité financière face à ces contraintes sectorielles.

*« [...] tel est le modeste profit moyen prévu pour 2013 par l'Association du transport aérien international (IATA) dont l'assemblée générale annuelle s'est ouverte ce lundi à Cape Town, en Afrique du Sud. Un chiffre qui en dit davantage sur la santé du secteur que les 12,7 milliards de bénéfice net cumulés annoncés par l'IATA au terme de cette année. Et pourtant, si cette prévision se confirme, il s'agira de la deuxième meilleure performance du secteur depuis au moins 10 ans ! L'an dernier, le bénéfice moyen par passager n'était que de 2,54 dollars par passager. Et sa meilleure performance, en 2010, n'était que de 7 dollars par passager. »*⁴⁶⁰

319. Dans le même temps, ces TBC déstabilisent les compagnies historiques, qui ont dû mobiliser d'autres atouts, comme le « service à bord » fourni ou l'offre tarifaire. Elles ont également opéré une forte concentration, par des alliances puis des prises de participation, voire de contrôle, permettant l'augmentation de flux de passagers et « signifiant que [ces] compagnies aériennes cherchent à se garantir contre l'instabilité du marché »⁴⁶¹. Cette stratégie a été confortée par l'environnement normatif puisque, devant les difficultés économiques récurrentes d'un secteur d'activités primordial, de nombreux États, et dans une certaine mesure la Commission, ont fait preuve d'un certain volontarisme⁴⁶² dans l'appréciation des ententes et des concentrations d'une part, et dans celle des aides d'État d'autre part. Sans pouvoir dire si telle était la logique de cette relative mansuétude, les autorités ont ainsi contrebalancé la réglementation nécessaire, mais insuffisante de la gestion de la ressource aéroportuaire au niveau européen. Cette combinatoire des instruments juridiques a jeté indirectement les prémises d'une politique industrielle européenne plus ou moins concertée. C'est au fond l'idée d'un droit « proconcurrence », au travers des contrôles des accords, des positions dominantes et des concentrations qui ont été développés, autre

⁴⁶⁰ TREVIDIC Bruno, www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/air-defense/actu, consulté le 03 juin 2013.

⁴⁶¹ *Supra*, OCDE, chapitre 4 p 91, Rapport, 1997.

⁴⁶² *Supra*, MARTY Frédéric, Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, 2010.

pan de l'écosystème juridique nécessaire au développement de l'attractivité du secteur du transport aérien. C'est toute la logique de la concurrence, et de toute politique l'instaurant et la protégeant, qui est dès lors questionnée : s'agit-il de défendre un principe de structure de marché ou d'empêcher telle ou telle entreprise de pouvoir abuser de sa domination ? Un rapide retour sur le contrôle des concentrations permet d'esquisser une réponse.

320. Hormis trois cas de concentrations non autorisées,⁴⁶³ la Commission européenne, sous le contrôle des juridictions, a validé tous les accords commerciaux et prises de contrôle, pas moins de vingt-cinq projets notifiés à ce jour. À chaque fois, le renforcement d'une offre de transport est validé⁴⁶⁴ pour que le consommateur puisse en bénéficier au travers de nouvelles destinations via des correspondances assurées par la plateforme aéroportuaire, pivot du réseau. Dans cette même logique, la Commission valide l'amélioration de la connectivité du territoire européen, donc l'attractivité de l'économie du territoire. **On perçoit dans cette démarche qu'il est parfaitement envisageable d'accepter qu'une concurrence, même imparfaite, si elle correspond à une certaine efficacité économique.** Le marché du transport aérien fut très largement et longuement segmenté par des monopoles nationaux, et les compagnies aériennes traditionnelles restent fortement implantées dans leurs aéroports historiques. **Dès lors, seule la règle de droit peut venir discipliner les opérateurs historiques, comme le prouvent d'autres expériences de libéralisation.**

321. On peut faire référence, dans le secteur de l'énergie, à l'application des règles de concurrence pour contraindre GDF à ouvrir son fichier client pour permettre l'accès au marché d'autres opérateurs⁴⁶⁵ ou de sanctionner cette même société devenue Engie, pour pratiquer des offres relevant de prix d'éviction ou de prédation⁴⁶⁶. Ce qui singularise le secteur des transports aériens de personnes, c'est qu'il est chroniquement fragile. Le droit vient alors tenter de compenser cette caractéristique, à l'image de la réaction rapide de la Commission

⁴⁶³ Offre de rachat de Ryanair sur l'autre compagnie irlandaise, AerLingus, (Affaire COMP/M.4439 du 27 juin 2007) puis le projet de fusion d'Olympic Airways et d' Aegean Airlines (Affaire COMP/M.5830 — 26 janvier 2011) enfin, Ryanair voulant fusionner avec AerLingus (Affaire COMP/M.6663 du 27 février 2013).

⁴⁶⁴ Voir notamment la Décision de la Commission du 7 avril 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (Case COMP/38.284/D2 Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.) ou encore celle du 30 octobre 2018 dans l'affaire COMP/ 39.860 Brussels Airlines/TAP Air Portugal.

⁴⁶⁵ Autorité de la concurrence, Décision 14-MC-02 du 09 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

⁴⁶⁶ Autorité de la concurrence, Décision 16-MC-01 du 02 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie.

européenne qui, le 19 mars 2020, annonce un « Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 »⁴⁶⁷.

B – Un droit au secours d'un secteur chroniquement fragile

322. Toutes les compagnies aériennes européennes sont aujourd'hui confrontées à de multiples défis. À peine sorties de la crise économique et financière qui durait depuis 2008, elles doivent maintenant comprendre les évolutions du secteur économique dans lequel elles opèrent, pour offrir un service le plus complet possible. Car, l'environnement économique continue sa mutation, après la mondialisation des échanges et l'essor des puissances émergentes, ce sont les questions environnementales et les conséquences de la pandémie de la COVID-19 qui font peser beaucoup d'incertitudes sur le secteur. **L'idée s'impose alors que, par symbiose, l'écosystème juridique** difficilement mis en place et qui donnait à la Commission européenne la possibilité de jouer un rôle de frein à ces concentrations et de protection des consommateurs, **tend à se confirmer dans la perspective d'une recomposition attendue du marché, du fait de la pandémie.**

323. La concurrence, qui s'exerce principalement par les prix, entraîne une concurrence par les coûts alors que dans le même temps, ces prix avaient tendance à augmenter pour intégrer les externalités environnementales. La dernière contrainte, et non la moindre, implique que les besoins de financement soient considérables dans une activité fortement capitalistique, où tout retard dans la modernisation de la flotte se traduit par une perte de compétitivité. La COVID-19 a rappelé, violemment, que les marges de progression économique n'étaient pas importantes, malgré une politique générale d'amélioration du taux d'occupation des avions⁴⁶⁸. Ainsi pour la compagnie Air France, le coefficient de remplissage des avions est à plus de 85%, avec une marge de 1,7 %. Cette faiblesse des marges d'Air France est un handicap, mais même pour des compagnies comme Lufthansa ou British Airways, qui dégagent respectivement 9 % et 14 %, le maintien du modèle économique fut impossible sans

⁴⁶⁷ Communication de la Commission du 20 mars 2020, Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, (2020/C 91 I/01) ; encadrement prolongé le 28 janvier 2021.

⁴⁶⁸ En Europe, le taux de remplissage des avions a atteint 81,9% en 2018, ce qui signifie que plus de huit sièges sur dix sont occupés en moyenne. Ce taux n'était que de 75,2% en 2005. Aux États-Unis, l'augmentation a été encore plus forte, le taux de remplissage est passé de 67,88% en 2002 à 86,08% en 2018. Source : <https://www.forbes.com/sites/michaelgoldstein/2018/07/09/meet-the-most-crowded-airlines-load-factor-hits-all-time-high/> - Consulté le 19 avril 2021.

l'aide massive des États.

324. Les compagnies *low cost* ont les taux de remplissage les plus élevés même si les nouveaux tarifs des compagnies régulières, comme les tarifs sans bagages, ont aidé à améliorer l'occupation des sièges. Globalement Ryanair est la compagnie dont le taux de remplissage est le plus élevé. Il a atteint 94,7 % en 2017 et 96 % en 2019. Même la pandémie n'a pas remis en cause cet ordre des choses. Pour s'en convaincre, on peut envisager qu'en septembre 2021, Ryanair affichait un taux de 81 %, easyJet de 78,5 % quand Air France-KLM était à 64,8 % et que l'année 2022 pourrait renforcer cet écart de fréquentation⁴⁶⁹. **Il est, dès lors, pertinent de se poser la question de savoir s'il n'y aurait pas encore trop de compagnies aériennes en Europe et donc si le cadre juridique doit être utilisé pour opérer une réduction de ce nombre.** Pour apprécier l'intérêt de la question, il peut être important de rappeler quelques données factuelles. En 2019, on comptait 23 compagnies aériennes⁴⁷⁰ en faillite, neuf étaient européennes, soit cinq de plus qu'en 2018. Par ailleurs, aux États-Unis, les cinq plus grands transporteurs aériens ont une part de marché de 69 % quand, en Europe, les leaders du marché n'en détiennent que 43%⁴⁷¹. Ces compagnies aériennes européennes sont confrontées aux intérêts nationaux qui ralentissent le processus de consolidation. C'est ainsi que la « renaissance » de la compagnie italienne porte-drapeau sous la dénomination d'ITA⁴⁷² en octobre 2021, pose quant à elle, la question de son appartenance à une alliance commerciale, le choix actuel étant entre Skyteam (ancienne alliance de feu Alitalia) et Star alliance, dominée par Lufthansa. Le secteur est donc très instable. **Dans le même temps cette instabilité nourrit la concurrence.** À la suite de plusieurs années de difficultés financières, Air Berlin, la deuxième compagnie aérienne allemande, a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en août 2017, ce qui a entraîné la vente de ses actifs, principalement les marques et compagnies Niki et Luftfahrt Gesellschaft Walter (LGW) ; mais aussi les actifs et de

⁴⁶⁹ BARNIER Léo, <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/transavia-ryanair-easyjet-vueling-volotea-les-low-cost-vont-frapper-fort-cet-ete-sur-le-marche-francais-914889.html> - Consulté le 7 mai 2022.

⁴⁷⁰ www.europe-consommateurs.eu/fr/infos-et-alertes/faillites-dentreprises/compagnies-aeriennes-en-faillite/ - Consulté le 19 décembre 2019 puis le 18 mai 2020.

⁴⁷¹ Le groupe Lufthansa détient 12,3 % du trafic passagers du marché européen de la région. Viennent ensuite, Ryanair 12 %, IAG 9,8 %, Air France-KLM 8,8 % et enfin easyJet avec 7,7% des parts de marché.

⁴⁷² Bien qu'elle ait racheté la marque Alitalia, certainement pour qu'elle ne soit pas utilisée par un éventuel concurrent, ITA a clairement fait le choix d'une distinction nette d'avec Alitalia, arborant une nouvelle livrée bleu ciel foncé agrémentée de trois bandes vertes, blanches et rouges sur la dérive, pour rappeler le drapeau italien.

droits détenus par Air Berlin dans le cadre de ses activités à l'aéroport de Berlin Tegel, notamment des créneaux dans cet aéroport et dans certains aéroports de destination, des postes de stationnement de nuit associés aux créneaux acquis, les réservations des clients d'Air Berlin relatives aux activités concernées, les données historiques relatives à ces actifs, ainsi que certains éléments d'aménagement des aéronefs et des équipements connexes. Ces derniers éléments du capital d'Air Berlin seront acquis par easyJet le 12 décembre 2017⁴⁷³. Au-delà des actifs matériels, aéronefs et équipements, les créneaux aéroportuaires, sont considérés comme des actifs immatériels, créés par le droit. L'écosystème juridique opère donc à la fois comme frein ou accélérateur de la capacité d'une compagnie d'entrer sur le marché, comme on vient de le voir. Il permet aussi de donner une valeur économique à une situation géographique ou à une technologie, au-delà même de l'instrument classique des droits de propriété industrielle et commerciale.

325. Le droit semble même renforcer l'état de la concurrence en accroissant les phénomènes de concurrence si l'on considère les tendances actuelles du marché. Alors que la compagnie suisse Belair, filiale d'Air Berlin, annonçait avoir trouvé un repreneur au début de l'année 2018, le directeur de Swiss⁴⁷⁴, Thomas Klühr, estimait, lors d'une interview à la *SonntagsZeitung*⁴⁷⁵, qu'« il y a peu de chances d'avenir pour les petits transporteurs à moyen ou long terme » constat qui prend une toute autre dimension en cette période de sauvetage des compagnies aériennes avec la crise sanitaire du SARS-Cov-2. Parce que les transporteurs aériens ont besoin de faire des investissements importants, possiblement dans leur flotte, sûrement dans la numérisation ou les canaux de vente pour survivre, les petites structures ne disposent pas facilement de telles capacités. Le processus régulier de concentrations⁴⁷⁶ de la branche de l'aviation se poursuit donc logiquement à l'image de Swiss qui avait intégré le groupe Lufthansa en juillet 2005.

326. Ce phénomène, que les acteurs et les observateurs préfèrent appelés

⁴⁷³ Décision de la Commission du 12 décembre 2017 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire COMP/M.8672 - EASYJET / CERTAIN AIR BERLIN ASSETS) sur base du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil.

⁴⁷⁴ SWISS est la compagnie aérienne nationale de la Suisse formée par la fusion de Swissair, alors en faillite, et de Crossair. Elle commence ses opérations le 2 avril 2002.

⁴⁷⁵ Entretien repris par <https://www.lematin.ch/suisse/toujours-compagnies-europe/story/30455402> du 22 avril 2018.

⁴⁷⁶ Décision de la Commission du 05.10.1992 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N IV/M.157 - AIR FRANCE / SABENA) sur base du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil.

« consolidation » reprenant à la fois l'idée comptable d'agréger les chiffres d'affaires et les bénéfices réalisés, et sans la formaliser précisément, une idée de concurrence certes imparfaite aux yeux de l'analyse économique et des traitements juridiques, mais au moins stables. Après neuf compagnies européennes disparues en 2019, alors que le secteur subissait sa pire crise depuis sa création, les faillites « ne sont » qu'au nombre de quatre en 2020. À l'exception notable de Level Europe, filiale d'IAG, elles ne concernaient que des compagnies déjà mises à mal dans les années précédentes, comme Stobart Air, compagnie irlandaise qui opérait pour Aer Lingus, la compagnie espagnole de la société Thomas Cook et qui n'a pas survécu aux difficultés de sa maison-mère, ou une compagnie régionale danoise. Au-delà des analyses pessimistes actuelles, largement teintées de considérations revanchardes à propos d'une activité économique jugée élitiste et source de multiples pollutions, on peut tirer profit de l'analyse de la précédente crise qui avait un temps bloqué la circulation aérienne. Issue des attentats du 11 septembre 2001, elle avait participé à changer profondément la physionomie du secteur, notamment en Europe avec, avec entre autres, la disparition de Sabena en novembre 2001 et Swissair en mars 2002. Elle ne fut pas le seul élément déterminant, mais put révéler la santé économique et financière fragile de deux compagnies dont le modèle économique ne reposait pas sur leur seul marché national et qui imposait un développement international important.

327. Ainsi, l'exemple que représente Swissair est tout à fait éclairant de cette fragilité du secteur aérien qui amène, presque inévitablement à une concentration capitaliste de celui-ci. D'abord, cette compagnie employait près de 72 000 personnes dans le monde (dont 21 000 en Suisse)⁴⁷⁷, un nombre proportionnellement bien plus élevé que beaucoup de compagnies aériennes, reflétant la répartition des marchés entre marché domestique et hors territoire national. À titre de comparaison, en 2002, les compagnies aériennes employaient en France près de 70 000 personnes (hors fret), ce chiffre atteignant son apogée en 2008 avec 71 000 salariés pour ne plus dépasser les 60 000 depuis 2013⁴⁷⁸.

328. Par ailleurs, au travers de SAirGroup, holding de tête, elle créa un groupe important

⁴⁷⁷ En 2020, la groupe Air France-KLM avait employé 8 641 personnels navigant technique pour 50 714 personnels au sol sur un total d'environ 82 000 salariés. – Source Air France-KLM.

⁴⁷⁸ Sources : SDES à partir de Insee, estimations d'emploi ; estimations trimestrielles Acooss-Urssaf, Dares, Insee ; SNCF. www.insee.fr – consulté le 22 mai 2020.

par une série d'acquisitions⁴⁷⁹ de compagnies charters (49,9 % de LTU) et régulières devenant notamment actionnaire de 49,5 % du capital de la compagnie belge Sabena (1995), de la Française Air liberté (2000) qu'elle fusionnera avec Air Littoral acquise dix ans plus tôt. En tout, cette politique d'acquisition coûte à Swissair près de 17 milliards USD, et a des effets désastreux, car ces compagnies ont un rendement bien inférieur à celui attendu, notamment à cause de la concurrence internationale qui est fortement active en Europe dès l'ouverture à la concurrence initiée par l'Union dès 1987, alors que le secteur doit faire face à un ralentissement à cause de problèmes comme la hausse du prix du kérosène, la stagnation du trafic sur le marché transatlantique, les États-Unis faisant face à une crise économique importante. En 2000, et pour la première fois en 70 ans d'histoire, la compagnie enregistra une perte de 1,8 milliard USD, qui entamait la quasi-totalité de ses réserves en capital, elle devint Swiss après une recapitalisation effectuée par le gouvernement helvétique. En 2005, la compagnie allemande Lufthansa acheta 49 % des actions de la nouvelle société avant de la racheter complètement en 2007. En 2009, dans le cadre de la liquidation de la succession, Swiss a obtenu les droits de marque de Swissair. Sa disparition fut très largement commentée et notamment sous l'angle de la perte d'identité et de « souveraineté » de la Confédération helvétique, doublée par le fait qu'elle actait le recentrage de l'activité aérienne à Zurich et non plus à Genève.

329. Enfin, en France, les faillites en 2019 des transporteurs Aigle Azur (deuxième plus ancienne compagnie française) et XL Airways ont secoué l'opinion publique par leur ampleur en laissant respectivement 13 000 passagers et 1 500 passagers (plus 40 000 billets déjà vendus) sans possibilité immédiate de partir ou revenir. Certes, le cataclysme généré par la pandémie depuis 2020 est bien plus brutal qu'en 2001, puisque c'est la quasi-totalité du transport aérien qui fut interdit de vol, mais il n'est pas, tout comme il y a près de vingt ans, la cause profonde des faillites. La réponse des États de s'engager à hauteur de sept milliards octroyés à Lufthansa tout comme à Air France-KLM, près de deux milliards pour Alitalia, avant sa transformation en ITA, est bien plus massive et rapide que vingt-ans plus tôt. Elle vise à renforcer la faculté de résilience d'un secteur qui va se redessiner plus sensiblement encore, mais aussi du fait des considérations environnementales qui conditionnent les décisions

⁴⁷⁹ BIPLAN Pierre, Les compagnies aériennes entre la nation et la mondialisation, *Hérodote*, 2004/3 (N° 114), p. 56-70.

prises. Il s'agit ainsi, pour les compagnies aériennes historiques allemande et française, de se rapprocher de l'offre de train pour s'y reporter pour la première ou de renoncer pour la seconde, à toute desserte aérienne intérieure pour des trajets où le train est une alternative en moins de 2h30, non compris les vols assurant une correspondance vers et depuis une plateforme aéroportuaire.

330. Cependant, **alors que les compagnies survivantes en sortiront renforcées** et notamment au travers de leurs structurations du marché par des alliances commerciales plus ou moins étayées de participations financières croisées, **le risque est élevé que cette évolution le soit sur la base de décisions politisées par une volonté de maintenir une compagnie nationale.** Peut-être, comme nous le verrons plus tard, qu'il est temps de penser une concurrence durable fédérant des considérations multiples. Il s'agirait d'une part d'envisager un marché plus stable en évoquant un rapprochement entre compagnies historiques comme Lufthansa et Air France-KLM sinon à accélérer les réorganisations de celles-ci, entamées dès la saison estivale 2018/2019, comme semblent le vouloir les dirigeants de ces deux compagnies sur la base d'abandon de telles ou telles lignes, flottes d'avion ou marques⁴⁸⁰ par l'impérieuse nécessité de survivre à la crise sanitaire.

331. Les faillites, antérieures à cette crise et découlant d'un volcan islandais ou d'une grippe aviaire, avaient déjà généré, dans l'urgence, la mise en place d'un fonds de garantie pour rembourser les clients lésés, débat largement repris par les associations de consommateurs exigeant le remboursement des billets d'avion non utilisés du fait de la fermeture, en ce printemps 2020, des espaces aériens⁴⁸¹. D'ores et déjà, les positions fermes prises par la Commission européenne quant à l'obligation pour les compagnies aériennes de protéger le consommateur sont les bienvenues et plaident pour une « révolution industrielle » du secteur, déjà fortement réorganisé depuis son ouverture à la concurrence. Sur la base du règlement n° 261/2004⁴⁸², la Commission européenne a lancé, en mars 2021, une enquête sur

⁴⁸⁰ Joon est une compagnie aérienne française, filiale d'Air France, créée le 1er décembre 2017, elle effectue ses premiers vols à destination de Barcelone, Berlin et Lisbonne puis dès le 25 mars 2018, la compagnie effectue des vols long-courriers. La compagnie cesse ses opérations pour défaut de positionnement commercial à compter du 27 juin 2019 et fusionne avec Air France.

⁴⁸¹ BERROD Frédérique et SIMON-DOUTRELUINGNE Pascal, Encombrement d'avions et aides d'État : que reste-t-il des interdits européens ? <https://theconversation.com/encombrement-davions-et-aides-detat-que-reste-t-il-des-interdits-europeens-136873>, The Conversation, 3 mai 2020.

⁴⁸² Règlement (CE) n°261/2004 du 11 février 2004 établit des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol.

le remboursement des vols annulés pour cause de COVID-19, exigeant que les compagnies aériennes répondent aux autorités de protection des consommateurs dans un délai de trois semaines. À ce jour, cette action n'a pas abouti, au regret de la Cour des comptes de l'Union européenne⁴⁸³.

332. L'écosystème juridique difficilement mis en place donne à la Commission la possibilité de jouer un rôle de frein à ces concentrations et de protection des consommateurs, tout en permettant d'assurer innovation et attractivité du secteur. Mais cette fragilité ainsi décrite est prise en compte, de fait, par la règle de droit qui lors du contrôle des concentrations et des ententes entre compagnies aériennes, pallie ces faiblesses ou au moins tente de le faire. Ainsi, les alliances commerciales apparaissent comme des concentrations *soft*. Elles sont envisagées au travers de l'article 101 TFUE et non par le droit des concentrations, alors qu'en fait elles portent sur le même effet sur le marché. Ces remarques amènent la question de l'effectivité de la concurrence ainsi instaurée.

§ 2 – L'effectivité relative de la concurrence résultant de la libéralisation du secteur aérien

333. L'ouverture du ciel européen ne fut pas nécessairement envisagée comme permettant l'apparition de « nouveaux entrants » sur les anciens marchés sous monopole. Au mieux, il était attendu que les compagnies historiques se concurrencent sur leurs anciens marchés domestiques et confortent leur positionnement transcontinental par le jeu des alliances avec des compagnies aériennes nord-américaines et asiatiques. Finalement, il s'agissait plutôt d'assurer une nouvelle donne concurrentielle entre elles et ainsi augmenter le trafic aérien. Ce regard particulier sur le transport aérien permet de souligner une évolution importante et un traitement assez pragmatique des coopérations commerciales entre acteurs économiques du secteur (A).

334. Ces réactions d'autodéfense des compagnies historiques par une coopération entre concurrents sont le plus souvent appuyée par les États dont sont issues les compagnies « cheffes de file ». Elle permet de se déployer hors de ses frontières historiques, de devenir une compagnie mondiale et de profiter de différents marchés géographiques en répartissant

⁴⁸³ Cour des comptes européenne, Rapport spécial 15/2021 du 29 juin 2021, Droits des passagers aériens durant la pandémie de COVID-19 : malgré les efforts de la Commission, des droits essentiels n'ont pas été protégés.

les risques, tout en assurant à son territoire le rôle d'accès majeur au marché intérieur. Par ailleurs, ce remplacement d'un système fortement régulé entre compagnies aériennes, voire entre pays, par un système composé des dispositifs informatisés de distribution et de réservation est la partie émergée de l'iceberg « coopération commerciale » entre compagnies. Dès lors, l'analyse des accords entre les compagnies aériennes et leur prise en compte par les autorités régulatrices annoncent une réalité : contraintes de repenser totalement leurs stratégies, les compagnies aériennes ont fait preuve de créativité au point que d'autres secteurs font désormais référence à leurs innovations⁴⁸⁴. Cette créativité jugée de manière bienveillante par la Commission leur permet ensuite d'approfondir leurs liens et de constituer des entités économiques puissantes⁴⁸⁵ mettant en place une concentration multiforme du marché (B). **Dès lors, cela questionne de fait un contrôle plus ou moins intrusif de la Commission dans des affaires de concentration du marché complexes à traiter à la fois économiquement et juridiquement.**

A – La « consolidation » du marché par les coopérations commerciales

335. Les alliances commerciales établies sur une période de trois ans (1997-2000), Star Alliance⁴⁸⁶, Global One⁴⁸⁷ enfin Skyteam⁴⁸⁸, dépendent de la volonté des acteurs et de leurs attentes et se portent sur des périmètres différents. La majorité d'entre elles consistent en un ou plusieurs accords pouvant se combiner en fonction du degré de coopération. Au niveau le plus primaire, *l'interlining* permet la gestion des passagers voyageant sur des itinéraires

⁴⁸⁴ SAGLIETTO Laurence, Transport aérien et montée en puissance des systèmes informatisés de réservation, *Gérer et comprendre*, n° 75, mars 2004.

⁴⁸⁵ BOSCO David, Droit des concentrations, chronique, Concentration - Concurrence - Consommation, *Revue Jurisclasseur*, n° 8-9, août-septembre 2013.

⁴⁸⁶ Star Alliance est une alliance de 26 compagnies aériennes créée par Air Canada, United, Lufthansa, Scandinavian Airlines et Thai. Varig la rejoint la même année. Le 23 juin 2014, Air India est admise dans l'alliance.

⁴⁸⁷ Oneworld fut annoncée le 24 septembre 1998, quand American Airlines, British Airways, Canadian Airlines, Cathay Pacific et Qantas annoncent leur intention de former une alliance. Cette alliance a été lancée officiellement le 1er février 1999. Finnair et Iberia rejoignent l'alliance le 1er septembre de la même année. Le 1er avril 2020, Royal Air Maroc devient le douzième membre de l'alliance suivie le 31 mars 2021, par Alaska Airlines. LATAM Airlines quittera l'alliance le 1er mai 2020, en raison de la prise majoritaire de capital par Delta Airlines membre de Skyteam.

⁴⁸⁸ Skyteam est une alliance de compagnies aériennes qui unit, au 1er janvier 2019, 20 membres : Aeroflot, Aerolíneas Argentinas, Aeroméxico, Air Europa, Air France, Alitalia, China Airlines, China Eastern Airlines, CSA Czech Airlines, Delta Air Lines, Garuda Indonesia, Kenya Airways, KLM Royal Dutch Airlines, Korean Air, Middle East Airlines, Saudia, Tarom, Vietnam Airlines et Xiamen Air.

nécessitant plusieurs vols sur plusieurs compagnies aériennes⁴⁸⁹. Pour une alliance plus étroite, la pratique du partage de codes⁴⁹⁰ (*codeshare*) qui offre une plus grande sélection de vols et le groupement des programmes de fidélité⁴⁹¹ peut être prévue. Ces alliances sont indispensables pour les entreprises du secteur⁴⁹². Il s'agit de développer leur capacité à générer des flux de passagers⁴⁹³ et tenter de les maintenir face aux nouveaux entrants que furent les compagnies dites « du Golfe » et les TBC/LCC, comme faire face aux aléas politiques ou sanitaires⁴⁹⁴. L'intérêt est aussi dans leur possibilité d'échapper aux contraintes réglementaires qui existent encore du fait notamment de législations contraignantes sur les investissements. Pour mémoire, la réglementation européenne impose la détention à plus de 50 % et le contrôle effectif des transporteurs européens par des intérêts européens⁴⁹⁵.

336. Ces alliances ont-elles figé un système préexistant au règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires » en contrant l'arrivée de nouveaux entrants ? Lancé il y a plus d'une vingtaine d'années, le concept d'alliances permet souvent aux compagnies de contourner les contraintes réglementaires qui interdisent les fusions transcontinentales. Ces pratiques ont

⁴⁸⁹ Cet accord permet aux passagers de passer d'un vol sur une compagnie aérienne à un autre vol sur une autre compagnie aérienne, sans avoir à récupérer les bagages ou réaliser un nouveau check-in.

⁴⁹⁰ Des arrangements commerciaux dans lesquels deux ou plusieurs compagnies aériennes partagent le même vol. C'est à dire qu'une compagnie a la possibilité de publier et commercialiser un vol opéré par une autre compagnie sous son propre numéro d'identification de compagnie aérienne.

⁴⁹¹ Le groupement des programmes de fidélité et d'accès aux salons permet aux voyageurs de cumuler les mêmes points de fidélité et donc d'accéder aux mêmes avantages et qualités de service, tout en voyageant avec des compagnies aériennes différentes.

⁴⁹² SAGLIETTO Laurence et LEVY Denise, Etude morphologique du réseau des alliances stratégiques aériennes, *Métropolis – Flux* 2006/3 n° 65 | pages 17 à 32 DOI 10.3917/flux.065.0017, <https://www.cairn.info/revue-flux1-2006-3-page-17.htm>

⁴⁹³ En 2018 Star Alliance a maintenu sa position en tant que plus grande alliance de compagnies aériennes, avec 21,9% du trafic régulier total (en RPK). Viennent ensuite SkyTeam (18,8%) et Oneworld (15,4%). Source IATA.

⁴⁹⁴ Selon les chiffres datant de 2010 de l'association internationale du transport aérien (IATA), ces alliances représentaient près de 70 % du trafic mondial réparti pour 30,7% à Star Alliance, 19,8% à Skyteam et 17,7% pour Oneworld, contre environ 60% du trafic mondial en 2017, mais avec un renforcement sur certains marchés. Ainsi, en 2017, la part de marché des trois grandes co-entreprises (joint-ventures) transatlantiques est estimée à 73%. Données IATA 2017.

⁴⁹⁵ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte) et Règlement (UE) 2019/502 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 2019 relatif à des règles communes garantissant une connectivité de base du transport aérien eu égard au retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union.

Par ailleurs, la législation américaine concernant les investisseurs étrangers dans le secteur aérien, leur interdit de détenir plus de 25% d'une compagnie aérienne locale et limite leurs droits de vote à 24,9% d'après le rapport législatif n° 23 du 15 octobre 2014 concernant le Projet de loi autorisant la ratification du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part, <http://www2.senat.fr/rap/l14-023/l14-0234.html#fn37>.

largement été mises en œuvre autour de trois compagnies européennes. Aujourd'hui, plus de cinquante transporteurs, dont la totalité des grandes compagnies, à l'exception de celles du Golfe persique, appartiennent à l'une des trois alliances. **L'alliance sert donc d'objectif pour ces économies d'échelle, mais sans entamer les ressources financières qui seraient nécessaires à une véritable concentration d'entreprises.** Le transport aérien est, comme on l'a vu, une industrie qui a en effet des marges opérationnelles étroites qui imposent la recherche de toute synergie de coûts et de recettes. Les membres s'unissent aussi pour acheter les fauteuils des classes économiques ou les chariots de service en vol, ce qui représente des volumes d'achats considérables. Les alliances commerciales et capitalistiques telles que nous les connaissons actuellement ne sont pas nées immédiatement de la mondialisation et de la libéralisation. La première, Star Alliance, naquit, en mai 1997, sous une forme complète de programme de fidélisation, de partage de codes, voire de prises de participation. Elle fut suivie, en février 1999, par l'alliance Oneworld et rapidement après par la dernière, Skyteam, en juin 2000.

337. En effet leur maturation a été lente et précédée par des travaux d'approche entre partenaires potentiels et des expérimentations partielles de coopérations. Mais toutes sont basées sur une relation étroite et forcément transatlantique. British Airways et American Airlines, Lufthansa et United, enfin Air France (à l'époque) et Delta Air Lines⁴⁹⁶, ont complété leur alliance respective par des accords avec une compagnie asiatique, respectivement Japan Airlines et China Southern (OneWorld), Singapore Airlines et Air China (Star Alliance) enfin initialement avec Korean air, puis Jet Airways⁴⁹⁷ (2016-2019) et China Eastern (Skyteam). Correspondant pleinement à la définition d'une entente au sens de l'article 101 TFUE

⁴⁹⁶ La fusion entre Delta Air Lines et Northwest Airlines est annoncée en avril 2008 et totalement réalisée en 2010. Air France-KLM, Delta - Northwest créent une entité commune spécialisée dans les vols transatlantiques, et obtiennent le feu vert des autorités américaine et européenne - Non-opposition to a notified concentration (Case COMP/M.5181 — Delta Airlines/Northwest Airlines) - dans le cadre de l'accord euro-américain « Ciel Ouvert » sur la libéralisation du transport aérien.

⁴⁹⁷ En 2016 le groupe Air France-KLM signa un accord commercial la compagnie aérienne indienne Jet Airways forte de ses 25% de parts de marché sur le réseau intérieur. Ce renforcement des accords déjà en vigueur avec la compagnie indienne signés en 2014 pour Air France et début 2016 pour KLM impliqua le transfert du hub européen de Jet Airways de Bruxelles à Amsterdam, le hub de KLM, et l'accroissement de sa présence en Europe et aux États-Unis. Inversement Jet Airways apportait son réseau intérieur à KLM et Delta. <https://www.la Tribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/apres-le-rafale-air-france-klm-frappe-un-grand-coup-en-inde-avec-jet-airways-et-delta-600265.html> - Consulté le 22 mars 2019. Jet Airways a fait faillite en 2019. Ses repreneurs espèrent un retour dans les airs fin 2021. <https://www.air-cosmos.com/article/le-redmarrage-de-jet-airways-se-précise-23951> - Consulté le 25 janvier 2021.

paragraphe 1, si on en excepte les deux cas de discriminations, mentionnés aux points d) et e), ces alliances sont donc, en principe, soumises à l'interdiction des ententes, sauf si elles sont exemptées. Lors de leur constitution, elles auraient dû respecter les obligations de notification et validation par la Commission avant le règlement 1/2003. L'autre pan du cadre normatif, élaboré pour le transport aérien, fut jusqu'en 2004, la combinaison de deux règlements⁴⁹⁸.

338. Cette réglementation, notamment par une liste de onze exemptions⁴⁹⁹ pour des accords concernant le transport intra-européen, incluant, les accords de tarification - points g) et i) - ou encore les accords interlignes - point j) - facilitait considérablement l'exemption sans besoin de notification, remplissant en cela les orientations prises « lors de leur rencontre de juin 1986, les chefs d'État ou de gouvernement sont convenus que le marché intérieur dans le secteur des transports aériens devait être achevé d'ici 1992 dans le cadre des actions de la Communauté tendant à renforcer sa cohésion économique et sociale⁵⁰⁰. » Ce qui, dans l'approche ex ante du droit des concentrations, peut correspondre à un interventionnisme de la part de la Commission européenne, lors de son contrôle des alliances dépassant le seuil « communautaire ».

339. Le 3 juillet 1996, deux séries d'accords de coordination sont notifiées à la Commission par les compagnies Lufthansa et United Airlines et entre SAS et United Airlines. La Commission ouvre une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (devenu 102 TFUE) en vue d'examiner la compatibilité avec le droit de la concurrence. Dans ce cas, il s'agissait en effet d'une coopération commerciale qui aurait pu entraîner une position dominante en Europe, avec deux compagnies aériennes européennes comprises dans l'accord transatlantique, expliquant l'application de l'article 102 TFUE.

340. Le 18 septembre de la même année, elle fait de même pour l'accord de coordination tripartite conclu entre Lufthansa, SAS et United Airlines⁵⁰¹. Il est intéressant de rappeler les

⁴⁹⁸ Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens et Règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens.

⁴⁹⁹ Cf. Annexe n° 4 « modalités d'application des règles de concurrence », p 895.

⁵⁰⁰ Considérant n° 10 du Règlement (CEE) n° 3976/87, *supra*.

⁵⁰¹ Décision de la Commission du 28 octobre 2002 concernant l'alliance entre Lufthansa, SAS et United Airlines [affaires COMP/D-2/36.076/LH/UA et COMP/D-2/36.078/SAS/UA puis affaire COMP/D-2/36.201, Deutsche

conditions des engagements pris par les compagnies aériennes pour permettre la validation de leur alliance après six ans de procédure. La Commission, pour protéger une potentialité de concurrence, rend contraignante la restitution de créneaux aéroportuaires pour permettre l'arrivée des nouveaux entrants et donne acte aux compagnies qui « s'engagent à libérer un ou des créneaux à Francfort pour permettre à un ou à plusieurs nouveaux entrants potentiels de fournir des services aériens compétitifs nouveaux ou supplémentaires⁵⁰². » Dans le même temps, elle entérine des conditions qui, pour le moins, ne facilitent pas cette potentialité tant ce ou ces entrants ne peuvent bénéficier de celle-ci que si elle supplée une attribution classique. Il faut ainsi « [...] apporter la preuve que tous les efforts raisonnables qu'ils auront accomplis pour obtenir les créneaux nécessaires à la fourniture d'un tel service dans le cadre du fonctionnement normal de la procédure d'attribution des créneaux sont restés vains. »⁵⁰³ Enfin, le nouvel entrant doit être agréé par la Commission européenne et l'autorité nationale. Autant de conditions réglementaires qui peuvent dissuader un nouvel entrant et qui paraissent plutôt favoriser un opérateur déjà présent sur l'aéroport concerné.

341. Des trois alliances, Star est à la fois la plus ancienne, la plus puissante par le nombre et selon les différents critères précédemment évoqués, et la plus intégrée. Skyteam, la plus récente et la plus petite, possédait sur les décennies 2000/2010, la meilleure « dynamique » puisqu'elle faisait presque jeu égal avec Oneworld, pour la dépasser en 2004, avec l'intégration du réseau commercial de KLM-Northwest et pour un temps de Continental Airlines⁵⁰⁴. Pourtant les débuts furent hésitants, tant la peur de perdre en indépendance voire en souveraineté était encore présente et que l'aventure infructueuse de Sabena restait marquante, acquise par Air France (1992), puis par Swissair (1995), pour enfin, sous le nom de SN Brussels devenue Brussels Airlines, intégrer le groupe formé par Lufthansa en 2009. Ainsi au début des années 1990, Air France, sous la présidence de Bernard Attali, s'était rapprochée de Lufthansa, avait pris le contrôle de Sabena et de CSA et avait exploré du côté américain (Air

Lufthansa AG, Scandinavian Airlines System, United Airlines Inc.— procédure d'application de l'article 85 (ex-article 89) du traité].

⁵⁰² Communication de la Commission du 30 juillet 2002 concernant l'alliance entre Lufthansa, SAS et United Airlines [affaires COMP/D-2/36.201, 36.076, 36.078]

⁵⁰³ *Supra*, Communication concernant l'alliance entre Lufthansa, SAS et United Airlines.

⁵⁰⁴ Continental faisait partie de l'alliance de compagnies aériennes Wings Alliance et était partenaire de Northwest Airlines, KLM et Delta Air Lines. À ce titre, elle a fait partie de SkyTeam du 13 septembre 2004 jusqu'au 24 octobre 2009. Continental a fusionné avec United formant, en mars 2012, le groupe United Continental Holdings, membre de Star Alliance.

Canada, Continental et Aeromexico, cette dernière compagnie est actuellement membre de Skyteam). Mais il fallut attendre presque dix ans de plus et le redressement d'Air France pour voir cette recherche d'alliance se concrétiser par une prise de participation dans la compagnie belge, Sabena.

342. La désétatisation du marché l'aurait donc rendu contestable et le système d'alliances serait-il compatible avec cet état concurrentiel ? Les fonctions de coûts et de demande de marché étant données et connues, **la question que s'attache alors à analyser la théorie des marchés contestables est de déterminer le type de structure de marché qui devrait émerger d'un libre jeu des forces économiques.** La taille des compagnies étant déterminée par la position de la fonction de coût, le nombre de celles qui évolueront sur le marché sera fonction de la position de la fonction de demande de marché. Dès lors, à l'introduction d'éléments concurrentiels dans un marché monopolisé, de nombreuses entreprises anciennement détentrices de ce monopole ont réagi pour réduire ce coût et proposer une offre la plus large possible : alliances et partenariats commerciaux, fusions, et accords techniques dans un premier temps, puis recherche de complémentarité entre modes de transports dans un second temps, en se basant là encore sur le support matériel de cette concurrence, les aéroports ou les gares ferroviaires et routières. La réactivité des compagnies aériennes européennes, face à la concurrence américaine et à la libéralisation de leur marché déjà marqué par une grande volatilité, a entraîné la mise en place d'une stratégie de diversification des activités, une réorganisation des lignes autour de plaques tournantes (plateformes), la création d'un outil marketing pour l'optimisation des rendements et le développement de centrales transactionnelles (Amadeus notamment et pour ne citer que la plus importante), ainsi que d'une globalisation de l'offre au travers d'une politique systématisée d'alliances.

343. Ces éléments de stratégies ont été rendus possibles par deux pratiques que l'on peut présenter dans un ordre chronologique, tant on peut se demander si l'une ne précède pas nécessairement l'autre pour aboutir à une structuration du marché tout à fait particulière et assurant la contestabilité des marchés.

344. Les trois alliances de compagnies aériennes, Skyteam, menée par le groupe Air France-KLM, Oneworld, formée autour de British Airways, et Star Alliance, regroupée derrière la Lufthansa, sont créées sur une base transatlantique. Car depuis juin 1919 et la première

traversée sans escale d'ouest en est de l'Atlantique Nord⁵⁰⁵, les liaisons transatlantiques représentent un symbole fort et une réalité économique incontournable. D'environ 211 000 passagers en 1948, à près de 2,5 millions en 2008 au plus fort des conséquences de la crise économique⁵⁰⁶, à 8,6 millions en 2019⁵⁰⁷. Cette formidable course à la taille que représentent ces alliances mondiales repose sur une économie industrielle au sens de ce que celle-ci

« [...] s'intéresse au fonctionnement des marchés et des industries, à la façon dont les firmes se font concurrence sur ces marchés. L'économie industrielle approfondit l'analyse de la concurrence entre firmes en mettant l'accent aussi sur les variables non tarifaires (stratégies de publicité, de différenciation, investissements en R&D...), par une double approche positive (explicative des faits) et normative (construction de théories, analyse du bien-être). »⁵⁰⁸

345. Ainsi, toutes ces alliances représentent la logique de développement du transport aérien sur la base d'un service qui se veut toujours plus attractive pour le futur passager : « *the way the earth connects* » proclame, par exemple, le slogan choisi par Star Alliance.

346. Cette stratégie est déployée à partir d'un réseau puis d'une consolidation de ce secteur sur la base d'une politique commerciale bien identifiée, mais qui *a priori* est interdite au sens de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). « Un passager veut aller partout ; une compagnie ne peut le transporter partout »⁵⁰⁹. C'est ce constat qui a poussé les compagnies aériennes traditionnelles à développer des réseaux à l'échelle de la planète sur la base d'une maîtrise de leurs coûts et de la recherche constante de synergies, accompagnées en cela par le droit de l'UE, qui suivait la logique de l'OCDE de démultiplication de l'offre par une concurrence sur les mêmes lignes. Dans l'impossibilité financière et réglementaire de créer des réseaux de vols globaux pour répondre aux besoins des entreprises et des hommes d'affaires, les transporteurs ont préféré unir leurs forces et combiner les réseaux des différents partenaires - via des plateformes aéroportuaires - et les rendre commercialisables à tous les membres, grâce à une arme absolue, le partage des codes,

⁵⁰⁵ Traversée effectuée par les Britanniques John ALCOCK et Arthur BROWN, entre Saint John's à Terre-Neuve et Clifden en Irlande.

⁵⁰⁶ TREVIDIC Bruno, www.lesechos.fr/05/06/2008/LesEchos/20187-124-ECH_le-trafic-aerien-transatlantique-donne-des-signes-de-recession.htm - Consulté le 18 août 2013.

⁵⁰⁷ Ministère chargé des transports, Observatoire de la concurrence, tab. n°16, https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Observatoire_2019.pdf - Consulté le 26 juin 2020.

⁵⁰⁸ BOURREAU Marc et VERDIER Marianne, <http://ses.telecom-paristech.fr/bourreau/iren.htm> - Consulté le 30 août 2013, *op. cit.*

⁵⁰⁹ GLISZCZYNSKI Fabrice www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/20120514trib000698428/star-alliance-skyteam-oneworld-quel-avenir-pour-les-alliances-du-ciel-.html - Consulté le 23 juin 2013.

mais sans formaliser dans un premier temps une concentration par prise de participation voire de la majorité du capital.

347. Ce système de partage de codes permet en effet à une compagnie de placer ses numéros de vols sur des lignes d'un partenaire, lui permettant un suivi des passagers et d'identifier ainsi les recettes qu'elle génère dans le chiffre d'affaires de sa partenaire. Elle vend donc un service, des sièges, sans pour autant utiliser ses propres avions, ni de personnels supplémentaires. On évoque dans ce cadre la notion de capacités décommerciales. À moindres frais, chaque membre étend ainsi son réseau de manière considérable. En jouant sur d'autres outils marketing (partage des salons dans les aéroports, réciprocity des programmes de fidélité, combinaisons tarifaires...), les alliances captent et fidélisent ainsi la clientèle d'affaires et génèrent des recettes additionnelles sans investissements d'infrastructures importants.

348. Comme évoqué précédemment, la qualité et la quantité des membres de celle-ci font son succès. Ainsi, SkyTeam représente douze ans après sa création, dix-neuf compagnies qui assurent plus de 15°000 vols et a transporté 552 millions de passagers. Actuellement, ce sont 676 millions de passagers et 15°445 vols. Cette importance lui a permis de négocier avec les autorités aéroportuaires londoniennes pour regrouper toutes ses compagnies partenaires sur le terminal 4 de London-Heathrow sur un marché britannique où aucune des compagnies membres n'opère historiquement contrairement à OneWorld⁵¹⁰, dominée côté européen par British Airways.

349. Les trois grandes alliances aériennes fonctionnent toutes de manière différente, avec des niveaux d'intégration variables, finalement conçus au cas par cas. La plus élaborée, institutionnellement, est sans conteste Star Alliance, dont le chef de file est Lufthansa. Elle a un statut juridique, un siège à Francfort et ses propres employés. Les avantages souvent mentionnés lors de la conclusion d'un accord sont les commandes d'avions en commun. On peut se demander pourquoi les autres compagnies aériennes n'orientent pas leur politique de réduction des coûts dans cette direction tant les économies sont possibles par la mise en

⁵¹⁰ 15 transporteurs membres ont transportés 340 millions de passagers à partir de 8 800 vols quotidiens - fr.oneworld.com/news-information - Consulté le 23 juin 2013.

concurrence d'Airbus et de Boeing⁵¹¹. Plus classiquement, cette alliance permet un système de réservation identique, enregistrements à un même guichet, partages de codes, mêmes salons VIP, carte de fidélisation, accumulation de miles, etc. Ils ont comme objectif d'abaisser les coûts d'une compagnie. À l'inverse, Iberia, membre de Oneworld, continue de faire cavalier seul et enregistre ses bagages sous sa propre enseigne dans nombre d'aéroports, à l'image de cette alliance emmenée par British Airways, sans conteste la plus souple par rapport à la concurrente Star Alliance.

350. L'intensité de la coopération est aussi une question de temps nécessaire pour appréhender culture et démarche commerciales différentes. Dans les premières années de son existence, Skyteam s'est contenté d'être un « regroupement commercial » de six transporteurs évoquant pour les organiser, les politiques marketing, de ventes, d'organisation du réseau, etc. La volonté de ce format d'alliance peut-être analysé comme un « round d'observation » que les compagnies aériennes établissent pour mieux appréhender et maîtriser les pratiques commerciales et les logiques de réseau. Puis dès qu'Air France négociait âprement une entrée de KLM dans cette alliance, d'une simple coopération, il est apparu qu'un changement de philosophie pouvait être nécessaire pour renforcer le poids et l'influence d'une compagnie dans son alliance. Dès lors, ces grandes alliances ont préfiguré à plus long terme des fusions, initiant une véritable concentration du secteur de l'aviation civile. Dans la série d'acquisitions dans le ciel européen des trois leaders (Iberia pour British, KLM pour Air France ou Swiss-Austrian-Brussels Airlines pour Lufthansa), les prises de participations furent peu mises en œuvre entre compagnies hors UE ou à des niveaux relativement modestes, tenant compte des limitations réglementaires, notamment en termes d'obtention de licence d'exploitation et de contrôle capitalistique, tant nord-américaine qu'européenne. Ces limitations imposent en effet, pour obtenir une licence d'exploitation pour l'Union européenne⁵¹², que l'entreprise de transport aérien, qui requiert une telle autorisation de fourniture de service, soit détenue à plus de 50 % et effectivement contrôlée

⁵¹¹ LAMIGEON Vincent, le vrai prix des avions d'Airbus et de Boeing, www.challenges.fr/salon-du-bourget-2013/20130612.CHA0743/le-vrai-prix-des-avions-d-airbus-et-de-boeing.html - Consulté le 23 juin 2013.

⁵¹² Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte) et Règlement (UE) n°2019/502 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 2019 relatif à des règles communes garantissant une connectivité de base du transport aérien eu égard au retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union.

par des États membres et/ou des ressortissants d'États membres. **Ce contrôle se fait soit directement, soit indirectement par le biais d'une ou de plusieurs entreprises intermédiaires.**

351. Malgré cette contrainte importante, le renforcement de ces coopérations semble donc inévitable du point de vue commercial, du moins dans le contexte de la mondialisation. Il se concrétise par l'élargissement des alliances et questionne le sort des compagnies non incluses dans des alliances. L'évolution des partages de codes liée à la stratégie des alliances est un bon indicateur. À partir de cette pratique commune à toutes les alliances, on peut classer les alliances selon leur degré d'intégration⁵¹³. Dès 2005, plus de la moitié des vols de Star Alliance et de Skyteam avaient plusieurs codes appartenant à leurs partenaires. Oneworld, qui est considérée comme l'alliance la moins intégrée, a une partie de ses vols ayant des partages de codes beaucoup plus faible, mais en croissance également. La décision annoncée le 1^{er} juillet 2012 par Finnair de rejoindre l'alliance Oneworld n'est qu'un exemple supplémentaire de cette stratégie de partage. On peut, enfin, citer Star Alliance qui a accueilli, le 29 novembre 2012, la compagnie du sud de la Chine, Shenzhen Airlines. Cette arrivée conforte sa première place, par la taille, et concentre davantage encore le marché avec plus de 66% du trafic mondial assuré par des compagnies membres d'alliances. **Le marché ainsi reconfiguré n'a que peu évolué ces dernières années, hormis la co-entreprise entre Air France-KLM, Virgin et Delta** créée en février 2020. La première raison est l'extrême concentration des compagnies universelles autour des trois pôles déjà évoqués. Le sort d'ITA, ex-Alitalia est la continuité dans l'alliance Skyteam et ne permet donc pas de rebattre les cartes entre Lufthansa, British et Air France-KLM. La seconde explication vient du fait de l'attentisme du secteur pour envisager de nouvelles alliances, cette fois-ci, entre modèles économiques historiques et à bas coûts. La pandémie de COVID-19 pourrait avoir, sur ce point, un effet de révélateur des intentions et des projets.

352. Dans la continuité de ce « mercato » aérien, une double perspective se dessine pour les coopérations internationales. La première intéresse le marché asiatique, comme un continuum géographique. En 2018, l'IATA estimait, sous réserve des développements géopolitiques comme les relations entre la Chine et ses voisins maritimes, que le trafic de

⁵¹³ STRALE Mathieu, Géographie mondiale des alliances de compagnies aériennes, A world geography of airlines alliances, *Belgeo*, 4, p. 437-464, 2006.

passagers devrait presque doubler d'ici 2035, passant ainsi de 3,8 milliards à 7,2 milliards de passagers, et la région Asie-Pacifique serait le moteur principal de la demande avec près de la moitié des passagers transportés en 2035. Bien sûr, ce fort potentiel de croissance pour les compagnies aériennes reste sujet à un redémarrage complet après la pandémie de SARS-CoV2, mais la Chine, qui a repris plus tôt que n'importe quel autre État ses vols intérieurs, est en passe de détrôner les États-Unis, comme marché le plus important en termes de trafic depuis, vers et à l'intérieur du pays. Sur cette même période, l'IATA évoquait un horizon nouveau, attribuant à l'Inde la troisième place au détriment du Royaume-Uni, tandis que l'Indonésie rentrerait dans le top dix à la place de l'Italie. Complétant ce tableau, parmi les cinq marchés avec la croissance la plus rapide en ce qui concerne les passagers additionnels par an, on retrouve la Chine à la première place, l'Inde à la troisième place derrière les États-Unis, puis l'Indonésie et le Vietnam.

353. Ces évolutions, sous réserve de la reprise du trafic aérien, montrent qu'il est crucial pour les compagnies aériennes de se positionner sur ce marché en pleine croissance. Les compagnies régulières européennes l'ont compris, et ont toutes noué des partenariats tactiques et stratégiques avec des compagnies asiatiques pour accroître leurs réseaux de destinations dans cette région et gagner des parts de marché. **Ces partenariats bilatéraux ou au travers de l'adhésion à une alliance commerciale ont tous commencé par des accords de *codeshare*, mais ce sont les modèles de compagnie commune, ou *joint-venture*, qui permettent le plus efficacement de s'implanter sur ce marché en plein essor et de passer outre les barrières à l'entrée de la région.**

354. La seconde perspective représente une nouveauté tout à fait remarquable, celle de nouvelles formes d'alliances adaptées aux compagnies à bas coûts. Certaines des alliances mondiales ont décidé de s'ouvrir à ces compagnies. C'est le cas de Star Alliance avec le programme Star Alliance Connecting Partner. Lancé en mai 2017 avec Juneyao Airlines, compagnie aérienne chinoise basée à Shanghai, ce programme permet aux compagnies à bas coûts, indépendantes ou filiales de compagnies membres, de créer des liens commerciaux avec ces mêmes compagnies membres de l'alliance. Dans ce cadre, les clients fréquents de l'alliance peuvent alors bénéficier de services et privilèges de mêmes niveaux sur les itinéraires impliquant au moins une compagnie membre et une compagnie partenaire.

355. Enfin, une nouvelle forme de partenariat se développe du côté des TBC/LCC à savoir,

le *virtual interlining*⁵¹⁴. Initié par easyJet avec le programme Worldwide by easyJet, le *virtual interlining* diffère de l'*interlining* ou du *codeshare* en permettant de combiner des routes opérées par plusieurs compagnies, *low cost* ou régulières. Les billets sont distribués sur la plateforme de réservation easyJet. La correspondance est facilitée par des produits complémentaires proposés par des aéroports partenaires, comme Londres-Gatwick avec GatwickConnect ou Milan-Malpensa avec ViaMilano. La compagnie *low cost* Norwegian ainsi que les compagnies régulières Corsair et La Compagnie font partie des premières à avoir adhéré au programme. La compagnie *low cost* britannique a d'ailleurs d'ores et déjà prévu l'inclusion dans son programme Worldwide de sept autres aéroports, dont Paris-Orly et CDG.

356. L'alliance entre compagnies aériennes est une réponse engageant *a priori* peu voire aucun capital. On peut comprendre qu'elle fut un instrument privilégié et que celui-ci devait être utilisé au mieux, répondant à un souhait d'innovation commerciale. L'exemple certes éphémère (1989-2004) de Wings⁵¹⁵ est illustratif de choix à faire pour établir ces alliances, comme coopérations commerciales plus ou plus approfondies ou comme prémisses à une concentration capitaliste. Wings Alliance était le nom de travail d'une proposition d'alliance de compagnies aériennes qui devait être fondées par les transporteurs américains Northwest Airlines et Continental Airlines des États-Unis avec les transporteurs nationaux européens KLM des Pays-Bas et Alitalia d'Italie. Bien que ces compagnies aériennes aient coopéré entre elles par le biais du partage de codes et de la coordination des programmes de fidélisation, aucune association officielle n'a jamais été annoncée. Elle est devenue superflue en septembre 2004 lorsque la plupart de ses participants ont rejoint l'alliance SkyTeam. Cependant la maîtrise des coûts peut aussi passer par une recherche d'économie d'échelle et donc par une croissance externe. Swissair en fut l'un des exemples par sa politique d'acquisitions tous azimuts, accompagnant celles-ci de la première véritable alliance commerciale avec le programme « Qualifyer », initié par la reprise du capital de la compagnie belge, Sabena. L'alliance Wings et le programme Qualifyer, pour précurseurs que fussent ces expériences, sont aussi les marqueurs d'une typologie des alliances en fonction de l'intensité

⁵¹⁴ <https://www.sia-partners.com/fr/actualites-et-publications/de-nos-experts/les-partenariats-entre-compagnies-aeriennes-strategie-de> - Consulté le 21 novembre 2020.

⁵¹⁵ Coopération entre KLM et Northwest en 1989 qui reposait sur un partage de codes et une prise de participation Dans le cadre du développement de son réseau mondial, la KLM acquiert une participation de l'ordre de 20 % dans la compagnie Northwest Airlines en juillet 1989, portée à 25% en 1994.

des liens qu'elles nouent entre les compagnies aériennes, donnant à méditer sur les avantages et inconvénients d'une stratégie de concentration. **Ce qui correspond, au sens de cette étude avec l'idée de mansuétude de la Commission européenne, comme pour contraster avec les exigences du contrôle des concentrations ou des ententes, en fonction de la coloration prise par la consolidation du marché.**

B – La coopération pour favoriser la concentration capitalistique : toujours plus de consolidation du marché.

357. L'évocation de ces deux pionnières, Wings en 1989, puis en 1995, celle d'un réseau plus large, initié par feu Swissair, est annonciatrice des alliances actuelles. Northwest et KLM avaient commencé à coopérer en 1989, pour se développer sur fond d'accord de « ciel ouvert » entre les Pays-Bas et les États-Unis dès 1992, devançant les duos United/Lufthansa ou British Airways/USAir. Mais la formation de Star Alliance en 1997, dirigée par United Airlines et Lufthansa, a représenté une nouvelle orientation pour le marketing des compagnies aériennes. Les passagers pouvaient réserver des itinéraires sans rupture à travers les horaires coordonnés des transporteurs membres, accumuler et échanger des miles dans le cadre de leur programme préféré, et bénéficier d'un accès réciproque aux salons et d'autres privilèges réservés aux voyageurs d'élite. En septembre 1998, American Airlines, British Airways, Qantas, Canadian Airlines et Cathay Pacific ont annoncé la création d'une alliance rivale, Oneworld.

358. Face à cette alliance d'un nouveau type, les compagnies aériennes encore « non alignées » ont manœuvré pour former leurs propres partenariats. Swissair et Sabena ont construit un réseau autour du programme Qualiflyer quand Air France et Delta Air Lines ont annoncé un partenariat qui allait devenir l'alliance SkyTeam. Northwest et KLM, qui avaient commencé à coopérer avec Continental en 1998, n'ont pas immédiatement réorganisé leur relation tripartite en une troisième alliance concurrente. Profitant de ses liens capitalistiques, KLM a pu étendre avec Northwest, son partenariat à Alitalia à compter du 1er novembre 1999, complété en décembre, par Continental portant à quatre le nombre de membres de l'alliance naissante. Cette initiative qui semblait prometteuse a subi trois contrecoups importants, la remettant définitivement en cause.

359. La Commission européenne a lancé une enquête le 3 juillet 1996 sur la relation entre KLM et Northwest qui ne lui avait jamais été notifiée. Ensuite, alors que dans le cadre de son partenariat, Northwest prend une participation dans le capital de Continental, le ministère de la Justice des États-Unis décide d'entamer la première procédure « *anti-trust* » depuis l'ouverture à la concurrence du secteur en 1978⁵¹⁶. Enfin, KLM et Alitalia se sont affrontés au sujet de l'accès au nouvel aéroport international de Malpensa, à Milan. KLM dont l'activité était basée sur l'aéroport de Linate, qui était surchargé, s'est vu comme la plupart des compagnies non italiennes transférée dans le nouvel aéroport de Malpensa (1998), beaucoup plus loin de Milan (45 km) que Linate (16 km), « réservé » à Alitalia par le gouvernement italien. Alitalia a rejoint SkyTeam, tandis que KLM tergiversait sur une éventuelle fusion avec British Airways, un transporteur de Oneworld. L'enquête de la Commission a été clôturée fin juillet 2002,⁵¹⁷ validant sans réserve la coopération, mais l'élan novateur de KLM pour former une véritable alliance fut finalement perdu et ne survit pas à l'annonce, le 23 août 2002, par Delta Air Lines d'un accord de coopération avec Northwest et Continental, amorçant la fusion entre KLM et Air France deux ans plus tard. En 2003, KLM a entamé des négociations en vue de fusionner avec Air France, transporteur de SkyTeam, qui ont abouti début 2004, tandis que Continental Airlines et Northwest ont commencé à négocier leur propre entrée. KLM, Northwest et Continental ont officiellement rejoint SkyTeam en septembre 2004, rendant l'alliance Wings officiellement défunte.

360. Cette imbrication des considérations, politiques et commerciales se retrouvent aussi dans une autre tentative, elle aussi éphémère se terminant elle aussi au début des années 2000 (1995-2003). Alors qu'en 1995 le gouvernement belge cède 49,5 % du capital de la société Sabena à l'actionnaire SAirGroup (Swissair), cette dernière entreprend une rénovation complète de la flotte d'appareils Airbus au sein de la compagnie belge ainsi que l'inscription de celle-ci dans le réseau stratégique nommé « Qualiflyer » rassemblant la TAP,

⁵¹⁶ Northwest Airlines a le 6 novembre 2000 qu'il allait rétrocéder l'essentiel de ses parts dans Continental Airlines, acquises en 1998, de façon à transiger et éviter un long procès au nom des lois antitrust. Cette prise de participation de Northwest avait été effectuée pour parer un rachat de Continental par Delta Air Lines. Ce contrôle avait permis aux deux compagnies des échanges de passagers, la fusion des programmes de fidélisation, et ont connecté leurs réseaux respectifs. <https://www.lesechos.fr/2000/11/northwest-airlines-va-retrocéder-le-essentiel-de-ses-parts-dans-continental-756039>

⁵¹⁷ Communication de la Commission du 30 juillet 2002 concernant l'alliance entre KLM Royal Dutch Airlines et Northwest Airlines, Inc. [affaire COMP/D-2/36.111 — Procédure d'application de l'article 85 (ex-article 89) du traité CE]

AOM, Air Liberté (deux autres de ses filiales), puis Turkish Airlines, Volare et Air Europe. Cette première coopération commerciale va perdurer, malgré les vicissitudes du groupe Swissair, jusqu'en janvier 2003 et être l'archétype des relations plus ou moins sereines entre composantes d'une alliance commerciale. Réduite début 2002 à un programme de fidélisation Qualiflyer, alors que les différentes compagnies membres de Qualiflyer (SN Brussels, TAP, AirLib, Lot, Swiss) poursuivent désormais des stratégies différentes, notamment en matière d'alliances, qui révèlent encore d'autres formes de coopération. Ainsi, Swiss en ayant participé à deux alliances, avant d'être intégrée à Star Alliance, montre les difficultés de constituer de tels regroupements. Après avoir tenté pendant plusieurs mois d'entrer dans l'alliance OneWorld en 1999, une fois admise, elle se retrouve en opposition face aux exigences de British Airways d'intégrer son programme de fidélité, ce qui lui imposait une transparence totale de ses clients les plus fidèles. La compagnie helvétique postule alors chez Star alliance, dominée par Lufthansa, son adhésion sera effective en 2006. Là encore, elle doit surmonter une autre difficulté, l'opposition d'Austrian Airlines qui avait des réticences dues à sa plateforme viennoise si proche de celle de Zurich. **L'alliance est une forme de coopération, qui, sans avoir été menée jusqu'à la fusion, suppose une proximité suffisante pour installer de la confiance entre les membres tout en associant des parties qui ont des offres au fond complémentaires.**

361. L'adhésion à une alliance pose enfin la question de la répartition en territoire de l'offre de transport. Ainsi, alors que les appréhensions autrichiennes sont levées par un accord de maintien de la plateforme de Vienne qui avait pu craindre de la concurrence avec celle de Zurich, c'est l'intégration progressive (2005-2007) de Swiss dans le groupe Lufthansa qui entraîne des réactions, tant le risque de disparition de l'aéroport de Zurich, comme *hub*, était réel ce qui aurait eu comme conséquence de rendre la Suisse dépendante des plaques tournantes allemandes de Francfort et Munich. **On retrouve alors la question du lien entre une compagnie porte-drapeau et la souveraineté nationale, que la désétatisation imposée par l'Europe ambitionnait pourtant d'amoindrir.** Ces alliances structurent ensuite le marché européen, se rapprochant clairement des comportements interdits en principe par l'article 101 TFUE.

362. Face à ces trois géantes, Qualiflyer, l'« alliance des petits », que Swissair avait donc entrepris de construire autour d'elle avec pour partenaire Delta, n'a pas survécu. Elle a été

évincée par Air France comme pilier européen qui reprenait le partenariat Delta. Cette alliance ne rassemblait alors plus que onze compagnies qui, par ailleurs, n'avaient comme point de départ qu'un seul et même continent. Finalement, cette alliance ne survécut pas au « crash » économique de Swissair et de Sabena en 2001. La consolidation du marché fut l'œuvre d'une mise en perspective, celle de compagnies aériennes européennes bien trop « petites » par rapport à leurs consœurs nord-américaines, partenaires dans leurs alliances respectives. Face à ce constat, la poursuite de l'alliance s'est accompagnée par une concentration capitalistique du secteur, quasi systématiquement validée par l'autorité de la concurrence. Ainsi, seuls les deux tentatives de rapprochement entre compagnies irlandaises - Ryanair/Aer Lingus⁵¹⁸ - et le premier projet de fusion entre les deux compagnies aériennes grecques⁵¹⁹ ont été rejetés. Ces trois situations correspondent à des marchés contraints par leur insularité et pour lesquels ces fusions auraient créé un monopole, ce que la Commission refusa d'entériner. En revanche, dans toutes les autres affaires, comme la fusion Air France-KLM, la constitution du Groupe Lufthansa (avec Brussels Airlines, Swiss ou Austrian Airlines) ou encore la fusion British Airways et Iberia pour donner le groupe IAG pour ne citer que les plus importantes, la concurrence n'était pas atteinte selon l'enquête de la Commission. Au contraire, cette concurrence se trouvait même favorisée par la constitution de compagnies aériennes puissantes pouvant assurer un accès indispensable au territoire européen et garantir sa compétitivité dans la compétition internationale.

363. La libéralisation du marché est ici clairement mise en perspective au niveau mondial, pour favoriser des champions européens. Dans une certaine mesure, on retrouve cette notion dans les orientations de la politique industrielle européenne, initiée par le commissaire BRETON⁵²⁰. Le secteur aérien semble sur ce point avoir été dérogatoire pour être, aujourd'hui, préfigurateur des évolutions du marché européen.

364. Certaines compagnies font aussi le choix d'augmenter le niveau de coopération par

⁵¹⁸ Le 27 juin 2007, la Commission européenne annonce sa décision d'interdire à nouveau le projet de rachat d'Aer Lingus par Ryanair en justifiant que ces deux compagnies contrôlent plus de 80 % de tout le trafic à l'aéroport de Dublin et que cela conduirait à une situation de quasi-monopole.

⁵¹⁹ Finalement acceptée, deux ans plus tard, pour éviter la faillite de l'une d'entre elles. (Décision dans l'affaire COMP/M.6796 — 9 octobre 2013 concernant la fusion entre Aegean Airlines et Olympic Air.)

⁵²⁰ Communication de la Commission du 10 mars 2020, Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe, COM(2020) 102 final, reprise dans la Communication de la Commission du 5 mai 2021, Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020: construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe, COM(2021) 350 final.

la création d'une *joint-venture* afin d'optimiser les avantages de la pure alliance. L'enjeu est, en effet, de s'attaquer à d'autres marchés en partageant les capitaux investis et les risques tout en réduisant les éventuelles barrières politiques à l'entrée. Cette forme de coopération est un proche substitut à une fusion au sens juridique, car elle implique une coordination des principales fonctions des compagnies aériennes sur les liaisons concernées, y compris la planification, la tarification, la gestion des recettes, le marketing et les ventes. Les compagnies communes sont généralement créées entre deux régions spécifiques dans le monde, à l'instar du groupe Lufthansa, à la fois membre de la *joint-venture* J+, avec ANA (All Nippon Airways), et de A++, avec United et Air Canada. De la même façon, American Airlines est membre d'une *joint-venture* transatlantique avec British Airways, Finnair et Iberia d'un côté, et d'une *joint-venture* transpacifique avec Japan Airlines. Cette forme de partenariat séduit les compagnies aériennes depuis quelques années et concentre maintenant une partie majeure du trafic aérien mondial. En effet, en 2017, la part de marché des trois grandes *joint-ventures* sur le long courrier transatlantique est estimée à 73 %⁵²¹. À elle seule, la compagnie commune transatlantique d'Air France – KLM représentait, au premier semestre 2017, 20 % de la capacité transatlantique globale, avec 250 vols transatlantiques quotidiens. Cette part de marché est amenée à croître encore en 2018, grâce au renforcement de la *joint-venture* avec Delta Air Lines par suite de l'entrée de cette dernière au capital d'Air France – KLM.

365. Ces *joint-ventures* peuvent en effet être renforcées par une prise de participation capitalistique augmentant, de façon plus cohérente, la relation entre les acteurs. On observait, par exemple depuis 2012, de nombreuses prises de participation entre les compagnies Delta, Air France – KLM, China Eastern, et Virgin Atlantic. Ces prises de participation permettaient, ainsi, de rapprocher la *joint-venture* « Transatlantique » (AF - KLM, Delta et Alitalia) de celle composée par Delta-Virgin Atlantic. Air France – KLM, dans le cadre du plan « *Trust Together* », a aussi décidé de renforcer son intégration commerciale avec ses principaux partenaires, lui permettant de bénéficier d'une position de marché élargie, de tirer profit d'une mise en commun des réseaux de distribution, mais aussi de proposer une offre mondiale à ses clients sur chaque marché.

366. Par ailleurs, les compagnies ont aussi appris de ce que leur demandait la Commission

⁵²¹ <https://www.sia-partners.com/fr/actualites-et-publications/de-nos-experts/les-partenariats-entre-compagnies-aeriennes-strategie-de> - Consulté le 19 décembre 2020.

européenne qui, dès 1987, rappelait que c'était à elles d'envisager *a priori* la validité de leurs accords commerciaux ou rapprochements capitalistiques. Ainsi,

« [...] étant donné les caractéristiques particulières des transports aériens, il appartient en premier lieu aux entreprises elles-mêmes de veiller à ce que leurs accords, décisions ou pratiques concertées soient conformes aux règles de concurrence et qu'il n'est donc pas nécessaire de les obliger à les notifier à la Commission⁵²² ».

367. L'acquisition d'Air Europa par IAG, annoncée en 2019, va indéniablement dans ce sens. Pour en rappeler le contexte, il importe de préciser que cette fusion vise à renforcer la présence du groupe, et de son alliance, en Amérique latine et dans les Caraïbes. La transaction évaluée à 1 milliard d'euros porte sur une flotte de 66 appareils desservant 69 destinations, ayant transporté 11,8 millions de passagers en 2018, pour un chiffre d'affaires de 2,1 milliards d'euros et un bénéfice opérationnel de 100 millions d'euros. Au-delà de ces chiffres, c'est la dimension stratégique de l'acquisition du réseau d'Air Europa, et particulièrement le marché transatlantique en direction de l'Amérique du Sud qui est l'objet de la transaction.

368. Certes, cette partie du monde ne représente qu'une part modeste du trafic aérien mondial, mais elle est aussi l'une des plus prometteuses. D'après l'IATA, les destinations Amérique latine et Caraïbes ont généré 4 % des RPK (revenus / passager / kilomètre) internationaux en 2018, mais ont connu la plus forte augmentation parmi toutes les régions avec une croissance de 10 %. Pour IAG lui-même, en nombre de passagers, l'Amérique latine et les Caraïbes représentent la plus forte croissance du groupe entre septembre 2018 et septembre 2019 (+ 14 %). L'objectif est donc clairement affiché d'une augmentation de 19 % du trafic international avec cette partie du monde, due en grande partie, au trafic assuré par Iberia, l'autre fleuron d'IAG, la part de marché du groupe devrait passer à 26 % grâce à la vingtaine de nouvelles destinations desservies par Air Europa, parmi lesquelles le Brésil, le Chili, Cuba, l'Argentine, l'Uruguay, la Colombie. Cependant, cette affaire Air Europa est une difficulté de plus pour Air France-KLM. Partenaires depuis une quinzaine d'années, le groupe français et Air Europa (tous deux membres de l'alliance Skyteam) avaient conclu en juillet 2019 un accord de *joint-venture* d'une durée de 10 ans pour exploiter de manière conjointe les liaisons aériennes entre l'Europe et l'Amérique centrale et du sud. Cet accord devenant caduc,

⁵²² Considérant 9 du Règlement (CEE) n°3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens, *supra*.

Air France-KLM reporte ses espoirs sur son partenaire Delta Air Lines pour compenser le départ d'Air Europa par l'arrivée de Latam Airlines.

369. Ce marché potentiel aiguise les appétits et particulièrement pour un secteur qui se regroupe de plus en plus autour de ces alliances. Ainsi quelques semaines plus tôt, Delta est entrée au capital de la compagnie chilienne Latam Airlines⁵²³ à hauteur de 20 % (1,9 milliard USD). Cette concentration eut une double conséquence. D'abord elle entraîna de fait, le basculement de celle-ci de Oneworld à Skyteam. Ensuite, elle signifia la fin des accords de partage de code avec American Airlines, associée de British Airways. La combinaison alliance commerciale/concentration *stricto sensu* permet cet enchaînement des effets liés à la concentration.

370. **Les arguments concurrentiels⁵²⁴ des effets de la libéralisation se précisent dans cet enchevêtrement de coopérations diverses et sont bien connus de l'analyse des effets potentiels de telle ou telle concentration⁵²⁵.** L'importance des effets de masse par la concentration capitaliste et le réseau d'alliances commerciales, l'organisation interne d'un regroupement pour une meilleure desserte du globe sont les éléments essentiels de cette concurrence mondialisée, reposant par ailleurs sur un réseau d'aéroports pivots⁵²⁶. Par exemple, au sein d'IAG, Air Europa serait placé dans le giron d'Iberia comme c'est déjà le cas pour les compagnies espagnoles Vueling, Level (opérée par la compagnie française Openskies - anciennement L'Avion - au départ d'Orly) et Air Nostrum. L'idée est là encore de pouvoir préparer pour accompagner une très probable fusion de certaines de ces marques afin de mieux identifier la nouvelle compagnie à l'aéroport de Madrid. Cet aéroport, qu'autorités espagnoles et compagnies aériennes souhaitent dynamiser, doit être une nouvelle plateforme incontournable entre l'Asie et l'Amérique latine, comme une route « sud » par rapport aux accès que sont Londres/Paris/Francfort. Il s'agit ici de reprendre l'argument de la connectivité

⁵²³ LATAM Airlines Chile anciennement LAN Airlines S.A. Elle a fusionné en 2016 avec la compagnie brésilienne TAM pour former la nouvelle compagnie LATAM. Les autorités de défense de la concurrence sud-américaines approuvent la fusion, sous condition que le nouveau groupe abandonne quatre paires de *slots* quotidiens à l'Aéroport international de São Paulo-Guarulhos pour éviter une position abusivement dominante et qu'il renonce à l'une des alliances dont faisaient partie les deux anciennes compagnies (Star Alliance pour TAM, Oneworld pour LAN).

⁵²⁴ https://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/joint_alliance_report.pdf, A report by the European Commission and the United States Department of Transportation, nov. 2010.

⁵²⁵ Pour une analyse complémentaire de la situation avant 2011, cf. PAPY Romain, L'aviation commerciale et le droit antitrust, 2011, *supra*.

⁵²⁶ Nouvelle dénomination qui serait issue de la refonte du Règlement de 1993.

du pays, objectif régulièrement évoqué dans toute la réglementation et autre ligne directrice concernant ce secteur particulier des transports.

371. Il n'en reste pas moins que la transaction ne pourra être finalisée qu'après accord de la Commission européenne. Alors qu'IAG contrôlerait quasiment tous les transporteurs majeurs en Espagne, d'autant plus que la compagnie colombienne Avianca est en grande difficulté, placée en mai 2020 sous la protection du Chapitre 11 de la loi de protection contre les faillites aux États-Unis. Il restera donc Volotea comme concurrent majeur, même si sa base madrilène est peu développée, amenant le marché espagnol à un oligopole restreint, une des formes de la concurrence imparfaite au sens de la théorie économique. L'accord entre Volotea et AIG annoncé en mars 2020 est à ce titre une idée novatrice, pertinente à double titre. Il s'agit dans un premier temps de devancer les réticences de la Commission européenne en permettant à un concurrent de se développer. Car afin de faciliter l'approbation de cette opération par les autorités de l'Union européenne, Iberia se devait d'anticiper, de sorte qu'après son acquisition d'Air Europa, Volotea commencerait à exploiter les liaisons pour lesquelles la Commission européenne pourrait considérer que l'entrée d'un nouveau concurrent se révèle nécessaire. Volotea ouvrirait entre deux et quatre nouvelles bases en Espagne et exploiterait certaines liaisons dans les aéroports espagnols qui sont actuellement couvertes par Iberia et/ou Air Europa, qui lui cèderaient pour cela les créneaux aéroportuaires nécessaires. Volotea est la compagnie appropriée pour cet accord envisageant les engagements à proposer pour aider à la validation de la concentration. Elle est une compagnie aérienne espagnole indépendante d'IAG et elle renforcerait considérablement sa croissance en Espagne et augmenterait sa connectivité, pour se classer parmi les cinq principales compagnies aériennes opérant dans le pays.

372. Le ministre espagnol des Transports José Luis ABALOS s'est dit favorable à ce « mariage⁵²⁷ », qui avait été négocié entre les dirigeants d'Air Europa et Iberia, sous son égide. La décision de la Commission est particulièrement attendue quant aux arguments sur les aides d'État, mais surtout sur cet exemple d'une concentration à « vocation défensive ». On peut aussi envisager que cet argument soit le plus pertinent tant l'accord AIG / Volotea entraînerait une meilleure connectivité entre régions du Sud de l'Europe. C'est une augmentation des

⁵²⁷ Propos repris par www.airjournal.fr – Consulté le 15 mai 2020.

lignes et des créneaux entre les communautés autonomes, en particulier les Canaries et Baléares, mais également la Galice, le Pays basque et les Asturies. En Espagne, Volotea exploite déjà 92 lignes et a transporté 1,4 million de passagers en 2019.

373. C'est d'autre part, un changement de modèle économique pour Volotea, qui a initialement concentré son modèle sur des liaisons avec de petites et moyennes villes européennes pour récemment étendre son offre à de grandes villes européennes. C'est le cas de l'aéroport Athènes qui est devenu en 2018 son premier *hub* majeur. Cette nouvelle approche du marché, s'est confirmée en juillet 2021, quand Volotea a officialisé un accord de partage de code avec Aegean Airlines, avec pour objectif d'augmenter ses capacités de 34 % par rapport aux niveaux d'avant la pandémie de COVID-19. La volonté est de capitaliser sur sa réussite commerciale, dépassant en 2021, le cap des 35 millions de passagers transportés depuis son lancement en 2012.

374. Cette étude du système des alliances commerciales fait apparaître un dernier dossier sensible par nombre de ses aspects. La compagnie Alitalia n'a été créée, sous sa forme actuelle, qu'après la Seconde Guerre mondiale. En 1946, les anciens alliés contre les forces fascistes et nazies initient avec l'appui de Trans World Airlines (TWA) et de British European Airways (BEA qui deviendra British Airways en 1974) la création d'Aerolinee Italiane Internazionali et Linee Aeree Italiane (LAI), qui finirent par fusionner en septembre 1957. La difficulté récurrente pour Alitalia de trouver sa place dans un groupe voire une alliance est en effet éclairante de l'impérieuse nécessité de pouvoir s'allier et donc s'adosser à un réseau le plus large possible de compagnies partenaires, alors que la compagnie italienne, entre la forte diminution du trafic aérien par suite des attentats dits du « 11 septembre » 2001 et la forte concurrence des *low cost* sur son marché, ne connaît plus d'exercice comptable bénéficiaire depuis 2002⁵²⁸.

375. Ballotée entre KLM (2001), Air France (2002), Air France-KLM (2005), Etihad (2014), l'annonce conjointe faite en 2019, par la société italienne des chemins de fer FS (Ferrovie dello Stato) et Delta Air Lines de reprendre ensemble Alitalia, concurrencée par l'offre de Lufthansa est finalement repoussée au bénéfice d'un projet de nationalisation en 2020. Il semble que son sort soit définitivement scellé par l'annonce de la faillite de l'entreprise,

⁵²⁸<https://www.infomeduse.ch/2020/12/13/reprise-dalitalia-disparition-dun-nouveau-symbole-du-transport-aerien/> - Consulté le 20 décembre 2020.

recréée sous une autre forme, ITA.

376. Ces attermolements sont d'abord le fruit d'une concurrence vive sur le marché italien, destination touristique par excellence, vers qui converge toute l'Europe du Nord-Est et Nord-Ouest. Près de vingt compagnies TBC/LCC desservent ainsi ce pays auxquelles il faut ajouter les compagnies dites universelles. En 2018, Alitalia a ainsi transporté 22 millions de passagers dans le monde, contre 91 millions pour easyJet, 142 millions pour Ryanair et quelque 180 pour Lufthansa et Delta Air Lines. Alitalia réalisait 2 % de part de marché en Europe, et elle transportait 8 % des passagers internationaux qui transitent en Italie. En Italie, sa part de marché plafonna à 14 %, loin derrière les 25 % de Ryanair. Les hésitations actuelles des décideurs politiques et économiques autour du sort de l'ancienne compagnie Alitalia continuent de porter toutes les attentions sur l'avenir de la nouvelle compagnie italienne, dont le premier vol commercial a eu lieu en octobre 2021. Alitalia, longtemps considérée comme « l'homme malade du transport aérien européen » est à ce titre un exemple de la faiblesse du secteur, comme a pu l'être Swissair au début des années 2000, malgré les aides importantes apportées par les autorités italiennes⁵²⁹.

377. Parce que la concurrence s'opère classiquement sur deux offres, sur les prix et sur l'offre de transport, le bilan à tirer relève d'un paradoxe. L'offre de transport aérien - qui devait être accrue et variée dans ses tarifs comme dans ses destinations du fait de la démonopolisation - n'est pas venue de nouvelles compagnies aériennes offrant les mêmes services que les compagnies historiques, mais de compagnies à bas coûts ainsi que des trains à grande vitesse, particulièrement en France, mais également dans le reste de l'Europe occidentale. **Il est, alors, apparu une sorte de décalage de la concurrence, remettant fortement en cause les compagnies aériennes historiques, identifiant un nouveau besoin dans le développement des aéroports en y incluant l'intervention de la puissance publique.** Ces nouveaux entrants, Ryanair fondée en 1985 puis qui prend pleinement place en 1994 et easyJet (1995), ont apporté une industrialisation d'une offre déjà existante, les vols charters, mais qui n'était ni régulière ni pérenne. En agissant sur leurs produits au travers des horaires

⁵²⁹ 2006/176/CE: Décision de la Commission du 7 juin 2005 concernant le plan industriel de restructuration d'Alitalia [notifiée sous le numéro C(2005) 1651] de 1, 4 milliards d'euros ou précédemment, 2001/723/CE: Décision de la Commission du 18 juillet 2001 concernant la recapitalisation de la compagnie Alitalia [notifiée sous le numéro C(2001) 2349] pour un montant équivalent. Il importe de rappeler qu'en 2001, le chiffre d'affaires d'Alitalia était de 4 milliards d'euros.

et des destinations (départ comme arrivée), de l'anticipation des difficultés d'acheminement (liaison par train dans l'aéroport), du choix des services associés à l'achat de son vol, la création de la compagnie easyJet fut à cet égard un exemple remarquable⁵³⁰ d'une nouvelle approche du service offert et de sa tarification.

378. Cette nouvelle concurrence, sans pourtant avoir été complètement anticipée par les autorités européennes, fut véritablement une remise en cause, parfois brutale, d'un marché qui avait atteint une cartellisation offrant peu de possibilités de choix de vols hors des trois alliances ou éventuellement des compagnies d'États tiers non compris dans ses coopérations commerciales.

§3 – L'offre alternative des compagnies à bas coûts (TBC) comme principal facteur de concurrence dans le ciel unique européen

379. L'ouverture du ciel européen ne fut donc pas envisagée comme pouvant créer l'apparition de nouveaux entrants. Elle fut plutôt pensée afin d'assurer une nouvelle donne concurrentielle pour ainsi augmenter le trafic aérien. Avant que n'apparaisse le véritable aiguillon concurrentiel venu de l'offre de transport à bas-coûts, les compagnies nationales savaient jouer de l'offre charter, précurseur des compagnies comme Ryanair et easyJet, tant pour la cantonner à une certaine saisonnalité que pour en utiliser les capacités de sièges en cas de fluctuation de la demande sur certaines de leurs destinations. L'apparition de cette offre fut jugée révolutionnaire dans les années 1990. Appliquant la notion de différenciation verticale, en proposant des produits répondants au même besoin, mais qui sont de qualité différente, cette qualité objective ou subjective (persuader ses clients que le produit était de meilleure qualité que celui des concurrents) permet alors une concurrence pour partie hors prix. Les programmes de fidélisation et d'acquisition de nouveaux clients par différents moyens (rapidité des services de livraison, qualité du service après-vente et du produit, innovation, dynamisme du service commercial) va dépendre de la plus ou moins grande substituabilité des produits offerts par les compagnies concurrentes et par leur capacité à persuader les acheteurs des différences intrinsèques existant entre produits.

380. Tout le pari des compagnies *low cost* fut de pérenniser cette offre pour fidéliser les

⁵³⁰ FRIEDRICH Alexandre, easyJet, p.26, Editions Allia, 2013.

clients des compagnies historiques ou en attirer de nouveau, dans l'optique de la démocratisation des transports. Ces TBC/LCC apparaissent aujourd'hui sur les marchés domestiques européens comme les véritables concurrents des compagnies universelles. Selon l'OACI, cette offre à bas coûts a enregistré une croissance constante à un rythme supérieur à la croissance moyenne mondiale, et leur part de marché a continué d'augmenter tant dans les économies avancées que dans les économies émergentes. En 2018⁵³¹, les spécialistes du vol « pas cher » ont transporté environ 1,3 milliard de passagers, soit environ 31 % du nombre total de passagers réguliers dans le monde. Cette part de marché des transporteurs à bas coûts était la plus élevée en Europe, représentant 36 % du nombre total de passagers transportés dans la région, suivie par l'Amérique latine / Caraïbes (35 %), l'Amérique du Nord (30 %) et la région Asie / Pacifique (29 % du trafic réalisé par des compagnies à bas coûts).

381. Le succès impressionnant de cette offre⁵³² tient en une idée assez classique pour tout entrepreneur, réduire ses coûts pour maximiser son profit (A), mais qui fut transformée en un autre argument commercial, celui d'une marque unique, mais partout présente. En cela, l'offre à bas coûts est incarnée par deux sociétés : Ryanair pour avoir popularisé le modèle *low cost* en Europe et easyJet pour en avoir fait un modèle économique⁵³³ (B).

A – La révolution de l'offre à bas coûts : un nouveau modèle concurrentiel

382. Le premier transporteur aérien *low cost*, Southwest naît en 1971. Son fondateur, Herb KELLEHER, veut transposer les mêmes prix que l'industrie naissante des vols charters à une compagnie régulière. Pour cela, il faut réduire la taille des sièges, optimiser le taux d'occupation en modulant les tarifs selon la période de réservation, réduire le temps passé au sol par les avions et supprimer des services (repas, journaux). Aujourd'hui, Southwest, dont le *business model* sera copié quinze ans plus tard par Ryanair et easyJet, est devenue la première compagnie américaine, avec plus de 700 avions et près de 160 millions de passagers

⁵³¹ Les chiffres préliminaires publiés par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), le 2 janvier 2019, indiquent qu'un total de 4,3 milliards de passagers ont été transportés par avion sur des services réguliers en 2018, soit une augmentation de 6,1% par rapport à l'année précédente.

⁵³² BEIGBEDER Charles, Rapport pour le Secrétariat d'État à la Consommation et au Tourisme Le « *low cost* » : un levier pour le pouvoir d'achat, 12 décembre 2007 ou encore COMBE Emmanuel, Le *low cost*, une révolution économique et démocratique, Fondation pour l'innovation politique, *fondapol.org*, novembre 2013.

⁵³³ En 2018, le trafic annuel d'easyJet a augmenté de 10,2 % sur l'exercice, pour atteindre 88,5 millions de passagers et place la compagnie au deuxième rang des compagnies européennes, derrière Ryanair.

transportés en 2018, mais la cinquième en passager(siège)/kilomètre⁵³⁴, l'offre totale de sièges, en prenant le transport d'un voyageur sur une distance d'un kilomètre, correspondant à son faible rayonnement transcontinental.

383. Les premières liaisons ont été assurées à partir des îles britanniques vers les régions françaises, pour une clientèle constituée en grande majorité de touristes attirés par les ressources du territoire français. Le grand nombre d'aéroports en France a facilité leur ancrage dans les régions. Puis les résidents français – et la clientèle d'affaires – sont venus grossir la clientèle étrangère au fur et à mesure du développement du réseau. Au total, en 2008, plus de quarante aéroports étaient desservis par des transporteurs à bas coûts. Pour certains d'entre eux (Beauvais, Carcassonne, Bergerac et Nîmes), ce sont leurs seuls opérateurs. De plus, certains aéroports connaissent une forte dépendance vis-à-vis d'un seul transporteur, source de fragilité si le principal exploitant décidait de se retirer. La répartition des passagers par marché témoigne du caractère toujours dominant du Royaume-Uni dans l'activité des Transporteurs à bas coûts, suivi par l'Espagne et l'Italie. On note le fort développement des relations avec le Maroc, désormais 4^e marché international (11^e en 2006 lors du démarrage des TBC marocains, Atlas Blue et Jet4You). Le marché France-Maroc (4,6 millions de passagers en 2008) a bénéficié de l'arrivée en force du groupe easyJet, de Ryanair et de Transavia France, faisant passer à 39 % du marché la part assurée par les TBC/LCC. En effet, à la suite de la signature de l'accord aérien Union européenne-Maroc en décembre 2006, Ryanair a mis en place plusieurs liaisons au départ de Marseille. EasyJet, qui desservait Bâle-Mulhouse-Marrakech a inauguré des vols au départ de Paris-CDG et de Lyon tandis que Transavia France confortait sa présence sur le Maroc en augmentant le nombre de destinations depuis Paris-Orly. En conséquence, la part de trafic des trois principaux transporteurs traditionnels (Air France, RAM et Aigle Azur) a dans le même temps chuté rapidement, passant de 54,4 % du trafic en 2007 à 45,7 % en 2008.

384. En 2011, ce modèle est renforcé lorsque le gouvernement américain donne son accord au rachat de sa rivale AirTran Airways, pour un montant d'un milliard de dollars. Southwest s'empare ainsi de sa rivale quatre fois plus petite, mais au réseau fortement

⁵³⁴ Les cinq plus importantes compagnies aériennes, classées selon le nombre total de passagers-kilomètres sur des vols réguliers : 1. American Airlines (330,6 milliards) - 2. Delta Air Lines (330 milliards) - 3. United Airlines (329,6 milliards) - 4. Emirates (302,3 milliards) - 5. Southwest Airlines (214,6 milliards).

complémentaire. Southwest Airlines voulait absolument s'emparer d'AirTran pour la qualité de son réseau dans le nord-est des États-Unis, en particulier à Atlanta et Washington, visant une concurrence directement de Delta Air Lines et « feu » US Airways. Elle opère actuellement vers 72 destinations dans 36 États américains, soit 3 400 vols par jour, auxquels viendront s'ajouter les 1 000 effectués par AirTran vers 70 villes aux États-Unis, Mexique et dans les Caraïbes. Les autorités avaient estimé en effet que la compagnie résultant de la fusion était en mesure d'offrir des routes qu'aucune des deux parties n'opérait jusque-là. Il s'agit alors de la troisième fusion majeure dans le ciel américain en trois ans, après celle de Delta et Northwest (2008) et celle unissant United Airlines et Continental Airlines (2010). Il faudra attendre 2015, pour la dernière opération de concentration, avec l'absorption d'US Airways par American Airlines.

385. Permettre à tout le monde de voyager en faisant baisser les prix du transport, c'est en France aussi le credo de Jacques MAILLOT lorsqu'il fonde Nouvelles Frontières en 1968, dont la philosophie du « Faire payer le prix du marché, mais pas plus » rencontrait déjà en 1981, les critiques d'Air France et des pouvoirs publics, reprochant des vols bradés vers les Antilles comme autant de « concurrence déloyale ». Ce débat sur cette base se poursuit actuellement sous l'angle de l'information due aux consommateurs, laquelle doit être la plus complète possible dans l'offre initiale, que cela soit la TVA due ou les frais prélevés en cas de paiement par une carte de crédit⁵³⁵ ou encore la politique de tarification des services rendus.

386. Ce positionnement tarifaire est donc l'objet régulier de contentieux, ce qui relève d'un certain paradoxe. Alors, que l'offre à bas coûts est censée apporter la clarté la plus grande quant aux services que l'on rémunère, distinguant le trajet et son niveau de confort, le bagage, les services annexes (priorité à l'embarquement et à la sortie de l'avion), cette hypothèse ne semble pas se vérifier. Ainsi, le 20 février 2019⁵³⁶, l'Autorité de concurrence italienne a infligé des amendes à Ryanair (trois millions d'euros) et Wizz Air (un million d'euros) pour pratiques commerciales déloyales. Il était reproché à ces deux compagnies d'imposer au voyageur de payer pour un bagage à main ne rentrant pas sous le siège, au titre de leurs nouvelles règles appliquées aux bagages à main. Mais, sur la base de l'argument de la transparence tarifaire,

⁵³⁵ Arrêt de la Cour du 23 avril 2020 dans l'affaire C-28/19, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle, Ryanair Ltd c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust ; ECLI:EU:C:2020:301

⁵³⁶ <https://fr.euronews.com/2019/02/22/ryanair-et-wizz-air-condamnes-a-des-amendes-en-italie> - Consulté le 3 juin 2020.

l’Autorité italienne considéra que cette pratique permettait à Ryanair d’augmenter ses prix de manière non transparente, considérant que le bagage à main, puisque supplément inévitable et prévisible, devait être inclus dès la première publication du prix du billet d’avion sur internet. Même si le tribunal administratif régional⁵³⁷ a annulé la décision au motif que Ryanair n’imposait aucune restriction sur le poids du bagage à main et qu’en l’absence de texte formulant des mesures minimales, la compagnie aérienne était libre d’adapter sa politique de bagages à main, la décision, en novembre 2019, d’un tribunal espagnol jugea que la politique de bagages à main de Ryanair était « abusive » et ne pouvait plus être appliquée en Espagne⁵³⁸. **Cette réaction des consommateurs, singulièrement dans deux des principales destinations touristiques d’Europe, semble montrer que la logique poussée jusqu’au bout de dissocier toutes les prestations les unes des autres, pour les tarifer en leur singularité, montre une limite en termes de protection du consommateur.**

387. Près de quarante ans plus tard, le développement du segment des transporteurs à faibles coûts se poursuit à un rythme supérieur à celui des compagnies régulières : mesurée en sièges-kilomètres offerts (ASK), la capacité des compagnies à bas coûts (TBC/LCC) a augmenté de 13,4 %, soit presque le double du taux de croissance de l’ensemble du secteur (6,9%). Les *low cost* représentaient 21 % de la capacité mondiale en 2018, en hausse par rapport au taux de 11 % enregistré en 2004. Si on considère les sièges offerts, la part mondiale des TBC/LCC en 2018 était de 29 %, reflétant le caractère court-courrier de leur modèle d’affaires. Cette part de marché était de 16 % en 2004. Quelque cinquante-deux des deux cent quatre-vingt-dix compagnies aériennes actuellement membres de l’IATA disent appartenir à la catégorie des TBC/LCC ou suivre un autre modèle d’affaires nouveau.

⁵³⁷ https://www.tourmag.com/Bagages-Ryanair-condamnee-en-Italie-pour-pratique-commerciale-incorrecte_a97538.html#:~:text=En%20effet%2C%20C3%A0%20la%20fin,homologue%20hongrois%20d'un%20million – Consulté le 16 mai 2020.

Et

LEPIECE Annabelle, <https://cms.law/fr/bel/publication/la-cour-de-justice-de-l-ue-clarifie-la-transparence-du-prix-d-un-billet-d-avion> – Consulté le 16 mai 2020.

⁵³⁸ https://lentreprise.lexpress.fr/un-tribunal-ordonne-a-ryanair-de-supprimer-le-supplement-pour-les-bagages-cabine_2108262.html#:~:text=Un%20tribunal%20espagnol%20a%20ordonn%C3%A9,ses%20conditions%20g%C3%A9n%C3%A9rales%20de%20vente. – Consulté le 16 mai 2020.

388. Or ce modèle repose sur une autre caractéristique que les prix attractifs. Les compagnies à bas coûts et donc à bas-tarifs sont dites de point-à-point et sur cette caractéristique, il y a aussi une rupture. Alors que leurs consœurs traditionnelles à réseaux sont développées sur un axe formé par un aéroport majeur, le plus souvent desservant la capitale nationale, la montée en puissance de ces TBC n'a pas été envisagée comme une réelle menace. Il n'y avait, pour les compagnies historiques, de concurrence qu'entre TBC, les premières estimant que la clientèle n'était pas vraiment la même, au prétexte que les passagers des compagnies à bas coûts et à bas tarifs n'auraient pas les mêmes contraintes de temps qu'un client des navettes Air France ou de lignes entre deux capitales européennes. L'autre argument avancé fut que les trajets vers les aéroports régionaux, supports de ce modèle *low cost*, étaient trop éloignés et mal commodes pour pleinement concurrencer les compagnies universelles. On perçoit le manque d'anticipations et de connaissances du marché aérien, par les compagnies historiques.

389. C'est certainement cet aspect de l'argument concurrentiel qui a fait changer durablement le rapport de force et qui a pu expliquer les critiques formulées par les compagnies historiques quant aux décisions de la Commission à propos des aides d'État au développement des aéroports régionaux et au démarrage de nouvelles liaisons, deux objectifs très largement réaffirmés en 2012⁵³⁹. **La Commission oriente, en effet, les instruments juridiques que sont les aides d'États pour le développement de nouvelles liaisons aériennes et pour relier une région d'Europe à une autre.** Toutes les compagnies aériennes doivent, selon elle, avoir accès, dans les mêmes conditions, aux aides au démarrage que pourront accorder les aéroports, même si cela doit particulièrement intéresser les compagnies à bas coûts, qui ont largement fondé leur développement sur l'exploitation de telles lignes.

390. *« Ce développement rend l'offre de services aériens en Europe plus vaste et plus abordable pour les consommateurs européens : c'est un signe de la réussite de la politique d'ouverture à la concurrence du ciel européen qui a été voulue par la Commission européenne dès 1992. La Commission entend poursuivre dans cette voie et continuera donc d'assurer des conditions de*

⁵³⁹ Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur la modernisation de la politique en matière d'aides d'État COM(2012) 209 final du 8 mai 2012.

concurrence équitables pour tous, associée au respect des plus hauts niveaux de sécurité, dans le ciel européen »⁵⁴⁰.

391. Le développement commercial des compagnies à bas coûts est sensiblement différent. Celui de Ryanair se fait à partir d'aéroports régionaux comme celui de Beauvais-Tillé, de Girona ou encore Charleroi-Bruxelles Sud, quand celui d'easyJet se porte sur des aéroports dits secondaires comme Paris-Orly ou Bâle-Mulhouse. Volotea dont l'axe premier de développement correspond à la desserte exclusive de grandes métropoles régionales, confirme qu'il y a cependant une même logique.

392. Il s'agit pour ces compagnies d'une nouvelle offre à partir d'une association de fait entre aéroports parfois délaissés et compagnies aériennes tenant à trouver un axe commercial pour concurrencer les compagnies historiques sur leur proche marché domestique et européen. Ainsi, pour le seul espace aérien français, deux millions de passagers ont été transportés par les TBC/LCC en 2000 dont 300 000 sur les seules lignes intérieures quand vingt-quatre millions l'ont été en 2008 (1,5 million sur les lignes intérieures) et 62,3 millions en 2019⁵⁴¹. Le rythme moyen de croissance annuelle atteint 36 % comparé à 3,2 % pour le trafic global français sur la même période. Ce constat chiffré se double d'un autre, celui des catégories d'aides faisant l'objet d'un contentieux. Le développement des aides au développement d'infrastructures aéroportuaires régionales a remplacé le contentieux ancien qui portait sur les mesures de sauvetage des compagnies aériennes⁵⁴², même si celui-ci fut de nouveau important du fait des mesures de soutien des États aux compagnies face à la crise de la COVID-19⁵⁴³.

393. Les compagnies aériennes historiques et universelles se sentent dangereusement concurrencées par les *low cost* et la pression contentieuse va se porter sur l'attribution d'aides d'État aux aéroports et plus ou moins directement aux opérateurs aériens. Sans être la

⁵⁴⁰ Commission Européenne, Communiqué de presse, Aides d'État : la Commission lance une consultation sur les nouvelles règles en matière d'aides d'État applicables aux aéroports et aux compagnies aériennes, IP/13/644, 03 juillet 2013.

⁵⁴¹ Ministère des transports, DGAC, Observatoire de la concurrence, 2019.

⁵⁴² Décision de la Commission du 27 juillet 1994 concernant l'augmentation de capital notifiée d'Air France dans l'affaire n°94/653/CE ou la décision 2013/199/UE de la Commission, du 25 juillet 2012, concernant l'aide d'État SA.29064 accordée à Aer Lingus. Cette dernière sera partiellement annulée par le Tribunal, le 5 février 2015, dans un arrêt rendu dans l'affaire T-473/12, Aer Lingus Ltd c/ Commission, ECLI:EU:T:2015:78.

⁵⁴³ Le dernier litige en date, l'arrêt du Tribunal du 14 juillet 2021 dans l'affaire T-677/20, Ryanair et Laudamotion contre Commission, ECLI:EU:T:2021:465.

seule⁵⁴⁴ ou à l'appui d'autre requérante⁵⁴⁵, la compagnie aérienne Ryanair développe une politique de guérilla judiciaire, contestant ainsi régulièrement les aides individuelles, sous prétexte⁵⁴⁶ ou non⁵⁴⁷ de crise sanitaire, comme les décisions la privant du bénéfice d'aides accordées par les aéroports où elle opère. Dans ce débat, il est intéressant de rappeler que l'une des premières affaires de contentieux concernant le transport aérien porte sur des aides d'État, le Tribunal validant l'aide du gouvernement irlandais pour la restructuration de la compagnie historique Aer Lingus⁵⁴⁸.

394. La période actuelle de pandémie de la COVID-19 qui réactive des réflexes nationaux d'aides aux seules compagnies porte-drapeau est teintée d'esprit de revanche puisqu'elle inverse la tendance. Les premières actions de la société Ryanair contre les aides « COVID-19 » suédoises⁵⁴⁹ et françaises,⁵⁵⁰ dans le cadre de l'assouplissement temporaire des règles européennes⁵⁵¹, augurent de contentieux révélateurs d'une nécessité de positionnement clair de la Commission quant au régime des aides d'État, huit ans après la modernisation de celui-ci.

395. Les contentieux portant sur les décisions de la Commission européenne qui valida les plans de sauvetage des compagnies aériennes pour donner suite à l'arrêt des liaisons

⁵⁴⁴ Pourvoi formé le 23 juillet 2020 par easyJet Airline Co. Ltd contre l'arrêt du Tribunal (première chambre élargie) rendu le 13 mai 2020 dans l'affaire T-8/18, easyJet Airline/Commission, dans l'affaire C-343/20 concernant l'aide d'État SA33983 (2013/C) (ex 2012/NN) (ex 2011/N) – Italie – Compensations versées aux aéroports sardes pour des obligations de service public (SIEG).

⁵⁴⁵ Arrêt du Tribunal du 11 juillet 2019 dans l'affaire T-894/16, Société Air France c/ Commission européenne, tendant à l'annulation de la décision (UE) 2016/1698 de la Commission, du 20 février 2014, concernant les mesures SA.22932 (11/C) (ex NN 37/07) mises à exécution par la France en faveur de l'aéroport de Marseille Provence et des compagnies aériennes utilisatrices de l'aéroport.

⁵⁴⁶ Notamment les arrêts du Tribunal rendus le 17 février 2021 dans les affaires T-259/20 et T-238/20, Ryanair DAC/Commission, puis du 14 avril 2021 dans les affaires T-388/20 et T-378/20, T-379/20, Ryanair DAC/Commission, à propos des aides d'État accordées par la Suède, France, Danemark et Finlande.

⁵⁴⁷ Notamment les cinq arrêts du Tribunal du 13 décembre 2018, dans les affaires T-165/16, concernant l'aéroport de Leipzig Altenburg-Nobitz, ECLI:EU:T:2018:952 ; T77/16 (Zweibrücken), ECLI:EU:T:2018:947 ; T-53/16 (Nîmes), ECLI:EU:T:2018:947 ; T-165/15 (Pau-Béarn), ECLI:EU:T:2018:952 et T-111/15 (Charente), ECLI:EU:T:2018:953.

⁵⁴⁸ Arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998 dans l'affaire T-140/95, Ryanair Limited c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:1998:201, ayant pour objet une demande d'annulation de la décision de la Commission, du 21 décembre 1994, autorisant le gouvernement irlandais à payer la deuxième tranche de l'aide au groupe Aer Lingus approuvée par la décision 94/118/CE de la Commission, du 21 décembre 1993, concernant l'octroi par l'Irlande d'une aide au groupe Aer Lingus.

⁵⁴⁹ EC Decision, Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Scandinavian Airlines, Case n°SA.57061, 24.04.2020.

⁵⁵⁰ Décision de la Commission du 24 avril 2020, concernant la Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France, Affaire n°SA.57082.

⁵⁵¹ *Supra*, Communication de la Commission sur l'Encadrement temporaire des « mesures d'aide d'État COVID-19 » du 20 mars 2020 (2020/C 91 I/01).

aériennes en mars 2020 explicitent à nouveau la nécessité d'une nouvelle réforme des aides. **Si la crise révèle que l'Europe est nécessaire quand les États n'arrivent plus à faire face, comme en témoignent les transferts de patients, la production commune de masques ou la relocalisation de la production de médicaments essentiels, elle implique aussi une nouvelle responsabilité ; celle de construire une Europe résiliente.** Les États doivent donc verser des aides aux compagnies aériennes d'abord pour maintenir les emplois, mais aussi pour les aider à définir leur transition écologique et plus précisément la mobilité durable.

396. Pour Air France, pour que l'aide accordée soit rentable et que l'entreprise devienne la plus « protectrice de l'environnement » au monde, des conditions réclamées par la Commission européenne augurent nombre de réformes comme la réduction du nombre de lignes, le départ de personnel, la modernisation de la flotte et la réduction du court-courrier. Quels critères vont servir à mesurer l'effectivité de ce changement de modèle de services aériens durables ? La Commission européenne a été attentive à ces détails de la mécanique d'allocation d'une aide aussi massive pour l'autoriser dans le respect du *Green Deal*. Les aides d'État pour la reconstruction des compagnies aériennes, dans ce nouveau cadre, s'imposent alors comme une évidence et pas comme une alternative.

397. Les arrêts du Tribunal du 17 février 2021 dans les affaires française⁵⁵² et suédoise⁵⁵³ donnèrent l'occasion à la juridiction de se prononcer pour la première fois sur la compatibilité des aides d'État « COVID-19 ». Ces mesures prises par de nombreux États devaient correspondre à la remédiation des « dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires » au regard de l'article 107, paragraphe 2, sous b), TFUE. Dans les deux affaires portées devant le Tribunal de l'Union européenne, la compagnie aérienne Ryanair avait contesté, et ce dès leur publication, les mesures d'aides prises par les États français (moratoire sur le paiement des taxes d'aviation civile et de solidarité sur les billets d'avion) et suédois (une garantie de prêts) pour l'ensemble du secteur aérien sous licence nationale.

⁵⁵² Arrêt du Tribunal du 17 février 2021 dans l'affaire T-259/20, Ryanair DAC c/ Commission européenne. ECLI:EU:T:2021:92

⁵⁵³ Arrêt du Tribunal du 17 février 2021 dans l'affaire T-238/20, Ryanair DAC c/ Commission européenne. ECLI:EU:T:2021:91

398. La deuxième série d'arrêts du 14 avril 2021⁵⁵⁴ comporta trois décisions, dont deux avaient été jointes, concernant la même compagnie aérienne bénéficiaire d'aide d'État. Le Tribunal devait à envisager les aides individuelles accordées par les États finlandais d'un côté, danois et suédois de l'autre, à leur compagnie aérienne « historique ». Dans ces affaires, dont les moyens reposent très largement sur les mêmes bases légales, ceux invoquant la discrimination et les atteintes à la liberté d'établissement sont l'objet des plus grands développements, reflétant une contestation de principe de ces aides, par la compagnie à bas coûts. Les recours de Ryanair contre les décisions de la Commission européenne reposaient sur une appréciation que les aides octroyées, étant réservées aux seules compagnies aériennes titulaires d'une licence nationale (France et Suède) ou attribuées directement à une seule compagnie (Finlande et Danemark/Suède), relevaient d'une atteinte aux principes généraux du droit et recouraient l'annulation. Dans un deuxième temps, la compagnie irlandaise contestait les décisions de compatibilité des aides sur la base de l'article 56 TFUE, car elles auraient été attentatoires à la libre prestation des services.

399. Le Tribunal, pour valider toutes les conclusions de la Commission dans les cinq affaires, va écarter ces moyens sans réserve. Pour ce faire, la juridiction rappelle, une évidence, mais qu'il semblait pourtant nécessaire d'énoncer, en tant qu'il est tout à fait possible pour la compagnie irlandaise de pouvoir s'établir afin d'obtenir une licence nationale, en transférant sa licence de la République d'Irlande dans un autre État ou de créer une ou plusieurs autres entités juridiques dans les États membres. Par ailleurs, sur l'argument de l'atteinte à la liberté d'établissement, le Tribunal rappelle que le règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 24 septembre 2008, établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté permet des conditionnalités à l'exercice de cette liberté dans le cadre du Traité (art. 100, paragraphe 2), notamment l'obtention et le contrôle du certificat de transporteur aérien et de la licence d'exploitation. **Le développement rapide des TBC, qui a pu même être vécu de manière agressive par les compagnies historiques, peut se doubler d'une querulence processive**

⁵⁵⁴ Arrêts du Tribunal du 14 avril 2021 dans les affaires T-388/20, ECLI:EU:T:2021:196 ; T-378/20, ECLI:EU:T:2021:194 et T-379/20, ECLI:EU:T:2021:195, Ryanair DAC c/Commission.

comme pour augmenter l'effet pro concurrentiel de l'offre à bas coûts. Il importe de noter que ces nombreuses démarches légales prospèrent assez peu⁵⁵⁵.

400. Par ailleurs, et au-delà, de cette guérilla judiciaire, la révolution de l'offre à bas coûts entre, progressivement, dans une seconde phase de son développement. Il s'agit d'offres de transport sur les destinations transatlantiques⁵⁵⁶ même si, pour l'instant, les échecs récents, en ne citant que Norwegian ou WOW, semblent confirmer que ce modèle économique n'est pas rentable pour de telles liaisons. Pour autant, les négociations entre easyJet et des compagnies universelles, peu concluantes avant la crise sanitaire et dans la mesure où elles pourraient être relancées à l'occasion de la reprise actuelle du trafic, peuvent faire émerger un nouveau modèle d'alliance bouleversant le secteur tout entier.

401. Une telle alliance serait totalement complémentaire. Elle associerait un réseau européen très bien maillé, celui d'easyJet, et une offre transcontinentale complète, celle de la compagnie historique. Ce faisant, cette alliance remodelerait les lignes de la concurrence que l'on pensait établie entre compagnies universelles et *low cost*. Enfin, par cette complémentarité, et sous réserve d'engagements de restitution de créneaux aéroportuaires marginaux, les compagnies n'opérant pas sur les mêmes aéroports, il est fort probable, compte tenu des décisions prises par le passé, que la Commission européenne soit favorable à un tel rapprochement.

402. Enfin, après la tarification et le choix d'aéroports régionaux bénéficiant des aides d'État, la dernière caractéristique de l'offre à bas coûts est la qualité et l'efficacité de services. Ces objectifs ont été invoqués par les institutions européennes pour justifier l'ouverture à la concurrence de secteurs économiques de réseaux, et promouvoir une mobilité durable⁵⁵⁷ ou soutenir l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne⁵⁵⁸. Le dernier

⁵⁵⁵ Dernièrement les arrêts du Tribunal du 4 mai 2022, dans l'affaire T-718/20, Wizz Air Hungary c/ Commission, ECLI:EU:T:2022:276 et du 18 mai 2022 dans l'affaire T-577/20, Ryanair c/ Commission, ECLI:EU:T:2022:301.

⁵⁵⁶ La compagnie Norwegian a inauguré sa première ligne Londres-Los Angeles pour un prix de 199 livres l'aller, soit 250 euros en 2014 puis trois vols de Paris CDG vers les USA en juillet 2016. <https://www.norwegian.com/fr/a-propos-de-nous/> - Consulté le 29 juillet 2016.

⁵⁵⁷ Résolution du Parlement européen du 9 septembre 2015 sur la mise en œuvre du livre blanc de 2011 sur les transports : bilan et voie à suivre pour une mobilité durable (2015/2005(INI)).

⁵⁵⁸ Conseil de l'Union européenne, Rapport du 26 mai 2014 sur l'accord politique sur la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne, (9768/1/14/REV 1).

classement 2019⁵⁵⁹, largement repris par les professionnels du secteur, montre que cette offre des transporteurs à bas coûts n'est pas celle qui se rapproche le plus de cette qualité de services. Pour la deuxième année consécutive, Qatar Airways s'est classée première compagnie aérienne (8,23/10), suivie d'American Airlines, Aeromexico, SAS Scandinavian Airlines et Qantas dans le top cinq des « meilleures ». Quant au bas de la liste, on retrouve essentiellement des compagnies comme Ryanair avec 5,6/10 et en queue de classement, easyJet et une note de 5,29/10, Transavia et Norwegian obtenant respectivement 5,8 et 5,67/10.

403. Mais cet éclairage qualitatif ne se retrouve pas dans les documents comptables des sociétés évoquées. Ainsi, déjà pour 2018, Ryanair annonçait avoir transporté 139,2 millions de passagers, établissant un nouveau record malgré la crise des annulations de vols et les grèves de son personnel, soit un bond de 8 % par rapport aux 129 millions de l'année précédente, ce qui représentait déjà un sommet. Et avec un milliard d'euros de bénéfices pour l'exercice clos fin mars 2020 et plus de 4 milliards de trésorerie, Ryanair est l'une des rares compagnies aériennes à pouvoir survivre à la crise sanitaire sans compter sur l'aide des États. Cette santé financière insolente, qui lui permet aussi sa stratégie juridique de contester toutes aides d'État accordées à ses concurrentes, cache parfois mal les difficultés du secteur et la remise en cause du modèle TBC/LCC qui s'avère finalement bien plus polymorphe.

404. Les conséquences pour la régulation du secteur sont difficiles à évaluer. Tant sur le plan de l'analyse des efficacités économiques pour autoriser les aides que des formes de coopération avec les compagnies à bas coûts dont le développement commence, l'appréciation par la Commission de cette offre de transport repose sur une base légale « conventionnelle », entre application des articles 101 ou 107 du Traité, combinée avec le règlement « Concentration ». Ainsi, l'article 107 du Traité est plus régulièrement invoqué pour rappeler les éléments de la définition d'application des aides d'État comme l'activité

⁵⁵⁹ Parmi les 72 compagnies aériennes pour lesquelles AirHelp dispose de données statistiquement significatives, AirHelp les a classées en fonction de la ponctualité, de la qualité du service et du traitement des réclamations, chaque catégorie étant évaluée de manière égale.

économique⁵⁶⁰, la qualité d'investisseur privé⁵⁶¹ ou la volonté de la Commission de favoriser le développement d'aéroports régionaux⁵⁶², soit par la prise en compte de service d'intérêt économique général⁵⁶³ soit par l'ouverture de nouvelles lignes⁵⁶⁴. Ce qui permet à la Commission de protéger cet état de la concurrence.

405. Mais dans cette complexité d'évaluation de l'état de la concurrence, il demeure une certitude, celle que l'apparition sur le marché européen de ces compagnies à bas coûts, comportant de nouveaux entrants et une nouvelle offre commerciale en grande quantité, fut un argument proconcurrentiel fort. Il en est une preuve, lorsque l'offre des TBC fut utilisée par la Commission pour valider, notamment, le rapprochement entre Air France et Alitalia⁵⁶⁵, qui relevait d'autant plus que cette offre, protéiforme, couvrait, déjà à cette époque, un vaste marché.

B – Une offre protéiforme par essence : easyJet et Ryanair, les deux pôles de cette révolution

406. On évoque traditionnellement une offre à bas coûts comme une catégorie uniforme et facile à appréhender, tant pour les concurrents que pour le consommateur. Mais tant pour se différencier que par choix stratégiques, les compagnies aériennes à bas coûts (TBC/LCC) ont des approches différentes du marché du tourisme que l'on peut qualifier parfois de masse, notamment quand elles y associent parfois une offre « *business travels* ». Sur ce point, les compagnies Ryanair et easyJet sont des jumelles dizygotes. La compagnie easyJet a tout à fait compris les avantages qu'elle pouvait retirer de la nécessité pour les entreprises d'abaisser leurs coûts de transport en faisant voyager leurs représentants sur des vols *low cost*. Le trafic

⁵⁶⁰ Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011 dans les affaires jointes T-443/08 et T-455/08, Mittel deutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig Halle GmbH c/ Commission, dit arrêt « Aéroport de Leipzig Halle », ECLI:EU:T:2011:117 ; confirmé par l'arrêt de la Cour du 19 décembre 2012 rendu dans l'affaire C-288/11 P, Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle v Commission, ECLI:EU:C:2012:821. .

⁵⁶¹ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2008 dans l'affaire T-196/04, Ryanair Ltd c/ Commission, ECLI:EU:T:2008:585.

⁵⁶² Décision 2011/60/UE de la Commission, du 27 janvier 2010, concernant l'aide d'État C 12/08 (ex NN 74/07).

⁵⁶³ Décisions de la Commission d'approbation d'aides au fonctionnement pour des aéroports suédois de Skelleftea (SA.38757 Skelleftea Airport) et Sundsvall Timra (SA.38892 Sundsvall Timra Airport).

⁵⁶⁴ Aides d'État SA.38938 (2014/N) – France - Régime d'aide au démarrage de nouvelles lignes aériennes au départ des aéroports français notamment à la compagnie Eastern Airways pour le démarrage de nouvelles liaisons aériennes au départ de l'aéroport de Dijon Longvic (Affaire N709/2009) du 13 mai 2010.

⁵⁶⁵ Décision de la Commission du 7 avril 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (Case COMP/38.284/D2 Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.) (notifiée sous le numéro C(2004) 1307 final).

entre Paris et Berlin en est un exemple, mais nécessite un positionnement autre dans le choix des aéroports. La compagnie britannique n'est donc pas, contrairement à sa consœur irlandaise, majoritairement implantée dans des aéroports régionaux, mais privilégie les aéroports dit secondaires⁵⁶⁶ comme les aéroports londoniens de Luton, Gatwick, Paris-Orly, Bâle-Mulhouse ou encore l'aéroport de Berlin-Schönefeld, celui-ci étant dorénavant intégré au nouvel aéroport Willy-Brandt de Berlin-Brandebourg ouvert en octobre 2020. Cette clientèle mixte qui permet une répartition du risque, particulièrement quand des chocs comme celui lié au SARS-CoV-2 immobilisant en quelques jours et pour plusieurs mois la quasi-totalité de l'aviation commerciale de passagers. En 2018, easyJet avait transporté plus de 83 millions de passagers dont plus de 13 millions de voyageurs d'affaires. Alors même que les publications financières de Ryanair sont autant de signes de réussite et que sa rentabilité impressionne nombre de ses concurrents, la compagnie doit néanmoins réduire ses effectifs et sa flotte pour s'adapter à la baisse de la demande qui, essentiellement touristique, pâtit encore des restrictions pour la mobilité que la pandémie implique.

407. Une autre différence se fait au niveau de la répartition des marchés dans le chiffre d'affaires global. Alors que l'un des principaux marchés de la croissance d'easyJet est la France, deuxième marché après le Royaume-Uni, la compagnie britannique, qui a obtenu une licence autrichienne pour éviter les conséquences du Brexit, se situe derrière Air France, avec 15,6 % de parts de marché total, mais représente tout de même 40 % du marché *low cost*, loin devant Ryanair, Transavia. Dans le même temps, la compagnie irlandaise annonce une répartition géographique plus large⁵⁶⁷, la France n'étant pas dans le top 5 des zones géographiques génératrices de chiffres d'affaires. Alors que Ryanair avait eu à faire face, lors des saisons

⁵⁶⁶ Nous retiendrons la distinction faite par la Commission tant dans ses « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » du 4 avril 2014 – *supra* – et Lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'État au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux du 9 décembre 2005 du 9 décembre 2005 – que les décisions prises dans le contrôle des ententes et des concentrations. Par aéroport secondaire, il s'agit, au côté d'un autre aéroport plus important, des infrastructures desservant une ville européenne considérée comme une porte d'accès au territoire européen, telles que Francfort, Paris ou Rome, quand un aéroport régional est défini par un niveau de passagers par an, jusqu'à cinq millions par an.

Une autre définition existe et envisage une catégorie plus large, englobant « tous les aéroports autres que ceux gérés par Aéroport de Paris (ADP) », CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux, *Revue d'Économie Régionale & Urbaine*, vol. n°4, 2013, pp. 765-792.

⁵⁶⁷ Royaume Uni (22,3%), Italie (18,7%), Espagne (13,1%), Allemagne (10%), Irlande (6,9%) et le reste de l'Europe (29%). Chiffre <https://www.boursorama.com/cours/societe/profil/3kRYAOF/>

estivale 2017/2018 et hivernale 2018/2019, à une série de grèves, une première pour la compagnie et à une pénurie de pilotes⁵⁶⁸ ainsi qu'à des fermetures de bases commerciales en réaction à un alignement des conditions fiscales, sa consœur britannique prévoyait, en 2019, l'ouverture de 32 nouvelles lignes en France et un trafic en hausse de 7,1 % sur l'année fiscale, avec plus de 20 millions de passagers transportés.

408. La raison invoquée pour justifier cette décision pour le moins radicale était le respect de la ponctualité, celle-ci étant tombée en dessous de 80 % alors que l'objectif économique impérieux est de 90 %, permettant d'éviter au maximum les coûts induits lors d'une rotation supplémentaire qui ne peut plus se réaliser ou le retour trop tardif de l'avion qui ne peut alors regagner sa base commerciale fermée pour la nuit. Cette ponctualité des vols, comptabilisée dans un classement au mérite des compagnies aériennes et dont on a pu apprécier les conséquences toutes relatives sur le choix du consommateur, n'en demeure pas moins un élément essentiel du modèle économique du transport à bas coûts.

409. D'abord parce que les rotations d'un avion s'enchaînent avec un temps minimum passé au sol et doivent permettre d'assurer chaque jour un vol de plus que les compagnies classiques, générant donc un chiffre d'affaires plus conséquent. Ensuite, ces retards sont aussi source d'indemnisations⁵⁶⁹, véritable cauchemar de Ryanair⁵⁷⁰ qui avance des difficultés ponctuelles et des causes structurelles un peu obscures pour éviter ou retarder l'indemnisation. Ainsi, dans sa communication annonçant l'annulation des vols, l'énoncé des motifs était évocateur, envisageant les délais générés par l'intensité du trafic, de grèves, de conditions météorologiques défavorables et de « la nécessité de respecter les obligations de congé des pilotes et des équipages ». De manière moins elliptique, Ryanair n'avait pas suffisamment de personnel navigant pour assurer son programme ambitieux faisant face à un

⁵⁶⁸ Ryanair a annoncé l'annulation de 18 000 vols entre novembre 2017 et avril 2018, affectant 400 000 clients. Cette vague s'ajoute aux 2 100 vols déjà supprimés entre mi-septembre et fin octobre 2017, laissant alors 315 000 clients dans l'incertitude.

⁵⁶⁹ Règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n°295/91.

⁵⁷⁰ Parmi les compagnies les moins « recommandables » pour le traitement des litiges - facilité de la démarche, du temps de réponse, du délai avant de percevoir l'indemnité, de la qualité des retours et des explications et de la nécessité de faire intervenir un avocat ou d'assigner la compagnie - selon le site www.help.fr et évoqué par l'association UFC-Que choisir à l'origine d'une plainte contre une vingtaine de compagnies en mai 2020, on retrouve Ryanair qui obtient la note de 0.5/10 ainsi que Vueling (0.9) ou encore Alitalia (0.5). Le groupe IAG y est mal classé, alors que la compagnie British Airways est dans la catégorie "mauvais" avec une note de 4.8/10, quand Iberia obtient un Zéro pointé.

contexte de l'emploi des pilotes qui s'était largement modifié courant 2017 et voyait des compagnies européennes universelles recruter à nouveau, à des niveaux de salaires pas forcément plus élevés, mais aux conditions sociales plus avantageuses. Contrairement à Ryanair qui utilise le régime de l'autoentrepreneur pour ses pilotes à hauteur de 75 % de son effectif total, Air France (filiales non comprises) avec plus de cent pilotes cette année, le groupe Lufthansa et ses 250 postes à pourvoir ou British Airways et ses 350 recrutements sur la même année, ont attiré de nombreuses candidatures. Elles venaient souvent de Ryanair et dans une bien moindre mesure d'easyJet de pilotes bien formés et entraînés, totalisant un nombre important d'heures de vol, correspondant à leur contrat de vol. Ce sont donc près de 700 pilotes qui manquaient à Ryanair pour réaliser son programme de vols annoncé.

410. Alors que les compagnies annoncent la reprise progressive des plans de vol pour la saison estivale 2020, reportée à 2021⁵⁷¹ du fait de l'évolution sanitaire à l'automne 2020, tenant compte des différentes contraintes imposées par les États et les recommandations de l'IATA⁵⁷², les choix d'anticipation stratégiques entre Ryanair et easyJet sont aussi assez différents, comme deux approches d'un avenir des TBC/LCC qui se mettaient déjà en place avant la pandémie et semblent être confirmées par elle. Là encore, les choix effectués par les deux compagnies divergent. Quand Ryanair annonce la fermeture de bases commerciales et des licenciements faute d'accords salariaux modifiant les conditions de travail, sa concurrente applique plutôt une réduction de sa flotte par renoncement de commande d'avions. EasyJet a complété cette décision de privilégier la location d'avions après leur vente et de l'emploi de contrats de prestations de services de ses pilotes.

411. Enfin, la perspective maintes fois repoussée, d'un développement de l'offre à bas coûts sur les liaisons transcontinentales et essentiellement transatlantiques, en fait un véritable « serpent de mer ». En 2016, les analystes estimaient qu'easyJet et Ryanair ne

⁵⁷¹ Le groupe Lufthansa prévoit 106 destinations début juin 2021, en passant de 80 à 160 appareils en service, sur un total de 760 pour les quatre compagnies du groupe. Air France-KLM espère 10 % de son niveau d'avant crise en juin et 20 % en juillet 2021. Ryanair prévoit, quant à elle, d'assurer 40 % de son programme à compter du 1er juillet, soit l'équivalent d'un millier de vols, sur 90 % de son réseau. - Source : statistiques quotidiennes de l'Association internationale du transport aérien (IATA), du coordinateur de la gestion du trafic aérien en Europe, Eurocontrol

⁵⁷² « D'abord les marchés domestiques à la fin du deuxième trimestre, c'est-à-dire au mois de juin [2020] ; ensuite au troisième trimestre, à partir de juillet, on aimerait rouvrir les marchés continentaux, c'est-à-dire l'Europe, l'Amérique du Nord ou l'Asie-Pacifique ; et ensuite au quatrième trimestre, l'intercontinental » selon Alexandre de JUNIAC, le 16 mai 2020, dans l'émission « On n'arrête pas l'éco », France Inter.

feraient pas le pari de modifier fondamentalement leur offre pour assurer des vols longue distance⁵⁷³, contrairement à Norwegian qui a multiplié dès 2012 les lignes et compagnies aériennes⁵⁷⁴ pour assurer des vols transatlantiques depuis Barcelone, Londres-Gatwick, Oslo et Paris-CDG, assurant même régulièrement une liaison entre Point-à-Pitre et Miami. Leur pari, qui semble tout à fait encore d'actualité, est plutôt que les trois compagnies européennes majeures, Lufthansa, British Airways et Air France, vont être obligées de changer de modèle et de renoncer à leur universalité. Et quel serait alors le nouveau modèle pour les *low cost* ?

412. Dans un premier temps, dans la mesure où l'année 2020 n'est pas une remise en cause totale du transport aérien de passagers, le développement des compagnies à bas coûts sur les grands aéroports ces dernières années montre que la recomposition du ciel européen se réalise sur un marché qui peut apparaître en pleine maturité. Près de trente ans après l'ouverture à la concurrence, Ryanair continue à développer une offre à Bruxelles sans réduire celle de Charleroi – Bruxelles Sud quand easyJet, tout en accroissant son offre sur Paris-Orly, notamment par la récupération de créneaux horaires qui ne sont plus utilisés ou attribués, comme avec les faillites des compagnies Aigle Azur et XL Airways, développe aussi des liaisons depuis Paris-CDG vers treize pays et six destinations françaises. Ce positionnement assez original par rapport à la donne initiale évoque deux perspectives, celle d'une continuité dans une plus grande concentration du trafic sur les pôles urbains à dimension mondiale autant qu'une préfiguration d'un nouvel écosystème aérien permettant les partenariats entre compagnies traditionnelles et *low cost*, jusqu'au transfert aux compagnies à bas coûts de l'alimentation des *hubs* des opérateurs traditionnels.

413. **La question des modalités de cette coopération entre les compagnies classiques et les compagnies *low cost* est l'axe majeur de ce « Nouveau monde post COVID-19 » espéré ou craint.** Lors de la naissance du phénomène TBC/LCC en Europe, ces deux modèles étaient jugés incompatibles. Depuis 2002, date du premier accord entre United Airlines et une *low cost* Australienne Virgin Blue, d'autres collaborations ont vu le jour, Air France avec la Brésilienne Gol en 2007, puis avec la canadienne Westjet en 2010, ou encore celle d'Emirates et d'easyJet en 2013. Ce dernier accord a pu être un véritable avertissement tant la compagnie

⁵⁷³ GLISZCZYNSKI Fabrice, easyJet et Ryanair seront-ils demain des alliés stratégiques d'Air France ? Le refus commun de la longue distance, la Tribune du 26 mai 2016.

⁵⁷⁴ Norwegian Long Haul (2012), Norwegian Air International basée en Irlande (2014) et Norwegian Air UK (2015).

britannique apparaît comme la « *Low cost* la plus séduisante » à double titre. Avec une politique sociale moins troublée que Ryanair, elle emploie 1 500 personnes en France sous contrat de droit national, démarche commune dans les sept pays européens où elle détient des bases commerciales et rappelle à l'envi son « respect des lois nationales et en reconnaissant les organisations syndicales », elle détient aussi le premier réseau en proposant 1015 routes entre 156 aéroports dans 34 pays.

414. Mais ces coopérations restent encore marginales et surtout cantonnées à des relations entre compagnies d'États tiers. La grande révolution serait un accord entre l'une des membres du trio européen et Ryanair ou easyJet. Cela impliquerait que les premières renoncent à rentabiliser leur réseau court et moyen-courrier et au maintien de leurs filiales TBC/LCC. Les premières indications, notamment issues des négociations pour l'obtention d'aides d'État n'allaient pas totalement dans ce sens. La crise de la COVID-19 a très profondément modifié les éléments du débat. C'est notamment l'annonce du développement de Transavia sur Paris-Orly alors que celui-ci était longtemps bridé par le personnel d'Air France qui y voyait une concurrence interne au groupe. À la suite des négociations du gouvernement pour le premier volet d'aides en mars 2020, celui-ci a fortement contribué à ce que les restrictions imposées à Transavia par Air France, comme le nombre d'avions possibles et le type de contrats pour les personnels soient écartées pour faire de la compagnie à bas coûts ce relais de croissance indispensable au groupe Air France-KLM.

415. Du point de vue de l'article 101 TFUE, la question de cette nouvelle forme de coopération se pose quant à sa validité et pour cela, de son apport en termes de connectivité et bien-être du consommateur. Les éléments de restriction de concurrence tels que ce développement de coopération, par exemple avec ce programme Worldwide by easyJet reposant sur le *virtual interlining*, ne devrait pas être traités différemment par la Commission que les accords antérieurs.

416. Les axes différents de développement ont marqué toute l'histoire des deux compagnies, souvent masqués sous un même qualificatif, parfois même teintés de mépris, de transporteurs *low cost*. Que ce soit le choix des aéroports où placer ses bases commerciales, des décisions sociales et fiscales de recrutement des ressources humaines ou du choix d'entrée régulièrement en conflit avec la puissance publique et les organisations de consommateurs sur la question de l'application ou non des règles d'indemnisation pour retard

ou annulation de vol, Ryanair et easyJet, ne sont définitivement pas une seule et même incarnation du système TBC/LCC. On peut même être tenté de dire qu'elles ne sont pas complètement en concurrence, pour le moins pas perçues comme telles. Ce qui correspond aussi à un rapport différent à la réglementation. Alors même que la compagnie easyJet apparaît beaucoup moins dans les sagas judiciaires que sa consœur irlandaise⁵⁷⁵, en se rapprochant d'une offre globale à l'image des compagnies historiques, elle apparaît comme leur véritable concurrente. Ce constat peut entraîner des répercussions en termes de bilan invocable à l'article 101, paragraphe 3) TFUE, principalement si cela doit amener à une élimination de la concurrence.

417. L'ouverture du transport aérien de passagers à la concurrence a fait apparaître une offre issue d'un nouveau modèle économique⁵⁷⁶. La révolution du transport à bas coûts, largement initié par la société Ryanair, a certes offert des tarifs de transport peu élevés et a créé, ainsi, l'une des plus importantes compagnies aériennes d'Europe et même du monde. Cependant, cette nouvelle offre, révolutionnaire à l'époque et que la Commission européenne n'anticipait certainement pas à ce point, a aussi entraîné une recomposition irrémédiable du secteur aérien, mais aussi suscité des questions sur sa viabilité.

418. **La pérennité des *low cost* participe, finalement, d'un modèle de concurrence durable tant au sens de stabilité de cette concurrence imparfaite qui est le fonctionnement logique de ce marché.** En 2005, la Commission européenne constatait que par rapport aux transporteurs aériens classiques la part du secteur « bas coûts » était passée de seulement 4 % en 1998 à 20,8 % en 2004, les trois principales compagnies aériennes à bas coûts ayant transporté plus de 62 millions de passagers au sein de l'UE. Cette part de marché était de 38 % en 2019. Ainsi, le marché européen est dominé par deux types d'acteurs, les compagnies historiques comme Lufthansa, Air France, KLM et British Airways et des acteurs *low cost* de premier plan comme Ryanair, easyJet, Wizz Air ou encore Vueling. Ainsi à elles huit, ils représentaient près de 50 % du trafic de passagers sur les vols intra-européens en 2018, Ryanair leader sans partage avec presque 140 millions de passagers transportés. On voit donc

⁵⁷⁵ Au 21 avril 2021, seules huit occurrences « easyJet » contre soixante-dix pour la compagnie Ryanair – Formulaire de recherche, <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>.

⁵⁷⁶ Règlement (CEE) n°3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens, modifié par le Règlement (CEE) n°2410/92 du Conseil, du 23 juillet 1992 puis Règlement (CE) n°1459/2006 du 28 septembre 2006 : l'application des règles concurrentielles communautaires dans le secteur du transport aérien.

la marginalisation de ces compagnies traditionnelles dans l'offre européenne de transport aérien. Mais il semble bien que cette marginalisation confine à un paradoxe, au sens de ce qui va à l'encontre de l'opinion communément admise. Car, pour autant que la pandémie de la COVID-19 ne soit pas révélatrice d'un marché totalement repensé, cette marginalisation n'est que partielle comme limitée à l'offre court- et moyen-courrier, et par ailleurs, ces compagnies historiques ont su en limiter les conséquences en développant elles-mêmes leur offre à bas-coûts.

Section 2 – Les mutations paradoxales de l'espace aérien européen

419. Alors que l'IATA estime un retour à la normale du trafic aérien en 2023, soit trente ans après l'acte majeur d'ouverture à la concurrence, le marché européen du transport aérien régulier apparaît encore comme une juxtaposition de différents marchés géographiques, chacun dominé par une compagnie nationale historique qui fédère des alliances commerciales, voire financières, tout autant que continentales voire internationales. Les choix opérés de démonopoliser les marchés et de désétatiser les relations entre compagnies aériennes ne sont pas remis en cause par la crise du SARS-CoV-2, même si le rôle accru de la puissance publique, au travers des différents plans de sauvetage des différentes compagnies aériennes, est en cours d'évaluation par les juridictions. Après les cinq premiers arrêts du Tribunal, la prochaine étape est la Cour de justice, qui a d'ores et déjà été saisie de pourvois⁵⁷⁷ contre les arrêts validant les premières aides suédoises et françaises. **Il est fort probable que les juridictions auront aussi à envisager les considérations environnementales et sociales devant être mises en œuvre en contrepartie de ces aides d'État. Une nouvelle dimension dans le rapport concurrentiel qui participe aux mutations paradoxales de l'espace aérien européen.**

420. La libéralisation du secteur du transport aérien de passagers est, en effet, source de nombreux paradoxes qui parfois amènent à une certaine schizophrénie. Elle a été efficace pour l'accès de tous à ce mode de transport. Alors qu'entre 1995 et 2014, le nombre de

⁵⁷⁷ Pourvois du 1^{er} avril 2021, dans les affaires C-210/21 P et C-209/21 P, Ryanair c/ Commission, contre les arrêts du Tribunal dans les affaires T-259/20 et T-238/20, Ryanair c/ Commission, du 17 février 2021, respectivement, ECLI:EU:T:2021:92 et ECLI:EU:T:2021:91.

voyageurs-kilomètres au sein de l'UE augmentait de 23 %, dans le transport aérien, cette progression était de 74 %, octroyant à l'aviation commerciale une part de 9,2 % (contre 6,5 % en 1995) dans la totalité des transports de passagers. Ce qui représente toujours à l'heure actuelle, la plus forte croissance de tous les modes de transport de l'Union confondus,

« Le bouleversement apporté par la révolution du low cost s'est traduit par l'augmentation spectaculaire des déplacements en avion. La démocratisation de ce moyen de transport doit incontestablement être mise au crédit de ces nouveaux acteurs, mais au prix d'une recherche d'économies érigée en quête permanente et systématique, non sans excès⁵⁷⁸ ».

421. Pourtant, elle pose des questions récurrentes sur la complexification des offres liée à une double segmentation que l'on a tenté de comprendre comme une combinaison entre les offres des compagnies (le service proposé) et des aéroports (le réseau de distribution). Elle envisage aussi une situation de concurrence d'un secteur économique que l'on estime essentiel⁵⁷⁹. Ce qualificatif pourrait largement expliquer le risque d'un jugement erroné. Entre le sentimentalisme pour une compagnie « porte-drapeaux » glorifiée comme symbole national et outil de diplomatie, les intérêts économiques évidents en termes d'emplois directs et indirects et les préoccupations environnementales et d'aménagements du territoire, la concurrence issue de l'ouverture du ciel européen suscite donc beaucoup de préoccupations des différents acteurs, à l'image du constat, sans fard, fait en 2015 pour le Parlement français, d'un phénomène de libéralisation qui participe d'une segmentation multiple du marché (§1). Celle-ci reposerait sur une logique géographique forte, entre modes de transports (le train contre l'avion) et possibilité d'accès à des plateformes de dimension mondiale ou le choix de qualité de services (classiques ou à bas-coûts, sans exclure le niveau intermédiaire de service dit « *medium* » ou « économique plus »).

422. Quelle a pu être la réponse des compagnies aériennes à cette situation ? Même si, l'alliance commerciale transcontinentale semble *a priori* être cette réponse, elle est le plus souvent la porte d'embarquement vers une concentration capitalistique accrue (§2) illustrée par le choix de Lufthansa d'une croissance externe continue. Mais c'est encore vers les États-

⁵⁷⁸ Concurrence dans le transport aérien : l'indispensable transparence, Rapport d'information n°180(2015-2016) de MM. Jean BIZET, Éric BOCQUET, Claude KERN et Simon SUTOUR, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 19 novembre 2015.

⁵⁷⁹ Résolution d'actualité du Parlement européen, Impact de la crise de la Covid-19 sur le secteur de l'aviation, 2021/2666(RSP), Conditions de travail et d'emploi décentes dans le secteur de l'aviation - Incidence de la crise de la Covid-19 sur l'aviation (débat du 8 juillet 2021).

Unis que l'on peut se tourner pour envisager ce que pourrait être la structure de marché en Europe et envisager de repenser le marché (§3).

§ 1 – L'analyse complexe des marchés

423. L'ouverture du marché du transport aérien, comme celui du transport ferroviaire qui, à maints égards, suit ses traces, a rendu la question de la maîtrise des coûts encore plus cruciale. Dans ces coûts composant le calcul du prix d'un billet d'avion, la gestion du trafic aérien comme les phases d'atterrissage et de décollage, d'attente en approche et survol d'un aéroport, ou encore de vol et de passage de frontières tant techniques qu'étatiques, est encore à l'heure actuelle un frein à ce ciel européen qui est censé être ouvert. Qu'il s'agisse des opérateurs économiques devenus pleinement concurrents ou des États qui auraient été tentés d'attribuer une aide publique sans prendre en compte le « critère de l'opérateur en économie de marché⁵⁸⁰ », la dimension spatiale de la concurrence reste primordial (A) rappelant que le transport aérien reste lié à une compagnie qui dessert « son » territoire (B).

A – La recomposition des conditions de spatialisation de la concurrence

424. Les éléments de l'analyse faite dès l'ouverture à la concurrence⁵⁸¹ ont confirmé l'imperfection de la concurrence, mais en outre la nécessité d'une approche géographique de celle-ci. Chaque compagnie aérienne dispose, en effet, d'un réseau de liaisons directes et indirectes connectant différents aéroports nationaux et internationaux à partir d'un aéroport pivot qu'elle domine largement. Cette structure conduit à quelques conclusions intéressantes.

425. Premièrement, une concurrence frontale entre compagnies nationales sur un réseau intégré apparaît toujours aussi peu probable, tant elles sont protégées par leur aéroport de prédilection comme nous avons pu le voir avec l'exemple de la liaison Francfort – New York. Deuxièmement, il existe des complémentarités de coûts entre les différentes liaisons d'un même réseau donnant lieu à des « externalités d'offre ». Lors d'externalités d'offre, et par

⁵⁸⁰ Notamment évoqué au point 52 de la Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2016/C 262/01) du 19 juillet 2016.

⁵⁸¹ *Supra*, ENCAOUA David. Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, *Revue économique*, volume 47, n°6, 1996. pp. 1280 et 1293 notamment.

extension de complémentarité des coûts, le comportement des compagnies aériennes, comme nous avons pu le voir, crée des services de transports homogènes recherchant des économies de densité autour d'une concentration de l'offre sur un point donné du territoire. Cette évolution se distingue par le champ territorial qu'elle envisage, notamment les fusions pour former une compagnie dite nationale - Air France - ou à un niveau régional -HOP !. La dimension européenne est, bien évidemment incluse, avec la formation des groupes AIR (2010), Air France-KLM (2004) ou Lufthansa (acquisitions de Swiss – 2005 – de Brussels Airlines et Austrian airlines en 2009), structurant un réseau par superposition des territoires. La structuration des réseaux, qui était jusqu'alors soumise à la volonté des États, passe ainsi sous l'influence des stratégies des compagnies, dans ce processus de désétatisation propre à la libéralisation à l'œuvre dans le transport aérien. Ces compagnies, pour la plupart à capitaux privés, organisent leur réseau de sorte qu'il soit le plus performant et rentable possible sans considération d'une obligation de desserte homogène des territoires, parfois au profit du train, tout particulièrement quand l'ouverture d'une ligne ferroviaire à grande vitesse vient concurrencer une liaison aérienne. Le cas de Strasbourg est aussi emblématique de cette situation, où Air France renonce à tous ses vols sur Paris-Orly quand la LVG Est-Europe arrive dans un premier temps en Lorraine puis elle ferme sa base commerciale à la suite de l'interruption de la desserte par avion de Paris-CDG, quand cette même LGV est prolongée jusqu'à Strasbourg en 2016⁵⁸². **La question du coût se retrouve dans cette « répartition » territoriale⁵⁸³, que la Commission reprend quand elle évoque dans les affaires de concentrations, les zones d'attractivité des aéroports** comme la tangente Amsterdam-

⁵⁸² La LGV Est européenne est une ligne à grande vitesse française, qui relie, au sens strict, Vaires-sur-Marne en Seine-et-Marne à Vendenheim dans le Bas-Rhin. Elle est destinée à améliorer les axes de communication entre le Nord-Est de la France, l'Allemagne, la Suisse et le Luxembourg. La ligne s'intègre dans le projet de la magistrale européenne, dont le but est de relier Paris à Budapest par un tracé composé majoritairement de lignes à grande vitesse. La ligne a été construite en deux phases pour étaler les coûts. Le premier tronçon de la ligne, long de 300 km et reliant Vaires-sur-Marne et Baudrecourt (Moselle) est en service depuis le 10 juin 2007. Le second tronçon, long de 106 km, dont les travaux ont commencé à l'été 2010. La mise en service totale est effective le 11 décembre 2016. (Source SNCF)

⁵⁸³ Cf. Annexe n°7 « classement des aéroports européens », page 898.

Bruxelles-Paris dans la fusion Air France-KLM⁵⁸⁴ ou le triangle Munich-Vienne-Zurich pour la constitution du Groupe Lufthansa avec Swiss⁵⁸⁵ (2005) et Austrian⁵⁸⁶ (2009).

426. En troisième et dernier lieu, des « externalités de demande » sont également présentes, du fait que les consommateurs ont des possibilités d'arbitrage, aussi bien en ce qui concerne le choix de leur trajet que pour celui de la compagnie. Cette compatibilité des offres concurrentes permet des services de transports différenciés. Le voyageur bruxellois peut choisir pour ses vacances transatlantiques, au hasard et sans ressemblance aucune avec une personne ayant existé, d'aller à Miami en février. Il ne dispose pas de vol direct depuis l'aéroport de Brussels National airport⁵⁸⁷. Dès lors, il effectue le vol de Bruxelles - Miami via Francfort, Zurich, Londres, Madrid par exemple, ou rejoint, en train à grande vitesse, les aéroports d'Amsterdam-Schiphol ou Paris-CDG avec, dans ce dernier cas un billet Air France dont le premier tronçon de voyage sera opéré par la SNCF. La dimension réseau du transport aérien rend le caractère contestable de l'activité de transport aérien plus difficile à appréhender. La procédure d'analyse des effets d'une fusion ou d'un accord d'alliance ne doit, en effet, pas se borner à l'examen des liaisons directement affectées par ce rapprochement. La Commission, là encore, en tient compte quand elle contrôle les aides⁵⁸⁸, estimant la zone d'attraction d'un aéroport à partir d'un rayon de quelque 100 kilomètres ou nécessitant un temps de trajet de 60 minutes environ en voiture, bus, train ou train à grande vitesse, sans toutefois, exclure les spécificités de chaque aéroport particulier. Ce qui correspond aux dimensions et à la configuration de la zone d'attraction qui, selon la Commission européenne, « sont fonction de diverses caractéristiques de l'aéroport, parmi lesquelles son modèle d'exploitation, sa localisation et les destinations qu'il dessert ».

427. Tous ses éléments tracent des liaisons aériennes empruntées par des compagnies de moins en moins nationales, même si leur passé historique apparaît encore dans leur structure de réseaux et leur communication commerciale, et dépassent les frontières en créant de

⁵⁸⁴ Décision de la Commission du 11 février 2004 dans l'affaire COMP/M.3280, contestée par easyJet le 14 mai 2004, devant le Tribunal qui rejette l'action (affaire T-177/04 du 4 juillet 2006).

⁵⁸⁵ Décision de la Commission du 4 juillet 2005 dans l'affaire COMP/M.3770.

⁵⁸⁶ Décision de la Commission du 28 août 2009 dans l'affaire COMP/M5440, contestée par Niki Luftfahrt devant le Tribunal qui rejette l'action dans un arrêt du 13 mai 2015 dans l'affaire T-511/09, ECLI:EU:T:2015:284.

⁵⁸⁷ Données www.skyscanner.fr - Consulté le 20 février 2020.

⁵⁸⁸ *Supra*, Lignes directrices « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » du 4 avril 2014.

nouvelles structurations transnationales de « territoires équivalents⁵⁸⁹ » reliés au même point focal, terminologie empruntée à la science géographique, à la même plateforme aéroportuaire ou *hub*. Ainsi les logiques territoriales qui prévalaient avant la libéralisation deviennent obsolètes et de nouvelles territorialités se mettent en place. Les parcours empruntés par les avions ne dépendent plus alors des seules capacités des infrastructures aéroportuaires ni des limites technologiques des appareils comme les capacités de distance⁵⁹⁰.

428. D'autres logiques viennent structurer l'organisation des échanges aériens, comme des logiques économiques de concurrence entre les compagnies ou de partenariat à l'intérieur d'« alliances » (le partage des réseaux entre différentes compagnies et la fidélisation des passagers par divers programmes) ou des logiques de gestion à l'intérieur de chaque compagnie pour recentrer l'activité sur les parcours aériens et les secteurs de services à plus haute valeur ajoutée. À cela s'ajoute le processus de fusion-acquisition entre compagnies. Les acquisitions récentes de Lufthansa (LGW - Air Berlin - en 2018) et le projet Air Europa de AIG (2020) viennent confirmer cette dynamique. Pour compléter cette logique d'ensemble et englober la totalité des coûts, la prise en compte des infrastructures aéroportuaires et de réseau se fait à travers des accords entre les compagnies et les aéroports définissant des *hubs and spokes* (« moyeux et rayons »). Ces accords prévoient la présence de terminaux et de portes d'embarquements réservés, permettant par des effets de rationalisation et standardisation des procédures de débarquement et embarquement, et par conséquent une augmentation du nombre de décollages et d'atterrissages, éléments cruciaux qui guident les compagnies dans leur choix d'un aéroport servant de plateforme.

429. On peut faire un parallèle avec les développements connus aux États-Unis. Ainsi, Fort Lauderdale (Hollywood) en Floride a été choisi comme aéroport intermédiaire par de nombreuses compagnies (Delta Air Lines, Continental Airlines, South West, Spirit, etc. pour les

⁵⁸⁹ *Supra*, AMIEL Magali, MELANÇON Guy, ROZENBLAT Céline, Réseaux multi-niveaux : l'exemple des échanges aériens mondiaux de passagers, 2005.

⁵⁹⁰ Le record du plus long vol commercial au monde est détenu depuis le 15 mars 2020 par la compagnie aérienne française Air Tahiti Nui, reliant Tahiti à Paris, sans faire escale à Los Angeles, sur 15 715 kilomètres, en 15 heures et 45 minutes en Boeing 787-9 « Dreamliner ». Le plus long vol en distance au monde est également le plus long « vol intérieur », si on applique la logique de continuité territoriale. Auparavant, le vol 21 Singapore Airlines détenait le record de distance, entre Singapour et Newark.

liaisons intérieures, Lynx Air International pour l'international). La liaison Nord-Sud entre Fort Lauderdale – New York représentait en 2005 la première liaison états-unienne⁵⁹¹.

430. À cet apport important d'analyse des géographes, on peut adosser les apports de la théorie économique⁵⁹² qui, en définissant ce qu'ils appellent les configurations d'industrie, évoquent le nombre d'entreprises, les vecteurs de production comme les niveaux de production des différentes entreprises, enfin, le vecteur de prix du marché, incluant services liés aux voyages même, offerts au sol et dans les airs, services commerciaux lors de la vente et fidélisation de la clientèle. Autant de dimensions, que le régulateur doit prendre en considération dans l'analyse du marché pertinent.

431. Un marché parfaitement contestable doit respecter selon eux deux conditions. Dans la première, la configuration d'industrie doit être soutenable et pour cela elle impliquera un équilibre stable, car rentable, l'ensemble des entreprises évoluant sur un marché devant logiquement couvrir leurs coûts. La (longue) liste des dépôts de bilan ou risques de faillites outre les sagas d'Air France et Alitalia, ou encore ces derniers mois, avec Adria Airways (Slovénie) ou Aigle Azur et XL Airways (France), peut interroger sur le respect de cette première condition. Est-ce dû à une trop grande « facilité » pour créer une compagnie et/ou aux conséquences des aides d'État, notamment à l'ouverture de nouvelles lignes ? En effet, ces aides d'État qui visent à participer aux coûts d'ouverture d'une ligne ou de développement d'un aéroport régional pour ce qui concerne à titre principal notre champ d'études renvoient à la possibilité d'un effet d'aubaine.

432. Les fonctions de coûts et de demande de marché étant données et connues, la question que s'attache alors à analyser la théorie des marchés contestables est de déterminer le type de structure de marché qui devrait émerger d'un libre jeu des forces économiques. La taille des compagnies étant déterminée par la position de la fonction de coût, que la question de la transition énergétique vers « un avion encore plus propre » renforce, le nombre de celles qui évolueront sur le marché sera le résultat d'une concordance : fonction de coût et fonction de demande de marché. Pendant des décennies, la répartition entre vols charters et vols « classiques », ceux-ci répartis entre vols intérieurs et internationaux, a permis un écosystème

⁵⁹¹ *Supra*, Amiel Magali, MELANÇON Guy, ROZENBLAT Céline, Réseaux multi-niveaux : l'exemple des échanges aériens mondiaux de passagers, 2005.

⁵⁹² *Op. cit.*, BAUMOL William, PANZAR John et WILLIG Robert, 1982.

protégé par les monopoles et les accords bilatéraux de trafic aérien. L'ouverture à la concurrence a rebattu les cartes, créant de nouvelles offres qui en abaissant les coûts à un niveau historiquement bas ont créé une demande de voyages dans un espace restreint (les *city trips*) qui ne devrait pas pâtir des suites de la crise de la COVID-19.

433. Pour la seconde, la configuration d'industrie doit être soutenable par l'existence d'une situation d'équilibre du fait d'une entrée libre au sens de George STIGLER⁵⁹³, ce qui correspond à l'absence de coûts irrécupérables notamment quant à son image de marque. L'exemple du maintien ou non de la marque Alitalia par la nouvelle entité en est un exemple. Par ailleurs, les « échecs » de Niki LAUDA ne l'ont jamais empêché de poursuivre sa volonté d'entreprendre et créer de nouvelles compagnies car reposant toujours sur son image de sportif talentueux et courageux, d'entrepreneur ambitieux. Une configuration soutenable présente ainsi plusieurs propriétés. Tout d'abord, elle traduit l'absence de gaspillages, notamment dans l'utilisation des créneaux aéroportuaires et d'efficacité. Si deux ou plusieurs compagnies produisent chacune le même bien (une même liaison aérienne), leurs niveaux d'offre doivent se distinguer, par l'utilisation du modèle d'avion adéquat à la demande sur une liaison aérienne, par exemple, expliquant ainsi, quoique partiellement, les déboires de l'Airbus A380. En outre, elle entraîne l'absence de prix de prédation⁵⁹⁴, relevant d'une pure hypothèse, car n'ayant jamais été établi dans le transport aérien de passagers.

434. Enfin, il reste à envisager la concurrence spatiale⁵⁹⁵. L'approche par connexions de « nouveaux territoires réticulaires »⁵⁹⁶, ces liens, en étoile, du réseau aérien qui partage le monde en différents niveaux de desserte à travers des passages obligés par certaines plateformes, est accentuée par ces alliances, met en concurrence les grands centres (New York, Chicago, Atlanta, Londres, Francfort ou Paris) qui ont gagné en puissance de

⁵⁹³ STIGLER George, *The Economic Theory of Regulation*, *Journal of Economics*, Autumn 1971.

⁵⁹⁴ La pratique d'une tarification prédatrice par une firme installée consiste soit à fixer un prix, soit à prendre une décision d'offre, quitte à faire des pertes momentanées, de façon à éliminer le concurrent ou l'entrant potentiel, ou à réduire l'intensité concurrentielle sans provoquer la sortie des concurrents dans la période courante, afin de bénéficier ultérieurement des rentes de monopoles.

⁵⁹⁵ SIROËN Jean-Marc, *Marchés contestables, différenciation des produits et discrimination des prix*, *Revue économique*, volume 44, n°3, 1993. pp. 569-592

et aussi

DOCKES Pierre, *Les contraintes structurelles à la croissance : une perspective historique*, in : GUILLAUME Marc, *L'Europe, une nouvelle économie mondiale*, *Descartes & Cie*, pp.261- 283, 2004. (halshs-00419866).

⁵⁹⁶ Pour une application au transport ferroviaire, cf. CARROUET Guillaume, *Du TGV Rhin-Rhône au « Territoire » Rhin-Rhône : réticularité, mobilité et territorialité dans un espace intermédiaire*, Thèse de doctorat en Géographie sous la direction de BAVOUX Jean-Jacques, soutenue le 19 mars 2013.

connectivité. La volonté géopolitique et économique d'être un point de passage incontournable entre continent européen et sa partie Est du monde s'exprime par exemple tout à fait bien en Turquie avec l'investissement gigantesque de sept milliards de dollars pour un nouvel aéroport à Istanbul, ambitionnant de devenir le plus important au monde⁵⁹⁷. La logique des autorités turques est l'application pleine et entière de la définition d'un *hub* concurrençant les autres plateformes d'une même région, comme Dubaï ou Moscou. Ces plaques tournantes, en réduisant le nombre de segments (ou rayons) en exploitation à l'intérieur d'un réseau, permettent de réaliser des économies d'échelle sur chacun d'entre eux (Strasbourg – Istanbul – Bangkok) et des économies d'envergure sur l'ensemble du réseau. Cette logique repose sur trois éléments cumulatifs.

435. Le temps de parcours est certes rallongé, mais en contrepartie d'un plus grand choix d'horaires pour des destinations plus nombreuses. Ce système permet par ailleurs d'améliorer l'efficacité de la compagnie, ce qui implique une hausse du remplissage de l'avion et de la fréquence des trajets entre un *hub* et les autres aéroports. Enfin, ce réseau assure un « pouvoir de monopole » au sens de la concurrence monopolistique. Ce pouvoir découle d'une réalité tant physique, tout entrant doit pouvoir entrer massivement et simultanément sur plusieurs branches du réseau pour être compétitif, que tarifaire. Dans ce cas, les tarifs des vols au départ de ces plateformes aéroportuaires sont supérieurs à ceux des vols transitant par celles-ci, cela étant rendu possible par la position de monopole naturel de l'aéroport, que l'article 106-2 du TFUE peut confirmer au titre de la gestion de services d'intérêt économique général. Dès lors, la concurrence a diminué sur les lignes directes vers et en partance des grandes plateformes aéroportuaires, ensuite des fusions entre compagnies majeures puis avec de plus petites compagnies sont venues accroître les barrières à l'entrée.

436. Mais ce pouvoir revient aussi à maintenir une « position dominante » en tant que « position de puissance économique détenue par une entreprise [...] » sans pour autant que celle-ci ne « [...] lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans

⁵⁹⁷ L'aéroport d'Istanbul (*İstanbul Havalimanı*, en turc), est un aéroport international situé au nord-ouest d'Istanbul à proximité de la mer Noire et inauguré le 29 octobre 2018. Il est le principal aéroport de Turquie et le plus grand aéroport du monde en termes de capacité, qui accueillera à terme 200 millions de passagers par an, et sera doté de 6 pistes, en 2028. Il a remplacé l'aéroport Atatürk d'Istanbul le 6 avril 2019.

une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. »⁵⁹⁸

437. À ce jour, l'analyse des décisions de la Commission européenne, pour en établir un répertoire sur le critère de recherche « Antitrust/Cartels », ne donne que peu d'affaires de position dominante dans le transport aérien de passagers sanctionnées sur fond de l'article 102 du Traité. Singulièrement, deux affaires concernaient les îles britanniques. Dans la première⁵⁹⁹ British Airways faisant pression sur les agences de voyages et les opérateurs aéroportuaires pour entraver le développement de sa principale concurrente, Virgin Atlantic quand, dans la seconde⁶⁰⁰, AerLingus était sanctionnée pour n'avoir pas accepté un accord interlignes avec la compagnie British Midland sur les liaisons entre les deux îles. L'analyse complexe des marchés et des mutations paradoxales de ceux-ci, notamment le rôle inattendu, à l'époque, de l'offre à bas coûts, fait craindre que cette libéralisation soit finalement imparfaite. Dans cette hypothèse, la démonopolisation et la désétatisation du marché de transport aérien de passagers n'ont pas abouti, laissant donc un rôle important aux États membres, qui a même pu reprendre de l'importance lors de cette crise sanitaire.

B – Le transport aérien reste une question de souveraineté nationale

438. Alors que la plupart des États ont apporté un soutien massif à leurs compagnies aériennes en cette période de pandémie, le débat plus ou moins serein entre les gouvernements néerlandais et français quant au sort du groupe Air France-KLM, rappelle combien le transport aérien conserve un rapport important avec la question de la souveraineté nationale. Dans le cas étudié, il s'agit du rapport de force entre les actionnaires publics, puisqu'au 31 décembre 2020⁶⁰¹, l'État français devance de 0,3 point son homologue néerlandais comme actionnaire de référence à 14,3 % du capital, les premiers associés privés étant Delta Air Lines et China Eastern Airlines avec 8,8 % chacun. La première aide apportée

⁵⁹⁸ Arrêt de la Cour du 14 février 1978 dans l'affaire C27/76, UNITED BRANDS Company et UNITED BRANDS Continenteaal BV, c/ Commission des Communautés européennes, ECLI:EU:C:1978:22.

⁵⁹⁹ Décision 2000/74/CE de la Commission du 14 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways).

⁶⁰⁰ Décision 92/213/CEE de la Commission du 26 février 1992 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (IV/33.544 - British Midland c/ Aer Lingus).

⁶⁰¹ <https://www.airfranceklm.com/fr/finance/informations-financieres/repartition-du-capital> - Consulté le 12 février 2021.

en mars 2020 l'avait été par les deux gouvernements à « leur » compagnie respective, sans apport à la société mère. Mais la récente et nouvelle aide validée par la Commission européenne⁶⁰² qui porte sur une recapitalisation de la holding par l'État français⁶⁰³, certes temporaire, a relancé la question « l'État néerlandais suivra-t-il ? ». Finalement, tel ne fut pas le cas.

439. À ce jour, l'un des quatre plus importants actionnaires d'Air France-KLM, la compagnie chinoise China Eastern, a souscrit à cette augmentation de capital réservée, augmentant sa participation à 9,6 %. En revanche, l'État néerlandais, qui détenait 14 % d'Air France-KLM avant l'augmentation de capital, a décidé de ne pas y participer, confirmant en cela ses réserves passées quant au soutien régulier de la compagnie. Sa participation se situe actuellement à 9,3 % des parts et ne pouvait plus empêcher le renouvellement, maintes fois espéré, du directeur général de KLM par une personnalité proche de la direction du groupe Air France-KLM⁶⁰⁴. C'est la même conséquence pour Delta Air Lines, mais pour une raison tirée de sa propre situation de compagnie aérienne soutenue par une aide d'État. La compagnie américaine contrôlait la même proportion de capital que China Eastern avant l'opération, mais la réglementation des États-Unis lui interdit toute prise de participation ou augmentation du capital de celles détenues en tant que récipiendaire d'aide publique. La compagnie d'Atlanta ne possédera plus que 5,8 % des parts de l'ensemble franco-néerlandais.

440. Pour mieux comprendre cette « question nationale », il paraît opportun, à ce stade de notre analyse, de revenir sur le cas du projet de fusion entre Air France et Sabena réalisé à la fin des années 1992 en application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. La Commission européenne, saisie du dossier Air France-Sabena en avril 1992, donna son feu

⁶⁰² Décision de la Commission du 5 avril 2021 dans l'affaire SA.59913 COVID-19 – Recapitalisation de Air France et de la société Air France – KLM.

⁶⁰³ Air France-KLM a annoncé lundi 19 avril 2021 le « succès » de son augmentation de capital en levant 1,036 milliard d'euros. Au terme de cette opération, l'État français doublera sa participation dans le groupe aérien en difficulté, à 28,6%. Il s'agit d'une étape dans le plan d'aide au groupe franco-néerlandais annoncé le 6 avril. La seconde étape sera la conversation par l'État français de 3 milliards d'euros de prêts directs (approuvé par la Commission en mai 2020 sous le numéro 57082) en quasi-fonds propres pour aider la société à surmonter la crise de la Covid-19. Le groupe avait annoncé une perte de 7,1 milliards d'euros en 2020. https://www.francetvinfo.fr/economie/transports/greve-a-air-france/air-france-klm-l-État-francais-va-monter-a-28-6-du-capital-de-l-entreprise_4378579.html - Consulté le 22 avril 2021.

⁶⁰⁴ DUTHEIL Guy, https://www.lemonde.fr/economie/article/2022/01/14/air-france-pousse-pieter-elbers-le-patron-de-klm-vers-la-sortie_6109459_3234.html - Consulté le 12 février 2022.

vert⁶⁰⁵ à cette concentration. Par application de ce règlement (CEE) n° 4064/89, « instrument juridique nouveau » comme le texte le présente, sous son considérant n° 7, cette fusion fut la première envisagée dans ce secteur. Elle ne fut pas contestée, contrairement à la concentration qui suivit immédiatement, à savoir la prise de contrôle de British Airways de TAT, minoritaire avec option d'achat pour le solde du capital⁶⁰⁶.

441. La prise de contrôle de la Sabena par Air France entre pleinement dans les objectifs du législateur de l'époque qui anticipait d'importantes restructurations (considérant n° 2) tout en préservant la concurrence effective (considérant n° 5). Pour cela, la Commission rendit contraignant les engagements des deux compagnies portant sur la restitution de créneaux aéroportuaires sur les liaisons de Bruxelles et Paris de et vers Lyon, Istanbul et Budapest et vers l'Afrique. Cette fusion validée reposait sur une double opération. La première est la constitution d'une holding, Newco, détenant la majorité du capital de la Sabena et dans laquelle le transporteur français détiendra 67 % des parts aux côtés d'investisseurs belges, la seconde d'une participation directe de 37,5 % du capital de sa consœur belge pour un total de 670 millions libérés en quatre étapes d'ici à 1994. Ce rapprochement, le premier depuis l'application du règlement initiant la libéralisation du secteur aérien⁶⁰⁷, est conditionné à la rétrocession de certaines lignes pour lesquelles dans lesquels l'opération va créer ou renforcer la position dominante de la nouvelle entité. C'est le cas, selon elle, sur certaines liaisons entre la Belgique et la France, l'Europe et l'Afrique. Le rapprochement se fait à un moment où les deux compagnies connaissent des situations financières difficiles. Air France, qui perdait 1,5 milliard de francs au premier semestre, souhaitait resserrer son dispositif d'économies et estimait que sa rentabilité ne s'améliorerait pas avant 1994. Sur les six premiers mois de l'année, Sabena avait perdu 49 millions de francs belges et devait rester déficitaire cette même année.

⁶⁰⁵ *Supra*, Décision de la Commission du 05 octobre 1992 dans l'affaire N IV/M.157 - AIR FRANCE / SABENA) sur base du Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil.

⁶⁰⁶ Décision de la Commission du 27 novembre 1992 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration dans l'Affaire IV/M259, contestée par Air France. Le recours d'Air France fut rejeté le 19 mai 1994 par le Tribunal dans l'affaire T-2/93, ECLI:EU:T:1994:55, *supra*.

⁶⁰⁷ Règlement (CEE) n°3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens modifié par le Règlement (CEE) n°2410/92 du Conseil du 23 juillet 1992.

442. Ce rapprochement va alors être vécu, par tous les acteurs, comme un véritable test. La fin de l'histoire commune en mai 1995 marque un point important de la recomposition du ciel européen deux ans après la révolution dans l'accès aux aéroports européens⁶⁰⁸, alors que les compagnies préparaient cet acte fondateur de la libéralisation du marché. Pour Air France, la concurrence de British Airways était la plus redoutée. Lorsque sa concurrente britannique prend le contrôle minoritaire, avec option d'achat pour le solde du capital de TAT, les observateurs rappellent que, lors de l'avènement du TGV dans les années 1980 qui vient concurrencer Air France sur le marché régional français, cette compagnie d'origine tourangelle s'adosse à Air France en lui donnant accès à ses systèmes de distribution pour dans le même temps, lui assurer un nombre important de vols intérieurs sous franchise Air France. On comprend mieux pourquoi Air France tenta, en vain, de s'opposer⁶⁰⁹ à ce rapprochement, tant selon la Commission dans ses considérants n^{os} 78 et 87, la concentration renforcera de manière conséquente la position de British Airways sur le marché français sans pour autant en faire un acteur « obtenant ni n'accentuant une position dominante » correspondant alors à « une évolution [qui] doit être appréciée de manière positive parce qu'elle correspond aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elle est de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté ».

443. TAT devenu « TAT European Airlines » multiplie les liaisons vers Londres afin d'alimenter d'une part, les long-courriers de British Airways et d'autre part de répondre à la demande de plus en plus forte des Britanniques pour le marché touristique français, et sera confortée par Air Liberté dont la mise en redressement judiciaire en 1997 permettra le rachat par BA. On comprend mieux alors que pour son désengagement de Sabena, les craintes d'Air France soient dissipées, quand finalement c'est la compagnie Swissair qui reprend le contrôle de la compagnie aérienne belge. « Mieux vaut un petit Suisse riche et bien portant qu'un gros Français sans argent⁶¹⁰ » pouvait-on lire à l'époque alors que Sabena signait un accord de

⁶⁰⁸ *Supra*, Règlement (CE) n°95/93 « attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté ».

⁶⁰⁹ *Supra*, Décision de la Commission du 27 novembre 1992 autorisant sans réserve la concentration dans l'Affaire n° IV/M259 puis l'arrêt du Tribunal dans l'Affaire T-2/93, ECLI:EU:T:1994:55, *supra*.

⁶¹⁰ https://www.liberation.fr/futurs/1995/05/05/air-france-benit-l-union-entre-swissair-et-sabena_134183 consulté le 10 août 2019.

partenariat avec Swissair⁶¹¹, autorisant la compagnie helvétique à acquérir 49,5 % de son capital pour un peu plus d'un milliard de francs. Lorsqu'en 1992 Bernard ATTALI, alors président d'Air France, décide de faire alliance avec Sabena, sa motivation quasi exclusive est de contenir l'arrivée massive de British Airways sur le continent en captant le trafic et les ressources de l'aéroport de Bruxelles.

444. Cette rivalité franco-britannique « sur le dos du petit Belge » renvoie inévitablement à la question de souveraineté incluant la liberté de l'État dans l'organisation de l'espace aérien civil. La délimitation des espaces aériens comme projection des souverainetés étatiques fut le point de départ de la Convention de Chicago et l'exigence du droit international. Dans ce contexte, encore à l'œuvre aujourd'hui, le droit de la concurrence pour le marché intérieur a bousculé ce rapport à l'espace⁶¹². Les États se retranchant derrière le soutien et la promotion de leur compagnie historique rappellent dans leur stratégie la valeur de « porte-drapeau ». Le changement de direction à l'occasion d'élections législatives en France imprime aussi une nouvelle priorité. Alors que le transporteur belge en difficulté réclamait une recapitalisation en se tournant vers son principal actionnaire, dont Christian BLANC, le nouveau président d'Air France n'avait d'objectif que le redressement de la compagnie nationale. La première tentative de rapprochement européen avait vécu. Mais compte tenu des objectifs contradictoires, le divorce Air France-Sabena s'imposait sans renforcer British Airways, ce qui démontre combien le marché aérien de l'époque était sous pression de la concurrence nouvellement autorisée. Le choix de Swissair permettait à une compagnie ne relevant pas de l'Union européenne, de permettre à la Suisse d'aboutir dans la recherche de partenaires aériens européens afin d'avoir accès au marché aérien européen. Les compagnies néerlandaises KLM, scandinave SAS et autrichienne Austrian avaient, dès 1992, été tour à tour approchées, sans succès. Ces échecs dans les négociations accentuaient sans aucun doute la question de la survie de la compagnie helvétique. Avec Sabena, Swissair réalisait donc son entrée dans le transport aérien européen avec un total de douze millions de passagers par an, taille honorable des grands transporteurs de l'Union et mieux armée face aux trois grandes compagnies Lufthansa, British Airways ou Air France.

⁶¹¹ Décision de la Commission du 19 juillet 1995 de non-incompatibilité au Règlement CEE 2407/92 art. 2 et 4. d'une concentration dans l'Affaire 95/404/CE.

⁶¹² TRIGAUD Béatrice, Souveraineté et liberté dans un espace aérien civil et militaire, *Stratégique* 2019/3 n°123, pages 179 à 198.

445. Ce sera le 1^{er} avril 1997 et l'application de la liberté de cabotage au sein des États membres qui relancera les affaires de concentration par la multiplication des accords de coopération à l'initiative notable de la compagnie allemande⁶¹³ qui jusque-là se tenait à l'écart des opérations de (re)structuration du marché, certainement absorbée en grande partie par son développement sur son marché domestique et est-européen, alors qu'à la suite de la réunification allemande, Interflug, la compagnie de l'ex-RDA administrée par l'organisme ouest-allemand chargé des privatisations Treuhand puis, faute d'investisseur, était liquidé en février 1991. Ces deux premiers accords vont préfigurer ce que deviendra Lufthansa, qui, selon les modalités de calcul (prise en compte de la seule marque ou du groupe) dispute à Ryanair, le titre de « première compagnie européenne ». Après de multiples acquisitions, son nom apparaissait à nouveau dans le dossier « Alitalia » comme éventuel repreneur de la compagnie italienne dont les déboires sont l'incarnation de cette « question nationale » qui lie et contraint encore et toujours le sort d'une compagnie aérienne à son territoire.

446. **L'ouverture à la concurrence du transport aérien de passagers a induit une concentration capitaliste et commerciale de celui-ci sans un irrémédiable désengagement parallèle des États**, ce que l'on peut retrouver dans d'autres secteurs économiques si l'on a suivi les interventions des gouvernements allemand et français dans le dossier Alstom/Siemens ou italien avec la fusion Renault/Fiat-Chrysler. Finalement, cette concentration suit les mêmes lignes de raisonnement de l'analyse des coûts présentée ici, à savoir la constitution d'un réseau multidestinations à partir d'une compagnie et d'un aéroport pivots. Elle révèle aussi, et malgré ou du fait de l'interventionnisme de l'État, une stratégie qualifiable d'activisme intégrationniste de la part des compagnies aériennes.

§2 – La tentative d'un groupe aérien global face aux mutations de la concurrence

447. Alors que le 14 juillet 2010, un mois après la notification et sans émettre de réserve, la Commission européenne autorise la concentration entre British Airways et Iberia⁶¹⁴, elle permet l'émergence d'un groupe aérien géant formé des apports respectifs des deux

⁶¹³ Accord de coopération entre Austrian Airlines et Lufthansa, notifié le 10 décembre 1999 et validé le 14 décembre 2001 (Affaire IV/37730) et l'Accord de coopération entre British Midland, Lufthansa et SAS, notifié le 1^{er} mars 2000 et validé le 14 mars 2001 (Affaire COMP/38712).

⁶¹⁴ Commission Decision of Non-opposition to a notified concentration (Case COMP/M.5747 — Iberia/British Airways)2010/C 241/02.

compagnies, respectivement les 150 villes dans environ 75 pays, auxquelles s'ajoutent 215 villes desservies dans le cadre de différents accords de partage de codes et des quelque 106 destinations dans environ 43 pays auxquelles s'ajoutent 110 villes desservies dans le cadre de différents accords de partage de codes. La décision de compatibilité de la concentration s'explique, tant par la grande complémentarité du groupe ainsi constitué que par le contexte de concentration de tout le secteur. La fusion entre United et Continental Airlines⁶¹⁵, toutes deux membres de la même alliance, Star Alliance fondée par Lufthansa, viendra conforter cette analyse, tant l'enquête de la Commission confirma la complémentarité des réseaux de United et de Continental⁶¹⁶ pour les liaisons transatlantiques entre l'EEE et les États-Unis, renforçant l'offre transatlantique au bénéfice du consommateur et établissant un certain équilibre concurrentiel. Coïncidence ou pas, l'opération américaine avait été organisée dans la même période puis notifiée à la Commission le 21 juin 2010, ce qui tend à prouver le besoin d'une compréhension de ces opérations dans leur globalité, territoriale comme juridique.

448. Ainsi, la constitution du groupe IAG repose sur un axe Nord-Sud pour ses bases aéroportuaires et ses réseaux transcontinentaux qui aboutissaient à fort peu de doublons, du fait de leur positionnement géographique différent, British Airways réalisant l'essentiel de son chiffre d'affaires sur l'Amérique du Nord alors qu'Iberia est naturellement tournée vers l'Amérique latine. Mais, c'est aussi une réponse implicite à l'activisme de Lufthansa à constituer un groupe puissant à partir de l'acquisition en série de compagnies européennes pour former un groupe global rentable (A) qui puisse rivaliser à armes égales sur le premier aéroport européen, pourvoyeur des liaisons aériennes parmi les plus profitables au monde (B).

A – L'émergence d'un groupe global par la mise en œuvre d'une polycompagnie

449. Lufthansa (Deutsche Lufthansa AG) est « la » compagnie aérienne privée allemande ainsi que la première compagnie aérienne européenne « universelle », en nombre de

⁶¹⁵ EC Decision of 27/07/2010 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5889 - UNITED AIR LINES / CONTINENTAL AIRLINES) according to Council Regulation (EC) No 139/2004.

⁶¹⁶ United exploite des plateformes de réseau à Los Angeles, San Francisco, Denver, Washington et Chicago et dessert plus de 230 destinations américaines et internationales, dont neuf dans l'EEE / en Suisse. Continental exploite des plateformes à Newark, Houston, Cleveland et Guam. Également membre de la Star Alliance, elle dessert 269 destinations américaines internationales, dont 26 dans l'EEE / en Suisse.

passagers transportés. Le groupe Lufthansa dépasse les autres groupes, tels qu'IAG (British Airways/Iberia) ou Air France-KLM, avec 130 millions de passagers transportés, en 2017, et 142,3 millions, en 2018, dont 66,23 millions pour la seule compagnie Lufthansa⁶¹⁷. La compagnie aérienne allemande est cofondatrice en tant que pilier européen de Star Alliance. Lufthansa au travers de son histoire et de son modèle économique, est tout à fait emblématique de la structuration du ciel européen et mondial, notamment par les acquisitions majeures des dix dernières années (Austrian, Swiss, Brussels Airlines), au travers de sa marque ombrelle « Lufthansa Regional » sous laquelle opèrent notamment Lufthansa City Line, ou encore Air Dolomiti, enfin de son offre à bas-coûts Eurowings faisant de cette compagnie un groupe global, transcontinental comme à bas coûts sur des destinations européennes et nord-africaines.

450. La compagnie fut fondée en 1926 à Berlin à la suite de la fusion de deux compagnies allemandes : la Deutsche Aero Lloyd et la Junkers Luftverkehr le 6 janvier de cette même année. Le nom initial de la compagnie fut à l'origine Deutsche Luft Hansa Aktien Gesellschaft avant d'être rebaptisée en Lufthansa. Sans remonter inutilement dans les archives de cette compagnie aérienne européenne, il est intéressant de relever, que bien avant que ne s'installe la logique des droits de trafic aérien qui ne seront codifiés qu'avec la Convention de Chicago en 1944 et entrés en vigueur trois ans plus tard, cette compagnie aérienne allemande inaugure la liaison quotidienne entre Marseille et Barcelone avec deux hydravions Rohrbach, en janvier 1928, puis une autre ligne reliant Madrid et Budapest⁶¹⁸. L'autre élément de son histoire que l'on peut aussi relever, est qu'elle sera à l'origine de la création d'une compagnie, Condor, fondée le 21 décembre 1955 avec un accord actionnarial tout à fait original, incluant la compagnie maritime allemande Nord Deutscher Lloyd (27,75 %), l'entreprise maritime Hamburg America Line (27,75 %) et la compagnie ferroviaire Deutsche Bundesbahn (18,5 %).

451. L'exemple de Lufthansa, parmi d'autres, illustre bien la logique qui est l'œuvre en Europe. D'une part, au risque de concentrer un peu plus l'offre et d'accentuer la structure oligopolistique du marché reposant sur un équilibre fragile entre compagnies universelles et compagnies à bas-coûts, la politique d'acquisition du groupe Lufthansa quasi exclusivement

⁶¹⁷ « World Airline Rankings », Flight Global, 2019 – Consulté le 28 octobre 2019.

⁶¹⁸ « Le 5 janvier 1928 dans le ciel : Lufthansa inaugure la liaison Marseille – Barcelone » [archive], sur Air Journal, 5 janvier 2013 - Consulté le 7 novembre 2017.

sur le territoire européen, a rencontré une limite lors de la faillite d'Air Berlin. Elle doit renoncer à racheter la compagnie Niki, n'étant pas assurée d'obtenir l'autorisation de la Commission européenne. D'autre part, elle constitue un exemple emblématique de réussite à être ce pivot européen d'une alliance mondiale pour en renforcer l'importance et donc la puissance. Enfin, Lufthansa est, avec IAG, la compagnie aérienne qui, jusqu'à présent, assume le mieux une politique multimarque. Pour mieux contrer l'offensive des TBC/LCC, les compagnies traditionnelles jouent principalement sur deux atouts, le multimarques d'abord, à travers la constitution de véritables groupes et le marché de niche ensuite. Quand ce ne sont pas les deux à la fois. **Le groupe Lufthansa englobe désormais, outre le transporteur allemand, des compagnies traditionnelles** comme Austrian Airlines, Swiss et Brussels Airlines, **mais aussi la compagnie low cost** Eurowings, qui reprendra les opérations de Germanwings, sa filiale à bas coûts. **Ce qui permet au groupe de couvrir tous les segments de marché**⁶¹⁹. Lufthansa, Swiss et Austrian servent le trafic premium à travers leur hub respectif de Francfort, Munich, Zurich et Vienne, quand Brussels Airlines participe au chiffre d'affaires du groupe en tant que transporteur de niche vers l'Afrique avec vingt-trois destinations proposées, soit la plus forte densité en Europe. Enfin, Eurowings qui fédère en propre ou pour les autres compagnies du groupe un trafic court et long-courrier essentiellement sur des lignes de point à point et à bas coûts.

452. La cohérence de la construction de l'offre Lufthansa/Star Alliance⁶²⁰ se lit au travers de son histoire. Commencée en 2000 avec un accord de coopération entre British Midland et SAS validé au printemps 2001⁶²¹, elle se poursuit en Europe avec Austrian quelques mois plus tard⁶²². Ce déploiement européen se complète par deux séries d'accords transatlantiques, le premier sous la forme bilatérale, Lufthansa et SAS avec United et un accord, comprenant ces trois compagnies, validé par la Commission en 2002⁶²³. Dès 2005, une autre logique se

⁶¹⁹ GIRGENSON Ianis, Lufthansa acquiert trois compagnies aériennes, *Revue Lamy de la Concurrence*, Avril 2010.

⁶²⁰ Cf. Le tableau synthétique sur l'historique des affaires de concentration, document additif, et l'annexe n°5, page 896.

⁶²¹ Décision de la Commission du 14 mars 2001 dans l'affaire COMP/38712 de non-opposition à l'accord de coopération tripartite entre British Midland, Lufthansa et SAS, notifié le 1er mars 2000.

⁶²² Décision de la Commission du 14 décembre 2001 dans l'affaire IV/37730 de non-opposition à l'accord de coopération entre Austrian Airlines et Lufthansa, notifié le 10 décembre 1999.

⁶²³ Décision de la Commission du 28 octobre 2002 dans les affaires COMP/36201, 36076, 36078 de non-opposition aux accords de coopération entre Lufthansa et United Airlines, puis entre SAS et United, enfin, entre Lufthansa, United et SAS.

développe, ou n'est-ce que la continuation de la précédente, à savoir une prise de contrôle des compagnies aériennes hors⁶²⁴ ou déjà partenaires d'un accord⁶²⁵. Cette politique d'acquisitions sur le territoire européen a, en effet, été complétée par la création d'une entreprise commune pour organiser et gérer le trafic transatlantique⁶²⁶. Pour cela, elle détient 19 % des parts de Jet Blue, une compagnie à bas coûts active aux États-Unis. La nécessité d'être un groupe global impose cette diversité de politiques commerciales, utilisant le droit pour finaliser des logiques d'entreprises. Cette saga ne saurait éviter l'évocation d'un échec dans cette expansion. Le 27 novembre 2008, elle crée une filiale italienne, Lufthansa Italia, pour s'implanter sur le marché italien, en profitant des déboires de la compagnie italienne Alitalia. Le premier vol a eu lieu le 2 février 2009. Pour des raisons commerciales de trop forte pression concurrentielle sur le marché italien, la Lufthansa décida de la fermeture de Lufthansa Italia le 23 mai 2011. L'arrêt définitif des opérations a eu lieu fin octobre 2011.

453. L'analyse ne serait pas complète sans évoquer en dernier lieu, deux axes qui pourraient laisser envisager un changement dans l'appréciation de la maturité du marché par la Commission européenne. Deux affaires peuvent, en effet, représenter une évolution dans sa démarche d'analyse du marché. Ainsi, en envisageant le recours formé⁶²⁷ par la compagnie allemande contre les engagements contraignants issus de la fusion avec Swiss⁶²⁸ en 2005 comme le dossier Air Berlin en 2017, la question se pose pour Lufthansa de savoir si elle ne serait pas parvenue à cette « position de puissance économique détenue par une entreprise » lui octroyant un pouvoir de marché ?

454. Dans la première affaire, les engagements des compagnies aériennes, de plus en plus nombreux et contraignants, peuvent être la pierre d'achoppement des négociations avec la

⁶²⁴ Le 20 mai 2005 Lufthansa notifie sa volonté d'acquérir le contrôle total de la compagnie Swiss. (Affaire COMP/M.3770 du 4 juillet 2005) et Le 26 novembre 2008, la Commission a reçu notification d'un projet de concentration par lequel l'entreprise Deutsche Lufthansa AG («LH», Allemagne) acquiert le contrôle exclusif de l'entreprise SN Airholding SA/NV («SNAH», Belgique) par achat d'actions – SNBrussels (Affaire COMP/M.5335 du 22 juin 2009).

⁶²⁵ *Supra*, Reprise d'Austrian Airlines par Lufthansa (privatisation accompagnée d'une aide à la restructuration) reprise contestée par Niki Luftfahrt devant le Tribunal qui rejette l'action (affaire T-511/09 du 13 mai 2015).

⁶²⁶ Décision de la Commission dans l'affaire COMP/39.595 du 25 mai 2013 concernant la création d'une entreprise commune de partage des recettes (entreprise commune A++), entre Continental, United, Lufthansa et Air Canada qui fait l'objet d'une procédure formelle le 8 avril 2009.

⁶²⁷ Recours du 5 octobre 2016 contre la décision de la Commission C (2016) 4964 final, Décision de la Commission rendue le 25 juillet 2016 dans l'affaire M.3770, Lufthansa/Swiss du 4 juillet 2005.

⁶²⁸ *Supra*, Décision de la Commission du 4 juillet 2005 approuvant la concentration dans l'affaire COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss.

Commission européenne dans l'évaluation de leurs rapprochements commerciaux et/ou capitalistiques. De la renonciation à quelques créneaux aéroportuaires, nous sommes passés à des engagements de plus en plus complets et tenant une durée de plus en plus longue. C'est sur ce point que Lufthansa, en 2013, souhaita obtenir de suspendre, huit ans après leur application, les engagements proposés à la suite de la fusion avec Swiss autorisée en 2005. Le 4 novembre 2013, Lufthansa avait présenté à la Commission une demande d'exemption des engagements tarifaires et à titre complémentaire, des engagements sur les créneaux horaires et d'autres mesures correctives accessoires en matière d'accès applicables aux lignes Zurich-Stockholm (ZRH-STO) et Zurich-Varsovie (ZRH-WAW). Ces deux lignes avaient focalisé les négociations, en 2005, entre la Commission et la compagnie allemande, car la première estimait, sans être contestée, que les concurrentes potentielles, SAS (Suède) et LOT (Pologne) n'étaient pas susceptibles d'être des concurrentes, notamment du fait qu'elles étaient membres de la même alliance.

455. Mais huit ans plus tard, Lufthansa estime, à la lumière de clauses de révision des engagements, que la situation a changé et qu'il faut donc revoir ces engagements. En effet, les relations entre Lufthansa et ses partenaires scandinave et polonaise ont évolué, notamment avec la cessation d'activité d'une coentreprise avec SAS. C'est donc le refus de la Commission, le 25 juillet 2016⁶²⁹, d'accepter la demande d'exemption partielle des engagements concernant les lignes Zurich-Stockholm et Zurich-Varsovie, qui entraîna un recours devant le Tribunal le 5 octobre 2016 qui demeure le seul et unique à ce jour. La juridiction accueillit la requête en annulation⁶³⁰ en reprenant deux arguments, que sont la modification des relations contractuelles entre Lufthansa et SAS (point 73) et la politique de la Commission européenne de prise en compte des effets de l'alliance (point 87) alors que dans d'autres affaires⁶³¹, la Commission écartait cet élément de son analyse. Dès lors, la décision de la Commission, du 25 juillet 2016, rejetant la demande de Deutsche Lufthansa AG relative à l'exemption de certains engagements rendus contraignants est annulée pour les

⁶²⁹ Décision C(2016) 4964 final de la Commission, du 25 juillet 2016, rejetant la demande de Deutsche Lufthansa AG relative à l'exemption de certains engagements rendus contraignants par la décision de la Commission du 4 juillet 2005 approuvant la concentration dans l'affaire COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss.

⁶³⁰ Arrêt du Tribunal du 16 mai 2018 dans l'affaire T-712/16, Deutsche Lufthansa AG c/ Commission européenne. ECLI:EU:T:2018:269

⁶³¹ Décision de la Commission du 22 juin 2009 dans l'affaire COMP/M.5335, Deutsche Lufthansa AG / SN Airholding SA/NV (devenue Brussels Airlines) notifiée le 26 novembre 2008 ou la décision de la Commission du 14 mai 2009 dans l'affaire COMP/M5403, British Midland (bmi) / Lufthansa, notifiée le 3 avril 2009.

seules conséquences sur la ligne Zurich-Stockholm, Lufthansa n'ayant pas établi le maintien d'une concurrence entre Swiss et LOT. **On perçoit dans cette décision du Tribunal une volonté d'équilibre entre les arguments pour adapter le plus pragmatiquement possible, la réglementation à la réalité du marché. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un pourvoi.**

456. Pour la seconde affaire, Lufthansa a anticipé une opposition de la Commission dans un projet de rachat d'une autre compagnie aérienne. Ainsi, le 24 août 2017, neuf jours après le dépôt de bilan de la compagnie Air Berlin, Lufthansa rendit public un projet de rachat de l'ensemble de ses actifs, parmi lesquels, les compagnies allemande LGW⁶³² et autrichienne Niki (filiales d'Air Berlin) et la reprise de 90 appareils d'Air Berlin, comprenant les 38 appareils qu'Air Berlin lui louait déjà. Le 12 octobre 2017, Lufthansa annonça finalement la reprise d'une partie de l'activité d'Air Berlin en renonçant à Niki. L'opération, ainsi envisagée, fut notifiée à la Commission le 31 octobre 2017. D'une valeur de 210 millions d'euros cela représentait, un ensemble composé de deux compagnies aériennes⁶³³ et d'une série d'aéronefs et de créneaux horaires supplémentaires d'Air Berlin dans plusieurs aéroports de l'UE, en particulier en Autriche, en Allemagne et en Suisse. Ces actifs ont été transférés à LGW, soit 81 avions sur 144 que détenaient Air Berlin et ses filiales, le reste de la flotte étant reprise par easyJet.

457. Prenant acte de la décision de Lufthansa de renoncer à Niki, la Commission a limité son enquête à l'incidence sur la concurrence de la partie restante de l'opération (à savoir l'acquisition de LGW, y compris des aéronefs des créneaux horaires supplémentaires d'Air Berlin et la reprise des contrats des membres d'équipage). L'examen⁶³⁴ a porté sur le portefeuille de créneaux horaires qu'allait acquérir Lufthansa dans différents aéroports et d'envisager si cela lui permettrait d'empêcher ses concurrents d'entrer sur les marchés du transport aérien de passagers en provenance et à destination de ces aéroports et d'y renforcer leur présence. **Le critère essentiel du contrôle de la Commission est la qualification du niveau**

⁶³² Exploitant sous le nom de German Wings, des contrats de location pour fournir un aéronef, avec équipage complet, l'entretien et l'assurance (ACMI, aircraft, complete crew, maintenance, and insurance) à une autre compagnie aérienne.

⁶³³ D'une part, la compagnie aérienne de loisirs NIKI, avec ses appareils, ses membres d'équipage et ses créneaux horaires et d'autre part, la compagnie aérienne régionale LGW qui, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité d'Air Berlin, était principalement active dans le trafic d'appoint pour les activités court-courrier et long-courrier d'Air Berlin aux aéroports de Berlin et de Düsseldorf.

⁶³⁴ Case M.8633 – LUFTHANSA / CERTAIN AIR BERLIN ASSETS Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation n°139/2004 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area.

de ressources aéroportuaires. Un vaste portefeuille de créneaux horaires dans des aéroports encombrés peut entraîner des barrières à l'entrée plus élevées pour les compagnies aériennes qui souhaitent exercer leurs activités en provenance et à destination de ces aéroports, au risque de hausse des prix ou sur une diminution du choix pour les passagers.

458. Mais l'augmentation du portefeuille de créneaux horaires de Lufthansa à l'aéroport de Düsseldorf, grâce à l'acquisition de LGW, était de nature à avoir des incidences négatives sur les passagers en termes de prix et/ou de choix des services par le trop grand poids du groupe. Aucun problème n'a été soulevé par la Commission pour les autres aéroports où Lufthansa a acquis des créneaux horaires au motif soit qu'ils n'étaient pas fortement encombrés, soit que la taille du portefeuille de créneaux horaires de Lufthansa après l'acquisition n'y a pas créé de problèmes de concurrence, soit enfin, parce que l'augmentation de pouvoir de marché liée à l'opération était faible.

459. Des mesures correctrices ont donc été imposées, pour remédier aux problèmes de concurrence constatés qui, après consultation des acteurs du marché sur ces engagements, ont été améliorés. Dès lors, Lufthansa s'est engagée à modifier ses accords de vente et d'achat avec Air Berlin pour réduire son acquisition de créneaux horaires à l'aéroport de Düsseldorf pour limiter le transfert de créneaux horaires dans cet aéroport pour la saison estivale à 1 % par rapport à un scénario où l'opération n'aurait pas lieu. Par ailleurs, 50 % des créneaux horaires à l'aéroport de Düsseldorf seront détenus par les concurrents de Lufthansa.

460. Cet accord de vente et d'achat laissait également à Lufthansa l'option d'exclure Niki de l'acquisition. Lufthansa a décidé d'exercer cette option le 13 décembre 2017, devant les réticences pour ne pas dire l'opposition de la Commission. Dans cette affaire, emblématique à plusieurs titres, les enseignements sont nombreux. Outre l'anticipation rationnelle d'un refus par la Commission, d'une reprise de tous les actifs d'Air Berlin, c'est surtout le rôle actif des compagnies à bas coûts qui éclaire la situation du ciel européen en cette fin d'année 2017, prémices de la recomposition post-COVID-19 que l'on annonce.

461. Les enseignements des trente ans de décisions de la Commission européenne semblent appliqués par Lufthansa. **L'absorption de tout le groupe Air Berlin aurait nécessité un renoncement important aux créneaux aéroportuaires, vidant de son attrait la compagnie Niki sans, pour autant, exclure le risque d'un refus pur et simple de la concentration par la Commission.** Au travers de ses expériences de concentration, la compagnie allemande voit les

engagements pris envers la Commission prendre de l'ampleur. Passant d'une seule renonciation aux créneaux aéroportuaires pour l'accord de coopération entre British Midland, Lufthansa et SAS⁶³⁵, validé le 14 mars 2001, les engagements, pour valider la coopération entre Austrian Airlines et Lufthansa, ont pu porter sur une combinaison de mesures correctrices plus complexes et conséquentes, comportant le renoncement à des créneaux horaires, des plafonnements des fréquences, ainsi que de tarifs et de capacité incluant, par ailleurs, l'incitation à des accords interlignes et à l'accès aux programmes de fidélisation⁶³⁶. Dans la première affaire, il s'agissait, pour la Commission d'accompagner la création d'un réseau étendu qui puisse être concurrent avec ceux d'Air France et de British Airways. Dans la seconde affaire, le pouvoir de marché sur l'Europe centrale devenait bien trop important pour ne renoncer qu'à des créneaux. Après les engagements concernant la fusion avec Swiss et le litige qu'il a induit, la décision de renoncer à Air Berlin pour se concentrer sur un objectif à sa portée écarta les conclusions de la fable du héron.

462. La communication des intérêts d'easyJet⁶³⁷ pour les actifs d'Air Berlin, puis de Ryanair indirectement, va conforter la logique concurrentielle et permettre ainsi un meccano industriel majeur en trois temps à partir du projet initial de reprise par Lufthansa. Le marché allemand et au-delà reste concurrentiel, car il est conforté par la reprise des actifs matériels et immatériels⁶³⁸ d'Air Berlin par easyJet, actant ainsi sa première acquisition d'importance et par le rôle de Ryanair qui soutient la reprise de Niki par son ancien fondateur et actionnaire de Laudamotion, en s'engageant à acquérir 75 % de la nouvelle compagnie Laudamotion ainsi constituée⁶³⁹. Cette situation de marché étant sécurisée par ces accords de concentration, Lufthansa est autorisée par la Commission à reprendre les actifs de LGW⁶⁴⁰.

⁶³⁵ Accord de coopération notifié le 1er mars 2000 dans l'affaire COMP/38712.

⁶³⁶ *Supra*, Accord de coopération entre Austrian Airlines et Lufthansa (Affaire IV/37730 – 14 décembre 2001).

⁶³⁷ Le 12 décembre 2017, la Commission européenne a autorisé sans condition, en vertu du règlement de l'UE sur les concentrations, le projet d'acquisition de certains actifs d'Air Berlin par EasyJet. Elle a conclu que l'opération n'aurait pas d'effet préjudiciable sur la concurrence dans le marché unique de l'UE (Affaire M.8672 EasyJet/ Certain AIR BERLIN Assets du 12 décembre 2017).

⁶³⁸ Vingt-cinq Airbus A320 d'Air Berlin, sur l'aéroport berlinois de Tegel, et les liaisons court-courrier correspondantes aux créneaux aéroportuaires pour un montant de 40 millions d'euros.

⁶³⁹ *Supra*, Non-opposition to a notified concentration (Case M.8869 — Ryanair/LaudaMotion) (2018/C 366/01) July 12th 2018.

⁶⁴⁰ Cet accord sera validé par l'arrêt du Tribunal du 20 octobre 2021 dans l'affaire T 240/18, Polskie Linie Lotnicze "LOT" S.A., c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:2021:723.

463. L'autre point d'achoppement de cette stratégie reste le positionnement sur le marché TBC/LCC. Eurowings GmbH compagnie aérienne allemande, basée à Düsseldorf, détenue par Lufthansa, est devenue, après la fin du projet Germanwings, l'image et le support aérien d'une offre à bas coûts qui toucherait tant le moyen-courrier que le long. Jusqu'en 2014, elle faisait partie de la marque Lufthansa Regional, compliquant certainement la vision du consommateur quant à son positionnement, à l'instar de la marque HOP ! que l'on pouvait identifier à une compagnie alors qu'il s'agissait d'affrètement par Air France. En effet, un projet lancé en juillet 2013 envisage que l'ensemble des vols européens du groupe Lufthansa ne desservant pas les *hubs* de Francfort ou Munich soit transféré progressivement vers Germanwings, les anciens appareils Lufthansa étant transférés progressivement à partir du lancement du programme. La flotte de Germanwings passe alors de 34 à environ 90 appareils. Une nouvelle grille tarifaire, une nouvelle livrée et un nouveau logo sont adoptés à l'occasion. L'expérience aura duré un peu plus de deux ans. Le 22 septembre 2015, Lufthansa, annonce la disparition progressive de sa filiale à bas coûts dans les trois prochaines années. Basée à l'aéroport de Cologne, la nouvelle compagnie *low cost* Eurowings servira de marque ombrelle pour les vols à bas coûts des autres filiales du groupe, telles Germanwings jusqu'à sa disparition, ainsi que les offres Austrian et Swiss. Contrairement aux autres compagnies *low cost* en Europe, Eurowings opérera aussi bien des vols moyen-courriers que des destinations long-courriers. Lufthansa veut alors faire d'Eurowings « la troisième compagnie *low cost* en Europe dans les années à venir ».

464. **La difficulté pour les compagnies universelles de créer, ou développer après une acquisition, une compagnie TBC relève quasiment de la révolution culturelle.** C'est le plus souvent la raison de l'échec, comme Germanwings ou des relations conflictuelles entre compagnies d'un même groupe (Transavia avec Air France-KLM). L'aventure d'IAG avec le rachat de Vueling en 2013 est à analyser pour confirmer ou infirmer cette conclusion, Vueling opérant dans un groupe qui possède, sur le même marché espagnol, une autre compagnie à bas-coûts, Iberia Express, émanation en 2011 de la compagnie historique. La différence de tailles de compagnies (plus de 120 avions pour Vueling et moins de 30 pour Iberia Express) et de bases commerciales (Barcelone et Rome pour la première, Madrid pour la seconde) devant pouvoir se compléter.

465. Cette caractéristique liée au positionnement sur telle ou telle infrastructure aéroportuaire est marquante et particulièrement sur un territoire dont l'accès aérien se concentre sur une offre aéroportuaire, ce qui n'est pas le cas en Allemagne ou en Espagne. Aussi, quand Lufthansa tente de s'établir durablement sur le marché britannique, elle doit acquérir une compagnie aérienne qui possède déjà une solide position, c'est-à-dire des créneaux aéroportuaires en nombre. Ainsi, le groupe global, à qui tout semble réussir, reste pourtant un grand absent de l'aéroport de Londres-Heathrow.

B – La tentative de concurrence frontale à Londres-Heathrow, un équilibre concurrentiel dynamique et instable

466. À nouveau, l'examen d'une compagnie plus particulière nous renseigne sur l'équilibre concurrentiel issu de la libéralisation du marché. Bmi (British Midland International) fut le nom commercial de l'ancienne compagnie aérienne britannique British Midland Airways (BMA). Cinquième compagnie aérienne commerciale du Royaume-Uni avant sa disparition en 2012, son principal centre opérationnel était à l'aéroport de Londres-Heathrow (LHR), où elle détenait environ 10% des créneaux horaires sur cet aéroport, à partir duquel elle avait un réseau dans l'archipel britannique ainsi que vers le Moyen-Orient, ses concurrentes étant plus tournées vers le trafic transatlantique ou asiatique. Cette double caractéristique en fit une compagnie fort convoitée.

467. D'abord pour Lufthansa, qui en fit l'acquisition le 14 mai 2009 avec l'accord de la Commission européenne⁶⁴¹. La volonté de ne pas être absent du principal aéroport de Londres, et donc de pouvoir ainsi bénéficier de créneaux aéroportuaires sur l'aéroport le plus important et plus encombré d'Europe en fut la principale raison⁶⁴². Lufthansa assura qu'elle ne souhaitait pas entreprendre de vols sur les liaisons déjà commercialisées par bmi et *vice-versa*, dans le cadre de l'alliance Star Alliance. La Commission en conclut donc que l'opération n'est pas susceptible d'entraver de manière significative une concurrence effective sur ces

⁶⁴¹ *Supra*, Décision de la Commission du 14 mai 2009 de ne pas s'opposer à la concentration dans l'affaire COMP/M5403.

⁶⁴² L'aéroport de Paris-Roissy dispose de quatre pistes quand celui de Londres-Heathrow n'en utilise que deux, rendant sa performance logistique exceptionnelle. Pour croire, les deux aéroports avaient émis les projets d'un terminal de plus à Paris et d'une piste de plus à Londres. Le projet parisien est abandonné, celui de Londres toujours en attente d'une décision politique.

liaisons. **Cette prudence de l'acquéreur dans ses choix de développement de sa nouvelle filiale a certes pu convaincre la Commission d'approuver sans réserve cette concentration.**

Elle a certainement expliqué aussi l'échec de cette opération. Car, il semble bien que l'engagement du repreneur allemand, de ne pas coopérer avec sa nouvelle filiale pour faire face à la concurrence, soit à la hauteur des attentes du régulateur, même s'il préserve l'intensité concurrentielle, il fait au détriment de l'efficacité commerciale de cette concentration.

468. Bmi et sa filiale opéraient, avec une flotte de quarante-six appareils, sur la façade orientale du réseau Star Alliance en complément de celui-ci avec des accords de partage de code, avec Air India, Etihad, Gulf Air, Malaysia Airlines, Oman Air, Qatar Airways ou Sri Lankan Airlines. Dans le même temps, elle avait su développer un réseau européen en partenariat commercial avec Brussels Airlines ou encore Lufthansa, mais sans en augmenter la quantité de sièges offerts. En 2018, bmi proposait ainsi 40 destinations en Europe. Mais, la seule superposition des réseaux n'a pas suffi à rentabiliser l'investissement de Lufthansa, estimé à 256 millions d'euros, alors que les difficultés financières de bmi, qui perdit 154 millions d'euros depuis le début de l'année en raison des conflits du printemps arabe et du tsunami au Japon en 2011. Une autre décision hasardeuse, celle de créer la *low cost* Bmibaby, a contraint Lufthansa à se séparer de bmi, seulement deux ans après en avoir pris le contrôle total. Il est aussi opportun de rappeler que, dans le même temps, Lufthansa était en pourparlers pour entrer au capital des compagnies SN Brussels et Austrian. La première décennie 2000 est ainsi marquée par un vaste « mécano industriel » dans le transport aérien de passagers, que la Commission européenne a accompagné tout au long.

469. Bmi est rachetée, en avril 2012, par la holding International Airlines Group (IAG) qui regroupe British Airways et Iberia pour environ 205 millions d'euros. En renonçant, sans trop d'hésitations, à quatorze créneaux aéroportuaires, pour les restituer dans le « *pool* de créneaux aéroportuaires » conformément au règlement (CE) n° 95/93 « créneaux aéroportuaires », IAG confirmait que son intérêt se porta plus sur les liaisons vers l'Asie que sur celui de renforcer sa position déjà dominante sur Heathrow où elle détient plus de 40 % des créneaux. Dès ce rachat, IAG annonça son intention de ne pas garder les filiales issues du rachat de bmi, permettant ainsi d'éviter les critiques de ses principaux concurrents que sont Virgin Atlantic et Ryanair.

470. La filiale bmi Regional, basée en Écosse, fut vendue en juin 2012 à un groupe d'investisseurs britanniques, Sector Aviation Holdings (SAH), qui en 2013 put récupérer les marques⁶⁴³. Cette tentative d'établir une connexion entre Londres et Francfort par le partenariat privilégié d'une prise de participation ayant échoué et l'alliance autour de Lufthansa ne possédant pas de correspondant britannique⁶⁴⁴, c'est aux compagnies du groupe d'assurer la connexion entre les deux aéroports de Francfort⁶⁴⁵ et donc de moduler la capacité des sièges en fonction du type d'appareils pour alimenter les vols intercontinentaux depuis Francfort. Ainsi, autant pour la symbolique que pour pérenniser ses droits acquis sur les créneaux aéroportuaires, Lufthansa assure des vols directs vers Toronto depuis Londres, mais le retour n'est quasiment jamais direct, mais via Francfort, tirant profit du trafic Canada – Allemagne pour éventuellement assurer un flux entre Francfort et Londres.

471. **Détenir et maintenir une position forte sur les plateformes londoniennes est ainsi un défi concurrentiel.** Sur l'aéroport de Londres Heathrow, ce défi est relevé par Virgin Atlantic, membre de l'alliance Skyteam, qui fut, un temps, pressenti pour acquérir bmi. Le 12 décembre 2011, Lufthansa déclarait qu'un accord de principe avait été trouvé avec la compagnie du groupe Virgin, mais sans renoncer à la précédente déclaration d'intention avec British Airways, qui avait eu droit à la même déclaration début novembre. Le jeu concurrentiel est alors de pouvoir, comme pour la Sabena dont Air France avait décidé de se séparer, de décider qui sera « le concurrent le moins apte à profiter de mon retrait partiel du marché ». Car il semblait assez logique que le choix de Virgin Atlantic soit plus judicieux, plutôt que renforcer sa très puissante rivale IAG. Mais trois éléments du profil de Virgin ont finalement fait pencher la balance au profit de British Airways malgré le risque d'affronter les autorités de la concurrence quant à sa part de marché à Londres-Heathrow.

⁶⁴³ En avril 2013, conformément au contrat de rachat, la compagnie dispose des droits d'utilisation du nom bmi, son ancienne maison-mère. Son président, Ian Woodley, n'exclut pas de reprendre ce nom et d'abandonner la mention « regional ». Le 5 juillet 2018, bmi regional est renommé FlyBMI. Le 16 février 2019, FlyBMI annonce cesser toute opération et se placer en liquidation judiciaire. Tous les vols sont annulés à compter du lendemain. Deux principales raisons sont invoquées : la hausse du prix du kérosène, et le Brexit.

⁶⁴⁴ Aujourd'hui, Star Alliance regroupe vingt-deux transporteurs aériens membres autour du groupe Lufthansa (quatre compagnies) : cinq européennes, une Turque, deux nord-américaines (United et Air Canada), trois africaines (Egyptair, Ethiopian et South African airways), huit asiatiques, deux sud-américaines et une Néozélandaise.

⁶⁴⁵ Entre 75 et 86 connexions sur un test de réservation effectué en le 25 avril 2021 en faisant varier les dates de départ et retour, <https://booking.staralliance.com/fr>.

472. D'une part, Virgin est très présente sur cet aéroport, 3^e compagnie derrière bmi, d'autre part comme membre de l'alliance Skyteam, elle risquait de créer une liaison aérienne trop puissante entre Paris et Londres, enfin son accord de partage de codes passé avec Etihad Airways, amenait une concurrence venue d'un État tiers. Ces éléments combinés ont contribué à ce que Lufthansa ne négocie pas exclusivement avec Virgin puis renonce à lui vendre bmi. Ainsi, la vente se fait à British Airways pour 200 millions d'euros. Fin mars 2012, la Commission européenne approuve l'acquisition de bmi,⁶⁴⁶ car les mesures correctrices négociées avec IAG pouvaient, selon elle, favoriser le maintien d'un marché concurrentiel. C'est la restitution de créneaux aéroportuaires sur l'aéroport de Londres Heathrow, soit douze paires de créneaux horaires par jour susceptibles d'être utilisées pour des liaisons sur lesquelles portaient spécifiquement les problèmes, incluant des liaisons intérieures au Royaume-Uni comme d'autres liaisons européennes. On peut citer, par exemple, deux paires de créneaux horaires journaliers à Londres Heathrow qui sont louées à Transaero pour ses vols vers Moscou. Aussi et dans le même temps, une potentialité de nouveaux entrants est maintenue sur le marché.

473. Mais cette potentialité n'est pas une garantie de succès, si l'on en juge par l'expérience Flybe⁶⁴⁷ (1979-2020) qui avait un partenariat avec Air France depuis 1996 sur les liaisons entre Londres, Toulouse et Lyon, puis en 1997 entre Birmingham et Paris CDG. La disparition de cette compagnie, malgré la tentative de reprise par l'alliance Skyteam,⁶⁴⁸ a conforté la part de British Airways sur le premier aéroport européen à 53 %. À titre de comparaison, Air France – KLM contrôlerait 59 % des créneaux à Paris – Charles de Gaulle et 57 % à Schiphol, et Lufthansa 66% à Francfort. Pour la compagnie Ryanair, l'accord ainsi finalisé de reprise de bmi par IAG fut un revers. En 2007, les mêmes autorités régulatrices avaient bloqué sa tentative de prise de contrôle⁶⁴⁹ d'AerLingus au motif qu'elle aurait une trop importante position, 40% des créneaux horaires, sur l'aéroport de Dublin. Aussi, elle en profita pour rappeler à l'envie que l'autorité de la concurrence britannique (l'Office of Fair Trading)

⁶⁴⁶ *Supra*, Décision de la Commission, du 30 mars 2012 (Affaire COMP/M.6447 — IAG/bmi).

⁶⁴⁷ *Supra*, Decision on the implementation of remedies - Assessment of viability in Case Case M.6447 – IAG/BM, 12 November 2018

⁶⁴⁸ Décision de la Commission 2020/C 408/02 du 21 novembre 2020 de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire M.9287 — Connect Airways/Flybe)

⁶⁴⁹ Décision de la Commission du 27 juin 2007 déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun et l'accord EEE (Affaire COMP/M.4439 — Ryanair/Aer Lingus)

avait condamné en août 2007 British Airways pour un accord illicite sur les prix avec Virgin Atlantic, cette dernière étant exemptée d'amende pour avoir collaboré à l'enquête.

474. Il reste, pour envisager cet activisme intégrationniste que dès avant la crise sanitaire actuelle, le sort de l'ancienne compagnie Alitalia, devenue ITA le 15 octobre 2021, depuis des décennies⁶⁵⁰, pose régulièrement la question de cette croissance externe et du devenir de la dernière compagnie historique européenne n'appartenant à aucun groupe. Reprise en 2014⁶⁵¹ par Etihad, la compagnie est placée sous tutelle de l'État italien pour défaut de paiement en mars 2017. Depuis, dans le dossier de reprise d'Alitalia, le tempo électoral italien s'est régulièrement fait entendre dans ce dossier. Alors que Lufthansa présentait la meilleure offre⁶⁵² et avait donc des chances de remporter l'appel d'offres lancé pour la reprise d'Alitalia face à deux autres candidats (Wizz Air et easyJet), c'est Delta et une co-entreprise menée par la société italienne des chemins de fer Ferrovie dello Stato Italiane et le groupe Atlantia⁶⁵³, qui le 15 juillet 2019, annoncent reprendre ensemble Alitalia. Finalement, en avril 2020, le ministre de l'Industrie, Stefano Patuanelli annonce que le gouvernement italien prendra en juin le contrôle total d'Alitalia, que la crise du coronavirus a poussé à la faillite⁶⁵⁴.

475. L'issue de la crise sanitaire sur le marché va accentuer les conséquences d'une telle concentration des acteurs par le jeu des alliances commerciales et des prises de participation croisées. **Sur ce marché qui est déjà fortement dépendant des aléas climatiques, géopolitiques et sanitaires, les autorités régulatrices doivent pouvoir compter sur une nouvelle stabilité de l'équilibre concurrentiel pour redéfinir l'écosystème normatif.**

⁶⁵⁰ Malgré toutes les restructurations en dix ans sa situation comptable est toujours en déficitaire : 199 millions d'euros en 2015, environ le double en 2016, tandis que les deux plus mauvaises années de la société ont celles de 2013 et de 2014 avec presque 600 de pertes. En 2019 elle accumulait trois milliards d'euros d'endettement pour un actif estimé à 955 millions d'euros. En 2007, la compagnie transportait 26 606 000 passagers, elle n'en transporte plus que 22 090 000 en 2015. Rien que sur la ligne Rome-Milan, la compagnie est passée de 2,419 millions de passagers à 1,363 en 2015, notamment en raison de la concurrence du train à grande vitesse. La compagnie ne dispose plus que de 122 aéronefs (au lieu de 186) et n'offre que 16 % de ses places de vol à l'intercontinental, taux inférieur à celui des principales compagnies européennes et même inférieur. <https://www.usinenouvelle.com/article/la-commission-europeenne-donne-son-feu-vert-au-rapprochement-d-etihad-airways-et-d-alitalia.N297159> - Consulté le 19 mars 2020.

⁶⁵¹ Décision de la Commission du 14 novembre 2014 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.7333 - ALITALIA / ETIHAD) sur base du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil.

⁶⁵² Le ministre de l'Industrie italien Carlo CALENDA a expliqué lors d'un entretien avec La Repubblica que la compagnie allemande avait présenté la proposition la plus prometteuse.

⁶⁵³ Groupe qui appartient à la famille Benetton et qui, notamment, détient l'exploitation et la gestion des aéroports romains.

⁶⁵⁴ Le Figaro avec Reuters, « L'Italie va nationaliser la compagnie aérienne Alitalia en juin », lefigaro.fr, 23 avril 2020 - Consulté le 24 avril 2020.

§ 3 – La nécessité de clarifier la position des autorités régulatrices

476. Plus de vingt ans après l'entrée en vigueur du « troisième paquet », le fonctionnement du marché unique du transport aérien reste évidemment perfectible, comme en témoignent certains déterminants. Les défaillances du système d'attribution des créneaux horaires au cœur de la réforme en cours, le fait que la vaste majorité (80 %) des routes au départ des aéroports de l'Union sont toujours desservies par seulement un (dans 60 % des cas) ou deux (dans 20 % des cas) transporteurs, enfin la fragilité économique récurrente des acteurs du marché sont autant d'éléments qui vont à l'encontre des conditions d'une concurrence pure et parfaite, ou tout le moins efficace, du marché. Ainsi, les difficultés financières récurrentes rencontrées par plusieurs compagnies aériennes et aéroports secondaires tout au long de la longue histoire du transport aérien de passagers et singulièrement accentuées par la pandémie actuelle, sont révélatrices d'un secteur économique essentiel, mais fragile et qui ne cesse de se repenser.

477. Qu'ils impliquent de plus grandes concentrations et/ou un rôle accru des États, les différents plans économiques pour relancer l'activité des compagnies aériennes semblent montrer un certain parti pris, puisque seules les compagnies universelles sont d'emblée évoquées comme étant à sauver de la faillite, validant alors le raisonnement qu'elles ne seraient pas viables sur le long terme sans cette intervention. Car, les tentatives d'objectivisation de la concurrence dans le transport aérien (A) se confrontent aux nouvelles perspectives de son équilibre concurrentiel (B).

A – L'objectivisation de la concurrence dans le transport aérien comme support au marché intérieur

478. Le traité de Lisbonne fait de « l'économie sociale de marché » une référence prétendant équilibrer compétitivité et progrès social, assurant la préservation de l'environnement et combattant, enfin, l'exclusion sociale et les discriminations⁶⁵⁵. **Au travers de tous ces objectifs, les problématiques intrinsèques au transport aérien de passagers, que l'on peut envisager par le prisme de la concurrence, mais qui ne peuvent s'y résumer, sont**

⁶⁵⁵ Editorial, *RTD eur.*, 45 (1) janv-mars 2009.

parfois réduites à la question du prix du transport et de sa fixation. « Comment peut-on promouvoir des tarifs à 1 euro? », s'interrogeait, par exemple, Gilles BORDES-PAGES, ancien directeur du développement d'Air France (1996-2009) et ancien directeur des relations stratégiques d'Air France (2009-2014). Il évaluait et commentait les conditions « environnementales » contreparties au prêt d'actionnaire et à la garantie de prêt bancaire accordés par le gouvernement français à Air France. Quel pouvait-être l'objet de cette question ?

479. « Qui ne se souvient pas de ces publicités pour les compagnies *low cost* dans les couloirs du métro où l'on mettait en balance un vol vers n'importe quelle destination soleil en Europe avec une place de cinéma ? À qui peut-on faire croire qu'un business model qui propose des vols moins chers qu'un masque FFP2 est un modèle sain ?

Comment imaginer qu'on puisse continuer à promouvoir des tarifs irréalistes à 1 euro (oui 1 euro !) de ces compagnies qui font payer le billet non par le passager, mais par l'argent public des subventions qui leur sont offertes tandis qu'on exigera d'Air France de rembourser ses prêts en lui ayant rogné les ailes... mais pas les charges ? Comment ne pas creuser des fossés et des fractures sociales quand dans certains pays les taxes pèsent 12 % versus plus de 50 % pour d'autres pays au sein d'une même Europe ? »⁶⁵⁶

480. Embrassant tour à tour les contentieux à propos de l'attribution des aides d'État, en oubliant que Transavia a pu aussi en bénéficier, ou l'absence d'harmonisation dans le calcul des redevances aéroportuaires, quand c'est le consommateur français qui les supporte sur le prix de son billet, c'est le contribuable allemand qui les supporte sur sa fiscalité locale, ce fin connaisseur du marché réagissait vivement à l'application des objectifs d'interdire les vols intérieurs dès lors qu'une alternative ferroviaire existe en moins de 2h30 (hors vols vers *hubs*). Dans l'analyse d'une concurrence durable quelle est la caractéristique de cette décision politique qui avait vocation à s'appliquer à une seule compagnie aérienne, certes majeure sur le marché français⁶⁵⁷, pour finalement s'appliquer à tout le territoire en fonction de la durée du trajet⁶⁵⁸ ?

⁶⁵⁶ BORDES-PAGES Gilles, tribune, <https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/quel-futur-pour-air-france-apres-le-covid-19-847005.html> - Consulté le 5 mai 2020.

⁶⁵⁷ GOURGEON Pierre-Henri, Les secrets du redécollage d'Air France, *Le journal de l'école de Paris du management*, vol. 63, no. 1, 2007, pp. 8-16 <https://www.cairn.info/revue-le-journal-de-l-ecole-de-paris-du-management-2007-1-page-8.htm>.

⁶⁵⁸ Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, n°3875, déposé le mercredi 10 février 2021.

481. L'autre élément de ce débat renvoie à l'absence d'aides catégorielles malgré qu'un syndicat professionnel réclamât, en vain, l'attention de l'État⁶⁵⁹. Celui-ci avait décidé de mettre en place des plans d'aide spécifiques pour plusieurs secteurs du voyage (tourisme, hôtellerie, aéronautique), mais pas pour les compagnies aériennes, hors le moratoire sur le paiement de taxes⁶⁶⁰ et les aéroports. Contrairement à l'automobile où la puissance publique aide Renault⁶⁶¹ et toute la filière⁶⁶², les attentions des pouvoirs publics au transport aérien se sont immédiatement portées sur Air France. Ce n'est que six mois plus tard que la compagnie Corsair dont la restructuration était nécessaire a pu aussi obtenir une aide au titre de la COVID-19⁶⁶³. Certes, celles qui sont détenues par des collectivités seront aidées, comme l'a fait La Réunion avec Air Austral, mais les acteurs privés sont en danger après les faillites d'Aigle Azur et XL Airways en 2019. Côté aéroports, la France en compte une centaine, mais ce secteur du marché du transport aérien n'a bénéficié d'aucune aide spécifique de l'État.

482. **Le choix politique est questionné tant la concurrence semble à nouveau objectivée pour d'autres perspectives que le marché intérieur**, notamment et principalement, **par la question environnementale, issue du Pacte vert européen ou *Green deal***, favorisant le relais de croissance qu'est cette « économie verte », nouvelle source de compétition internationale. L'application d'une aide d'État doit, en ce sens, être compatible avec la réglementation européenne qui envisage des conditions notamment environnementales en accord avec le *Green Deal*⁶⁶⁴. Cette application d'une règle de concurrence tient, aussi, compte d'une réalité industrielle, d'assurer une compétitivité « verte » à l'économie alors que les « labels écologiques » peuvent devenir, tout comme la RSE, un argument commercial protectionniste face au reste du Monde. **La concurrence est donc un inducteur d'une politique industrielle**

⁶⁵⁹ Le SCARA demande la mise en place d'un fonds d'urgence d'un milliard d'euros pour aider les compagnies aériennes françaises hors Groupe Air France - <https://la1ere.francetvinfo.fr/prets-a-air-france-d-autres-compagnies-reclament-aussi-l-aide-de-l-État-827116.html> consulté le 30 avril 2020.

⁶⁶⁰ Décision de la Commission C(2020) 2097 final du 31 mars 2020 relative à l'aide d'État SA.56765 (2020/N) – France – COVID-19 – Moratoire sur le paiement de taxes aéronautiques en faveur des entreprises de transport public aérien.

⁶⁶¹ Décision de la Commission du 29 avril 2020 SA.57134 (2020/N) COVID-19: Aide sous forme de garanties de prêts au profit du groupe Renault.

⁶⁶² Plan de soutien à l'automobile, pour une industrie verte et compétitive du 26 mai 2020 - <https://www.economie.gouv.fr/plan-soutien-filiere-automobile#> consulté le 2 décembre 2020.

⁶⁶³ Décision de la Commission du 11 décembre 2020 dans les affaires SA.58463 (aide à la restructuration) et SA.58125 (indemnisation)

⁶⁶⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Le pacte vert pour l'Europe COM(2019) 640 final du 11 décembre 2019.

implicite au travers de la mise en place d'un cadre propice au développement d'une économie favorisant le développement de la concurrence, tout en limitant les capacités des opérateurs dominants à user de leur pouvoir de marché. Mais si cette question de la compatibilité entre politique de concurrence et politique industrielle est posée et si certains sont tentés d'y répondre par leur impossible coexistence⁶⁶⁵, on peut envisager que cette opposition est structurante⁶⁶⁶.

483. Nous serions alors dans cette idée d'une économie sociale de marché, rejoignant alors Frédéric MARTY qui pose la question de la compatibilité, ou de la substituabilité des politiques de concurrence et industrielle. Cet accompagnement de la politique de concurrence par l'objectif industriel formulé par la puissance publique rejoint l'ordolibéralisme comme solution intermédiaire reposant sur « la politique de concurrence [qui apparaît] comme un premier et indispensable pilier dans la construction d'un modèle d'économie sociale de marché »⁶⁶⁷.

484. L'opposition politique industrielle/concurrence permet d'arbitrer entre dirigisme économique qui peut conduire, par exemple, à l'agrégation autour d'Air France d'autres compagnies aériennes françaises comme Air Inter et UTA et processus de marché qui peut conduire à éliminer les entreprises les moins efficaces. Mais **in fine, c'est bien l'existence d'un objectif plus ou moins redistributif qui est évaluée au travers de la question de savoir qui doit assurer le transfert de bien-être entre les différents agents**. Les politiques industrielles ont une visée par nature finalisée comme la réallocation des ressources alors que la politique de concurrence ne marque pas de préférence quant au résultat à atteindre : le processus de marché est restauré, voire durablement protégé.

485. Dans ce cas, l'intervention publique doit se faire selon Friedrich HAYEK⁶⁶⁸ dans le cadre de règles générales pour ne pas orienter le processus de concurrence vers un résultat jugé souhaitable, mais créer un cadre d'action permettant de protéger ce processus lui-même. Le consommateur doit pouvoir garder sa liberté de choix. Il fallait, dans ce sens, rompre, le

⁶⁶⁵ WARLOUZET Laurent, Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire - La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960, *Histoire, économie & société*, vol. 27, no. 1, 2008, pp. 47-61.

⁶⁶⁶ *Supra*, MARTY Frédéric, Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes, 2012.

⁶⁶⁷ MARTY Frédéric, Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, SOLIS-POTVIN Laurence, Les valeurs communes dans l'Union européenne, *Bruylant*, pp. 341-377, 2014.

ffhalshs-01076354

⁶⁶⁸ *Supra* HAYEK Friedrich, *The Road to serfdom*, Routledge, London 1944 cité par MARTY Frédéric.

plus possible dans le secteur aérien, avec le lien État – compagnie aérienne – aéroport pour créer les conditions idoines au fonctionnement autonome d'un marché que l'on souhaitait libéraliser, reprenant en cela le débat entre courants de pensée naturaliste et institutionnaliste⁶⁶⁹. Depuis 1987, la logique est à l'œuvre pour l'aérien, avec des adaptations pour les compagnies aériennes et les aéroports qui relèvent aussi d'une politique d'aménagement et de développement territorial (les aides d'État pour les aéroports régionaux et pour l'ouverture de nouvelles lignes aériennes) en tant que composants de ces « services de transport, qui constituent le véritable "système nerveux"⁶⁷⁰ du marché unique. » Avec le recul, et par analogie, certes partiellement pertinente du fait des spécificités inhérentes aux différents secteurs, le modèle de libéralisation du transport aérien de passagers a pu servir lors des différentes étapes de libéralisation du transport ferroviaire de passagers : le lien entre transport et infrastructures (le sillon ferroviaire), offre de services et segmentation du marché (offre à bas coûts, création de pôle multimodal).

486. Les enseignements tirés du débat autour des relations entre les politiques de concurrence et industrielle, confinant presque à un résultat multimodal tant elles peuvent se compléter, apportent un éclairage pour estimer les résultats de cette nécessaire adaptation du droit européen à une situation aussi exceptionnelle que brutale. Loin de vouloir identifier une structure de marché optimale⁶⁷¹, le droit européen a su s'adapter au fil des soubresauts et des avancées de l'intégration économique, financière, juridique, sociale vers une Union. Ainsi, **les valeurs ordolibérales, visant à protéger le processus de concurrence, ont trouvé à s'appliquer dans les réglementations mises en place et les décisions prises tant par la Commission en tant qu'autorité de régulation que par la Cour de justice, dans son rôle d'intégrateur juridique et économique⁶⁷², en s'appuyant sur la combinaison des deux champs disciplinaires que sont la politique de concurrence et la politique industrielle.**

487. Deux exemples d'affaires concernant la compagnie irlandaise Aer Lingus sont également typiques de cette combinaison. En 1993, la Commission européenne est notifiée

⁶⁶⁹ *Supra*, ZENOUVOU Lionel, Le concept de concurrence en Droit, p.404.

⁶⁷⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Vers un Acte pour le Marché unique, Pour une économie sociale de marché hautement compétitive, 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble » COM(2010) 608 final du 27 octobre 2010.

⁶⁷¹ MARTY Frédéric, Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes, 2012, *op. cit.*

⁶⁷² SAURUGGER Sabine et TERPAN Fabien, La Cour de justice au cœur de la gouvernance européenne, *Pouvoirs*, 2014/2 (n° 149), p. 59-75.

d'une aide de l'État irlandais consistant en une aide à la restructuration d'Aer Lingus, accordée sous forme d'une injection de capitaux d'un montant de 175 millions de livres irlandaises, répartie en trois tranches libérables en 1993, 1994 et 1995. La Commission valide ce sauvetage de la compagnie porte-drapeau irlandaise⁶⁷³ dans la double mesure où l'aide obtenue est soumise à des engagements concrets d'efficacité économique des mesures prises, comme atteindre l'objectif de réduction des coûts et des gains de productivité, et par ailleurs, que cette aide publique ne serve pas à renforcer ses parts de marché face à ses concurrents, comme Ryanair. Ainsi, la compagnie Aer Lingus s'interdisait de développer son offre, hors liaisons transatlantiques, en termes de nombre de vols et/ou de sièges tant que son redressement n'était pas entamé. Il s'agissait de sauver une compagnie aérienne majeure pour assurer un fonctionnement concurrentiel du marché et non de lui permettre d'étouffer ses concurrents. Cette décision prévoyait un bilan de l'application du plan de sauvetage et dans ce cadre, la Commission autorisa en 1994 une augmentation de l'offre d'Aer Lingus. Cette nouvelle décision fit l'objet d'un recours introduit par Ryanair, la compagnie *Low cost* estimant que les efforts réalisés par Aer Lingus ne justifiaient pas la continuation du plan de sauvetage. Ce faisant, Ryanair contestait l'augmentation des capacités offertes par Aer Lingus autorisée par la Commission en application du plan d'aide publique, comme gage des efforts de redressement mis en œuvre. **Le Tribunal écarta cette action⁶⁷⁴, confirmant ainsi l'aide au sauvetage d'Aer Lingus et le maintien de l'équilibre concurrentiel sur le marché aérien irlandais.**

488. Près de quinze ans après, Ryanair se lança dans une opération de concentration avec Aer Lingus. L'affaire est, à maints égards, représentative du fonctionnement complexe du marché aérien européen, entre mécano industriel plus ou moins organisé par la puissance publique et réflexe judiciaire à toute décision s'opposant à sa vision du marché. Avant d'annoncer, le 5 octobre 2006, son intention de lancer une OPA, Ryanair avait déjà acquis sur le marché une participation de 16,03 % dans le capital d'Aer Lingus. Le jour même de l'annonce, Ryanair porta cette participation à 19,21 %, puis montant progressivement à 25,17 % d'Aer Lingus le 28 novembre 2006. Malgré l'adoption, le 27 juin 2007, d'une décision de la

⁶⁷³ *Supra*, Décision n°94/118/CE du 21 décembre 1993, concernant l'octroi d'une aide au groupe Aer Lingus.

⁶⁷⁴ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998 dans l'affaire T-140/95, Ryanair Limited c/ Commission.

Commission rejetant le projet de concentration⁶⁷⁵, Ryanair a acquis, en août 2007, 4,3 % supplémentaires du capital d'Aer Lingus, portant sa participation à 29,3 %. Quatre mois après sa décision de s'opposer à la concentration, la Commission refusait d'exiger de Ryanair qu'elle renonça à sa participation minoritaire⁶⁷⁶.

489. Le Tribunal fut saisi de deux recours, le litige entre les compagnies aériennes et la Commission devenait double portant tant sur le sort de la participation minoritaire de Ryanair dans Aer Lingus que sur le projet plus large d'OPA de la première sur la seconde. Les deux compagnies tentaient d'obtenir l'annulation des décisions de la Commission, l'une parce qu'elle se trouvait recaler dans son projet de fusion⁶⁷⁷, l'autre parce qu'elle se voyait assortie d'un actionnaire pour le moins turbulent⁶⁷⁸. Le Tribunal, en rejetant les deux recours, confirma la position de la Commission. Le même jour, la juridiction écarta l'argument d'Aer Lingus qui estimait que, pour autant qu'elle soit minoritaire, la participation de Ryanair dans son capital était acquise entre des concurrents placés en situation de duopole ce qui fausserait de manière inhérente la concurrence. Le tribunal valida par ailleurs les analyses de la Commission quant aux effets restrictifs de concurrence qu'une telle concentration aurait eus sur le marché. Les projets de Ryanair se trouvent contrariés au nom du respect de la concurrence sur un marché spécifique, tenant compte de la situation géographique de l'île d'Irlande. Mais la compagnie aérienne pouvait demeurer minoritaire au capital de sa concurrente. Elle ne le resta pas longtemps et permit par son désengagement, la reprise du capital d'Aer Lingus par British Airways⁶⁷⁹.

490. Il découle de ces deux exemples que dès 1993, la volonté de la Commission européenne était de valoriser un marché difficilement, mais finalement repensé, laissant accroire que le régulateur semblait subir les forces du marché plus qu'il ne développait une

⁶⁷⁵ *Supra*, Décision C (2007) 3104 du 27 juin 2007 déclarant la concentration notifiée incompatible avec le marché commun dans l'affaire COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus.

⁶⁷⁶ Décision C (2007) 4600 de la Commission, du 11 octobre 2007, rejetant la demande de la requérante d'ouvrir une procédure au titre de l'article 8, paragraphe 4, du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et d'adopter des mesures provisoires au titre de l'article 8, paragraphe 5, dudit règlement.

⁶⁷⁷ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 6 juillet 2010 dans l'affaire T-342/07, Ryanair Holdings plc c/ Commission européenne.

⁶⁷⁸ Arrêt du Tribunal du 6 juillet 2010 dans l'affaire T-411/07, Aer Lingus Group plc c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:2010:281.

⁶⁷⁹ *Supra*, Décision (2015/C 314/01) du 14 juillet 2015 de non-opposition à une concentration dans l'affaire M.7541 – IAG/Aer Lingus.

réelle démarche proactive. À notre sens, il s'agissait plus d'une nouvelle volonté de ne pas alimenter le débat concurrence/industriel, faisant alors le choix d'une politique de concurrence sans arrière-pensée industrielle, même si ce faisant, la Commission européenne a validé la constitution de champions européens.

491. L'éruption du volcan Eyjafjallajökull, en avril 2010, fut l'occasion de confirmer ce positionnement idéologique de la Commission, en tant qu'il eut comme effet de rappeler la vulnérabilité de l'économie en général et son système de transport en particulier et de montrer les limites d'une approche exclusive de marché pour assurer une mobilité sûre aux personnes. Cette dépendance de notre économie moderne à la capacité de son système de transport à véhiculer de la manière la plus fluide possible les biens et les personnes là où ils ont besoin ou envie d'aller, au moment voulu, revêt une importance stratégique dans le rapprochement de l'offre et de la demande. Elle joue un rôle essentiel au service de la croissance économique et de la création d'emplois.

492. Parallèlement, en contribuant au désenclavement de certaines zones et en réunissant les personnes, ils constituent un ingrédient clé d'une meilleure qualité de vie, permettant au plus grand nombre d'avoir accès à des sites touristiques et culturels étrangers. La réalisation d'un système de transport européen unique, interconnecté et efficace, apparaît alors comme vitale pour assurer la mobilité des biens, des personnes et des services, exerçant les libertés essentielles et fondatrices du marché intérieur. Dans le même temps, la finalité sociale et environnementale de cette croissance économique de notre société contemporaine ne semble pas forcément compatible avec l'objectif premier d'un accroissement dans la création et l'accumulation de richesses. Le renoncement des compagnies aériennes à leur flotte d'A380, symbole absolu de cette massification du transport aérien est une marque de défiance envers ce qui a pu apparaître comme une course au gigantisme aérien, mais pose aussi la pertinence d'une décision qui se veut rationnelle : un avion, trop polluant, trop cher, pas assez rentable, qui devait pourtant répondre à un besoin de solutionner l'engorgement des aéroports. De plus, le transport par-delà la frontière accroît enfin les probabilités de dispersion des risques sanitaires, ce que la crise de la COVID a brutalement rappelé.

493. Lors des différentes, et plus ou moins fondamentales, crises qui ont touché le secteur des transports aériens de passagers, comme la crise financière et économique de 2008, les règles de concurrence européennes ont été amendées pour éviter qu'elles ne soient de trop

grandes contraintes pour une intervention publique des États « brancardiers ». Dans la lignée de ces régimes exceptionnels temporaires, la communication de la Commission du 20 mars 2020 prévoit l'assouplissement temporaire du régime des aides d'États, pour permettre aux membres de l'Union européenne d'accompagner leurs économies face à la pandémie de SARS-CoV-2 incitant à une action économique coordonnée des États membres.

« [D]ans ce contexte, il convient que les États membres puissent prendre des mesures pour inciter les établissements de crédit et les autres intermédiaires financiers à continuer à jouer leur rôle de soutien permanent à l'activité économique dans l'Union européenne.

[et garantir] la non-fragmentation du marché intérieur de l'Union et la préservation de conditions de concurrence équitables. Si l'intégrité du marché intérieur est maintenue, la reprise en sera aussi plus rapide. Cela permet également de prévenir les courses aux subventions préjudiciables, au cours desquelles les États membres disposant de plus de moyens peuvent dépenser plus que leurs voisins, et ce au détriment de la cohésion au sein de l'Union »⁶⁸⁰.

494. Ces aides protéiformes, subventions directes, avances remboursables ou avantages fiscaux, garanties sur les prêts, aides sous forme de taux d'intérêt bonifiés pour les prêts, ou sous forme de garanties et de prêts contractés auprès d'établissements de crédit ou d'autres établissements financiers, ont été sources de traitements différents des compagnies aériennes, révélant les orientations politiques des États et les débats internes souvent fondamentaux sur le niveau de dirigisme économique, allongeant parfois les délais de réponses au risque même d'inquiéter les marchés financiers.

495. « Nous avons besoin d'une aide publique, mais pas d'une gestion publique », avait insisté Carsten SPOHR, PDG du groupe Lufthansa, le 21 mai 2020 alors que le plan de sauvetage n'était toujours pas finalisé. Pour éviter, ce qui aurait pu être une mise en comparaison induisant une sorte de compétition entre décisions étatiques, dans chacun de ces cas, la communication, détaille les conditions dans lesquelles la Commission européenne autorisera de telles aides. À son point 15, la Commission rappelle que l'article 107, paragraphe 2, point b), du TFUE autorise les États membres à indemniser les entreprises de secteurs particulièrement touchés par la flambée épidémique, citant en premier celui des transports. À toutes fins utiles, elle précise que le principe de « non-récurrence »⁶⁸¹ prévu par les lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des

⁶⁸⁰ *Supra*, Communication de la Commission (2020/C 91 I/01) « Encadrement temporaire des mesures d'aide COVID-19 ».

⁶⁸¹ Communication n°2014/C 249/01 de la Commission du 31 juillet 2014 concernant les Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers.

entreprises en difficulté ne s'applique pas aux aides que la Commission déclare compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 2, point b), TFUE, ouvrant ainsi droit à des compagnies comme Air France ou Alitalia, la possibilité d'accéder au soutien public, pour maintenir l'équilibre concurrentiel du ciel européen.

B – La nouvelle stabilité de l'équilibre concurrentiel

496. Alors que la société Air France-KLM publiait de nouvelles mesures de restructuration et de réduction d'effectifs, le Commissariat général à la stratégie et à la prospective sur les transports, dans son rapport paru le 16 juillet 2013, posait la question de la survie des compagnies aériennes. Le constat était double, les compagnies aériennes n'ont jamais connu un tel taux d'occupation⁶⁸² depuis le début de la crise économique et financière de 2008, mais les bénéfices des compagnies aériennes traditionnelles, même s'ils s'améliorent sur les deux premiers semestres de l'année 2013, ne permettaient pas pour autant d'envisager l'avenir sereinement. La crise liée à la COVID-19 a par ailleurs semblé confirmer les risques encourus par le transport aérien de passagers, principalement celui d'une trop forte concentration du secteur par l'affaiblissement successif des compagnies aériennes qui peuvent, contrairement à leurs consœurs nord-américaines, être plus petites, faisant du marché européen un espace aérien peu concentré⁶⁸³ d'un point de vue capitalistique.

497. En 2013, le constat établi par le Commissariat général à la stratégie et à la prospective est particulièrement intéressant, car l'inquiétude contenue dans le titre du rapport vise essentiellement le sort des « compagnies historiques européennes majeures », ce qui sera à nouveau le cas en 2020. La concurrence a-t-elle remis en question le modèle économique de ces compagnies aériennes traditionnelles ? L'ouverture du marché du transport aérien en Europe reposait, en effet, sur une volonté de satisfaire les besoins du consommateur en développant, puis en renforçant une offre réelle de transport aérien⁶⁸⁴. Cette vision d'une concurrence qualitative porte sur de nombreuses destinations, des facilités de déplacements

⁶⁸² GLISZCZYNSKI Fabrice, Air France-KLM : et pourtant les avions sont pleins à craquer, www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique - Consulté le 07 août 2013.

⁶⁸³ BRECHEMIER Didier et COMBE Emmanuel, Etude pour la Fondation pour l'innovation politique, <https://www.fondapol.org/etude/avant-le-covid-19-le-transport-aerien-en-europe-un-secteur-deja-fragilise-2/> - Consulté le 19 juillet 2020.

⁶⁸⁴ GRARD Loïc, Des règles nouvelles pour le marché unique du transport aérien, *Revue Droit des transports* n°12, décembre 2008.

par le biais de correspondances et des horaires réguliers. Cette offre de services fait précisément défaut parmi les compagnies à bas coûts et bas tarifs.

498. C'est la raison pour laquelle cette situation de concurrence n'était pas vécue comme telle. Pour les compagnies aériennes traditionnelles, la concurrence n'était pas menacée dès lors qu'elles estimaient qu'elles n'exerçaient pas sur le même marché que les compagnies à bas coûts. On pouvait alors distinguer deux marchés différents. Les compagnies historiques misaient sur la notion d'avantage concurrentiel selon laquelle, moins la perception entre le prix payé et la valeur relative (estimée) du produit utilisé est grande, plus la satisfaction du consommateur augmente : celui-ci a l'impression de s'acquitter du « juste » prix. Les compagnies à bas coûts ont dès lors pu proposer de bas tarifs qui correspondaient pleinement à cet avantage concurrentiel, tandis que les compagnies aériennes traditionnelles estimaient qu'une partie de leur clientèle demeurait attachée à la qualité de service, justifiant ainsi une partie du prix pratiqué.

499. La fragilité économique de ces dernières remet en question cette analyse. D'une part, la plupart des compagnies aériennes traditionnelles européennes ont développé une offre à bas tarifs. D'autre part, dans le même temps, les compagnies à bas coûts et bas tarifs comme Ryanair développent des plateformes de correspondance⁶⁸⁵ sur le modèle des « hubs », ou aéroports pivots⁶⁸⁶, des compagnies aériennes traditionnelles. Le choix entre un réseau aérien global en tant que ciel unique européen totalement libre dans un ensemble mondial ouvert à la concurrence ou une juxtaposition de réseaux de compagnies alliées les unes aux autres et fédérant des alliances mondiales, évoque le débat entre multilatéralisme (OMC) et régionalisme (zones économiquement intégrées) à propos de l'avenir de la mondialisation. **Mais plutôt qu'un choix impérieux à faire et qu'il faille acter dans le cadre normatif, n'est-il pas plutôt nécessaire d'envisager que ces deux écosystèmes puissent cohabiter sans se phagocyter sinon se parasiter ?** Car plus que les opposer pour tenter une application uniforme d'une concurrence par la seule ouverture du marché, il s'avère indispensable de définir la

⁶⁸⁵ Dublin et Charleroi (Brussels South) pour Ryanair, la décision de Flybe, le 2 août 2013, de se concentrer sur Southampton et Birmingham en se retirant de Gatwick et renforçant ainsi la position d'easyJet sur cet aéroport londonien, www.airjournal.fr, consulté le 10 août 2013.

⁶⁸⁶ *Supra*, « En tant que zone d'activité ou territoire, elle doit aussi être appréhendée comme un lieu géographique : elle fixe spatialement les différentes opérations qui organisent la fluidité », RAIMBAULT Nicolas, DOUET Marie et FREMONT Antoine, Les plateformes logistiques : entre fluidité et fixité, Projet FLUIDE, ANR et INRETS, novembre 2010.

capacité du marché à soutenir un nombre réduit, mais toujours important de compagnies aériennes, le sort des compagnies historiques posant plus d'inquiétude que pour la très profitable Ryanair⁶⁸⁷ et dans une moindre mesure, pour easyJet dont le plus lent redressement, après une perte de 1,3 milliard d'euros en 2021, lui vaut des rumeurs de reprise par des consœurs telles que la compagnie hongroise Wizzair⁶⁸⁸.

500. Car bien avant la crise sanitaire actuelle, la persistance de la « triade européenne » est régulièrement mise en cause au travers de l'avenir d'Air France⁶⁸⁹ puis du groupe constitué avec KLM. Le cas d'Air France-KLM peut faire évoluer cette situation tant elle apparaît régulièrement comme la plus « faible » des trois compagnies historiques européennes. Son climat social en serait partiellement le maillon faible, à l'image du conflit lorsque le groupe Air France-KLM souhaitait développer les vols de la compagnie Transavia avec des pilotes et personnels non navigants (PNC) sous contrat Transavia et non plus Air France (ou KLM). Les pilotes ont finalement obtenu un contrat de travail unique pour ceux de Transavia et leurs homologues d'Air France, à l'issue d'une des grèves les plus longues (14 jours) et la plus coûteuse (300 millions d'euros) en 2016. Mais c'est un cap symbolique qu'Air France-KLM a passé en 2018 en franchissant le seuil des 100 millions de passagers annuels. Une bonne nouvelle, à tempérer tant les bilans annuels de trafic qu'ont publié IAG et Lufthansa, montrent que les groupes hispano-britannique (113 millions de passagers), et allemand en (142,3 millions), creusent l'écart. D'autant plus qu'en termes de trafic, Air France-KLM a enregistré une croissance de 3,5%, principalement portée par KLM et Transavia. Air France a continué sa course d'obstacles, essentiellement liée aux difficultés du management de définir et tenir une

⁶⁸⁷ La compagnie low cost enregistrait plus de 97 millions de passagers pour son exercice 2021-2022 au 31 mars 2022, contre 27,5 millions à la même date l'année précédente, soit une augmentation de 253 %. Son chiffre d'affaires s'établissait, ainsi, à 4,80 milliards d'euros, soit + 113 % par rapport à l'exercice 2020-2021, pour une perte réduite de deux tiers à 355 millions d'euros. <https://www.deplacementspros.com/transport/ryanair-divise-sa-perte-annuelle-et-gagne-des-parts-de-marche#:~:text=Elle%20enregistre%20ainsi%20plus%20de,l'exercice%202020%2D2021> – Consulté le 22 mai 2022.

⁶⁸⁸ BARNIER Léo, <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/easyjet-en-vente-la-puissante-wizzair-sur-les-rangs-892040.html> - Consulté le 22 septembre 2021.

⁶⁸⁹ Faisant face à une situation de quasi-faillite, la compagnie obtient de l'État une recapitalisation de 20 milliards de francs. Celle-ci est examinée au cours de mai 1994 par la Commission Européenne et approuvée sous conditions le 27 juillet 1994. Son PDG, Christian Blanc annonce le 30 mai 1997 les premiers résultats positifs d'Air France depuis 1989. La saison 2012/2013 voit une réduction importante de la capacité et une seule ouverture de ligne.

ligne directrice qui dépasse la durée du mandat de son Directeur général⁶⁹⁰. Car, entre le développement des marques, Regional puis HOP !, puis la tentative de faire émerger Transavia, créée par KLM, sur les aéroports français, mais bloquée, jusqu'à la pandémie actuelle, par le conflit avec les pilotes d'Air France qui ont obtenu une limitation du nombre d'avions et dessertes opérées, les tentatives de développement de l'offre court-courrier et à bas-coûts ont été pour le moins chaotique. Enfin l'échec de la marque Joon dont les caractéristiques sensées permettre l'adaptabilité et la flexibilité de gestion, a montré que les décisions du groupe ont été souvent mal comprises et acceptées par les salariés du Groupe Air France-KLM et la clientèle.

501. L'idée est de défricher de nouvelles lignes (Brésil, Égypte notamment qu'Air France avait abandonnées faute de rentabilité) tout en assurant aussi une offre moyen-courrier depuis Paris-CDG, Transavia étant cantonnée à Paris-Orly, par l'attribution d'une flotte d'avions vieillissante (quatre A340 sur la dotation de dix avions) et une politique de ressources humaines mixte. Ce sera l'emploi de personnels navigants commerciaux sous contrat « Joon » (en fait BOOST, nom de la compagnie et Joon étant la marque) avec des pilotes « Air France », pour garantir un coût moyen de la main-d'œuvre proche des concurrents. Joon desservait Berlin, Lisbonne, Porto et Barcelone avec des PNC en tenues sportswear et baskets.

502. Avec des billets à partir de 39 € sur les destinations européennes initiales, l'offre ainsi renouvelée et visant une clientèle jeune semblait rencontrer un succès. Cela entraîna d'autres ouvertures de lignes vers Rome, Naples, Oslo et Istanbul et l'augmentation de l'offre long-courrier vers Téhéran (Iran), Le Cap (Afrique du Sud) et Mumbai (Bombay) (Inde) puis l'attribution de Joon pour desservir Saint-Martin, dont l'avion (278 sièges) avait une plus grande capacité que l'A330-200(208 sièges) habituellement utilisé par Air France sur cette destination. Cette décision du groupe d'affréter ainsi Joon pour la première fois comme réponse face à la hausse de la demande sur une destination touristique, pour cohérente qu'elle soit d'un point de vue financier troubla encore plus l'image de la compagnie aux yeux du public et des intermédiaires du voyage.

503. L'année 2018 fut marquée par une profonde évolution dans le transport aérien européen. En effet, de ce jeu à trois entre les grands groupes européens (IAG, Lufthansa et Air

⁶⁹⁰ En dehors de Jean-Cyril SPINETTA, directeur général de 1997 à 2009, aucun des autres directeurs généraux n'a fait un mandat de plus de quatre ans, à ce jour.

France-KLM), de nombreux observateurs estiment que si Ben SMITH, directeur général du groupe franco-néerlandais nommé en août 2018 échoue dans la remise en ordre de la stratégie des deux compagnies, le secteur risque de se transformer en un face à face anglo/allemand, avec comme arbitres les compagnies à bas coûts et les compagnies de pays tiers. La situation qui sera issue de la COVID-19 devrait être un accélérateur dans la résolution de cette équation à trois inconnues, l'avenir de ces trois compagnies aériennes.

504. La montée en puissance de Turkish Airlines et d'Aeroflot, décalant vers l'Est et le Sud-Est européen, les centres de gravité aéroportuaires, rendaient déjà à l'époque encore plus visibles les signes de décrochages. Qu'il s'agisse des conflits sociaux larvés entre les pilotes et la direction à propos des compagnies du groupe Joon (finalement absorbée par Air France) et Transavia (mais uniquement la filiale française), des conditions de rémunération, le débat sur la réforme des retraites a rappelé cette faiblesse et la nécessité de refaire complètement un outil industriel vieillissant au moment où les concurrents se dotent de matériel moderne, notamment pour la flotte régionale qui n'est pas uniformisée, car encore marquée par les anciens apports des différentes compagnies agrégées. Mais pour cela il faut disposer de ressources financières qui ont été en partie apportées par l'entrée dans son capital de Delta Air Lines et son partenaire privilégié qu'est China Eastern, ce qui lui aurait permis notamment d'acquérir une participation importante dans un transporteur britannique Virgin Atlantic, une première pour une compagnie française. Delta Air Lines encore présente, pourrait lui venir en aide dans la situation italienne avec une proposition de participation à une augmentation de capital d'Alitalia alors que Lufthansa s'était aussi positionnée. La construction du meccano européen n'est donc pas terminée.

505. Ce meccano industriel, fait d'alliances (Skyteam), de participations croisées et de co-entreprises, repose sur un trio, Delta Air Lines, Air France-KLM et China Eastern. Le groupe français annonça le 27 juillet 2017 une augmentation de capital réservée à Delta et China Eastern qui prendront chacune 10 % d'Air France-KLM pour un montant de 751 millions de dollars. Dans le même temps, Air France-KLM devait faire l'acquisition de 31 % du capital de Virgin Atlantic, dont 49 % du capital appartient à Delta⁶⁹¹. Ces deux opérations capitalistiques accompagnaient un renforcement des partenariats commerciaux sur

⁶⁹¹ *Supra*, Décision n°2013/C 253/01 du 20 juin 2013 dans l'affaire COMP/M.6828 — Delta Air Lines/Virgin Group/Virgin Atlantic Limited).

l'Amérique du Nord et la Chine. Une fois l'entrée dans le capital de Virgin Atlantic finalisée, en 2018 (Delta poussait Air France-KLM à le faire depuis près de deux ans au moins), Air France-KLM, Delta et Virgin Atlantic regroupèrent en février 2020 les co-entreprises transatlantiques existantes entre Air France-KLM, Delta et Alitalia d'une part, et Delta et Virgin Atlantic d'autre part. Cette co-entreprise unique détient une part de marché d'environ 25% sur l'axe transatlantique,⁶⁹² mais sans la prise de participation d'Air France-KLM dans le capital de Virgin Atlantic, laissant Delta Air Lines seule dans son rôle de moteur de l'alliance.

506. Pour comprendre ce qui a pu paraître comme une faiblesse du groupe franco-néerlandais, il faut remonter à la décision initiale (Virgin-Delta). Lors de cette décision en 2013, la Commission européenne se trouva dans une situation fort complexe pour analyser les relations passées et à venir entre les parties prenantes, tant les liens tissés entre les compagnies peuvent être complexes. Ainsi, Virgin Atlantic est une filiale de Virgin Group dont Singapore Airlines, membre de Star Alliance depuis 2000, est actionnaire⁶⁹³. C'est justement en 2000 que Delta devint membre fondateur de l'alliance Skyteam. En 2013, lors de son rapprochement avec Virgin, Delta est une compagnie nord-américaine devenue le 29 octobre 2008, une des principales au monde⁶⁹⁴ du fait de sa fusion avec Northwest Airlines.

507. Le choix d'entrer au capital de Virgin est donc d'acquérir un pouvoir de décision via une participation dans le capital d'une compagnie concurrente et membre d'une autre alliance. Le but est aussi de compléter l'offre transatlantique qu'elle opère déjà dans une co-entreprise avec Air France-KLM et Alitalia. De la même manière que lors de la prise de contrôle par Singapore Airlines, la Commission estime qu'avec des concurrents comme le duo British Airways et American Airlines, la nouvelle entité Delta-Virgin épaulée par l'alliance Skyteam n'est pas incompatible avec les règles du marché, confirmant en cela la prise en compte, route par route et la réalité des accords existants, la Commission se rappelle à ses décisions

⁶⁹² Le groupe Air France-KLM annonce jusqu'à 341 vols transatlantiques par jour, couvrant les 10 principales routes en service direct, un réseau de correspondance assurée vers 238 villes en Amérique du Nord, 98 en Europe et 16 au Royaume-Uni et un choix de 110 routes transatlantiques sans escale. Pour un chiffre d'affaires estimé de 13 milliards de dollars. <https://corporate.airfrance.com/fr/communiquede-presse/air-france-klm-delta-et-virgin-atlantic-donnent-le-coup-denvoi-leur-partenariat> - Consulté le 15 mars 2020.

⁶⁹³ Décision de la Commission du 23 mars 2000 de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.1855— Singapore Airlines/Virgin Atlantic Limited).

⁶⁹⁴ En 2013, Delta Air Lines, le numéro trois du ciel américain depuis la récente union entre American et US Airways, affichait un bénéfice de 2,7 milliards de dollars hors exceptionnels, assurant ainsi son quatrième exercice bénéficiaire d'affilée.

antérieures comme celle validant la formation du groupe IAG⁶⁹⁵ né de la fusion entre British Airways et Ibéria. Aucun engagement n'est proposé et la validation est donc sans réserve, tant il est rappelé pour chaque route envisagée (huit liaisons depuis Londres et deux depuis Manchester) la concurrence est à développer ou à soutenir. Ainsi, la Commission pointe notamment que sur Londres-Heathrow « 56,6 % de l'ensemble des créneaux horaires à Heathrow sont actuellement détenus par BA, American Airlines et Iberia, contre 3,3 % pour Virgin (et seulement 0,3 % pour Delta, avec 7 % pour l'ensemble des membres de l'alliance SkyTeam). Les plus gros détenteurs de créneaux à Heathrow sont ensuite Lufthansa, avec 5,6 %, et Aer Lingus, avec 3,3 % »⁶⁹⁶. La concentration qui lui était donc soumise ne pouvait que favoriser un concurrent face au groupe IAG allié à American. Ainsi mise sur pied, cette nouvelle étape dans la consolidation du marché aérien européen permettait quatre ans plus tard l'entrée au capital d'Air France-KLM de Delta et de China Eastern et l'intégration de co-entreprises transatlantiques.

508. Il reste que la gouvernance d'un ensemble aussi divers qu'Air France-KLM, Delta Air Lines, China Eastern, Virgin Atlantic et peut-être Alitalia, est tout sauf aisée, d'autant plus que les incertitudes ante et post COVID-19 sont importantes. La difficulté est grande dans des groupes multinationaux et à différents étages de compétences. Ainsi les difficultés managériales entre Air France et KLM comme la dilution des contrôles dans une imbrication totale au niveau du groupe Air France-KLM. Delta Air Lines est actionnaire du groupe Air France-KLM lui-même actionnaire de Virgin Atlantic, et tous trois actionnaires d'une société commune pour renforcer leur partenariat transatlantique.

509. Ces accords définissent la gouvernance ainsi que les termes commerciaux et opérationnels de la co-entreprise annoncée en juillet 2019. L'accord prévoyait ainsi que le groupe franco-néerlandais ferait l'acquisition d'une participation de 31 % dans Virgin Atlantic pour un montant de 220 millions de livres sterling, détenue par Virgin Group. La holding britannique conservera une participation de 20 % ainsi que la Présidence de Virgin Atlantic. Delta conservera sa participation de 49 %.

⁶⁹⁵ *Supra*, Décision du 14 juillet 2010 de non-opposition à une concentration dans l'affaire COMP/M. 5747 – Iberia/British Airways.

⁶⁹⁶ *Supra*, Décision n°2013/C 253/01 du 20 juin 2013 dans l'affaire COMP/M.6828 — Delta Air Lines/Virgin Group/Virgin Atlantic Limited).

« Cette joint-venture élargie deviendra le choix privilégié des passagers voyageant sur l'axe transatlantique par son réseau large et équilibré, son programme de vols adapté aux besoins, ses tarifs compétitifs et ses avantages réciproques dans le cadre des programmes de fidélité de chacune des compagnies, notamment la possibilité de gagner et échanger des miles sur chacune d'elles. Les clients pourront également bénéficier de la mutualisation des espaces de chaque compagnie au sein des principaux aéroports afin d'améliorer les transferts et garantir un accès facilité aux salons des compagnies pour les passagers premium »⁶⁹⁷.

510. Cette coopération reste une manne pour Air France-KLM qui monte ainsi à bord d'un partenariat Virgin Atlantic-Delta Air Lines, qui propose un réseau transatlantique prééminent avec jusqu'à 38 vols par jour entre la Grande-Bretagne et les États-Unis et des correspondances vers plus de 200 villes américaines et internationales. Cette coentreprise transatlantique génère un chiffre d'affaires annuel de 13 milliards de dollars. Elle a été validée en septembre 2019⁶⁹⁸. La concurrence entre les groupes européens paraît être plus vive. Le groupe franco-néerlandais est particulièrement attendu dans tous les dossiers de concentration, peut-être par son rôle de pionnier en 2004. C'est régulièrement le cas pour celui d'Alitalia notamment, dont les liens avec Air France sont anciens, ce qui fait encore d'Air France un recours quasi naturel. L'alliance avec Delta aurait pu faciliter les choses. Mais la vente d'Alitalia repoussée pour la huitième fois fut compromise par la crise de la COVID-19 qui a finalement tout stoppé et orienté les solutions vers une nationalisation. Le marché italien est structuré par quatre opérateurs, Ryanair et easyJet qui détiennent une position dominante et les deux transporteurs que sont Alitalia et Meridiana (rebaptisée Air Italy) pour l'occasion sont dans les mains à 49 % d'Etihad Airways pour l'une et de Qatar Airways pour l'autre. L'importance de la reprise lors du sauvetage d'Alitalia est pour Lufthansa ou Air France-KLM / Delta la volonté assumée de ne pas laisser se développer, dans la moitié sud du marché européen, une porte d'entrée trop largement ouverte pour Qatar Airways et entraver autant que possible le développement d'Air Italy.

511. C'est cette même logique de faire face aux compagnies du Golfe qui avait mené Delta et Air France à prendre le contrôle de Virgin Atlantic dont le comportement flibustier était un risque important sur l'aéroport de Londres, notamment du fait de son accord avec Etihad. Cette stabilité à renforcer est perçue comme une nécessité par la Commission, qui à partir des réactions des opérateurs européens, mais aussi nord-américains, partenaires

⁶⁹⁷ Communiqué de presse du Groupe Air France-KLM, 15 mai 2018.

⁶⁹⁸ *Supra*, Affaire M.8964 — Delta/Air France-KLM/Virgin Group/Virgin Atlantic.

incontournables, avait entamé une refonte de la règlement sur la concurrence déloyale en faisant adopter un nouveau texte⁶⁹⁹ rappelant le rôle essentiel que l'aviation joue dans la croissance économique du territoire de l'Union tant par la place centrale de l'Europe que parce que la loyauté y est un principe d'ores et déjà bien établi et que celui-ci ne doit pas être remis en cause sur sa façade externe. La place de Delta Air Lines, la plus internationale des compagnies américaines, dans l'alliance Skyteam est tout à fait singulière. Détenant déjà près de 9 % du capital d'Air France-KLM, 49 % de Virgin Atlantic, 40 % d'Aeromexico, 9,5 % du brésilien Gol avant sa prise de prise dans LATAM et 3,5 % de China Eastern, qui est régulièrement son copilote dans les accords de prise de participation, comme chez Air France-KLM, dont la compagnie chinoise était actionnaire à 8,8 % jusqu'à cette année. Elle fut ainsi en première ligne contre American Airlines lors de la recomposition du capital de Japan Airlines en 2009.

512. Forte de ses exercices comptables excédentaires à faire pâlir d'envie plus d'une concurrente, Delta est actuellement l'une des principales compagnies au monde⁷⁰⁰, qui pèse face à Air France KLM dans le jeu européen, la Commission européenne est prise encore une fois dans un maillage de coopérations qui dépasse l'application des règles mises en place, tant pour les investissements étrangers que celles des ententes ou concentrations. Il serait tentant d'estimer qu'elle subit la loi du marché, comme on le lui reproche trop souvent. Il est plus pertinent de conclure que la réglementation européenne depuis 1987, malgré ses imperfections, a assuré aux compagnies historiques la possibilité de ces alliances et groupes de compagnies et ainsi dessiner les contours d'un ciel européen maintenant une concurrence minimale pour être durable, tout en permettant l'émergence sur le (seul) marché continental d'une nouvelle concurrence à bas-coûts. Avec deux milliards de dollars de participations dans le capital de ses partenaires et sa pratique quasi systématique de développement de coentreprise, Delta Air Lines apparaît comme la véritable tour de contrôle de l'alliance Skyteam. Ce réseau d'entreprises s'est récemment renforcé par le démarrage d'une coentreprise avec Korean Air, puis la prise de contrôle de 10% de son capital et le lancement

⁶⁹⁹ Règlement (UE) n°2019/712 visant à préserver de la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

⁷⁰⁰ 2017 - 75 000 employés, desservant 375 destinations dans 66 pays. Son chiffre d'affaires était de 41 milliards de dollars USD / 2019 : 90000 employés, un bénéfice avant impôts de Delta en augmentation de 30 %, à 6,2 milliards de dollars, pour un chiffre d'affaires en hausse de 7,5 %, à 47 milliards de dollars. 10 % de Korean Air et 20 % de la sud-américaine Latam l'an dernier.

d'un vol direct vers Mumbai, en Inde, où la compagnie est en quête de trouver un nouveau partenaire afin de remplacer Jet Airways, qui fut la deuxième compagnie aérienne privée indienne avec 25 % de parts de marché. Pour des raisons financières, elle suspendit ses vols internationaux le 12 avril 2019 et ses vols intérieurs le 18 avril.

513. Ensuite, la situation contrastée du fort développement du *low cost* long-courrier est en train d'évoluer avec l'échec de la compagnie islandaise (WOW) et les déboires de Norwegian depuis le début 2019. Dans ce dernier cas, le groupe IAG était pressenti pour prendre le contrôle de Norwegian, renforçant sa position très dominante non seulement sur l'axe transatlantique, mais également dans le marché européen. Mais la solution la plus simplement rapide est une reprise par les créanciers propriétaires - deux sociétés de location avec option d'achat, irlandaise et chinoise - de ses avions, comme mesure défensive. En effet, il apparaît que ces deux sociétés de leasing qui vivent de la location d'avions, pas de l'actionariat dans une compagnie aérienne, n'avaient que ce choix pour sauver à court terme le paiement des loyers. Les créanciers de Norwegian ont dû faire un choix, laisser la compagnie disparaître, ou bien assurer son sauvetage. « Ils ont décidé que Norwegian avait plus de valeur vivante qu'en faillite. »⁷⁰¹

514. Pour terminer cette analyse, il est aussi nécessaire de souligner l'émergence d'autres acteurs qui sont clairement un élément de la diplomatie aérienne, comme Turkish Airlines appuyé par l'ouverture d'un second aéroport à Istanbul ou le développement d'Ethiopian qui en quinze ans (2004-2019) a multiplié le nombre de passagers transportés par dix avec plus de douze millions en 2019, profitant du 5^e réseau mondial en destinations desservies⁷⁰². Celle-ci repose sur des marchés captifs (Russie et anciens réseaux soviétiques) ou en forte croissance (Turquie et zone d'influence turcophone ou Afrique de l'Est) qui sont autant complémentaires que rivaux, les rendant très réactifs et ambitieux. Il est intéressant de constater que certains sont devenus des acteurs importants dans le marché européen.

515. Turkish Airlines doit tout de même faire face à une situation politique compliquée qui entraînera certainement des répercussions sur son considérable plan de développement (1^{re}

⁷⁰¹ HIVERT Anne-Françoise, www.lemonde.fr/economie/article/2020/05/20/l-État-chinois-entre-au-capital-de-norwegian_6040282_3234.html - Consulté le 20 mai 2020.

⁷⁰² D'après les données 2019 d'OAG Schedules Analyser, Ethiopian Airlines rejoint le Top 5 mondial avec 81 pays et 120 destinations, talonnant Turkish Airlines (121 pays desservis), Air France (91), Qatar Airways (87), British Airways (82). Elle devance les compagnies d'envergure comme Emirates (78), Lufthansa (76) ou encore KLM (67).

compagnie aérienne sur Bâle/Mulhouse devant easyJet). Les premières tranches du nouveau et gigantesque aéroport d'Istanbul, dimensionné pour traiter 140 millions de passagers (le double de l'aéroport de Paris à Roissy), sont entrées en service en octobre 2018. Cela constitue un outil de développement qui n'a pas son équivalent en Europe, et ce n'est pas demain que les grandes capitales de notre continent disposeront d'un équivalent. L'avenir de Turkish Airlines est en revanche bien plus prometteur, son développement étant assuré grâce au nouvel aéroport d'Istanbul, capable de concurrencer les mégahubs des transporteurs du Golfe. Sixième compagnie d'Europe avec 75 millions de passagers, elle s'enorgueillit d'avoir le plus grand réseau aérien du monde avec plus de 300 destinations couvertes. Autre géant européen avec ses 56 millions de passagers, Aeroflot a, quant à elle, aussi peu de chance de voir son statut menacé, la compagnie bénéficiant d'un marché captif – et fidèle – en Russie et dans les anciennes républiques soviétiques.

Conclusion du Titre 1

516. La durabilité de la concurrence en tant qu'acceptation de l'imperfection du fonctionnement du marché. Le constat d'une libéralisation imparfaite est partagé par toutes les parties prenantes du secteur et les conclusions qui s'en dégagent vont dans le même sens. En tant qu'industrie de réseau, le transport aérien de passagers doit pouvoir bénéficier d'une réglementation favorisant la concurrence alors que celle-ci peut voir son intensité diminuée conséquemment à une trop forte concentration. Celle-ci est le fruit d'un regroupement de compagnies aériennes, plus libres de l'étatisation du transport aérien, pour envisager des accords internationaux et mieux répondre à une ouverture à la concurrence par l'ouverture de l'espace aérien européen. Mais cette concentration est aussi la conséquence d'une concurrence plus intense du fait de l'apparition et du succès de l'offre des TBC/LCC, révélant l'état d'affaiblissement de nombres de compagnies aériennes historiques.

517. Quelle qualité concurrentielle est alors obtenue par l'ouverture du marché du transport aérien de passagers ? Pour appuyer le projet du marché intérieur et pousser à la

création d'entreprises de réseaux concurrents⁷⁰³, la Commission combine les règles de concurrence avec des directives d'harmonisation. Cette politique d'ouverture du marché fut régulièrement critiquée au motif qu'elle « détruit les services publics » alors qu'elle met plus simplement en question l'équation « service public / entreprise publique / monopole ». La question centrale posée à travers toute la série de coopérations entre compagnies aériennes est plutôt d'identifier une ou plusieurs turbulences intrinsèques à la qualité concurrentielle obtenue par l'ouverture du marché. Ces alliances peuvent laisser penser que la concurrence serait devenue difficilement contrôlable et, en y adjoignant d'autres considérations de comportements, tout à fait déloyale. Cependant, face à toutes les crises que le secteur a connues et connaît encore, **la concurrence y est résiliente, acquérant par étapes les caractéristiques d'une concurrence durable.**

518. Cet aspect se retrouve, dans le transport aérien, au travers de la mise en place graduelle de facteurs et politiques économiques, depuis la convention de Paris de 1919, puis celle de Chicago en 1944 instaurant les différentes libertés de l'air, mais instaurant une « structure de duopole cartellisé sur chaque liaison internationale⁷⁰⁴ » à la suite de l'application du principe de monodésignation, permettant aux États d'accorder à une seule compagnie le droit de trafic vers les autres pays, structuration qui des décennies plus tard conditionne encore le marché. D'où la question de l'existence d'une stratégie matérialisée par un cadre réglementaire de l'UE. Celle-ci correspondrait déjà à une stratégie fonctionnelle, incluant le transport aérien comme une fonction essentielle d'accompagnement du marché intérieur et de production de bien-être (surplus) du consommateur et dans cette continuité, la durabilité de la concurrence devient une nouvelle analyse à partir, notamment, de l'acceptation d'une concurrence imparfaite qui sans être un objectif de la politique de l'Union européenne, en est une donnée endogénéisée.

519. Ainsi la concurrence à l'œuvre depuis 1987 pourrait être caractérisée de concurrence durable. Nous en avons déjà proposé une première caractéristique pour rappeler qu'elle y est intrinsèque. La libéralisation d'un marché anciennement monopolistique, même si cette concurrence reste imparfaite, l'imperfection selon les canons de l'orthodoxie économique

⁷⁰³ *Supra*, SAGLIETTO Laurence, Transport aérien et montée en puissance des systèmes informatisés de réservation, 2004.

⁷⁰⁴ *Supra* ENCOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, 1996.

assure un certain bien-être économique aux consommateurs/passagers et dans le même temps la rentabilité des compagnies aériennes. Il aura fallu outre une démonopolisation, préalable nécessaire, une combinaison avec une désétatisation importante du marché afin que notre démonstration tende vers le constat d'une concurrence stable dans sa dynamique, que les conséquences de la crise sanitaire sembleraient confirmer pour le moins.

520. La pratique institutionnelle favorisant cette stabilité du marché est faite de compromis institutionnels quant aux objectifs à atteindre parfois marqués par des rapports de force entre Commission et États membres. C'est le cas dans les derniers espaces d'étatisation du secteur, tant pour l'attribution des créneaux aéroportuaires dont la réforme initiée en 2011 n'a été relancée qu'en 2019 et à nouveau inscrite comme priorité de l'année 2021 que pour les aides d'État. La concurrence, ainsi explicitement instaurée, nécessite une vision plus générale et cohérente était nécessaire pour imposer une communauté de principes comme assurer une concurrence effective, protéger le consommateur et permettre un développement territorial cohérent à tout le secteur industriel. Son application à un secteur essentiel (le transport aérien) fut nécessaire à l'émergence d'un marché intérieur et trouva dans la dernière réforme du transport ferroviaire de personnes⁷⁰⁵ un acte complémentaire. Celle-ci étant, elle-même imparfaite, elle participe à ce titre de la durabilité de la concurrence.

Titre 2 : La pratique institutionnelle d'une concurrence imparfaite

521. La concurrence imparfaite, qu'elle soit appréciée de facto puis admise *a priori* pour adapter la réglementation qui pose un cadre (la libéralisation), admet des interventions de la puissance publique et des imperfections de marché liées aux concentrations structurant un marché oligopolistique. Celui-ci est classiquement caractérisé par un nombre restreint d'offres. Et l'innovation commerciale conforte cette structure de marché *a priori* par une concurrence monopolistique, qui *a posteriori*, repose sur une combinaison de partenariat

⁷⁰⁵ Quatrième paquet ferroviaire, adopté en avril et décembre 2016, reposant sur deux piliers « technique » et « marché » pour finaliser la libéralisation de ce dernier secteur monopolisé.

commercial (alliance transcontinentale) et comprenant une forte empreinte territoriale (aéroport).

522. Ne pouvant s'analyser de manière partielle, liaison par liaison, la concurrence dans le transport aérien doit intégrer la dimension de réseau, ce qui modifie sensiblement les analyses traditionnelles en matière de fusions. Les différents accords de coopération permettent une meilleure coordination, favorable à la concurrence par la création de réseaux aériens capables d'offrir des alternatives de transport, élément proconcurrentiel largement repris par la Commission européenne dans ses analyses de projets de fusion ou d'alliances commerciales. Cette position de la Commission dans tous ses rôles fut le fruit d'une pratique institutionnelle plus large, imposant de comprendre le jeu d'acteurs et amenant à des compromis au sein du triangle des institutions. Cette compréhension est d'autant plus importante qu'elle valorise la prise en compte de l'environnement économique en constante évolution du fait de la mondialisation des échanges et de l'essor des puissances émergentes. Le transport aérien se trouve parfois brutalement contraint et impose une accélération des évolutions engagées dans un cadre qui était marqué par le remplacement d'un système fortement régulé entre compagnies aériennes, voire entre pays, par un système composé des dispositifs informatisés de distribution et de réservation. Ce système est la partie émergée de l'iceberg « coopération commerciale » entre compagnies et l'analyse de ces accords entre les compagnies aériennes et leur prise en compte par les autorités régulatrices annoncent une réalité : contraintes de repenser totalement leurs stratégies, les compagnies aériennes ont fait preuve de créativité au point que d'autres secteurs font désormais référence à leurs innovations. Cette créativité jugée de manière assez bienveillante par la Commission leur permet ensuite d'approfondir leurs liens et de constituer des entités économiques puissantes et compétitives⁷⁰⁶.

523. Dès lors, à l'introduction d'éléments concurrentiels dans un marché monopolisé, de nombreuses entreprises anciennement détentrices de ce monopole ont réagi : alliances et partenariats commerciaux, fusions, et accords techniques dans un premier temps, puis recherche de complémentarité entre modes de transports dans un second temps, en se basant là encore sur le support matériel de cette concurrence, les aéroports ou les gares

⁷⁰⁶ David BOSCO, Droit des concentrations, chronique, *Concentration - Concurrence - Consommation, Revue Jurisclasseur*, n°8-9, août-septembre 2013.

ferroviaires et routières. La concurrence s'opère classiquement sur deux offres, celles d'un prix et d'un produit. D'une part la création de la compagnie easyJet fut à cet égard un exemple remarquable⁷⁰⁷ d'une nouvelle approche du service offert et de sa tarification. Il est assez notable d'y retrouver la volonté de privilégier relativement les compagnies régulières (historique ou à bas coûts) au détriment du transport aérien Charter, qui a quasiment disparu ou en tout cas, n'existe qu'au travers des compagnies de « coûts intermédiaires ». D'autre part, cette concurrence opérée par l'offre de produits, les horaires et les destinations (départ comme arrivée), l'anticipation des difficultés d'acheminement (liaison par train dans l'aéroport) et de transport (accord de report de vol sur une autre compagnie en cas de retard ou d'annulation du vol prévu) a nécessité une approche régulièrement renouvelée de l'appréciation du marché par les institutions européennes. Le Parlement européen, et dans une moindre mesure le Conseil, a répondu à cette logique d'établir des « dispositions appropriées pour la navigation maritime et aérienne »⁷⁰⁸ (Chap. 1). Ainsi, l'offre de transport aérien - qui devait être accrue et variée dans ses tarifs comme dans ses destinations - est venue de compagnies dites à bas-coûts ainsi que des trains à grande vitesse. Il est alors apparu une sorte de décalage de la concurrence, remettant fortement en cause les compagnies aériennes historiques, identifiant un nouveau besoin dans le développement des aéroports en y incluant l'intervention de la puissance publique et rendant le marché particulièrement instable (Chap. 2).

Chapitre 1 : Le pilotage institutionnel de la régulation du transport aérien de passagers

524. Trente ans⁷⁰⁹ après le début de la démonopolisation du secteur aérien et alors que celle du secteur ferroviaire commence à s'opérer en France, dernier grand marché de réseau à devoir s'ouvrir complètement, le secteur du transport aérien a pu apparaître comme précurseur à défaut d'être un modèle. L'offre de transport TBC/LCC, dont les acceptations sociale et fiscale sont bien moindres que son succès commercial, s'est généralisée à la

⁷⁰⁷ FRIEDRICH Alexandre, EasyJet, p.26, *Editions Allia*, 2013.

⁷⁰⁸ On pourra ainsi se reporter, entre autres, au dialogue interinstitutionnel autour du Rapport sur la politique de la concurrence de 2016, procédure (2017/2191(INI)) [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2016/2100\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2016/2100(INI)).

⁷⁰⁹ Tableau synthétique du document additif

téléphonie (Sosh pour Orange ou B&You de Bouygues Telecom à la suite de l'accès à Free (2009) de ce marché de 35,6 milliards d'euros perçus auprès du client, en 2018⁷¹⁰) jusqu'au transport ferroviaire avec les trains Ouigo⁷¹¹ (11.7 millions de voyageurs transportés soit 10% du total de l'offre TGV SNCF). Par ailleurs, l'acceptation que le marché du transport aérien de passagers, et certainement de toute industrie de réseau, ne pouvait être de concurrence pure et parfaite permettait de considérer les priorités institutionnelles (Section 1), alors que la politique de concurrence reste le levier essentiel pour la construction et le fonctionnement du marché intérieur.

525. La progressivité de la libéralisation tout en envisageant la complexité du secteur (accords de ciel ouvert, attribution des créneaux aéroportuaires, homologation des appareils volants, règle de contrôle d'une compagnie aérienne et appréciation des ententes et concentrations) l'a rendu elle-même complexe, certainement aussi pour prendre en compte, voire anticiper, la concurrence imparfaite propre à ce secteur. Dans le sillage de l'Acte unique européen de 1986 et de l'achèvement du marché intérieur, les mesures réglementaires de l'Union ont progressivement⁷¹² fait passer les marchés de l'aviation nationaux protégés à un marché unique compétitif du transport aérien. Le premier (1987) et le deuxième (1990) « paquets » ont commencé par assouplir les règles relatives aux tarifs et aux capacités, ensuite, en 1992⁷¹³, lever toutes les restrictions commerciales restantes qui étaient imposées aux compagnies aériennes exerçant leurs activités dans l'Union, rendant ainsi possible la création du « marché unique du transport aérien ». Ce cadre normatif ainsi défini, la pratique pragmatique de la Commission (Section 2) a reposé sur un triptyque tout à fait

⁷¹⁰ En dépit de ce processus de libéralisation, l'ex-opérateur public France Télécom – devenu Orange SA en 2001 – est parvenu à conserver sa place de numéro un du marché des télécommunications en France. Sur le marché de la téléphonie mobile, Orange possédait plus d'un tiers des parts de marché en 2016, devant SFR (24 %), Bouygues (15 %), Free (15 %) et les opérateurs de réseau mobile virtuel (11 %). Chiffres ARCEP.

⁷¹¹ Alors qu'un TGV classique roule six à sept heures par jour, le Ouigo arpente les voies ferrées douze à treize heures, offrant une classe unique et sans voiture bar, portant sa capacité à 1150 voyageurs quand il est configuré en un double train duplex, soit 20 % de places en plus. Ainsi, le coût de production d'une place dans un TGV Ouigo est 50 % moins élevé que celui d'une place dans un TGV classique. La part de la marque OUIGO atteint désormais 5,5 % du nombre de circulations TGV domestiques en 2018 contre 2,9 % en 2017.

⁷¹² *Supra*, ENCOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, 1996.

⁷¹³ Règlements du Conseil (CEE) n°s 2407/92, 2408/92 et 2409/92, à présent remplacés par le règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens.

complémentaire, comprenant exemptions catégorielles, pratique des engagements et allocations des aides d'État.

Section 1 – Le pilotage adaptable par la Commission européenne

526. Pour parodier un de ces films évoquant l'univers du transport aérien, il est tentant de poser la question de savoir quel rôle joue la Commission, celui de pilote de l'avion. À moins que cela ne soit celui d'aiguilleur du ciel depuis la tour de contrôle ? Alors que, du fait des conséquences de la crise sanitaire du SARS-CoV-2, la Commission a largement neutralisé les effets de l'ensemble des règles propres à la gestion de la concurrence du transport aérien (aides d'État et ententes, droits acquis sur les créneaux horaires aéroportuaires), elle a rappelé avec force l'application, même si de manière imparfaite, car dégradée, du règlement encadrant l'indemnisation des retards et annulations de vols. Elle s'efforce ainsi de maintenir un équilibre, le plus subtil possible, entre la protection des entreprises sur un marché, un temps, à l'arrêt quasi complet et celle des consommateurs qui n'ont pas à subir sur leur pouvoir d'achat les conséquences de cette pandémie, rappelant en cela la notion de « commissaire de marché »⁷¹⁴ qui fait le lien entre règles du marché et protection d'intérêts extracontractuels.

527. Les efforts continus pour faire de l'Europe une économie compétitive se déclinent concrètement dans le secteur du transport aérien, par une instrumentalisation de la concurrence pour maîtriser le processus d'ouverture des marchés et ses conséquences. Le pilotage institutionnel devient alors déterminant pour apprécier la matérialité de la concurrence à l'œuvre dans ce secteur et aller au-delà de l'approche dogmatique de la libéralisation. Après une phase de prééminence de la Commission européenne en 2002, le rapport de force entre Parlement européen et Conseil, arbitré par la Commission, devient structurant dans le processus institutionnel de décision avec la négociation de la réglementation des créneaux aéroportuaires pour construire un véritable marché secondaire (§1).

⁷¹⁴ GUENOD Christian, *Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel, Modèles communautaires et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie*, Thèse de doctorat de droit public soutenue à l'université de Paris-Dauphine, 6 octobre 2009.

528. La « frilosité » ou « prudence » des États membres renvoie tout autant à des différences d'approches sur l'ordolibéralisme, au sein même du moteur franco-allemand⁷¹⁵, qu'à la crainte que la politique de concurrence soit incompatible avec une politique industrielle alors que l'allocation des créneaux aéroportuaires reste la mesure la plus pertinente pour assurer une concurrence effective. L'accord est plus unanime sur la qualité et l'efficacité de services alors que paradoxalement la notion reste difficile à appréhender (§2). Autant de paradoxes, propres à la construction européenne, qui marquent la difficile refonte du cadre normatif de l'attribution des créneaux aéroportuaires ou de l'indemnisation des consommateurs/passagers (§3).

§ 1 - Le rapport de force entre les institutions : la quête de légitimité

529. La politique des transports de l'Union européenne doit concourir à réaliser le marché intérieur et donc à réduire les obstacles à la circulation des biens et des personnes, dans le cadre d'une ouverture des frontières préparée par l'accord de Schengen, qui implique aussi des opérations de contrôle des migrants et des demandeurs d'asile. Ce domaine est régi par les articles 90 à 100 (Titre VI) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le Parlement européen et le Conseil de l'UE se partagent la compétence pour l'adoption de directives et règlements européens en matière de transport, selon la procédure législative ordinaire, ce qui n'est pas le cas pour la politique de concurrence. Les transports font toutefois l'objet de coordination entre les différents États européens depuis longtemps, la Conférence européenne des ministres des Transports ayant été créée dès 1953. Le principe d'attribution des compétences, au sein de l'Union européenne implique, que chacune de ses institutions (le Parlement européen, le Conseil de l'UE et la Commission européenne⁷¹⁶) agissent dans le cadre des attributions qui lui sont conférées par les traités, conformément à la répartition des compétences. L'équilibre des pouvoirs exprime l'idée selon laquelle les institutions ont chacune des pouvoirs agissant en interaction pour orienter les politiques de l'UE au fil des règlements et des directives adoptés. L'influence de chaque institution varie ainsi

⁷¹⁵ DEFFAINS Bruno, d'ORMESSON Olivier et PERROUD Thomas, Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen, Fondation Robert Schuman, janvier 2020.

⁷¹⁶ Pour l'organisation des négociations d'accord aérien, après l'obtention par la Commission d'un mandat de négociation d'accord aérien, le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) se charge du contact formel entre elle et le pays concerné.

considérablement avec les évolutions des traités, aboutissant à renforcer globalement la discussion démocratique de la politique des transports, longtemps marquée par un blocage des discussions entre les États membres (A).

530. La Commission européenne a longtemps été paralysée par les dissensions interétatiques, jusqu'à ce que la Cour constate la carence due au défaut de proposition dans la politique des transports. La Commission y a retrouvé un rôle moteur dans les négociations des mesures d'harmonisation et d'uniformisation dans le cadre de son organisation politico-administrative. Les initiatives de la Commission sont enfin bornées par son organisation. Alors que DG Concurrence est transversale à tous les secteurs économiques, celle-ci doit aussi composer avec la DG Mobilité pour la compétence sur le secteur des transports, dans un objectif plus vaste de fonctionnement du marché intérieur porté par la DG Marché intérieur, Industrie, connue sous le terme anglais de *Grow* (B).

A - Le triangle institutionnel dans la politique des transports

531. **La problématique envisagée ici porte alors plus sur le rôle du Parlement dans la création d'un cadre normatif de la concurrence, domaine qui ne relève pas de la procédure législative ordinaire.** Les extensions des prérogatives du Parlement européen par L'Acte unique européen (1986), les traités de Maastricht, d'Amsterdam, de Nice et de Lisbonne ne le furent pas jusqu'à admettre le rôle du Parlement dans l'harmonisation de la concurrence, celle relevant encore d'une procédure législative spéciale qui revient à une procédure non législative, car consultative prévue à l'article 103 TFUE. Mentionnée dès le traité de Rome de 1957, la politique européenne des transports a, par ailleurs, évolué lentement. C'est seulement à partir de l'Acte unique européen (1986) puis du traité de Maastricht (1992), et donc de l'avènement du marché unique européen, que l'on assiste à une densification matérielle et institutionnelle de la politique des transports puisqu'elle concerne aussi bien les transports routier et ferroviaire que les transports aérien et maritime, ces deux derniers modes ayant étant exclus du Traité de Rome.

532. Dans le même temps, depuis le traité de Maastricht⁷¹⁷ a chargé l'Union d'établir et de développer des réseaux transeuropéens dans les secteurs des transports, des télécommunications et de l'énergie, afin de contribuer au développement du marché intérieur, de renforcer la cohésion territoriale, économique et sociale, de relier les régions insulaires, enclavées et périphériques aux régions centrales de l'Union et de rapprocher le territoire de l'Union des États voisins. **Combinant, politique de concurrence pour construire le marché intérieur et un vaste ensemble de règles relevant de domaines variés**, certification des aéronefs, prise de participation dans une compagnie d'un pays membre de l'UE ou indemnisation du consommateur passager, **la mise en place d'un espace européen sans frontières intérieures s'est accompagnée d'une libéralisation du secteur des transports, sans pour autant éclipser la notion de service public**. La multiplication des approches normatives, si elle peut paraître incohérente a en réalité permis à la Commission européenne de se trouver au cœur des propositions et de prendre seule les décisions par la neutralisation du Conseil puis en jouant d'une complicité avec le Parlement depuis 1999. La Commission européenne a ainsi renforcé son poids dans les choix économiques par une utilisation de la politique de concurrence pour protéger la libéralisation et tenter de maîtriser une tendance à la surconcentration économique dans ce secteur. La centralisation de l'orientation politique dans les mains de la Commission européenne est également importante si l'on considère que la politique des transports est devenue une politique commune sous l'influence du Parlement européen.

533. **Ce n'est donc qu'au travers de la politique de transport, que le rôle de législateur du Parlement intervient lors de l'extension de la procédure législative ordinaire aux articles 90 à 100 TFUE - ex-Articles 70 et suivants du Traité CE**. L'affirmation des pouvoirs du Parlement a renforcé le caractère de politique commune de la politique de transport, d'autant plus que celui-ci n'hésite pas à prendre position en usant de ses résolutions avant même tout processus législatif. Récemment, le Parlement a pu indiquer ses souhaits d'une coordination des politiques nationales⁷¹⁸ alors que les États envisageaient une première réouverture des frontières faisant suite à la « première vague » de la COVID-19 ou pour prendre date sur sa

⁷¹⁷ Articles 170-172 et 194, paragraphe 1, point d) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ce dernier article faisant en particulier référence à l'énergie.

⁷¹⁸ Résolution du Parlement européen du 19 juin 2020 sur le tourisme et les transports en 2020 et au-delà (2020/2649(RSP)).

volonté d'accélération du processus⁷¹⁹, parce qu'il s'inquiète que « l'achèvement en temps voulu du RTE-T semble compromis ». Il importe de relever que cette procédure ordinaire implique par ailleurs la consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, pour toutes les règles communes applicables aux transports internationaux exécutés au départ ou à destination du territoire d'un État membre, ou traversant le territoire d'un ou de plusieurs États membres.

534. L'émergence de ce triangle institutionnel, Commission/Conseil/Parlement européen, en modifiant les rapports interinstitutionnels par une procédure en apparence plus complexe, permet en fait de débloquent la prise de décision au Conseil, souvent marquée par des oppositions entre États. Face à l'exécutif, le Parlement joue toujours plus pleinement son rôle d'aiguillon de contrôle d'institution élue, rencontrant en fonction des moments et des points de négociation, les intérêts du Conseil ou de la Commission. Par le jeu des résolutions du Parlement et des « orientations générales » du Conseil, lui permettant de donner au Parlement une idée de sa position sur la proposition législative présentée par la Commission, le dialogue tripartite se fait bien en amont de la première lecture⁷²⁰, puis lors des débats en commission parlementaire⁷²¹ et durant les trilogues. Ce processus législatif permet à ce niveau encore, que la Commission européenne puisse modifier sa proposition quand dès la seconde lecture est enclenchée, la Commission ne peut plus faire évoluer sa proposition pour faciliter un accord entre le Conseil et le Parlement européen. Cet accord peut ainsi s'opérer sur la base d'amendements susceptibles, mais qui portent le risque de dénaturer la proposition initiale. Tel est le cas de la réforme en cours⁷²² du régime d'attribution des créneaux aéroportuaires. La Commission européenne a souhaité introduire un marché secondaire des créneaux non utilisés par les compagnies aériennes, qui permettrait, selon elle, une meilleure réallocation de cette ressource. La proposition est rejetée par les États et le

⁷¹⁹ Résolution du Parlement européen du 20 janvier 2021 sur la révision des orientations du réseau transeuropéen de transport (RTE-T) (2019/2192(INI)).

⁷²⁰ Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer » du 12 mai 2016.

⁷²¹ COSTA Olivier, *Que peut le Parlement européen ? Pouvoirs* 2014/2 (n°149), pages 77 à 89.

⁷²² A ce jour, après un vote le 12 décembre 2012 en 1^{re} lecture du Parlement puis l'ouverture des négociations interinstitutionnelles en date du 9 octobre 2019, le processus est en attente de la position du Conseil en 1^{re} lecture. Le 12 janvier 2021, les trois institutions de l'UE ont dans leurs priorités législatives communes pour 2021, mentionnée la refonte du cadre d'attribution des créneaux aéroportuaires (fiche de procédure 2011/0391(COD), consultée le 4 mai 2021).

Parlement européen, ce dernier, à l'image de son amendement n°89⁷²³, proposant, à l'inverse, de faire des créneaux aéroportuaires « un bien immatériel d'intérêt public ».

535. Par son positionnement institutionnel, « *ante* » puis « *post* » vote de la norme, la Commission oriente les choix politiques par ses propositions de réglementation. Elle joue ensuite de la politique de concurrence qui devient un outil de pilotage par le développement des engagements lors de concentrations ou d'ententes, ou lors de son contrôle des aides d'État. Avec l'aval du Parlement d'ailleurs, celui-ci peut apparaître, dans nombre de ses résolutions, comme une institution réformatrice jusqu'à le faire associer au qualificatif de « libéral », à l'inverse des États, critique qui est plutôt réservée à la Commission.

536. Sans prendre part à ce débat qui relève autant d'arguments politiques nationaux que de polémiques eurosceptiques, il importe de souligner que dans de nombreux rapports, le Parlement européen prit des positions novatrices et équilibrées. C'est le cas très tôt, lorsque dans sa résolution⁷²⁴ sur la communication de la Commission intitulée « L'aviation civile vers des horizons meilleurs » publiée en 1995, le Parlement européen souligna la nécessité d'une politique commune des transports aériens qui permettrait une concurrence plus importante et plus équitable entre les compagnies aériennes. Cette résolution rappela, en son point 3, la nécessité de « l'élaboration de directives fondées sur l'article 118 A du traité CE, relatives à l'harmonisation du temps de travail et à d'autres aspects du secteur des transports, y compris des transports aériens ; » et en pointant à son point 5, que « la Commission n'ait pas présenté de propositions dans ce domaine de l'aviation civile, contrairement à ce qu'elle avait annoncé dans de précédents programmes de travail annuels ». Le soutien du Parlement en faveur de la création et du bon fonctionnement du marché intérieur du transport aérien a donc été constant. Ce faisant, le Parlement a régulièrement insisté sur le fait que la libéralisation des transports aériens devait se faire avec prudence et progressivement, et qu'il s'agissait de définir un équilibre pérenne entre les intérêts des consommateurs et ceux du secteur.

537. Ces vingt-cinq dernières années, le Parlement a donc toujours plaidé en faveur d'une concurrence équitable, de la sécurité aérienne, de la qualité des services et des droits des

⁷²³ 1^{er} amendement de la Résolution législative du Parlement européen du 12 décembre 2012 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (refonte) (COM(2011)0827 — C7-0458/2011 — 2011/0391(COD)).

⁷²⁴ Résolution du Parlement européen du 01 avril 1996 sur les temps de vol et de service des équipages des aéronefs (B4-0307/96).

passagers⁷²⁵, tout en défendant les conditions de travail du personnel des compagnies aériennes et la protection de l'environnement. Ainsi, cette institution, dès le début du processus de libéralisation, exigea que soient définis des critères à respecter en matière d'aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes et que soient adoptées des règles communes en matière de services d'assistance en escale, de redevances aéroportuaires ou de droits des passagers. Par ailleurs et plus récemment, dans son rapport du 20 mars 2018 intitulé « Garantir une concurrence équitable dans le transport aérien », le Parlement européen a apporté son soutien à la proposition de la Commission destinée à défendre les transporteurs aériens de l'Union contre les pratiques déloyales des compagnies aériennes de certains pays tiers. La réglementation issue du processus décisionnel⁷²⁶ vise notamment à mettre en place un instrument qui se veut pertinent impliquant qu'il soit pratique, efficace et aisé d'utilisation, et susceptible de servir de moyen de dissuasion ou de compenser les préjudices causés par des aides d'État ou d'autres pratiques discriminatoires d'acteurs extraeuropéens dans le domaine de l'aviation. Les amendements proposés par les députés au Parlement européen ont, d'une part, réduit la durée des enquêtes ouvertes par la Commission à la demande des transporteurs ou des États membres de l'Union pénalisés par ces pratiques. Ils ont d'autre part, introduit la notion de « mesures compensatoires provisoires », qui peuvent s'appliquer en cas d'urgence pour éviter qu'un risque ne se concrétise. Enfin, le Parlement a également insisté pour mettre en place, à l'issue d'une enquête, le « critère d'intérêt de l'Union » pour ainsi veiller à ce que les contre-mesures prises par l'Union européenne n'affectent pas sa connectivité ni sa situation socioéconomique.

538. Ce faisant, le Parlement participe d'une évolution de la concurrence libre et non faussée à une concurrence équitable. Il porte sur le plan politique une concurrence pluri-objectifs qui dépasse la simple libéralisation pour instrumentaliser la concurrence comme élément d'un marché juste ou plus exactement rendu juste par une protection contre des comportements qui faussent la concurrence au point de la rendre déloyale. Tout ceci tend à

⁷²⁵ Résolution législative du 5 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, ainsi que le règlement (CE) n°2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages.

⁷²⁶ Règlement (UE) n°2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

répondre à une autre réserve faite quant au rôle marginal réservé au Parlement européen⁷²⁷ dans l'édiction et la mise en œuvre des règles de concurrence. Il s'agit d'un mouvement d'intensification du contrôle parlementaire sur la Commission. Dans le même temps, le Parlement a pu être plus présent sur certains textes par le biais de l'invocation de l'article 114 TFUE autorisant une action législative pour l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur. S'agissait-il de « réenclaver » le droit européen de la concurrence dans la perspective globale du droit de l'intégration européenne ? Toujours est-il que ce moment politique de la démonopolisation du transport aérien de passagers a pu coïncider avec un autre, celui de la politisation des règles de concurrence, combinant leurs effets et confortant le rôle du Parlement. Cette politisation des règles de concurrence, par un choix clair de la Commission européenne, a certes posé des limites à l'indépendance de l'autorité de la concurrence de l'Union, mais dans le même temps, a permis l'intensification progressive du rôle du Parlement en matière de concurrence. **Cette situation aurait pu être source de lenteur voire de blocage dans les négociations interinstitutionnelles. Elle a été, bien plus sûrement, une occasion d'un dialogue constructif entre Parlement européen et Commission.** Cette évolution s'est faite par une combinaison de moments politiques, celui d'une conjonction d'intérêts entre la Commission et le Parlement face aux États. D'un rôle de contrôle, il est passé, sur le fondement du marché intérieur, à un véritable rôle législatif que les textes régissant la politique de concurrence ne lui permettaient pas. Le Parlement, au-delà de son rôle d'être consulté, va user de son pouvoir de contrôle sur les travaux de la Commission, notamment en prenant position sur le rapport annuel que celle-ci lui présente.

539. Le premier rapport sur la politique de concurrence date de 1972, par suite d'une résolution du Parlement un an plus tôt. Depuis, celui-ci va appuyer la Commission dans son souhait d'accroître ses compétences au détriment des États membres, allant même en 2002, soutenir la requête en manquement de la Commission contre le Conseil, dans l'affaire des accords bilatéraux de trafic aérien. Avec la décennie 1990, le Parlement va, chaque année dans ses rapports annuels, demander une véritable coopération avec la Commission en réagissant, tant aux communications de la Commission (la première en date fut celle de 1992

⁷²⁷ MONGOUACHON Claire et ZEVOUNOU Lionel, La place du Parlement européen dans le modèle institutionnel de concurrence de l'Union européenne, *Concurrences*, Septembre n°3-2018.

sur la transparence des aides d'État) que sur la démonopolisation des industries de réseaux comme les activités postales ou de télécommunication, le réseau ferroviaire.

540. Dix ans plus tard, l'évolution des relations interinstitutionnelles semble se porter au mieux quand le Parlement se félicite de l'amélioration du dialogue avec la Commission et « notamment le Commissaire compétent [Mario MONTI qui succède à Karel Van MIERT] et sur cette base préconise de nouveaux progrès dans le contrôle démocratique de la politique de concurrence de l'Union »⁷²⁸. La réforme institutionnelle lui permettant une plus grande part de « codécision » dans la procédure législative ordinaire, le Parlement rappelle régulièrement dans ses rapports annuels, son souhait que « son rôle doit être plus volontariste dans le développement de la politique de concurrence⁷²⁹ » et d'inviter les États à aller dans ce sens par une réforme du traité, incluant la politique de concurrence dans la procédure législative ordinaire. En l'absence d'une telle réforme, la Commission en combinant deux bases juridiques (103 TFUE – concurrence - et 114 TFUE - marché intérieur) pour la directive procédurale n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014⁷³⁰ permet un « marche pied », le Parlement intervenant, même partiellement, dans la politique de concurrence.

541. Cette conjonction d'intérêts correspond dans le même temps à une politisation des règles de concurrence, au sens d'objectifs politiques qu'ils soient à motivation industrielle ou de fonctionnement du marché intérieur. Ce qui a pu apparaître comme une critique, notamment lors d'affaires de concentration largement commentées (Schneider/Legrand puis Alstom/Siemens), nous semble plus refléter un instantané des états d'esprit et des volontés politiques. C'est ainsi que l'on peut comprendre la concomitance de la résolution du Parlement du 27 nov. 2014 sur la séparation « moteur de recherche des autres services commerciaux » et la décision de la Commission à propos de Google. C'est une rencontre fort à propos entre objectifs économiques (comme le principe de respect de la concurrence et du fonctionnement du marché) et politiques, qui affirme une compréhension européenne des positions dominantes d'entreprises de taille mondiale. Le risque de cette approche politique

⁷²⁸ XXXe Rapport sur la politique de concurrence, 2000, p. 394, pt 8, souligné par MONGOUACHON Claire et ZEVOUNOU Lionel, La place du Parlement européen dans le modèle institutionnel de concurrence de l'Union européenne, *Concurrences*, Septembre n°3-2018.

⁷²⁹ Résolution du Parlement européen relatif au rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2004 (2005/2209 (INI)), adoptée le 4 avril 2006.

⁷³⁰ Directive n°2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne

est de désobjectiviser la politique de concurrence, l'exposant alors à des critiques sur le fond. À la suite des travaux de Pierre BONASSIES, on peut regretter, la subordination des règles de concurrence à des objectifs politiques, semblant venir de la grande proximité entre politique de concurrence et politique du marché intérieur, donnant une « place ancillaire » de la première par rapport à la seconde que le recours « à la procédure des engagements mobilisée parfois à des fins de politique industrielle »⁷³¹.

542. À ce stade de notre analyse, **il semble bien que l'ouverture à la concurrence du transport aérien de passagers soit d'abord une mise en œuvre pour le marché intérieur et par le fonctionnement plus libre du marché, puis devenue une « politique de transport », diluant la politique de concurrence dans d'autres objectifs.** De ce fait, tout ceci va dans le sens d'une parlementarisation du régime de concurrence. On peut relire, dans ce sens, les dernières résolutions du Parlement européen en réponse aux rapports de la Commission. Il y martèle son intérêt de voir la question des aides d'État mieux appréhendée par la Commission, que cela représente une voie pour plus d'harmonisation fiscale, notamment alors que les TBC deviennent « hégémoniques »⁷³², tout en demandant à la Commission de « soigneusement évaluer tous les accords de fusion de compagnies aériennes » ; un risque de distorsion de concurrence⁷³³ alors que le marché unique des transports est encore incomplet. **À l'inverse, la politique d'interconnectivité relève originellement de la politique de transport et à ce titre, y associe pleinement le Parlement.** Dans un premier temps, à cette politique cantonnée à une interconnectivité terrestre, les institutions législatives ajoutent une volonté d'aménagement du territoire européen par un maillage d'infrastructures interconnectées, thématique pour laquelle, le Parlement dispose d'un pouvoir budgétaire. Lancé dans les années 1980, puis incorporé dans le traité de Maastricht en 1992, le réseau transeuropéen de transport (RTE-T) vise, en effet, à améliorer les infrastructures dans le domaine des transports afin de faciliter les échanges au sein du marché intérieur. Un des objectifs du programme est d'assurer l'interopérabilité des moyens de transport, c'est-à-dire faire en sorte qu'ils se complètent, de manière à rendre plus fluide l'ensemble du réseau européen des transports.

⁷³¹ BONASSIES Pierre, Les Fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen, *in* : Études dédiées à Alex Weill, *Dalloz* 1983.

⁷³² Résolution du Parlement européen du 19 avril 2018 sur le rapport annuel sur la politique de concurrence (2017/2191(INI)).

⁷³³ Résolution du Parlement européen du 31 janvier 2019 sur le rapport annuel 2018 sur la politique de concurrence (2018/2102(INI)).

Cette démarche est lancée par le Livre blanc de Jacques Delors de 1993 et soutenue avec le lancement des RTE-T aux Conseils européens d'Edimbourg et d'Essen (1993-1994). Cette politique en matière d'infrastructures est prolongée avec la proposition présentée fin 2011 par la Commission européenne visant à créer un "Mécanisme pour l'Interconnexion en Europe" permettant de co-financer les réseaux transeuropéens de transports, d'énergie et de télécommunications, mécanisme confirmé en 2013 et envisagé pour la période 2021-2027⁷³⁴. Se dessine, point par point, une carte des infrastructures dans l'Union européenne, qui va servir de poumon à la libre circulation durant la première vague de la COVID-19 puisque ces routes seront les couloirs verts de libre circulation en mars 2020. Le Parlement joue un rôle moteur dans cette géographie des routes de la libre circulation.

543. Il s'inquiète, par exemple, de l'efficacité de cet instrument⁷³⁵ et pousse à une accélération du processus initié par le RTE-T alors que celui-ci est compromis du fait d'un désengagement financier des États, et qu'il est nécessaire au « bon fonctionnement du marché intérieur et pour la connexion et la compétitivité de l'Union européenne ». Aussi et dans le même temps, le Parlement plaide pour que « la cohésion économique, sociale et territoriale et l'accessibilité dans l'ensemble de l'Union et de ses régions, » permettant de remplir « des objectifs politiques de l'Union en matière de politiques d'élargissement et de voisinage ».

544. Au-delà de la libéralisation du secteur des transports et du développement des infrastructures, les objectifs fixés par l'UE se sont progressivement élargis aux domaines de la sécurité, de la sûreté, de la protection de l'environnement et des droits des voyageurs. La plupart des projets financés par la Commission européenne concernent la mise en place de grands axes essentiellement routiers, ferroviaires, fluviaux, maritimes et de manière anecdotique, aériens en tant qu'il participe au « réseau central »⁷³⁶ reliant les États membres. En 2004, une liste de 30 projets prioritaires a été arrêtée, parmi eux, le tunnel sous-marin du Fehmarn Belt entre l'Allemagne et le Danemark (travaux lancés en 2015) ou encore une ligne

⁷³⁴ Proposition 2018/0228(COD) de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant le mécanisme pour connecter l'Europe et abrogeant les règlements (UE) n°1316/2013 et (UE) n°283/2014, du 13 mars 2019.

⁷³⁵ *Supra*, Résolution du Parlement européen du 20 janvier 2021 sur la révision des orientations du réseau transeuropéen de transport (RTE-T).

⁷³⁶ Règlement (UE) n°1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n°661/2010/UE (Annexe 1).

de TGV entre Paris et Budapest, notamment par la connexion franco-allemande des réseaux à grande vitesse mise en service au printemps 2016.

545. La stratégie de la Commission européenne en matière de transports, présentée le 28 mars 2011 dans sa feuille de route « Transports 2050, vers un espace européen unique des transports », est orientée par deux priorités qui confirment la progressive européanisation de la politique des transports. D'une part, l'objectif est de réaliser l'achèvement de l'espace européen des transports en éliminant les principaux obstacles et goulots d'étranglement qui existent dans plusieurs domaines décisifs pour les transports, à savoir les infrastructures, l'investissement, l'innovation et le marché intérieur. En créant un espace européen unique, concurrentiel, doté d'un réseau de transport parfaitement intégré, qui repose sur l'interconnexion des différents modes de transport, l'objectif ultime reste de permettre une mutation profonde des modèles de transport des passagers et du fret. D'autre part, il s'agit de faire baisser de 60 % les émissions de carbone de l'Union liées aux transports d'ici à 2050. La libéralisation graduelle adoptée par la Commission et le Conseil de l'UE puis en associant le Parlement s'accompagne d'une politique visant à autoriser des accords de coopération entre compagnies selon des critères dont la pertinence économique doit être examinée en tenant compte des spécificités de l'activité de transport aérien, mais dans le respect des règles de la concurrence. Ces spécificités ont pu permettre au Parlement européen de tenir son rôle de législateur, mais cette politique de concurrence a permis à la seule Commission de s'affirmer dans le pilotage de la politique des transports.

546. **On peut considérer ainsi que l'objectif par la Commission fut de mettre en place une « concurrence coordonnée », combinant un refus d'une déréglementation totale évoquant une libéralisation au sens strict du terme, et un régime de réglementation encore largement basée selon les accords bilatéraux,** pouvant encore s'apparenter à une situation de cartel. En cela, son action a pu reposer sur une organisation administrative donnant à la direction générale Concurrence (DG Concurrence) une prééminence de fait face aux autres directions, celle du Marché intérieur ou Transport. Mais de nouvelles orientations politiques prises en 2019, à la suite de la reprise économique de la fin des années 2010 comme de la nouvelle composition du Parlement européen, semblent vouloir rééquilibrer vers de

nouveaux objectifs, comme la lutte contre le dérèglement climatique ou la quête d'une souveraineté européenne⁷³⁷.

B – La mobilité dans un espace concurrentiel : l'objectif plus vaste de fonctionnement du marché intérieur

547. Notre étude serait à la croisée des chemins qui mènent au marché intérieur, si on admettait que politique de transport et politique de concurrence y conduisent de manière équivalente. Mais nous abordons bien les règles de concurrence appliquées à la politique de transport, secteur nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. En admettant ce cadre, la politique des transports qui relève logiquement de la Direction générale Transport et Mobilité (*Move*), ci-après la DG Mobilité. Elle est titulaire d'objectifs d'une politique sectorielle envisageant

« un espace européen unique des transports, en intégrant les besoins de la population, la politique environnementale et la compétitivité [...] reposant sur un espace européen unique des transports qui soit efficace, durable, sûr et sécurisé [grâce à] une infrastructure de transport européenne moderne ; un secteur des transports innovant.⁷³⁸ »

En ce qui concerne l'aviation, les missions de la Direction « E » s'inscrivent dans l'application de la stratégie pour l'aviation de 2015. Elle reste plus favorable à la libéralisation, sans prendre en compte explicitement une concurrence plus durable parce qu'intégrant de nouvelles dimensions relatives à la réussite de l'espace de mobilité. Cette DG porte plus spécifiquement le discours plus dogmatique de la Commission sur les vertus de la libéralisation du secteur.

« Les usagers des transports aériens peuvent choisir parmi une offre de voyages en avion sans précédent, à des prix compétitifs. Le nombre et la fréquence des liaisons tant intra-UE qu'internationales et le nombre de passagers ont sensiblement augmenté. Les transporteurs à bas coût de l'UE font maintenant partie des transporteurs les plus performants, tant en termes de nombre de passagers que de capitalisation boursière. »⁷³⁹

548. L'objectif étant toujours d'actualité, la DG Mobilité devra pourtant le remplir dans le cadre de la nouvelle priorité de la Commission, qu'est le pacte vert pour l'Europe⁷⁴⁰ (*Green*

⁷³⁷ Vallet Cédric, A propos de la vulnérabilité de l'Union européenne face à la pénurie mondiale de semi-conducteurs, https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/11/19/la-politique-europeenne-de-la-concurrence-soumise-a-des-changements-cibles_6102681_3234.html - Consulté le 22 novembre 2021.

⁷³⁸ Lettre de mission, <https://transport.ec.europa.eu/system/files/2018-05/move-mission-statement.pdf>

⁷³⁹ *Supra*, Communication de la Commission COM(2015) 598 final du 7 décembre 2015 « Une stratégie de l'aviation pour l'Europe ».

⁷⁴⁰ *Supra*, Communication de la Commission du 11 décembre 2019, Le pacte vert pour l'Europe.

Deal), c'est-à-dire « renforcer la compétitivité et la pérennité de l'ensemble du réseau de valeur du transport aérien de l'UE [...] vers une mobilité durable et intelligente. » Cette direction E est en appui de la direction A, Coordination des Politiques, responsable de la coordination horizontale des politiques et actions de transport au sein de la DG Mobilité. Son objectif est d'assurer l'homogénéité et la cohérence de cette DG avec les objectifs et priorités politiques globaux de la Commission, notamment « Un marché intérieur plus profond et plus équitable avec une base industrielle renforcée », selon la formulation de la lettre de mission de 2019. La cohérence entre les directions est complétée par une mise en cohérence horizontale, entre les différentes DG de la Commission. **La DG Transport fait figure d'exception puisqu'elle fut longtemps associée dans un champ de compétences variable, changeant au gré des Commissions et peut-être des équilibres de portefeuilles.** Le Transport fut régulièrement associé à la protection des consommateurs (Commission ORTOLI, 1973-1977, et dans ce cas avec la politique environnementale puis Commission JENKINS, 1977-1981, et les Commissions DELORS I 1985-1986 et DELORS II 1989-1992. Ce sera aussi une association avec d'autres secteurs comme les affaires sociales (Commissions MAFLATTI 1970-1972 puis MANSHOLT 1972-1973), l'environnement et la sécurité nucléaire (DELORS I entre 1985-1989) ou la pêche et le tourisme (Commission THORN de 1981 à 1985). Elle fut régulièrement associée avec l'énergie (*Directorate-General for Transport and Energy*, DG TREN), associant les compétences d'analyse pour les industries de réseaux (les Commissions DELORS III 1993-1995 et la Commission PRODI 1999-2004).

549. Ce n'est qu'en 2004, que la politique des transports s'incarne dans un seul commissaire, en l'occurrence il y a eu Loyola DE PALACIO, Violeta BULC et actuellement Adina VALEAN, revenant aux répartitions de la Commission REY (1967-1970), première Commission des Communautés européennes qui résulte du Traité de fusion de 1965, des Commissions SANTER et MARIN 1995-1999, puis sans discontinuité, par les Commissions BARROSO I et II entre 2004 et 2014, Commission JUNCKER de 2014 à 2019, enfin la Commission actuelle, avec Madame VAN DER LEYEN. **On observe ainsi une double évolution d'autonomisation très variable de la politique des transports et une mise en cohérence quelque peu forcée par les associations.** La gouvernance de cette politique est par exemple conçue en synergie avec la protection de l'environnement comme avec les affaires sociales ou la protection des

consommateurs. Ainsi, c'est à deux voix que, le 8 juin 2017⁷⁴¹, la Commission européenne annonce qu'elle souhaitait concrétiser sa stratégie de l'aviation pour l'Europe, présentée en décembre 2015, en adoptant une série de mesures destinées à renforcer le soutien à la mise en place de marchés de l'aviation ouverts et connectés dans l'Union européenne et au-delà.

550. À cette organisation s'ajoute le fait qu'une politique n'est pas portée par une seule DG. Typiquement, les effets de l'application des règles de concurrence sur le transport aérien européen et mondial, par le truchement des alliances internationales, relèvent de la Direction générale Concurrence (*Competition*). La DG Mobilité ne traite pas du droit de la concurrence, sauf peut-être en ce qui concerne, la concurrence loyale avec les pays tiers. Dans ce dossier, c'est bien la DG Mobilité et Transport qui est à l'œuvre dans la procédure 2017/0116(COD) pour la sauvegarde de la concurrence dans le transport aérien, visant à l'abrogation du règlement (CE) n° 868/2004 comme antérieurement, dans la procédure 2002/0067(COD) concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales⁷⁴². C'est la direction F de la DG Concurrence qui est spécialisée dans le transport, outre les services postaux et autres, et en son sein, les unités sont identifiées en fonction de la spécialisation, qu'elle soit pour le contrôle des concentrations, des aides d'État ou des ententes. C'est à ce titre que cette direction fut la principale rédactrice de la proposition de la Commission pour un règlement d'attribution des créneaux aéroportuaires au début des années 1990. La décision « politique » d'ouverture à la concurrence relève de la DG MOVE qui revendique de prendre « aussi des mesures de libéralisation [dans la mesure où] chaque service de la COM contribue sa part avec ses instruments à disposition à atteindre les objectifs communs de la politique européenne. »⁷⁴³

551. En matière de règles de la concurrence, la Commission ne raisonne *a priori* pas par secteurs, mais dans le même temps elle se doit d'envisager les spécificités de chacun d'entre eux, notamment par sa politique d'exemptions. Il y a une *lex generalis* (le droit de la concurrence dans son ensemble), que les services de la Commission appliquent à tous les secteurs économiques envisagés. Dans certains d'entre eux, il y a des *block exemptions*,

⁷⁴¹ Commission européenne, communiqué de presse de Maroš ŠEFČOVIC, vice-président de la Commission et commissaire à l'énergie et Violeta BULC, commissaire responsable des transports, IP/15/6144 du 8 juin 2017.

⁷⁴² Fiche de procédure, https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2002_67 - Consulté le 3 septembre 2019.

⁷⁴³ Commission européenne, <https://transport.ec.europa.eu/system/files/2018-05/move-mission-statement.pdf> - Consulté le 4 mai 2020.

prenant la forme de critères assouplis comme ces lignes directrices spécifiques pour les aides d'État aux aéroports ou aux compagnies aériennes, ou encore les règlements propres aux concentrations et ententes au transport aérien. Toutefois, la DG Concurrence essaie d'avoir une approche commune, par l'application des règles de la concurrence, et use de règles dérogatoires propres aux spécificités quand celles-ci sont mises en avant par les directions générales concernées, la DG Mobilité en l'occurrence.

552. Ainsi, dans le jeu entre DG Concurrence/*Competition*, Marché intérieur/*Grow* et Mobilité/*Move*, les orientations stratégiques définies par la Commission à l'issue de son processus de nomination et de validation par le Parlement, sont déclinées au niveau des Directions générales. Il faut alors obtenir un équilibre entre la ligne d'horizon (le marché intérieur et ses bénéfices attendus), le cadre normatif transversal et structurant (la concurrence) et le support « matériel » (le transport) pour assurer ce pilotage du secteur des transports. Cet équilibre reste encore marqué par les retentissements de la décision de la Commission de refuser en 2002⁷⁴⁴, la fusion entre les entreprises Schneider et Legrand, actualité qui avait ressurgi lors de la décision de refuser une autre fusion, celle d'Alstom et Siemens en février 2019⁷⁴⁵.

553. Le marché aérien européen, autrement concentré il est vrai que dans les secteurs envisagés par ces exemples, n'a vu que deux refus de concentrations, rappelons-le, liées à l'insularité des marchés concernés (Grèce et Irlande), mais la perspective de sortie de la crise sanitaire actuelle va poser à terme la question d'une nouvelle consolidation/concentration du transport aérien de passagers. **Que ferait la Commission si Lufthansa et Air France-KLM venaient à envisager une fusion ?** Ces équilibres apparaissent dans l'analyse concurrentielle de la Commission européenne. Les pouvoirs de la Commission dans le domaine de la concurrence viennent de ce que la Commission veille à l'application directe des règles

⁷⁴⁴ Décision de la Commission du 30 janvier 2002 ordonnant une séparation d'entreprises (Affaire n°COMP/M.2283 – Schneider/Legrand) sur la base de l'article 8, paragraphe 4, du règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil dont les suites judiciaires seront l'annulation de la décision de la Commission par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt du 11 juillet 2007, *Schneider Electric/Commission* dans l'affaire T-351/03, puis le rejet du pourvoi contre cette annulation par la Cour de justice dans son arrêt (grande chambre) du 16 juillet 2009, *Commission des Communautés européennes contre Schneider Electric SA*, dans l'affaire Affaire C-440/07 P.

⁷⁴⁵ Décision de la Commission du 6 février 2019 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE (Affaire M.8677 — Siemens/Alstom) [notifiée sous le numéro C(2019) 921] en vertu du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

européennes de concurrence, définies dans les articles 101 à 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), en collaboration avec les autorités nationales. Ce qui correspond à l'amélioration du fonctionnement des marchés européens, en garantissant une concurrence entre les entreprises juste et équitable, « fondée sur le mérite », pour reprendre les mots de la Commission⁷⁴⁶. Pour cela, elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire rappelé régulièrement par les juridictions notamment dans l'arrêt "Lufthansa contre Commission"⁷⁴⁷ à la suite d'un recours de la compagnie allemande en 2016 contre une décision de la Commission refusant une exemption d'une partie des obligations faisant l'objet des engagements après sa fusion avec Swiss. Le tribunal rappela, au point 33 de sa décision, que « Selon une jurisprudence constante, les règles de fond du règlement n° 139/2004 confèrent à la Commission un certain pouvoir discrétionnaire, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique » puis de préciser au point 34, qu'« Il en est ainsi pour l'appréciation non seulement de la compatibilité d'une opération de concentration, mais également de la nécessité d'obtenir des engagements en vue de dissiper les doutes sérieux posés par une telle opération (voir, en ce sens, arrêt du 4 juillet 2006, easyJet/Commission, T-177/04) ».

554. S'agissant de la définition des marchés en cause, la Commission procède à l'identification des services fournis par les compagnies aériennes, comme des services de transport aérien de passagers, de la vente de sièges de compagnies aériennes à des voyagistes, des services de maintenance, de réparation et de révision, de la restauration à bord et de l'assistance en escale. **Dans ce cas du service de transport aérien de passagers, la Commission a développé un examen systématique de la question de la substituabilité du côté de la demande.** L'analyse du marché en cause en se référant à l'approche « point d'origine – point de destination », dite approche « O & D », établit que chaque liaison entre un point d'origine et un point de destination est considérée comme un marché distinct. Pour cela, elle établit si une liaison entre un point d'origine et un point de destination forme un marché à prendre en considération, en examinant les différentes possibilités dont disposent les consommateurs pour voyager entre ces deux points. C'est sur cette base analytique que la

⁷⁴⁶ Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/departments/competition_fr - Consulté le 4 mai 2020.

⁷⁴⁷ Arrêt du Tribunal du 16 mai 2018 dans l'affaire T-712/16, Deutsche Lufthansa AG c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:2018:269.

Commission va établir les engagements structurels et comportementaux susceptibles d'atténuer les effets anticoncurrentiels de l'opération de consolidation du marché. De ce fait, elle y est capable de redéfinir les rapports de force pour une durée minimale observée de six ans.

555. Dans une autre affaire concernant aussi la compagnie aérienne Lufthansa et son projet de concentration avec la compagnie Austrian⁷⁴⁸, la Commission va dans son analyse étendre sa logique d'appréciation du jeu concurrentiel, en faisant la part entre les offres relevant d'un groupe de sociétés et celles d'un réseau de partenaires commerciaux. Ainsi, la Commission en traitant SN Brussels et bmi comme des filiales de Lufthansa, souleva deux questions d'ordre conceptuel, qui lui seront rappelées alors que Lufthansa tentera, dans la fusion avec Swiss, de se libérer de ses engagements avant la fin de leur durée d'application. La première concerna le traitement des partenaires de Lufthansa et d'Austrian au sein de Star Alliance puis de définir ainsi les marchés concernés, au point 29 de la décision, la seconde se rapportait à l'analyse contrefactuelle pertinente afin d'évaluer les effets de l'opération pour les liaisons sur lesquelles Lufthansa (y compris Swiss, Germanwings, SN Brussels et bmi) et Austrian coopèrent (point 31).

556. En premier lieu, la Commission a estimé que les partenaires de Lufthansa et d'Austrian au sein de Star Alliance ne devaient pas être pris en considération dans la définition des marchés affectés, dans la mesure où la concentration n'aurait pas pour effet d'étendre de façon automatique les accords de coopération conclus entre Lufthansa et ses partenaires de Star alliance à Austrian et n'aurait pas davantage pour effet d'étendre les accords de coopération conclus entre Austrian et ses partenaires de Star alliance à Lufthansa. La Commission faisait là un pari qui va lui être reproché en 2018, dans une affaire d'exemption d'engagements par suite de la fusion Lufthansa-Swiss. Onze ans après cette fusion, la Commission sur la base des alliances dont la compagnie allemande était le pivot, notamment avec les compagnies polonaise LOT et scandinave SAS, refusait de prendre en compte l'évolution de celles-ci et estimait que la situation de 2005, ayant conditionné les engagements pris, n'avait pas été modifiée, justifiant ainsi son refus d'exemption des restrictions imposées au groupe alors ainsi formé. Le tribunal censura ce refus, ne reprochant pas à la Commission

⁷⁴⁸ Arrêt du Tribunal du 13 mai 2015, dans l'affaire T-162/10, Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:2015:283.

d'avoir changé d'avis sur la prise en compte ou non des effets des alliances, mais de l'avoir mal fait, remettant en cause la qualité de son analyse discrétionnaire.

557. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire de la Commission est encadré par la pertinence des hypothèses contrefactuelles pour évaluer les effets des opérations de concentration et d'entente. Les termes du paragraphe 9 des lignes directrices de 2004 sur l'appréciation des concentrations horizontales, s'ils se veulent pédagogiques, n'en restent pas moins une indication sur un raisonnement futur basé sur des hypothèses dont les données peuvent varier au cours du temps.

« Dans le cadre de son appréciation des effets anticoncurrentiels d'une concentration, la Commission compare les conditions de concurrence telles qu'elles résulteraient de l'opération notifiée avec celle que connaîtrait le marché si la concentration n'avait pas lieu. Dans la plupart des cas, le point de comparaison le plus approprié pour évaluer les effets d'une opération est la situation de la concurrence existant à la date de l'opération. Cependant, dans certaines circonstances, la Commission peut être amenée à tenir compte de l'évolution future du marché qui est raisonnablement prévisible [...] »⁷⁴⁹

558. Dans ce contexte, la Commission estime des scénarios contrefactuels pertinents pour l'évaluation des effets de la concentration sur la concurrence à partir de l'état de la coopération entre les parties à la concentration avant la concentration pour envisager l'évolution future la plus probable si celle-ci n'avait pas lieu. Exercice prospectif périlleux, dans cette affaire « Lufthansa et Austrian », car certes il existait une entreprise commune de partage des coûts et des recettes sur toutes les liaisons entre l'Autriche et l'Allemagne, un accord de coopération bilatéral mondial, un accord de partage de codes sur les liaisons entre l'Autriche et la Suisse et un accord de partage de codes entre British Midlands, filiale de Lufthansa, et Austrian, mais cette compagnie britannique ne reste que deux ans dans le groupe Lufthansa avant d'être reprise par British Airways. Pour ce qui était de l'évolution la plus probable si l'acquisition d'Austrian par Lufthansa n'avait pas lieu, la Commission retint, à partir de la décision du gouvernement autrichien de trouver un investisseur privé pour Austrian, le scénario d'une acquisition par une autre compagnie aérienne, plus précisément par Air France-KLM. Dans ce scénario, Austrian devait alors mettre un terme à sa coopération avec Lufthansa, quitter Star Alliance pour devenir membre de l'alliance Sky Team à laquelle Air France-KLM appartient.

⁷⁴⁹ *Supra*, lignes directrices de 2004 « concentrations horizontales » du 5 février 2004.

559. **La Commission applique donc la politique de concurrence à l'intérieur d'un marché de référence, pour l'envisager et le modeler dans sa double dimension⁷⁵⁰, produits et géographique.** Appliquées au secteur du transport aérien, ces dimensions se recouvrent partiellement⁷⁵¹ du fait même que tout service de transport, qu'il soit aérien, maritime ou routier, implique le déplacement d'une personne ou de marchandises d'un endroit à un autre, recouvrant cette méthode O&D, une paire de villes ou d'aéroports au cas où chacune des deux villes possède plus d'un aéroport. Par ailleurs, la définition du marché se réalise sous l'angle de la demande et de la substituabilité du point de vue de l'acheteur ou de l'offreur, c'est-à-dire la prise en compte par les compagnies aériennes que les services produits sont substituables⁷⁵². Enfin, et pour compléter cette dimension dans le secteur aérien, la définition du marché du côté de l'offre porte également sur la taille et l'étendue du réseau des compagnies aériennes. Ainsi, « la position de force de la compagnie aérienne en question devra être évaluée non seulement sur une liaison donnée, mais également au regard de son réseau et des alliances dont elle est membre⁷⁵³ ». **On voit clairement que le raisonnement est coloré par le bain conceptuel caractérisant le secteur aérien. Les approches des DG COMP et MOVE viennent se rejoindre au service de l'efficacité de la politique de transport aérien de passagers.**

560. Avec la définition du marché, il peut apparaître parfois une définition de la prééminence de telle ou telle direction générale rattachée au portefeuille du Commissaire. Ainsi dans les débuts de la crise de la COVID-19, les analyses faites quant aux conséquences pour le secteur aérien ont pu diverger entre les prises de position des commissaires REYNDERS (Justice), VALEAN (Mobilité) et dans une moindre mesure de la commissaire VERSTAGER (Concurrence et numérique), à propos des indemnisations dues par les compagnies aériennes aux consommateurs qui ne pouvaient plus voyager. Le début de cacophonie reposait sur des positions des uns et des autres plutôt tranchées et faisant référence à leur portefeuille de compétence, caricaturant le secteur en deux camps opposés, les compagnies aériennes contre les consommateurs. Ce débat se poursuivit alors que le commissaire BRETON (Marché

⁷⁵⁰ Comité de la concurrence de la Direction des affaires financières et des entreprises OCDE « La concurrence dans le secteur aérien », 26 janvier 2015 DAF/COMP (2014)14.

⁷⁵¹ LOMBARD Jérôme et STECK Benjamin, Quand le transport est d'abord un lieu ! *Autre part*, vol. 32, no. 4, 2004, pp. 3-19.

⁷⁵² Glossary of Competition terms, *Revue Concurrences*.

⁷⁵³ Comité de la concurrence OCDE « La concurrence dans le secteur aérien », ib. Id.

intérieur) poussant à une politique industrielle européenne pour envisager la sortie de la crise de la COVID-19, se voyait rappeler par sa collègue Margarethe VERSTAGER, la nécessité d'une action de l'Union européenne « dans le cadre réglementaire approprié, qui garantirait l'équité et l'efficacité »⁷⁵⁴.

561. **L'analyse de la densification matérielle et institutionnelle de la politique des transports met en avant le caractère de politique commune portée par tout le triangle institutionnel à la suite des initiatives de la Commission tant dans les propositions législatives que dans les décisions de régulation.** La Commission oriente, de la sorte, les choix politiques du Parlement européen et du Conseil par l'utilisation de « sa »/(la) politique de concurrence qui devient un outil de pilotage par le développement des engagements tant pour les concentrations que pour les ententes, et par sa pratique décisionnelle lors de l'examen des aides d'État. Il importe alors de garder à l'esprit la question d'une spécificité du pilotage du secteur aérien et l'influence des crises sur celui-ci.

§ 2 – Le consensus sur l'objectif global de la politique des transports : l'efficacité et la qualité de services comme élément constitutif d'une concurrence durable

562. L'amélioration de la qualité et de l'efficacité de services est régulièrement invoquée par les institutions européennes et favorise le consensus sur le sens de la libéralisation du secteur des transports. **La Commission européenne dans son rapport sur la politique de concurrence le rappelait pour évoquer l'ouverture à la concurrence de secteurs économiques de réseaux, pour promouvoir une mobilité durable ou soutenir l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne.** Parce que les transports constituent un secteur économique clé qui générerait, en 2016, une valeur ajoutée brute de 548 milliards d'euros, et onze millions d'emplois en Europe, il repose nécessairement sur la fiabilité de son offre - qualité et efficacité de services offerts pour la personne transportée - et devient ainsi un des supports à une économie compétitive et créatrice d'emplois. Ce constat sert de base au formatage de la politique des transports dans le sens d'une libéralisation pilotée pour assurer la qualité du service. La Commission rappelait très justement dans son bilan de la concurrence en 2016, que

⁷⁵⁴ Commission européenne, Communiqué de presse https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_1884 du 5 mai 2021

« Le secteur des transports revêt une importance cruciale pour les ménages européens : les biens et services liés au transport représentent le deuxième poste budgétaire des ménages après les frais de logement. Des prix compétitifs pour les services de transport ont une incidence directe pour des millions d'Européens. »⁷⁵⁵

563. Mais, le prix même s'il reste cet élément déterminant dans le choix de l'opérateur de transport (A) ne serait pas le seul pour le consommateur, sensible à un autre argument pour son choix de transport, celui de l'efficacité (B).

A – Le choc d'offre : le prix fait-il la seule différence ?

564. L'ouverture du transport aérien de passagers à la concurrence a fait apparaître une offre issue d'un nouveau modèle économique. La révolution du transport à bas coûts qui a pu se traduire par une offre commerciale à bas prix particulièrement attractive fut largement initiée par la société Ryanair. Celle-ci qui est régulièrement qualifiée de « 1re compagnie européenne » avec plus de 129 millions de passagers transportés en 2017, offre des tarifs de transport peu élevés et donc très attractifs pour le consommateur européen avide de découvrir les grandes villes de son espace politique et économique. **Cette révolution, avec le succès commercial de cette offre à bas prix, a créé l'une des plus importantes compagnies aériennes d'Europe et même du monde.** Cependant, cette nouvelle offre, révolutionnaire à l'époque et que la Commission européenne n'anticipait certainement pas à ce point, a aussi entraîné une recomposition irrémédiable du secteur aérien, mais aussi suscité des questions sur sa viabilité. La crise sanitaire ne fait que renforcer ce dernier questionnement, induisant celle d'un modèle économique exclusivement tourné vers la croissance du transport aérien.

565. Le prix du transport aérien a, certes, joué un rôle central⁷⁵⁶ pour garantir l'accès à des citoyens aux services de transport aérien. La libéralisation s'est donc accompagnée d'une transparence du prix, pour favoriser l'alignement concurrentiel. Ainsi que la Cour l'a mis régulièrement en exergue⁷⁵⁷, il ressort tant de l'intitulé de l'article 23 du règlement

⁷⁵⁵ Commission européenne, Rapport sur la politique de concurrence 2016, <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/b046238b-98f7-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-fr/format-PDF/source-70196470>

⁷⁵⁶ GRARD Loïc, Le principe de transparence garant de la comparabilité des tarifs aériens, *Droit européen des transports*, janv.-mars 2019, pp. 1 à 246.

⁷⁵⁷ Arrêt de la Cour du 6 juillet 2017 dans une demande de décision préjudicielle, Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c/ Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV, ECLI:EU:C:2017:523 ; ou encore l'arrêt de la Cour du 15 novembre 2018, dans une demande de décision

n° 1008/2008, que des termes du paragraphe 1 de cet article, que cette disposition « vise à garantir, notamment, l'information et la transparence des prix des services aériens au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre et contribue, partant, à assurer la protection du client recourant à ces services »⁷⁵⁸.

566. La Commission a incité aussi à la transparence des prix pratiqués par les compagnies d'États tiers. En particulier, dans sa communication au Parlement européen, du 21 avril 2008, concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption du futur règlement n° 1008/2008 [COM(2008) 175 final, p. 4], elle précise que

« le champ d'application de l'obligation de transparence de l'information [...] a été étendu à tous les vols au départ de la Communauté, y compris les vols opérés par des compagnies des pays tiers (article 24 [devenu article 23]), quand la dernière phrase du considérant 15 [devenu considérant 16] « encourage les compagnies communautaires à faire montre du même niveau de transparence pour les vols [au départ de pays tiers et] à destination d'un aéroport de la Communauté ».

567. La transparence permet aussi un choix éclairé du consommateur entre les différents offreurs habilités à entrer sur le marché du fait de la libéralisation du marché européen des transports aériens. Dans la même optique, le considérant 16 du règlement n°1008/2008 énonce que « [l]es clients devraient pouvoir comparer effectivement le prix des services aériens pratiqué par différentes compagnies aériennes ». Il ajoute que, « [p]ar conséquent, le prix définitif à payer par le client », pour des services aériens au départ d'un aéroport situé sur le territoire de l'Union, « devrait toujours être indiqué toutes taxes, redevances et charges comprises ». Dans l'affaire *Germanwings*⁷⁵⁹, cette compagnie n'affichait pas ses tarifs en euros ou à défaut dans la monnaie nationale du pays où s'effectuait le vol. Utilisant la vente à partir de son site Internet, en particulier à un consommateur présent en Allemagne, pour un vol au départ du Royaume-Uni en indiquant son tarif uniquement en livres sterling, la Cour a considéré que « la monnaie nationale qui a cours légal dans l'État membre où se situe le lieu de départ ou le lieu d'arrivée du vol concerné doit, dès lors, être considérée comme présentant un lien étroit avec le service proposé » (point 38 de l'arrêt). Dès lors, « les transporteurs aériens qui n'expriment pas ces tarifs en euros sont tenus d'opter pour une

préjudicielle, dans l'affaire C-330/17, *Verbraucherzentrale Baden-Württemberg eV c/ Germanwings GmbH*, ECLI:EU:C:2018:916.

⁷⁵⁸ Point 44 des Conclusions de l'avocat général, présentées le 28 juin 2018, ECLI:EU:C:2018:516.

⁷⁵⁹ *Supra*, Arrêt de la Cour dans l'affaire C330/17 du 15 novembre 2018.

monnaie nationale objectivement liée au service proposé. Tel est, notamment, le cas de la monnaie ayant cours légal dans l'État membre dans lequel se situe le lieu de départ ou le lieu d'arrivée du vol concerné » (point 39). Si le prix joue un rôle central dans la capacité de choix du consommateur, un examen des différentes législations européennes conduit à contextualiser ce prix, parce que la qualité de service joue un rôle tout particulier sur le marché des transports aériens.

568. **La thématique du prix n'apparaissait pas devoir faire l'objet d'un débat houleux entre acteurs du marché, sauf à considérer que le régime des aides d'État, qu'elles soient internes au cadre européen ou qu'elles relèvent d'une « concurrence déloyale » comme la subvention du prix du carburant par les États du Golfe faussait durablement cette information tarifaire.** Dans son rapport de 2008⁷⁶⁰, la Cour des comptes française souligne que les aides à l'implantation des compagnies *low cost* sur les aéroports secondaires sont versées par les collectivités pour combler des déficits d'exploitation ou en réduire les conséquences. Cette situation a conduit Air France à déposer fin 2009 une plainte auprès de la Commission européenne relative aux aides versées à Ryanair. Selon Air France, cette compagnie adosserait son développement sur des aides illégales (estimées à 660 millions d'euros) provenant d'au moins vingt-cinq aéroports français desservis⁷⁶¹. Les différentes formes (rabais sur redevances aéroportuaires, tarifs préférentiels d'assistance en escale, aides marketing, etc.), posent la question du soutien public à des activités privées, et celle, centrale dans notre cas, de la concurrence fiscale comme instrument d'aménagement du territoire.

569. Comme le souligne Frédéric MARTY⁷⁶², ce qui caractérise la problématique des aéroports régionaux réside dans le fait que ce n'est pas le détenteur de l'infrastructure essentielle qui dicte sa loi aux utilisateurs, mais l'inverse⁷⁶³, dans la mesure où l'on n'est pas en situation de congestion, mais dans un cas de sous-utilisation. Certains TBC/LCC vont donc

⁷⁶⁰ Cour des comptes, Rapport public thématique : Les aéroports français face aux mutations du transport aérien. La Documentation française, juillet 2008, 233 p., repris dans les conclusions de la Communication à la commission des finances du Sénat, L'État et la compétitivité du transport aérien - Un rôle complexe, une stratégie à élaborer, septembre 2016, <https://www.ccomptes.fr/en/documents/33349>.

⁷⁶¹ MALAVOLTI Estelle, MARTY Frédéric, Analyse économique des aides publiques versées par les aéroports régionaux aux compagnies *low cost*, *European Consumer Law Journal / Revue européenne de droit de la consommation (R.E.D.C.)*, Larcier, 2010, n° 2010/3-4, pp.529-558.

⁷⁶² MARTY Frédéric, Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence. Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes, *Revue de l'OFCE* n°94, pp. 97 à 125, 2005.

⁷⁶³ *Supra*, CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes, *Revue d'Économie Régionale & Urbaine*, 2013.

profiter de la substituabilité relative de certains aéroports régionaux pour exercer un pouvoir de monopsonne et inverser l'asymétrie habituelle entre gestionnaire et utilisateurs de la facilité essentielle. Les aides publiques constituent alors des transferts publics visant à attirer un facteur mobile dans un contexte général de concurrence des territoires. De ce point de vue, les exigences de Ryanair vis-à-vis des aéroports desservis peuvent être assimilées aux pratiques des « marges arrière » imposées par la grande distribution aux petits producteurs.

570. Concernant la question de l'efficacité des soutiens publics à l'implantation des compagnies *low cost* sur les aéroports secondaires, la théorie économique n'apporte pas de réponse tranchée. Si elles constituent des distorsions aux règles de la concurrence qui conduisent le plus souvent à des gaspillages de ressources publiques, les aides peuvent également générer des effets externes favorables pour le consommateur. La réponse de la théorie est encore plus modeste lorsqu'il s'agit de quantifier les effets de ces aides, prohibant par conséquent, toutes prescriptions ou règles générales d'évaluation pour les décideurs publics. Enfin, pour reprendre les conclusions d'Estelle MALAVOLTI et Frédéric MARTY⁷⁶⁴ auteurs soulignent que les positions récentes de la Commission européenne sont plutôt favorables aux aides, car les bénéfiques qu'elles procurent aux consommateurs apparaissent plus importants que leurs effets néfastes en termes de concurrence. Cependant, comme le regrette le rapport SABOURIN⁷⁶⁵, les collectivités locales concernées n'utilisent pas suffisamment la flexibilité dans la fixation des tarifs permise par la réglementation européenne concernant en particulier les services d'intérêt général (SIG).

571. Face aux évolutions possibles de la réglementation européenne et aux incertitudes que cela fait peser sur ces pratiques, il est attendu de la réforme aéroportuaire un renouvellement des stratégies pour les aéroports régionaux et locaux. Comme le souligne Pierre DELVOVÉ « économiquement les aéroports doivent chercher l'efficacité, car ils sont

⁷⁶⁴ MALAVOLTI Estelle, MARTY Frédéric, Analyse économique des aides publiques versées par les aéroports régionaux aux compagnies *low cost*. *Op. cit.*

⁷⁶⁵ SABOURIN Jacques et SOCIE Michel, Impact des coûts de transport sur le développement touristique des Territoires, en particulier celui des vols « à bas prix », rapport pour les Conseil général des Ponts et Chaussées (CGPC) et Conseil national du tourisme, mars 2008 - Mise en ligne en févr. 2009, Affaire n°005647-01, <https://cgedd.documentation.developpement-durable.gouv.fr/recherche;jsessionid=A865B7738A77E4770FD18EEC94DFEE7E?sort=date&order=asc&p=1&hp=25&lieu=France&date=2008&theme=TRANSPORTS&domaine=TRANSPORT%20AERIEN&auteur=SABOURIN,%20Jacques>

atteints pleinement par la concurrence »⁷⁶⁶. Aussi, nous proposons de voir si, à l’instar des démarches entreprises par certaines collectivités, la coopération aéroportuaire peut constituer une réponse stratégique permettant de rééquilibrer le rapport avec les transporteurs et ce faisant, de rétablir leur pouvoir de marché. Lors des négociations pour l’ouverture d’une ligne, les compagnies sont très exigeantes sur les conditions qui leur sont faites. Elles ne prennent aucun engagement sur la durée et demandent des aides financières importantes. À Beauvais-Tillé par exemple, les réductions de tarif accordées sur les prestations d’assistance en escale ont conduit à un déficit d’exploitation du poste « assistance aéroportuaire ». Les aéroports peuvent également être amenés à payer des commissions de plusieurs euros par passager en contrepartie du développement touristique induit par la compagnie. En outre, les compagnies exigent souvent la prise en charge des frais de marketing pour l’ouverture d’une ligne qui peut s’élever à plusieurs centaines de milliers d’euros, comme à Reims-Champagne (200 000 euros) et à Grenoble-Isère (450 000 euros), à plusieurs dizaines de millions, comme dans le cas des aéroports italiens en Sardaigne⁷⁶⁷. Lorsque le trafic ne correspond plus à leurs attentes, les compagnies *low cost* sont promptes à dénoncer les contrats qui les lient aux aéroports.

572. La crise systémique, conséquence de la COVID-19 prend une dimension particulière par l’application du Pacte vert européen en lançant un débat pour l’instant assez peu audible : ne devrait-on pas considérer le prix du billet d’avion comme trop bas ? Le 15 février 2021, l’Union nationale des compagnies aériennes françaises (UNCAF⁷⁶⁸) proposa au gouvernement d’imposer des prix plancher pour les vols nationaux, européens et intercontinentaux⁷⁶⁹, à partir de 450 euros aller-retour. Prenant le parti d’une réduction des émissions comme de soutenir économiquement l’industrie française, l’association propose au gouvernement de « mettre un terme à ces pratiques du monde d’avant » et de fixer des prix planchers par billet,

⁷⁶⁶ DÉVOLVÉ Pierre, rapport de synthèse du colloque « L’avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence », sous la direction de AUBY Jean-Bernard et LOMBARD Martine, 139 p. LexiNexis, 2007.

⁷⁶⁷ Décision (UE) 2017/1861 de la Commission du 29 juillet 2016 concernant l’aide d’État SA33983 (/C) (ex /NN) (ex 2011/N) notifiée sous le numéro C(2016) 4862 et portant sur un total de soixante-seize millions d’euros pour quatre aéroports et concernant notamment les compagnies Ryanair et easyJet.

⁷⁶⁸ L’Union nationale des compagnies aériennes françaises, créée en 2019, est un syndicat professionnel regroupant des compagnies aériennes françaises, qu’il s’agisse de transports de passagers, de cargo, de transfert sanitaire ou de travaux aériens divers, en avion ou par hélicoptère.

⁷⁶⁹ Communiqué de presse du 15 février 2021 dans lequel l’UNCAF propose de repenser le transport aérien dans la continuité de l’arrêt du Terminal 4 de Roissy.

afin que les compagnies arrêtent de vendre à perte « ce qui est le cas avec des billets à 1 euro ou même à 29,90 euros ne couvrant bien souvent même pas les taxes... », critique ancienne du modèle à bas-coûts, mais qui n'avait jamais abouti à une remise en cause de celui-ci tant son succès correspond aux attentes de croissance économique et de fonctionnement du marché des autorités publiques. Les tarifs minima imposés, 350 euros TTC aller/retour pour les vols nationaux, 450 euros TTC aller/retour en provenance ou à destination de l'Europe à 550 euros TTC aller/retour en provenance ou à destination de toutes les autres destinations, visent une diminution des vols quasi immédiate, et reproduiraient l'impact environnemental connu pendant la période d'arrêt des liaisons aériennes au printemps 2020.

573. Cette mesure s'oppose donc à l'« explosion du trafic aérien national et intra-européen » causée par une « tarification à perte, donnant l'impression aux consommateurs qu'un vol ne devrait pas coûter plus cher qu'un menu en restauration rapide... Quand il ne s'agit pas que du prix du simple coca... ». On retrouve là les arguments développés par Gilles BORDES-PAGES qui se posait les questions de l'avenir d'Air France alors qu'on envisageait pour la compagnie qu'elle renonce à ses liaisons nationales pour en basculer le trafic sur l'offre ferroviaire⁷⁷⁰. En n'évitant pas l'argument de l'efficacité de cette proposition « immédiate, verte et un soutien à l'économie » tant le décalage entre le prix minimum proposé et celui que l'on peut envisager actuellement⁷⁷¹ est élevé, ce débat contribue à la nécessité de définir ce qui relève du coût du transport aérien et de ses conséquences sur sa tarification, entrant alors dans les qualifications de prix prédateurs et/ou de vente à perte.

574. Alors que les compagnies à bas coûts ont pu franchir la crise sanitaire sans aide d'État, en tout cas sans celles obtenues par leurs concurrentes « historiques »⁷⁷², leur modèle économique basé sur une tarification décomposée par service assuré (destination, siège avec ou sans bagage, confort d'embarquement et pendant le vol, facilités à l'aéroport, services annexes au vol) est de nouveau frontalement questionné. Comment avec des prix aussi bas,

⁷⁷⁰ *Supra*, note 652.

⁷⁷¹ Un rapide test montre qu'à 2 semaines d'une date de départ, donc *a priori* sans tarif « particulièrement bas », un vol A/R Paris-Orly <-> Barcelone est proposé à 283 euros. <https://www.transavia.com/fr-FR/reservez-un-vol/vols/rechercher/> consulté le 5 mai 2021.

⁷⁷² La compagnie aérienne low cost easyJet a annoncé le 11 janvier 2021n avoir de nouveau renforcé sa trésorerie via un emprunt de 1,54 milliards d'euros auprès d'un syndicat de banques, en partie garanti par UK Export Finance (équivalent britannique de la COFACE en France), mais sans conditions préférentielles ou besoin d'approbation réglementaire.

ces compagnies avaient pu ainsi dégager de telles capacités de trésorerie⁷⁷³, leur assurant une certaine sérénité quand les États étaient au chevet de leurs compagnies porte-drapeaux ? Certes, il y a le débat récurrent autour du poids des aides d'État perçues par les compagnies et à ce titre par les compagnies à bas-coûts, les plus utilisatrices des aéroports de moins de cinq millions de passagers annuels, lesquels ne sont pas susceptibles d'être bénéficiaires d'aides⁷⁷⁴. Mais outre que ces aides sont octroyées ou bénéficient sans application de telle catégorie de compagnie aérienne, TBC ou « universelle », les raisons de cette santé financière sont à rechercher ailleurs. Ainsi leur réactivité à activer les leviers sociaux (suppression de postes et de contrats de prestation de services liant les personnels en vol et la compagnie) et économiques (report de livraison d'aéronefs et suspension de la location d'autres), font plutôt peser la question d'une concurrence entre cadres normatifs nationaux plutôt qu'une déloyauté issue d'un « détournement » des aides d'État, dont l'octroi est très fortement contrôlé par les compagnies elles-mêmes, demandant régulièrement voire systématiquement le contrôle par les juridictions.

575. Car la question de l'outil réglementaire, pour appliquer cette tarification minimale, impose une analyse. Alors que l'UNCAF évoque que la France « dispose du cadre juridique pour la mise en place de cette mesure, et « si ce sujet de fond est repris par la presse, il le sera par le gouvernement (...). Ce débat doit exister, car les vols à perte sont au menu de la reprise, certaines *low cost* l'ont déjà annoncé ». Les compagnies à bas coûts réaliseraient donc une vente à perte, que le rapport entre la qualité des services offerts et le prix finalement payé par le consommateur peut révéler, remettant, alors, en cause l'argument concurrentiel du « voyage à bas coûts donc à bas tarifs ».

B – Le rapport entre qualité des services et prix payé : l'argument concurrentiel

576. Si l'on s'en tient à la définition largement acceptée de la qualité⁷⁷⁵, les besoins du consommateur sont assez aisément identifiables pour évaluer leur niveau de satisfaction à la fois l'accessibilité à un plus grand nombre de destinations et de services proposés, pour des

⁷⁷³ En mai 2020, Ryanair annonçait un exercice comptable 2019 avec un milliard d'euros de bénéfices et plus de 4 milliards en caisse pour l'exercice clos fin mars.

⁷⁷⁴ *Supra*, « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » du 4 avril 2014, les points 84 à 111.

⁷⁷⁵ La qualité de service désigne la capacité d'un service à répondre par ses caractéristiques aux différents besoins de ses utilisateurs ou consommateurs (définition Afnor).

prix en baisse tendancielle (du fait d'un marché concurrentiel), avec une compensation proportionnée en cas de retard ou d'annulation. L'efficacité de services paraît moins évidente à concevoir et matérialiser. La question d'un objectif donné à un service de transport aérien de passagers ne peut être comprise qu'avec une offre de transport d'un point A à un point B dans le meilleur temps et au meilleur prix, que la compagnie aérienne soit universelle ou à bas-coûts. Mais justement, **la concurrence que se font ces deux grandes catégories de compagnies sur le segment du voyage intracontinental modifie l'appréciation de cette efficacité du service offert**. Parce que le prix n'est pas le seul argument, mais avant tout une information donnée aux consommateurs, on déplace le débat vers l'idée d'une mobilité qui va combiner transport et services proposés, par la création d'un cadre normatif pragmatique, prévisible et stable pour rendre accessible au plus grand nombre le transport par avions. Cette mobilité nouvelle doit alors favoriser la compétitivité des compagnies aériennes, donc leur pérennité, tout comme les droits des passagers. Cela implique la gestion de l'espace aérien, l'homologation des transporteurs, des services aux escales et des réseaux de distribution. Enfin, il faut envisager l'attractivité du marché, en tant qu'existence de nouveaux entrants et/ou la possibilité d'un marché contestable au sens de BAUMOL et *alii*, qui implique nécessairement la santé financière des opérateurs pour une pérennité de l'activité de transport aérien.

577. La démonopolisation du transport aérien avait comme but premier sa libéralisation pour une croissance en nombre de passagers et de destinations ouvertes. Et les statistiques de l'organisation Eurostat montrent que cet objectif est atteint. Le transport aérien intra-Union européenne a très fortement progressé entre 1995 et 2009 (plus que doublé) avec depuis 2010 une nouvelle augmentation du nombre de passagers (+3,7 % à 777 millions de passagers). En 2016, 972,7 millions de passagers ont voyagé par avion dans l'Union européenne (UE), soit une hausse de 5,9 % par rapport à 2015 et de 29,1 % depuis à 2009. Sur cette période, le transport aérien de passagers n'a donc pas cessé de croître dans l'UE, s'établissant à 1,1 milliard de passagers transportés en 2019.

578. La croissance du trafic, et donc du nombre d'offres pour couvrir un nombre croissant de destinations doit se combiner avec d'autres éléments. Le *Green Deal* invite ainsi à considérer dans le cadre normatif définissant les termes du marché des transports aériens la notion de mobilité intelligente et durable. « Un système de transport durable doit placer les

usagers au centre des préoccupations et leur proposer des solutions plus abordables, accessibles, plus saines et plus propres pour les inciter à modifier leurs habitudes en termes de mobilité ». Cette mise en capacité d'un consommateur actif sur le marché est tout aussi nécessaire à la transition écologique. Ce faisant, le service de transport durable est constitutif de sa qualité. **Le cadre normatif vient une fois encore donner un sens matériel à la notion de qualité du service de transport.**

579. Deux éléments sont intéressants pour notre analyse, le transport intra-UE d'une part, marché sur lequel opèrent principalement les compagnies à bas coûts, et la croissance du trafic d'autre part. En 2016, le transport intra-UE représentait quasiment la moitié (47 %) du transport aérien total de passagers dans l'UE et le transport extra-UE un peu plus du tiers (35,6 %), tandis que le transport national comptait pour moins d'un passager sur cinq (17,3 %). Par ailleurs, globalement dans l'UE, le nombre de passagers aériens a augmenté de 54.4 millions (+5,9 %) entre 2015 et 2016, notamment du fait de la hausse de transport intra-UE (+10,2 %). Le nombre le plus élevé de passagers aériens ayant été enregistré au Royaume-Uni, où le transport aérien de passagers s'établissait au total à 249 millions de personnes. Suivaient l'Allemagne (201 millions de passagers), l'Espagne (194 millions), la France (145) et l'Italie (135). Les Européens, par l'effet combiné de la reprise économique et d'une offre concurrentielle, ont pu profiter de ce transport.

580. Mais, la régulation de ce marché, ne peut être que quantitative, et depuis 2019, tout l'enjeu du *Green Deal* est de favoriser une autre dimension de la croissance pour une mobilité durable. La multimodalité des transports est centrale, ce qui lie avion et train par exemple. Dans cette perspective, la Commission européenne relança, également par sa proposition de « ciel européen unique + » de 2013⁷⁷⁶ la notion de ciel unique européen, « pour permettre une diminution substantielle des émissions résultant des activités aériennes ». Les retards pris lors de la crise de la COVID-19 et de la guerre en Ukraine ont retardé, à ce jour, les modifications de texte prévues, mais la Commission a su utiliser ce délai pour compléter son objectif de 2013. Elle initia, en effet, une autre proposition, complémentaire, car portant sur

⁷⁷⁶ Commission européenne, proposition législative COM(2013)0410, procédure 2013/0186(COD) du 11 juin 2013 [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0186\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0186(COD)&l=fr).

les compétences de l'agence de sécurité aérienne⁷⁷⁷, pour lui permettre d'examiner les performances de ce Ciel unique européen et de proposer les axes d'amélioration.

581. La Commission joue, on le voit, un rôle central dans le pilotage du ciel européen, en dessinant les limites bien au-delà de la libéralisation. La crise sanitaire la met pareillement au centre par la constitution de véritables boîtes à outils à destination des compagnies pour mettre en place un protocole sanitaire adéquat. Cette implication de la Commission européenne pousse le droit du transport aérien de passagers bien au-delà de la stricte harmonisation ou mobilisation d'instruments de droit dur, pour atteindre les confins des politiques incitatives, directement inspirées de la responsabilité sociétale des entreprises. Elle peut ainsi être le centre d'impulsion des évolutions d'une mobilité durable et intelligente, sans devoir nécessairement s'appuyer sur une base juridique exclusive. L'organisation en *taskforce* évoquée plus haut est topique de cette approche holistique.

582. **Le service de transport est alors modelé pour correspondre aux attentes des consommateurs et susciter tout autant une réorientation de la consommation.** Le service de transport se transforme en service de mobilité, centré sur le consommateur bien plus que sur le type d'offres, rendant alors le prix moins déterminant dans le choix et déplaçant le centre de gravité du marché sur le consomm'acteur. Le secteur de l'énergie a suivi la même évolution. Le *Green Deal* orchestre finalement ces évolutions dans un même ensemble au service de la transition écologique. Cette approche de la Commission tend peut-être à éviter les blocages observables sur certains textes de droit dur, qui favorisent un duel institutionnel entre Conseil et Parlement européen, sans que la Commission parvienne à imposer les termes d'un compromis.

§ 3 – La difficile adaptation du cadre normatif : les tentatives de régulation

583. La mobilisation des institutions dans le triangle institutionnel est contrainte par le choix de la base juridique dans un texte d'harmonisation. Autant la sollicitation de la logique de marché intérieur a permis les avancées de la libéralisation, autant l'utilisation de la base

⁷⁷⁷ Commission européenne, proposition législative COM(2020)0577, procédure 2020/0264(COD) du 22 septembre 2020
[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0264\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0264(COD)&l=fr)

juridique propre à la politique des transports, telle que l'article 91 TFUE, peut faire ressortir le rôle des États pour bloquer un processus d'harmonisation. Les deux projets de refonte des règlements envisageant l'attribution des créneaux aéroportuaires et⁷⁷⁸ l'indemnisation des retards et annulations⁷⁷⁹ sont topiques de cette situation, faisant partie de l'ensemble présenté dans la « Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources⁷⁸⁰ ».

584. L'objectif de la Commission dans ses projets de nouvelle réglementation est logiquement de valoriser les conséquences de la libéralisation du transport aérien. Initié en 1983 par la directive sur les services aériens interrégionaux⁷⁸¹, ce libre accès à un secteur économique a définitivement sonné le glas des monopoles sur une activité définie à l'époque par l'autorité publique, comme l'offre de services aériens réguliers interrégionaux. **La Commission s'appuie sur ce contexte pour proposer une véritable politique aéroportuaire au niveau de l'Union européenne, donnant alors sa pleine mesure au concept technique de ciel européen tout autant qu'à celui, politico-juridique de concurrence durable.** Ces deux propositions révèlent la difficulté à construire, entre Conseil et Parlement et parfois même au sein du Conseil, les termes d'un équilibre stable entre protection du marché (A) et protection du consommateur (B).

A – L'attribution des créneaux aéroportuaires, la nécessité d'une refonte du cadre normatif du point de vue de la Commission européenne

585. Le 14 septembre 2020, la Commission européenne a adopté une extension à la dérogation relative aux créneaux aéroportuaires pour couvrir toute la saison hiver 2020/2021, soit jusqu'au 27 mars 2021, ravivant les questions quant à la potentielle révision du règlement

⁷⁷⁸ *Supra*, Proposition COM/2011/0827 final - 2011/0391 (COD) de Règlement « attribution des créneaux horaires ».

⁷⁷⁹ *Supra*, Proposition COM/2013/0130 final - 2013/0072 (COD) de Règlement « règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol », ainsi que le règlement (CE) n°2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages.

⁷⁸⁰ Livre blanc de la Commission européenne du 28 mars 2011, Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources, /* COM/2011/0144 final */

⁷⁸¹ Directive n°83/416/CEE du Conseil, du 25 juillet 1983 modifiée par la directive n°89/463, du 18 juillet 1989 puis les trois « paquets du transport aérien » entre 1987 et 1992, refondus par le Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

(CEE) n° 95/93 « créneaux aéroportuaires », initiée pourtant fin 2011. Dans le rapport qu'elle présenta⁷⁸² pour justifier l'extension de la modification du règlement sur les créneaux horaires, la Commission rappelait que le règlement actuel (CEE) n° 95/93 reconduit chaque saison les créneaux horaires d'une compagnie sur un aéroport donné, dès lors qu'elle les a utilisés au moins à 80 % lors de la saison précédente. Ce droit, que la profession a familiarisé en « droit du grand-père », a pour conséquence principale que les 20 % de marge servent à couvrir les annulations de vols pour cause d'aléas techniques, météorologiques ou de grèves.

586. Ce faisant, la Commission pointe dans le débat sur la réglementation de l'attribution et la gestion des créneaux aéroportuaires, les insuffisances de la réglementation actuelle et les « risques d'exclusion de la concurrence des aéroports », mentionnés au point 10 du rapport, qu'elle implique alors que les compagnies aériennes anticipent une reprise du trafic pour la saison 2021-2022 et au-delà. En effet, n'étant pas pour l'instant incitées à remettre dans le « *pool* de créneaux » ceux qu'elles n'utilisent pas certes avec une bonne raison, les compagnies ne souhaitent pas envisager l'adéquation entre les créneaux horaires dont elles disposent et leurs annonces « qu'elles n'avaient pas du tout l'intention d'exploiter leurs créneaux horaires ou qu'elles ne peuvent plus les exploiter parce qu'elles ont décidé de réduire de manière permanente leur flotte et leur personnel. » Ainsi, la Commission réaffirmait, prudemment sans le dire, que cette règle était source de gaspillage, car elle garantit aux compagnies installées de conserver leurs créneaux, d'autant plus qu'il n'y a pas de motivation financière pour les inciter à les rétrocéder à des concurrents. Lorsque des créneaux se libèrent sur un aéroport, une moitié est attribuée aux compagnies déjà implantées, l'autre moitié aux « nouveaux entrants », à savoir les compagnies qui possèdent moins de 5 % des créneaux sur l'aéroport.

587. Alors que la réforme proposée il y a neuf ans a passé rapidement l'étape du Parlement européen⁷⁸³, elle reste « bloquée » au niveau du Conseil, en attente d'une décision en première lecture. Cette refonte du cadre normatif ayant été mentionnée comme priorité

⁷⁸² Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 14 septembre 2020 conformément à l'article 10 bis, paragraphe 5, du règlement (UE) n°2020/459 du Parlement européen et du Conseil du 30 mars 2020 modifiant le règlement (CEE)n°95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté COM(2020) 558 final.

⁷⁸³ Résolution législative du Parlement européen du 12 décembre 2012 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (refonte) (COM(2011)0827 – C7-0458/2011 – 2011/0391(COD))

législative pour l'année 2021, l'intention de la Commission est-elle de convaincre les États de revenir sur leur opposition, partagée par le Parlement, à la création d'un marché secondaire ? Dans l'exposé des motifs de sa proposition de règlement du Parlement et du Conseil « fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne », la Commission louait l'efficacité des deux « paquets aéroportuaires » précédents⁷⁸⁴ pour avoir largement contribué à la mise en œuvre du marché intérieur.

588. « Le règlement sur les créneaux horaires a été introduit à une époque où le marché européen des transports aériens était encore dominé par un petit nombre de compagnies nationales traditionnelles. Cependant, la concurrence est de nos jours bien plus vive. Depuis 1992, le nombre de liaisons intra-UE a plus que doublé et les vols long-courriers au départ des aéroports européens ont augmenté de 150 %. En 1992, seulement 93 liaisons en Europe étaient exploitées par plus de deux compagnies aériennes. Ces liaisons étaient au nombre de 479 en 2010. »⁷⁸⁵

589. **Cette position de la Commission est révélatrice des résultats attendus de la régulation aboutissant à la mise en œuvre d'une concurrence plus vive, conforme à l'une de ses caractéristiques intrinsèques, à savoir l'atomicité des agents.** L'approche de la Commission est d'obtenir plus d'opérateurs, de manière à diversifier l'offre, tant sur les prix que sur les destinations proposées, tout en admettant que la concurrence reste limitée à deux principales compagnies, associant ainsi le régime d'attribution des créneaux à la réforme du système européen de gestion du trafic aérien, objectif du Ciel unique européen, puisque « la proposition a pour objet d'aider notamment au renforcement de la gestion du réseau de transport aérien au niveau européen en associant le responsable du réseau européen à la procédure d'attribution des créneaux »⁷⁸⁶. D'ailleurs, au cours de la même période, le phénomène de concentration tant commerciale que capitaliste⁷⁸⁷ s'est accru, faisant des trois réseaux de compagnies aériennes traditionnelles, les principaux offreurs dans le transport de passagers dans le ciel unique européen⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ *Supra*, Règlement (CEE) n°95/93 du Conseil du 18 janvier 1993 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, modifié par le règlement (CE) n°793/2004 du parlement et du conseil du 21 avril 2004.

⁷⁸⁵ Commission européenne, Proposition de Règlement fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaire COM(2011) 827 final – 2011/0391 (COD) (refonte) du 1er décembre 2011.

⁷⁸⁶ Point 30 de la Proposition de refonte COM/2011/0827 final - 2011/0391 (COD) */ *supra*.

⁷⁸⁷ WILHELM Pascal et VEVER Florent, la notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition, *Jurisclasseur Contrats - Concurrence - Consommation*, n° 11, novembre 2007.

⁷⁸⁸ Nous n'évoquerons pas l'activité de fret qui est souvent exclue des accords de coopération envisagés dans le cadre de ce mémoire (ainsi l'affaire COMP/37.730 AuA/Lufthansa, décision de la Commission du 5 juillet 2002,

590. Aussi, au-delà du satisfecit d'une concurrence accrue et vingt ans après le premier texte communautaire⁷⁸⁹ prenant en compte la régulation des créneaux aéroportuaires, la Commission envisage logiquement des faiblesses persistantes, car structurelles dans ce secteur⁷⁹⁰, le défaut de capacité des aéroports en termes de décollages et d'atterrissages (créneaux aéroportuaires) et le maintien de la qualité des services qui en découle. **Elle s'appuie ainsi sur un consensus technique et juridique, autour de la notion de qualité du service. Ces deux thématiques demeurent aussi impérativement soumises à une double contrainte, garantir la sécurité des voyageurs et des installations, tout en respectant les exigences d'aménagement du territoire** (désenclavement et équilibrage des territoires, exigence de compétitivité économique).

591. L'ensemble des mesures proposées par la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions en date du 1^{er} décembre 2011, reflète cette approche, ces textes étant officiellement rassemblés en une « Politique aéroportuaire de l'Union européenne - résoudre les problèmes de capacité et de qualité pour favoriser la croissance, la connectivité et la mobilité durable »⁷⁹¹. Le mot mobilité remplace celui de transport pour décentrer la politique européenne vers une logique de planification du cadre de déploiement d'une offre de service aéroportuaire durable. Cette variation terminologique traduit l'ensemble des éléments à réfléchir en interaction et non pas au travers du seul impératif de l'intensification de la concurrence⁷⁹².

592. Les propositions de refonte reposent sur trois éléments propres à l'attribution et la gestion des créneaux aéroportuaires, pour les inclure dans une logique plus large et particulièrement ambitieuse qui relève de notre idée de création d'un écosystème normatif favorisant une concurrence durable. La mesure qui fut la plus commentée et qui a créé le

supra). Par ailleurs, la politique de concurrence de la Commission apparaît différente dans le secteur du fret par la relative sévérité des sanctions infligées (IP/01/1009 et IP/10/1487).

⁷⁸⁹ Ce terme découle de la postériorité du Règlement CEE n°95/93 au Traité de Lisbonne.

⁷⁹⁰ cf. l'annonce faite le 10 juillet 2013 concernant un investissement de 600 millions d'euros pour lutter contre la congestion des aéroports européens, ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2013-07-10-sesar_en.htm - Consulté le 10 juillet 2014.

⁷⁹¹ On trouve aussi les désignations « paquet aéroportuaire » ou « paquet aéroports » en français et « BetterAirports Package » pour la version anglophone.

⁷⁹² PERROT Anne, La politique de la concurrence contribue-t-elle à la croissance économique ? Une analyse à partir des cas américains et européens, *Économie publique/Public economics* n°1, 2003.

blocage institutionnel, objet du trilogue initié le 9 octobre 2019⁷⁹³, est l'introduction de la possibilité de recourir au commerce secondaire des créneaux horaires pour un renforcement de la concurrence. Afin d'encourager une plus grande mobilité des créneaux horaires, la proposition autorise expressément les compagnies à acheter et vendre des créneaux, et dans le même temps envisage d'élargir la définition du nouvel arrivant dans un aéroport pour faciliter l'essor des concurrents sérieux et réduire la segmentation des programmes d'exploitation qui se produit lorsque des créneaux sont alloués à un plus grand nombre de compagnies, qui ne sont pas en mesure de les utiliser de manière à contrer durablement les transporteurs dominants. La modification de la « règle des 80-20 » et de la définition de la série de créneaux doit aboutir, selon la Commission à décourager la remise tardive de créneaux horaires au *pool*. Ainsi, pour qu'une compagnie aérienne se voie accorder une priorité pour l'attribution d'un créneau durant la saison aéronautique correspondante suivante, elle devra avoir utilisé au moins 85 % de la série de créneaux horaires attribuée (au lieu de 80 % actuellement). Par ailleurs, la longueur minimale d'une série (c'est-à-dire le nombre minimal de créneaux hebdomadaires requis pour qu'une priorité d'attribution soit accordée pour la saison correspondante suivante) serait portée de 5 à 15 pour la saison aéronautique d'été et à 10 pour la saison aéronautique d'hiver. Des exceptions sont prévues pour certains types de trafic (charter) en vue de prendre en compte les caractéristiques des aéroports régionaux et la saisonnalité de leur offre.

593. Pour compléter ce dispositif, d'ores et déjà ambitieux tant il vise à remettre en cause les droits acquis, issus des anciens monopoles, la Commission souhaite donner un pouvoir de régulation aux aéroports ainsi qu'aux coordonnateurs de créneaux. Cette double disposition pourrait poser à terme la question des relations qu'ils entretiennent avec les compagnies et particulièrement ces compagnies historiques dont le développement est indissociable de celui de l'aéroport en question. Toujours est-il que pour garantir l'exploitation des créneaux réservés avant le début d'une saison aéronautique conformément au programme d'une compagnie aérienne, la proposition autoriserait les aéroports à utiliser le système de redevances aéroportuaires en vue de dissuader les transporteurs de rendre tardivement les créneaux horaires au *pool*. Cette proposition comporte donc aussi plusieurs autres

793

Fiche

de

procédure

[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0391\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0391(COD)&l=fr)

dispositions visant à garantir que la procédure d'attribution des créneaux se déroule avec un degré de transparence suffisant. Pour cela, la Commission définit des critères plus stricts pour l'indépendance des coordonnateurs à l'égard de toute partie intéressée et préconise un renforcement de la coopération entre les coordonnateurs par la mise au point, dans un premier temps, de projets communs concernant, par exemple, le développement de logiciels communs d'attribution des créneaux horaires, voire le regroupement des activités de coordination pour des aéroports situés dans différents États membres.

594. L'intention de la Commission est double, comprenant une mise en concurrence effective des offres aéroportuaires et au-delà, une meilleure répartition du trafic aérien sur le territoire et en fonction des progrès réalisés, la perspective de proposer à terme la création d'un coordonnateur européen responsable de l'attribution des créneaux horaires dans l'ensemble des aéroports de l'Union. De la sorte, la régulation de cette ressource devenue rare et la surveillance des concentrations se combinent pour correspondre aux objectifs visés, d'une véritable politique aéroportuaire. En effet, la Commission estime qu'il est nécessaire de réviser le règlement sur les créneaux horaires pour l'améliorer et faire correspondre la capacité avec la demande de transport aérien dans tous les secteurs (vols long-courriers, liaisons régionales, transport de fret, etc.) par une stimulation des mécanismes de marché pour gérer l'attribution des créneaux⁷⁹⁴. Ce qui est rejeté pour l'instant par le Parlement et le Conseil, qui refusent l'augmentation à 85 % du taux d'utilisation des créneaux et la marchandisation des créneaux, en leur octroyant une valeur financière. Par ailleurs, en offrant aux acteurs du marché (les compagnies aériennes) des incitations et des avantages susceptibles d'influencer favorablement leur comportement, les capacités limitées disponibles pourront être utilisées par ceux qui sont à même d'en faire le meilleur usage économique. Une utilisation plus rationnelle des capacités limitées disponibles serait ainsi possible sans extension des capacités physiques existantes. La Commission favorise par ce biais une offre pérenne de services aéroportuaires.

595. Cette ambition a été tempérée au cours du processus législatif. Le Parlement a poussé pour désigner ces créneaux comme autant de ressources essentielles devant par hypothèse être ouvertes à un droit d'accès et donc à une redistribution des cartes par le jeu

⁷⁹⁴ LENOIR Nathalie, Congestion et créneaux aéroportuaires. CEDECE 2004, colloque de la Commission pour l'Étude des Communautés Européennes, Oct 2004, Bordeaux, France. pp 377-388.

du marché. Le Conseil est demeuré attaché à la notion de droits acquis, et ainsi à ne pas perturber les conditions de concurrence sur le marché et la distribution des offres entre les aéroports, sensibles aussi aux enjeux d'aménagement territorial national et régional. Dès lors, la proposition de la Commission est depuis le 12 décembre 2012 sans aucune prise de position du Conseil en 1^{re} lecture. Pourtant débattue dès le 12 décembre 2011, le Conseil n'a pu aboutir que le 29 octobre 2012 à une orientation générale qui, transmise au Parlement, fut largement amendée le 12 décembre 2012. Depuis, le désaccord persiste et n'a pas fait l'objet de nouvelles impulsions⁷⁹⁵, malgré l'inscription de ce texte à l'agenda politique de la Commission en 2021.

596. Malgré la nécessité d'améliorer l'un des outils clés de la concurrence de ce mode de transport en faisant correspondre la capacité avec la demande de transport aérien dans tous les secteurs (vols long-courriers, liaisons régionales, transport de fret, etc.), l'introduction de mécanismes basés sur le marché pour gérer l'utilisation des créneaux aéroportuaires reste une ligne politique difficile à franchir. Finalement, serions-nous arrivés au maximum de ce qu'il est envisageable de faire ? Le Parlement ne veut pas aller jusqu'à remettre en cause l'allocation initiale des créneaux aéroportuaires issue des monopoles, sous prétexte d'une introduction, même graduelle, de mécanismes de marché entraînant « le retrait des créneaux historiques et leur mise aux enchères », justifiant sa position par l'absence de traitement complet du problème de capacité aéroportuaire⁷⁹⁶.

597. En offrant aux acteurs du marché, principalement les compagnies aériennes, des incitations et des avantages susceptibles d'influencer favorablement leur comportement, les capacités limitées disponibles peuvent être utilisées par ceux qui sont à même d'en faire le meilleur usage économique. Une utilisation plus rationnelle des capacités limitées disponibles serait ainsi possible sans extension des capacités physiques existantes, argument supplémentaire à celui que le règlement (CEE) n° 93/95 « créneaux aéroportuaires » reste

⁷⁹⁵ A ce jour, la procédure « 2011/0391(COD) Attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne » est en attente de la position du Conseil en 1^{re} lecture, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0391\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0391(COD)&l=fr)

⁷⁹⁶ Amendement 1, Résolution législative du Parlement sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (refonte) (COM(2011)0827 – C7-0458/2011 – 2011/0391(COD)) du 12 décembre 2012.

comme un acte fondateur du marché et qu'en cela, il faut l'améliorer pour utiliser la marge de progrès vers une concurrence efficiente.

598. **Ce qui est opposé à la Commission européenne est la conjonction des intérêts bien compris du Parlement et du Conseil, même si les arguments paraissent opposés.** Que cela soit le refus du marché par les États, le refus de son extension par le Parlement et de la perspective d'un marché primaire, ou encore la vente aux enchères des créneaux créés, le blocage semble difficilement surmontable. Il aura fallu un renouvellement du Parlement en 2017 et une nouvelle Commission, pour que la procédure du trilogue soit enfin initiée fin 2019. Par ailleurs, le Conseil semble se méfier du poids plus important que la Commission pourrait prendre quand, dans sa proposition, elle prévoit qu'une compétence d'analyse de la capacité d'un aéroport soit effectuée pour garantir la cohérence avec le programme d'exploitation de l'aéroport. Cette analyse devrait être menée conformément aux normes approuvées au niveau européen et amener à ce que la Commission puisse faire des recommandations à l'État membre concernant l'évaluation des capacités si le gestionnaire du réseau estime que les besoins de fonctionnement du réseau européen ne sont pas pleinement pris en compte. **Ces propositions, qui ne sont pas le cœur de la refonte, sont pourtant les prémices d'une régulation européenne de l'attribution de la ressource aéroportuaire, après celle des droits de trafic.** Ainsi, la Commission souhaite, pour parfaire cette logique, la création d'une nouvelle catégorie d'aéroport, l'« aéroport faisant partie du réseau ». Elle vise les aéroports qui ne sont pas coordonnés, en ce qu'ils offrent des créneaux horaires en nombre suffisant, mais qui sont considérés comme étant importants. Ils sont en effet considérés comme pouvant offrir des solutions de secours en cas de perturbation du réseau. Ainsi, la proposition prévoit que des informations sur les opérations à ces aéroports seront recueillies par les coordonnateurs.

599. Cette méfiance des États correspond au compromis intervenu lors de la session du Conseil et proposé au Parlement, qui envisage de permettre aux États membres d'appliquer des restrictions temporaires au marché secondaire tel qu'il serait mis en place, en évoquant qu'

« un problème important et démontrable se pose à propos du marché secondaire. Ces restrictions doivent être transparentes, non discriminatoires et proportionnées et elles doivent être notifiées,

assorties de leur motivation, à la Commission, qui a le droit de s'y opposer. Les États membres seront tenus de se conformer à la décision de la Commission, qui doit également être motivée »⁷⁹⁷.

600. En effet, la plupart des États membres, exprimant ainsi leur frilosité à la proposition de refonte, préfèrent conserver le système actuel. Pour cela, ils rappellent la nécessité pour les compagnies aériennes de disposer d'une certaine marge de manœuvre, notamment afin d'éviter que des vols vides ne soient exploités simplement pour conserver un droit sur un créneau horaire, critique largement faite lors des crises ayant touché le transport aérien. Il semble bien que cet amendement du Conseil soit la contrepartie de son accord au relèvement à 85% du nombre minimal de créneaux requis pour conserver les droits acquis. Cet exemple montre le rôle central de la Commission tout en préservant le sens du compromis propre à la construction européenne.

601. C'est pourquoi la vente aux enchères pour les nouvelles capacités évoquée par la Commission ne fait pas l'objet d'une proposition en bonne et due forme. Elle amènerait, si elle venait à être adoptée dans un second temps, à une vente aux enchères des "slots" lorsque de nouvelles disponibilités apparaissent (on parle alors de marché primaire), au moment de l'ouverture de nouvelles capacités aéroportuaires ou de la constitution d'un *pool* de créneaux à distribuer à la suite de la disparition d'une compagnie comme cela s'est produit récemment avec Aigle Azur ou Thomas Cook Airlines, ou tout simplement d'une restitution de créneaux par un transporteur. Il est évident que cette position de la Commission est un repoussoir pour les États membres qui en l'utilisent l'argument pour rejeter la proposition d'un marché secondaire des créneaux.

602. **Pour autant, s'il y a débat sur la création d'un marché secondaire des créneaux, il semble y avoir consensus entre les compagnies et les aéroports appuyés par le législateur pour refuser la mise en place d'un système d'enchères pour le marché primaire.** D'autant que sauf le cas d'une compagnie aérienne qui, nouvelle entrante, peut mobiliser des moyens financiers pour concurrencer les compagnies historiques sur leurs aéroports pivots, dans la mesure où ceux-ci ont la capacité de créer de nouveaux créneaux, cette proposition ne semble pas être pertinente pour un tel marché européen alors même qu'il existe aux États-Unis. Mais les dysfonctionnements de ce marché nord-américain, notamment la pratique du « *Baby*

⁷⁹⁷ Orientation générale, Débat au Conseil 2011/0391(COD) du 29 octobre 2012-
<https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1232126&t=e&l=fr>

sitting of slots »⁷⁹⁸, qui existe depuis 1985 (« *buy and sell rule* ») justifient certainement ces réticences. Les compagnies opérant aux États-Unis peuvent acheter et vendre librement les créneaux, mais il semble qu'il y ait peu ou pas de transactions, les compagnies qui possèdent les créneaux répugnent à s'en séparer, malgré la même obligation d'utilisation, préfèrent « thésauriser » les créneaux en prévision des augmentations de trafic futures. Pour ce faire, elles utilisent les créneaux sur des lignes peu ou pas rentables, plutôt que de les céder.

603. Des débats publics dont nous pouvons avoir la teneur, il reste une impression générale que les obstacles à surmonter convergent vers une problématique fondamentale, celle de la priorisation des objectifs de fonctionnement du marché, comme un énième débat entre politique d'offre (soutien aux entreprises) ou de demande (soutien de la consommation des ménages). Cet arbitrage devra être rendu par les États membres. Ce poids des États, dans une certaine mesure encore accentué par la crise sanitaire, est illustré par un autre blocage sur la réforme du règlement concernant l'indemnisation des retards, illustré par le chantier de la refonte de la protection du consommateur en cas d'annulation ou de retard de son vol.

B – La protection inachevée du consommateur du fait des divisions étatiques

604. Le règlement CE n° 261/2004 du 11 février 2004⁷⁹⁹ répondait à une volonté de l'Union européenne d'encadrer la responsabilité des transporteurs aériens au sein de l'Union européenne et de prévoir des obligations envers leurs passagers. Cet encadrement était ancien, car relevant des débuts de la libéralisation, soit le règlement CEE n° 295/91 du 4 février 1991. Il forme avec la directive de 2015 « voyages à forfait »⁸⁰⁰ un diptyque normatif prenant en compte les différentes dispositions commerciales que peut envisager un voyage aérien.

⁷⁹⁸ Supra LENOIR Nathalie, Congestion et créneaux aéroportuaires. CEDECE 2004.

⁷⁹⁹ Règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n°295/91.

⁸⁰⁰ Directive (UE) n°2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil et pour une application de celle-ci, on pourra utilement se reporter à l'arrêt de la Cour du 26 mars 2020 dans l'affaire C-215/18, *Libuše Králová c/Primera Air Scandinavia A/S*, ECLI:EU:C:2020:235. Dans cette affaire, la Cour rappelle qu'un passager ayant réservé son vol par l'intermédiaire d'une agence de voyages peut introduire contre le transporteur aérien un recours en indemnisation, pour un retard de vol important, devant le tribunal du lieu de départ du vol.

Ces deux textes font l'objet d'une réforme, celle de la directive « voyage à forfait » étant envisagée pour la fin de l'année 2022, plus sûrement en 2023⁸⁰¹.

605. Ainsi, le règlement de 2004 renforça les droits des passagers aériens victimes de retard, de refus d'embarquement, de correspondance manquée et d'annulation de vol. Contrairement au précédent, il étendit la protection aux passagers quittant un aéroport situé dans un pays tiers de l'UE et à destination d'un aéroport situé dans l'UE, lorsque le vol est assuré par un transporteur de l'Union européenne. Depuis, le règlement européen s'applique à tout vol parti d'un aéroport européen, incluant les pays l'ayant ratifié comme la Suisse, l'Islande et la Norvège, ou à un vol opéré par une compagnie aérienne européenne et ayant atterri dans l'Union européenne. Ces conditions s'appliquent, quel que soit le prix du billet et également aux voyages d'affaires et voyages organisés.

606. Cette réglementation européenne établit donc des « règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol ». Pour chacune de ces situations, le règlement définit une indemnité forfaitaire, de 250, 400 ou 600 euros, en fonction de la distance parcourue par le vol. Le règlement définit de manière exhaustive tous les critères pouvant donner lieu à l'application de ces règles d'indemnisation comme le retard de plus de trois heures à l'arrivée à la destination finale, l'annulation sans délai de prévenance de 14 jours minimum et le refus d'embarquement dû au surbooking. Par ailleurs, il prévoit des circonstances extraordinaires permettant à la compagnie aérienne de s'exonérer du versement de l'indemnité si elle apporte la preuve que la perturbation ne lui est pas imputable. Par exemple, si le vol est annulé ou retardé pour cause de météo défavorable, ou encore d'une crise politique, la compagnie n'est pas tenue de payer d'indemnité aux passagers. Outre l'indemnisation, le règlement européen établit trois obligations que la compagnie aérienne est tenue de respecter, tant celle d'informer les passagers de leurs droits que celle imposant la prise en charge des passagers ou de leur proposer le remboursement du billet, si le retard est supérieur à cinq heures ou en cas d'annulation de vol. La jurisprudence de la Cour est venue assez rapidement préciser la distinction qui pouvait être faite dans le dommage réparable, selon qu'il relevait d'un retard ou d'une annulation. Dès lors ce

⁸⁰¹ Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13117-Voyages-a-forfait-revision-des-regles-de-lUE_fr - Consulté le 12 mai 2022.

règlement doit être lu à la lumière de l'arrêt *Sturgeon*⁸⁰² du 19 novembre 2009, qui reconnaît aux passagers d'un vol retardé les mêmes droits qu'à ceux ayant subi une annulation de vol, rappelant qu'une exonération est possible en cas « d'événements qui, par leur nature ou leur origine, ne sont pas inhérents à l'exercice normal de l'activité du transporteur aérien concerné et échappent à sa maîtrise effective ». Mais c'est une acceptation assez restrictive, car la Cour valide qu'une grève « sauvage » du personnel à la suite de l'annonce d'un plan de restructuration⁸⁰³ n'est pas une cause étrangère alors que celle « entamée à l'appel d'un syndicat du personnel d'un transporteur aérien effectif, dans le respect des conditions édictées par la législation nationale »⁸⁰⁴ le sera.

607. Le contentieux des prétentions opposant consommateurs et compagnies aériennes, qu'il repose sur le droit international pour dire qu'une compagnie aérienne est responsable des dommages causés par un gobelet de café chaud qui se renverse⁸⁰⁵, ou sur des dispositions européennes⁸⁰⁶, le règlement (CE) n° 261/2004 « indemnisation des passagers », est à l'image de l'équilibre équitable des intérêts promu par la Cour, que celle évoquait pour indemniser une jeune passagère, brûlée par le café servi à son père, alors qu'ils se rendaient à Vienne depuis Palma de Majorque ou encore cette passagère qui, en évacuant un avion par un toboggan de secours, est projetée par le souffle du réacteur⁸⁰⁷.

⁸⁰² Arrêt de la Cour du 19 novembre 2009, dans les affaires jointes C-402/07 et C-432/07, ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduites par le Bundesgerichtshof (Allemagne) et par le Handelsgericht Wien (Autriche) par décisions des 17 juillet et 26 juin 2007, parvenues à la Cour respectivement les 30 août et 18 septembre 2007, dans les procédures *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon c/ Condor Flugdienst GmbH* (C-402/07), et *Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz c/ Air France SA* (C-432/07), ECLI:EU:C:2009:716.

⁸⁰³ Arrêt de la Cour du 17 avril 2018 dans les affaires jointes C-195/17, C-197/17 à C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 à C-286/17 et C-290/17 à C-292/17, *Helga Krüsemann e.a. contre TUIfly GmbH*, lors de demandes de décision préjudicielle, introduites par l'Amtsgericht Hannover et par l'Amtsgericht Düsseldorf (Allemagne), ECLI:EU:C:2018:258.

⁸⁰⁴ Arrêt de la Cour du 23 mars 2021 dans l'affaire C-28/20, *Airhelp Ltd c/ Scandinavian Airlines System Denmark – Norway – Sweden*, lors d'une demande de décision préjudicielle, introduite par l'Attundatingsrätt, ECLI:EU:C:2021:226.

⁸⁰⁵ Arrêt de la Cour du 19 décembre 2019, dans l'affaire C-532/18, *GN c/ ZU*, demande de décision préjudicielle introduite par l'Oberster Gerichtshof, ECLI:EU:C:2019:1127.

⁸⁰⁶ Règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91.

⁸⁰⁷ Demande (2021/C 228/23) de décision préjudicielle présentée par le Oberster Gerichtshof (Autriche) le 25 février 2021 dans l'affaire C-111/21, *BT c/ Laudamotion GmbH*, dont on pourra lire les conclusions publiées en le 24 mars 2022, ECLI:EU:C:2022:224.

608. Ce contentieux est régulier tant il y a de circonstances différentes pour envisager une indemnisation d'un vol retardé, dérouté ou annulé. Dans cette hypothèse, il peut s'agir de la définition d'une « circonstance exceptionnelle » exonérant la compagnie d'indemniser le passager ou des règles de calcul de l'indemnisation quand par exemple, il s'agit d'un vol avec correspondances⁸⁰⁸ ou de l'aéroport finalement choisi pour atterrir, desservant la ville de destination, mais sans être celui initialement prévu⁸⁰⁹. Ces circonstances exceptionnelles demeurent la principale source de contentieux. Cela peut être l'argument de l'absence d'indemnisation pour cause de décision administrative⁸¹⁰ ou « le comportement perturbateur d'un passager ayant justifié que le pilote, commandant de bord, de l'aéronef dérouté le vol concerné vers un aéroport différent de celui d'arrivée afin de procéder au débarquement de ce passager et de ses bagages »⁸¹¹, comme la détermination de la compagnie responsable, alors que le vol, retardé de plus de quatre heures, est opéré par une autre compagnie que celle ayant procédé à la vente du billet⁸¹².

609. Cette réforme fut engagée par nécessité de mettre fin aux réticences des compagnies qui déploient des arguments de plus en plus novateurs pour éviter toute réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de retard ou d'annulation. Elles tentent un renversement de la charge de la preuve comme lors de cette affaire opposant un passager d'un vol retardé à la compagnie easyJet⁸¹³ ou les tentatives répétées de la compagnie Ryanair de ne pas indemniser les passagers qui n'ont pas acquis leur billet sur le réseau commercial

⁸⁰⁸ Demande de décision préjudicielle présentée par l'Amtsgericht Düsseldorf (Allemagne) le 24 décembre 2019 – Flightright GmbH c/Eurowings GmbH dans l'affaire C-939/19 donnant lieu à une Ordonnance de la Cour du 30 avril 2020 – Flightright dans l'affaire C-939/19 puis l'Ordonnance de la Cour du 22 avril 2021 dans l'affaire C-592/20, NT e.a. c/ British Airways plc., lors d'une demande de décision préjudicielle, introduite par le Landgericht Düsseldorf, ECLI:EU:C:2021:312.

⁸⁰⁹ Arrêt de la Cour du 22 avril 2021, WZ contre Austrian Airlines AG, Demande de décision préjudicielle, introduite par le Landesgericht Korneuburg dans l'affaire C-826/19, ECLI:EU:C:2021:318.

⁸¹⁰ Demande de décision préjudicielle présentée par l'Amtsgericht Hamburg (Allemagne) le 28 juillet 2020 — UW/Ryanair DAC (Affaire C-346/20) (2020/C 320/14), concernant le report de l'autorisation de décoller par le gestionnaire du trafic aérien comme circonstance extraordinaire au sens de l'article 5, paragraphe 3, du règlement 261/2004 ; demande finalement radiée le 6 août 2020.

⁸¹¹ Arrêt de la Cour du 11 juin 2020, LE c/ Transportes Aéreos Portugueses SA, dans l'affaire C-74/19, ECLI:EU:C:2020:460.

⁸¹² Deux personnes introduisent une action contre RYANAIR en vue de bénéficier de l'indemnisation prévue par le règlement (CE) n°261/2004. La défenderesse s'y oppose en invoquant une absence de légitimation passive ; en ce sens, elle soutient qu'elle a uniquement mis à disposition de LAUDAMOTION sa page Internet dédiée à la vente des billets, et conteste l'existence d'une quelconque relation contractuelle avec les requérantes au motif que le vol a été opéré par la compagnie LAUDAMOTION, dans l'affaire C-618/20, demande de décision préjudicielle du 19 novembre 2020, ECLI:EU:C:2021:464.

⁸¹³ Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n°619 du 21 octobre 2020 (19-13.016).

de la compagnie, mais plutôt par agence de voyages⁸¹⁴. Dans la première affaire, la compagnie aérienne exigeait pour refuser l'indemnisation prévue par le règlement (CE) n° 261/2004 « indemnisation des passagers », que le passager prouve sa présence à l'enregistrement pour ledit vol, notamment au moyen de la carte d'embarquement alors qu'il possède une réservation confirmée pour ce vol.

610. Reprenant ce constat d'un contentieux abondant, « Il arrive fréquemment que les transporteurs aériens ne respectent pas les droits dont les passagers peuvent se prévaloir en cas de refus d'embarquement, de retard important, d'annulation ou d'erreur de manipulation des bagages⁸¹⁵ », la Commission européenne, dans le considérant 2 de sa proposition, envisage la maturité acquise par la législation de 2004 pour exprimer sa volonté d'une refonte de ce cadre normatif devenu, selon elle, pour partie obsolète.

« Plusieurs lacunes décelées lors de la mise en œuvre des droits prévus par les règlements ont cependant empêché la réalisation de leur potentiel intégral en ce qui concerne la protection des passagers. Afin de garantir une application plus efficace, efficiente et cohérente des droits des passagers aériens dans toute l'Union, il y a lieu de procéder à une série d'adaptations du cadre juridique actuel. »

611. Il n'en reste pas moins qu'il apparaît nécessaire de sécuriser les relations juridiques afin d'associer les consommateurs. Ainsi, dans un enchaînement d'arguments cumulatifs, la Commission exprime la volonté de « garantir un ensemble de droits communs aux usagers de tous les modes de transport dans l'UE et à veiller de manière adéquate au respect de ces droits »⁸¹⁶, la nécessité d'« élaborer une interprétation uniforme du droit européen sur les droits des passagers et assurer l'harmonisation et l'effectivité de sa mise en œuvre pour garantir à la fois des conditions de concurrence égales pour les entreprises et une protection européenne normalisée pour les usagers. »⁸¹⁷

⁸¹⁴ PELTIER Clément, <https://www.lechotouristique.com/article/ryanair-lance-un-outil-pour-mieux-protéger-ses-clients-contre-les-otas> - Consulté le 30 juin 2021.

⁸¹⁵ Point 1.2 des motifs de la Proposition de Règlement « indemnisation des voyageurs » /* COM/2013/0130 final - 2013/0072 (COD) */ du 13 mars 2013, *supra*.

⁸¹⁶ Commission européenne, Rapport sur la citoyenneté de l'Union « Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union » COM (2010) 603 du 16 octobre 2010.

⁸¹⁷ Le Livre blanc sur les transports du 28 mars 2011, Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources, COM(2011) 144 final.

612. La communication de la Commission du 11 avril 2011⁸¹⁸ fit le point sur les divergences d'interprétation des dispositions du règlement (CE) n° 261/2004, dues à l'existence de zones d'ombre et de lacunes dans le texte actuel, sur le manque de contrôle uniforme de son application dans tous les États membres, et les difficultés récurrentes pour les passagers de faire valoir leurs droits individuels. Le 29 mars 2012, le Parlement européen dans une résolution⁸¹⁹ en réponse à cette communication estime qu'une application adéquate des règles existantes par les États membres et les transporteurs aériens, la mise en place de voies de recours suffisantes et simples et la fourniture d'informations précises aux passagers sur leurs droits devraient constituer les mesures prioritaires en vue de regagner leur confiance. Face à ce constat, le Parlement demanda à la Commission, dans sa proposition⁸²⁰ de modification du règlement (CE) n° 261/2004, de proposer des éclaircissements concernant les droits des passagers, et notamment la notion de « circonstances extraordinaires ».

613. C'est ce que fera la Commission en proposant une définition dans la ligne de la jurisprudence « des circonstances qui, par leur nature ou leur origine, ne sont pas inhérentes à l'exercice normal de l'activité du transporteur aérien concerné et échappent à sa maîtrise effective » et d'en proposer une liste non exhaustive. Elle compléta son projet par une gradation des mesures précises en fonction du retard avec des seuils plus réguliers et progressifs (deux, cinq, neuf, douze heures et au-delà) et en réaffirmant le principe du choix à proposer au passager et ne pas lui imposer un mode de compensation du dommage subi, mentionné à l'article 8 de la communication de février 2004⁸²¹. **La recherche d'un équilibre est difficile entre les différentes attentes des agents économiques car envisageant la protection des consommateurs et celle de l'équilibre financier des compagnies aériennes.**

⁸¹⁸ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application du règlement (CE) n° 261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol du 17 février 2004.

⁸¹⁹ Résolution du Parlement européen du 29 mars 2012 sur le fonctionnement et l'application des droits établis des personnes voyageant par avion, 2011/2150 (INI).

⁸²⁰ *Supra*, Proposition de Règlement « règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol », ainsi que le règlement (CE) n°2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages /* COM/2013/0130 final - 2013/0072 (COD) */ du 13 mars 2013.

⁸²¹ *Supra*, Déclaration de la Commission, sur l'application du règlement (CE) n° 261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers du 17 février 2004.

614. Où en est-on du processus de refonte ? Comme pour celui concernant l'attribution des créneaux aéroportuaires, le processus est bloqué⁸²². Jusqu'en 2019, les travaux sur la proposition ont été suspendus en raison d'un certain nombre de questions pendantes. Alors que la présidence finlandaise avait relancé les discussions sur la proposition de la Commission, le Parlement européen a reconfirmé sa position, signifiant la persistance d'un blocage. Début 2020, la présidence croate a pu réaliser des progrès supplémentaires et a présenté de nouvelles propositions de compromis, l'objectif étant de parvenir à une orientation générale au sein du Conseil sans finalement que cela aboutisse. Comment comprendre cette absence d'avancées depuis le dernier débat du Conseil le 5 juin 2014⁸²³ ? Les bénéfices d'une telle réforme semblent nombreux si l'on en croit la Commission qui évoque que

« La présente proposition vise à promouvoir l'intérêt des passagers aériens en veillant à ce que les transporteurs aériens respectent un niveau élevé de protection des passagers aériens au cours des perturbations pendant le voyage, tout en tenant compte des conséquences financières pour le secteur du transport aérien et en veillant à ce que les transporteurs aériens puissent exercer leurs activités dans des conditions équivalentes sur un marché libéralisé. »⁸²⁴

615. Comme pour la refonte de la réglementation de l'attribution des créneaux aéroportuaires, la procédure législative en est encore à l'« attente de la position du Conseil en 1^{re} lecture » depuis la décision du 9 octobre 2019 de la commission parlementaire d'engager des négociations interinstitutionnelles. Mais contrairement à cet autre projet de refonte, les débats ont été plus nourris entre les institutions. Ainsi, lors du débat d'orientation du Conseil le 10 octobre 2013, les États membres ont rappelé « l'importance que revêt un juste équilibre entre les droits des passagers et la nécessité d'éviter des coûts excessifs pour les transporteurs aériens » pour pointer tout risque d'incidences financières excessives à la charge des compagnies. Ainsi, en rejetant l'indemnisation en fonction du prix du billet, le Conseil rappelle que

« dans leur majorité, les ministres se sont dits opposés à l'établissement d'un lien entre le montant de l'indemnisation et le prix du billet en cas de retard, en invoquant des raisons telles que i) la

⁸²² Dossier interinstitutionnel 2013/0072 (COD) du 19 mai 2015
<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8693-2015-INIT/fr/pdf>

⁸²³ Parlement européen, Observatoire législatif, Droits des passagers aériens - 2013/0072(COD) – 05 juin 2014, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2013/0072\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2013/0072(COD)) – Consulté le 26 mai 2020 – Consulté le 26 mai 2020.

⁸²⁴ *Supra*, Proposition de Règlement « règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers », COM/2013/0130 final - 2013/0072 (COD), du 13 mars 2013.

volatilité des prix, ii) la difficulté de déterminer les prix des billets qui font partie d'un forfait ainsi que iii) le principe de non-discrimination.⁸²⁵ »

616. Ce point d'achoppement sera lui aussi soulevé par le Parlement le 5 février 2014⁸²⁶, lorsque les députés, ont rappelé que l'indemnisation des consommateurs devait tenir compte tant pour leur protection que pour la charge financière des compagnies aériennes, d'une pratique courante, les correspondances manquées, développée depuis l'organisation des vols à partir d'un aéroport pivot. Ainsi, pour la protection du consommateur, le Parlement a souhaité un nouveau considérant, considérant 13 bis de la proposition amendée, en vertu duquel les passagers concernés se verraient offrir une assistance, une prise en charge et un réacheminement par le transporteur aérien exploitant le vol précédent ayant causé, au point de transfert, le retard qui a fait manquer aux passagers leur vol de correspondance. Par ailleurs et dans le même temps, les passagers ayant manqué une correspondance devraient également pouvoir réclamer, sous le considérant 13, une indemnisation sur la même base que les passagers dont le vol a été retardé ou annulé, modifiant ainsi l'article 6Bis de la proposition de la Commission. Mais pour garder cette logique d'équilibre des droits et des obligations réciproques, les députés estiment qu'il faut prendre en compte le grand nombre de transporteurs qui exploitent des vols régionaux de courte distance dans l'Union. Il importe alors de réduire la charge financière pesant sur ces transporteurs et d'insérer à ce même article 6bis, un seuil de 90 minutes de retard au point de transfert pour le vol précédent ouvrant droit, pour le passager, à une indemnisation, sous réserve que le retard à la destination finale du voyage soit supérieur à 3 ou 5 heures selon le cas.

617. **Cependant, cette recherche d'équilibre n'a pas abouti à un consensus, même si le dialogue sur cette réforme apparaît plus ouvert que pour celles des créneaux aéroportuaires.** Le Conseil, le 5 juin 2014⁸²⁷, a pointé les difficultés qui, selon les États membres, subsistent. Il s'agit d'abord des seuils de déclenchement de l'indemnisation, qu'ils

⁸²⁵ Parlement européen, Observatoire législatif, Droits des passagers aériens - 2013/0072(COD) – 10 octobre 2013 <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1317815&t=e&l=fr> – Consulté le 26 mai 2020.

⁸²⁶ *Supra*, Résolution législative du Parlement européen du 5 février 2014 sur la proposition de règlement « indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol », ainsi que le règlement (CE) n°2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages (COM(2013)0130 – C7-0066/2013 – 2013/0072(COD)).

⁸²⁷ *Supra*, <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1350125&t=e&l=fr>

relèvent des distances modifiées et les seuils temporels proposés, autre critère important pour les compagnies aériennes pour déterminer et anticiper la charge financière, « ne satisfont pas un certain nombre de délégations, qui ont des positions divergentes sur cette question essentielle ».

618. Revenant sur le sujet de l'indemnisation en cas de correspondance manquée, le Conseil malgré l'exemption proposée du paiement d'une indemnité si le délai de correspondance était relativement court (90 minutes dans le texte actuellement amendé par le Parlement) rejette cette proposition de compromis pour lui préférer la suppression de « la référence à ces indemnisations et [les États membres] estiment que les montants devraient être payés sur la base de chaque étape du vol et du retard correspondant qui a été subi ». Les États membres prennent, ainsi, le parti des compagnies aériennes face au Parlement qui tente une conciliation avec les objectifs de la Commission, qui pourrait apparaître plutôt pro consommateurs, impression à relativiser notamment quand on peut apprécier que pour les seuils de déclenchement de l'indemnisation, la Commission proposait un premier seuil à 5h de retard et le Parlement à 3h, sous l'amendement n° 74. Il y a une recherche d'équilibre, mais qui n'aboutit pour l'instant pas, la COVID-19 n'exerçant pas un rôle de juge de paix.

619. Après bien des débats et des menaces de poursuites judiciaires, la Commission a, le lundi 1er mars 2021, annoncé qu'elle lançait une enquête coordonnée avec le réseau de coopération en matière de protection des consommateurs (CPC) sur les pratiques actuelles des compagnies aériennes en matière d'annulation, faisant suite à une alerte externe émanant du Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) le 27 juillet 2020⁸²⁸ et à une alerte émise par la Commission pour la première fois au titre du règlement CPC révisé⁸²⁹. Cela revient à s'intéresser à la manière dont ces compagnies traitent les demandes de remboursement de leurs clients, sachant que le règlement européen n° 261/2004 sur les droits des passagers aériens impose aux compagnies de rembourser les billets, en numéraire, dans un délai de « sept jours » après une demande. Or, le constat établi par le BEUC est que la plupart préfèrent octroyer des « avoirs », jusqu'à imposer cette pratique, comme le relevait

⁸²⁸ <https://www.beuc.eu/publications/beuc-reports-major-airlines-breaching-passenger-rights-and-calls-industry-investigation/html> - Consulté le 12 mai 2020.

⁸²⁹ Règlement (UE) n°2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) n°2006/2004.

le 24 avril 2020, l'UFC-Que choisir lors de sa mise en demeure de cinquante-sept compagnies de faire respecter les droits de leurs clients. Dans son communiqué, la Commission donne un délai de trois semaines, aux compagnies pour répondre aux autorités membres du réseau CPC, à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) pour la France. Lors du communiqué, effectué par les Commissaires Didier REYNDERS, chargé de la justice et de la consommation et Adina VALEAN, chargée des transports, celle-ci remet en perspective cette enquête puisque pour la Commission, « il s'agit d'une étape importante vers le bon fonctionnement du secteur des voyages. D'autres mesures sont en cours, telles que la révision du cadre réglementaire pour les droits des passagers, comme le prévoit la Stratégie pour une mobilité durable et intelligente⁸³⁰ ». Enfin, on peut espérer que cette initiation clôt une série de critiques à l'endroit de la Commission, jugée trop attentiste, car se bornant le 18 mars 2020, à une « communication⁸³¹ » dans laquelle elle a rappelé le principe du remboursement, pour redire le 13 mai 2020, dans une « recommandation », la nécessité de l'accord du passager pour un remboursement sous forme de bon.

620. Les points communs à dégager pour une réussite de ces refontes semblent trop disparates pour former une argumentation qui s'imposera et aboutira dans les négociations interinstitutionnelles. Pourtant ils existent, incluant des objectifs communs à toutes les parties prenantes institutionnelles afin de dépasser leurs oppositions ainsi que la prise en compte du moment politique fondamental qui structure la politique générale européenne, à savoir le Pacte vert européen. C'est premièrement la nécessité d'une sécurité juridique qui doit être assurée pour les opérateurs économiques et les consommateurs, qui pourront ainsi se projeter dans un application de ce cadre normatif. C'est aussi et dans le même temps, une application du respect de l'égalité de traitement, canevas indispensable pour une refonte d'importance du droit⁸³². C'est, aussi, dans un deuxième temps, l'acceptation de la gravité du moment politique que l'Union européenne, plus particulièrement, vit actuellement depuis

⁸³⁰ Commission européenne, Représentation pour la France, https://ec.europa.eu/france/news/20210301/enquete_pratiques_compagnies_aeriennes_annulations_fr - Consulté le 21 juillet 2021.

⁸³¹ Orientations interprétatives relatives aux règlements de l'UE sur les droits des passagers au regard de l'évolution de la situation en ce qui concerne le Covid-19.

⁸³² A l'image de la refonte du droit transactionnel, MEZAGUER Mehdi, Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne - Un exercice transactionnel de l'autorité publique, *Bruylant*, 582 p., 2015.

mars 2020. La crise de la COVID-19 n'a pas été le facteur déclencheur du Pacte vert européen, mais l'a rendu encore plus indispensable pour prévenir et adapter notre société, donc notre mobilité, aux nouveaux enjeux des transitions énergétique et écologique.

621. Le virus SARS-CoV-2 (COVID-19) a ainsi entraîné la suspension temporaire du règlement de 1993 pour la gestion des créneaux aéroportuaires, mais n'a fait que repousser le débat posé par la rareté de la ressource aéroportuaire. Certes, les projets d'aménagement d'infrastructures sont pour la plupart reportés, voire annulés, mais les projections de tous les observateurs du secteur, les constructeurs aéronautiques à travers des commandes reçues comme les compagnies aériennes ou les gestionnaires d'aéroport, montrent un niveau de passagers en 2023 sinon 2024 qui s'établira comme en 2019. On ne peut donc pas dire que la suspension du règlement a abouti à une diminution de l'offre qui permettrait une redistribution raisonnable des créneaux. Par ailleurs, cette pandémie fut aussi l'arrière-plan d'un rapport de force, non encore solutionné, entre les compagnies aériennes et les associations de consommateurs quant à l'indemnisation de ceux-ci pour les annulations de vols en 2020. Là encore, la crise de la COVID-19 aura mis en évidence les oppositions autour de la question financière de qui devait supporter *in fine* les coûts liés à l'arrêt de l'activité aérienne. Les arguments de compétitivité retrouvent ainsi tout leur poids face à la protection des entreprises qu'il ne s'agirait pas d'affaiblir. Cet équilibre difficile à mettre en œuvre, par les intérêts parfois contradictoires des acteurs du marché, se retrouve dans les débats en cours pour la refonte du cadre normatif. L'évolution de la réglementation, parfois inchangée depuis l'origine de la libéralisation, est nécessaire d'autant plus que les obstacles à surmonter sont révélateurs des incomplétudes de celle-ci, accentuées par la crise de la COVID-19.

622. **Les réformes du corpus juridique, notamment celui réglementant l'attribution des créneaux aéroportuaires, posent à tous les acteurs de ce marché la question de l'acceptabilité de la concurrence imparfaite**, entraînant à son tour, dans un phénomène auto-entretenu de nécessaires adaptations de la législation sur les aides d'État et la concurrence (fusions, alliances, fixation des prix, etc.). Ce fut le cas, par exemple quand, au fil des ans, les lignes directrices de la Commission pour l'évaluation des financements publics du secteur ne répondaient plus aux besoins de l'environnement actuel du marché. Datant respectivement de 1994 (compagnies aériennes) et de 2005 (aéroports et aide au démarrage pour les

compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux), elles ont donc été remplacées au printemps 2014. Y parvenir n'a pas été évident, étant donné que les recapitalisations publiques des compagnies aériennes ont été monnaie courante jusqu'au milieu des années 90, et que les États ont encore des réflexes de défendre des pans de souveraineté décisionnaire. Il est vrai que les motivations des États avant la libéralisation (sécurité, prestige national, défense nationale, développements régional et urbain, protection de l'environnement, service public et autres préoccupations non commerciales) pouvaient apparaître comme trop restrictives et préjudiciables à l'efficacité économique⁸³³, empêchant d'ouvrir l'accès à un transport aérien bon marché au plus grand nombre, limitant l'efficacité des réseaux aériens et la gestion des compagnies. Cette situation se concrétisait par un contrôle des infrastructures la plupart du temps possédées par la puissance publique. Ainsi, en 2010, selon le Airport Council International Europe, 77 % des aéroports appartenaient dans leur intégralité à la sphère publique. En France, un processus continu de transfert de compétence et de propriété a été mis en œuvre dès 2004⁸³⁴ puis accentué par la loi NOTRe⁸³⁵ sur la privatisation des aéroports en France. Ces éléments de gouvernance du secteur aérien, dans leur ensemble et leur évolution, montrent une volonté affichée et mise en œuvre de pouvoir assurer un pilotage, le plus pragmatique possible, tant par l'Union européenne qui se matérialise en cheffe de file des États membres que par les compagnies aériennes dont les comportements influencent la politique de concurrence.

Section 2 – Le pilotage pragmatique de la Commission par la politique de concurrence

623. On a montré combien la Commission est déterminante dans le pilotage de la libéralisation pour permettre que la concurrence atteigne des buts aussi divers que la

⁸³³ GÖNENÇ Rauf et NICOLETTI Giuseppe, Le transport aérien de passagers : réglementation, structure du marché et performance, *Revue économique de l'OCDE*, 2001/1 (n°32), p. 203-254.

⁸³⁴ Article 28 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Les seuls aéroports exclus de ce processus de décentralisation étaient les aéroports à vocation nationale ou internationale, listés par le décret n°2005-1070 du 24 août 2005 fixant la liste des aérodromes civils appartenant à l'État exclus du transfert aux collectivités territoriales ou à leurs groupements. Après cette première phase de décentralisation des aéroports, la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles a inséré à l'article L. 5217-2 du code général des collectivités territoriales la possibilité pour les métropoles de demander le transfert de la propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion de grands équipements et infrastructures, ce qui inclut les aérodromes

⁸³⁵ Loi n° 5015-991 portant nouvelle organisation territoriale de la République, dite loi NOTRe, du 7 août 2015 a pérennisé la possibilité de transférer au cas par cas les aérodromes d'intérêt local aux collectivités territoriales.

protection des passagers, la sécurité aérienne ou encore le juste aménagement du ciel européen. Son rôle est encore plus évident quand on observe l'instrumentalisation de la politique de concurrence. L'actualité de la compagnie Flybe est éclairante pour apprécier cette instrumentalisation consciente de la Commission européenne. Après son sauvetage en 2019, deux éléments de son offre commerciale sont à apprécier au regard du droit de la concurrence. Classiquement, les conséquences de son sauvetage par Connect Airways, un consortium réunissant Virgin Atlantic⁸³⁶, Stobart Aviation et Cyprus, ont entraîné des engagements afin de remédier aux problèmes de concurrence recensés par la Commission pour les liaisons Birmingham-Amsterdam et Birmingham-Paris. Le repreneur s'était engagé, après négociation avec la Commission, à libérer cinq paires de créneaux horaires à l'aéroport d'Amsterdam Schiphol et trois paires de créneaux horaires à l'aéroport de Paris-CDG pour les mettre à la disposition de compagnies aériennes concurrentes souhaitant desservir les liaisons Birmingham-Amsterdam et Birmingham-Paris. On peut déceler dans cette négociation **une politique très pragmatique de la Commission, rendant une potentialité à la concurrence, sans remettre en cause brutalement les équilibres concurrentiels.**

624. Ensuite, compte tenu de la quasi-faillite de Flybe, acteur majeur du marché britannique et afin d'éviter des répercussions négatives pour les consommateurs, la Commission a accordé une dérogation à Connect Airways qui a ainsi été autorisée à acquérir les actions de Flybe avant même que la concentration ne soit autorisée, en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations⁸³⁷. Ainsi, sous réserve du respect de conditions strictes, liées notamment aux droits de vote, la Commission écartait l'application du règlement, en son paragraphe 1 qui interdit qu'une concentration soit effective avant qu'elle ne soit déclarée compatible avec le marché commun. Aussi, pour accompagner cette continuité de l'activité, le gouvernement britannique a accepté de reporter de trois ans la taxe

⁸³⁶ L'enquête de la Commission a révélé que l'opération, telle que notifiée initialement, aurait conduit à des quasi-monopoles sur deux liaisons directes en Europe, à savoir les liaisons Birmingham-Amsterdam et Birmingham-Paris. Cette situation de quasi-monopole découlerait de l'acquisition, par Air France-KLM, du contrôle indirect de Flybe, par l'intermédiaire du contrôle conjoint qu'elle exerce sur Virgin Atlantic. La Commission a autorisé l'acquisition conjointe de Virgin Atlantic par Air France-KLM, Delta et Virgin Group en février 2019. La Commission a également constaté que l'arrivée de concurrents sur ces liaisons serait difficile, étant donné que les aéroports d'Amsterdam Schiphol et de Paris Charles de Gaulle sont des aéroports particulièrement congestionnés. Décision de la Commission du 5 juillet 2019 dans l'Affaire COMP/M.9287 – CONNECT AIRWAYS/ FLYBE.

⁸³⁷ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

sur les passagers aériens de 100 millions de livres sterling et a envisagé de réduire la taxe sur les passagers aériens pour les vols intérieurs en raison de l'importance de la compagnie aérienne pour les transports publics au Royaume-Uni, assurant 38 % de tous les vols intérieurs en 2019 et deux liaisons majeures pour le territoire du Royaume-Uni⁸³⁸, aides venant compenser *“ the fact that Flybe performs a public service in many respects. Its collapse reaches further than its employees and those customers whose flights have been cancelled. Flybe covers 70 % of flights from Exeter Airport and 80 % of those at Belfast City Airport, for example.”*

625. Quels enseignements peut-on tirer de cette affaire ? La distinction essentielle entre les marchés transmanche et intérieur permet une adaptation de la réponse institutionnelle. La Commission admet ainsi le renforcement, par cette opération, du concurrent de British Airways, Virgin Atlantic, en garantissant la possibilité d'accès à de nouveaux entrants ou de renforcement de la concurrence existante sur des liaisons aériennes parce qu'elles sont vitales entre l'île britannique et le continent, enfin d'assurer un transport non moins important entre les territoires du Royaume-Uni. Ensuite, parce que la concurrence repose d'abord sur le prix affiché plus que sur le produit proposé et dans ce contexte économique, celle-ci s'en trouve protégée, comme le montre l'opération capitalistique envisagée précédemment. L'arrivée de l'offre à bas tarifs basée sur de bas coûts a donc très fortement bouleversé ce secteur. L'une des réponses des compagnies aériennes traditionnelles fut d'opérer une forte concentration, par des alliances puis des prises de participation, voire de contrôle, « signifiant que [ces] compagnies aériennes cherchent à se garantir contre l'instabilité du marché »⁸³⁹, a fortiori quand une crise majeure contraint fortement le marché⁸⁴⁰. La crise de la COVID-19 a eu raison de la compagnie qui a cessé d'assurer ses vols le 28 avril 2020 après un dépôt de bilan, ce qui montre a posteriori les risques pris par la Commission dans la manipulation des règles de concurrence, particulièrement dans ce secteur économique à la fragilité chronique.

626. Devant les difficultés économiques récurrentes d'un secteur d'activités primordial, de nombreux États, et dans une certaine mesure la Commission européenne, ont

⁸³⁸ GERAINT Harvey, Flybe: could it be time for a government-backed regional airline ?, march 6th 2020, Theconversation.com.

⁸³⁹ OCDE, chapitre 4 p 91, Rapport, 1997, *op. cit.*

⁸⁴⁰ La crise de la COVID-19 a eu raison de la compagnie qui a cessé d'assurer ses vols le 28 avril 2020 après un dépôt de bilan.

effectivement fait preuve à tout le moins d'un certain volontarisme ⁸⁴¹à différents niveaux, prenant ainsi toute la dimension complexe de ce secteur aérien, qu'il s'agisse des exemptions catégorielles (§1), de l'appréciation des ententes et des concentrations (§2) ou bien sûr, dans celle des aides d'État (§3). Les prémisses d'une politique industrielle plus ou moins concertée au niveau européen entre les États ou entre eux et la Commission en résultent.

§ 1 – L'effet bienveillant des exemptions catégorielles

627. Que cela relève du contrôle des ententes ou des concentrations, la logique institutionnelle initiale est de centraliser, au niveau de la Commission, les capacités d'analyse et de sanctions des restrictions de concurrence générées par des accords entre entreprises au sens de l'article 101 TFUE ou des concentrations au sens du règlement de 2004. D'autant plus que malgré la possibilité d'une déconcentration du contrôle de l'article 101 TFUE envisagée par le règlement n° 1/2003⁸⁴², l'état actuel du marché du transport aérien ne permet pas d'envisager une compétence d'une autorité nationale. Cette activité, par sa nécessité économique évidente et par son importance symbolique, fut un véritable laboratoire de cet équilibre recherché entre protection d'un nouveau marché démonopolisé et pérennité des compagnies aériennes européennes, regroupées au sein d'alliances intercontinentales. Le régime des exemptions catégorielles fut particulièrement conciliant (A), assurant pourtant une certaine sécurité juridique sectorielle (B).

A – L'exemption catégorielle favorise les concentrations

628. Dans le secteur aérien, l'interdiction de principe et la sanction des abus de position dominante et des ententes créent un plus fort besoin de contrôle des concentrations qui tient compte, de fait, de la constitution de grandes compagnies aériennes nationales à dimension européenne pour organiser l'ouverture totale du ciel européen. Après le règlement n° 17 du 6 février 1962 envisageant l'exemption des accords, décisions et pratiques concertées, la

⁸⁴¹ *Supra*, MARTY Frédéric Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, 2010.

⁸⁴² Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

politique de transport⁸⁴³ fut scindée en deux, d'un côté le transport aérien qui se voyait exempté sans limitation de temps, d'un autre côté, le transport par voie de chemin de fer (article 3 dudit règlement) qui se voit sorti de l'exemption en 1965, mais sans être envisagé comme un secteur rapidement et sereinement « démonopolisable ». Cette approche avait pour objectif d'adapter la logique d'exemption à des secteurs spécifiques entrant de plus dans une politique commune des transports dès le traité de Rome. Ce positionnement politique une fois assumé, le règlement sur les concentrations⁸⁴⁴ confie à la Commission européenne le pouvoir d'autorisation des concentrations, dès lors que celles-ci ont une dimension européenne. **La Commission acquiert par ce contrôle un rôle actif dans la structuration du marché⁸⁴⁵, pouvoir important qui ne se démentira pas dans le secteur des transports aériens de passagers.** L'évolution de l'appréciation des conséquences d'une concentration au travers, de différentes affaires dont elle a eu à estimer la validité (critère de l'entrave significative et évolution souhaitée vers la théorie du préjudice) se combine presque naturellement avec l'usage des règlements d'exemption propre aux concentrations dans le secteur aérien, en tant que relevant de l'article 101 TFUE.

629. Le règlement « concentration » a pour objectif de faciliter les concentrations transfrontières, qui doivent participer au développement du marché intérieur, et dispense les fusions transfrontières d'être autorisées par plusieurs autorités nationales le plus souvent sans délai. Cette politique d'un « guichet unique » favorise l'expansion des entreprises les plus performantes dans un marché se situant de plus en plus logiquement au niveau européen. Pour éviter la submersion de la Commission européenne par les notifications risquant de rendre totalement inopérant le système mis en place, plusieurs règlements sont adoptés pour fixer les règles d'exemption et permettent ainsi d'éviter une procédure trop longue et incertaine. Rappelant que « le secteur des transports aériens a des caractéristiques qui lui sont propres » et que « les transports aériens internationaux sont régis par un réseau d'accords

⁸⁴³ Règlement CEE n°141 du Conseil portant non-application du règlement n°17 du Conseil au secteur des transports du 26 novembre 1962, abrogé par le règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

⁸⁴⁴ Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, modifié par le règlement (CE) n°1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997, remplacé à partir du 1er janvier 2004 par le règlement (CE) n°139/2004.

⁸⁴⁵ Cf. Document additif à la thèse « mise en perspective »

bilatéraux interétatiques »⁸⁴⁶, les autorités européennes dressent, à l'article 2 du règlement d'exemption, une liste des accords entre compagnies ne relevant pas de l'interdiction de l'article 101 TFUE.

630. Les possibilités offertes pour des coopérations particulièrement poussées entre opérateurs de transport aérien peuvent laisser penser à une approche particulièrement accommodante de la Commission européenne et des États. L'appréciation de ces exemptions ne porte pas, en effet, sur les aspects techniques propres au secteur envisagé. Pour n'en citer que deux exemples, aux points a) et b) avec « L'introduction ou l'application uniforme de normes techniques obligatoires ou recommandées pour les aéronefs, les pièces d'aéronefs, le matériel et l'équipement d'aéronefs » ou encore « l'échange, l'exploitation en crédit-bail, la mise en commun l'achat en commun, ou l'entretien d'aéronefs, de pièces d'aéronefs, de matériel ou d'installations fixes à des fins d'exploitation de services aériens et l'achat en commun de pièces d'aéronefs », l'article 2 du Règlement évoque des contraintes fortes du secteur avec des coûts d'entrée et de développement importants, quand on considère qu'un A320 (moyen-courrier) est affiché à près de 100 millions de dollars à son prix catalogue 2017 et avant négociations commerciales, ou qu'un Boeing 777 (long-courrier) est affiché à 330 millions de dollars en moyenne des différentes configurations⁸⁴⁷.

631. Mais en ses points g) et i), les pratiques évoquées apparaissent fort contestables à l'égard de l'article 81 (devenu 101 du TFUE). En effet, tant « l'organisation et l'exécution de services de transports aériens successifs ou complémentaires ainsi que la fixation et l'application de prix et conditions globaux pour ces services » que « l'établissement ou l'application de règles uniformes concernant la structure et les conditions d'application des tarifs de transport, pour autant qu'elles ne fixent pas directement ou indirectement les prix et conditions de transport » évoquent plus sûrement des pratiques que l'on pourrait voir interdites. Particulièrement, quand on s'appuie sur la pratique de la Commission validée par le juge européen, qui sanctionne des accords lorsque les participants s'entendent pour fixer les prix ou se partager des parts de marché ou des clients. Cependant, alors que de tels accords

⁸⁴⁶ Règlement (CEE) n°3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens.

⁸⁴⁷ Sources : www.air-journal.fr basées sur informations commerciales des constructeurs.

restreignent *a priori* le jeu de la concurrence, les effets proconcurrentiels⁸⁴⁸ qu'ils produisent semblent l'emporter sur les effets anticoncurrentiels. Cette mise en balance des effets peut s'envisager avec les conditions énoncées dans ce cadre. Alors que les gains d'efficacité et l'apport d'une partie équitable du profit aux consommateurs (augmentation de l'offre et des services qui y sont associés peuvent apparaître rapidement envisagés et acceptés, les deux autres conditions (caractère indispensable des restrictions et absence d'élimination de concurrence) nous apparaissent plus discutables.

632. La Commission européenne va assumer que ces règles puissent être adaptatives et tenir compte des contextes envisagés. Ces quatre conditions sont cumulatives, et dès lors qu'il est constaté que si l'une d'elles n'est pas remplie, il est inutile d'examiner les trois autres. Or, il est intéressant de noter que la Commission envisage qu'il n'est pas exclu que, dans certains cas, il soit indiqué d'examiner ces quatre conditions dans un ordre différent⁸⁴⁹. **Cette novation est le signe d'une relative bienveillance à l'égard du secteur aérien et peut se comprendre dans la logique globale de cette nouvelle politique de transport** marquée par l'instauration d'une concurrence dans ce secteur stratégique et donc d'éduquer (si l'on peut dire) autant que possible les compagnies aériennes qui s'ouvrent non seulement à la concurrence, mais aussi rompent les liens qui les unissaient aux États. Ainsi, dans les lignes directrices de 2004, les deuxième et troisième conditions ont été interverties, afin d'aborder la question du caractère indispensable de la restriction de concurrence induite par un accord entre entreprises, avant celle de la répercussion sur les consommateurs. Cette dernière condition impose, en effet, de mettre en balance les effets positifs et négatifs d'un accord sur les consommateurs, sans porter sur les effets de restrictions qui n'ont pas satisfait au critère de la nature indispensable et qui, pour cette raison, sont interdites par l'article 101 du TFUE. Cela favorise une mise en balance plus compréhensive pour les entreprises du secteur aérien qui peuvent en quelque sorte mettre plus que les entreprises des autres secteurs dans le plateau des effets positifs sur l'économie, permettant à la balance des effets de pencher en faveur des accords restrictifs de concurrence.

⁸⁴⁸ CAYLA David, « Concurrence », de quoi parlons-nous ? : Préciser le concept économique pour clarifier le débat politique –<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00994773v2>, Université d'Angers, 2014.

⁸⁴⁹ Communication de la Commission- Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 27 avril 2004.

633. On peut mettre cette conclusion en rapport avec le contentieux⁸⁵⁰ portant sur les affaires de concentrations capitalistiques ou des ententes privilégiant des accords commerciaux contraignants, initié en 1992 par la prise de contrôle de TAT par British Airways. Participation minoritaire avec option d'achat pour le solde du capital, elle avait fait l'objet d'un recours d'Air France finalement rejeté le 19 mai 1994 par le Tribunal⁸⁵¹. Il semble bien que la Commission ait pu, à partir de cette affaire et par une interprétation favorable aux restrictions de concurrence, développer une politique de concurrence cohérente et donc largement prévisible pour les acteurs, dans un secteur en mutation et stratégique à bien des égards. Si on regarde cette tendance à la lumière des conditions actuelles du marché, on peut dire que cette approche correspond en définitive à la protection d'une souveraineté européenne dont les prémisses⁸⁵² furent abordées dès janvier 2020 par la communication Breton sur la politique industrielle⁸⁵³ pour dépasser le seul régime des exemptions. C'est, selon les propos du commissaire, « préserver la compétitivité mondiale de l'industrie européenne et des conditions de concurrence équitables, tant sur son territoire que dans le monde entier », par un « réexamen en cours des règles de concurrence de l'UE, y compris l'évaluation en cours du contrôle des concentrations et du bilan de qualité des lignes directrices concernant les aides d'État, permettra de garantir que nos règles sont adaptées à l'objectif d'une économie qui évolue rapidement ».

634. La constitution de groupes puissants qui permet la constitution de champions non plus nationaux, mais européens semble avoir véritablement été accompagnée par une démarche tout à fait pragmatique de la Commission dans l'application des règles de concurrence. Elle combina dans sa pratique les exemptions catégorielles, la gestion des concentrations par la pratique des engagements et la politique des aides d'État pour favoriser certaines alliances entre entreprises dans le but de les renforcer dans la concurrence mondiale et au sein du marché intérieur.

⁸⁵⁰ Cet aspect fera l'objet d'un développement plus approfondi lors de la deuxième partie.

⁸⁵¹ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 19 mai 1994, dans l'affaire T-2/93, ECLI:EU:T:1994:55.

⁸⁵² « Eléments de base pour une stratégie industrielle globale », document de travail de la Commission, dont les principaux points furent publiés le 20 janvier 2020 par le site <https://www.euractiv.fr/section/economie/news/leak-eu-charts-6g-future-in-ambitious-industrial-plan/>

⁸⁵³ Communication de la Commission, Une nouvelle stratégie industrielle pour une Europe verte et numérique, du 10 mars 2020, COM(2020) 102 final https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_416 soutenue lors du discours du Commissaire Breton à la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie (ITRE) au Parlement européen du 24 avril 2020.

635. Lors du Conseil européen « compétitivité » des 25 et 26 novembre 2010, deux perspectives avaient ainsi évoqué. Premièrement que les entreprises européennes, et particulièrement dans le transport aérien, doivent pouvoir bénéficier des opportunités liées à la libéralisation des échanges et l'intégration économique et financière dans l'Union européenne. En effet, un marché plus vaste pousse à la concentration. Un certain nombre de groupes ont une dimension européenne affirmée qui se trouve facilitée par l'intégration politique sans cesse plus poussée, la monnaie unique décidée au même moment, l'élargissement à l'Est qui devient effectif dès 2004 et l'harmonisation réglementaire. On évoque ainsi une Europe des industries de défense, et l'on connaît déjà le consortium Airbus (EADS). Deuxièmement, les politiques publiques européennes sont fortement intégratrices. Malgré la critique d'opérations plus politiques qu'industrielles, les politiques des « champions nationaux » renforcent le pouvoir de marché de ces entreprises. L'intervention des gouvernements, français pour soutenir la fusion contestée Air France-KLM, ou allemand pour faciliter l'absorption d'Austrian Airlines par Lufthansa, démontre l'intérêt stratégique de ces questions pour les autorités nationales.

636. **Les politiques de la concurrence vont paradoxalement dans ce sens quand, au nom de l'emploi et de l'intérêt national, la Commission est finalement plus sévère avec les aides d'État pour soutenir telle ou telle compagnie aérienne si elles ne s'accompagnent pas d'une prise de contrôle par une consœur**⁸⁵⁴. Dans une affaire, Lufthansa acquit Austrian Airlines, compagnie historique autrichienne, pour 366 268 €, en contrepartie d'un plan de sauvetage public. La compagnie autrichienne obtint le feu vert de la Commission pour un prêt garanti de 220 millions d'euros et une recapitalisation de 500 millions sur fonds publics, la Commission relevant que, sans cette aide, Lufthansa ne finalisait pas son projet. Elle a néanmoins validé ainsi une concentration sur la base d'aides d'État. Cette même année, cette acquisition faisait suite à celles par Lufthansa de British Midland et de Brussels Airlines, autorisées aussi, par la Commission, respectivement le 14 mai 2009 et le 22 juin 2009.

⁸⁵⁴ *Supra*, Décision dans l'affaire N° COMP/M.5440 – Lufthansa/ Austrian Airlines.

B – La confirmation de ce régime d'exemption, jusqu'à sa pérennisation

637. Du fait de ses spécificités, le marché européen du transport aérien a toujours fait l'objet d'un traitement particulier des autorités concurrentielles de l'Union européenne. La poursuite du processus de démonopolisation conduit ainsi, dans un premier temps, les autorités à étendre les dispositions générales d'exemption aux vols intracommunautaires, depuis le 1er mai 2004⁸⁵⁵, aux services aériens sur les liaisons entre « les pays tiers, ainsi que sur les liaisons entre aéroports de la Communauté », enfin d'adopter un règlement d'exemption par catégorie spécifique⁸⁵⁶ au côté de la réglementation commune⁸⁵⁷. Les accords ne sont maintenant plus soumis à l'obligation de notification individuelle et sont automatiquement valides et exécutoires, dès lors qu'ils vérifient les dispositions précisées dans ce règlement de 2009. Cette technique, si elle formate les accords, est intéressante parce qu'elle renforce la sécurité juridique des dispositifs restrictifs de concurrence. La Commission garde la main sur ces évolutions, ensuite validées par des règlements qui évitent l'écueil des dissensions étatiques. L'effet de standardisation des accords est corrigé au début des années 2000 par la consécration des seuils de pouvoir de marché des parties à l'entente, qui permet toutes formes de restrictions en dehors du seuil critique. **Les accords dans le secteur des transports rejoignent donc le droit commun, sans que leur spécificité disparaisse pour autant.**

638. Dans un second temps, la Commission sait utiliser l'argument de l'impermanence de l'exemption pour pousser les compagnies aériennes et leur représentant mondial, la IATA, à modifier leurs pratiques lors des conférences tarifaires. En annonçant la suppression des accords d'exemption dont bénéficiaient jusqu'ici les compagnies aériennes⁸⁵⁸, la Commission

⁸⁵⁵ Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n°3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n°3976/87 ainsi que le règlement (CE) n°1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

⁸⁵⁶ Règlement (CE) n°487/2009 du Conseil du 25 mai 2009 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens. Ce règlement abroge le règlement (CEE) n°3976/87.

⁸⁵⁷ Règlement (CE) n°2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées puis Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

⁸⁵⁸ La Commission annonça qu'elle met fin à l'exemption par catégorie en faveur des conférences tarifaires de l'Association internationale du transport aérien (IATA) pour le transport de passagers entre l'UE et des pays tiers, Communiqué de presse, IP/07/973, le 29 juin 2007.

réagissait, par exemple, à l'absence d'avancées dans les négociations avec les acteurs du secteur alors que l'exemption transitoire ⁸⁵⁹expirait le 30 juin 2007 pour les liaisons entre l'UE et les États-Unis ou l'Australie, et le 31 octobre 2007 pour les liaisons entre l'UE et d'autres pays tiers. Cette déclaration obtint le résultat voulu par l'adoption d'un nouveau cadre en 2009⁸⁶⁰, refondant la réglementation et par là même toute l'organisation du marché européen des services de transport aérien. Outre les coordinations horaire et tarifaire, la répartition des créneaux horaires dans les aéroports, le règlement, évoque les « accords, décisions ou pratiques concertées qui ont pour objet [...] les systèmes de réservation informatisés pour la gestion des horaires, les réservations et la délivrance de billets » (art. 2e).

639. Cet outil spécifique actualisé doit permettre à la Commission de s'assurer que la coordination horaire, indispensable à l'obtention d'un niveau satisfaisant du surplus des consommateurs pour que les incitations des compagnies aériennes à coordonner leurs vols restent fortes. Dans le même temps, concernant la coordination tarifaire, alors que les risques anticoncurrentiels sont évidemment beaucoup plus élevés, la suspicion des autorités à l'égard de ces mécanismes reste entière. Pour autant, cette coordination tarifaire est favorable au bien-être des consommateurs. C'est notamment, la pratique du « guichet unique », la possibilité pour le consommateur en interligne de bénéficier d'un unique interlocuteur lors de la commercialisation des billets et des services qui en découlent, qui doit être, dès lors, préservée autant que possible. La réglementation des exemptions tient compte de cette réalité dans le règlement spécifique de 2009. Ainsi, près de vingt ans après la libéralisation effective du secteur aérien, le rapport de force entre les compagnies aériennes et la Commission ont pu aboutir à ce que les spécificités du secteur ne justifient plus ces exemptions. Lorsque le règlement (CE) n° 1459/2006 concernant l'exemption par catégorie a été adopté le 28 septembre 2006, la Commission rappela qu'elle se devait de le faire alors même que la précédente réglementation n'était plus en application. Depuis le règlement (CEE) n° 1617/93 de la Commission du 25 juin 1993⁸⁶¹, les accords, décisions ou pratiques concertés

⁸⁵⁹ Règlement (CE) n°1459/2006 du 28 septembre 2006 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour objet les consultations tarifaires pour le transport de passagers sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports.

⁸⁶⁰ Règlement (CE) n°487/2009 du Conseil du 25 mai 2009 *op. cit.*

⁸⁶¹ Le règlement (CEE) n°1617/93 de la Commission du 25 juin 1993, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour

peuvent profiter aux usagers et/ou aux transporteurs aériens et de ce fait ne pas relever de la réglementation sur les ententes. Or, ce règlement expira le 30 juin 2005. **La Commission obtenait donc son argument majeur pour garantir une meilleure discipline concurrentielle et continue à vouloir piloter l'évolution du secteur, du moins lors d'ententes et de pratiques concertées, ce qui exclut de fait les compagnies à bas coûts.** Lorsqu'elle adopte le 28 septembre 2006 ce nouveau règlement, la Commission assortit cette mesure de prolongation du régime spécifique des exemptions de deux conditions majeures. D'abord, cette prolongation est temporaire, pour trois à douze mois selon les pratiques envisagées, exerçant une pression sur les compagnies aériennes et leur modèle économique fondé sur des alliances commerciales. Dans le même temps, elle rappela que ce règlement ne serait prorogé ultérieurement qu'à la condition que les transporteurs aériens soient capables de fournir des données lui prouvant que les conférences tarifaires continuent d'avantager les usagers.

640. Ce rapport de force, rappelé par l'annonce de la suppression de l'exemption par catégorie, aurait pu faire basculer le transport aérien dans le régime commun d'exception légale régissant les accords entre entreprises. Qu'il s'agisse des aspects de réseau, du caractère monopolistique de l'exploitation de certaines lignes et du rôle important joué historiquement par les États au travers des accords interétatiques bilatéraux et des diverses réglementations qui en découlent, l'offre de service de transport aérien serait donc devenue une partie intégrante du marché intérieur. Finalement, le règlement (CE) n° 487/2009 du Conseil du 25 mai 2009 reprend les avancées précédentes tout en maintenant la prise en compte des spécificités du secteur aérien. Rappelant que le règlement initial de 1987⁸⁶² avait été modifié par les règlements (CE) n° 1/2003 en décembre 2002 et (CE) n° 411/2004 de février 2004, lui-même modifiant le règlement n° 1/2003, la Commission, après avoir obtenu gain de cause dans ses négociations avec les compagnies aériennes, opère une consolidation

objet la planification conjointe et la coordination des horaires, l'exploitation de services en commun, les consultations tarifaires pour le transport de passagers et de fret sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports.

⁸⁶² Règlement (CEE) n°3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens.

du cadre normatif par l'adoption de ce règlement n° 487/2009 « accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens ».

641. Ce gain de temps et de sécurité juridique porte sur tous les aspects du secteur, l'établissement comme la répartition des créneaux horaires et contribue à un meilleur contrôle du trafic aérien par l'utilisation efficace de la capacité aéroportuaire, de l'espace aérien et donc une meilleure répartition de l'offre de services. De même sont concernées les consultations tarifaires au bénéfice des transporteurs et des clients, en facilitant le fait d'utiliser un même billet pour voyager avec plusieurs transporteurs (offre interlignes). En comparant le système de notification préalable des accords, qui est la norme historique du droit européen de la concurrence, et les services de transports aériens, ceux-ci faisaient donc l'objet d'un traitement largement différencié, adapté aux enjeux d'un nouveau marché en pleine émergence. Et la pratique des engagements dans les différentes affaires d'accords de coopération et de rapprochements capitalistiques a induit une véritable complémentarité en faveur d'une politique de concurrence, finalement assez efficace, malgré les critiques sur son apparent dogmatisme.

§ 2 – Le contrôle des concentrations systématiquement modulé par la pratique des engagements

642. Le transport aérien de passagers, relevant encore pour partie d'une réglementation internationale, est soumis à un cadre différent selon que les activités envisagées sont internes ou externes au territoire européen. Ainsi, l'article 32 du règlement n° 1/2003 exclut le transport aérien, comme le transport maritime, de son champ d'application en ce qu'il concerne les liaisons entre « entre les aéroports de la Communauté et des pays tiers. » Celles-ci relèvent du règlement (CE) n° 411/2004 du Conseil du 26 février 2004⁸⁶³. Dans le même temps, entre compagnies aériennes européennes, les ententes et les concentrations à proprement dites sont régies respectivement par le règlement n° 487/2009⁸⁶⁴ et, par

⁸⁶³ Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n°3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n°3976/87 ainsi que le règlement (CE) n°1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

⁸⁶⁴ Règlement (CEE) n°3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens abrogé par le règlement (CE) n°487/2009 du Conseil du 25 mai 2009 concernant l'application de l'article

basculement dans le « droit commun » des affaires de concentrations capitalistiques, par le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004⁸⁶⁵, ci-après « le règlement concentrations ». Ainsi, la Communication « concernant les mesures correctives recevables »⁸⁶⁶ envisage, sous son point n° 63, que le transport aérien tout en relevant de son champ d'application, pointe la nécessité d'une vigilance quant aux engagements pris dans ce secteur pour l'accès au marché, intégrant ainsi les évolutions doctrinales et décisionnelles comme un « un tout transactionnel tendant à devenir la source principale de règlement des litiges en droit [de la concurrence] »⁸⁶⁷.

643. Lors de l'étude du contentieux sur les affaires de concentration ou d'entente, l'application de la réglementation par la Commission, sanctionnée par le Tribunal ou la Cour de justice, développe une pratique des engagements tout à fait remarquable (A). Le règlement permet, certes, les engagements sur proposition des parties⁸⁶⁸ à une opération de concentration pour modifier le projet initialement notifié dans un délai précis. C'est par exemple la cession d'activités et/ou d'actifs⁸⁶⁹. L'objectif est de permettre la résolution des problèmes de concurrence soulevés par la Commission et de rétablir la concurrence sur les marchés de produits et géographiques en cause par des engagements structurels (cessions d'actifs, notamment des créneaux aéroportuaires) ou de manière, *a priori*, plus exceptionnelle, des engagements comportementaux comme une abstention ou une action sur les prix, l'ouverture de l'accès au programme commercial de fidélisation notamment. Ils peuvent amener la Commission à autoriser l'opération de concentration notifiée. Celle-ci peut assortir sa décision d'autorisation de conditions et/ou charges destinées à assurer le respect

81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens.

⁸⁶⁵ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁸⁶⁶ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n°139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n°802/2004 de la Commission (2008/C 267/01) du 22 octobre 2008.

⁸⁶⁷ *Supra*, MEZAGUER Mehdi, Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne - Un exercice transactionnel de l'autorité publique, thèse de doctorat en droit public, 2011, publiée chez *Bruylant*, 17 février 2015.

⁸⁶⁸ Point n°6 de la Communication (2008/C 267/01) de la Commission concernant les mesures correctives recevables *op. cit.*

⁸⁶⁹ Ces engagements furent expressément reconnus au considérant n°30 du Règlement (CE) n°139/2004 « Concentrations », *op. cit.*

des engagements pris, les rendant alors obligatoires et opposables. Mais ce droit transactionnel a fait récemment l'objet d'un contentieux qui en souligne aussi les limites (B).

A – Le contrôle des concentrations, du droit particulier au droit commun de l'Union

644. La Commission européenne dispose des articles 101, 102 TFUE et du règlement « concentrations » à l'égard d'entreprises qui pourraient être accusées de fermer le marché aux nouveaux entrants, situation tout particulièrement problématique alors qu'un marché s'ouvre à la concurrence. Outre les aspects spécifiques comme l'attribution des créneaux aéroportuaires à des concurrents potentiels déclarés, les règles de concurrence vont trouver à s'appliquer dans les différents cas d'ententes commerciales et logistiques entre compagnies aériennes et/ou de concentrations capitalistiques. C'est dans ce cadre que la prise en compte des engagements proposés par la Commission ou par les compagnies concernées par l'opération devient un axe fort de la politique de concurrence européenne dans le transport. On rappellera utilement que peu d'affaires sont évoquées à l'aune de l'article 102 TFUE dans le transport aérien et encore moins dans le secteur ferroviaire, marchés pourtant encore marqués par des comportements et une structure de marché très monopolistiques. Une fois les grandes alliances aériennes constituées et validées par la Commission au titre de l'article 101 TFUE, l'essentiel des opérations notifiées à l'autorité de la concurrence portait sur des prises de participations et des regroupements capitalistiques tombant sous le coup du « règlement concentrations ».

645. À l'origine, ce contrôle n'était pas prévu par le traité. L'accroissement des rapprochements d'entreprises au sein du marché intérieur (parfois dans le but d'échapper à la législation sur les ententes) a rendu nécessaire l'intervention de la Commission européenne. Or une fois qu'une concentration a eu lieu, bien que des amendes puissent être appliquées, elle est très difficile à défaire. C'est le règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989 qui a posé les fondements juridiques d'une intervention par le droit des concentrations :

« (6) considérant que les articles 85 et 86, tout en étant applicables, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à certaines concentrations, ne suffisent toutefois

pas pour saisir toutes les opérations qui risquent de se révéler incompatibles avec le régime de concurrence non faussée visé par le traité »⁸⁷⁰

646. Il fallut donc prévoir que l'intervention de la Commission se devait d'être aussi envisagée pour ces opérations et compléter ainsi la politique de la concurrence, tout en maintenant les règles spécifiques du secteur aérien⁸⁷¹. Toute la logique du règlement de 1987 visant spécifiquement le secteur aérien, était entièrement tournée vers la recomposition du ciel européen : s'assurer de la pérennité des compagnies européennes, de leur capacité à absorber le choc de l'ouverture de leurs marchés nationaux et de former des alliances entre égales avec leurs partenaires nord-atlantiques puis asiatiques. Ce n'est qu'avec le règlement du 26 février 2004, que l'on constata la nécessité de constituer une possibilité d'action visant le transport aérien entre l'Union et les États tiers. Les considérants mentionnent, après le constat que les règlements n° 3975/87 et n°1/2003 ne s'appliquent pas aux liaisons avec les pays tiers, ainsi :

« (2) Par conséquent, en cas d'infraction aux articles 81 et 82 du traité, la Commission ne jouit pas, dans le secteur des transports aériens entre la Communauté et les pays tiers, des pouvoirs d'enquête et d'exécution qui lui sont conférés dans le domaine des transports aériens intracommunautaires. En particulier, elle ne dispose pas des instruments indispensables pour instruire les cas d'infraction et ne possède ni le pouvoir d'imposer les mesures correctives nécessaires pour mettre un terme aux infractions ni celui d'infliger des sanctions en cas d'infraction constatée. De plus, les droits et les compétences spécifiques que le règlement (CE) n° 1/2003 confère aux juridictions nationales et aux autorités de concurrence des États membres, ainsi que les obligations particulières qu'il leur impose, ne s'appliquent pas aux transports aériens entre la Communauté et les pays tiers ; il en va de même des mécanismes de coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence prévus par ce règlement. »

647. **Ces spécificités fondent la nécessité d'étendre les mécanismes structurels généraux à ces accords, pour renforcer le marché intérieur des transports aériens.** Selon la jurisprudence établie, le principe de proportionnalité exige que les mesures décidées par les institutions de l'Union soient adéquates et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché. Elles furent sollicitées notamment lors du long processus pour la constitution du Groupe Air France de 1990 à 1992⁸⁷² ou lors de la série

⁸⁷⁰ Abrogé par le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁸⁷¹ Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens.

⁸⁷² Notamment l'arrêt du Tribunal du 19 juillet 1997 dans l'affaire T-260/94, Air Inter/Commission, ECLI:EU:T:1994:265.

d'acquisitions réalisées par Lufthansa⁸⁷³. **En tant que principe général du droit de l'Union, le principe de proportionnalité constitue un critère de la légalité de tout acte des institutions de l'Union, y compris des décisions que la Commission adopte en sa qualité d'autorité de la concurrence.** La mise en œuvre par la Commission de ce principe se limite dans le secteur aérien à la vérification que les engagements en question répondent aux préoccupations dont elle a informé les entreprises concernées et que ceux-ci doivent correspondre à un rétablissement des conditions de concurrence. Dans l'exercice de cette vérification, la Commission prend ainsi systématiquement en considération les intérêts des tiers lorsqu'ils doivent obtenir un accès aux infrastructures aéroportuaires (créneaux horaires permettant une route aérienne entre deux aéroports) ou une participation, au moins temporaire, aux offres commerciales (partage de codes d'enregistrement, accès au programme de fidélité, obtention d'une offre de sièges).

648. L'application de ce règlement par la Commission à partir de 1990 a effectivement facilité les fusions transfrontières, puisque l'on constate que plus de 90 %⁸⁷⁴ des projets soumis à la Commission sont autorisés, moyennant des engagements, ceux-ci ayant été jugés suffisants pour valider tous les projets soumis. En effet, l'instrument des engagements structurels est privilégié dans le secteur aérien. Il recouvre des engagements très variés. Ils peuvent être structurels, tels que les cessions d'actifs comme lorsque Lufthansa qui anticipe, et donc renonce à Niki, pourtant une activité « viable et compétitive » et « autonome »⁸⁷⁵, ou comportementaux. Ces derniers ne sont en effet pas pour autant négligés, comme pour les accords commerciaux (autorisation d'accès à des programmes commerciaux – points 62 et suivants⁸⁷⁶) ou la relation avec les partenaires de l'alliance – points 67 et 69). Dans ce dernier exemple, il importe de souligner que ces engagements sont plus compliqués à évaluer donc à

⁸⁷³ Lufthansa notifie le 20 mai 2005 sa volonté d'acquérir le contrôle total de la compagnie Swiss (Affaire COMP/M.3770 du 4 juillet 2005) puis, le 26 novembre 2008, la notification porte sur la concentration par laquelle l'entreprise Deutsche Lufthansa AG acquiert le contrôle exclusif de la compagnie SN Brussels (actuellement Brussels Airlines par achat d'actions (Affaire COMP/M.5335 du 22 juin 2009) enfin la décision de la Commission du 28 août 2009 déclarant une opération de concentration compatible (Affaire COMP/M.5440 — Lufthansa/Austrian Airlines) [notifiée sous le numéro C(2009) 6690 final] *op. cit.*

⁸⁷⁴ Sur trente affaires recensées depuis 1992, seules trois ont fait l'objet d'un refus : la première notification pour une fusion des deux compagnies aériennes grecques, puis les deux refus adressés à Ryanair dans son projet de fusion avec Aer Lingus.

⁸⁷⁵ Selon les critères évoqués aux points 26 et 30 de la décision de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire M.8633 — Lufthansa/Certain Air Berlin Assets) (2018/C 60/05) du 13 février 2018.

⁸⁷⁶ *Supra*, Communication de la Commission du 22 octobre 2008.

contrôler pour la Commission européenne. **L'examen de certaines affaires emblématiques permet de montrer que la Commission européenne adapte son raisonnement à la fois aux spécificités du secteur aérien, mais aussi aux spécificités propres à l'affaire.**

649. On peut souligner le rôle de la Commission dans le pragmatisme du contrôle, voire sa bienveillance, dès la première affaire de concentration, impliquant Air France et la Sabena en 1992. Dans ce projet, les risques d'atteinte à la concurrence existent sur certaines liaisons entre la Belgique et la France, l'Europe et l'Afrique et certaines destinations vers des pays tiers européens hors AELE. La Commission a donc demandé un certain nombre d'engagements à Air France, Sabena ainsi qu'aux gouvernements belge et français. Il est ainsi convenu que pour les liaisons Bruxelles-Lyon et Bruxelles-Nice, l'une des deux compagnies se retire au profit d'un ou plusieurs concurrents dès qu'ils se présenteront. Dans le même temps et en tant que mesure complémentaire, les créneaux horaires et les facilités aéroportuaires nécessaires seront garantis à tout nouvel intervenant désireux d'exploiter ces liaisons.

650. Cette logique se retrouve dans la réforme législative des créneaux aéroportuaires et prouve la cohérence de l'attitude bienveillante de la Commission européenne parce que le secteur aérien demande une activation prudente des règles de concurrence. En garantissant des créneaux aux nouveaux entrants, la Commission admet des restrictions de concurrence nécessaires à la pérennisation de la Sabena, tout en veillant à rendre la libéralisation du ciel effective. **Les engagements sont donc un moyen de moduler les effets anticoncurrentiels pour garantir le droit de concurrents potentiels.** Par exemple, Air France et Sabena ayant l'intention d'instaurer une navette aérienne entre Paris et Bruxelles, l'instance européenne a aussi obtenu que d'autres transporteurs de la CEE de l'époque puissent assurer cette desserte en ayant un nombre de fréquences égal à celui des deux compagnies. Ces dernières se sont aussi engagées à rétrocéder certaines fréquences de vols sur l'Afrique dès qu'un repreneur se présenterait. La Commission souligna que ces engagements sont juridiquement contraignants, car signés par les États concernés. Elle inscrit son action dans une appréhension proportionnée des règles de concurrence et pas dans une application dogmatique du droit. Cette approche est confirmée et amplifiée dans l'affaire Air-France KLM.

651. Cette affaire est emblématique notamment parce que c'est la première concentration dans le transport aérien qui soit encore effective et par l'étendue de l'analyse et des engagements négociés avec la Commission européenne. Les concessions faites par Air

France et KLM serviront même d'étalon⁸⁷⁷ dans l'examen des fusions ultérieures du secteur. Air France et KLM ont bien obtenu le feu vert européen à leur fusion dès la phase I de l'examen par la Commission européenne, alors que les délais d'une enquête approfondie auraient pu durer jusqu'à quatre mois. Ce rapprochement se fait avec un grand nombre de concessions, principalement, la cession de quelque quatre-vingt-quatorze créneaux de décollage et d'atterrissage par jour, sur quatorze liaisons sur lesquelles la concurrence aurait été réduite après le rapprochement. Les lignes en question relient Amsterdam à Paris, Lyon, Marseille, Toulouse, Bordeaux, Rome, Venise et Bologne. La Commission européenne a aussi demandé des concessions sur Amsterdam – New York, Paris - Detroit, Amsterdam - Atlanta, Paris - Lagos et Amsterdam - Lagos. Ce grand nombre de créneaux s'explique par la grande proximité géographique des réseaux ainsi fusionnés. Une telle quantité de créneaux ne s'est plus jamais retrouvée dans les grands rapprochements, notamment entre British Airways et Iberia en 2010. Il apparaît que la proximité géographique et le chevauchement des zones d'attraction entre Amsterdam et Paris furent l'une des principales raisons de l'importance des renoncements requis aux créneaux horaires.

652. Cette ampleur de la fusion qui fit du Groupe franco-néerlandais la première compagnie au monde en termes de passagers transportés pendant quelques années correspond au niveau d'engagements rendus contraignants par la Commission. Ainsi, d'autres aménagements structurels pour encourager l'arrivée de nouveaux opérateurs furent prévus. Il s'agit d'abord qu'un nouvel entrant puisse obtenir des « droits acquis » pour les créneaux pour la liaison Paris-Amsterdam sans attendre la saisonnalité requise et cela en dérogation du règlement (CEE) n° 95/93. Par ailleurs, dans la perspective de l'achèvement de la liaison ferroviaire à grande vitesse entre les deux villes⁸⁷⁸ ou que d'autres concurrents apparaissent, il pourra utiliser ces créneaux pour d'autres destinations. Dans cette même logique, les compagnies Air France et KLM ont accepté de conclure des accords dits « intermodaux » avec des sociétés de transport terrestre pour permettre à un passager d'affaires de faire un voyage

⁸⁷⁷ Citée six fois dans la Communication (2008/C 267/01) de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n°139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n°802/2004 de la Commission.

⁸⁷⁸ La LGV 1 n'est ouverte en totalité jusqu'à Bruxelles que le 14 décembre 1997, à la suite de nombreux désaccords politiques entre les communautés flamande et francophone sur le tracé de la LGV en Belgique, qui ont retardé d'autant le lancement des travaux, la partie française étant en service depuis septembre 1993. Avec sa section belge, d'une longueur de 71 kilomètres, cette LGV Nord devient la première ligne à grande vitesse transfrontalière au monde.

aller en train et retour en avion, entre Paris et Amsterdam. Cette prise en compte de l'offre de transport ferroviaire correspondait à l'époque aux prémices d'une logique commune dans la politique de transport, menant à un argument spécifique, mais non réitéré onze ans plus tard⁸⁷⁹, de la Commission sur le fondement de l'intermodalité. Par ailleurs, les autorités nationales néerlandaise et française ont donné à la Commission l'assurance qu'elles accorderaient des droits de trafic à d'autres compagnies aériennes souhaitant faire escale à Amsterdam ou Paris sur des liaisons vers les États-Unis ou d'autres destinations hors Union européenne. Elles se sont également engagées à ne pas réglementer les prix sur les liaisons long-courriers sur lesquelles d'autres compagnies proposent des services indirects en concurrence avec Air France et KLM.

653. Enfin, Air France-KLM est aussi une affaire unique en ce sens que la Commission impose une cession de créneaux pour une durée illimitée. Jusqu'ici, la Commission n'avait eu à évaluer que des alliances entre compagnies aériennes, pour lesquelles elle exigea des cessions de créneaux pour une durée de six ans⁸⁸⁰.

654. **Ces engagements redessinent l'espace aérien européen et légitiment de ce fait l'action compréhensive de la Commission.** Elle pilote au sens littéral du terme, par le moyen des engagements, la libéralisation et ses effets potentiels pour les compagnies démonopolisées sous l'effet du droit de l'UE. Cette décision confirme certes la bienveillance que manifeste la Commission à l'égard du mouvement de concentration dans l'aérien pour constituer un champion européen, mais elle garantit aussi les droits des consommateurs, comme dans toute opération de concentration, « L'union des compagnies permettra aux clients de KLM d'avoir accès à plus de 90 nouvelles destinations, alors que ceux d'Air France se verront proposer 40 nouvelles liaisons. Les économies que cette opération permettra de

⁸⁷⁹ Dans l'affaire COMP/M 7449 du 13 mai 2015, SNCF Mobilités / Eurostar International Limited, la Commission n'a pas tranché sur la question du marché pertinent, entre segmentation par type de voyageur ou alors prendre en compte la concurrence intermodale. Ainsi sur les marchés Paris-Londres-Bruxelles, Eurostar est en situation de monopole sur l'offre ferroviaire, mais sa part de marché se réduit à environ 75% avec la concurrence intermodale.

⁸⁸⁰ Règlement (CEE) n°1617/93 de la Commission, du 25 juin 1993, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions ou de pratiques concertées ayant pour objet la planification conjointe et la coordination des horaires, l'exploitation de services en commun, les consultations tarifaires pour le transport de passagers et de fret sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports, modifié par les Règlement (CE) n°1523/96 de la Commission, du 24 juillet 1996, Règlement (CE) n°1083/1999 de la Commission, du 26 mai 1999 et Règlement (CE) n°1105/2002 de la Commission, du 25 juin 2002.

réaliser, ainsi que l'amélioration du service qui résultera de la réunion des réseaux, devraient également profiter aux consommateurs et à l'économie en général »⁸⁸¹.

655. Ce contrôle des concentrations permet aussi et dans le même temps, la mise en place d'un écosystème normatif complet. En octobre 2017, l'enquête de la Commission en matière de concentrations concernant LGW met en scène une autre protection du consommateur dans un jeu à « plusieurs bandes ». Lufthansa anticipe et renonce à Niki qui échoit à LaudaMotion qui sera reprise par Ryanair alors qu'easyJet se renforce à Berlin, principale base commerciale d'Air Berlin et destination touristique et d'affaires importante. À la suite de la décision de Lufthansa de renoncer à Niki, la Commission a limité son enquête à l'incidence sur la concurrence de la partie restante de l'opération, à savoir l'acquisition de LGW, y compris des aéronefs, des membres d'équipage et des créneaux horaires supplémentaires d'Air Berlin.

656. Le contexte de la partie de l'opération à laquelle a renoncé Lufthansa est intéressant. Le projet d'acquisition de Niki par Lufthansa a fait peser un risque sérieux de réduction du choix et d'augmentation des prix à long terme pour les consommateurs européens. La Commission a déjà informé l'administrateur d'insolvabilité des possibles problèmes de concurrence au cours du processus de vente. Les activités de Lufthansa et de Niki se chevauchaient sur environ cent-trente liaisons. À l'issue du rachat, la concurrence aurait été très limitée sur environ soixante-dix de ces liaisons. D'autant plus que, sur environ cinquante de ces liaisons, Lufthansa aurait eu le quasi-monopole pour l'offre de sièges aux voyageurs et aux passagers. Lufthansa n'a proposé que des mesures correctives limitées pour remédier aux problèmes de concurrence liés à son projet de rachat de NIKI. Elles n'ont pas été jugées suffisantes par la Commission, laquelle a voulu éviter de porter préjudice aux consommateurs et à la concurrence. Elle a appuyé son appréciation par la consultation des acteurs du marché lancée par la Commission concernant les mesures correctives proposées. Dès lors, au lieu de proposer des mesures correctives adéquates pour remédier aux problèmes soulevés par la Commission, Lufthansa a décidé d'exercer son droit, négocié au préalable, d'exclure Niki de l'opération. Dans cet exemple, il importe de relever que le contrôle de la concentration fût exemplaire des anticipations des compagnies aériennes, trouvant, de concert ou par défaut,

⁸⁸¹ Propos de Mario Monti, président de la Commission, repris par le journal Le Monde, <https://www.lesechos.fr/2004/02/bruxelles-approuve-sous-condition-la-fusion-air-france-klm-630418> et Rapport de la Commission - Rapport sur la politique de concurrence 2004 /* SEC/2005/0805 final */ du 17 mai 2005

une solution à soumettre au régulateur. Ainsi, outre la reprise des actifs (aéronefs et créneaux aéroportuaires) et le maintien des emplois, la Commission en autorisant le projet de rachat de certaines parties d'Air Berlin par easyJet le 12 décembre 2017 permet que cette dernière renforce sa présence aux aéroports de Berlin, lui permettant de commencer à exercer une concurrence sur de nouvelles liaisons au bénéfice des consommateurs.

657. **Il importe aussi de pointer cette possibilité de dérogation.** Le règlement sur les concentrations prévoit que les entreprises ne peuvent réaliser une opération soumise à l'obligation de notification avant que celle-ci ait été déclarée compatible avec le marché commun (article 7, paragraphe 1, du règlement de l'UE sur les concentrations). Cela permet d'éviter qu'il puisse être porté irrémédiablement atteinte à la concurrence avant que la Commission n'ait pris sa décision. Dans le même temps, les règles de l'UE en matière de concentrations permettent à la Commission d'accorder une autorisation temporaire pour certaines parties d'une opération (sur la base de l'article 7, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations), d'une manière qui n'affecte pas l'exercice d'une concurrence effective, et afin d'éviter les effets négatifs pour les consommateurs.

658. Le 27 octobre 2017, à la demande de Lufthansa, la Commission a pris la décision d'accorder une telle dérogation. En conséquence, 49 avions sur les 57 concernés par l'opération initiale pouvaient être utilisés pendant l'enquête sur la concentration alors que par ailleurs, Lufthansa a également cherché à acquérir plusieurs avions supplémentaires ne relevant pas de l'opération notifiée. Cette décision a donc contribué à empêcher des annulations supplémentaires de vols au détriment des consommateurs et a aidé à éviter de plus amples licenciements, alors que la concentration était en cours d'examen. Elle a également permis d'éviter que des tiers reprennent possession des avions loués à Air Berlin, y compris ceux exploités par Niki. La décision d'accorder une dérogation fixait des conditions claires pour éviter tout effet négatif sur les actifs d'Air Berlin si Lufthansa renonçait à son projet d'acquisition ou si des procédures d'insolvabilité étaient ouvertes à l'encontre de Niki et de LGW. La décision contient notamment des conditions claires qui garantissent que les actifs peuvent toujours être acquis en tout ou en partie par un acheteur autre que Lufthansa.

659. Jusqu'en 2016, le dialogue entre la Commission et les compagnies aériennes ne fut pas l'objet d'une remise en question autre que par des compagnies tierces à ces

concentrations, easyJet⁸⁸² contestant la fusion entre Air France et KLM, Virgin Atlantic⁸⁸³ contre le rachat par IAG de Bmi, ou encore l'action de Niki Luftfahrt⁸⁸⁴ contre l'autorisation de reprise d'Austrian Airlines par Lufthansa. **En effet, même si à ce jour c'est la seule affaire⁸⁸⁵, le contentieux semble se porter sur la durée de ces engagements et leur possible exemption.**

B – La contestabilité d'un engagement : la réaction des compagnies aériennes

660. Lors de l'acquisition de Swiss par Lufthansa en 2005, l'enquête de la Commission, tenant compte de l'incidence de la coopération étroite existant entre Lufthansa et les autres membres de Star Alliance, démontre que le projet d'acquisition de Swiss par Lufthansa élimine ou réduit considérablement la concurrence sur plusieurs liaisons intra-européennes, notamment Zurich-Francfort et Zurich-Munich, et sur certaines liaisons long-courriers vers les États-Unis, l'Afrique du Sud, la Thaïlande et l'Égypte. Face à ces préoccupations qui peuvent être rédhitoires, les parties se sont engagées à un ensemble de mesures. D'abord, il s'agit de restituer des créneaux dans les aéroports de Zurich, Francfort, Munich, Düsseldorf, Berlin, Vienne, Stockholm et Copenhague. Cette décision crée les conditions permettant aux compagnies concurrentes d'offrir jusqu'à 41 vols aller-retour par jour sur les liaisons en cause. Cet accès nouveau doit être complété pour inciter les nouvelles implantations. Aussi, un nouvel opérateur pourra obtenir des « droits acquis » sur les créneaux obtenus pour les liaisons Zurich-Francfort et Zurich-Munich, à condition de proposer des vols sur la liaison pendant au moins trois ans. Cette disposition accroît la valeur des créneaux libérés et réduit ainsi fortement le risque que représente une nouvelle implantation. Cet engagement relatif aux créneaux, pour être économiquement viable, s'accompagne d'autres mesures au titre desquelles Lufthansa s'abstient d'accroître son offre prévisionnelle de vols sur les liaisons en cause, en vue d'accorder au nouvel arrivant une chance équitable d'affirmer sa crédibilité en tant que concurrent.

⁸⁸² Easyjet forme un recours le 14 mai 2004 qui aboutit au rejet de son action par l'arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre) dans l'affaire T-177/04 du 4 juillet 2006.

⁸⁸³ Recours introduit le 1er août 2012 - Virgin Atlantic Airways Ltd / Commission européenne (affaire T-344/12) puis abandonné le 16 mai 2014 (*Case T-344/12 is removed from the register of the General Court, 15 July 2014*)

⁸⁸⁴ Niki Luftfahrt devant le Tribunal qui rejette l'action dans l'affaire T-511/09 du 13 mai 2015.

⁸⁸⁵ Recours de Lufthansa du 5 octobre 2016 contre la décision de la Commission C (2016) 4964 final, rendue le 25 juillet 2016 dans l'affaire M.3770, Lufthansa/Swiss, du 4 juillet 2005.

661. Enfin, l'autorité suisse de régulation de l'aviation civile a assuré la Commission qu'elle accorderait des droits de trafic à d'autres transporteurs aériens souhaitant faire escale à Zurich sur les liaisons vers les États-Unis ou d'autres destinations hors Union européenne. Les autorités suisse et allemande de l'aviation civile ont également donné l'assurance qu'elles s'abstiendraient de réguler les prix sur les liaisons long-courriers. Cet engagement est important, car la Commission prit en considération, dans son analyse du marché, l'existence d'une concurrence indirecte, ou de réseau, sur les liaisons long-courriers. Mais huit ans plus tard, le 4 novembre 2013, les parties ont présenté à la Commission une demande d'exemption des engagements tarifaires et, si possible, des engagements sur les créneaux horaires et d'autres mesures correctives accessoires en matière d'accès applicables aux lignes Zurich-Stockholm et Zurich-Varsovie. Cette demande, qui apparaît comme une première, est faite sur la base de clauses de révision, permettant du fait de « circonstances exceptionnelles ou un changement radical dans les conditions du marché » ou d' « évolution du marché à long terme » que les engagements, principalement sur les créneaux aéroportuaires, soient levés.

662. Mais outre, que Lufthansa estime pouvoir utiliser ces arguments, la compagnie allemande formule un motif qui nous intéresse particulièrement, celui de « la modification de la politique de la Commission en matière de traitement des partenaires d'alliance dans l'examen des opérations de concentration ainsi que l'appréciation portée par la Commission⁸⁸⁶ ». Pour cela, Lufthansa va utiliser une autre décision de la Commission, pourtant favorable à une autre fusion initiée par elle, concernant en 2009 l'acquisition de Brussels Airlines⁸⁸⁷ pour obtenir gain de cause, partiellement certes, avec la levée des engagements pour la liaison entre la Suisse et la Suède.

663. Dans son arrêt⁸⁸⁸, le Tribunal va approuver la démarche de Lufthansa. Pour cela, tout en rappelant que la Commission dispose certes d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation dans chaque affaire, mais que de ses décisions récentes, et c'est ici que celle de 2009 va servir contre elle, il pouvait être conclu qu'elle envisageait différemment un certain nombre d'engagements, notamment sur les tarifs et que dès lors, cela pouvait constituer un motif

⁸⁸⁶ Point 79 et suivant de l'arrêt du Tribunal du 16 mai 2018 dans l'affaire T 712/16, Deutsche Lufthansa AG c/ Commission européenne, *supra*.

⁸⁸⁷ Décision C(2009) 4608 final de la Commission déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE (affaire COMP/M.5335, Lufthansa/SN Airholding du 22 juin 2009).

⁸⁸⁸ *Ib idem*

justifiant la levée des engagements, d'autant plus que cette évolution de l'appréciation de la Commission se confirmait « dans la manière dont la Commission traite les partenaires de l'Alliance », relevant alors d' « une évolution du marché à long terme au sens de la clause de révision ».

664. En effet, comme le mentionnait le Tribunal, au point 23 de son arrêt, il existe une différence d'appréciation avec la décision de 2009 qui écartait les partenaires de l'Alliance, alors qu'en 2013

« la Commission a souligné que, même si les conditions permettant de demander la levée des engagements [...] étaient considérées comme remplies, il conviendrait de tenir compte, dans l'appréciation de la demande d'exemption, des accords de partage de code conclus par Swiss avec les partenaires de Lufthansa, SAS, en 2006, et LOT, en 2007 (considérants 95 et 96 de la décision attaquée). [...] La Commission a ainsi conclu qu'il n'existait pas de motifs suffisants pour accorder l'exemption demandée. »

665. Cette appréciation différente renforçait selon la juridiction « la nécessité pour la Commission de procéder à un examen diligent et approfondi de la demande d'exemption et de vérifier si les engagements sont encore nécessaires ou appropriés », comme mentionné au point 136 de l'arrêt. Cette décision du tribunal n'a pas fait l'objet de recours par la Commission. Elle a donc entraîné la sanction d'une décision de la Commission qui faisant évoluer son approche du secteur, ne l'a pas fait dans une perspective de long terme. Pourquoi en 2009, écartier les partenaires de l'alliance et ne pas le faire quatre ans plus tard ? La réponse est difficile sauf peut-être à considérer que Lufthansa, par sa position sur le centre-Europe n'était devenue trop « dominante ».

666. Depuis 2016, il n'y a eu qu'une affaire de concentration, qu'elles relèvent d'une opération capitalistique ou d'une entente commerciale, celle concernant la co-entreprise transatlantique⁸⁸⁹ entre Delta et ses partenaires Air France-KLM et Virgin, pour laquelle aucune restriction ne fut imposée aux compagnies aériennes. Il est fort probable que nous étions arrivés à un moment, acté par la Commission dans la recomposition du ciel européen d'un côté et transatlantique de l'autre. La marge de manœuvre de la Commission reste intacte dans son pilotage pragmatique du secteur aérien, y compris sous le contrôle du Tribunal. Il

⁸⁸⁹ Commission européenne, décision de non-opposition à une concentration notifiée dans l'affaire M.8964 — Delta/Air France-KLM/Virgin Group/Virgin Atlantic, (2021/C 15/01) du 12 février 2019.

n'en reste pas moins qu'entre les arguments juridiques du débat à propos de la politique des engagements⁸⁹⁰ et son application aux concentrations entre compagnies aériennes⁸⁹¹, **les affaires Air France / KLM (2004) puis British / Iberia (2010) restent des standards que certains ont voulu voir appliquer quand Siemens-Altstom ont proposé leurs engagements sur fond de politisation de ces dossiers**⁸⁹².

§ 3 – Les aides d'État ou le conflit permanent

667. Jusqu'à sa libéralisation dans les années 1990, le secteur aérien fut marqué par un soutien étatique aux compagnies aériennes de pavillon, ce que la Commission relevait lors d'une enquête⁸⁹³, pointant de nombreuses aides publiques, parfois sous forme d'investissements publics croisés, principalement pour le développement d'aéroports régionaux. Prenant acte de ce constat, la Commission adopte dès 1994, ses premières lignes directrices concernant les aides d'État dans le secteur aérien⁸⁹⁴ pour y préciser les conditions de mise en œuvre du test dit de « l'investisseur privé en économie de marché » notamment en distinguant aides à l'investissement et au fonctionnement. L'abrogation du règlement de 1994 et l'adoption des lignes directrices en 2014 par la Commission, relativement aux aides d'État en faveur des aéroports et des compagnies aériennes au sein de l'Union européenne, s'insèrent dans le processus de modernisation de la politique européenne de concurrence, initié en 2012⁸⁹⁵, confirmant l'importance⁸⁹⁶, dans l'application du droit de l'Union, de ces lignes directrices.

⁸⁹⁰ *Supra*, MEZAGUER Mehdi, Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne - Un exercice transactionnel de l'autorité publique, 2015.

⁸⁹¹ *Supra*, PAPY Romain, L'aviation commerciale et le droit antitrust, 2011.

⁸⁹² IAG ne voit pas d'obstacle au contrôle de British Airways après le Brexit, <https://investir.lesechos.fr/actions/actualites/iag-ne-voit-pas-d-obstacle-au-contrôle-de-british-airways-apres-le-brexit-1938609.php>

⁸⁹³ Commission, Rapport au Conseil et au Parlement européen sur l'évaluation des régimes d'aides institués en faveur des transporteurs aériens de la Communauté », Document SEC(92) 431 final du 19 mars 1992.

⁸⁹⁴ Communication de la Commission, Application des articles 92 et 93 du Traité CE et de l'article 61 de l'accord EEE aux aides d'État dans le secteur de l'aviation, du 10 décembre 1994.

⁸⁹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État, COM(2012) 209 final du 8 mai 2012.

⁸⁹⁶ DONY Marianne, « 3.3. - Portée des lignes directrices » in Aides d'État, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 268-276

668. Au début de l'année 2019, la Commission européenne a fait part de sa volonté de prolonger de deux années supplémentaires les règles en matière d'aides d'État, expirant initialement en 2020. Une évaluation des règles et des lignes directrices fut lancée⁸⁹⁷, pour mesurer l'adéquation des règles aux objectifs poursuivis par l'Union. Il importe de rappeler que toutes les précédentes consultations, en 2011 et 2013, ont entraîné de nouvelles lignes directrices. Mais à l'heure actuelle, le résultat de la consultation, clôturée le 31 juillet 2019, n'est toujours pas paru et il semble que les données recueillies soient étudiées à l'aune de mesures prises par la Commission pour pallier autant que possible les effets de la pandémie à SARS-CoV2⁸⁹⁸.

669. En juillet 2019, avec la Commission qui rappelle que la croissance du trafic aérien sur l'année 2018 est liée à « la concurrence intense que se livrent les compagnies aériennes et les aéroports⁸⁹⁹ », on peut schématiquement relever trois catégories d'aides d'État⁹⁰⁰, selon qu'il s'agit d'une obligation de service public, d'un développement régional ou au sauvetage et à la restructuration, prenant ainsi en compte des objectifs différents (A) et marquant plus ou moins profondément la gouvernance des compagnies aériennes (B).

A - La prise en compte des différents objectifs poursuivis

670. L'objectif central des aides d'État fut toujours d'envisager de créer, de maintenir, voire de développer, l'accessibilité du plus grand nombre au transport aérien de passagers ; que cela soit, l'investissement aéroportuaire comme la construction ou l'extension d'aéroports ou le développement de l'offre de transport par les aides au développement de nouvelles lignes voire la création de compagnies aériennes et logiquement l'aide aux compagnies en difficulté. Dès les premières applications de la concurrence entre compagnies aériennes, les obligations de service public (OSP) et les prérogatives étatiques faisant la promotion d'un développement régional ont été rappelées pour mieux les confirmer, notamment par l'article 107, paragraphe 3 du TFUE. Les aides octroyées pour le sauvetage

⁸⁹⁷ Commission européenne, 29 mai 2019, Consultation publique sur les lignes directrices de l'aviation de 2014.

⁸⁹⁸ *Supra*, Communication « mesures d'aide d'État COVID-19 », 20 mars 2020, encadrement prolongé le 28 janvier 2021.

⁸⁹⁹ Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Rapport sur la politique de concurrence 2018, 15 juillet 2019, COM(2019) 339 final {SWD(2019) 297 final}, p. 23

⁹⁰⁰ *Supra*, « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » du 4 avril 2014.

d'une entreprise ne sont pas expressément visées par le TFUE, mais en découlent et font l'objet d'une constante prise en compte par le régulateur européen. Nous reprendrons cette distinction pour les analyser en deux temps.

671. Parmi les financements, autorisés par la réglementation sur les aides d'État⁹⁰¹, figure le financement des obligations de service public (OSP). Principale exception au principe général du libre marché aérien, celles-ci sont définies⁹⁰² comme étant des mesures imposées à un transporteur aérien pour assurer la prestation d'un service aérien répondant aux exigences « de continuité, de régularité, de capacité et de prix, normes auxquelles le transporteur ne satisferait pas s'il ne devait considérer que son seul intérêt commercial ». Parce qu'un État membre peut imposer une obligation de service public à des services aériens réguliers vers un aéroport régional sur une liaison qui est considérée comme vitale pour le développement économique de la région, son intervention dans le marché aérien demeure incontournable⁹⁰³ et doit faire l'objet d'une réglementation particulière et complémentaire de celle des aides à finalité régionale fondées sur l'article 107 § 3 points a) et c) du TFUE.

672. **Ces OSP aériennes représentent une faible part du transport aérien européen, mais sont indispensables pour la desserte intérieure des pays ayant des contraintes géographiques** (insularité, isolement, contrainte de la distance) **et de l'absence de solutions alternatives**. Localement, elles peuvent représenter l'unique offre aérienne existante et jouer un véritable rôle de désenclavement⁹⁰⁴. Enfin ces aides peuvent se combiner à celles portant un caractère social, notamment pour la mobilité des ressortissants français⁹⁰⁵ au titre de la continuité territoriale.

⁹⁰¹ *Supra*, Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes rappelant les conditions posées par le Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

⁹⁰² Article 2 du règlement 2408/92 du Conseil concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires.

⁹⁰³ DOBRUSZKES Frédéric, Une géographie des services publics aériens en Europe, *L'Espace géographique*, 2007/4 (Tome 36), p. 320-336.

⁹⁰⁴ Projet de fusion d'Olympic Airways et d'Aegean Airlines refusé la Commission dans l'affaire COMP/M.5830 — 26 janvier 2011) puis, pour éviter la faillite de la compagnie Olympic, la décision validant la fusion entre Aegean Airlines et Olympic Air dans l'affaire COMP/M.6796 du 9 octobre 2013.

⁹⁰⁵ Aide d'État SA.34643 (2012/N) du 14 juin 2012 portant modification du régime d'aides à caractère social au bénéfice de certaines catégories de personnes ayant leur résidence habituelle dans l'une des collectivités suivantes : la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, Mayotte, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, La Réunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et Wallis-et-Futuna

673. Il importe de rappeler, à la suite de la décision de la Commission⁹⁰⁶, confirmée par le Tribunal le 13 mai 2020⁹⁰⁷ concernant le régime d'aides octroyées à des aéroports sardes, qu'en ce qui concerne les services de transport aérien, les obligations de service public ne peuvent être imposées que conformément au règlement (CE) n° 1008/2008, c'est-à-dire que pour « une liaison donnée ou un groupe de liaisons données », et non pour une liaison régulière au départ d'un aéroport, d'une ville ou d'une région donnés⁹⁰⁸. En outre, des obligations de service public ne peuvent être imposées sur une liaison pour satisfaire des besoins de transport qui ne peuvent l'être adéquatement par une liaison aérienne existante ou d'autres moyens de transport. En effet, le transport aérien est un secteur où le législateur de l'Union a décidé, en imposant les conditions énoncées dans le règlement (CE) n° 1008/2008, de « restreindre la grande marge d'appréciation dont bénéficient normalement les États membres pour qualifier certaines activités de SIEG ». Dans ces décisions, le régime d'aides incluant l'augmentation du trafic aérien par les compagnies aériennes, dans un objectif de développement régional et d'OSP, et la promotion de la Sardaigne, en tant que destination touristique par les compagnies aériennes, avait été déclaré incompatible avec le marché intérieur.

674. À côté de cette intervention au titre des OSP, la puissance publique est autorisée à octroyer des aides au « démarrage des compagnies aériennes » qui assurent un double objectif, celui d'un lancement d'une nouvelle liaison, dans le but d'améliorer la connectivité d'une région, et de la contribution à la « réalisation d'un objectif d'intérêt commun⁹⁰⁹ », comprenant l'amélioration de la mobilité des citoyens de l'Union et la connectivité des régions grâce à l'ouverture de nouvelles liaisons, d'autant plus s'il s'agit de régions éloignées. On pourrait se limiter à cette analyse très distanciée en n'évoquant que l'aspect juridique, d'une « autorisation à aider », mais à la lecture de ces lignes directrices éditées par la Commission, il est tout à fait envisageable d'y comprendre une forme d'incitations, tant les possibilités sont diverses, comme nous avons pu l'envisager ici et détaillées dans leurs critères de conformité au droit européen.

⁹⁰⁶ Point 379 de la Décision (UE) 2017/1861 de la Commission du 29 juillet 2016 concernant l'aide d'État SA33983 (/C) (ex/NN) (ex 2011/N) — Italie — Compensations versées aux aéroports sardes pour des obligations de service public (SIEG) [notifiée sous le numéro C(2016) 4862].

⁹⁰⁷ Arrêt du Tribunal du 13 mai 2020 dans l'affaire T-716/17, *Germanwings c/ Commission*, ECLI:EU:T:2020:181.

⁹⁰⁸ *Supra*, Point 70 des lignes directrices de 2014 « aides d'États aux aéroports et aux compagnies aériennes ».

⁹⁰⁹ Point 138 et suivants de Communication, *supra*.

675. Les lignes directrices de la Commission européenne applicables aux aéroports et aux compagnies aériennes ont été publiées le 4 avril 2014⁹¹⁰, après un long processus de consultation et d'échange auprès des États membres et des organisations professionnelles du secteur. **Il s'agissait notamment de prendre en compte les conséquences pour le secteur du transport aérien du fort ralentissement économique du début des années 1990 qui a forcé de nombreuses compagnies aériennes à se restructurer.** La plupart d'entre elles se tournaient vers leurs gouvernements pour leur demander une aide publique susceptible de les aider à réussir leur restructuration. Depuis 1991, sept compagnies aériennes ont bénéficié d'aides publiques à la restructuration, Sabena (Belgique), Iberia (Espagne), Aer Lingus (Irlande), TAP (Portugal), Air France (France), Olympic Airways (Grèce) et Alitalia (Italie). Dans la période de négociations de ces lignes directrices, la situation de la compagnie historique italienne inquiétait tous les acteurs du secteur. C'est le 7 juin 2005 que la Commission approuva un programme d'aide publique d'une valeur de 1,2 milliard d'euros dans le cadre d'un plan de restructuration⁹¹¹ destiné à rétablir la viabilité de la compagnie Alitalia. Ce programme d'aide a été critiqué par les autres compagnies aériennes et par les représentants des compagnies aériennes à bas tarifs (l'Association européenne des compagnies aériennes à bas tarifs, ELFAA). Celles-ci faisaient valoir qu'Alitalia était une compagnie aérienne nationale « condamnée⁹¹² » dans laquelle aucun investisseur privé ne prendrait le risque d'investir. La compagnie aérienne à bas tarifs Ryanair a critiqué cette décision de la Commission et a déclaré que l'aide accordée bafouait le principe de « l'aide unique », dit « *one time, last time* », que la Commission est censée appliquer aux aides d'État, rappelant qu'en 1997, le gouvernement italien reçut de la Commission l'autorisation d'octroyer une aide d'État de 1,4 milliard d'euros à Alitalia. Face à ces critiques, Jacques BARROT, alors commissaire européen chargé des transports, répondait que « Cela n'est nullement une décision politique ou une manière quelconque d'aider l'Italie. Il y a ceux qui disent que nous devrions tuer une telle compagnie, mais je ne suis prêt à le faire que s'il y a de bonnes raisons juridiques de le faire - et, précisément, il n'y en avait pas⁹¹³ », opposant les tenants d'une concurrence sans bornes à

⁹¹⁰ *Supra*, Communication « aides d'État aviation », 2014.

⁹¹¹ *Supra*, Décision du 7 juin 2005 concernant le plan industriel de restructuration d'Alitalia.

⁹¹² <https://www.france24.com/fr/20080424-bruxelles-doute-laide-italienne-alitalia-italie-alitalia> - Consulté le 3 juin 2009.

⁹¹³ <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2005/relations-du-travail-dans-le-secteur-du-transport-aerien> - Consulté le 13 mai 2019.

l'argument de la nécessité économique et territoriale par la connectivité du territoire européen assurée par une telle compagnie.

676. Il reste à envisager que ces préoccupations concernent aussi la ressource aéroportuaire, évoquée à l'art 9 du règlement (CEE) n° 95/93 « créneaux aéroportuaires » qui prévoit une attribution par l'État d'une réserve de créneaux aéroportuaires pour les vols régionaux. Ce sont les « régions (ultra)périphériques » qui sont ainsi envisagées, notamment sur la base de l'article 349 TFUE, et les zones de développement (art. 16 du règlement n° 1008/2008). Ces régions furent définies d'abord comme desservies par des aéroports autres que ceux figurant initialement sur la liste⁹¹⁴ des aéroports dits de première catégorie. Elles correspondent actuellement à toute destination depuis un aéroport n'atteignant pas un seuil de trois millions de passagers par an ou correspondant à un critère d'éloignement, notamment du fait de leur insularité. **Il était donc indispensable de clarifier le cadre normatif et d'éviter de tels débats, précurseurs de contentieux et d'insécurité juridique.** Ces lignes directrices ont donc précisé et renforcé le cadre antérieur (celui des lignes directrices de 2005), souvent mal compris et mal appliqué. Ainsi, dans son bilan annuel, la Commission relevait que fin 2013, soixante-dix-huit aéroports européens étaient sous le coup de plaintes pour aides d'État, reflétant des déséquilibres concurrentiels et amenant à la multiplication des plaintes pour aides d'État au sein de l'espace européen

677. Les objectifs de ces lignes directrices sont multiples et distinguent les aides aux aéroports et aux compagnies. Premièrement, elles clarifient la question de la régularité des nombreux accords dits « de marketing et de publicité » qui ont été passés entre aéroports et compagnies aériennes à bas coûts et qui ne peuvent plus être désormais admis que sous réserve d'un calcul préalable de rentabilité économique. Deuxièmement, elles limitent l'intensité des aides à l'investissement des aéroports en fonction de leur taille et prévoient la disparition des aides à l'exploitation dans un délai de 10 ans, sauf pour les aéroports de moins de 700 000 passagers dans la mesure d'une clause de revoyure dans 5 ans. Enfin, elles circonscrivent les aides au démarrage des services aériens à des baisses de redevances limitées dans le temps et en intensité, seulement pour la création de nouvelles liaisons. L'approche de la Commission européenne a été de s'assurer que ces aides publiques

⁹¹⁴ Annexe I du règlement n°2408/92 consolidé, *supra*.

répondaient effectivement au besoin de restructuration, sans pour autant fausser le jeu de la concurrence sur le marché. En 1994, elle a défini les principes et les critères d'appréciation des aides d'État en faveur des compagnies aériennes sous la forme d'orientations. Ces orientations ont été reprises vingt ans plus tard, comprenant un programme global de restructuration de durée déterminée qui doit redresser l'entreprise et assurer la viabilité de celle-ci à long terme, y compris par des réductions de capacité, si c'est une condition nécessaire pour que l'entreprise retrouve une rentabilité financière et commerciale ou une interdiction d'expansion de son activité, c'est-à-dire sans une augmentation du nombre d'appareils ou de sièges. Par ailleurs, ce programme de restructuration doit être autonome, impliquant qu'aucune aide supplémentaire ne sera requise pendant la durée du programme ni à l'avenir, l'aide ne pouvant être accordée qu'une fois⁹¹⁵.

678. Pour terminer la prise en compte des différents objectifs poursuivis et d'envisager la complexité dans le prisme de la concurrence durable, le cas *Cyprus Airways*⁹¹⁶ est emblématique de la complexité d'un dossier d'aides d'État pour une compagnie aérienne en difficulté. Cette affaire combinait, en effet, la participation de l'État à l'augmentation de capital assorti d'un prêt de sauvetage pour ensuite envisager des aides à la restructuration et à la formation. Par ailleurs, la complexité des éléments historique (liaisons avec le Royaume-Uni et la Russie), géographique (l'insularité et la topographie de l'île), géopolitique (la proximité du Moyen-Orient et de la Turquie), économique (la crise économique et la parité de change entre Euro et Dollar, le prix de l'essence) du contexte de l'affaire. Elle a mis à l'épreuve la politique européenne. Il aura, en effet, fallu arbitrer entre la politique de développement régional et les enjeux économiques, sociaux et politiques du transport aérien.

679. Lors de l'application de ce nouveau régime, le communiqué de presse de Mme Margrethe VESTAGER, Commissaire chargée de la politique de concurrence, le 7 avril 2015, est éloquent. Alors qu'il s'agissait de contrôler trois régimes d'aides au secteur aérien français, la Commissaire semblait dire que la nouvelle réglementation permettait des décisions innovantes lorsqu'elle évoque

« Ces décisions de la Commission [qui] illustrent l'efficacité des nouvelles règles concernant les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes. Les trois régimes approuvés aujourd'hui

⁹¹⁵ Notamment Arrêt du Tribunal du 12 avril 2019, *Deutsche Lufthansa AG c/ Commission européenne*, *supra*.

⁹¹⁶ Décision (UE) 2015/1073 de la Commission du 9 janvier 2015 concernant les aides d'État SA.35888 (2013/C) octroyées par Chypre à *Cyprus Airways (Public) Ltd*.

vont permettre de soutenir le secteur aérien européen de manière durable au service d'une meilleure mobilité pour les citoyens.»

680. Malgré ce satisfecit et l'idée que cette combinaison d'intérêts est au service d'une même politique de soutien à un transport aérien complémentaire de l'offre de compagnies historiques, le régime des aides d'État reste source d'un important contentieux et doit poursuivre son européanisation. Alors que les aides octroyées au titre des obligations de service public font peu l'objet de recours, en revanche, celles pour le développement régional sont sources de contentieux réguliers et posent la question de la gouvernance des compagnies aériennes.

B – Les aides d'État et la gouvernance des compagnies aériennes

681. La libéralisation du ciel européen (1987) confortée par l'institution du marché unique (1993) a permis l'émergence de transporteurs à bas prix (Ryanair en Irlande – 1984 – Transavia aux Pays-Bas – 1986 - easyJet au Royaume-Uni – 1998 - Air One en Italie – 1983/2014, ou encore Wizz ou Wizz Air en Hongrie - 2004). Cette recomposition du marché du transport aérien a reposé sur un binôme entre compagnies aériennes et aéroports, binôme renforcé quand il s'agissait d'une relation ancienne (Air France et l'aéroport Charles-de-Gaulle, deux symboles d'un État souverain et souhaitant revenir sur le devant de la scène internationale) ou à créer quand une compagnie telle que Ryanair cherchait à se développer (avec les aéroports de Beauvais en France ou Charleroi en Belgique). Celle-ci a pu impliquer parfois des investissements publics croisés, pour créer de nouvelles lignes aériennes avec le développement d'aéroports régionaux, permettant alors le développement du marché et l'aménagement du territoire.

682. Dans cette hypothèse de désétatisation du marché⁹¹⁷, les aides d'État restent le lien pérenne entre compagnies aériennes et puissance publique. Par ce biais, les choix stratégiques des compagnies aériennes restent guidés par les États dont l'action est encadrée par application de l'article 107 TFUE. Il semble bien que là encore, la Commission soit dans son rôle de pilote du marché par l'atténuation de certains effets de la libéralisation quand elle

⁹¹⁷ LECAT Jean-Jacques, La propriété et le contrôle des compagnies aériennes, le cas d'Air France, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54 n°2, Avril-Juin 2002, pp 415-440.

prend en compte trois catégories d'aides d'État, selon qu'il s'agisse d'une obligation de service public, d'un développement régional ou au sauvetage et à la restructuration⁹¹⁸.

683. La désétatisation du marché fut certes peu à peu remplacée par une européanisation des conditions de son fonctionnement et de contrôle de celles-ci. Mais le maintien des prérogatives de l'État, quant à l'aménagement de son territoire et sa continuité territoriale, a conservé un lien important avec les compagnies aériennes, lien qui se révèle fondamental en temps de crise.

684. La récurrence des crises économiques issues parfois d'aléas géopolitiques ou sanitaires a contribué à l'affirmation d'un État brancardier, rappelant la nécessité de maintenir le lien avec les compagnies aériennes. Cette présence d'un État qu'il soit qualifié de brancardier ou de stratège, entre politique industrielle subie ou revendiquée⁹¹⁹, fait écho au débat actuel, porté par le Commissaire BRETON sur « la production souveraine »⁹²⁰ dans un marché qui dépasse le simple territoire national. Parmi toutes les affaires concernant le sauvetage de compagnies aériennes, il est possible d'en envisager trois pour évaluer les caractéristiques du lien qui se maintient depuis cette ouverture à la concurrence. Il s'agit autant de l'impérieuse nécessité de maintenir une connexion aérienne tant nationale qu'internationale que d'une intervention financière provisoire. Par exemple, en 2009, pour éviter la faillite de la compagnie Austrian Airlines, l'État autrichien procéda à une recapitalisation de la compagnie de 500 millions d'euros devant favoriser la fusion avec Lufthansa pour un montant d'environ 400 000 euros. Cette double opération eut pour objet principal de maintenir l'activité internationale de l'aéroport de Vienne et l'attractivité du territoire autrichien.

685. Le cas d'Air France-KLM (2021) évoque aussi ce caractère temporaire, mais indispensable de l'intervention étatique. Transformant la première aide accordée au

⁹¹⁸ *Supra*, Communication de la Commission, 2014/C 249/01, du 31 juillet 2014.

⁹¹⁹ Des propos de Hans VAN DER GROEBEN illustre bien cela lorsqu'il déclare : « La politique de la concurrence ne signifie pas laisser faire, mais réaliser un ordre fondé sur des normes juridiques » en 1965, à ceux du ministre des Transport, "L'État a été dans son rôle d'État à la fois brancardier et stratège" dans le secteur aérien <https://www.europe1.fr/emissions/linterview-politique-de-8h20/jean-baptiste-djebbari-lÉtat-a-ete-dans-son-role-dÉtat-a-la-fois-brancardier-et-stratège-dans-le-secteur-aerien-3983117> , reprenant la notion identifiée par Elie COHEN dans L'État brancardier, Politiques du déclin industriel (1974-1984), *Calman-Lévy* 1994.

⁹²⁰ Cité par BERROD Frédérique, Chronique du droit du marché intérieur, Se réapproprier les frontières dans le marché intérieur. RTDeur. Revue trimestrielle de droit européen, Dalloz, 2021, pp.761, évoquant la Communication de la Commission, Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe, du 10 mars 2020, COM(2020) 102 final.

printemps 2020 en recapitalisation, l'État français double son poids dans le capital du groupe (de 14,3 % à 28,6 %), dans le même temps, la dilution de la participation des autres associés, notamment celle de Delta Airlines et China Eastern est actée. Autant parce que l'idée d'un État actionnaire a fortement évolué que parce que cette aide se doit d'être proportionnée aux fins de validation par la Commission, le nouvel engagement de l'État français est lui aussi temporaire. Il est limité à douze mois et ne peut se maintenir au-delà de 25 % du capital, la Commission y veillera.

686. Près de trente ans plus tôt, cette même compagnie porte-drapeau française venait appuyer l'idée d'une logique constante, celle d'un équilibre à établir entre maintien d'un opérateur majeur pour le territoire national et européen et respect du fonctionnement du marché. Du fait de l'enchaînement du retournement de la conjoncture au début des années 1990 avec la Guerre du Golfe en 1990-1991 puis la récession de 1993, les performances économiques de la compagnie aérienne fortement dégradées imposent une nouvelle restructuration du groupe Air France. Celui-ci vient de se constituer en 1992 par absorption des compagnies Air Inter, Air Charter et UTA. Cette restructuration va entraîner un positionnement clair de la Commission qui agira pour que la privatisation de la compagnie aérienne soit l'objectif à moyen terme en en faisant la contrepartie de la recapitalisation. En effet, ne pouvant imposer cette privatisation comme solution première, les négociations ont abouti à un accord faisant de celle-ci une conséquence de tout le processus de recapitalisation. Dans cette perspective, et en contrepartie de l'aide publique de vingt milliards de francs, le développement et l'autonomie de la société étaient limités. Pendant trois ans, Air France n'a pu ni acheter de nouveaux avions, ni, du moins en Europe occidentale, accroître le nombre de ses lignes ou augmenter son offre au-delà du niveau de 1993. Par ailleurs, la compagnie a dû se débarrasser de tout ce qui ne constituait pas son « noyau dur » aérien, comme la chaîne d'hôtels Méridien, et a été privée de son quasi-monopole à Orly par la restitution de créneaux aéroportuaires.

687. L'État français devant se comporter comme un actionnaire privé⁹²¹, la mise de fonds publics fut réalisée pour assurer la situation économique et financière afin de permettre la privatisation de la compagnie aérienne et assurer ainsi la possibilité d'accords commerciaux

⁹²¹ *Supra*, Décision 94/6538/CE du 27 juillet 1994 pour la recapitalisation de la compagnie Air France.

entre égaux et loyaux (échange de participation, prise de risques capitalistiques selon le comportement normal de l'investisseur privé). La privatisation permettant la prise de contrôle de certaines compagnies régionales et internationales ce qui avait été interdit par la Commission sans cela, la recapitalisation pérenne par l'État ne pouvant être la source de concentration capitaliste dans le secteur. La privatisation du Groupe Air France interviendra en plusieurs étapes, la première n'étant franchie qu'en février 1999 à la suite d'un report lié à un changement de majorité politique en juin 1997. Air France fit son entrée en Bourse le 23 février 1999 et attira 2,4 millions d'actionnaires individuels incluant plus de 72 % des salariés qui vont détenir ainsi 11,8 % du capital.

688. À la lumière de ces deux exemples, le cas de leur consœur portugaise semble confirmer que le marché est mature pour limiter le rôle de l'État à un brancardier, certes fort apprécié en temps de crise. Depuis 2012, le gouvernement portugais n'a de cesse d'aboutir à la privatisation de la compagnie porte-drapeau, TAP Air Portugal. Sauvée de la faillite en 2016 par une remontée de l'État à son capital à hauteur de 50 %, la participation publique sera de 75% en juillet 2020 à la suite de la pandémie actuelle. Dans cette saga mêlant interrogations sur la pérennité de la compagnie, considérations électorales et réglementations sur les aides d'État, en 2019, l'affaire concernant la reprivatisation de la compagnie aérienne portugaise TAP⁹²² qui opposa une association à but non lucratif de droit portugais à l'État portugais est exemplaire de ce lien qui maintient une compagnie aérienne dans le giron de l'État. Retenant les leçons d'un précédent recours de cette association contre la privatisation prévue en 2015, le gouvernement portugais fixe des conditions pour l'éventuel repreneur. Elles consistent en l'obligation de conserver au Portugal le siège et la direction effective de la compagnie, la capacité à remplir les obligations de service public et l'engagement de maintenir et de développer le centre opérationnel (aéroport pivot ou *hub*) national existant. Mais là encore, l'association conteste le cahier de charges ainsi formulé arguant de restrictions à la liberté d'établissement (article 49 TFUE combiné au règlement (CE) n° 1008/2008).

689. Dans le cadre d'une question préjudicielle, la Cour juge que l'article 49 TFUE ne s'oppose pas aux deux premières conditions mentionnées. En revanche, l'exigence, pour l'acquéreur de la participation, d'assurer le maintien et le développement du centre

⁹²² *Supra* Arrêt du 27 février 2019 dans l'affaire C-563/17 AssociaçãoPeço a Palavra e.a./Conselho de Ministros.

opérationnel (*hub*) national existant, constitue une restriction non justifiée à la liberté d'établissement. On pourra s'étonner que la Cour reconnaisse que maintenir la direction effective sur le territoire portugais soit compatible avec le droit de l'Union, mais pas le lien physique avec le territoire au travers de son aéroport pivot. Car alors qu'elle accueille les arguments portant sur la « communauté lusophone » et le lien indéfectible avec le Portugal (points 71 et 75), on rappellera à ce titre que 30 % du trafic aérien de la compagnie en 2018 se faisait avec le Brésil, la Cour semble estimer que ce lien tiendrait plus de la réglementation juridique (l'octroi d'une licence et donc des droits de trafic) que d'un aéroport aux infrastructures suffisantes pour assurer ce lien (Lisbonne).

690. **Le régime des aides d'État prend la suite des interventions plus ou moins directes des États dans les compagnies aériennes et plus particulièrement celles dites « porte-drapeaux ».** Ce lien important qui s'établissait a quelque peu évolué pour devenir un objectif plus affirmé de continuité et de développement territorial. Il retrouve, nous l'avons vu, une caractéristique plus « nationale » quand il s'agit de sauver la compagnie historique. La succession des textes créant ce cadre normatif des aides d'État avait conduit la Commission vers une volonté politique d'octroi d'aides moins nombreuses et mieux ciblées notamment par la mise en place de l'analyse économique (bilan coûts/avantages) et s'était traduite un mois plus tôt par l'adoption d'un nouvel encadrement des aides à la recherche et à l'innovation⁹²³.

691. C'est dès 1998 que ce mouvement est initié alors que la Commission propose au Conseil - qui accepte – la création de règlements d'exemption⁹²⁴, qui, trente ans après ceux de l'article 81, éviteront que les États membres soient obligés de notifier leurs décisions en matière d'aides d'État et leur fixeront les conditions auxquelles ces aides seront admises. L'adoption de ces règlements sans débats politiques majeurs illustre la convergence idéologique sur ce terrain, qui se traduit aussi par une diminution du montant des aides dans l'économie européenne.

⁹²³ Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, (2014/C 198/01) du 26 juin 2014.

⁹²⁴ Règlement (CE) n°994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales abrogé par le Règlement (UE) 2015/1588 du Conseil du 13 juillet 2015 sur l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales.

692. Le changement de vision des autorités régulatrices fut assez lent si on se réfère à ce que la Commission admet en 2014 en évoquant qu'« il est désormais évident que l'activité des compagnies aériennes consistant à fournir des services de transport à des passagers ou à des entreprises constitue une activité économique⁹²⁵ ». À cette occasion, elle rappelait la progressivité de la désétatisation opérée. En 1994, les lignes directrices sur l'aviation considéraient que la « réalisation de projets d'infrastructures (aéroports, autoroutes, ponts, etc.) constitue une mesure de politique économique générale que la Commission ne peut contrôler au titre des règles du traité relatives aux aides d'États ». Six ans plus tard, et dans la continuité des avancées opérées notamment par les évolutions législatives de 1998, les juridictions de l'Union par deux arrêts rejettent cette incompétence de la Commission et européenisaient le contrôle des aides d'État aux aéroports. Dans un premier temps, l'arrêt « Aéroports de Paris⁹²⁶ » envisagea l'exploitation d'un aéroport pour la définir comme la fourniture de services aéroportuaires aux compagnies aériennes et aux différents prestataires de services, activité qui devait être qualifiée d'économique. Puis, dans son arrêt « Aéroport de Leipzig-Halle⁹²⁷ », le Tribunal a précisé que l'exploitation d'un aéroport constitue une activité économique, dont la construction d'infrastructures aéroportuaires était indissociable. Il devenait inévitable, dans les lignes directrices dont l'objectif est de permettre l'anticipation des conséquences des comportements des acteurs et partant, la sécurité juridique, que la Commission y intègre ces évolutions, d'autant plus que le développement des compagnies à bas coûts repose pour une grande part sur la possibilité d'une aide accordée par un aéroport régional. Cependant, il importe de s'arrêter sur deux remarques. La première est que ces précisions, certes nécessaires, ne règlent pas la difficile tâche d'appréciation de la Commission qui doit faire face à la diversité des aéroports et de leur contexte géographique et économique, même si le Tribunal privilégie l'efficacité juridique du contrôle en écartant l'argument que les affaires envisagées sont antérieures à 2014. La seconde est qu'il ne s'agit pas de développer des aéroports non rentables sur le territoire de l'Union.

⁹²⁵ Lignes Directrices 2014, pt 27, *op. cit.*

⁹²⁶ Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000 dans l'affaire T-128/98, *Aéroports de Paris c/Commission*, ECLI:EU:T:2000:290 ; confirmé par l'arrêt de la Cour du 24 octobre 2002 dans l'affaire C-82/01, ECLI:EU:C:2002:617.

⁹²⁷ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011 dans les affaires jointes T-443/08 et T-455/08, « Aéroport de Leipzig Halle », ECLI:EU:T:2011:117, confirmé par l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH c/ Commission européenne*, .

693. Dans cette logique, l'innovation des lignes directrices de 2014 porte sur la prise en compte de l'avantage économique de l'aide accordée, pour se conformer à l'évolution du marché depuis l'ouverture à la concurrence. En rappelant, au point 3 des lignes directrices, que la réalisation du marché intérieur a conduit à la disparition de toutes les restrictions commerciales pour les compagnies opérant dans l'Union, comme le nombre de liaisons, de vols ou la fixation des tarifs, « le secteur a connu un développement sans précédent, contribuant [...] à l'émergence de compagnies à bas coûts appliquant un nouveau modèle d'exploitation basé sur des temps de rotation très courts et une utilisation très efficace de la flotte ». Pour assurer la pérennité de ce nouveau modèle économique, la Commission pointe que le système de fixation des tarifs de la plupart des aéroports de l'Union repose certes sur « un système de redevances aéroportuaires publié qui est fonction du nombre de passagers et du poids des avions » qui semble transparent, mais elle n'oublie pas de préciser que

« la coopération étroite entre les aéroports et les compagnies aériennes ont progressivement ouvert la voie à un large éventail de pratiques commerciales, parmi lesquelles la conclusion de contrats à long terme prévoyant des tarifs différenciés et, dans certains cas, l'octroi, par les aéroports et/ou les autorités locales, de mesures d'incitation et d'aides à la commercialisation substantielles aux compagnies aériennes⁹²⁸ ».

694. Ces fonds publics affectés aux activités aéroportuaires, outre qu'ils pourraient être réorientés vers des compagnies aériennes afin d'attirer une part accrue du trafic commercial, sont susceptibles de créer des distorsions sur les marchés du transport aérien⁹²⁹ qu'il faut pouvoir prendre en compte dans l'analyse du comportement de l'opérateur privé en économie de marché, que cette analyse relève de la méthode comparative ou *ex ante*. Cela fut l'objet d'une innovation juridique, par l'intégration dans le contrôle de la Commission des coûts incrémentaux. Aux paragraphes 54 à 66 des lignes directrices de 2014, la Commission explique les raisons pour lesquelles elle estime que l'analyse de rentabilité incrémentale constitue le critère le plus pertinent aux fins de l'appréciation des arrangements conclus entre

⁹²⁸ Point 7 des lignes directrices 2014 « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes », *supra*, et le commentaire de IDOT Laurence, Revue Europe n°2 de février 2019, page 35.

⁹²⁹ Arrêts du Tribunal du 13 mai 2020 dans les affaires T-607/17 (Volotea / Commission, ECLI:EU:T:2020:180), T-716/17 (Germanwings c/ Commission, ECLI:EU:T:2020:181) et T-8/18 (easyjet c/ Commission, ECLI:EU:T:2020:182), relatifs à une décision de la Commission du 29 juillet 2016 déclarant que les aides bénéficiant, *a priori* aux aéroports, étaient en fait des aides indirectes aux compagnies, les déclarant, de ce fait, incompatibles avec le droit de l'Union, notamment par l'ampleur inédite des prestations de marketing financées dans le cadre du régime d'aides litigieux.

les aéroports et les compagnies aériennes, plutôt que la méthode comparative, car « la grande majorité des aéroports de l'Union bénéficient de fonds publics destinés à couvrir leurs coûts d'investissement et d'exploitation. La plupart de ces aéroports ne peuvent rester sur le marché que grâce au soutien des autorités publiques. »

695. Appuyant ce constat, la Commission précise sa position, car

« il convient de tenir compte tant des recettes escomptées générées par les activités non aéronautiques en liaison avec l'activité de la compagnie aérienne que des redevances aéroportuaires, nettes de toutes remises, aides à la commercialisation ou incitations. Il faut également prendre en compte tous les coûts marginaux escomptés supportés par l'aéroport en liaison avec l'activité de la compagnie aérienne dans cet aéroport »⁹³⁰.

696. Le Tribunal a eu l'occasion de confirmer cela lors de six affaires portant sur des aides d'État, concernant cinq aéroports, trois aéroports français (Angoulême⁹³¹, Nîmes⁹³² et de Pau-Béarn, objet de deux recours par Ryanair⁹³³ et Transavia⁹³⁴) ainsi que deux aéroports allemands (Zweibrücken⁹³⁵ et Altenbourg-Nobtiz⁹³⁶). Ainsi, la transaction commerciale doit être évaluée dans sa globalité, engageant ainsi les contrats de services marketing, d'escale et les redevances afférentes, car il n'y a pas de hiérarchie entre les deux méthodes. D'abord, l'analyse comparative n'est tout simplement pas pertinente, en l'espèce, car la diversité des aéroports et de leurs contextes géographique et économique ne permet pas cette application méthodologique. Dans le même temps, elle sera écartée au profit de l'analyse *ex-ante*. Ce faisant, le Tribunal valide la pertinence du contrôle opéré par la Commission, même à partir de lignes directrices postérieures aux faits envisagés, et de dire que l'analyse de « la Commission [qui] s'est référée aux lignes directrices de 2014 afin de choisir la méthode appropriée pour appliquer le critère de l'opérateur en économie de marché ne saurait être critiqué, même si le contrat de 2006 a été conclu avant l'entrée en vigueur des lignes

⁹³⁰ *Supra*, Lignes directrices « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » du 4 avril 2014.

⁹³¹ Arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018 — Ryanair et Airport Marketing Services/Commission dans l'affaire T-111/15, ECLI:EU:T:2018:954.

⁹³² Arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018 — Ryanair et Airport Marketing Services/Commission dans l'affaire T-53/16, ECLI:EU:T:2018:943.

⁹³³ Arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018 — Ryanair et Airport Marketing Services/Commission dans l'affaire T-165/15, ECLI:EU:T:2018:953.

⁹³⁴ Arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018 — Transavia Airlines/Commission dans l'affaire T-591/15, ECLI:EU:C:2020:362.

⁹³⁵ Arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018 — Ryanair et Airport Marketing Services/Commission dans l'affaire T-77/16, ECLI:EU:T:2018:947.

⁹³⁶ Arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018 — Ryanair et Airport Marketing Services/Commission dans l'affaire T-165/16, ECLI:EU:T:2018:952.

directrices de 2014 », au point 162 dans l'affaire T-591/15. En rejetant tous les recours contre les décisions de la Commission déclarant incompatibles les aides dont Ryanair et Transavia ont bénéficié lors des accords conclus avec les gestionnaires d'aéroports, le Tribunal trancha par ailleurs le débat qui portait sur l'existence d'un avantage économique et la sélectivité du bénéficiaire dans toutes les affaires. Dans les seuls cas français, sur le critère de l'imputabilité, la Commission relève que la propriété de l'aéroport de Pau fut transférée de l'État à un groupement de collectivités locales, le syndicat mixte de l'aéroport Pau-Pyrénées. Pour ce dernier argument, le Tribunal confirma que les décisions étaient imputables à l'État, car relevant d'une mission d'intérêt général comme le développement de l'attractivité du territoire et de son activité économique, notamment pas les actions visant à l'augmentation du trafic aérien ou de mission attribuée dans la délégation de service public pour l'aéroport de Nîmes.

697. Pour ce qui est de la prévention des effets négatifs sur la concurrence et de la transparence, nous noterons que la Commission cherche à éviter le développement d'aéroports non rentables sur le territoire de l'Union. Ainsi, lorsqu'une aide sera accordée à un aéroport présent dans la zone d'un autre aéroport existant et ne fonctionnant pas à pleine capacité, l'aide accordée au premier devra être considérée comme faussant la concurrence. Pour illustrer notre propos, deux décisions de la Commission, respectivement rendues le 1er octobre 2014⁹³⁷ et le 26 février 2015⁹³⁸, appliquent rigoureusement cette condition. La Commission a répondu négativement aux deux notifications concernant des aides destinées aux aéroports de Zweibrücken dans le premier cas et de Gdynia-Kosakowo dans le second cas. Dans la première hypothèse, la Commission a constaté que l'aéroport de Zweibrücken, bénéficiaire de l'aide, était situé à seulement quarante kilomètres de l'aéroport de Sarrebruck qui ne fonctionnait pas à pleine capacité et réalisait de lourdes pertes financières. Selon la Commission, « l'aide octroyée était destinée à des infrastructures [...] qui faisaient inutilement double emploi avec un aéroport non rentable de la même région »⁹³⁹. Dans la seconde

⁹³⁷ Commission européenne, Décision (UE) 2016/152, State aid to Zweibrücken airport, SA. 27339, 1er octobre 2014.

⁹³⁸ Commission européenne, Décision (UE) 2015/1586, Setting up the Gdynia-Kosakowo airport, SA. 35388, 26 février 2015.

⁹³⁹ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission adopte une série de décisions concernant des aides publiques en faveur d'aéroports et de compagnies aériennes en Belgique, en Allemagne, en Italie et en Suède », IP/14/1065, 1er octobre 2014.

décision, la configuration était quasiment identique. L'aéroport de Gdynia avait bénéficié d'une aide de la part des autorités locales polonaises alors qu'il se situait seulement à trente kilomètres de l'aéroport de Gdansk, lui-même ne fonctionnant pas à plein régime. Là encore, la Commission a dû constater que « le trafic et les recettes prévus dans le plan d'exploitation de Gdynia n'étaient pas réalistes compte tenu de l'existence [...] de l'aéroport non saturé de Gdansk »⁹⁴⁰. Les deux aides octroyées s'élevant à 47 millions d'euros pour l'aéroport de Zweibrücken et 22 millions d'euros pour l'aéroport de Gdynia devaient, dès lors, être récupérées par les États respectifs⁹⁴¹. **Dans les deux exemples analysés, il semblait manifeste, aux yeux de la Commission, qu'un investisseur placé dans les mêmes conditions n'aurait pas consenti un tel investissement.**

698. La rentabilité des compagnies aériennes comme celle des gestionnaires d'infrastructures aéroportuaires seraient-elles donc intrinsèquement liées ? Dans cette hypothèse, le constat dressé dans les lignes directrices de 2014 relève une faiblesse systémique, correspondant aux aéroports qui accueillent moins d'un million de passagers par an. Dans les six affaires évoquées plus haut, en 2018, Pau comptait 612 580 passagers, 236 000 à Nîmes, plus aucun passager « Loisirs » à Altenburg-Nobitz, Angoulême et Zweibrücken. Les aéroports de cette taille peinent généralement à supporter les coûts d'exploitation et dès lors deviennent particulièrement dépendants envers les compagnies aériennes qui les desservent. Leurs gestionnaires sont tentés par « une course à la séduction » pour attirer les compagnies à TBC avec le soutien de subsides publics. **Pour tenter de répondre à cette faiblesse, les aides au fonctionnement quand elles sont admises, ne le sont que transitoirement**, car « le développement du nouveau trafic aérien doit, en principe, s'appuyer sur un raisonnement économique solide ». Aussi et dans le même temps, les aides attribuées aux aéroports de plus de cinq millions de passagers sont *a priori* interdites, sauf circonstances particulièrement exceptionnelles, mentionnées au point 17 des lignes directrices.

⁹⁴⁰ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Aides d'État : la Commission ordonne à la Pologne de récupérer une aide d'État incompatible versée à l'aéroport de Gdynia », IP/14/138, 11 février 2014.

⁹⁴¹ Il importe de noter que, conformément aux dispositions transitoires, les lignes directrices de 2005 s'appliquent à l'aide en faveur de Gdynia. Toute chose égale par ailleurs, la Commission précise sans équivoque que l'application des lignes directrices de 2014 aurait conduit au même résultat (IP/14/138).

Conclusion du chapitre 1

699. **La durabilité de la concurrence par l'adaptation des règles qui la régissent.** Nous avons voulu voir dans l'association des exemptions, des engagements pris lors d'une concentration et de la réglementation des aides d'État, un pilotage pragmatique par la Commission de ce secteur économique qui au début de la décennie 2010, n'avait qu'une quinzaine d'années de fonctionnement selon « les règles du marché ». Ces mêmes règles sont, à un niveau international de l'OACI, voulues comme une combinaison d'objectifs. Pour la puissance publique, qui y verrait une réduction des coûts de l'exercice de ses fonctions de réglementation économique, pour le marché ensuite, par une augmentation des avantages et des choix du consommateur face à une amélioration de la connectivité aérienne permettant de créer de nouvelles opportunités commerciales concurrentielles sur le marché. Cette combinaison assume de « contribuer à un développement économique durable et à l'expansion du commerce et du tourisme. »⁹⁴²

700. **Pour ce faire, il est nécessaire de construire un écosystème normatif, le plus complet possible.** Il peut être intéressant, alors, de reprendre les termes d'un débat, même s'il est porté au niveau national⁹⁴³, pour appliquer, à notre étude que « la loi doit être affectée d'une charge normative certaine, autrement dit d'une charge qui ne doit être ni nulle ni manifestement incertaine ou insuffisante ». Le pilotage institutionnel de la démonopolisation du transport aérien de passagers s'est fait de manière certaine, dans ses objectifs comme dans ses outils juridiques. Fut-il suffisant ? Il est permis d'en douter, alors que les propositions de refonte de deux pans de son application, la gestion de la ressource aéroportuaire et la relation avec le consommateur, sont encore en cours de discussion. Il est significatif de le relever alors que ces propositions ont plus de dix ans et que les crises sanitaire et environnementale actuelles n'ont pas eu l'occasion d'en débloquent le compromis interinstitutionnel.

701. On peut évoquer, les spécificités fortes du transport aérien, notamment la contrainte structurante de l'accès à la ressource aéroportuaire, qui demeurent des freins aux effets réglementaires de la politique de démonopolisation et de désétatisation de ce secteur, d'autant plus qu'elles participent au blocage des réformes en cours. Mais il apparaît plus

⁹⁴² OACI, https://www.icao.int/sustainability/Pages/FR/economic-policy_FR.aspx - Consulté le 13 décembre 2019.

⁹⁴³ MATHIEU Bertrand, La normativité de la loi : une exigence démocratique, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21 (Dossier : La normativité) - janvier 2007.

probable, que cette situation relève de la frilosité des États membres prenant conscience que la désétatisation du transport, même partielle, semble irréversible. Dès lors, il s'avère nécessaire, pour la Commission européenne, d'établir une nouvelle idée, celle d'une approche globale, qui à partir du constat d'une concurrence, certes inaboutie et instable, peut néanmoins établir les conditions de sa durabilité.

Chapitre 2 : Les effets réglementaires sur le modèle économique du secteur aérien

702. L'instabilité, cet état qui entraîne un risque de déséquilibre, renvoie dans le cadre sémantique des transports, à l'« inaptitude à résister aux forces qui tendent à le déséquilibrer [et qui est, en dehors de conditions normales d'utilisation] due à un vice de construction ». Pour un avion, ces forces sont au nombre de trois : la traction horizontale de l'avion principalement dans les airs, pour bénéficier de la portance (poussée verticale) qui contrebalance le poids. De cette combinaison, il ressort une quatrième force, la traînée et les perturbations de l'atmosphère (tourbillons) qu'elle engendre.

703. Ce détour par **l'étude des forces aérodynamiques, et sans entrer plus longuement dans ces lois, nous apporte un dernier enseignement, le centre de gravité (poids) de l'avion n'est pas son centre de portance** (équilibre de l'appareil entre mouvement piqueur ou cabreur). Dès lors, trois possibilités de décrochage et d'accident sont possibles, soit l'avion oscille sur sa droite (tribord) et sa gauche (bâbord) dans un effet de roulis, soit par effet de tangage, il pique du nez ou se cambre au risque de se retourner, enfin il peut, comme une toupie (effet de lacet) pivoter horizontalement et perdre de la hauteur. Alors que la multiplication des accords dits de « ciel ouvert » cloisonnait le marché européen du transport aérien de passagers selon les modalités de l'application des règles de concurrence, propres au secteur aérien⁹⁴⁴, les tentatives d'harmonisation⁹⁴⁵ opérées par la Commission européenne tendirent à dessiner l'objectif d'une offre de transport aérien, cohérente et pérenne, au

⁹⁴⁴ Cf. l'annexe n°4 à la page 899.

⁹⁴⁵ Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part, n°2007/339/CE.

service du marché intérieur, assurant cet équilibre concurrentiel à l'image d'un vol sans trop de turbulences. Car, modifier un état peut entraîner une instabilité que l'on souhaite la plus passagère possible et le mouvement d'un avion crée de l'instabilité temporaire dans la masse d'air, cet avion subissant lui-même une instabilité du fait de sa nécessité de déplacement. Le droit de la concurrence et la politique qui en découle ont donné à la Commission la possibilité d'identifier les effets réglementaires des mesures prises et mises en place sur le modèle économique du transport aérien de passagers.

704. C'est ainsi que l'accord entre l'UE et les États-Unis, qui se substitue à la succession d'accords bilatéraux négociés de 1944, avec le Danemark et la Suède, jusqu'en 2001 avec la Pologne et la République slovaque, prévoit un « ciel totalement ouvert » en autorisant, à son article 3, que de part et d'autre de l'océan nord-atlantique, les compagnies aériennes puissent

« exploiter des services aériens internationaux entre des points situés sur les routes [transatlantiques] :

i) dans le cas des transporteurs des États-Unis (ci-après dénommés « transporteurs des États-Unis ») : à partir de points en deçà des États-Unis, via les États-Unis et des points intermédiaires, vers tout point ou tous points d'un ou de plusieurs États membres et au-delà; [...]

ii) dans le cas des transporteurs de la Communauté européenne et de ses États membres (ci-après dénommés « transporteurs communautaires ») : à partir de points en deçà des États membres, via les États membres et des points intermédiaires, vers tout point ou tous points des États-Unis et au-delà; [...] »⁹⁴⁶

705. Cet accord offre la liberté de cabotage qui, dans la mesure de son utilisation effective, est cette étape ultime vers une concurrence totale sur un marché unique. Cela permet par exemple que British Airways puisse offrir une liaison Paris-Nice ou que Lufthansa opère un vol Nantes – Pékin via Munich (il n'y a pas de vol direct Nantes – Munich). De fait, il s'agit d'une répartition de marchés, du moins entre les compagnies dites universelles. EasyJet est ainsi le seul véritable concurrent d'Air France sur un vol Paris - Toulouse. **Le système concurrentiel ainsi initié par les différentes réglementations mises en œuvre par l'Union européenne pose la question de sa stabilité.** Face à tous les bouleversements et les réactions que les agents économiques ont pu développer, agissant d'ailleurs sur plusieurs dimensions, l'arrivée de nouveaux entrants offrant parfois une nouvelle approche du transport, la concurrence entendue comme mode de rivalité frontale entre acteurs économiques par le moyen du prix est un dogme trop partiel pour envisager la globalité des comportements. Comme nous avons

⁹⁴⁶ Accord de transport aérien conclu entre l'États-Unis d'Amérique d'une part, et la Communauté Européenne, et ses États membres d'autre part, signé le 25 avril 2007 à Bruxelles puis le 30 avril 2007 à Washington.

vu, les entreprises nouent des alliances ou créent des niches et tentent de conserver leur part de marché évitant la rivalité au profit de la recherche de sécurité et de stabilité. Deux éléments d'analyse peuvent aider à répondre à cette question. Le premier vient que ces configurations montrent l'inaboutissement de la réforme du ciel ouvert (Section 1) quand le second vient de la nécessité d'une approche concrète pour comprendre les perturbations normatives extérieures et les conséquences sur le transport aérien de passagers (section 2).

Section 1 – Les « libertés aériennes » : la concurrence inaboutie

706. À l'ouverture à la concurrence du marché, il pouvait être impensable, comme le montre l'étude de David ENCOUA⁹⁴⁷, que British Airways utilise un jour un droit de cinquième (cabotage) voire de septième catégorie. Dans cette hypothèse, l'intention de la compagnie britannique serait d'ouvrir une liaison Paris-Francfort pour une double conséquence. La première aurait été, au départ de l'un de ces aéroports majeurs en Europe continentale, d'offrir un ensemble d'offres de transport venant concurrencer, à partir de « leurs » aéroports, Air France et Lufthansa plutôt que de concentrer sur Londres les clients pouvant prétendre à un départ depuis ces aéroports continentaux. Cela aurait eu aussi l'avantage de pouvoir répondre à la congestion importante des aéroports londoniens, l'offre de train, depuis Paris pouvant alors remplacer un avion transmanche. Plus de trente ans après, et alors que le système d'alliances commerciales a concentré le trafic aérien sur les grandes métropoles aéroportuaires, il ne semble pas acquis que cette éventualité puisse se réaliser. Mais ce constat d'échec si l'on considère une inefficacité dans l'utilisation des droits de trafic aérien, n'est que partiel (§1).

707. En effet, il touche surtout la concurrence entre anciennes compagnies sous monopole, qui ont développé une approche essentiellement centrée sur la maîtrise des flux de passagers vers les plateformes permettant des voyages transcontinentaux. Cette approche pourrait même aller jusqu'à continuer à renoncer à assurer un trafic domestique et se concentrer sur des vols long-courriers bien plus rémunérateurs, laissant aux TBC/LCC, comme Volotea ou easyJet, les liaisons Paris – Autres métropoles régionales voire les liaisons radiales

⁹⁴⁷ *Supra*, ENCOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, 1996.

(interrégionales). En étant les seules à utiliser la 5^e liberté aérienne et les suivantes, ces compagnies ont révolutionné le transport aérien (§2).

708. Ainsi, l'imperfection des marchés constitue davantage la règle que l'exception, renforçant l'idée d'un décalage entre « le mythe fondateur de la libre concurrence et la réalité quotidienne des affaires »⁹⁴⁸ qui serait source de biais d'analyses importants remettant en question « toute légitimité au droit de la concurrence [car tentant] de comprendre la libre concurrence [comme] une réalité prédéfinie ». Pour éviter ce « trou d'air » dans l'analyse, et apprécier la valeur des tentatives de décloisonnement de l'offre de transport aérien comme réponse à l'instabilité du marché, la dialectique droit/économie propre au droit de la concurrence en fait une approche concrète pour comprendre le décloisonnement de l'offre de transport aérien (§3).

§ 1 - Les droits de trafic aérien : la consécration d'un accès partiel au réseau européen

709. Les arrêts du 5 novembre 2002 de la Cour de justice des Communautés européennes, dits « Ciel ouvert », ont marqué le point de départ d'une politique extérieure de l'aviation de l'UE. Cette jurisprudence affirma des compétences européennes en matière de services aériens internationaux et européenisa l'espace aérien des États membres. Alors que traditionnellement ces services étaient régis par des accords bilatéraux entre États, la Cour identifie trois domaines relevant de la compétence exclusive de l'UE, comme les systèmes informatisés de réservation, les tarifs intracommunautaires et les créneaux horaires. Mais si elle laisse aux États la pleine souveraineté sur les accords de droit de trafic aérien, elle rappela que cette souveraineté nationale ne pouvait être discriminatoire quant à la liberté d'établissement des compagnies aériennes.

710. Ces droits de trafic sont cette porte d'entrée sur un marché national et dès lors qu'il y a un accord de ciel ouvert, permettant l'utilisation complète de la gamme des neuf libertés aériennes⁹⁴⁹, alors que la recomposition de l'espace européen s'est opérée par segments nationaux concentriques (A). La Commission joue depuis cette jurisprudence son rôle de gardienne de l'intérêt général en proposant au cas par cas, la possibilité de négocier avec tel

⁹⁴⁸ ZEVOUNOU Lionel, Les usages de la notion de la concurrence en droit. *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2012, coll. "Droit Public".

⁹⁴⁹ Comme schématisées, ci-dessous, à l'annexe n°1 à la p 895.

ou tel État tiers pour l'ensemble des pays membres et assurer ainsi une meilleure connectivité du territoire européen (B).

A - La recomposition du ciel européen par segments concentriques

711. L'histoire de l'aviation civile est marquée, nous avons pu le voir, par la constitution de champions nationaux. Les échos nostalgiques de la disparition de la compagnie Sabena, en Belgique, ou de la volonté constante des États à systématiquement sauver les compagnies Air France ou Alitalia, outre les arguments économiques et d'aménagement du territoire, répond au souhait que le pays puisse disposer d'une compagnie « porte-drapeaux ». En reprenant l'analyse des alliances commerciales et des concentrations capitalistiques opérées depuis le début des années 2000, trois zones européennes ont émergé autour d'Air France (France / Pays-Bas via Bruxelles), en centre Europe (Lufthansa, Francfort et son extension Munich-Vienne-Zurich) et un arc atlantique « nord-sud » assez particulier avec IAG (British Airways et Iberia). En effet, les deux compagnies piliers de ce groupe conservent leur propre identité, chacune étant spécialisée sur des marchés géographiques bien ciblés. British Airways reste incontournable sur l'axe Nord Atlantique en raison de liens historiques étroits. La compagnie dessert, actuellement, une trentaine de villes aux États-Unis et au Canada et inaugure à l'été 2019 une nouvelle ligne sur Charleston, en Caroline du Sud, seul transporteur en Europe à desservir la destination. Iberia, son pendant sur l'Amérique latine, offre pour sa part des vols vers dix-sept villes du sous-continent, se positionnant comme le *hub* européen vers cette partie du monde comprenant un réseau de 250 vols hebdomadaires.

712. Ces zones européennes, nous continuons à y associer British Airways malgré le Brexit, les ciels britannique et européen étant compris par un accord ouvert, se sont formées autour de compagnies dont les États ont peu à peu assuré la prééminence en facilitant leur expansion nationale, sous couvert de monopole, comme internationale, par le biais des accords de trafic bilatéraux. Le nombre total de passagers aériens transportés a atteint le milliard en 2018, au niveau de l'Union des 27. L'Allemagne est l'État membre de l'Union qui a transporté le plus grand nombre de passagers en 2018 (222 millions), suivie de l'Espagne (221 millions de

passagers) et de la France (162 millions de passagers). Ces trois pays, avec l'Italie, ont représenté 58°% de la totalité du transport aérien des 27 États membres⁹⁵⁰.

713. La moitié du transport aérien de passagers concernait des vols extra-UE-27 (50 %), tandis que le transport national et le transport international intra-UE-27 représentaient respectivement 16 % et 34 % du transport aérien de passagers. Le transport international intra-UE-27 prédomine dans la plupart des pays, avec des parts comprises entre 37 % pour la France et 76 % pour le Luxembourg. Les parts les plus élevées du transport national ont été enregistrées en Italie (21 %), en Suède (20 %), en France (19 %), en Espagne (18 %) et en Grèce (16 %). À partir de ce constat chiffré, l'analyse du nombre de passagers transportés est représentative de cette segmentation. En 2019, la seule compagnie Air France avait transporté plus de 47,54 millions de passagers⁹⁵¹. En y ajoutant, Transavia France (7,17 millions) HOP ! (3 millions) et Joon (1,85 million), le groupe Air France, est en position hégémonique face aux autres compagnies françaises, (Air Corsica, 1,97 million et Air Caraïbes, 1,67 million), mais demeure fortement concurrencée par easyJet (20 millions de passagers transportés en 2018, 15,6 % de parts de marché total et 40 % du marché *low cost*, devant Ryanair – 10 millions de passagers – et dont Transavia). Ainsi, en 2018, les cinq premières compagnies aériennes européennes⁹⁵² ont franchi le seuil de 50 % de leur part cumulée du trafic passager de la région.

714. Ainsi, dans son rapport annuel 2018, l'Union des aéroports français (UAF) annonçait que 34 % du trafic aérien dans l'Hexagone est le fait des compagnies à bas coûts, contre 48% dans l'espace aérien européen. C'est légèrement plus qu'en Allemagne (30 %), mais bien loin des situations espagnole et italienne, quand Ryanair, à elle seule, détient 30 % de parts de marché en Italie et 17 % en Espagne, et qu'easyJet détient 20 % de part de marchés en Espagne. C'est un rattrapage important, de quatre points de parts de marché supplémentaires par rapport à 2016, accentué par les appétits affichés par Ryanair et easyJet qui font de la France et de l'Allemagne des relais de croissance post-COVID-19⁹⁵³.

⁹⁵⁰ Cette part exclut le double comptage, c'est-à-dire qu'elle exclut le comptage du même passager au départ et à l'arrivée des vols nationaux et internationaux intra-UE-27. Source : Eurostat (avia_paoc)

⁹⁵¹ Sources Eurostat/DGAC – Statista.fr – Consulté le 19 juillet 2020.

⁹⁵² En 2019, le groupe Lufthansa était leader sur le marché européen avec 12,3% du trafic passagers en Europe. Viennent ensuite, Ryanair 12%, IAG 9,8%, Air France-KLM 8,8% et enfin easyJet avec 7,7% des parts de marché.

⁹⁵³ ABIDHOUSSEN Julien, <https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/mutation-du-transport-aerien-europeen-les-low-cost-toujours-plus-agressives-849059> - Publié le 31 mai 2020 - Consulté le 19 juillet 2020.

715. **La concentration du marché s'est faite, et se poursuit, d'abord sur une base nationale.** Pour ne rappeler que le contexte national, l'histoire mouvementée d'Air France est régulièrement marquée par un rôle de « chevalier blanc » du ciel français, avec la reprise des compagnies telles qu'Air Inter, 1997, ou sous la marque chapeau « HOP ! » des compagnies Régional, Brit Air et Airlinair en 2013. Un rôle que les dirigeants actuels n'ont plus souhaité assumer quand ils ont refusé l'évocation de l'intervention du groupe Air France-KLM lors des faillites d'Aigle Azur et XL Airways (2019), entérinant une nouvelle étape dans la concentration du marché par la disparition de compagnies intermédiaires. Certes, pendant quelques jours, Air France-KLM avait proposé d'injecter, pour la seule Aigle Azur quinze millions d'euros et de reprendre jusqu'à 70% des salariés français sous forme de contrats de travail Air France, soit 800 salariés. Mais cette proposition fut vite retirée devant le peu d'empressement des dirigeants du Groupe et les difficultés que cela aurait entraînées pour la concentration des créneaux aéroportuaires sur Paris-Orly.

716. Cette forte présence de la compagnie historique sur le marché français fut, un temps, disputée sous l'œil bienveillant de la Commission européenne⁹⁵⁴, par British Airways qui regroupa en son sein TAT (1993), et temporairement Air Liberté (1997-2001) avant sa vente à Swissair, avec le succès que l'on sait. De cette période de près de dix ans, correspondant à l'ouverture à la concurrence du marché aérien, il ne reste finalement que peu des protagonistes. Les prochaines années vont valider si les conséquences de la crise sanitaire sont bien mesurées. La simplification de l'offre du groupe Air France (Air France et Transavia) par l'abandon de HOP ! correspond à une révolution, la compagnie historique renonçant à ce que la plupart des vols intérieurs s'effectuent sous son pavillon. Le projet de faire de HOP ! la réponse d'Air France face aux TBC, reposait sur une nouvelle tentative de concurrencer une concurrence variée, à savoir easyJet, Volotea, Ryanair, mais aussi le TGV⁹⁵⁵. L'offre de cette compagnie était renouvelée en octobre 2018 et conduisit à l'harmonisation de sa flotte trop disparate, issue des fusions entre compagnies régionales qui possédaient chacune des avions aux caractéristiques fort différentes, alors que l'une des bases économiques d'une offre à bas coûts est la standardisation de type d'appareil utilisé. Cela s'est aussi concrétisé par la

⁹⁵⁴ Supra, Case n° IV/M.259 - BRITISH AIRWAYS / TAT, 27 novembre 1992.

⁹⁵⁵ OPREA Ana Maria, Les opérateurs nouveaux entrants et l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire interne de voyageurs : étude à partir du droit de l'Union européenne et de ses applications dans les droits nationaux, Thèse de Droit public, soutenue à l'université Paris-Est, 2020.

multiplication des affrètements (location d'avions avec équipage, un palliatif très coûteux) pour assurer son programme de vols.

717. Pour assurer, son programme de vols, HOP ! affrétait sur quasiment toutes ses lignes régionales des appareils de compagnies sous-traitantes étrangères. Outre Cello Aviation, elle faisait aussi voler Aero 4M (vols de Lorient vers Paris et Lyon), l'Allemande WDL (Lille-Marseille) ou encore la compagnie *low cost* croate Trade Air. Rebaptisée « HOP Air France », la compagnie aérienne se fixa l'horizon 2019-2020 pour fortement limiter les affrètements, et 2021 pour retrouver l'ensemble de ses moyens, continuant d'ouvrir des lignes, avec des moyens disponibles, comme entre Rennes-Strasbourg en 2017, Rennes-Bruxelles en septembre 2019. Cela répondait à une autre logique, celle de la force du maillage métropolitain, une nécessité de connectivité territoriale et d'apports de flux de passagers bien que l'offre commerciale de HOP ! ait diminué de 25 % (94 avions) et les charges des avions (limitation à 110 sièges) ont reculé de 21 % sur la même période 2017-2019.

718. Le rôle que va jouer Transavia, marque *middle cost*, dans la réorganisation de son réseau court et moyen-courrier est censé être un levier efficace dans le redéploiement de l'offre de transport et la réorganisation de celle-ci par les marques du groupe. En effet, pour reprendre le slogan du fondateur d'easyJet Stelios HAJI-IOANNOU, « on naît *low cost*, on ne le devient pas »⁹⁵⁶, la difficulté est de maintenir une organisation *low cost* au sein d'un groupe qui ne l'est pas. Par ailleurs, l'autre difficulté correspond au basculement intégral d'une activité moyen-courrier vers une marque à bas coûts, lequel semble peu probable tant l'expérience client des passagers en serait altérée. En effet, un passager d'affaires partant d'Athènes pour New York via CDG sur Air France, pourrait alors passer d'un vol à bas coûts moyen-courriers à un vol long-courrier en classe business, altérant son expérience client et ne répondant pas à ses attentes. D'autant plus que Transavia qui semble la plus susceptible d'asseoir son essor sur les positions HOP ! et Air France à partir de l'aéroport d'Orly, devenue sa base d'envergure, ne pourrait pas assurer de connexion rapide avec l'aéroport de Roissy-CDG. Il n'en reste pas moins que pour préserver ces segments nationaux, les compagnies historiques possèdent des défenses face aux TBC/LCC. En particulier, le segment long-courrier apparaît comme relativement protégé jusqu'à présent, au vu des quelques tentatives

⁹⁵⁶ COMBE Emmanuel, tribune du 17 avril 2013 mise à jour le 6 août 2019 <https://www.lesechos.fr/2013/04/le-transport-aerien-aborde-les-nouveaux-rivages-du-low-cost-1097279> - Consulté le 19 janvier 2020.

infructueuses de percée *low cost*. Norwegian et WOW illustrent ces difficultés à articuler efficacement un modèle économique *low cost* et une activité long-courrier. Ainsi la compagnie scandinave ne parvient toujours pas à redresser son activité long-courrier lourdement déficitaire, tandis que les activités transatlantiques de la compagnie islandaise l'ont conduite à un dépôt de bilan début 2019.

719. De plus, l'organisation des vols en « point-à-point » des compagnies TBC ne permet pas de réaliser des vols de correspondances contrairement au modèle dit de « *hub and spoke* » des compagnies historiques. Le *hub* démultiplie ainsi les possibilités de dessertes, par le biais de vols d'apport transitant par un aéroport principal et remplissant des vols long-courriers. Il apparaît dès lors que la segmentation par marchés nationaux, voire au travers de ces trois zones européennes précédemment définies, pourrait se doubler d'une autre segmentation, celle de compagnies historiques se concentrant sur les vols long-courriers et laissant au train ou aux compagnies à bas coûts le soin d'acheminer les voyageurs vers leurs aéroports pivots, se gardant quelques lignes essentielles comme Francfort-Munich ou Paris-Nice. **Si cette hypothèse se vérifie, c'est alors la validation d'une concurrence imparfaite dans le transport aérien de passagers**, incluant le choix de ne pas exploiter toutes les libertés aériennes et de laisser aux TBC/LCC la prise en charge du cabotage.

B – Les libertés aériennes inexploitées, la concurrence incomplète par les droits de trafic

720. Alors que la Convention de l'aviation civile internationale de Chicago consacrait le système des « accords bilatéraux » entre couples d'États pour l'attribution réciproque des droits de trafic aérien, la mise en œuvre des différentes « libertés aériennes » était donc variable d'un État à un autre. Comme évoqué précédemment à propos des liaisons transatlantiques, les accords se faisaient sur la base des relations plus ou moins cordiales, de manière plus ou moins aboutie, laissant aux signataires le choix d'utiliser le niveau de liberté qu'ils souhaitaient. **Le constat est double, portant sur l'inexploitation des accords signés ou de la libéralisation du ciel européen comme sur les difficiles négociations entre l'UE et les États tiers pour des accords de droit de trafic.**

721. Sur la base, des deux premiers droits de trafic, comme un droit minimum assuré en tant de paix, c'est-à-dire survoler un autre pays sans y atterrir (« 1^{re} liberté ») et d'atterrir dans un autre pays pour des raisons techniques sans embarquer ou débarquer des passagers (« 2^e

liberté »), ce n'est qu'à partir du droit de « 3^e liberté » que les négociations s'organisaient. Ce droit, accordé à une compagnie d'un pays d'assurer du trafic régulier en embarquant des passagers depuis un aéroport du pays d'origine vers un aéroport de l'autre pays signataire de l'accord bilatéral, constitue le premier palier nécessaire à une liaison aérienne commerciale viable. Cette situation est le service offert par n'importe quelle compagnie entre deux destinations et à ce titre fut l'intérêt majeur des alliances commerciales, Delta Airlines et Air France, connectant leurs plateformes respectives et assurant, en fonction de leurs marchés respectifs, des rotations d'avions bien identifiées par la clientèle.

722. À partir de la 5^e liberté, l'accord de trafic aérien permet une continuité vers un État tiers et souvent voisin, Delta Airlines assurant un vol Paris-Détroit puis continuer vers Vancouver par exemple, avec la possibilité de prendre des passagers entre Détroit et cette dernière destination. Les libertés suivantes, 6^e à 9^e, sont des combinaisons des droits offerts par les précédentes. En reprenant, l'exemple du partenariat Delta/Air France, la 6^e liberté permet cette interconnexion des hubs des différents partenaires. Ainsi, les clients Delta arrivant à Paris CDG peuvent poursuivre sur un vol Air France ou KLM vers des destinations européennes au sens large du terme ou du proche environnement méditerranéen ou moyen-oriental. Enfin, pour terminer l'évocation de ces possibilités et avant d'envisager le cadre actuel des libertés, les 8^e et 9^e libertés, offrent la possibilité pour une compagnie étrangère d'assurer à des degrés divers le trafic domestique d'un autre État, ce que seules les compagnies à bas coûts réalisent.

723. En retenant la date symbolique du 1er avril 1997 pour une ouverture à la concurrence du ciel européen, **la démonopolisation du transport aérien a techniquement levé le seul et dernier interdit, le droit de « cabotage »**. Derrière ce terme longuement réservé à la marine marchande, il faut entendre la possibilité pour les transporteurs d'effectuer des trajets intérieurs dans un pays tiers. Auparavant, cette faculté n'existait qu'en services « consécutifs », c'est-à-dire dans le prolongement d'un service international (Paris -> New York -> Dallas ou un vol Londres -> Paris -> Montpellier) et dans la limite de 50 % de la capacité mise en œuvre. Dès la fin de cette restriction, les compagnies aériennes peuvent envisager de se déployer sans contrainte, sur l'ensemble du marché en privilégiant des marchés nationaux à fort potentiel. En 1997, la France, représentant un tiers du marché domestique européen, est de loin le ciel le plus convoité de la Communauté. Elle devient donc une destination

incontournable pour Ryanair et easyJet, deux compagnies qui vont révolutionner l'offre de transport aérien de passagers, révolution définitivement en place avec la politique de dessertes des métropoles régionales par Volotea. Cette compagnie espagnole, devenue rapidement un opérateur majeur en France⁹⁵⁷, ne dessert aucun des aéroports parisiens. Cet exemple confirme la répartition du marché par le simple fait de l'utilisation ou non de toutes les libertés aériennes. Ce n'est qu'en décembre 2020, que Volotea a décidé d'opérer temporairement depuis Paris CDG quatre rotations vers Gênes où elle détient une base commerciale, devenant concurrente d'Air France sur cette route⁹⁵⁸. Ce premier test lui a permis de prendre position sur l'aéroport parisien et de confirmer cette offre génoise et d'offrir vers la Corse, une rotation pour la saison estivale 2021. On ne sait pas distinguer si l'absence de cabotage par les compagnies aériennes historiques relève d'un refus clairement assumé par leurs dirigeants pour préserver une « paix économique » et ne pas entrer en conflit avec les compagnies TBC ou si de manière totalement « naturelle », intrinsèque à l'aérien, il s'agit d'une option qui n'est pas possible, tant l'histoire du secteur depuis 1944 est fondée sur le transport international, seigneur des airs qui conditionne le transport domestique, celui-ci revenant alors à la compagnie historique.

724. L'hypothèse d'« un Paris <-> Francfort effectué opéré par Iberia », par exemple, semble donc inobservable, si l'on en juge par le fait qu'à part les TBC, seule la compagnie néerlandaise KLM effectue ce trajet, mais avec une escale à son aéroport pivot d'Amsterdam. Il peut y avoir plusieurs raisons. En premier lieu, remarquons qu'on n'a pas observé à ce jour de comportement de la sorte. Les compagnies nationales européennes semblent vouloir maintenir des réseaux relativement différenciés ou séparés tout en renforçant de manière systématique leur pouvoir de domination sur leur aéroport de base. Les avantages de la coopération sont l'accès à des ressources rares et complémentaires. Cette recherche des avantages de la compétition et des avantages de la coopération conduit à adopter simultanément des comportements compétitifs et des comportements coopératifs. British Airways par exemple a cherché à consolider son pouvoir de domination sur les liaisons internationales longue distance à Heathrow en ramenant sur cet aéroport d'importantes

⁹⁵⁷ <https://www.voyages-d-affaires.com/interview-pierfrancesco-carino-volotea-20171010.html> - Consulté le 2 juin 2018.

⁹⁵⁸ Aucune des vingt lignes autres lignes de cet aéroport italien ne sont à destination de l'hexagone : dix desservent l'Italie, cinq vers l'Espagne et cinq pour la Grèce). Site Volotea, consulté le 03 avril 2021.

liaisons de correspondance depuis l'aéroport de Gatwick, au détriment parfois de services point à point sur des routes correspondant à des voyages de loisir. Ce choix est tout à fait conforme à ce qu'on a observé aux États-Unis après la déréglementation. Les compagnies américaines les plus importantes ont cherché par divers moyens à accroître leur pouvoir de domination sur leur aéroport pivot, de manière que la concurrence se manifeste bien plus sur les liaisons entre hubs que sur les liaisons radiales à partir du *hub* qu'elles dominent. Il y a donc une opposition entre un paradigme concurrentiel qui recommande l'affrontement et dissuade de coopérer⁹⁵⁹ et un paradigme relationnel qui fait de la capacité à coopérer le fondement de la compétitivité de l'entreprise. Entre ces deux perspectives opposées, plusieurs auteurs affirment que les entreprises ont intérêt à rechercher à la fois les avantages de la compétition et ceux de la coopération, ou a minima un pacte de non-agression, rejoignant alors la théorie des jeux à partir du « réseau de valeur » (*value network*). **Dans cette conception, la coopétition est un rapprochement d'intérêts entre « complémentateurs », qui apparaît quand la compétition et la coopération se produisent simultanément.**

725. En second lieu, même si les liaisons entre aéroports pivots en Europe sont des liaisons où le trafic est le plus dense, la concurrence entre deux compagnies nationales, en termes de fréquences et de prix, peut déjà être suffisamment vive pour ne pas inciter une compagnie tierce à entrer sur le marché. Par exemple, le recouvrement de l'espace des horaires possibles qu'induit la multiplication des fréquences par les compagnies en place est souvent une stratégie de nature à dissuader l'entrée d'une compagnie tierce.

726. Dans cette situation générale, la décision de la compagnie Singapore Airlines⁹⁶⁰, basée à l'aéroport de Singapour-Changi de proposer trois vols par semaine entre Milan-Malpensa et l'aéroport de Barcelone-El Pra. Entre Milan et Barcelone, Singapore Airlines sera en concurrence, en prenant en compte tous les aéroports milanais avec easyJet et Vueling, et à terme avec ITA Airways. On peut élargir à Ryanair, en prenant un départ de Bergamo). Il importe de relever que la compagnie singapourienne, membre de Star Alliance, porte à deux le nombre de routes de cinquième liberté opérées en Europe, après celle reliant Copenhague

⁹⁵⁹ TELLIER Albéric, XXV. Richard A. D'Aveni – Les interactions stratégiques à l'heure de l'hypercompétition », *Thomas Loilier éd.*, Les grands auteurs en stratégie. EMS Editions, 2020, pp. 448-467.

⁹⁶⁰ <https://www.air-journal.fr/2022-01-07-singapore-airlines-ouvre-un-milan-barcelone-5232768.html#:~:text=La%20compagnie%20a%C3%A9rienne%20Singapore%20Airlines,ensemble%20au%20d%C3%A9part%20de%20Singapour.> – Consulté le 15 janvier 2022.

à Rome lancée en 2021 avec quatre rotations hebdomadaires actuellement. Ce comportement, pro concurrentiel de Singapore Airlines, se retrouve aussi aux États-Unis, où elle relie, par exemple Francfort à New York/JFK, Tokyo et Taipei à Los Angeles, soit, au total, six routes de cinquième liberté impliquant les USA. Pour éviter cela, il importe de rappeler que la Commission dispose de la politique transactionnelle, au sens de « concessions réciproques qui existent entre la Commission européenne et les entreprises dans un souci de coopération concessionnelle »⁹⁶¹. Au travers des engagements plus ou moins nombreux et divers selon qu'ils portent sur des affaires concentrant progressivement le marché des effets structurels incluant la remise plus ou moins importante de créneaux aéroportuaires pour inciter à l'entrée de nouveaux concurrents (cf. document additif).

727. En troisième lieu enfin, dans les situations de concurrence répétée sur plusieurs marchés comme le sont les activités de transport aérien, les producteurs du service offert savent bien que l'intrusion de l'un sur un marché peut entraîner des réactions des autres sur d'autres marchés, amenant une potentialité de contestabilité. Les compagnies nationales ont tout intérêt à éviter la concurrence frontale entre elles qui résulterait d'une exploitation systématique des droits de trafic sur toutes les liaisons intra-européennes, comme le leur permet la libéralisation du ciel européen. De plus, la création d'un hub unique en Europe, à Lyon-St Exupéry ou à Zurich comme il en est parfois question, afin de bénéficier au mieux des économies de densité sur les liaisons Nord-Sud et Ouest-Est, ne semble pas être à l'ordre du jour. Déjà, parce que la concurrence frontale entre compagnies nationales, pour la domination d'une telle plateforme européenne, ne paraît pas des plus désirables pour ces compagnies. Par ailleurs, il manquerait une volonté politique pour imposer une telle décision proche d'une planification, typique des beaux jours de la période des Trente Glorieuses tant, même avant la pandémie de COVID-19, aucune partie prenante du secteur n'aurait voulu d'un nouvel aéroport dimensionné comme l'aéroport d'Istanbul inauguré en 2018, notamment pour des raisons environnementales.

728. La pandémie actuelle a stoppé net le développement du trafic aérien tel qu'il était envisagé par les organisations d'aéroports ou de compagnies aériennes. Ainsi, pour la période

⁹⁶¹ *Supra*, MEZAGUER Mehdi, Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne - Un exercice transactionnel de l'autorité publique, 2015.

2018-2040, l'OACI prévoyait une hausse du trafic européen de 53 %, pour arriver à 16,2 millions de vols. Ce niveau est reporté à 2050 et serait le fait, essentiellement, des transports à bas coûts.

§ 2 – L'apport révolutionnaire et contesté des TBC/LCC

729. Un transporteur à bas coûts doit réaliser des économies d'échelle et générer le maximum de flux de passagers. Il gère une flotte homogène (uniquement des Boeing 737 pour Ryanair, des A320 pour easyJet), plus économe en gestion et maintenance sur un réseau de lignes simplifié. Celles-ci assurent la desserte d'aéroports secondaires où les prix des services sont plus limités et qui présentent des temps de rotation réduits, assurant une plus grande rotation des avions avec des équipes réduites, aux conditions sociales et salariales moins généreuses. Ces caractéristiques fondamentales dans le cadre d'une offre totalement novatrice ont logiquement amené les compagnies à bas-coût (TBC/LCC) à utiliser toutes les possibilités offertes par la libéralisation du marché, des libertés aériennes (A) à la perspective de vols transcontinentaux (B).

A – L'appropriation de toutes les libertés aériennes à partir d'une mise en concurrence des législations nationales

730. La lecture des offres des transports à bas coûts confirme que deux modèles sont à l'œuvre. Ryanair ou Vueling offrent des destinations touristiques. Pour la compagnie irlandaise, au départ de Paris - Beauvais, il n'y a que deux aéroports français desservis (Béziers et Figari) et depuis Bergerac nous ne pouvons aller que vers cinq aéroports britanniques et un aéroport belge. Depuis Toulouse les vols sont à destination de Marseille, Lille et Brest sur un total vingt-cinq destinations au total. Depuis Hambourg ou Munich, Ryanair ne dessert qu'un autre aéroport allemand, comme depuis Berlin (Tegel et Schönefeld) vers Cologne. Pour le troisième opérateur à bas coûts, Vueling, 105 destinations sont possibles depuis son aéroport pivot de Barcelone El Prat (2^e aéroport espagnol avec 52,6 millions de passagers en 2019), vingt-quatre pour l'Espagne dont dix pour des destinations insulaires.

731. Pour deux autres TBC/LCC, easyJet et Volotea, l'offre envisage des destinations touristiques, mais aussi interrégionales, ainsi Volotea avec dix-neuf aéroports desservis en

France, opère depuis Bordeaux et Marseille vers quatre destinations françaises, Nantes vers huit destinations dont une nouvelle Nice, Strasbourg vers neuf destinations. En novembre 2019, envisageant de compléter ce positionnement, Volotea a lancé sa navette Airbus entre Toulouse et Hambourg et assure désormais quatre fois par jour la liaison entre les deux sites d'Airbus du lundi au vendredi, sans correspondance. Ce service était assuré par Germanwings (Lufthansa) jusqu'à sa faillite. Par comparaison, Air France en offre plus d'une dizaine, mais avec correspondance. Opérant avec deux A319, repris à Germanwings, ils sont dédiés et spécialement aménagés avec des allées extralarges (fluidité de l'embarquement et de la sortie des passagers) pour des rotations rapides et adaptées aux besoins des employés d'Airbus. Volotea a profité de ce partenariat pour ouvrir une nouvelle base à Hambourg. Par ailleurs, c'est en 2015 que Volotea avait annoncé sa décision de choisir l'Airbus A319 pour le développement de sa flotte. En 2019, Volotea incorporait cinq avions supplémentaires dans sa flotte, pour disposer alors de vingt-quatre Airbus A319.

732. **On peut comprendre cette révolution par les résistances au développement des filiales *low cost* au sein d'Air France.** En septembre 2014, les personnels navigants techniques d'Air France ont fait grève pendant près de 14 jours pour protester contre la mise en place du projet de création de Transavia Europe, issue de la compagnie à bas coûts néerlandaise, acquise lors de la fusion avec KLM. Le projet visait à permettre à la compagnie de délocaliser des emplois de personnels navigants dans d'autres pays européens aux conditions salariales plus avantageuses pour l'entreprise. Le SNPL (syndicat majoritaire des pilotes) revendiquait de plus un contrat unique pour les pilotes, quelle que soit la compagnie du groupe Air France. En novembre 2016, la compagnie Air France annonce la création d'une nouvelle compagnie, appelée d'abord Boost puis Joon, qui reprendrait les lignes long-courriers déficitaires. Les pilotes seraient embauchés aux règles de rémunération d'Air France (tout en volant davantage). Malgré la consigne de leur syndicat majoritaire, les pilotes approuvent en février 2017 à 58,1 % la création de cette filiale. Pour la mise en place de cette compagnie Joon, Air France a annoncé en mars 2017 l'embauche de personnel navigant commercial (PNC) à un niveau de salaire inférieur de 40 % au salaire des PNC de la compagnie historique. Mais parce que l'aventure Joon ne durera pas plus de dix-huit mois (1^{er} décembre 2017 – 27 juin 2019) et que la crise de la COVID-19 fera taire les oppositions, les pilotes du syndicat SNPL d'Air France ont voté massivement en faveur du développement de la compagnie aérienne *low cost*

Transavia France sur les lignes domestiques, au moment où Air France rétrécit de 40 % l'activité de sa filiale régionale HOP !. Le groupe applaudit cette nouvelle étape vers une rationalisation du secteur court-courrier et son retour à la rentabilité.

733. Lancé le 25 juillet 2020 par la section Air France-Transavia France du SNPL France ALPA, syndicat majoritaire dans le groupe français, le référendum portant sur la « réorganisation des vols domestiques » établit un résultat sans appel approuvant les « projets d'accord sur l'accompagnement du projet domestique et d'avenants à l'accord de groupe pilotes Air France-Transavia France » avec 90,37 % de votes et un taux de participation de 82,63 %. Ce résultat « illustre, sans ambiguïté, la volonté des pilotes de s'impliquer dans l'avenir d'Air France et de participer au développement de Transavia France », déclare dans un communiqué le syndicat. Ce nouvel accord complète une première réorganisation effectuée un mois plus tôt et qui entraînait le départ d'environ 400 pilotes de la compagnie nationale française, dans le cadre du plan de restructuration post-pandémie de COVID-19 pour un total de 7 580 suppressions de postes d'ici fin 2022 et une réduction de 40 % de son réseau domestique.

734. Cet avenant à l'accord de groupe prévoit que Transavia France puisse opérer des lignes sur le réseau domestique et fait évoluer les garanties d'activité moyen-courrier en cohérence avec les perspectives d'activité envisagées sur le réseau domestique pour les années à venir. Il y a un an, un premier accord avait déjà été signé par le SNPL levant toute limitation de croissance de la flotte de Transavia France. Ce revirement de situation, inespéré pour la compagnie nationale, se trouve être paradoxal. Certes il valide un plan de sauvetage cohérent avec l'évolution du secteur, mais il valide un « moins-disant social » que les États semblent critiquer. Le 2 octobre 2018, les ministres des Transports d'Allemagne, de Belgique, du Danemark, de France, du Luxembourg et des Pays-Bas ont signé un appel à la mise en place d'un agenda social dans l'aviation, destiné à garantir des conditions de travail équitables pour le secteur de l'aviation, et y faire appliquer, de façon cohérente, les droits sociaux existants⁹⁶². Les six États signataires demandent à la Commission européenne d'œuvrer en ce sens, celle-

⁹⁶² Sénat, Le droit en soute : le dumping social dans les transports européens, Rapport d'information n°450 (2013-2014) de BOCQUET Éric, fait au nom de la commission des affaires européennes - 10 avril 2014 et Concurrence dans le transport aérien : l'indispensable transparence, Rapport d'information n° 180 (2015-2016) de BIZET Jean, BOCQUET Éric, KERN Claude et SUTOUR Simon, fait au nom de la commission des affaires européennes - 19 novembre 2015.

ci s'y étant engagée, dans le cadre de la stratégie de l'aviation pour l'Europe, présentée en décembre 2015. Ce document établissait des priorités en termes de dialogue social, d'identification des problèmes par l'élaboration d'un guide pratique sur le droit du travail applicable et la juridiction compétente appuyant la clarification du droit applicable et la juridiction compétente à l'égard des contrats de travail des travailleurs mobiles du secteur aérien⁹⁶³.

735. **Car le revers de la médaille serait que cette révolution est aussi celle du rapport au « *forum shopping* »,** poussant le Parlement européen à renouveler son appel, formulé dès les premiers effets de la libéralisation du secteur⁹⁶⁴, a une politique commune des transports aériens reposant notamment sur la nécessité de « l'élaboration de directives fondées sur l'article 118 A du traité CE, relatives à l'harmonisation du temps de travail et à d'autres aspects du secteur des transports, y compris des transports aériens » et en pointant que « la Commission n'ait pas présenté de propositions dans ce domaine de l'aviation civile, contrairement à ce qu'elle avait annoncé dans de précédents programmes de travail annuels ». Le choix entre les différents droits sociaux rend difficile de parer le risque de *dumping*, car il n'y a pas de possibilité d'harmonisation, ce champ ne relevant pas de compétences de l'UE en dehors de règles minimales. Le litige opposant l'État français à Ryanair à propos du personnel basé à Marseille fut à ce titre révélateur. L'affaire portait sur la nature des contrats de travail de 127 employés, de Ryanair à Marseille, conclus entre l'ouverture de la base, en 2007, et sa fermeture en 2010, tous de droit irlandais, comme tous les contrats du personnel de la compagnie irlandaise en Europe. Durant cette période, l'activité du personnel de Marseille n'avait pas été enregistrée au registre du commerce ni à l'Urssaf. Et Ryanair n'avait pas rempli de déclaration fiscale en France ni appliqué à ses employés la législation française du travail. Or, la législation française, par un décret publié fin 2006, impose aux compagnies étrangères disposant d'une base dans l'Hexagone d'appliquer le droit de travail français à leurs salariés attachés à cette base, notamment les navigants ce qui implique qu'ils résident à Marseille et que, sur le plan opérationnel, les avions stationnent sur la base.

⁹⁶³ BARNIER Louis-Marie, CALAME Chloé et VANDEWATTYNE Jean, Le low cost dans le secteur aérien, Vers une reconfiguration systémique de la production? La nouvelle revue du travail [En ligne <http://journals.openedition.org/nrt/3527>], 12 | 2018, mis en ligne le 02 mai 2018, consulté le 17 mai 2019.

⁹⁶⁴ Point 3 et 5 de la Résolution du Parlement européen du 01 avril 1996 sur les temps de vol et de service des équipages des aéronefs (B4-0307/96) op. cit.

736. Ryanair avait toujours considéré que la règle européenne, et non le décret français, prévalait, rappelant que

« les équipages opérant sur les vols Ryanair de et vers Marseille travaillaient pour une compagnie ayant son siège social en Irlande, et passant leur journée de travail dans des avions enregistrés en Irlande, ils sont considérés comme travaillant principalement en Irlande et non en France. Les équipages de Ryanair travaillaient sous contrat de travail irlandais en payant des cotisations sociales irlandaises, en conformité avec la législation européenne sur les règles d'emploi et de sécurité sociale européenne. »⁹⁶⁵

737. Le 28 octobre 2014⁹⁶⁶, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence condamna Ryanair à 200 000 euros d'amende et à payer 8,1 millions d'euros de dommages et intérêts, pour travail dissimulé sur sa base de Marseille entre 2007 et 2010. En réaction, la compagnie irlandaise ferma sa base marseillaise et la déplaça à Gênes.

738. Ryanair combine cette approche de la gestion du personnel navigant avec une politique de refus du dialogue social avec les organisations syndicales représentatives du secteur. Dans ce domaine, dès 1957, la perspective du marché commun implique « un contournement du cadre légal »⁹⁶⁷, les compagnies aériennes pouvant prétendre à choisir la législation sociale la plus appropriée pour abaisser son coût de revient. Et parce que Ryanair a longtemps refusé de dialoguer avec les syndicats reconnus, tout en mettant néanmoins sur pied des procédures spécifiques de dialogue avec la création de Conseils représentatifs des employés au sein de chaque base, confirme encore actuellement cette posture, liée à des conditions d'emploi et de travail souvent inférieures à celles à l'œuvre dans les pays où le personnel navigant est affecté. Cette logique a été, dans différents pays européens, la cause de tensions qui ont essentiellement pris la forme d'actions en justice menées par des ex-membres du personnel et des syndicats nationaux. C'est le cas en Belgique où des actions en justice ont été initiées à deux reprises contre la compagnie irlandaise. Adeptes de la « guérilla juridique » qui confine à une quérulence processive, sinon d'une présence régulière devant le

⁹⁶⁵ GLISZCZYNSKI Fabrice, <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/travail-dissimule-les-condamnations-de-ryanair-air-france-et-cityjet-annulees-790888.html> – Publié le 18 septembre 2018, consulté le 20 juin 2019.

⁹⁶⁶ Arrêt cassé et annulé par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt n°1803 du 18 Septembre 2018 (15-80.735 ; 11-88.040) au motif que la Cour d'appel n'a pas évalué le « réexamen du bien-fondé de la délivrance desdits certificats E101 » reprenant la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire C-620/15, A-Rosa Flussschiff GmbH, du 27 avril 2017, ECLI:EU:C:2017:309.

⁹⁶⁷ CARTOU Louis, La structure juridique du transport aérien en Europe à la veille du marché commun, *Annuaire français de droit international*, volume 3, 1957. pp. 535-557.

prétoire de Luxembourg, Ryanair a systématiquement introduit des recours en cas de décisions défavorables. Une stratégie qui lui a été largement profitable puisqu'elle a permis à Ryanair de gagner le temps nécessaire pour s'imposer comme un acteur incontournable, voire un acteur dominant du secteur aérien civil européen, n'hésitant pas à fermer et rouvrir ses bases commerciales au gré des conditions tant économiques que juridiques.

739. **Le *low cost* pourrait être réduit à une dérive au sein du capitalisme libéralisé, mais en tout cas dans le secteur aérien, nous l'évoquons plus dans sa nature systémique redéfinissant l'ensemble des rapports de production dans le secteur aérien.** La compression des coûts, commune aux TBC, repose sur une dégradation des conditions d'emploi et de travail telles qu'elles étaient précédemment à l'œuvre dans le secteur. Dans le cas de Ryanair, porte-étendard du *low cost* en Europe, cette dégradation allait de pair, jusqu'il y a peu, avec un refus du dialogue social avec les syndicats représentatifs et un évitement des législations nationales, selon elle, défavorables tant du point de vue des négociations salariales⁹⁶⁸ que fiscales⁹⁶⁹. Parallèlement, les compagnies *low cost* se caractérisent aussi par une intensification du travail de cabine, analysée ici à partir de la conception des espaces de travail des hôtesses et stewards de Transavia et easyJet. À partir du seul cas français, on peut ainsi envisager les interactions systémiques avec les compagnies dites classiques, dont les salariés se trouvent soumis aux mêmes injonctions de productivité, dans une dérégulation générale des marchés⁹⁷⁰.

740. Deux événements récents conduisent cependant à s'interroger sur une remise en question de ces aspects du « modèle » Ryanair. Le premier tient dans la décision rendue par la Cour, le 14 septembre 2017⁹⁷¹, à propos d'une question préjudicielle posée par la Cour du travail de Mons. Il s'agissait d'une affaire opposant d'anciens PNC de Ryanair à la compagnie

⁹⁶⁸ La compagnie aérienne Ryanair annonce vouloir fermer sa base à Francfort-Hahn et menace de fermeture celles de Berlin-Tegel et Düsseldorf, après le rejet par ses pilotes basés en Allemagne de signer un accord de baisse des salaires, <https://www.air-journal.fr/2020-07-22-salaires-des-pilotes-trois-bases-ryanair-en-allemande-menacees> - Consulté le 25 juillet 2020.

⁹⁶⁹ La fermeture temporaire de sa base par suite de l'arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018 dans l'affaire T-77/16, ECLI:EU:T:2018:947 réclamant la récupération de l'aide octroyée aux titres des redevances aéroportuaires par la Lughafen Zweibrücken GmbH, société détenue à 100 % par Flugplatz GmbH Aeroville Zweibrücken, elle-même filiale à 50 % du Land Rheinland-Pfalz (Land de Rhénanie-Palatinat) et à 50 % de la Zweckverband Entwicklungsgebiet Flugplatz Zweibrücken, une association de collectivités locales du Land.

⁹⁷⁰ COMBE Emmanuel, *Les Vertus cachées du low-cost aérien*, Paris, Fondapol, 2010.

⁹⁷¹ Arrêt de la Cour du 14 septembre 2017 dans les affaires jointes C-168/16 et C-169/16 ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduites par la cour du travail de Mons (Belgique), ECLI:EU:C:2017:688.

irlandaise. Pour la Cour, le droit qui s'applique est celui de la base d'affectation et non le droit irlandais puisqu'elle reconnaît que les juridictions belges sont compétentes pour juger le litige en question et les ex-PNC de Ryanair aux conditions offertes par le droit social belge en lieu et place du droit irlandais⁹⁷². Cette décision a largement fragilisé de fait l'entreprise irlandaise face aux actions en justice intentées dans plusieurs pays européens par d'anciens membres du personnel. Signifiera-t-elle la fin du recours à des contrats irlandais ? Ryanair avait pour politique de coûts d'éviter autant que possible de créer de base commerciale en France.

741. Le second, apparu à partir du 15 septembre 2017, tient dans l'annonce, en deux temps, par la compagnie à bas coût de la suppression de 20 000 vols entre septembre 2017 et mars 2018. Après avoir évoqué diverses raisons, dont le respect de la ponctualité, elle a finalement reconnu que ces suppressions étaient la conséquence d'un manque de pilotes. Insatisfaits de leurs conditions d'emploi et de travail, de nombreux pilotes ont préféré quitter la compagnie irlandaise pour des compagnies plus attractives, que l'on pouvait aisément identifier comme « non *low cost* ». Mais parallèlement à ces défections, d'autres pilotes ont fait le choix de la prise de parole via le Conseil européen des représentants des employés de Ryanair (EERC), un embryon de syndicat non reconnu par l'entreprise. Parmi les revendications avancées, figurent des contrats dépendant de la base d'affectation – et non plus des contrats irlandais –, l'acceptation de la syndicalisation et la reconnaissance de l'acteur syndical comme l'interlocuteur unique de la direction, la possibilité de prendre des congés pendant l'été, le paiement des heures de stand-by, la gratuité des boissons et des repas durant les vols, le paiement par la compagnie des nuitées d'hôtels lors des transferts ou encore la mise en place d'un plan de pensions et de soins de santé à la charge de l'entreprise.

742. Ces revendications ayant fait l'objet d'un rejet en bloc de la part de la direction de Ryanair confirmant son refus de négocier avec l'acteur syndical, la compagnie aérienne arguait de « la liberté de ces pilotes de négocier des augmentations de salaire ou de n'importe quel autre sujet⁹⁷³ ». Parallèlement, la compagnie s'est lancée dans une vaste campagne de

⁹⁷² La Cour de justice européenne justifie sa décision en se basant sur 6 critères : le lieu (1) où le travailleur débute et termine ses journées de travail ; (2) où les avions à bord desquels il accomplit son travail sont habituellement stationnés ; (3) où il prend connaissance des instructions communiquées par son employeur et organise sa journée de travail ; (4) où il est contractuellement tenu de résider ; (5) où un bureau mis à disposition par l'employeur se situe et (6) où il doit se rendre en cas d'incapacité de travail et en cas de problème disciplinaire.

⁹⁷³ BARNIER Louis-Marie, Chloé CALAME et Jean VANDEWATTYNE, Le low cost dans le secteur aérien, *La nouvelle revue du travail* [En ligne], 12 | 2018, mis en ligne le 02 mai 2018, consulté le 20 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/nrt/3527> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/nrt.3527>

recrutement de pilotes et de copilotes. Cependant cette tension avec les pilotes a initié un basculement puisque sous la pression de l'annonce d'une grève des pilotes en décembre 2017, la compagnie a reconnu les syndicats de pilotes comme interlocuteurs et accepté d'ouvrir des négociations. Elle a toutefois cherché à diviser les pilotes en ne reconnaissant que des syndicats nationaux et en avançant donc pays par pays comme pour éviter une négociation au niveau européen.

743. **Ces contentieux, sans entamer l'image commerciale de la compagnie, restent lourds de conséquences juridiques et économiques, forçant les États à réagir, du moins ceux qui veulent éviter le détournement de la liberté d'établissement.** Ainsi, dans une lettre ouverte aux dirigeants de Ryanair, les ministres du Travail de cinq pays européens ont appelé la compagnie aérienne *low cost* à appliquer le droit de travail local sous peine de « risques juridiques » – y compris là où elle s'est justement engagée à le faire d'ici le 31 janvier 2019. Envoyée au par les ministres du Travail Kris Peeters (Belgique), Hubertus Heil (Allemagne), Luigi Di Maio (Italie), Nicolas Schmit (Luxembourg) et Wouter Koolmees (Pays-Bas), la lettre publiée dans la presse belge⁹⁷⁴ affirme que « Ryanair et ses sous-traitants s'exposent à des risques juridiques en n'appliquant pas les lois locales du droit du travail », dans autant de pays marchés importants pour la compagnie.

744. Ces affaires montrent les limites de règles territorialisées par les différents « droit social », ce qui fait peser le risque de *dumping* social sur le ciel européen, d'autant plus que les États n'avancent pas tous au même rythme, si l'on en croit le peu de signataires de cette lettre ouverte. Alors donc si les libertés aériennes sont pleinement appropriées par les compagnies à bas coûts, elles le sont à défaut d'harmonisation sociale et fiscale.

B – Le nouvel horizon, pour l'instant bouché, du *low cost* aérien : les vols long-courriers

745. La seconde phase du développement de ces compagnies à bas coûts vient de l'offre récente de transport sur les destinations transatlantiques⁹⁷⁵ qui tendit, un temps, à conforter la remise en cause d'un modèle, celui des compagnies historiques pouvant offrir vol

⁹⁷⁴ <https://www.air-journal.fr/2018-11-05-ryanair-et-les-syndicats-des-ministres-sen-melent-5206762.html> – Consulté le 15 novembre 2018

⁹⁷⁵ La compagnie Norwegian a inauguré sa première ligne Londres-Los Angeles pour un prix de 199 livres l'aller, soit 250 euros en 2014 puis trois vols de Paris CDG vers les USA en juillet 2016. <https://www.norwegian.com/fr/a-propos-de-nous/> - Consulté le 29 juillet 2016.

transcontinental et correspondance vers un aéroport régional. Le développement du long courrier qui a induit des stratégies d'alliances faisant planer un risque de contraction de la concurrence, en étant repris par certaines compagnies à bas-coûts, pouvait apparaître comme une concurrence totale, car sur tous les segments du marché. Alors que la société Air France-KLM publiait de nouvelles mesures de restructuration et de réduction d'effectifs, le Commissariat général à la stratégie et à la prospective sur les transports, dans son rapport paru le 16 juillet 2013, pose la question de la survie des compagnies aériennes. Le constat est double. D'une part, les avions n'ont jamais connu un tel taux d'occupation⁹⁷⁶ depuis le début de la crise économique et financière, les bénéfices des compagnies aériennes traditionnelles, même s'ils s'améliorent depuis l'année 2013, ont correspondu à un nouveau record de 4,1 milliards de passagers ont été transportés par l'industrie de l'aviation sur des vols réguliers en 2017⁹⁷⁷. Ce qui représente une augmentation de 7,1 % par rapport à 2016, le nombre de départs passant à environ 37 millions, et le trafic en RKP (revenu passager kilomètre) augmentant de 7,6 %, confirmant la tendance (7,4 % atteints en 2016). D'autre part, des compagnies se créent et l'offre à bas coûts s'ouvre aux destinations transcontinentales et particulièrement transatlantiques. Mais ce constat plutôt encourageant ne permet pas pour autant d'envisager l'avenir sereinement, particulièrement quand on évoque le sort des « compagnies historiques européennes majeures ».

746. La concurrence a-t-elle remis en question le modèle économique des compagnies aériennes traditionnelles ? L'ouverture du marché du transport aérien en Europe reposait sur une volonté de satisfaire les besoins du consommateur en développant, puis en renforçant une offre réelle de transport aérien⁹⁷⁸. Cette vision d'une concurrence qualitative porte sur de nombreuses destinations, des facilités de déplacements par le biais de correspondances et des horaires réguliers. Cette offre de services fait précisément défaut parmi les compagnies à bas coûts et bas tarifs. C'est la raison pour laquelle cette situation de concurrence n'était pas vécue comme telle. Pour les compagnies aériennes traditionnelles, la concurrence n'était pas menacée dès lors qu'elles estimaient qu'elles n'exerçaient pas sur le même marché que les compagnies à bas coûts. On pouvait distinguer deux marchés distincts. Les compagnies

⁹⁷⁶GLISZCZYNSKI Fabrice, Air France-KLM : et pourtant les avions sont pleins à craquer, www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique, consulté le 07 août 2013.

⁹⁷⁷ Chiffres publiés par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI).

⁹⁷⁸ GRARD Loïc, « Le droit aérien », *Presses universitaires de France*, Que Sais-Je ?, n°1011, mai 1995.

historiques misaient sur la notion d'avantage concurrentiel selon lequel, moins la perception entre le prix payé et la valeur relative (estimée) du produit utilisé est grande, plus la satisfaction du consommateur augmente : celui-ci a l'impression de s'acquitter du « juste » prix. Les compagnies à bas coûts ont dès lors pu proposer de bas tarifs qui correspondaient pleinement à cet avantage concurrentiel, tandis que les compagnies aériennes traditionnelles estimaient qu'une partie de leur clientèle demeurait attachée à la qualité de service, justifiant ainsi une partie du prix pratiqué.

747. **La fragilité économique de ces dernières remet en question cette analyse.** D'une part, la plupart des compagnies aériennes traditionnelles européennes ont développé une offre à bas tarifs. D'autre part, dans le même temps, les compagnies à bas coûts et bas tarifs comme Ryanair développent des plateformes de correspondance⁹⁷⁹ sur le modèle des aéroports pivots⁹⁸⁰ des compagnies aériennes traditionnelles. Par ailleurs, au cours de la même période, le phénomène de concentration tant commerciale que capitalistique⁹⁸¹ s'est accru, faisant de trois réseaux de compagnies aériennes traditionnelles les principaux dans le transport de passagers. C'est la bataille annoncée qui serait la fin de cette segmentation des marchés et la remise en cause fondamentale de l'ADN des compagnies historiques. Depuis 2017, la concurrence avec les compagnies régulières, telles Air France-KLM, Lufthansa ou British Airways par les TBC tente de s'installer. L'initiative revient à Norwegian⁹⁸² qui outre ses liaisons transatlantiques, notamment vers les Antilles, chasse gardée d'Air France, avait relancé des discussions d'un projet de partenariat avec easyJet et Ryanair pour alimenter les lignes long-courriers de Norwegian avec les passagers moyen-courriers de ces compagnies.

748. Ainsi, en juillet 2017, Norwegian annonça son renforcement sur l'aéroport de Paris-CDG avec de nouvelles destinations, deux routes supplémentaires vers Boston et San

⁹⁷⁹ Dublin et Charleroi (Brussels South) pour Ryanair, la décision de Flybe, le 2 août 2013, de se concentrer sur Southampton et Birmingham en se retirant de Gatwick et renforçant ainsi la position d'easyJet sur cet aéroport londonien, www.airjournal.fr, consulté le 10 août 2013.

⁹⁸⁰ « La plateforme peut être appréhendée comme une fonction dans un réseau logistique : elle organise la fluidité des déplacements [de personnes]. », RAIMBAULT Nicolas, DOUET Marie et FREMONT Antoine, Les plateformes logistiques : entre fluidité et fixité, Projet FLUIDE, ANR et INRETS, novembre 2010, repris dans Les implantations logistiques entre réseaux et territoires, *L'Espace géographique*, n°42, 2013, p.32-43.

⁹⁸¹ WILHELM Pascal et VEVER Florent, la notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition, *Jurisclasseur Contrats - Concurrence - Consommation*, n° 11, novembre 2007.

⁹⁸² Norwegian ou Norwegian Air Shuttle ASA est une compagnie aérienne à bas coûts, basée à Fornebu, dans la banlieue d'Oslo. Au plus fort de son développement, Norwegian est devenu la 3e compagnie à bas prix d'Europe derrière easyJet et Ryanair et la 2e plus grande compagnie de Norvège, après SAS.

Francisco. Outre des destinations au départ de Paris, elle indiquait aussi vouloir « ouvrir des routes saisonnières depuis des villes de province vers les États-Unis⁹⁸³ » depuis Bordeaux et appuyait cette annonce par une autre, concernant la commande de trente A321LR auprès d'Airbus, des avions moyen-courriers au rayon d'action allongé pour desservir des destinations transatlantiques. Compagnie norvégienne, elle bénéficie cependant des extensions des accords de ciel ouvert négociés par l'Union européenne, principalement avec les États-Unis et se félicitait des négociations avec les pays membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (Asean).

749. En appliquant un modèle à bas coûts éprouvé par ses consœurs britannique et irlandaise, Norwegian avait dégagé en 2016, un bénéfice de 128 millions d'euros pour un chiffre d'affaires de 2,9 milliards⁹⁸⁴, ce qui sera son dernier exercice excédentaire. La compagnie scandinave a alors adapté au long-courrier, la recette du succès des *low cost* moyen-courrier, incluant des billets à petits prix – à l'exemple d'un aller Paris - New York à 182,60 euros, contre 347 euros pour Air France –, des options payantes et une forte rotation des avions, le souhait étant de doubler les fréquences quotidiennes de ses vols vers New York au départ de Paris. Pour cela, la compagnie utilisait l'argument de l'avion dernier-né de sa génération (confort et réduction des coûts), synonyme de qualité de services et d'« expérience de voyage » en intégrant vingt-huit Boeing 787 « Dreamliner » dans sa flotte entre 2017 et 2020 pour viser le marché pourtant déjà très disputé des Antilles. Norwegian pouvait donc lancer des vols long-courriers à destination des États-Unis depuis Barcelone, en faisant l'une de ses principales bases dans le monde avec Londres, Paris, Bangkok et Amsterdam.

750. Mais l'année 2018 a marqué un tournant, faisant souffler un vent mauvais sur tout le marché et principalement des TBC/LCC, opérateurs sensibles aux aléas économiques comme les variations du prix des carburants. Après Ryanair et Norwegian, easyJet, à son tour, révisa à la baisse ses prévisions, tenant compte des effets de la guerre des prix par le renforcement de la concurrence. Ainsi, publié par l'IATA, au premier semestre 2018, le revenu par siège du

⁹⁸³ https://www.lemonde.fr/economie/article/2017/07/08/norwegian-veut-renforcer-sa-presence-en-france_5157822_3234.html - Consulté le 10 septembre 2018.

⁹⁸⁴ Le groupe aérien Air France-KLM a dégagé en 2016 un résultat d'exploitation de 1,049 milliard d'euros, en hausse de 269 millions, sur un chiffre d'affaires reculant de 3,3% à 24,8 milliards d'euros. La seule compagnie Air France affichait un résultat de 372 millions d'euros pour cette année 2016.

transporteur britannique avait reculé entre 1 % et 5 %, obligeant les compagnies, pour compenser, à accueillir un plus grand nombre de passagers. Ryanair, le 21 janvier 2018, lançait une vente massive d'un million de billets avec une réduction allant jusqu'à 20 %.

751. Pour Norwegian, la combinaison de ces baisses de prix, de la hausse du kérosène et de problèmes techniques sur sa flotte⁹⁸⁵ lui imposant de louer, au coup par coup, des avions pour remplacer les Boeing Dreamliner eux aussi touchés par des problèmes de conception⁹⁸⁶. Déjà très endettée avant le début de la pandémie de COVID-19, Norwegian s'est retrouvée dans une situation critique, après l'effondrement du trafic aérien. Le 8 avril 2020, la compagnie avait présenté un plan de crise. Il prévoyait de convertir en actions une partie de sa dette auprès des sociétés de leasing, des banques et de ses autres créanciers. Avec 15,9 % du capital et des obligations convertibles représentant 7,2 % supplémentaire, la société irlandaise AerCap Holdings, qui loue onze de ses vingt-six avions Dreamliner à Norwegian, devient son principal actionnaire, accompagné par la compagnie chinoise BOC aviation, qui lui a fourni quatre appareils entre 2018 et 2019, récupère 12,6 % de son capital. Cette compagnie, qui fut regardée comme un pionnier de ce nouvel horizon, est actuellement envisagée comme l'exemple à ne pas suivre, tant sur sa gestion commerciale et son développement coûteux que sur son positionnement de « *low cost* transatlantique », ce qui a pu faire dire que cette tentative ne serait pas dupliquée de sitôt.

752. Cependant, l'annonce par la compagnie aérienne hongroise à bas coûts, Wizz Air, le 3 mai 2020 du lancement de sa filiale à Abou Dhabi, aux Emirats Arabes Unis, qui devrait la relier à cinq villes d'Europe de l'Est, Budapest, Sofia en Bulgarie, Bucarest et Cluj-Napoca en Roumanie, a relancé les spéculations sur les perspectives du transport aérien de passagers. D'abord, parce que cette concurrence sur des lignes transcontinentales est une nouvelle tentative de contester les parts de marchés des compagnies historiques et à ce titre, la réussite de cette aventure serait un signe que cette contestabilité n'est pas que théorique. Par ailleurs, en obtenant le feu vert pour établir cette nouvelle filiale, en coentreprise avec Abu Dhabi Developmental Holding Company (ADDH), la compagnie Wizz Air qui vise le Moyen-Orient,

⁹⁸⁵ Ces avions 737 Max, comme toute la production de Boeing, furent affectés par des problèmes sur leurs moteurs Rolls-Royce, impliquant jusqu'à leur immobilisation par suite d'accidents, crash du vol Lion Air 610 du 29 octobre 2018 et à celui du vol 302 d'Ethiopian Airlines le 10 mars 2019.

⁹⁸⁶ <https://www.journal-aviation.com/actualites/44738-norwegian-annule-l-integralite-de-sa-commande-de-737-max-ainsi-que-cinq-787> - Consulté le 10 septembre 2018.

l’Afrique et le sous-continent indien, s’inscrit dans un climat fort peu serein entre compagnies basées dans les États du Golfe persique et les compagnies historiques européennes. D’autant plus si, comme l’indiquait le communiqué de presse, « ces liaisons sans concurrence ajouteront près de 220 000 sièges par an au réseau de l’aéroport d’Abu Dhabi ; elles sont déjà en vente à partir de 59,99 euros aller simple ». Cette décision accompagne le souhait du gouvernement émirati d’alimenter la stratégie de diversification économique d’Abu Dhabi.

753. Les suites de la COVID-19 sont incertaines pour la reprise du trafic aérien, entre les contraintes sanitaires toujours en vigueur et l’appétence des consommateurs à reprendre un mode de transport qui a fait l’objet d’une vive polémique. Que l’offre de transport par avions retrouve ou non, rapidement ou pas, son niveau de 2019, 4,5 milliards de passagers transportés par le monde et 1,1 rien que pour l’Europe, la main tendue de Ryanair à Air France et Lufthansa, en 2017⁹⁸⁷, reste dans les esprits. Que la proposition faite aux deux compagnies historiques de lui « confier » les dessertes européennes pour alimenter leurs liaisons transcontinentales, soit pour le moins provocatrice, à l’image du Directeur général de Ryanair est un fait, mais en posant les éléments de cette offre, il peut y avoir deux analyses à faire. Soit il s’agit d’une réorganisation fondamentale du secteur faite à partir d’un renoncement historique, pour une « vieille » compagnie, à être universelle ; soit il s’agit d’une menace à peine voilée, de développement de la concurrence sur le long-courrier, leur seule source de profit actuellement. Ce qui serait possible si l’expérience avec Malta Air est concluante. Depuis la confirmation par Ryanair du lancement de Malta Air⁹⁸⁸, il est parfois prêté à la compagnie irlandaise de développer une logique de groupes de sociétés à l’image des grandes anciennes, déjà quand elle acquiert près de 30% de la compagnie irlandaise historique, AerLingus⁹⁸⁹. La compagnie *low cost* irlandaise, devenue un (petit) groupe de transport aérien avec ses trois sous-marques régionales (la Polonaise Buzz, l’Autrichienne Laudal – 2018 - et la Maltaise Malta

⁹⁸⁷ ESCANDE Philippe, https://www.lemonde.fr/economie/article/2017/02/16/la-nouvelle-bataille-du-low-cost-aerien_5080631_3234.html - Consulté le 12 septembre 2018.

⁹⁸⁸ <https://www.air-journal.fr/2019-06-12-ryanair-confirme-le-lancement-de-malta-air-5213004.html> - Consulté le 1^{er} juillet 2019.

⁹⁸⁹ La Commission européenne a refusé l’absorption d’Aer Lingus par Ryanair en 2007 (Affaire COMP/M.4439 – Ryanair / Aer Lingus I) puis en 2013 (COMP/M.6663 – Ryanair / Aer Lingus III).

En 2009, le projet de fusion (COMP/M.5434 – Ryanair / Aer Lingus II) avait été retiré par Ryanair. Le refus de la Commission européenne a été justifié par l’atteinte abusive à la concurrence créée par la fusion de ces deux compagnies puisqu’étant des concurrents horizontaux directs, créant une situation de monopole sur quarante-six liaisons aériennes dont Londres et Bruxelles.

Air), a annoncé⁹⁹⁰ un bénéfice net de 648,7 millions d'euros pour l'exercice 2019-2020 clos fin mars, pour un chiffre d'affaires de 8,5 milliards, en hausse de 10 %, et un total de 148,6 millions de passagers. Sur cette base commerciale et financière forte et alors qu'elle allait en profiter pour amortir seule la crise liée à la COVID-19, Ryanair projetait à partir de sa nouvelle filiale Malta Air de développer ses opérations depuis la France, l'Allemagne et l'Italie, vers l'Afrique du Nord et le Moyen-Orient. Jusqu'à présent, depuis Paris-Beauvais, Ryanair n'allait qu'au Maroc, toutes les autres destinations étant intra-européennes, quand depuis Charleroi-Bruxelles Sud, elle desservait aussi Israël. Il y aurait donc une réelle potentialité de développement sur la rive sud de la Méditerranée et au Moyen-Orient.

754. La fin de non-recevoir d'Air France et Lufthansa, a tenu d'abord à l'échec du rapprochement⁹⁹¹ entre easyJet et Norwegian, du fait de la faillite de cette dernière, mais elle pourrait être remise en question, si, comme les analystes l'envisageaient déjà avant la COVID-19, il y a un accord avec une des compagnies du Golfe et le projet d'easyJet « Worldwide by easyJet », ce qui en ferait un concurrent global, particulièrement pour Air France et Lufthansa. La réponse des compagnies aériennes historiques a consisté à contracter (jusqu'à l'étouffement ?) le marché. Après avoir longtemps méprisé le secteur du transport à bas coût, les grandes compagnies ont décidé d'y investir en force comme Eurowings, qui appartient à Lufthansa, ou encore l'exemple d'IAG, maison mère de British Airways, qui a lancé, au printemps 2017, Level, une *low cost* long-courrier basée en Espagne en complément de Vueling, enfin, le projet Boost d'Air France-KLM qui avait créé un temps Joon (2017-2019). Désormais, Air France, après avoir apaisé la colère de ses pilotes, le résultat du vote organisé par le SNPL Air France - déterminant pour le développement de Transavia –communiqué le 31 juillet 2019 donna un vote en faveur du projet à hauteur de 78% des membres du syndicat, tente de donner beaucoup plus d'envergure à sa filiale Transavia France. Cela passe par l'attribution d'une flotte de quarante avions et pourrait bénéficier, à l'avenir, d'une flotte

⁹⁹⁰ TREVIDIC Bruno, <https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/ryanair-progression-du-traffic-baisse-du-benefice-trimestriel-1041147> et <https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/ryanair-la-compagnie-europeenne-qui-peut-passer-la-crise-sans-aide-1203802> - Consultés le 18 juillet 2020.

⁹⁹¹ GLISZCZYNSKI Fabrice, <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/easyjet-propose-desormais-des-vols-long-courriers-air-france-british-airways-sous-pression-750133.html> - Publié le 13 septembre 2017, consulté le 25 mai 2018.

d'une centaine d'avions. Ce que la direction d'Air France obtenait difficilement en 2019, elle l'appliquait sans résistance en 2020, à la suite du plan de sauvetage dû à la COVID-19.

755. Le développement des *low cost* tient à l'utilisation intensive des libertés aériennes, quelques fois en profitant des différences entre les environnements juridiques nationaux, mais qui ne permet au fond que très imparfaitement de concurrencer les anciens monopoles sur le long courrier sauf à envisager que l'offre à bas coûts se développe à nouveau sur ce segment du marché, tentant à nouveau de décloisonner le marché aérien entre compagnies « universelles », offrant des vols de point à point comme avec une correspondance et les compagnies à bas-coûts qui restent, encore, cantonnées à un marché de moyen-courrier.

756. Dans cet environnement économique et sanitaire si incertain, l'offre à bas coûts repose largement sur de faibles charges aéroportuaires. À l'instar du Terminal MP2 de Marseille ouvert en 2006 et dédié aux vols *low cost*⁹⁹², il fut largement initié par la compagnie Air France qui en était la principale intéressée. Avec ses filiales Brit Air, Regional, la compagnie aérienne française a voulu initier une liaison pérenne vers Lyon et Bordeaux. Cette expérience qui ne fut pas à l'époque couronnée de succès marque cependant les hésitations de toutes les compagnies aériennes, sans exclusive, sur les perspectives de leur modèle historique. **Cette incertitude, augmentée par la crise sanitaire de la COVID-19 devrait être accentuée alors que des tentatives de décloisonnement de l'offre apparaissent régulièrement.**

§ 3 – Le décloisonnement de l'offre, une tentative de concurrence effective ?

757. Les effets réglementaires de l'ouverture à la concurrence du secteur aérien, pour autant qu'ils aient pu être anticipés, n'offrent pas une concurrence effective sur tous les segments de l'offre de transport aérien. L'organisation des vols en « point-à-point » des compagnies *low cost* ne permet pas de réaliser des vols de correspondances, constituant un autre modèle que celui dit des compagnies universelles. Cependant, outre l'essor des avions monocouloirs sur le segment des long-courriers qui avait pu faire croire à une offre à bas coût transatlantique, deux tendances pourraient permettre aux *low cost* de modifier durablement ces frontières, surtout si les compagnies qui en sont à l'initiative arrivent à les

⁹⁹² *Supra*, ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transports, 2007.

combiner. Il s'agit autant de la pratique du « *self-connect* » (A) que le repositionnement sur les aéroports majeurs (B) qui s'ils se confirment, peuvent permettre un décloisonnement de l'offre de transport et accentuer l'apport révolutionnaire du *low cost*.

A – Le modèle ambivalent incarné par easyJet

758. Près de vingt-ans après sa création, easyJet franchissait, en juillet 2014, le seuil des 700 lignes en Europe, Afrique du Nord et Moyen-Orient. Trois ans plus tard, cette compagnie britannique, anticipant les effets du Brexit, créa une compagnie easyJet Europe, immatriculée en Autriche pour y affecter 135 de ses appareils. Dans le même temps, à partir de ses aéroports londonien, suisse et français, la compagnie britannique décide de multiplier les correspondances long-courriers avec des partenaires comme Emirates, Cathay Pacific ou encore Corsair pour la France⁹⁹³.

759. Le « *self-connect* », au-delà d'une simple traduction, consiste à organiser par le consommateur lui-même sa correspondance, permettant au passager d'économiser les coûts du *hub* et donc de baisser le prix du billet. En contrepartie, il a la charge de transférer son bagage, d'assurer sa correspondance, de repasser les filtres aéroportuaires, encourageant un temps d'attente non optimisé entre deux vols. Le rapport à cette pratique est ambivalent, alternant entre risques pris par le consommateur et souhait des aéroports de voir ce genre de pratique se développer. La hausse de trafic de passagers, qui en résulte, génère des revenus additionnels, tant en taxes aéroportuaires qu'en revenus commerciaux liés aux flux de passagers dans les terminaux. Il reste à démontrer l'appétence des passagers pour ce genre de solutions qui présentent certes des gains financiers, mais aussi de nombreux désagréments. Ensuite, peu d'aéroports européens présentent la densité de trafic nécessaire pour réaliser ce genre de maillage. Enfin, les difficultés opérationnelles pour mettre en place ce genre de solution restent nombreuses tant pour les aéroports que pour les compagnies.

760. Ce constat est fait par easyJet qui a décidé de permettre cette pratique tout en l'encadrant pour sécuriser le trajet du consommateur. Tirant profit de la densification *low cost* de certains aéroports en Europe, des compagnies à bas coûts se sont saisies de cette

⁹⁹³ <https://worldwide.easyjet.com/> - Consulté le 02 juin 2020.

pratique, *Worldwide by easyJet (WBE)* est en donc l'exemple européen le plus abouti à date. Le service propose des correspondances entre vols easyJet sur onze de ses principales bases, comme Gatwick et Milan, mais aussi des possibilités de vols long-courriers avec des compagnies partenaires, par exemple Cathay Pacific pour se rendre à Hong-kong ou encore Emirates pour Dubaï et Etihad vers Abu Dhabi depuis Genève et Zurich.

761. Le concept *Worldwide by easyJet* a été initié à Londres-Gatwick où il concerne pour le moment les vols internationaux de Norwegian et de la Canadienne WestJet. Pour préserver son modèle *low cost* peu compatible avec la logistique demandée par une correspondance, easyJet fait appel à un sous-traitant GatwickConnects. À l'arrivée du premier vol, le passager récupère sur le tapis à bagages sa valise de soute puis le réenregistre au comptoir GatwickConnects qui l'achemine vers le vol suivant. C'est à ce même interlocuteur que s'adressera le passager si un retard lui a fait manquer la correspondance. Il sera rerouté ou pris en charge en conformité avec les règles européennes. L'innovation n'est pas tant dans la création ex nihilo d'une telle offre. Ce genre de panachages se pratique depuis longtemps et est même en pleine expansion depuis l'essor des compagnies TBC/LCC notamment sur les vols long-courriers. **La nouveauté est déterminée parce que le voyageur a accès à une plateforme qui lui propose le trajet composé de deux vols, incluant un système de reprogrammation ou d'échange de billet en cas de déconvenue et, surtout, une assistance à la correspondance.** Autant de services qu'il ne peut obtenir s'il compose lui-même son « *self-connect* ».

762. Donc, l'habitude du *self connecting* existant, la compagnie britannique quand elle met en place cette offre, ne fait que rationaliser l'expérience en proposant une plateforme qui vend deux vols dont un vol easyJet et un service de *self connect* mis en place par l'aéroport, le tout en une transaction. Sur cette logique, il est possible de trouver dans les offres de Ryanair ou de Vueling des liaisons avec escale, mais celles-ci restent dans une logique interne, car sans partenariat avec d'autres compagnies, car rendu quasi impossible du fait des aéroports desservis.

763. C'est le sens de la réaction du groupe Air France-KLM qui, le 24 octobre 2019, annonça que Transavia lançait son propre système⁹⁹⁴. La filiale à bas coûts d'Air France, basée à Paris-Orly, pour anticiper le développement de sa concurrente britannique, offre un

⁹⁹⁴ <https://corporate.transavia.com/fr-FR/actualites/transavia-lance-transavia-smart-connect/> - Consulté le 10 juin 2019.

système de correspondances interne (à Transavia), baptisé Transavia Smart Connect. Il s'appuie sur le même partenaire externe, la société DoHop⁹⁹⁵ que sa concurrente. Ce service a vocation à s'étendre à d'autres compagnies, notamment avec les maisons-mères Air France et KLM pour alimenter ses vols long-courriers vers les Antilles basés à Orly. Un tel scénario, qui était impossible pour les pilotes d'Air France qui lors du dernier accord signé entre Air France et ses pilotes, exclut la présence de Transavia à Roissy, ne l'est plus depuis la crise de la COVID-19 et la refonte de l'offre moyen-courrier d'Air France. Ainsi, l'alimentation du *hub* d'Air France à Roissy non plus par des vols d'Air France trop coûteux, mais par des vols Transavia est devenue l'option la plus cohérente⁹⁹⁶ pour la reprise du trafic aérien.

764. Car si cette pratique reste relativement peu développée, en dehors d'easyJet, du fait de contraintes techniques qui restent importantes, elle est observée avec inquiétude et envie par les compagnies historiques⁹⁹⁷. Les principales concernées par l'émergence d'un réseau mondial autour d'easyJet sont Lufthansa et Air France, car avec plus 360 millions de visiteurs annuels sur le site easyJet, la visibilité des partenaires de celle-ci est immense et alléchante⁹⁹⁸. Lorsqu'en 2018 easyJet annonça deux nouveaux partenaires, l'inquiétude se faisait concrète. Ainsi, Emirates devint partenaire d'easyJet sur les vols en correspondance, l'objectif fut que la clientèle de la compagnie à bas coût puisse rejoindre Londres Gatwick afin de bénéficier du réseau international d'Emirates vers Dubaï. Cet ajout venait compléter les accords qu'easyJet passa la même année avec Virgin Atlantic, Singapore Airlines et sa filiale à bas prix Scoot, portant, temporairement, à huit partenaires, l'alliance qui est couverte par les exemptions réglementaires⁹⁹⁹. D'autant plus que l'expérience tentée en octobre 2018, par

⁹⁹⁵ Dohop a été fondé pour résoudre les problèmes de *self-connect* et la première version de notre moteur de recherche de vols a été lancée en 2005. Aujourd'hui, Dohop a été désigné à plusieurs reprises comme le premier site de comparaison de vols au monde. <https://www.dohop.fr/about/about-us> - Consulté le 02 juin 2019.

⁹⁹⁶ Le plan « Vesta » de mai 2020 concernant la restructuration de l'offre Air France repose sur une réduction importante des créneaux de HOP à Orly qui ainsi libérés seraient conservés par le groupe car utilisés par Transavia France sur d'autres routes vers l'Europe, HOP étant « réduites » à trente avions pour alimenter le hub de Paris-Roissy. Source : Air France KLM

⁹⁹⁷ *Supra*, ABIDHOUSSEN Julien, <https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/mutation-du-transport-aerien-europeen-les-low-cost-toujours-plus-agressives-849059.html>.

⁹⁹⁸ Il faut toutefois tenir compte, que l'offre *Worldwide by easyJet* est sur un site internet totalement dédié <https://worldwide.easyjet.com/>, ne rendant pas la recherche d'informations totalement fluide.

⁹⁹⁹ Règlement (CE) n°411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n°3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n°3976/87 ainsi que le règlement (CE) n°1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

Virgin Atlantic qui souhaite rejoindre le réseau de correspondances déployé par easyJet augmenta les craintes des compagnies historiques d'une remise en cause fondamentale du trio mondial (IAG/Air France-KLM/Lufthansa).

765. Certes, ce partenariat ne dura que quelques mois, le temps que les compagnies Delta et Air France-KLM ne reprennent la main par une prise de participation de la première dans Virgin Atlantic (2019) et la création en 2020 d'une co-entreprise transatlantique entre les trois partenaires¹⁰⁰⁰. Mais, lors de l'annonce du partenariat Virgin Atlantic / easyJet, il est apparu que si ce partenariat perdurait, les clients de la compagnie britannique allaient pouvoir connecter leur vol easyJet à un vol Virgin Atlantic, via l'aéroport de Londres Gatwick, détournant une part importante du trafic européen vers Londres. Avec ce partenariat, *Worldwide by easyJet* permettait plus de 4 000 trajets uniques en association avec des compagnies aériennes partenaires.

766. Alors dans le même temps, Ryanair ne semble pas vouloir tenter cette expérience, restant sur son modèle économique, easyJet apparaissait vouloir devenir un acteur mondial majeur en étendant son activité moyen-courrier au long-courrier, sans avoir à s'équiper d'appareils à 200 millions d'euros l'unité. Pour Air France, l'annonce d'un partenariat avec Virgin fut un avertissement clair en tant que défi d'importance à son offre à Paris-CDG, d'autant plus qu'easyJet s'y développait en récupérant, à la suite des faillites d'Aigle Azur et XL Airways, des créneaux aéroportuaires pour trois vols quotidiens (Glasgow et Hanovre), mais surtout pour Londres Gatwick¹⁰⁰¹ renforçant la possibilité d'alimenter cette plateforme vitale pour la compagnie britannique. Enfin, l'arrivée du programme d'easyJet à Orly s'accompagne à ce titre d'un partenariat avec de plus petites compagnies, mais qui permettent de compléter l'offre, comme La Compagnie (pour des liaisons avec New York) et Corsair (Caraïbes, océan Indien, Amérique du Nord), autant de destinations importantes pour l'activité d'Air France-KLM.

767. Mais alors, comment comprendre, dans le même temps, la déclaration de la direction d'easyJet à propos de l'état de la concurrence. « Au bout d'un moment, quand on est dans le même secteur, on peut considérer que tout est en concurrence... Mais ici, nous ne le pensons

¹⁰⁰⁰ Air France, Delta Air Lines, KLM et Virgin Atlantic Airways ont reçu, le 21 novembre 2019, l'approbation des autorités américaines pour étendre leur partenariat.

¹⁰⁰¹ <https://www.cohor.org/ory-05122019-new-slot-pool-allocation/> - Consulté le 10 décembre 2019.

pas : pour ceux qui veulent du tout compris, des escales optimales, par leur brièveté notamment, il y aura toujours le *code-share* »¹⁰⁰². Ce qui a pu apparaître comme un bémol au décloisonnement de l'offre de transport aérien, rappelant l'intérêt pour le consommateur des alliances commerciales, dont le partage de codes est l'ADN, pourrait être, plutôt, lu comme un constat que **le rapprochement des deux modèles reste une gageure importante tant leurs caractéristiques commerciales et de culture d'entreprises sont souvent fondamentales.**

768. Malgré ce bémol qui est peut-être plus symbolique aussi, d'une volonté de ne pas trop inquiéter les compagnies aériennes historiques, cette pression sur les compagnies historiques va à terme s'intensifier avec l'arrivée sur le marché d'avions monocouloirs capables de franchir des distances de long-courrier comme, fin 2018, les premières livraisons de l'A321LR (*Long Range*). Cette configuration d'avion octroie la possibilité d'un recours plus régulier aux monocouloirs pour assurer des vols long-courriers, l'avion affichant une autonomie permettant d'assurer des vols transatlantiques comme Berlin - New York. Outre de meilleures consommations de carburant et des taux de remplissages plus faibles que les avions habituels, ils peuvent permettre plus de fréquence et de flexibilité dans la programmation, autant d'avantages qui sont les bases économiques et financières du modèle TBC/LCC. Ce objectif d'homogénéité de leur flotte, si nécessaire pour la maîtrise des coûts, est bien compris par l'industrie aéronautique. Ainsi, Airbus est déjà en cours de développement de l'A321XLR (*Extra Long Range*) qui offre 15 % de distance franchie additionnelle par rapport à l'A321LR. Prévu pour entrer en service en 2023, il totalisait déjà en décembre 2019 plus de 450 commandes pour 22 opérateurs différents, ouvrant encore un peu plus les perspectives du long-courrier aux monocouloirs, même si aucune *low cost* de premier plan n'a encore franchi le pas.

769. Enfin, ces appareils s'avèrent particulièrement intéressants pour ces compagnies *low cost*, s'adaptant bien aux aéroports secondaires moins fréquentés qu'elles desservent, permettant d'envisager que l'offre transcontinentale puisse être relancée. Parce qu'il s'agit de transporter entre deux points, plus ou moins directement, et d'accéder à ces points avant et après ce voyage, la logique de plateforme qui est à l'œuvre dans notre secteur d'étude quitte peu à peu la dichotomie « *Hub* et Aéroport régional » par le rapprochement sensible

¹⁰⁰² KELLER David, <https://www.deplacementspros.com/travel-experience/orly-nouvelle-base-de-projection-mondiale-deasyjet> - Publié le 3 novembre 2019, consulté le 5 mars 2020.

des modèles de transport. Dans cette nouvelle orientation, les compagnies universelles font face à une concurrence, plus directe, des TBC/LCC à partir de leurs aéroports pivots.

B – Un décloisonnement possible à partir des aéroports majeurs

770. Permettre ainsi l'interopérabilité de son réseau avec des compagnies aériennes offrant des vols long-courriers n'est possible qu'à partir d'infrastructures aéroportuaires majeures, reprenant ainsi cette distinction majeure entre Ryanair et easyJet. Opérant depuis certains grands aéroports internationaux européens comme les deux aéroports parisiens Paris-Charles-de-Gaulle et Paris-Orly¹⁰⁰³, Milan Malpensa, Berlin-Tegel ou Barcelone El Prat, easyJet est davantage présente dans les grands aéroports que sa concurrente Ryanair, ce qui lui permet d'assurer ce service de correspondances. Le 22 octobre 2019, après Londres-Gatwick, Milan-Malpensa, et Berlin-Tegel, l'aéroport Paris-Orly est devenu la 4^{ème} base de « *Worldwide by easyjet* » (WBE).

771. Ainsi, pour l'aéroport d'Orly qui est en première ligne, la signature avec Corsair et La Compagnie, permet à un passager au départ de Toulouse de réserver, par exemple, un voyage vers Pointe-à-Pitre avec un seul billet, puisqu'au tronçon domestique easyJet jusqu'à Orly succédera le vol transatlantique avec Corsair. Cela impose que le gestionnaire de l'infrastructure aéroportuaire, le groupe ADP mette en place un service assurant le transfert des bagages de soute d'un terminal à l'autre, à l'image de Gatwick Connects. En effet, la mise en place d'un tel système implique un service facilitateur de correspondance dans l'aéroport. À Gatwick et Milan, ce sont les aéroports eux-mêmes (Gatwick connect et Milano service) qui l'assurent. Orly étant dépourvu d'une telle offre, c'est une société de services aéroportuaires, Alysia 3S, qui s'en charge. C'est le même schéma à Paris-Roissy-CDG où le transfert des passagers et de leurs bagages sera prévu depuis l'avion easyJet à celui entièrement en classe affaires de La Compagnie vers New York. D'autres compagnies françaises sont intéressées comme Air Caraïbes et French Blue. Ce service a vocation à se développer avec d'autres transporteurs, mais aussi à partir d'autres hubs aéroportuaires. Outre Roissy-CDG et Orly d'autres plateformes sont concernées par ce développement, comme Milan-Malpensa, Genève, Amsterdam et Barcelone ou Bâle-Mulhouse.

¹⁰⁰³ easyJet y exploite 63 lignes dont environ les deux tiers à partir d'Orly.

772. **En dehors, de ce développement sur *self-connect* qui impose la présence sur de tels aéroports internationaux, il y a aussi la volonté des TBC/LCC de ne pas laisser ces aéroports aux seules compagnies aériennes.** Ce fut le cas, avec l'arrivée de Ryanair sur Bruxelles-National en 2014, même si trois ans plus tard, les considérations antibruits pour le survol de la capitale belge, l'empêchait d'y développer son offre, et de la compagnie Vueling, portant dès 2017, la part du *low cost* dans le nombre de passagers transitant par l'aéroport bruxellois à environ 17% du trafic. Cette compagnie espagnole se développe depuis l'aéroport principal de Barcelone, vers les aéroports majeurs de Paris, Rome ou Berlin, opérant des liaisons européennes pour le compte d'Iberia. C'est indéniablement le développement d'une concurrence pour les compagnies européennes comme Air France-KLM, Lufthansa, IAG (British Airways et Iberia) qui se doivent de réagir en développant leur propre offre à bas-coûts (pour le marché européen du moyen-courrier) et, dans le même temps, des partenariats avec des TBC/LCC de pays tiers. C'est tout le sens, par exemple, de l'accord entre Air France et Gol, compagnie à bas coûts brésilienne qui lui permet de « placer » son code sur les vols intérieurs brésiliens de Gol en continuation avec ses vols en provenance de Paris et de proposer à ses passagers des destinations qu'elle n'assure pas. **Même s'ils posent la question de l'harmonisation du produit sur l'ensemble du trajet, ces accords accroissent de facto la présence des compagnies classiques sur certains marchés et apportent en contrepartie aux *low cost* des passagers supplémentaires, souvent bienvenus en phase de fort développement.** C'est aussi la logique qui est appliquée par Star Alliance. Celle-ci, a décidé en décembre 2015, de lancer un concept permettant à ses vingt-huit membres de proposer au départ de certains hubs un vol en correspondance sur une compagnie à bas coûts. « Nos passagers expriment le besoin d'avoir accès à des marchés que nous ne desservons pas de manière optimale. Dans la plupart des cas, les compagnies traditionnelles ne sont pas en mesure de combler ce vide », explique¹⁰⁰⁴ Mark SCHWAB, directeur général de Star Alliance. La *low cost* sud-africaine Mango fut la première à coopérer avec Star Alliance, fin 2016.

773. Ce système vise à lever une contradiction pour ces grandes alliances. Il s'agit de continuer d'offrir un réseau mondial de destinations (leur raison d'être) quand un grand

¹⁰⁰⁴ GLISZCZYNSKI Fabrice, <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/quand-une-alliance-globale-star-alliance-frappe-a-la-porte-des-low-cost-535150.html> publié le 11 décembre 2015 – Consulté le 5 mai 2017.

nombre de lignes ne cesse de leur échapper au profit des TBC/LCC ou (et) que certains de leurs membres développent une filiale *low cost* en parallèle de leur activité (Scoot pour Singapore Airlines, par exemple), voire transfèrent une partie de leur activité court- et moyen-courrier à une telle filiale comme le fait Lufthansa avec Eurowings/Germanwings. Une telle coopération peut également concerner certaines compagnies du Golfe. Le partenariat entre Emirates et easyJet, par exemple, permet aux passagers de la compagnie de Dubaï d'utiliser leurs miles sur le réseau européen de la compagnie britannique. Demain, rien n'empêche les deux compagnies de signer des partages de codes qui permettraient à easyJet d'amener des passagers vers les aéroports européens d'où décollent les vols long-courriers d'Emirates pour Dubaï. Mais, au-delà de ces accords, c'est un autre type de coopération qui devient le repoussoir pour ces compagnies historiques, celui de l'alimentation de leurs hubs par des *low cost* autres que relevant de leur groupe. **Ce transfert de tout ou partie du réseau court et moyen-courrier d'une compagnie classique à une *low cost*, reste encore à l'heure actuelle, un débat houleux**, alimenté par Michael O'LEARY¹⁰⁰⁵, le directeur général de Ryanair, qui malicieusement, rappelle que le *self-connect* existe, qu'il soit strictement aérien, ces passagers qui prennent l'initiative de prendre une *low cost* pour aller d'une métropole régionale à Paris-Roissy afin d'y prendre ensuite un long-courrier, voire multimodale avec le transport par train.

774. La segmentation entre les marchés transcontinentaux, dominés par les compagnies historiques, et celui portant sur des vols court- et moyen - courriers, opérés par les TBC/LCC, restera relativement imperméable sauf à ce que ces dernières compagnies tentent d'opérer une attribution « concertée » de ces segments de marché, par des partenariats avec des compagnies historiques. L'offre « easyJet Worldwide » semble être sur cet objectif de décloisonnement de l'offre, à la suite des tentatives, certes chaotiques, des compagnies historiques d'exister sur le *Low* et *Middle cost*, à l'image d'Air France avec sa filiale Transavia (2006), d'Iberia avec LEVEL (2017) ou encore de Lufthansa qui tenta d'imposer Germanwings (2002-2020).

¹⁰⁰⁵ « Lufthansa, British Airways et Air France vont être obligées de changer de modèle. Avec la concurrence des compagnies du Golfe (Emirates, Etihad, Qatar, nldr), elles ne peuvent plus vivre sur un réseau long-courrier bénéficiaire qui subventionne un réseau court-courrier déficitaire (...). Elles continueront de perdre de l'argent sur le réseau court-courrier et confieront un certain nombre de leurs routes courte distance à une compagnie comme easyJet ou Ryanair pour alimenter leurs vols internationaux au départ de leur(s) hub(s) », expliquait-il en septembre 2015 à La Tribune.

775. Ces tentatives de décloisonnement du marché du transport aérien de passagers sont le fruit de la réglementation sur le modèle économique de ce secteur. Si elles n'aboutissent pas toutes, le marché n'en demeure pas moins réactif aux évolutions de l'écosystème juridique, tant dans son espace intérieur que sur sa façade extérieure.

Section 2 – Les perturbations normatives extérieures : l'interdépendance des espaces aériens source de constante instabilité

776. Le transport aux États-Unis est dominé pour les transports de voyageurs, par l'avion et l'automobile, reléguant le train depuis la deuxième moitié des années 1950¹⁰⁰⁶ à un rôle dominant pour le transport de marchandises (40 % du tonnage total en 2019). En 2018, environ 242 millions de passagers avaient voyagé par air, au départ ou en direction des États-Unis, contre près de 495 millions d'Européens¹⁰⁰⁷. S'il est tentant d'envisager cette instabilité comme étant « institutionnalisée » afin d'assurer la contestabilité du marché, il n'en reste pas moins que le ciel européen ne fonctionne pas comme une bulle étanche tant il est sensible aux perturbations normatives extérieures. La politique de l'Union européenne a été d'assurer un « *open access* » sans remise en cause directe des « opérateurs historiques » ni de leurs droits. C'est donc la logique d'une « libéralisation du secteur économique » pour une liberté des comportements assurant la meilleure connectivité possible (§1). Cependant, cette décision politique de l'Union européenne en permettant une gestion déconcentrée de la capacité aéroportuaire, fragmente le marché plus qu'il ne l'ouvre réellement (§2). Dès lors, la coopération ferroviaire, dans un marché qui très progressivement commence à s'ouvrir, apparaît comme la réponse de ce mode de transport concurrent au refus du cabotage aérien (§3).

¹⁰⁰⁶ GERTZ Carsten, Une politique novatrice aux États-Unis dans le domaine des transports, de l'aménagement du territoire et de la qualité de l'air. Enseignements pour les changements de politiques dans d'autres pays, *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 176, no. 2, 2003, pp. 341-353.

¹⁰⁰⁷ Données Eurostat pour une UE à 27 membres donc augmentée d'au moins 146 millions de personnes, en ne prenant que les deux plus importants aéroports britanniques, que sont Londres-Heathrow (80 millions) et Londres Gatwick (46 millions de passagers) – Source Eurostat <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/10265954/7-06122019-AP-FR.PDF/23f19773-2310-3751-b2fa-bd2ff18113ff>

§ 1 – L’approche paradoxale d’une meilleure connectivité du territoire européen

777. Si l’année 2002 a marqué le point de départ d’une politique extérieure de l’aviation de l’UE¹⁰⁰⁸ en accélérant l’eupéanisation des accords de droit de trafic aérien, les lacunes de la libéralisation n’ont pas pu aboutir à une déségmentation du marché aérien européen, fortement constitué en marchés nationaux. La Commission joue donc depuis cette jurisprudence son rôle de gardienne de l’intérêt général en proposant, au cas par cas, la possibilité de négocier avec tel ou tel État tiers pour l’ensemble des pays membres et assurer ainsi une meilleure connectivité du territoire européen (A). Cet objectif d’une meilleure connectivité confronte l’espace aérien européen à l’application des règles de concurrence dans le ciel des États tiers, et plus particulièrement nord-américain, génère une instabilité de la libéralisation européenne (B).

A – La connectivité aérienne de l’Union européenne : atout majeur du marché intérieur et source d’instabilité

778. Le 7 décembre 2015, la Commission européenne a publié une communication porteuse d’une nouvelle stratégie de l’aviation pour l’Europe à l’horizon 2020¹⁰⁰⁹. La stratégie de l’aviation fut l’une des initiatives annoncées dans le programme de travail de la Commission pour 2015. Elle se composait d’une communication, d’une proposition de révision des règles de sécurité aérienne de l’UE, énoncées dans le règlement n° 216/2008, et de demandes d’ouverture de négociations en vue d’accords globaux dans le domaine des transports aériens entre l’UE et une série de pays tiers clés¹⁰¹⁰. Il s’agit de l’Association des nations de l’Asie du Sud-Est (ASEAN), des États du Conseil de coopération du Golfe (CCG), de la Turquie, de la Chine, du Mexique et de l’Arménie. Parallèlement, la Commission sollicitait des autorisations afin de négocier des accords spécifiques en matière de sécurité aérienne avec la Chine et le Japon, et les modalités du contrôle unique de sûreté sont arrêtées avec le Canada et le Monténégro. Ces accords de services aériens sont des traités destinés à définir l’ensemble des

¹⁰⁰⁸ *Supra* CJCE, arrêts du 5 novembre 2002 dits « Ciel ouvert ».

¹⁰⁰⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Aviation : une Europe ouverte et connectée {SWD(2017) 207 final} du 8 juin 2017.

¹⁰¹⁰ Commission européenne, Aviation internationale : une chance pour la croissance et l’emploi dans le secteur de l’aviation de l’UE, MEMO/15/6145 du 7 décembre 2015.

conditions dans lesquelles les liaisons aériennes peuvent être réalisées. Au niveau européen, ces accords procèdent d'une compétence mixte : certaines de leurs dispositions (comme en matière de droit de la concurrence) renvoient à une compétence exclusive de l'UE, tandis que d'autres, comme celles relatives à l'accès aux marchés (octroi des droits de trafic), relèvent encore des États. En requérant des mandats de négociation, la Commission européenne se propose donc d'agir à la fois au nom des États membres et au nom de l'UE. À l'origine de cette demande, la stratégie des compagnies du golfe Persique qui ont un marché national restreint et fondent leur développement sur leurs plateformes de correspondance entre de nombreuses villes d'Europe et l'Asie du Sud et du Sud-Est, voire l'Océanie et l'Afrique orientale. Elles captent ainsi un important trafic entre l'UE et ces régions du monde, au détriment des services directs et des transporteurs européens, ce qui menace la connectivité de l'UE.

779. L'objectif affiché était de « stimuler la compétitivité internationale du secteur de l'aviation de l'UE et d'assurer aux passagers des services de haute qualité », objectif que la Commission européenne a souhaité poursuivre dans le cadre du Pacte vert européen¹⁰¹¹. Par ces accords, la Commission voulait que près de 75 % de l'ensemble des passagers empruntant des vols à destination et au départ de l'UE, soit plus de 240 millions de passagers par an, soient couverts par des accords dans le domaine de l'aviation conclus au niveau de l'UE, ce qui participait au renforcement de la position de l'UE au niveau mondial, l'une des 10 grandes priorités de Jean-Claude JUNCKER.

780. La Commission, s'inscrivant dans le cadre de sa nouvelle stratégie de l'aviation pour l'Europe adoptée en 2015¹⁰¹², définit quatre mesures dont l'objectif commun est double¹⁰¹³. C'est d'une part, permettre à l'aviation européenne de garder une position de premier plan dans l'espace aérien international et, d'autre part, éliminer les entraves à la croissance au sein du ciel unique européen. Entre autres choses, il y est traité de l'accès au marché et il vise à rétablir des conditions de concurrence loyale entre les compagnies aériennes des États

¹⁰¹¹ Communication de la Commission sur une Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir [COM(2020) 789 final] du 9 décembre 2020.

¹⁰¹² *Supra*, La stratégie de l'aviation de l'Union européenne, COM(2015) 598 final du 7 décembre 2015

¹⁰¹³ RODRIGUES Stéphane, Transports aériens : La Commission européenne adopte le 8 juin 2017 un paquet sur l' « aviation ouverte et connectée » portant, d'une part, sur les règles en matière de propriété et de contrôle des transporteurs aériens de l'Union européenne et, d'autre part, sur les obligations de service public (Aviation), 8 juin 2017, *Concurrences* N° 4-2017, Art. N° 84959, pp.176-177

membres de l'Union européenne (UE) et celles des pays tiers. Pour revenir sur ce premier objectif, le second faisant l'objet d'un développement ultérieur, la Commission européenne y demande « instamment » que le Conseil l'autorise à négocier la signature de nouveaux accords globaux dans le domaine de l'aviation au niveau de l'UE, tels qu'avec Bahreïn, Chine, Koweït, Mexique, Oman et Arabie saoudite et de « prendre rapidement une décision en ce qui concerne la signature de l'accord en la matière avec l'Ukraine ». En effet, un an plus tôt¹⁰¹⁴, lors de la présentation de son programme de travail pour 2017, intitulé « Pour une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend », la Commission n'évoquait le transport aérien de passagers qu'au travers des négociations d'accords de trafic avec le Pérou et l'Arabie Saoudite pour en pointer les difficultés d'aboutir à un résultat.

781. Autant de mesures devant soutenir l'aviation comme moteur puissant de la croissance économique, de la création d'emplois, du commerce et de la mobilité pour l'Union européenne, et jouant un rôle essentiel dans l'économie de l'UE. Le secteur emploie près de neuf millions de personnes dans l'UE et contribue à l'économie européenne à hauteur de 500 milliards d'euros. Au cours des 20 dernières années, la libéralisation du marché intérieur des services aériens de l'UE et la hausse considérable de la demande de transport aérien au sein de l'UE et dans le monde ont abouti au développement significatif du secteur européen de l'aviation. Le trafic aérien en Europe devrait, selon les estimations, atteindre 14,4 millions de vols en 2035, soit 50 % de plus qu'en 2012.

782. La raison d'être de cette communication, au départ, se fonde sur les difficultés des compagnies aériennes européennes dont la rentabilité est régulièrement affaiblie alors que le transport aérien est une industrie en croissance. La stratégie globale pour l'aviation vise donc à créer les conditions d'une croissance rentable des différents acteurs de l'aviation sans aller jusqu'à la promotion de l'utilisation par tous les opérateurs de l'ensemble des libertés aériennes. Une étude prise en compte par la Commission européenne souligne que, sur une période de dix ans, les transporteurs aériens européens ont connu une augmentation annuelle de 0,2 % du trafic entre leurs bases et la zone de l'ASEAN. Ce qui a amené la Commission à entamé des négociations pour proposer, en mai 2022, un accord avec l'ASEAN, visant à rétablir

¹⁰¹⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour 2017, Répondre aux attentes - Pour une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend, COM/2016/0710 final du 25 octobre 2016.

l'équilibre du marché¹⁰¹⁵. Car, dans le même intervalle, la croissance du trafic sur ces mêmes routes, enregistrée par les trois grandes compagnies du Golfe (Etihad Airways, Emirates et Qatar Airways), a été soixante fois supérieure, avec plus de 12 % d'augmentation par an. Les structures de coûts de ces trois opérateurs semblent plus basses que celles de leurs concurrents européens. Une étude réalisée par une agence indépendante montre, par exemple, que British Airways et Virgin Atlantic accusent des coûts unitaires supérieurs d'environ 30 %, comparés à ceux des compagnies du Golfe. Ces écarts considérables se fondent certes sur un ensemble de disparités contextuelles et/ou stratégiques, mais aussi sur des pratiques déloyales. Pour des États membres de l'UE comme la France ou l'Allemagne, l'engagement de la Commission sur cette voie promet en outre de mettre un terme à un dilemme. En effet, tandis que les compagnies aériennes « historiques » basées dans ces deux pays – les groupes Air France-KLM et Lufthansa – appellent de leurs vœux une protection contre les pratiques déloyales énoncées plus haut, des aéroports régionaux français et allemands, de leur côté, et demandent une ouverture des marchés afin de bénéficier d'une plus grande connectivité avec des régions du monde auxquelles ils n'ont pas accès directement.

783. La Commission européenne semble avoir réussi à conjuguer ces intérêts qui peuvent, par une concurrence plus loyale, participer à la durabilité de celle-ci. Le 4 mars 2019, la Commission européenne et l'État du Qatar ont paraphé un accord de transport aérien, le premier accord de ce type entre l'UE et un partenaire de la région du Golfe. Les engagements ne concernent pas seulement une libéralisation du ciel entre les deux pays, mais va plus loin en renforçant « les règles et les normes applicables aux vols entre le Qatar et l'Union européenne » selon un communiqué de presse de la Commission¹⁰¹⁶. L'accord entériné par les deux parties fut poussé prudemment par les acteurs européens du secteur pour pouvoir exploiter ce marché moyen-oriental, plaque tournante entre l'Asie et l'Europe puisque plus de sept millions de passagers voyagent entre l'UE et le Qatar. Il prévoit que dans les cinq

¹⁰¹⁵ Commission européenne, Proposition de Décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union, de l'accord global dans le domaine du transport aérien entre les États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part COM(2022) 194 final - 2022/0139 (NLE) du 6 mai 2022.

¹⁰¹⁶ Commission européenne, Communiqué de presse IP_19_1490 du 4 mars 2019.

prochaines années, une ouverture progressive en Belgique, Allemagne, France, Italie et Pays-Bas aura lieu, pour permettre de totalement libéraliser les correspondances directes.

784. Cette connectivité¹⁰¹⁷ du territoire par le transport aérien est un enjeu économique pour l'Europe, qui impose que « l'Europe se doit de conserver le plus grand nombre possible de liaisons aériennes directes entre elle et le reste du monde, autrement dit de défendre sa connectivité¹⁰¹⁸. » Elle correspond au nombre de liaisons directes (*P-to-P*) et de possibilités de correspondances (*Spokes*) et donc à une interopérabilité modale¹⁰¹⁹, celle qui permet que n'importe quel avion de quelque compagnie puisse atterrir et décoller d'un aéroport européen.

785. C'est un enjeu économique qui fait l'objet de prises en compte régulières par la Commission européenne pour l'accompagner au mieux des contraintes. Quelque vingt ans en arrière, les principales plateformes de correspondance aéroportuaires étaient européennes et de fait, le problème de la connectivité de l'Europe ne se posait pas. Depuis, l'émergence de *hubs* très puissants constitués au Moyen-Orient et en Turquie, l'attractivité croissante des liaisons indirectes entre l'Europe et l'Asie, via ces plateformes émergentes comme Dubaï ou Istanbul, pose la question de la pérennité des *hubs* européens et des compagnies qui y sont basées, alors que pour les voyageurs d'affaires (passagers à haute contribution dans le modèle économique des transporteurs) dans la perspective d'échanges commerciaux, les liaisons directes depuis l'Europe demeurent éminemment nécessaires, entre autres vers l'Asie. Le danger, pointé par la Commission européenne¹⁰²⁰ et les autres acteurs du marché, est donc que l'Europe puisse perdre sinon voir réduire ces liaisons à terme, par défaut de compagnies européennes ou asiatiques. Si la connectivité directe n'est pas menacée entre l'Europe et les Amériques du Nord et du Sud, ce risque pèse particulièrement sur les liaisons entre l'Europe et le sous-continent indien, l'Asie du Sud-Est et l'océan Indien. En direction de l'Afrique, alors qu'Ethiopian Airlines inaugurerait, le 15 décembre 2019, deux nouvelles routes internationales, l'une à destination de Houston aux États-Unis, et l'autre vers Athènes en Grèce depuis son hub en Afrique de l'Est, la compagnie Royal Air Maroc développait le sien en Afrique de

¹⁰¹⁷ *Supra*, MARGAIL Fabienne, De la correspondance à l'interopérabilité : les mots de l'interconnexion, 1996.

¹⁰¹⁸ Ministère chargé des Transports, DGAC, Analyse mensuelle, Aviation civile magazine n° 379_Mars 2017.

¹⁰¹⁹ Le concept d'interconnexion sera développé, ultérieurement, en évoquant la concurrence multimodale et la politique globale de transport (avions/trains/bus) liée à l'élargissement du concept d'interopérabilité.

¹⁰²⁰ Communication de la Commission, Aviation : une Europe ouverte et connectée » COM(2017) 286 final du 8 juin 2017.

l'Ouest, permettant une nouvelle route plus au sud de l'Europe entre l'Asie et les Amériques. Seules des considérations techniques sur les routes aériennes asiatiques, vers l'océan Indien et jusqu'en Océanie, imposent des escales.

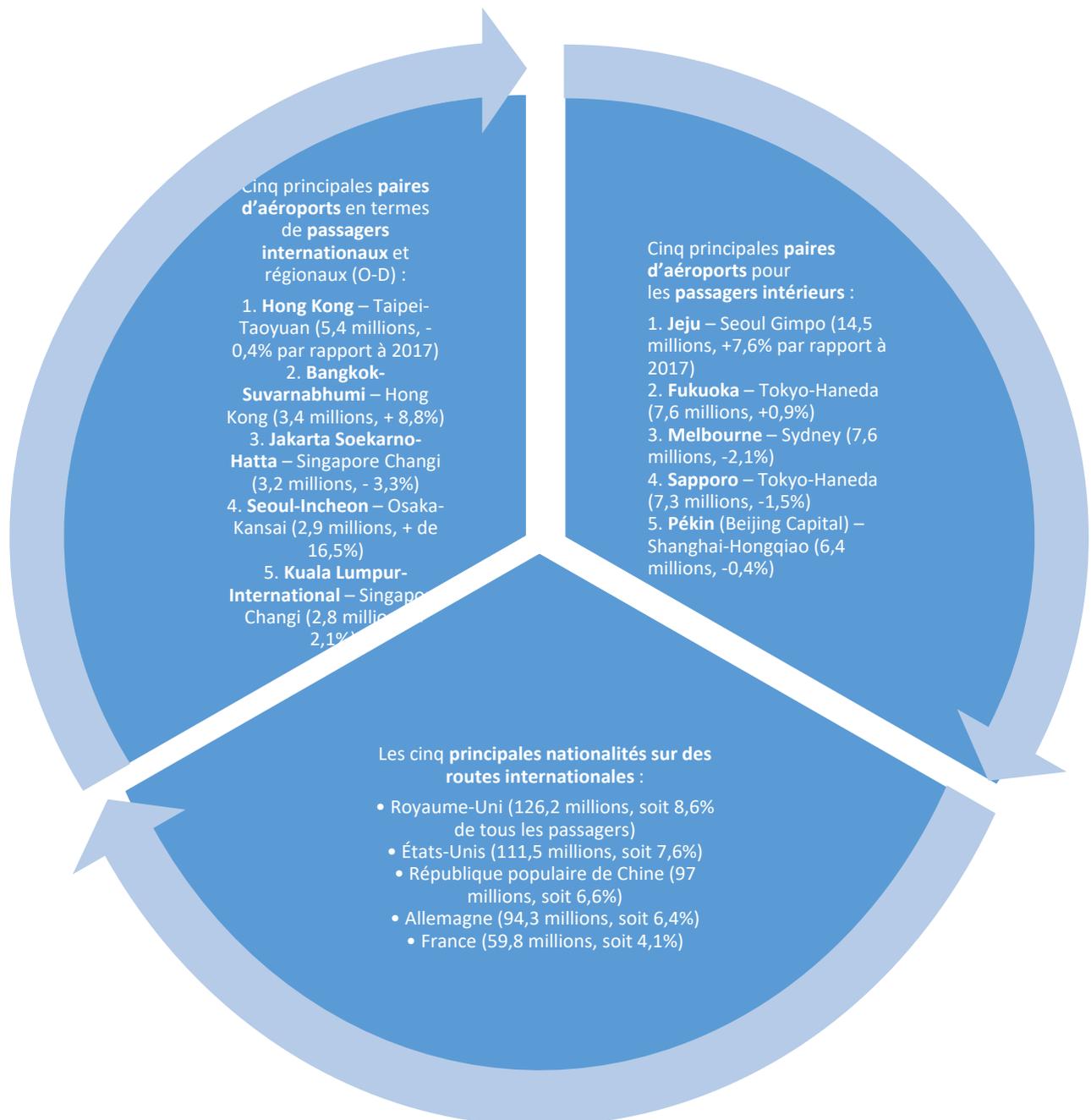
786. Comme le Livre blanc en 2011¹⁰²¹, **l'analyse du secteur pointe le défaut de connectivité des aéroports européens, comme relevant parfois de situations créées et autoentretenués par les gouvernements (par le droit de trafic aérien) et les compagnies aériennes (par la constitution d'alliances ou de groupes) afin de protéger les parts de marché.** Ainsi, le rapport d'information du Sénat du 19 novembre 2015 pointe que le marché émergent « Asie-Pacifique » ne concerne que 20 % de la connectivité des « aéroports européens bien trop concentrés sur l'Europe même ou l'Amérique du Nord, situation due à l'ancienneté des relations historiques et au réflexe du pré-carré ». La structure des réseaux de transport aérien intra-européens, avant la libéralisation, est analogue à la situation actuelle aux États-Unis, situation qui a émergé, rappelons-le, après la déréglementation. Chaque grande plateforme européenne reste dominée par une compagnie nationale dont le réseau est constitué de liaisons radiales (*spokes*) à partir de (et vers) l'aéroport correspondant. Deux différences subsistent toutefois avec les États-Unis. D'une part, le *hub* de chaque compagnie européenne correspond quasi systématiquement à la capitale de son pays d'appartenance alors qu'aux États-Unis « l'aéroport d'une compagnie » peut être localisé dans une ville de moindre importance. D'autre part, du fait que les distances y sont plus faibles, les lignes des compagnies nationales en Europe contiennent une proportion bien plus élevée de vols directs qu'aux États-Unis. Étant donné la structure actuelle de leurs réseaux, peut-on alors penser que la liberté donnée aux compagnies européennes d'obtenir, si elles le désirent, des droits de trafic entre n'importe quel couple de points sur le territoire européen sera exploitée au point que la libéralisation conduise à une concurrence sur un réseau global plutôt que sur une juxtaposition de réseaux ?

787. À partir des données publiées pour l'année 2018 par l'IATA, trois faits saillants apparaissent pour résumer l'idée d'une superposition du réseau commercial au territoire, cette relation entre droits de trafic aérien et connectivité. On retiendra le rôle des *low cost* et du dynamisme de la région Asie-Pacifique, la première place d'American Airlines en offre en

¹⁰²¹ Livre Blanc COM(2011) 144 final de la Commission, Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources, 28 mars 2011.

sièges, et le fait que Hong Kong accueille les deux routes internationales les plus denses au monde. À cela, trois dimensions (Fig. 1 et 2 ci-dessous) apparaissent dans le transport aérien international et structurent toute la réflexion autour de ses droits de trafic aérien.

Fig. 1 : Répartition du transport aérien international



Données 2018 - <https://www.air-journal.fr/2019-08-01-le-transport-aerien-en-2018-selon-liata-5214106.html>

consulté le 23 avril 2020.

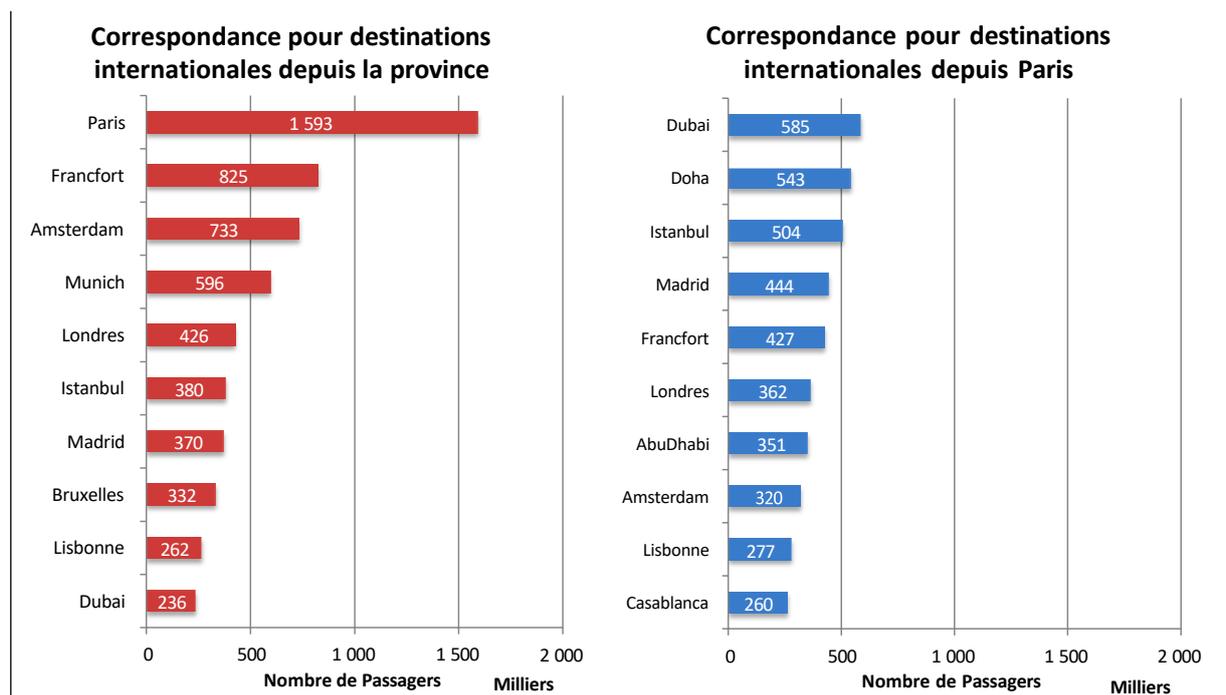


Fig. 2 : Principales villes de correspondance en 2019 avec distinction Paris et province (milliers de passagers)

Province-international : 7.5 M de passagers indirects

Paris-international : 11.5 M de passagers indirects

https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Observatoire_2019.pdf

788. Il a certes des effets démographiques et de distance géographique que d'autres modes de transport ne peuvent assurer aussi rapidement. Mais, dans le même temps, si le réseau commercial des compagnies aériennes se superpose évidemment au territoire, on le voit particulièrement dans la Fig. 2 et la place de Paris dans les correspondances internationales nationales, les décisions politiques d'assurer tel ou tel accès, par la connectivité aérienne, participe d'une meilleure utilisation des libertés aériennes, notamment en développant les accès secondaires au territoire, comme l'aéroport de Lyon-Saint Exupéry, qui bénéficie d'une offre ferroviaire vers tout le territoire français. Sans prise en compte véritable de cet aspect, la libéralisation imparfaite doit être assumée comme une caractéristique intrinsèque, que l'on doit au mieux prendre en compte pour toute nouvelle réglementation. Ainsi les droits de trafic aérien s'adaptent et redessinent la connectivité du territoire européen, sous contrainte de l'offre ferroviaire. Deux exemples nous semblent pertinents à cet égard. Alors que la ville de Marseille est reliée en moyenne en 4h et parfois

par Ouigo pour un prix d'appel à 11 euros, easyJet a renoncé à assurer cette liaison, en 2006 quand la SNCF proposait son offre IDTGV prémices de l'offre *low cost* Ouigo. À l'inverse, la ville de Nice qui n'est pas (encore) desservie par une LGV, après la gare de Marseille¹⁰²², se trouve à plus de 5h de Paris et peut conforter le rôle de son aéroport, le 2^e en France après CDG en annonçant régulièrement l'ouverture de nouvelles liaisons y compris en dehors du territoire national et européen. Le 22 août 2019, la compagnie United (Star Alliance) a, ainsi, annoncé qu'elle proposera des vols directs entre Nice et New York à partir du 2 mai 2020. Le projet était de desservir son *hub* de l'aéroport Newark-Liberty en Boeing 767-300 tous les jours, avec un départ de Nice Côte d'Azur à 12 heures pour une arrivée à New York à 15h15 locale (après 9h15 de vol) et bénéficier ainsi de nombreuses connections pour le reste du continent. Ses concurrents, Delta Airlines et La Compagnie, proposent déjà cette liaison sans escale. Cette annonce intervient quelques jours après celle de Qatar Airways et l'arrivée du premier vol direct de Pékin, une liaison opérée trois jours par semaine (les mercredi, vendredi et dimanche) par la compagnie Air China avec un A330 de 227 places. L'objectif est d'atteindre 250 000 séjours d'ici à 2025. L'aéroport de Nice Côte d'Azur propose aussi des vols internationaux sans escale vers Montréal, Dubaï, Doha ou encore Koweït City. Au total, l'aéroport de Nice dessert 121 destinations directes. En 2018, la plateforme a vu transiter 13,85 millions de passagers. Un chiffre en hausse de 4,1 %, soit 560 000 passagers en plus.

789. Ces accords de trafic aérien reprennent les objectifs de déploiement des liaisons sur d'autres aéroports que Paris et, outre Nice, concernent Lyon. L'arrivée de Qatar Airways pour un vol direct Doha-Lyon complète cette logique territoriale de multiplier les accès aériens. La compagnie qatarie souhaitait proposer cinq vols par semaine entre sa base de Doha-Hamad International et l'aéroport de Lyon-Saint Exupéry. Qatar Airways proposait déjà cette route avec correspondance en partage de codes avec Lufthansa, Brussels Airlines ou TGV Air, cette dernière complémentarité du train assurant le maillage avec l'avion¹⁰²³.

¹⁰²² Une nouvelle ligne, dont le coût a été estimé à 15 milliards d'euros, a été annoncée en juin 2009 par le ministre de l'Écologie en charge des Transports, Jean-Louis BORLOO. Le projet, non encore entamé, devrait mettre Nice à 3 h 50 de Paris contre 5 h 25 aujourd'hui et à une heure de Marseille (sans arrêt) contre 2 h 25 à l'heure actuelle.

¹⁰²³ Le mécanisme pour l'interconnexion en Europe – MIE reprend pour le secteur des transports, les projets qui doivent compléter le réseau central ou global identifié à la fin du règlement (UE) n°1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n°661/2010/UE.

790. Elle ferait alors face à une concurrence directe, rejoignant, en effet, Emirates établie à Lyon depuis 2012. À ce stade l'analyse, il est intéressant de noter qu'à Lyon, Emirates et Qatar proposaient autant de vols (cinq) qu'à Nice en complément des vols assurés à Paris-CDG (trois vols quotidiens), faisant de ces deux aéroports régionaux des alternatives crédibles pour les consommateurs. Ce renforcement des pôles régionaux fut, entre 2014 et 2017, aussi le fait de la compagnie Etihad qui après avoir acquis Darwin Airline SA, compagnie aérienne régionale suisse fondée en 2003, offrait sous la marque Etihad Regional, un acheminement Lyon-Zurich pour continuer vers le Moyen-Orient et l'Asie, notamment Bangkok.

791. Ainsi, tous ces positionnements commerciaux reposent sur l'identification dans les accords de trafic, des infrastructures aéroportuaires. En comparant celles-ci sur le simple critère du nombre de passagers supérieur à cinq millions¹⁰²⁴, il existe neuf aéroports en Allemagne (70,5 millions de passagers pour Francfort à 6,3 millions pour Hanovre), neuf Espagnols (Madrid 61,7 et Bilbao 5,9 millions) treize en Italie (allant de Rome Fiumicino et 43,5 millions de passagers à Cagliari, 4,7 millions). En France, huit aéroports correspondent à ce critère¹⁰²⁵ (Paris-CDG 76,1 et Nantes 7,2 dont l'aéroport de Bâle-Mulhouse avec 9 millions, mais dont le trafic est essentiellement en Suisse). Et pour ces trente-neuf aéroports, les cinq premiers opérateurs (par ordre, Ryanair, Lufthansa, IAG, easyJet et Air France-KLM avec 8 % du trafic) représentent 65 % du marché intra-Europe¹⁰²⁶ en rappelant que sur le nombre de passagers transportés sur le moyen-courrier, il est frappant de constater que Ryanair était jusqu'en 2019 le premier transporteur européen, devant Lufthansa. L'écart de taille était encore plus prononcé avec les autres compagnies. Ainsi, la taille de IAG sur le moyen-courrier représentait seulement 59 % de celle de Ryanair.

792. Le marché européen est donc sensiblement autant concentré que le marché domestique américain, les cinq premiers transporteurs états-uniens ayant transporté 69 % des passagers (Southern, American, Delta Airlines, United et enfin SkyWest Airlines avec 3 %

¹⁰²⁴ Critère pour l'octroi possible d'aides d'État, points 17 et 25 des lignes directrices 2014 « aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » de la Commission européenne à mettre en perspective avec l'annexe n°7 « classement des aéroports européens », page 902.

¹⁰²⁵ Pour la France, il y a aussi l'aéroport de Paris - Beauvais-Tillé avec 3,9 millions de passagers puis cinq aéroports entre 2 et 2,5 millions de passagers par an.

¹⁰²⁶ COMBE Emmanuel, Avant le Covid-19, le transport aérien en Europe : un secteur déjà fragilisé, décembre 2020, <https://www.fondapol.org/etude/avant-le-covid-19-le-transport-aerien-en-europe-un-secteur-deja-fragilise-2/> - Consulté le 12 janvier 2021.

du trafic)¹⁰²⁷. Cette consolidation du marché nord-américain a fortement influencé le marché aérien européen, ce qui nous fait énoncer l'idée que le ciel européen ne fonctionne pas comme une bulle étanche, mais qu'il est sensible aux perturbations normatives extérieures¹⁰²⁸.

B - La consolidation du ciel nord-américain, quels enseignements pour le ciel unique européen ?

793. L'évocation de la consolidation d'un marché non européen sert à évaluer, parce qu'il correspond à l'un des marchés les plus dynamiques et importants du monde¹⁰²⁹, son rôle de précurseur et de modélisateur, notamment par la répartition des tâches au sein des alliances commerciales et particulièrement des co-entreprises (*joint-ventures*). Ainsi, l'analyse de Pierre ZEMBRI concernant les concentrations sur « les stratégies gagnantes¹⁰³⁰ », souligne que pour les dix principales compagnies aériennes basées aux États-Unis en 1978, six grosses compagnies aériennes classiques étaient encore en activité en 2015, il n'en reste donc plus que trois, actuellement, à savoir American Airlines (dont la marque sera conservée au détriment de celle US Airways¹⁰³¹), United (après la fusion United Airlines-Continental Airlines en 2010) et Delta (après le rapprochement en 2008 de Delta Air Lines et Northwest Airlines). En mettant fin à des surcapacités chroniques sur le marché américain, ces fusions ont en effet permis, plus particulièrement, à Delta et United d'enrayer la chute des prix et de se redresser.

794. L'ouverture à la concurrence du ciel nord-américain plus particulièrement des États-Unis, le Canada¹⁰³² ayant ouvert son ciel à la concurrence plus tard et sur une progressivité

¹⁰²⁷ *Supra*, COMBE Emmanuel, Figure 3 - Consulté le 12 janvier 2021.

¹⁰²⁸ Commission européenne et Département américain des transports, Communiqué de presse IP/10/1511 du 16 novembre 2010 à propos d'un rapport commun sur les alliances transatlantiques.

¹⁰²⁹ Le trafic mondial s'établit à plus de 4,5 milliards de passagers en 2019, soit une croissance de 4,1% par rapport à 2018. Le bénéfice net du secteur aérien mondial fut de 25,9 Md\$, soit une baisse de 5,13% par rapport à 2018. Pour l'année 2019, les trois marchés les plus contributeurs sont l'Amérique du Nord (16,9 Md\$, en hausse de 16,5%), l'Europe (6,2 Md\$, en baisse de 32,2%) et l'Asie-Pacifique (4,9 Md\$, en recul de 20%). Source IATA

¹⁰³⁰ *Supra*, ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transports, 2007, et pour une comparaison des différentes consolidations des espaces aériens, cf. l'annexe n°5, page 900.

¹⁰³¹ Le groupe à l'époque afficha une capitalisation d'environ 11 milliards de USD, un chiffre d'affaires de 39 milliards USD et une flotte de 1 500 appareils.

¹⁰³² 1984, le gouvernement fédéral rend publique sa politique « Aller sans entraves ». Premier pas vers une déréglementation plus large, elle a pour but de restreindre les obstacles à l'entrée dans le marché et d'assouplir les règles pour l'établissement des tarifs aériens. Trois ans plus tard, un autre pas est franchi avec l'adoption de la loi fédérale sur les transports nationaux. Cette nouvelle loi proscriit toute réglementation économique

plus « européenne », ne pouvait être qu'un modèle partiel notamment du fait des spécificités territoriales qui ont structuré une répartition des modes de transport en Europe radicalement différentes par rapport au grand modèle nord-américain. L'étude comparée des consolidations des deux marchés nord-atlantiques¹⁰³³, met en lumière une réalité, du fait certainement de la réalité politique de l'Union européenne, il n'y eut aucune absorption entre les compagnies aériennes européennes.

795. L'annonce en février 2013 de la fusion entre American Airlines et US Airways marque la fin de la consolidation du ciel américain entamée dans les années 1990¹⁰³⁴. La Commission européenne autorisa, assez rapidement, le projet de concentration entre US Airways et la société holding d'American Airlines, AMR Corporation, sous réserve du respect de certaines conditions. Moins de six mois après l'annonce faite, la Commission est parvenue à la conclusion que l'opération ne poserait pas de problème de concurrence compte tenu d'engagements importants incluant la cession d'une paire de créneaux par jour à l'aéroport de Londres Heathrow et des accords de portée étendue concernant le transport de passagers en transit afin d'inciter un nouveau concurrent à entrer sur le marché de cette liaison. Il s'agit pour la nouvelle compagnie ainsi fusionnée d'assurer le transit de passagers pour le compte d'autres compagnies. Ces engagements ont ainsi levé le principal problème de concurrence pour la liaison Londres - Philadelphie¹⁰³⁵.

796. L'enquête de la Commission révèle toutes les implications possibles de l'appartenance de ces deux compagnies à une même alliance. Ainsi, l'opération aurait entraîné un monopole sur la liaison Londres-Philadelphie au départ de l'aéroport de Londres Heathrow du fait que US Airways et American Airlines, adhérentes à l'entreprise commune transatlantique (British Airways étant la compagnie qui assure la liaison), sont les seuls transporteurs offrant des vols sans escale pour cette liaison. Pour toutes les autres liaisons

restrictive quant à l'entrée ou à la sortie du marché d'un transporteur ainsi qu'à la tarification des services de passagers et de fret. L'assouplissement de la réglementation économique s'est poursuivi avec l'entrée en vigueur de la Loi sur les transports au Canada, en 1996. Depuis, tous les territoires sans exception sont laissés au libre marché.

¹⁰³³ Cf. Annexe n°4 « modalités d'application des règles de concurrence » page n°899.

¹⁰³⁴ En 1998, l'accord conclu entre Northwest et Continental, respectivement quatrième et cinquième transporteurs du pays, mettait fin provisoirement à l'offre de fusion de Delta Air Lines, troisième transporteur américain, pour Continental. Finalement Continental fusionnera avec United (2010) et Northwest avec Delta (2012) <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1998-jan-27-fi-12474-story.html>

¹⁰³⁵ Commission Decision of 05/08/2013 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6607 - US AIRWAYS / AMERICAN AIRLINES) according to Council Regulation (EC) No 139/2004.

transatlantiques concernées par l'opération, la nouvelle compagnie issue de la concentration continuait à être confrontée à d'autres concurrents importants, notamment d'autres entreprises communes appliquant le principe de la neutralité par rapport à l'avion utilisé, comme la *North Atlantic Joint-Venture*, un partenariat associant Delta, Air France-KLM et Alitalia, et l'A + + JV, un partenariat transatlantique associant Lufthansa, Air Canada et United Airlines. En outre, sur certaines liaisons, elle continuera à être confrontée à une forte concurrence de la part de Virgin Atlantic, notamment après l'acquisition par Delta du contrôle en commun du groupe Virgin, ainsi que d'autres transporteurs aériens réguliers ne faisant pas partie d'entreprises communes appliquant cette neutralité par rapport à l'avion utilisé.

797. Le marché nord-américain est donc dominé par trois compagnies qui représentent près de 53 % du marché intérieur américain et 48 % de l'ensemble des trafics nationaux et internationaux. À ces trois géants, il faut en ajouter un quatrième, Southwest Airlines, la plus grosse compagnie *low cost* du monde, qui a absorbé en 2011 Air Tran, l'une de ses concurrentes à bas coûts. Elle possède 15 % du marché intérieur et 11 % toutes destinations confondues, internationales comprises. American, United, Delta et Southwest représentent donc plus des deux tiers du trafic aux États-Unis. À ce quatuor, il faut, enfin, ajouter le TBC Jetblue (6 % de parts de marché) partenaire de Lufthansa qui en détient 15 %. Après des épisodes de mise en faillites¹⁰³⁶, la solidité financière retrouvée des compagnies américaines a su convaincre le gouvernement américain de reprendre les négociations avec Bruxelles pour conclure une libéralisation des conditions de propriété des compagnies aériennes¹⁰³⁷, lesquelles interdisent aujourd'hui les fusions transcontinentales.

798. Dans ce mécano nord-américain, la Commission a pu exposer son point de vue. Si pour la fusion United Air Lines-Continental Airlines, elle n'a formulé aucun doute quant à une atteinte à la concurrence validant sans réserve le projet¹⁰³⁸ notifié un mois auparavant, le 27 juillet 2010, il importe toutefois de revenir sur quelques aspects.

¹⁰³⁶ Le 29 novembre 2011, American Airlines et sa maison mère le holding AMR déposent leurs bilans et se placent sous la protection du chapitre 11 de la loi sur les faillites des États-Unis afin de réorganiser leurs activités.

¹⁰³⁷ Point 41 de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, La politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation – Anticiper les défis à venir COM(2012) 556 final du 27 septembre 2012.

¹⁰³⁸ Décision de la Commission de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.5889 — United Airlines/Continental Airlines) du 20 août 2010.

799. En juillet 2010, la Commission européenne autorisa la concentration entre United Airlines et Continental Airlines en tant que l'opération n'entraverait pas de manière significative l'exercice d'une concurrence effective dans l'Espace économique européen (EEE) ou une partie substantielle de celui-ci. En effet, la Commission estime que, même si les activités des parties se chevauchent dans le domaine du transport régulier de passagers entre l'EEE et les États-Unis, les réseaux de United et de Continental sont essentiellement complémentaires. En opérant depuis des plateformes dans des villes américaines différentes, la concentration n'engendrait donc qu'une hausse marginale des parts de marché des parties. Finalement, **la Commission a acté une concentration capitalistique qui finalisait une coopération commerciale déjà fort complète sachant que chaque compagnie commercialisait des sièges sur des vols exploités par l'autre transporteur ou proposait un service aérien indirect en concurrence avec un service sans escale exploité par l'autre compagnie depuis sa plateforme américaine.** En fusionnant entre elles, les deux compagnies, membres de la Star Alliance et associées étroitement avec Lufthansa et Air Canada, forme ainsi un interlocuteur nord-américain puissant au sein de l'entreprise commune A++.

800. La Commission européenne en acceptant sans réserve cette affaire n'en a pas moins formulé d'importantes lignes directrices dans son analyse¹⁰³⁹ portant sur cette entreprise commune, relevant que la nouvelle compagnie américaine, ainsi associée à la compagnie allemande, représenterait une atteinte à la concurrence sur la liaison New York – Francfort. L'entreprise commune fut donc autorisée¹⁰⁴⁰ parce que des engagements ont été négociés concernant les créneaux aéroportuaires et la remise d'une paire de créneaux quotidienne, soit sept fréquences hebdomadaires sur la liaison Francfort-New York. Soucieuse de rendre cette mesure effective, la Commission obtint que cet engagement soit, en outre, évolutif pour tenir compte de la réaction des deux principaux concurrents que sont Delta et Singapore Airlines.

« Si ces concurrents augmentent le nombre de leurs fréquences au-delà de deux fréquences quotidiennes (quatorze fréquences hebdomadaires) sans utiliser les créneaux offerts dans le cadre

¹⁰³⁹ Communication de la Commission publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil dans l'affaire COMP/39.595 — Continental/United/Lufthansa/Air Canada

¹⁰⁴⁰ Décision de la Commission du 23 mai 2013 de non-opposition relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Affaire AT.39595 — Continental/United/Lufthansa/Air Canada) [notifiée sous le numéro C(2013) 2836 final].

des engagements définitifs, les parties ne seraient pas tenues de libérer des créneaux. En revanche, si le nombre total de services des concurrents des parties diminue sous les fréquences de deux jours, les parties devront augmenter en conséquence le nombre de créneaux à libérer. »¹⁰⁴¹

801. L'analyse de la Commission porte sur les différentes hypothèses d'effets de la fusion sur les marchés, selon la technique de l'O/D (origine/destination) pour identifier en fonction des critères retenus (liaisons avec ou sans escale, catégorie de la clientèle) si la fusion « seule » ou dans le cadre de l'alliance commerciale qu'elle conforte, porte atteinte à la concurrence. Dès lors, l'appréciation de la Commission s'est concentrée sur l'impact potentiel du projet de concentration entre United et Continental et, lors de sa décision, rappelait que cela ne préjugait en rien de l'enquête que celle-ci menait depuis 2008, sur l'entreprise commune avec Lufthansa et Air Canada au sein de l'entreprise commune A++¹⁰⁴². Ainsi, la Commission relève que la concentration n'aurait aucune incidence sur les seize liaisons aériennes avec escales particulièrement étudiées, les parts de marché consolidées n'étant jamais supérieures à 40 %, alliance comprise quand pour les quinze liaisons sans escale, certes huit d'entre elles emportent des parts de marché à plus de 50% pour l'alliance, et quatre pour la seule concentration. Cependant, la Commission estime que ces effets restreignant la concurrence ne sont pas significatifs et de ce fait n'entraîne pas de réserve de sa part.

802. Il en ira quelque peu autrement pour la fusion entre American Airlines et US Airways, annoncée en février 2013. En effet, selon l'étude effectuée par la Commission, l'opération aboutissait à un monopole sur la liaison Londres-Philadelphie, sur laquelle US Airways et American Airlines, grâce à leur participation dans une entreprise commune avec British Airways et Iberia (appelée « *Transatlantic Joint Business* »), sont les seuls transporteurs offrant des vols sans escale (la liaison est en fait assurée par British Airways). La décision¹⁰⁴³ est logiquement subordonnée à la cession d'une paire de créneaux par jour à l'aéroport de Londres Heathrow ainsi que l'accès au programme de fidélité afin de favoriser l'entrée d'autres compagnies sur le marché de la liaison Londres-Philadelphie.

¹⁰⁴¹ *Supra*, Point n°115 de la décision.

¹⁰⁴² Décision de la Commission du 23 mai 2013 de non-opposition relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Affaire AT.39595 — Continental/United/Lufthansa/Air Canada) [notifiée sous le numéro C(2013) 2836 final].

¹⁰⁴³ Décision de la Commission de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.6607 — US Airways/American Airlines) du 5 août 2013.

Compte tenu de ces engagements importants, la Commission est parvenue à la conclusion que l'opération ne poserait pas de problème de concurrence. La Commission n'avait identifié que cette liaison aérienne sur laquelle la fusion continuait à être confrontée à une forte concurrence de la part de Virgin Atlantic, notamment après l'acquisition par Delta du contrôle en commun du groupe Virgin, ainsi que d'autres transporteurs aériens réguliers ne faisant pas partie d'entreprises communes. **On en revient à cette idée de pilotage quasi industriel, autorisant une fusion avec relativement peu d'engagements, car les concurrents se concentrent et donc restent compétitifs pour maintenir un degré satisfaisant de concurrence, même si on se retrouve dans une situation d'oligopole¹⁰⁴⁴.**

803. En effet, quelques semaines auparavant, le 20 juin 2013, la Commission européenne avait autorisé¹⁰⁴⁵ sans réserve le projet de prise de contrôle conjoint de Virgin Atlantic par Delta et le groupe Virgin. Delta deviendra actionnaire minoritaire de Virgin Atlantic en lieu et place de Singapore Airlines, avec une participation de 49 %, tandis que le groupe Virgin conservera 51 % du capital. En outre, Delta et Virgin Atlantic créeront une entreprise commune totalement intégrée en vue de regrouper leurs opérations de transport aérien de passagers sur les liaisons entre le Royaume-Uni et l'Amérique du Nord. L'enquête de la Commission a confirmé que l'entité issue de la concentration continuerait à faire face à plusieurs concurrents puissants, notamment British Airways et American Airlines, sur tous les marchés en cause. Delta et Virgin Atlantic offrent toutes deux des vols directs entre Londres et New York et entre Londres et Boston. Par ailleurs, sur plusieurs liaisons entre le Royaume-Uni et l'Amérique du Nord, Delta fournit des vols avec escale tandis que Virgin Atlantic opère des vols directs. Sur chacune des liaisons transatlantiques assurées simultanément par Virgin et par Delta, des acteurs suffisamment puissants – notamment British Airways et American Airlines, qui se sont regroupés dans une entreprise commune – sont présents et en mesure d'exercer une pression concurrentielle significative sur l'entité issue de la concentration. Delta et Virgin rivalisent principalement avec British Airways et American Airlines.

¹⁰⁴⁴ BONOVA Lucia, KOSKA Dagmara et SPECKER Axel, Consolidation of the EU airline industry: How the Commission kept seatbelts fastened in the 2009 airline merger wave - Competition Policy Newsletter, European Commission, 2009-3.

¹⁰⁴⁵ Décision de la Commission de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.6828 — Delta Air Lines/Virgin Group/Virgin Atlantic Limited) du 20 juin 2013.

804. Pour compléter cet examen, de la mise en œuvre d'un espace aérien mondial le plus ouvert, le rôle des compagnies américaines dans la constitution des trois alliances commerciales fut primordial, sur fond de consolidation de leur propre marché. En janvier 2010, American Airlines s'opposa à sa rivale Delta Air Lines pour investir dans la compagnie japonaise tant pour garder Japan Airlines dans l'alliance Oneworld qu'American Airlines puisse accroître sa part dans le lucratif marché asiatique en profitant ainsi de la libéralisation du trafic offerte par l'accord « ciel ouvert » signé entre les États-Unis et le Japon en décembre 2009¹⁰⁴⁶. Ce sera chose faite, le 9 février 2010, lorsqu'American Airlines annonce que Japan Airlines a choisi de rester avec Oneworld et de renforcer son partenariat avec la compagnie aérienne américaine qui apporte dans le partenariat, un accord avec JetBlue Airways pour offrir une meilleure connexion de ses vols internationaux avec cette dernière pour le marché clé de la côte Est Américaine. Ce seront sept nouvelles destinations ainsi que vingt-trois vols additionnels depuis et vers New York/JFK et New York/LGA, et un investissement de trente millions de dollars dans ses infrastructures aéroportuaires à New York/JFK et New York/LGA. Il semble bien que chaque négociation de partenariat se fasse dans la perspective d'en démultiplier les effets. Dix mois après le partenariat American/Japan, la compagnie américaine annonce une entente interligne avec WestJet¹⁰⁴⁷, une augmentation de certaines dessertes aux États-Unis conjointement avec American Eagle¹⁰⁴⁸ et un partage de code avec Air Berlin, son nouveau partenaire de l'alliance Oneworld.

805. Il en est ainsi de l'activisme de Delta et de son rôle moteur dans Skyteam. Compagnie aérienne créée le 30 mai 1924, issue d'une importante société agricole jusqu'en 1929. Elle se concentre ensuite sur le transport de passagers. Entre le 1er septembre et le 1er novembre 1991, Delta reprend l'exploitation de la Pan-Am, de Charles Lindbergh. Dans un premier temps ce fut The Shuttle (la navette) reliant Boston, New York

¹⁰⁴⁶ Jusque-là, le traité bilatéral accordait à trois compagnies américaines seulement (Northwest, United et Federal Express) et à une compagnie japonaise (Japan Airlines) des privilèges dans la desserte aérienne des deux pays.

¹⁰⁴⁷ WestJet Airlines Ltd. est une compagnie aérienne canadienne à bas coûts qui fournit des services de vols réguliers et nolisés (charter) à 86 destinations du Canada, des États-Unis, du Mexique ainsi que des Caraïbes.

¹⁰⁴⁸ American Eagle rassemble les sept compagnies régionales suivantes, Envoy Air/Mesa Airlines/Piedmont Airlines/PSA Airlines/Republic Airlines/SkyWest Airlines qui relie, encore à ce jour, différentes villes des États-Unis et du Canada aux plateformes de correspondances d'American Airlines, notamment Dallas, Charlotte, Miami, Los Angeles et New York.

et Washington, ce qui reste des opérations transatlantiques de Pan Am et devient une des compagnies majeures du ciel nord-américain et transatlantique. Dès 1996, tirant bénéfice des accords bilatéraux de ciel ouvert, elle signe un accord de partage de code avec Sabena, Austrian Airlines et Malev puis le 22 juin 2000, elle participe à la fondation de l'alliance Skyteam avec Air France, Korean Air et Aeromexico.

806. Avec la signature en août 2020 d'un accord commercial avec Northwest et Continental Airlines, respectivement quatrième et cinquième compagnies aériennes américaines, Delta Air Lines « bouleverse l'ordre établi du transport aérien mondial¹⁰⁴⁹ ». Cette alliance qui peut apparaître « limitée » au continent nord-américain fut en fait l'acte initial qui a simplement redessiné, au cours des mois suivants, la carte des alliances mondiales. Certes, l'intention primaire était l'entrée de Continental et Northwest et de leur partenaire international KLM au sein de SkyTeam, pour dépasser ses concurrentes Star Alliance (développée autour de l'axe United Airlines-Lufthansa) et Oneworld (American Airlines, British Airways). Le résultat ne fut pas totalement celui-ci, mais précipita la fusion Air France-KLM (2004) et contribua à la consolidation du marché américain avec les fusions Delta / Northwest (2010) et United / Continental (2010).

807. Dans ce laps de temps, Delta a multiplié les accords de partage de code au début des années 2000 avec par exemple Aerolitoral sur les lignes entre les États-Unis et le Mexique, ou la SNCF sur huit lignes ferroviaires au départ de la gare TGV de l'Aéroport Charles-de-Gaulle (ce qui est totalement précurseur¹⁰⁵⁰). Delta reprend aussi son accord de partage de code avec Korean Air à partir du 1er mai 2002. Après une part du capital d'Air France-KLM en 2018, Delta Air Lines a acquis 10 % de Korean Air et 20 % de la sud-américaine Latam en 2019. Cette dernière opération est sa plus grosse acquisition à l'étranger, mais elle n'a pu se réaliser qu'à la condition que Delta vende à perte sa participation de 20 % dans la Brésilienne Gol. Delta a aussi obtenu le feu vert des autorités américaines (2019) puis européennes (2020) à l'élargissement à Virgin Atlantic de sa coentreprise transatlantique avec Air France-KLM, mais sans Alitalia.

¹⁰⁴⁹ COULON Samuel, <https://www.lesechos.fr/2002/08/laccord-delta-continental-northwest-bouleverse-la-donne-mondiale-dans-le-secteur-aerien-697779> - Publié le 26 août 2002, consulté le 12 juin 2019.

¹⁰⁵⁰ Colloque TGV-AVION une alliance d'avenir ? 24 novembre 2011 <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/TGV%20Total.pdf>

808. D'ailleurs, sur ce point, ces entreprises communes sont l'aboutissement des simples coopérations commerciales par la mutualisation des risques. Ainsi, l'alliance ici mentionnée se traduit par davantage de vols, en particulier vers les plateformes des partenaires. Ce nouveau pacte remplace deux liens distincts qu'entretenaient Delta avec ses partenaires européens. L'harmonisation vise à fusionner l'accord avec Air France, Alitalia et KLM, pour les vols entre les États-Unis et l'Union européenne et celui avec Virgin Atlantic pour les vols vers le Royaume-Uni.

809. **L'intérêt pour le consommateur semble avoir emporté l'accord des régulateurs, tant nord-américain qu'europpéen.** Le premier louait les effets de cet accord « qui éliminera les lacunes qui empêchent une coordination complète entre les deux coentreprises parallèles de Delta avec Virgin d'une part et Air France-KLM de l'autre »¹⁰⁵¹, la nouvelle coentreprise commune offrant « aux consommateurs les mêmes avantages que les entreprises communes précédentes, tels qu'une capacité et une coopération accrues, ainsi que de nouveaux bénéfices, tels que davantage d'options sur les vols européens ». La Commission a, pour sa part, validé le projet sans condition dans la foulée de sa décision concernant la concentration initialement projetée de Delta et Air France-KLM dans Virgin Atlantic.

810. L'été 2019, le groupe estimait la valeur du partenariat transatlantique à 13 milliards de dollars avec plus de 300 vols transatlantiques par jour, 108 routes directes et plus de 340 destinations en Europe, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Rappelons qu'au terme de l'opération qui devrait être finalisée d'ici la fin de l'année, Air France-KLM fera l'acquisition d'une participation de 31 % dans Virgin Atlantic pour un montant de 220 millions de livres sterling, aujourd'hui détenue par Virgin Group ; Virgin Group conservera une participation de 20 % ainsi que la présidence de la compagnie britannique, tandis que Delta Air Lines conservera sa participation de 49 % dans la compagnie britannique (elle détient également 9 % d'Air France-KLM).

¹⁰⁵¹ <https://www.air-journal.fr/2019-08-05-air-france-jv-avec-virgin-atlantic-et-airbus-a350-5214200.html> - Consulté le 12 juin 2019.

811. La décision du DoT¹⁰⁵² est cependant accompagnée d'une réserve (*caveat*). Pour prendre en compte les arguments de la compagnie américaine JetBlue¹⁰⁵³ concernant la présence de la compagnie italienne qui, selon elle, réduirait la concurrence sur l'axe USA-Europe. Écartée à court terme, du projet initial, la compagnie italienne avait en effet vocation à l'intégrer, du fait des liens importants qu'elle entretient avec Air France et de la précédente création d'une entreprise commune entre Air France-KLM, Alitalia et Delta¹⁰⁵⁴. Une clause de la demande d'immunité présentée au DoT évoquait en effet « l'inclusion à une date ultérieure d'Alitalia » dans la coentreprise élargie. Aussi, les immunités accordées à Delta et Air France-KLM en ce qui concerne Alitalia seront annulées sous six mois, laissant ce délai pour Delta et Air France chercher à conclure des accords commerciaux avec Alitalia afin de poursuivre sa coopération dans le cadre de la JVA modifiée. Cette coentreprise constitue l'un des trois grands groupes présents sur le marché transatlantique. American Airlines a signé un partenariat similaire avec British Airways, Iberia¹⁰⁵⁵. United Airlines fait partie d'une coentreprise qui comprend Air Canada, Austrian Airlines, Brussels Airlines, Lufthansa et Swiss International Air Lines¹⁰⁵⁶.

812. Complétant la panoplie déployée par les compagnies aériennes pour organiser le ciel européen et transatlantique, les accords d'entreprises communes renforcent encore plus le rôle de l'infrastructure aéroportuaire par une consolidation de la concentration des flux de passagers d'autant qu'il n'y a pas d'avancée réglementaire dans l'amélioration de la capacité des aéroports.

¹⁰⁵² <https://www.transportation.gov/briefing-room/us-transportation-secretary-elaine-l-chao-announces-department-transportation-grants-DOT-OST-2013-0068> - Consulté le 2 août 2019

¹⁰⁵³ <https://www.regulations.gov/document/DOT-OST-2013-0068-0045> - Consulté le 5 septembre 2018.

¹⁰⁵⁴ Décision de la Commission du 12 mai 2015 de non-opposition relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Affaire AT.39964 - Air France/KLM/Alitalia/Delta) et rendant les engagements contraignants.

¹⁰⁵⁵ Décision de la Commission du 14 juillet 2010 de non-opposition en vertu de l'article 9 du règlement (CE) n°1/2003 (Affaire COMP/39.596 — British Airways/American Airlines/Iberia (BA/AA/IB) et rendant les engagements contraignants.

¹⁰⁵⁶ Décision de la Commission du 23 mai 2013 de non-opposition relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Affaire AT.39595 — Continental/United/Lufthansa/Air Canada) et rendant les engagements contraignants.

§ 2 - La gestion déconcentrée de la capacité aéroportuaire européenne, un risque de déstabilisation du ciel européen

813. La régulation des aéroports relève des États membres, conformément au principe de subsidiarité, et pourtant, en tant que maillon indispensable entre compagnies aériennes et passagers, l'efficacité de cette régulation est nécessaire à la réussite du ciel unique européen et donc participe à la création et au bon fonctionnement du marché intérieur (A). On pouvait ainsi lire à l'époque des grandes difficultés financières d'Air France au milieu des années 90 que « Roissy 2 [était] le joker d'Air France »¹⁰⁵⁷ et découvrir la pratique des hubs pour « persuader les voyageurs de transiter par Paris plutôt que par Francfort ». Cette gestion déconcentrée de la ressource aéroportuaire ne se borne pas à la seule attribution des créneaux aéroportuaires, mais se concrétise aussi dans leurs échanges sur un marché. La difficile réforme du cadre européen de ces échanges fait peser un risque sur la capacité du ciel européen à dynamiser la concurrence entre les offreurs et l'entrée de nouveaux concurrents sur les marchés (B).

A - L'aéroport, les aéroports, ou la nécessité d'une régulation européenne des structures aéroportuaires

814. Les aéroports constituent des entrées importantes des territoires nationaux et régionaux. À ce titre, ils composent une partie de l'offre d'attractivité, avec des retours d'expérience disparates qui, aujourd'hui, interpellent les acteurs du secteur aérien et des territoires sur la pertinence du maillage territorial. La gouvernance des aéroports, les coûts d'exploitation, la qualité des dessertes, les synergies entre aéroports, l'organisation des chaînes de déplacements sont autant de sujets au cœur des préoccupations d'égalité des territoires¹⁰⁵⁸. L'organisation de cet écosystème revient aux États qui appréhendent l'offre aéroportuaire en distinguant notamment la région Capitale, les collectivités d'Outre-Mer, les grandes métropoles régionales et les petites et moyennes agglomérations puis en évaluant l'intérêt qu'il présente sur le plan de l'accessibilité et de développement économique pour les régions desservies, incluant les enjeux financiers et concurrentiels. Enfin, les enjeux

¹⁰⁵⁷ FORTIN Daniel, Pourquoi Blanc peut gagner - Roissy2, le joker d'Air France, L'Expansion, 2 juin 1997 - lexpansion.lexpress.fr/economie/roissy-2-le-joker-d-air-france_7877.html - Consulté le 25 août 2013.

¹⁰⁵⁸ DGAC et Commissariat général à l'égalité des territoires, Rapport maillage aéroportuaire français, février 2017.

environnementaux sont indissociables des synergies entre plateformes aéroportuaires, notamment par leur caractère substituable du fait d'une connexion par train essentiellement. **Cette réflexion prend en compte les règles en matière d'aides d'État précisées par les lignes directrices élaborées en mars 2014 par la Commission européenne, notamment sur les aéroports soumis à ces règles, mais au trafic faible ou modéré.**

815. Ainsi, il apparaît une typologie des aéroports en fonction du niveau de concurrence¹⁰⁵⁹. Pour n'évoquer que les trois principales catégories, il s'agit des grands *hubs* ou plateformes internationales en concurrence avec des aéroports similaires (Paris et Nice – Londres – Francfort pour ne citer que les principaux, soit plus de vingt-cinq millions de passagers annuels) ou dans certains cas, avec de grands aéroports nationaux évoluant entre cinq et quinze millions de passagers annuels (comme ceux de Lyon, Marseille, Toulouse et Bâle-Mulhouse), puis la vaste catégorie des aéroports dits régionaux dont le seuil médian est autour de trois millions de passagers annuels. Cette concurrence est d'autant plus renforcée que les pouvoirs publics tant nationaux qu'europeens sont largement promoteurs d'intermodalité et donc de liaison ferroviaire entre aéroports : l'aéroport de Paris « Roissy - Charles-de-Gaulle » fut ainsi le premier à être relié directement à une gare de TGV en 1994, lui permettant l'accès à un marché plus grand (Lyon – Nantes - Lille – Bordeaux – Strasbourg, mais aussi Amsterdam - Londres – Bruxelles – Francfort).

816. Cette nouvelle organisation a suscité l'intérêt d'Air France pour certains aéroports nationaux qui deviennent complémentaires de sa plateforme parisienne (Lyon, Nice et Marseille) quand, à l'inverse, l'offre ferroviaire à grande vitesse implique la fermeture de desserte régionale. C'est le cas pour le trajet Strasbourg-Paris à la suite de la suppression de la liaison aérienne avec Paris-CDG et son remplacement par l'offre Air&Rail¹⁰⁶⁰ en partenariat avec la SNCF. Dans le même temps, l'offre de train Thalys entre Paris et Bruxelles, lui fera agir de la même sorte, en proposant au marché belge et au-delà, cette même offre combinée pour relier depuis la gare de Bruxelles-Midi l'aéroport de Paris-CDG.

¹⁰⁵⁹ Communication de la Commission européenne, (2005/C-312/01) du 9 décembre 2005, Lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'État au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux.

¹⁰⁶⁰https://www.airfrance.fr/FR/fr/common/resainfovol/avion_train/reservation_avion_train_tgvair_airfrance.htm - Consulté le 15 février 2020.

817. C'est en prenant en compte cette diversité que cette régulation nationale est encadrée par la compétence de l'UE dans l'établissement et le développement des réseaux transeuropéens et notamment dans le domaine des transports¹⁰⁶¹. Il importe, en effet, de rappeler que ces exemples d'aéroports régionaux, Bordeaux et Strasbourg principalement, sont valorisés par la notion de réseaux transeuropéens de transport aérien impliquant, par ailleurs, que ces aéroports participent au développement de la typologie en créant une nouvelle catégorie d'aéroport stratégique pour le ciel européen, car suppléant le réseau actuel fortement saturé. En ce sens, même si elle n'est pas suivie par le Parlement européen, la Commission souhaite, dans sa proposition de refonte¹⁰⁶² de la réglementation de l'attribution des créneaux aéroportuaires, mettre en avant ce réseau multiniveau¹⁰⁶³, par l'introduction d'une nouvelle catégorie d'aéroport, « l'aéroport faisant partie du réseau » en tant que, même si non compris dans le premier niveau actuel, ils sont considérés comme étant importants, car ils pourraient offrir des solutions de secours en cas de perturbation du réseau. À l'appui de cette hiérarchisation, la Commission européenne réaffirme le rôle du « système aéroportuaire », cette combinaison de deux aéroports, ou plus, regroupés et desservant la même ville ou conurbation, comme indiqué à l'annexe II du règlement (CEE) n° 2408/92¹⁰⁶⁴ et qu'elle souhaite reprendre telle quelle. Ce faisant, la Commission confirme la structuration du réseau de transport tant aérien que ferroviaire, que l'aéroport fasse aussi l'objet d'une offre ferroviaire à grande vitesse (Paris-CDG, Francfort, Amsterdam Schiphol ou encore Lyon St-Exupéry) ou qu'il soit « remplacé » par une desserte ferroviaire (Bruxelles, Strasbourg).

818. Cette répartition des compétences, qui semblent préserver une certaine souveraineté des États, n'en cache pas moins un véritable potentiel d'action pour l'Union européenne au travers, notamment, de tout son activisme à destination du marché intérieur. La politique de concurrence demeure l'outil institutionnel le plus efficace pour toucher des secteurs qui sont censés rester de compétence nationale¹⁰⁶⁵. Ainsi, à l'occasion du sommet de

¹⁰⁶¹ TFUE, art 170 à 172.

¹⁰⁶² *Supra*, Proposition de Règlement concernant l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne /* COM/2011/0827 final - 2011/0391 (COD).

¹⁰⁶³ *Supra*, AMIEL Magali, MELANÇON Guy, ROZENBLAT Céline, Réseaux multi-niveaux : l'exemple des échanges aériens mondiaux de passagers, 2005.

¹⁰⁶⁴ Cf. annexe n°7 « le classement des aéroports européens », page 902.

¹⁰⁶⁵ *Supra*, Commission européenne, Déc. n°98/513/CE du 11 juin 1998 dans l'affaire Alpha Flight Services c/Aéroports de Paris, confirmée par le Tribunal le 12 décembre 2000 dans l'affaire T-128/98 puis par la Cour le 24 octobre 2002 dans l'affaire C-82/01.

l'aviation organisé à Bruges en octobre 2010, la Commission a reconnu qu'elle devait aller plus loin pour assurer un meilleur fonctionnement des aéroports européens, car ils devenaient des goulets d'étranglement dans la chaîne et risquaient donc d'entamer la compétitivité du territoire et des entreprises européennes. Cette prise de conscience s'est concrétisée par une mention dans son programme de travail 2011¹⁰⁶⁶. La Commission assurait qu'elle devait rendre les aéroports européens plus compétitifs et assurer ainsi aux consommateurs un meilleur rapport qualité/prix. Cela passe par une gestion optimale du réseau de transport et notamment par une meilleure attribution des créneaux aéroportuaires afin de permettre l'exploitation du potentiel de croissance du marché.

819. Nous serions alors dans une politique de transport visant une décentralisation accentuée de la décision confirmant l'ouverture à la concurrence par démonopolisation du secteur. Dès lors, la gestion d'aéroport pourrait se rapprocher d'un modèle économique qui en ferait une entreprise comme une autre, ce qui ne peut manquer alors d'exercer une influence sur la qualité juridique du gestionnaire aéroportuaire. Ce point de rencontre entre plusieurs modes de transport pose la question de la viabilité du système de régulation¹⁰⁶⁷. Les effets de l'ouverture à la concurrence près de dix ans après l'accès libre à la ressource aéroportuaire testent la robustesse de cette régulation décentralisée, notamment dans son rapport à l'État central qui reste, du fait de la convention de Chicago, l'autorité de régulation de l'attribution de ces créneaux aéroportuaires. Alors que l'organisme régulateur, la COHOR en France, agit pour tous les aéroports majeurs du territoire national, il peut apparaître que l'absence de régulation européenne, en dehors du principe de libre accès, puisse entraîner des doutes sur l'efficacité de cette régulation pour tout le territoire européen, renvoyant à une concurrence entre plateformes aéroportuaires, Francfort et Paris pour ne citer que les deux plus importantes. Mais peut-être qu'à l'image d'une autre industrie de réseau, l'énergie¹⁰⁶⁸, il s'agit aussi et concomitamment de « réduire la distance entre l'autorité

¹⁰⁶⁶ Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM (2011) 823 final, 1er décembre 2011.

¹⁰⁶⁷ *Supra*, DU MARAIS Bertrand, L'État à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique, 2002.

¹⁰⁶⁸ Délibération, n°2020-292 de la Commission de régulation de l'énergie du 3 décembre 2020 portant projet de décision sur le tarif d'utilisation des terminaux méthaniers régulés et sur le point des nouvelles pratiques contractuelles pour la distribution d'électricité, DEZOBRY Guillaume, Rapport de Recherche – Contrat CFE n°81 Chaire Economie des Partenariats Public-Privé, IAE de Paris – Université Paris 1, Décembre 2016.

administrative gestionnaire du marché et les opérateurs, en particulier si le marché passe de l'état de monopole public à celui de la concurrence »¹⁰⁶⁹.

820. Questionner le fonctionnement de la régulation évoque alors un triptyque incluant l'État comme garant de l'intérêt général, le régulateur qui a pour objectif l'intérêt du marché dont il a la responsabilité enfin, les agents économiques et leur pouvoir sur ce marché. **Cette régulation pose alors une question subséquente, celle portant autant sur la régulation de l'attribution des créneaux horaires et des redevances aéroportuaires, corollaires de l'utilisation de ces créneaux ou encore des activités aéronautiques par le biais d'obligation de service public.** Cette analyse du secteur passe aussi par l'implication des agents privés dans la compréhension de ces relations complexes autour de la régulation d'infrastructures pour lesquelles

« la concurrence entre aéroports pour attirer les passagers ne concerne pas toutes les infrastructures. La concurrence, lorsqu'elle existe, peut concerner deux éléments : la concurrence sur les possibilités de trajet et la concurrence entre les points finaux de destination [qui est] très dépendante de la concurrence entre compagnies aériennes (réseaux, alliances...) »¹⁰⁷⁰.

821. Dans l'étude faite, l'aéroport de Toulouse et de Carcassonne, ou l'aéroport de Montpellier et de Nîmes pouvaient être considérés comme concurrents sur certaines destinations, vers l'Europe du Nord. Dans ce cas, les différences entre les services de transport relèvent essentiellement des décisions commerciales prises par les compagnies aériennes. La concurrence est donc plutôt une concurrence entre compagnies aériennes dans leurs offres (relations, fréquence) sur des éléments qui ne sont pas maîtrisés par les aéroports. Mais pour de plus grandes structures comme Paris ou Francfort, la concurrence n'est pas envisageable du fait de leur éloignement et de l'absence de liaisons rapides entre elles. **Le type de régulation devrait donc pouvoir aussi tenir compte de l'existence ou non d'une concurrence entre plateformes aéroportuaires, pour autant que le passager puisse choisir entre elles.** Il est largement admis que son premier objectif est de réaliser un voyage, faisant de l'aéroport une étape et non un but en soi.

822. Devant la complexité de ces attentes, parfois contradictoires, de régulation, la conclusion est que l'ouverture à la concurrence du marché du transport aérien de passagers a transformé l'organisation de l'État, passant d'administrations centrales à des autorités

¹⁰⁶⁹ *Supra*, DU MARAIS Bertrand, 2002.

¹⁰⁷⁰ *Supra*, MALAVOTI Estelle, Analyse économique de la régulation des redevances aéroportuaires, 2017.

régulatrices qui ne dépendent plus obligatoirement de lui. Elle invite, pour une libéralisation pérenne et respectueuse des équilibres profonds de la société, comme le respect de la loyauté, à repenser particulièrement le rôle de l'information et de la comparaison des performances des opérateurs pour les contrôler et les inciter, par ailleurs, à compenser l'asymétrie d'information dont souffrent les consommateurs. Ces orientations que l'Union européenne, même avant la pandémie n'envisageait pas de prendre, pourraient enfin être fortement contraintes si la refonte de la réglementation aéroportuaire actuelle finalise l'émergence du marché.

B – La question du marché des créneaux horaires comme avenir de la régulation de la ressource aéroportuaire

823. La question non encore réglée de la mise en place d'un marché des créneaux aéroportuaires dans l'Union européenne, pour autant que le législateur trouve une solution au blocage interinstitutionnel actuel, peut évoluer à la suite de la décision du Royaume-Uni de quitter l'Union. On peut considérer la question de l'attribution des créneaux aéroportuaires comme emblématique de ces oppositions conceptuelles entre États membres d'un côté et entre institutions européennes de l'autre. Alors que le Royaume-Uni peut s'extraire des règles européennes sur ce sujet, l'attitude des autorités britanniques sera fort observée quant à leur décision d'ouvrir au marché l'attribution des créneaux horaires si ce n'est, plus réellement, d'officialiser les pratiques de marché existantes entre aéroports et compagnies aériennes.

824. Au travers de trois exemples londoniens, la pratique britannique est topique de cette approche monétarisant la ressource aéroportuaire. En 2008 et 2018, British Airways, qui représente 30 % de l'ensemble des créneaux horaires à Londres (Heathrow et Gatwick), marque l'actualité de ce sujet. En mai 2018, en mettant en location certains des anciens *slots* de la défunte Monarch Airlines à Gatwick, rachetés en novembre de la même année pour plusieurs millions de livres sterling à comparer, dix ans auparavant, avec la valeur de l'acquisition par la compagnie britannique de L'Avion, une compagnie française dédiée à la seule classe affaires, mais à bas coût. Cette acquisition, d'une valeur de 68 millions d'euros, lui permet tout à la fois de se renforcer sur les routes transatlantiques au départ de Paris et de s'assurer de créneaux de décollage et d'atterrissage à Orly, aéroport particulièrement

concerné par la pénurie de « *slots* ». Le prix de vente reflète surtout la valeur des créneaux aéroportuaires de L'Avion à Orly, cette compagnie n'avait en effet pas d'avions en propre, comme des actifs commerciaux avec des parts de marché et surtout une base forte à Orly, représentant trois paires de créneaux pour le décollage et l'atterrissage. Cette valorisation permet donc un marché, non officiel, mais non interdit. Il est même potentiellement alimenté par les règles de la concurrence, lorsqu'elles imposent des engagements lors des concentrations, et par la cessation d'activités de compagnies aériennes en faillite. En novembre 2012, sur l'aéroport de Londres-Heathrow, Virgin Atlantic récupéra des *slots* de British Airways, conséquence de la décision, en mars de la même année, de la Commission européenne d'approuver le rachat de bmi par British Airways à la condition que cette dernière laisse à disposition des créneaux horaires quotidiens à Heathrow. En 2019, alors que le projet de création d'un marché des créneaux horaires de décollage et d'atterrissage pour les aéroports européens congestionnés, contenu dans sa proposition fait toujours l'objet de réticences du législateur européen, la Commission européenne ne peut qu'observer le développement du « marché secondaire » de créneaux horaires entre compagnies aériennes, quand en novembre de cette année 2019, easyJet racheta dix-huit paires de créneaux quotidiens de la défunte Thomas Cook Airlines à Londres Gatwick et sept à Bristol, pour 36 millions de livres sterling.

825. La position de la Commission européenne dans le débat interinstitutionnel est régulièrement évoquée. « La Commission envisage d'étendre ce marché secondaire aux autres pays de l'Union européenne », avait ainsi déclaré jeudi 7 novembre 2019, Christophe DUSSART, chef d'unité adjoint de la direction générale MOVE en charge de la politique aérienne à la Commission européenne, lors d'un colloque organisé par l'Union des aéroports français et francophones (UAF & FA) les 6 et 7 novembre 2019¹⁰⁷¹.

826. De cette manière quelque peu provocatrice, quand on se rappelle les oppositions des États membres et du Parlement européen, la Commission européenne espérait relancer le débat. Certes, en faisant de ce marché un élément important alors qu'elle ne veut pas en faire l'objet de la réforme de 1993, mais sa conséquence, la Commission tente s'appuyer sur les

¹⁰⁷¹ GLISZCZYNSKI Fabrice

<https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/bruxelles-relance-son-projet-explosif-la-vente-des-creneaux-aeroportuaires-de-decollage-832792.html> - Publié le 12 novembre 2019, consulté le 23 novembre 2019.

aéroports qui sont le plus en avance dans l'idée d'une remise en cause des règles qui retranscrivent

« essentiellement les règles des compagnies aériennes membres de IATA, lesquelles ont été fixées il y a des décennies [alors que celles-ci prévoyant] l'utilisation des infrastructures et la façon dont on peut optimiser ou pas nos capacités aient été fixées sans nous. Dans le fonctionnement au quotidien, il y a très peu de transparence. Nous sommes preneurs d'une révision en profondeur du règlement européen. Les aéroports doivent avoir voix au chapitre sur la façon dont les créneaux sont distribués », a-t-il précisé, en reconnaissant néanmoins que « le système IATA a des aspects positifs »¹⁰⁷².

827. Cette proposition de mise en place d'un marché monétarisé et ne reposant plus sur un échange de créneaux aéroportuaires est accompagnée par une autre proposition de mesure¹⁰⁷³. Celle-ci consiste à anticiper l'alimentation du marché à venir par l'augmentation de l'apport de créneaux aéroportuaires à vendre. Cela passerait par une double mesure. La première serait l'augmentation du niveau de droit acquis qui passerait de 80 % à 85 % de créneaux utilisés, ce seuil étant fait pour entraîner une déchéance du droit d'atterrissage et de décollage, car non utilisé. L'autre mesure viserait à un allongement des séries de créneaux aéroportuaires à « remettre au pot », c'est-à-dire le nombre minimal de créneaux hebdomadaires requis pour qu'une priorité d'attribution soit accordée pour la saison suivante, de cinq à quinze pour la saison d'été et à dix pour la saison d'hiver.

828. Cette approche de monétarisation des créneaux fait craindre pour l'essor de la concurrence, dans un contexte de consolidation des compagnies aériennes, les effets d'un marché secondaire sur une plus grande concurrence ne sont pas forcément évidents, du fait du prix à payer pour obtenir davantage de créneaux. Les observateurs du secteur sont, dans ce contexte, particulièrement attentifs à l'évolution de la réglementation aéroportuaire britannique, tant, au niveau de l'Union, la marchandisation des créneaux aéroportuaires, alors qu'elle est régulièrement invoquée comme une solution à la rareté de la ressource¹⁰⁷⁴,

¹⁰⁷² JANKOVEC Olivier, directeur général de l'ACI Europe, l'association des aéroports européens, colloque de l'UAF & FA des 6 et 7 novembre 2019,

¹⁰⁷³ Point 32 de la Proposition de règlement qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (Refonte) COM (2011) 827 final du 01/12/2011, cf. supra.

¹⁰⁷⁴ Outre la Commission dans ses diverses communications et propositions, notamment la Communication de la Commission Communication sur l'application du règlement (CE) n° 793/2004 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté /* COM/2007/0704 final * du 15 novembre 2007, l'OCDE en 2014 (note de référence au titre de la 121e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE des 18 et 19 juin 2014, op. cit) et en marge du Forum international du Transport du 20 mai 2020 <https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/air-connectivity-covid-19.pdf>

apparaît comme un risque de déstabilisation du ciel européen, que les États membres comme le Parlement souhaitent écarter.

829. À cette fin, les États membres, par deux orientations générales¹⁰⁷⁵ avant que le Parlement ne se saisisse du débat, et dans l'attente de de la position du Conseil en première lecture, ont évoqué que les créneaux aéroportuaires ne sont pas des biens marchands comme un autre, fermant ainsi la porte à la création de ce marché. Reprenant les conséquences de la jurisprudence de la Cour, ils rappellent que ces créneaux relèvent de capacités aéroportuaires dans le temps et dans l'espace, qui sont marquées, au même titre que l'infrastructure aéroportuaire, par leur nature publique consubstantielle¹⁰⁷⁶. Les États membres, dans leur opposition face aux propositions de la Commission, peuvent voir d'un mauvais œil le développement outre-Manche d'un marché de la ressource aéroportuaire qui, pour l'instant, a été mis en sommeil du fait de la lente et erratique reprise du trafic aérien, mais qui peut exercer une pression sur le marché européen à terme.

830. Dès lors, même si le système actuel date et malgré les critiques faites, les États membres, à l'appui des compagnies aériennes ne semblent pas lui reprocher de vices tels qu'il ne puisse perdurer, relevant qu'il n'a pas empêché l'extraordinaire développement du marché européen, l'essor de la concurrence avec l'arrivée de nouvelles compagnies. Il importe ici de relever que devant la possibilité de modifier durablement le système d'attribution, ce qui n'avait pas été fait en 1993, les États semblent des plus frileux et avancent le besoin de nouvelles études, oubliant toutes celles qui ont pu être menées et reprises par la Commission, dans sa proposition, proposant un nouveau considérant n°4 qui évoque « Le système d'attribution des créneaux horaires institué en 1993 n'assure pas l'attribution et l'utilisation optimales des créneaux aéroportuaires et donc de la capacité aéroportuaire » puis d'avancer « qu'il pourrait être envisagé d'introduire graduellement d'autres mécanismes de marché

¹⁰⁷⁵ Orientations générales du Conseil, 2011/0391(COD) des 12 décembre 2011 et du 29 octobre 2012 [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2011/0391\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2011/0391(COD)) – Consulté le 22 mai 2022.

¹⁰⁷⁶ Notamment l'affaire SA.38938 (2014/N) concernant le régime d'aide au démarrage de nouvelles lignes aériennes au départ des aéroports français, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253207/253207_1659698_124_2.pdf – Consulté le 22 juin 2019.

comme le retrait des créneaux historiques et leur mise aux enchères »¹⁰⁷⁷. **La conclusion s'impose alors face à l'ensemble de ces arguments, soutenus « par une majorité d'États membres » que la réforme ainsi proposée ferait courir le « risque d'une fragmentation du marché », concluant à la nécessité de « conserver le système actuel »**¹⁰⁷⁸.

831. Alors que le trafic aérien semble reprendre pour l'été 2021¹⁰⁷⁹, les prévisions de la Commission européenne, qui estimait en 2017¹⁰⁸⁰ pour appuyer la nécessité d'une réforme qu'il fallait s'attendre à une augmentation du nombre de vols de 50 % au cours des dix à vingt prochaines années en Europe, semblent lointaines et hors de contexte. Pourtant, le constat qui y était réalisé établissait que l'augmentation de la capacité aéroportuaire par la création de nouvelles pistes et l'amélioration des infrastructures des aéroports ne pourraient pas accompagner cette augmentation du trafic. La réforme du cadre normatif devait s'accompagner d'une réelle prise en main par l'Union européenne de la compétence mentionnée à ce titre VI en joignant dans les textes dérivés et sa pratique juridictionnelle, les modes de transports pour une politique globale de transport. Ce qui fut marqué, après le transport aérien de passagers, par l'étape suivante, celle de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire. **La concurrence explicitement instaurée, une vision plus générale et cohérente était nécessaire pour imposer une communauté de principes** comme assurer une concurrence effective, protéger le consommateur et permettre un développement territorial cohérent, à tout le secteur industriel. Son application à un secteur essentiel (le transport aérien) fut nécessaire à l'émergence d'un marché intérieur et, actuellement, trouve dans la réforme en cours du transport ferroviaire de personnes, un acte complémentaire.

832. La décision britannique du « Brexit » a fait basculer son espace aérien dans la catégorie des États tiers, éclairant l'enjeu majeur de cette libéralisation, l'accès le plus

¹⁰⁷⁷ Proposition de la Commission transmise au Conseil de l'Union européenne du 1^{er} décembre 2011, Dossier interinstitutionnel 2011/0391 (COD), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-18009-2011-INIT/fr/pdf> – Consulté le 22 juin 2019.

¹⁰⁷⁸ Conseil de l'Union européenne, Orientation générale sur une refonte du règlement de 1993 relatif à l'attribution des créneaux horaires de décollage et d'atterrissage dans les aéroports de l'UE, 29 novembre 2012, <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1232126&t=e&l=fr> – Consulté le 02 décembre 2018.

¹⁰⁷⁹ Les estimations de l'IATA sont d'une moyenne de 43% du trafic de l'année de référence 2019, mais plus de 90% des vols courts et moyen-courriers.

¹⁰⁸⁰ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur COM/2017/0142 final - 2017/063 (COD).

équitable possible au marché. En imposant au Royaume-Uni de négocier de nouveaux accords pour toutes les destinations desservies depuis son territoire, ce Brexit a rappelé que ces accords de trafic aérien par leur importance cruciale pour la connectivité du territoire européen, s'ils ne sont pas les plus complets possibles et utilisés avec le plus d'efficacité, en limitent les effets recherchés jusqu'à parfois entraver de ce fait, la création du ciel européen. Rapidement, le premier accord fut conclu avec les États-Unis le 28 novembre 2018. Cet accord de services aériens « ciel ouvert » avec les États-Unis, « cet accord remplacera l'accord existant entre l'Union européenne et les États-Unis dans le domaine du transport aérien afin de faire du Royaume-Uni l'un des principaux centres aéronautiques du monde après le Brexit, tant pour les voyageurs que pour les entreprises » selon les mots du Secrétaire aux Transports, Chris Grayling. L'importance d'un tel accord était de garantir la continuité des liaisons transatlantiques essentielles empruntées par des dizaines de millions de passagers par an et leur garantir de pouvoir continuer à voyager facilement entre le Royaume-Uni et les États-Unis. L'enjeu était aussi de protéger « également les relations commerciales entre les deux pays, qui reposent sur les transports aériens, et qui s'élèvent à 50 milliards de livres sterling¹⁰⁸¹ ».

833. Dès lors, l'Union européenne dans la difficile séparation d'avec le Royaume-Uni se devait de prendre en compte le risque de concurrence entre accord de « ciel ouvert ». C'est ainsi que l'article AIRTRN.3 : « Droits de trafic » de l'accord de commerce et de coopération signé le 30 décembre 2020, accorde un droit de « ciel ouvert » aux compagnies britanniques et européennes, incluant le fait que les compagnies aériennes britanniques, mais pas leurs filiales établies dans l'UE

« ne seront plus considérées comme des transporteurs de l'UE et perdront les droits de trafic existants dans l'UE. Les transporteurs de l'UE et du Royaume-Uni pourront effectuer un transport illimité de passagers et de fret entre points dans l'UE et points au Royaume-Uni («3e et 4e libertés») ; [d'effectuer des escales] pour fournir des services de transport aérien régulier et non régulier tout-cargo, entre des points situés sur le territoire du Royaume-Uni et des points situés dans un pays tiers dans le cadre d'un service dont le point d'origine ou de destination est situé sur le territoire de cet État membre (droits de trafic de cinquième liberté). »¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ <https://www.air-journal.fr/2018-12-02-post-brexit-le-royaume-uni-et-les-États-unis-conviennent-de-nouveaux-accords-de-ciel-ouvert-5207929.html> - Consulté le 18 décembre 2018.

¹⁰⁸² Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part du 30 décembre 2020.

834. Le Brexit met ainsi en lumière, dans notre champ d'études, la nécessité d'une réaction rapide aux événements quelques qu'ils soient pour anticiper au mieux les effets réglementaires. Dans la ligne mise en place depuis 2002, cet accord de ciel ouvert fut négocié par la Commission européenne pour les États membres évitant le risque d'un retour à une approche bilatérale des droits de trafic, approche qui est source de concurrence entre les États qui veulent assurer la meilleure connectivité de leur territoire, mettant alors en œuvre une politique non plus de simple transport, mais de mobilité.

Conclusion de la Partie 1

835. **Une illusion disparue au profit de la réalité d'une concurrence imparfaite pour envisager de nouveaux enjeux.** Un système de transport de passagers (et de marchandises) efficient et performant est vital pour les entreprises et les habitants de l'Union européenne, et la politique des transports de l'Union va dans ce sens pour encourager des déplacements réguliers, propres et sûrs pour l'ensemble du territoire européen. Dès lors, pour obtenir ce système, l'Union européenne, par sa politique de concurrence, a tenté d'obtenir une texture de concurrence qui soit la plus pertinente pour le secteur économique du transport aérien de passagers. Imparfait, cet état du marché n'en est pas moins celui qui s'est imposé depuis le début de la décennie 2010. Les divers regroupements des compagnies aériennes ont entraîné des conséquences multiples que les États, comme la Commission, n'ont pas pu prendre en compte dans leur globalité. Au-delà, de la logique institutionnelle originelle, qui veut qu'il existe une politique de la concurrence pour l'émergence d'un marché, sa préservation, jusque parfois envisager la protection même des agents qui y assurent les flux d'échange, les différentes approches des États au travers des politiques industrielles mises en place confrontent une nécessité de poser les principes d'une concurrence qui, certes effective et pérenne, doit être plurimodale et loyale pour devenir durable.

836. En effet, la prise en compte classique des attendus de la « libéralisation » ou de la « déréglementation » d'un marché, doit s'accompagner d'autres considérations pour faire émerger une concurrence durable. Il faut associer les dimensions de multimodalité et loyauté dans les transports et singulièrement dans le transport aérien. Cela passe par la prise en compte des conséquences territoriales de la concentration du marché autour de pôles

aéroportuaires majeurs. Ainsi, les aéroports de Bruxelles, Zurich pour cause de fusion de compagnies aériennes, Genève ou Paris-Orly à la suite de la rationalisation des réseaux aériens, ont fortement pâti de l'appétit de Lufthansa ou du choix de Roissy pour Air France.

837. **L'autre enjeu de la politique de concurrence, lors de la désétatisation du transport aérien de passagers, est d'avoir envisagé les aspects techniques de l'accès aux ressources aéroportuaires comme aériennes** entamant une transition, d'une politique de transport, vers une politique de mobilité. Car, en reprenant la distinction largement admise, la mobilité évoque plus volontiers « le rapport social au changement de lieu »¹⁰⁸³, dans laquelle s'insèrent les transports en tant que systèmes techniques directement dédiés à ces déplacements. Cette mobilité est rendue possible par la complémentarité du transport par avion et par train, tant en termes d'offre concurrente que d'offre multimodale. C'est l'autre enjeu de la libéralisation du transport aérien qui fut précurseur de celle du transport ferroviaire afin de compléter la politique de transport, support indispensable à l'accomplissement du marché intérieur. Cela inclut aussi la question de la loyauté de la concurrence qui est posée par l'émergence de compagnies aériennes majeures issues d'États tiers et non membres d'alliance commerciale, tout comme par la place de la puissance publique (collectivités locales avec les aides d'État ou de l'étatisation toujours en cours dans le ferroviaire) dans le jeu concurrentiel. Cette loyauté des comportements, qui était cantonnée à des questions financières et sociales, a été élargie au respect des engagements environnementaux pris par l'Union européenne.

838. On peut alors envisager la difficulté fondamentale dans la compréhension de la concurrence durable, celle que l'interdépendance entre réglementation et fonctionnement du marché n'est pas le fruit d'une seule adaptation, mais d'un processus adaptatif. Celui-ci doit intégrer progressivement les orientations politiques issues des urnes, comme l'émergence du vote écologiste lors des élections européennes, de mai 2019, comme la nécessaire réaction de la puissance publique face aux crises que nos sociétés doivent surmonter.

¹⁰⁸³ <https://www.universalis.fr/encyclopedie/transports-mobilite-et-societe> - Consulté le 22 juin 2018.

*

Partie 2 : Les promesses d'une concurrence durable

839. **Les limites de la concurrence imparfaite.** La première partie de la thèse montre que la concurrence durable caractérise le marché des services de transports aériens de passagers. Elle durable parce qu'elle est imparfaite. Ce constat de l'imperfection de la concurrence peut légitimer une sorte de *self restraint* des politiques des institutions européennes, pour accompagner le fonctionnement de ce marché, afin d'éviter ou au moins atténuer les « trous d'air » normatifs, comme l'absence ou le retard d'actualisation des législations. C'est au fond le dogme défendu par la doctrine économique internationale. Les créations de compagnies aériennes au début des années 1980 et leur capacité d'intégration ont par exemple été largement¹⁰⁸⁴, et régulièrement¹⁰⁸⁵, encouragées par l'OCDE qui y voyait une concurrence effective, la seule apte à faire baisser durablement les prix, écornant au passage les préceptes de concurrence « efficace¹⁰⁸⁶ », « potentielle » ou « praticable¹⁰⁸⁷ » et se rapprochant d'une illusion disparue au profit de la réalité d'une concurrence imparfaite pour envisager de nouveaux enjeux. L'UE a en réalité dû penser au-delà de ce fonctionnement du marché, pour embrasser une plus grande diversité d'éléments à partir de cette logique primaire/première de l'atteinte au marché¹⁰⁸⁸.

840. **La politique des transports** est une politique commune de l'UE depuis le début du processus d'intégration. Elle **est de plus en plus décrite comme une politique de mobilité, ce qui tend à flouter l'approche par modes de transport au profit d'une politique globale** aux objectifs allant de la satisfaction des besoins des consommateurs à celle de besoins plus collectifs, comme la protection du climat ou la protection sociale. Le Pacte Vert est explicite

¹⁰⁸⁴ OCDE, L'avenir du transport aérien international, quelle politique face aux mutations mondiales ? Rapport, OCDE, chap. 4 p93, 1997.

¹⁰⁸⁵ OCDE, La concurrence dans le secteur aérien, Note de référence du Secrétariat, DAF/COMP(2014)14, des 18-19 juin 2014.

¹⁰⁸⁶ « La recherche d'une concurrence efficace procède d'une sorte de fiction juridique trompeuse indiquant que la concurrence doit plus modestement être « possible » sur les marchés pour que les effets bénéfiques attendus se déploient », RIEM Fabrice, Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil, 2008, pp. 67-91, *supra*.

¹⁰⁸⁷ John Maurice CLARK souligne, en 1940, que la notion de la dynamique concurrentielle est plus importante que l'évaluation statique d'un résultat : quel est le degré de satisfaction (en termes de prix, qualité et quantité) apporté par un état de concurrence ?

¹⁰⁸⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour 2017 Répondre aux attentes - Pour une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend COM/2016/0710 final

sur cette évolution : les transports sont une des politiques au service de la transition équitable, décrite comme « Accélérer la transition vers une mobilité durable et intelligente ». L'ensemble des modes de transport est donc soumis à la double transition numérique et climatique, faisant de la durabilité une composante nécessaire de toutes les politiques de l'UE. Le transport doit être durable ; la concurrence doit l'être tout autant pour verdir le secteur aérien. Ce qui correspond à un florilège d'idées allant de la nécessité de transport aérien bas carbone à l'avion fonctionnant totalement à l'hydrogène¹⁰⁸⁹, en passant par des améliorations dans la consommation de carburant pour plus d'efficacité énergétique (le modèle A320 Neo d'Airbus par exemple) ou les tests sur l'utilisation de biocarburant à plus grande échelle¹⁰⁹⁰.

841. La concurrence doit répondre à cette pluralité d'objectifs. Cette pluralité d'objectifs associe concurrence et mise en œuvre d'une politique globale de transport au service du marché intérieur. Elle change l'approche des institutions en décalant la focale des interventions normatives du choc d'offres vers le centralité de la demande. Une politique des transports qui reste concurrentielle doit aussi satisfaire le consommateur-citoyen¹⁰⁹¹ que l'on peut envisager comme un « consom'acteur », pour qui ses actes de consommation sont autant de réponses à des questions sociétales comme un mode de vie nomade ou un moyen de vivre pleinement la mondialisation. La politique de mobilité met aussi l'accent sur la recherche d'une mobilité multimodale, voire intermodale¹⁰⁹². La concurrence dans le transport aérien de passagers se trouve ainsi réobjectivée pour assurer que la mobilité ne soit pas une « croissance sans conscience ». **Il importe donc d'encapsuler la concurrence dans une logique de globalisation des transports.**

¹⁰⁸⁹ A l'heure actuelle, les efforts du transport aérien pour développer cette technologie, portent sur les auxiliaires de puissance des avions, lors du décollage, ou les systèmes de roulage. Ce sont ces deux aspects qui font l'objet des expérimentations à grande échelle avec l'hydrogène.

¹⁰⁹⁰ La ministre de la Transition écologique et solidaire, Elisabeth BORNE, et le secrétaire d'État chargé des Transports Jean-Baptiste DJEBARRI avaient lancé, lundi 27 janvier 2020 chez Airbus à Toulouse, un appel à manifestation d'intérêt pour la production de biocarburants aéronautiques durables. <https://www.lesechos.fr/industrie-services/air-defense/la-france-veut-creer-une-filiere-de-biocarburants-pour-les-avions-1166670>

¹⁰⁹¹ PFLIEGER Géraldine, Consommateur, client, citoyen : l'usager dans les nouvelles régulations des services de réseaux. Les cas de l'eau, de l'électricité et des télécommunications en France, 2 Ecole des Ponts ParisTech, 2003 ou encore BINNINGER Anne-Sophie et ROBERT Isabelle, Consommation et développement durable. Vers une segmentation des sensibilités et des comportements, *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 229, no. 1, 2008, pp. 51-59.

¹⁰⁹² Communication de la Commission du 11 mars 2005, Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté, COM(2005) 79.

842. Cette politique globale de transport, parce qu'elle envisage la relation systémique entre marché intérieur et aménagement du territoire, répond à un besoin de plurimodalité. Ce n'est pas autre chose que la Commission évoquait, au soutien de son raisonnement dans le contrôle d'affaires de concentration mais sans pour autant en promouvoir l'intérêt primordial dans le réseau transeuropéen de transport, peut-être parce que la Commission ne souhaite ou ne peut aller jusqu'à redéfinir une nouvelle forme de concurrence. **Il n'est donc plus possible d'avoir pour seule optique la démonopolisation du secteur aérien, pour comprendre les évolutions du marché des transports aériens.** Le cap dominant dans toute cette réglementation compris comme la nécessaire régulation de la concurrence pour pérenniser le seul objectif de compétitivité est insuffisant. Jusque dans les années 2010, la politique de concurrence de la Commission européenne pour les transports était axée sur l'édification du marché intérieur et donc sur la protection du consommateur par un choc d'offre. Dans notre secteur d'étude, la réglementation de la gestion des créneaux aéroportuaire a ainsi permis l'entrée de nouveaux acteurs opérant depuis les aéroports nationaux et régionaux. Cette réglementation revient en quelque sorte en boomerang parce qu'elle n'a pas pu aller au bout de son développement. Elle n'offre plus à elle seule la garantie d'une concurrence stable, loyale, consciente des enjeux sociaux et environnementaux. Par exemple, la pérennisation du *low cost* ne tient pas à la seule préservation des règles de la concurrence comme moyen d'optimiser l'activité de l'entreprise de transport aérien mais elle doit passer par le respect d'un modèle social commun à l'Union européenne, consistant à prévenir *a minima* toute forme de *dumping* ou de détournement réglementaire. Une telle évolution implique un écosystème normatif spécifique qui renvoie à l'idée d'économie sociale de marché, telle que mise en avant par le Traité sur l'Union européenne à son article 3.

843. **La consécration nécessaire de la dimension loyale de la concurrence durable amène à une relecture de la concurrence qui suppose la prise en compte plus systématique de la loyauté comme conformité à la loi**, aux règles prescrites, et parce qu'elle est attachée à la personne en tant qu'autorité légitime, renvoyant dès lors à la probité et la sincérité¹⁰⁹³. Le danger a été clairement perçu par l'UE avec le Brexit et la crainte d'un Royaume-Uni,

¹⁰⁹³ ROUX Jérôme, La loyauté : actes du colloque de l'École doctorale droit et science politique (ED 461), le 23 juin 2016. Publications de la Faculté de droit et de Science politique de Montpellier, 2017, Actes de colloques, 979-10-91076-37-1. (hal-01904018)

« paradis » fiscal et social plus ou moins fermement associé au Marché intérieur. Dans le même temps, le modèle économique et social irlandais, qui a pu faire les beaux jours de la compagnie Ryanair, est lui aussi régulièrement critiqué comme étant déloyal.

844. Cette crainte a emporté la conclusion rapide de règles européennes temporaires¹⁰⁹⁴, particulièrement à la suite de l'accord annoncé le 28 novembre 2018 entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Ce règlement n° 2019/502 est devenu caduque depuis l'accord de commerce et de coopération du 30 décembre 2020, qui définit les relations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni et prévoit à son article AIRTRN.3, des droits de trafic réciproques pour les compagnies aériennes. Cette négociation souligne qu'une concurrence durable doit aujourd'hui être loyale pour ne pas affaiblir le système européen. Cette dernière exigence implique que la concurrence « s'arme », pour éviter la traditionnelle « naïveté » de l'Union à penser que le commerce est *per se* un moyen de faire baisser les tensions diplomatiques voire culturelles.

845. **Penser une nouvelle lecture de la libéralisation des transports aériens.** Nous pourrions alors penser un nouvel équilibre de l'écosystème juridique qui permette une relecture d'un système de règles au bord du « déraillement ». Il n'est en effet, plus possible d'avoir pour seule optique la démonopolisation du secteur aérien, pour en comprendre les évolutions, celles-ci ayant été accentuées avec la crise sanitaire de la COVID-19. Celle-ci pousse les compagnies aériennes à innover et à accélérer une transition énergétique qui paraissait difficilement envisageable auparavant. Elle (re)définie la politique de transports comme une politique de la mobilité. Elle permet enfin de réaffirmer la nécessité d'une souveraineté technologique européenne. Cette logique renouvelée permet de relire la libéralisation à l'aune de nouveaux objectifs et de mieux comprendre les évolutions de la politique des transports aériens vers une politique de mobilité durable et intelligente. Adina VALEAN, commissaire chargée des transports, déclarait ainsi pour le rail, ce qui devrait également être l'évolution pour l'avion : « Notre future mobilité doit être durable, sûre, confortable et abordable. Le rail répond à toutes ces exigences et à bien d'autres encore ! L'Année européenne du rail nous donne l'occasion de redécouvrir ce mode de transport.

¹⁰⁹⁴ Règlement (UE) 2019/502 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 2019 relatif à des règles communes garantissant une connectivité de base du transport aérien eu égard au retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union

Grâce à toute une série d'actions, cette initiative nous permettra d'exploiter pleinement le potentiel du rail. »¹⁰⁹⁵

846. Pour que le transport aérien soit durable, sûr, confortable et abordable, une régulation complexe est nécessaire, associant interopérabilité des éléments structurant ce secteur et la multi-, voire l'intermodalité¹⁰⁹⁶, des deux transports concurrents que sont le rail et l'avion, pour que ces modes deviennent complémentaires dans une seule et même politique de transport attachée au rôle central du territoire (Titre 1). Comme dans le marché intérieur général, le transport aérien est ensuite sensible à la dimension loyale de la concurrence. L'application des règles de concurrence ne parvient pas à complètement discipliner la puissance des entreprises tant elle peut buter sur une concurrence sectorisée. Dès lors, l'idée de loyauté comme condition nécessaire d'une concurrence durable prend toute sa dimension. Cette perspective relève d'une sorte de deuxième phase de la « libéralisation » du secteur du transport aérien de passagers, la concurrence durable devant se mettre en place pour assurer une mobilité plus qu'une offre de transport, en associant l'ensemble des acteurs. L'autre caractéristique, que la crise actuelle met particulièrement en avant est la concurrence loyale pour l'intégrer progressivement dans la réglementation appliquée au transport aérien de passagers (Titre 2).

Titre 1 : La politique globale des transports, condition nécessaire à l'émergence d'une concurrence durable

847. Les enseignements tirés de la démonopolisation du secteur aérien n'ont pas encore permis à l'Union européenne de s'emparer pleinement de la politique de transport. Celle-ci, du fait déjà de la répartition des compétences, reste trop largement restreinte à l'interopérabilité des territoires et des modes de transport sans envisager pleinement leur multimodalité. À ce point de notre étude, il nous faut prendre un détour sémantique afin de distinguer l'intermodalité, comme organisation complète du transport proposée au voyageur,

¹⁰⁹⁵ Communiqué de presse 30 décembre 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_2528 - Consulté le 3 janvier 2021.

¹⁰⁹⁶ En géographie des transports et des mobilités, l'intermodalité désigne l'aptitude d'un système de transport à permettre l'utilisation successive d'au moins deux modes, intégrés dans une chaîne de déplacement. Nous reprenons cette définition en y ajoutant une précision, celle que cette intégration est organisée par un opérateur de transport.

de la plurimodalité qui impose au voyageur de combiner lui-même les différents modes de transport voire au sein d'un même mode, l'enchaînement de ses trajets. La multimodalité évoque alors l'ensemble des modes de transports disponibles. Pourtant, l'analyse, même sommaire, du « Tableau de bord du transport dans l'UE »¹⁰⁹⁷ de la Direction générale Mobilité et Transport de la Commission montre une réelle volonté d'englober tous les aspects des transports pour en faire une question de mobilité plus que de transport. Il ne reste alors qu'à transposer cette analyse programmatique pour aller au bout de l'idée qu'un secteur des transports morcelé par les différents modes de transport est source d'inefficiences économique et sociétale.

848. Après l'avion, le train va donc aussi aboutir à la logique de libéralisation. Ces logiques sont-elles pour autant similaires ? La réponse est positive, si l'on considère que le transport est au service du marché intérieur, et que le dogme du marché devant être plus efficace que le monopole réglementé est encore très ancré. Donc le processus d'ouverture à la concurrence est entamé aussi dans le transport ferroviaire de fret puis de passagers. **La multimodalité permet aussi à chaque mode de transports de contribuer au Green Deal européen présenté le 11 décembre 2019.** L'initiative « *European Year of Rail (2021)* » proposée par la Commission européenne en mars 2020 et adoptée par le Parlement européen et le Conseil en décembre de la même année¹⁰⁹⁸ est emblématique de cette évolution. L'un des éléments clés du Pacte vert est en effet le déploiement de moyens de transport plus propres et plus sains, notamment par le triplement de l'activité ferroviaire à grande vitesse d'ici à 2050 et des mesures visant à améliorer par la simplification les systèmes de réservation entre les différents modes de transport afin d'accroître encore l'attrait du rail. Si l'année 2021 est ainsi identifiée par cette initiative, c'est aussi parce qu'elle sera également la première année de mise en œuvre intégrale du quatrième paquet ferroviaire et, à ce titre, elle doit permettre le processus d'achèvement de l'espace ferroviaire unique européen « un réseau ferroviaire européen plus efficace offrant une mobilité transfrontière continue¹⁰⁹⁹ » à l'image

¹⁰⁹⁷ À partir des catégories « marché intérieur », « investissements et infrastructures », « innovation énergétique » et « rapport de la population à sa mobilité », https://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/scoreboard_en- Consulté le 2 février 2020.

¹⁰⁹⁸ Procédure législative, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0035\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0035(COD)&l=en) – Consulté le 2 février 2020.

¹⁰⁹⁹ Communiqué de presse de la Commission européen du 30 décembre 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_2528.

de l'espace aérien européen. Cette démonopolisation de l'offre du transport, plus ou moins « désétatisée », est annonciatrice d'une politique globale de transport qui, au-delà des questions de structuration de marché, repose aussi sur des considérations d'allocation des ressources et de considérations environnementales.

849. **Cette distinction est révélatrice et symptomatique d'un désintérêt des États quant à l'ouverture du marché aérien**, en effet, il semble bien que ceux-ci avaient placé une trop importante confiance dans leur compagnie porte-drapeau pour rester concurrentielle dans le marché issu de la libéralisation. Par ailleurs, le rôle structurant des infrastructures aéroportuaires et des flux de passagers qu'elles induisent, de l'activité économique qu'elles génèrent en support du marché intérieur, trouve une déclinaison concrète dans l'aménagement du territoire permettant une première approche systémique de la globalité par l'intermodalité du transport aérien avec les autres transports qui structurent un territoire (Chap. 1). Ce même territoire impose une autre réalité, celle de la nécessité de mettre en œuvre, une condition certes complexe, mais absolument nécessaire à la concurrence durable, la plurimodalité (Chap. 2).

Chapitre 1 : La relation systémique entre transport aérien et aménagement du territoire, l'approche de la multimodalité par la concurrence durable

850. Pour les fondateurs de la Communauté économique européenne, l'instauration d'une politique commune des transports constituait déjà le soutien indispensable à la libre circulation des personnes et des marchandises au sein du marché commun¹¹⁰⁰, mais se concentrait essentiellement, à cette époque, sur les modes routiers, fluviaux et ferroviaires. À l'origine, aucun calendrier ne fut fixé pour l'établissement d'un marché commun des transports. Le choix de la règle de décisions prises à l'unanimité, pour le développement de cette politique, témoigne de la réticence des États membres à s'engager dans une véritable politique commune. Les divergences d'intérêt sur ce sujet ont d'ailleurs longtemps bloqué la plupart des initiatives en la matière. L'adoption de l'Acte unique européen en 1986 et la

¹¹⁰⁰ DOCKES Pierre, L'espace dans la pensée économique du XVIe au XVIIe siècle, Nouvelle Bibliothèque Scientifique, *Flammarion*, 1969, dont l'un des enseignements évoque les résultats de l'introduction du dogme de libre concurrence comme amoindrissement du territoire face à l'émergence d'une spatialisation hors sol.

substitution de la règle de l'unanimité à celle de la majorité qualifiée permettent de progresser vers la mise en place d'un marché commun des transports.

851. L'accent est mis sur l'ouverture des marchés des transports aérien, fluvial, routier et maritime, qui vont progressivement s'ouvrir à la concurrence intracommunautaire, notamment par des interconnexions favorisées entre les États membres via sa politique de réseaux transeuropéens (RTE-T), laquelle est valorisée par son intégration dans le traité de Maastricht. Un des objectifs de ce dernier programme est d'assurer l'interopérabilité des moyens de transport, afin qu'ils se complètent, et de fluidifier ainsi l'ensemble du réseau européen des transports, le rendant aussi concurrentiel entre ses différents modes. Là réside l'une des bases d'une politique globale de transport qui reste encore à conforter, notamment depuis 2011, par le mécanisme pour l'interconnexion en Europe (MIE), également appelé *Connecting Europe Facility* (CEF). Instrument de coordination des investissements, doté d'une enveloppe de 33,2 milliards d'euros sur la période 2014-2020, il s'inscrit dans la continuité des traités de Rome et Maastricht quant à sa relation au marché intérieur, tout en anticipant au fond les nouveaux objectifs sociétaux comme l'impact environnemental, particulièrement depuis le Pacte vert pour l'Europe de 2019, aboutissement d'une réflexion de près de vingt ans.

852. Le Livre Blanc de la Commission de 2001 sur la politique européenne des transports à l'horizon 2010, visait déjà un rééquilibrage des différents modes de transports et marquait même le début de la prise en compte des questions environnementales. La politique européenne des transports, parce qu'elle concerne aussi bien le transport routier et ferroviaire que le transport aérien et maritime, envisage le jeu concurrentiel dans la globalité du secteur des transports. Enfin, elle intègre des objectifs élargis aux domaines de la sécurité, de la sûreté, de la protection de l'environnement et des droits des voyageurs. Ces objectifs sont repris dans la stratégie « Transports 2050, vers un espace européen unique des transports¹¹⁰¹ », pour laquelle la Commission européenne fixe les grands objectifs de l'UE dans le domaine des transports en proposant 40 initiatives à mettre en œuvre d'ici 2020 pour transformer son système de transport, incluant le développement de carburant « plus propre » et des systèmes de gestion de trafic « intelligents ».

¹¹⁰¹ Communiqué de presse de la Commission européenne, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_11_372 – Consulté le 2 février 2020.

853. **Le territoire est ainsi innervé par les transports qui en assurent aussi l'aménagement.** Cette logique d'ensemble est déclinée dans un cadre normatif dont la référence théorique est issue des enseignements de l'économie géographique. Celle-ci a connu une certaine consécration, en 2008, avec le prix de la Banque de Suède attribué à l'un de ses promoteurs, Paul KRUGMAN. Elle s'emploie à comprendre les logiques de localisation des activités à partir des facteurs qui, selon le cas, poussent à la concentration géographique ou, au contraire, à leur dispersion. Son analyse repose sur les critères tels que les coûts du foncier et des transports, la recherche d'économie d'échelle et la proximité des marchés, enfin le rôle des infrastructures.

854. À partir de cette étude, et avec les données de l'association IATA, on peut comprendre le rôle du transport aérien dans le fonctionnement du marché intérieur. En 2018, 22 000 paires de villes sont reliées par des liaisons directes (un chiffre en hausse de 1300 par rapport à 2017, et de plus du double si on se réfère aux 10 250 paires de villes de 1998). **Le secteur aérien est, en ce sens, indispensable à l'établissement d'un marché intérieur comme à la mise en place de tous les déterminants de la croissance économique.** L'impact économique du transport aérien, mesuré au niveau de l'aéroport, peut être évalué par les méthodes proposées par l'Airport Council International (1993), "The Economic Impact Study Kit". Cette méthodologie a pour objet d'évaluer les effets directs, indirects et induits de l'activité aéroportuaire sur une zone géographique donnée, hors impact des passagers résidant dans la région. Cet impact est mesuré¹¹⁰² en termes d'emplois créés et de contribution à la valeur ajoutée locale tant directement, par les entreprises liées au fonctionnement ou à l'exploitation de l'infrastructure aéroportuaire qu'indirectement avec les dépenses moyennes des passagers hors résidents ayant passé au moins une nuit sur le territoire. Le droit s'emploie dans le secteur du transport aérien à traduire cette imbrication entre territoire et concurrence. De cette conjonction naît la première acception d'une concurrence durable au sens de concurrence au service de l'intermodalité des transports.

¹¹⁰² MALAVOTI Estelle, Analyse économique de la régulation des redevances aéroportuaires, Etude pour le Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA) et la Chambre syndicale du transport aérien (CESTA), http://www.scara.aero/wp-content/uploads/2018/04/Analyse_economique_de_la_regulation_des_redevances_aeroportuaires.pdf - février 2017.

855. Pour envisager cette interdépendance entre concurrence et territoire, il s'agit de comprendre la répartition des pôles d'échange pour envisager l'espace économique dans son ensemble (Section 1). L'interopérabilité des réseaux nationaux par la libéralisation de leur accès à des opérateurs étrangers sert à diffuser de « bonnes pratiques ». Les efforts de Londres et Paris pour interconnecter leurs aéroports à la ville (Gatwick-express et RER B dans les années 1981-1982) ont ainsi largement inspiré Amsterdam, Francfort et Genève. Enfin, l'offre de transport interrégional direct, lequel est encore assez peu développé par le train, est fortement marquée par la présence des TBC/LCC qui peuvent compter sur les aspirations des collectivités locales à développer leur aéroport régional. Aussi cette superposition des objectifs (concurrence, aménagement du territoire, efficacité des infrastructures) impose une régulation coordonnée pour éviter la captation¹¹⁰³ de la réglementation par une trop forte hiérarchisation de l'espace économique (Section 2).

Section 1 - La structuration du territoire par la combinaison des modes de transports pour une offre globalisée de transports

856. Les 15 et 19 mars 1719, l'Empereur Charles VI accordait, par lettres patentes, des privilèges à la ville de Trieste, point d'entrée maritime de l'empire autrichien sur la mer Adriatique et de là seul accès à l'immense marché oriental et moyen-oriental à la suite du réseau ouvert par le concurrent vénitien¹¹⁰⁴. Dès lors, ce port prendra un essor considérable intégrant dès 1802, le marché transatlantique, les commerçants états-uniens ayant ainsi un accès direct à l'Europe centrale et ottomane, mais aussi au commerce avec l'Orient. Cet

¹¹⁰³ La problématique de la rencontre entre offre et demande sur un marché est au cœur du projet d'analyse multidisciplinaire, comme la sociologie économique (les modalités alternatives d'organisation de la rencontre marchande) ou encore l'économie politique, telle qu'elle analyse la captation d'un profit par un agent, principalement dans une situation de corruption comme évoqué dans une publication du FMI <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2001/09/pdf/hellman.pdf> de septembre 2001. Ici, notre propos rejoint le premier aspect, plutôt que le second, rejoignant les écrits de Herbert SIMON, futur prix Nobel d'économie, qui formule le concept en 1971 « Dans un monde riche en informations, l'abondance d'informations entraîne la pénurie d'une autre ressource : la rareté devient ce que consomme l'information. Ce que l'information consomme est assez évident : c'est l'attention de ses receveurs. Donc une abondance d'informations crée une rareté de l'attention et le besoin de répartir efficacement cette attention parmi la surabondance des sources d'informations qui peuvent la consommer » in H. SIMON "Designing Organizations for an Information-Rich World [archive]", in M. GRENNBERGER, Computer, communications and the public interest. Baltimore MD : *The John Hopkins Press*, 1971, p. 37-72

¹¹⁰⁴ DA PACO David, Trieste : les horizons d'une ville centre-européenne, 1690-1820, *Monde(s)* n°14, 2018/2, pp. 71-96.

exemple parmi d'autres de structuration de l'espace commercial, puis urbanistique, par un mode de transport éclaire l'incontournable rôle des infrastructures de transport comme pivot de développement territorial, et déjà, l'importance de la question de l'intermodalité à l'aube de la Révolution industrielle européenne¹¹⁰⁵.

857. Sur le continent européen, en 2018, les cinq plus grandes plateformes (hubs) aéroportuaires offrent un total de plus de 40 millions de sièges au départ de Londres Heathrow, Paris CDG, Francfort, Istanbul et Amsterdam, grâce notamment aux compagnies de réseau mondial qui y ont positionné leur nœud aéroportuaire (respectivement British Airways, Air France, Lufthansa, Turkish Airlines et KLM). Ce sont également ces plateformes qui présentent une plus grande proportion d'offres vers des destinations non européennes par rapport aux plateformes de taille plus modeste. Bien qu'étant également la base d'une ou plusieurs compagnies aériennes, ces dernières présentent une offre plus centrée sur le trafic domestique et européen, à l'exception notable de Reykjavik. L'analyse de l'offre¹¹⁰⁶ permet de dégager trois types de hubs, caractérisant leur attractivité comme autant d'images de la répartition des pôles d'échange sur le territoire (§1). Celle-ci confine souvent à la segmentation plus ou moins concentrique autour de son étoile, tout en contribuant continuellement au désenclavement et à la cohésion des territoires.¹¹⁰⁷

858. Les travaux en économie ont tenté de mesurer l'efficacité économique totale. Il s'agit d'allier l'efficacité technique¹¹⁰⁸, produire à un niveau maximal, et l'efficacité allocative¹¹⁰⁹, consistant à endogénéiser et maximiser la technologie de production, liant production efficace et système de prix. En effet, dans notre secteur d'étude, il s'agit de prendre en compte l'efficacité allocative pour refléter la capacité de l'agent économique à utiliser l'ensemble des facteurs entrant dans une production donnée dans des proportions optimales, étant donné

¹¹⁰⁵ La première occurrence connue de l'expression littérale révolution industrielle apparaît en allemand en 1845 dans La situation de la classe laborieuse en Angleterre de Friedrich Engels. <https://www.universalis.fr/encyclopedie/friedrich-engels/1-le-jeune-revolutionnaire/> - Consulté le 4 août 2019.

¹¹⁰⁶ Les notes d'analyse de la DGAC, n°12, mai 2019, www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Eclairage_n_12_VF_web.pdf - Consulté le 6 nov. 2019.

¹¹⁰⁷ Rapport d'information n° 734 (2018-2019) de Mme Josiane COSTES, fait au nom de la Mission d'information « Transports aériens », déposé le 24 septembre 2019, Sénat.

¹¹⁰⁸ KOOPMANS Tjalling et DEBREU Gérard en 1951 dont les travaux initiaux sont repris notamment par VERGE T., LUBEK J., FREGET O. et BEAUCHATAUD C., Les oligopoles à produits différenciés, *Droit & Economie, Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, n°3-2010.

¹¹⁰⁹ FARRELL Henry, 1957, cité par ZHANG Linjia, De l'incidence des infrastructures sur le secteur du transport de personnes en France : contributions à la mesure semi-paramétrique de la productivité et de l'efficacité, Thèse de doctorat en sciences économiques, Lille, 2013.

leurs prix respectifs. Cette compréhension suppose une architecture normative en système, pour assurer sur le plan législatif et réglementaire l'accès aux différents modes de transport et leur synergie. Cet apport théorique renforce la concentration de moyens sur les aéroports que cela soit en termes d'accessibilité de ceux-ci (notamment ferroviaire) que de l'offre de transport aérien tant en nombre de liaisons directes qu'en possibilités de correspondances (§2), ce que le droit traduit en obligations d'interopérabilité et d'interconnexion. Cette concurrence dans l'espace aérien, dont les effets marquent durablement l'interopérabilité, entre pays d'une part et entre mode de transports d'autre part (art. 170, §2 TFUE), peut aller jusqu'à induire des développements dans l'aménagement urbain d'une métropole (§3). En ce sens l'intermodalité impacte la concurrence pour qu'elle incorpore toutes ces dimensions et devienne ainsi durable.

§1 – L'infrastructure aéroportuaire comme pivot territorial

859. Les éléments de l'analyse faite dès la pleine ouverture à la concurrence¹¹¹⁰ ont confirmé l'imperfection de la concurrence et la nécessité d'une approche géographique de celle-ci, la question des externalités du transport aérien devenant centrale dans la compréhension du système d'offres de transport. Dans un tel environnement complexe, cette notion largement utilisée dans la science économique moderne trouve ici toute sa place. L'externalité est définie comme le fait de créer, par l'activité d'un agent économique, un effet externe procuré à autrui, sans contrepartie monétaire. Cette externalité peut être positive, comme une utilité ou un avantage induit gratuitement, ou au contraire négatif, si on envisage une nuisance, un dommage sans compensation. La concurrence dans le transport aérien de passagers participe à la création de telles externalités, qu'elles soient issues de l'offre des compagnies aériennes ou de la demande exprimée par le consommateur/passager. Chaque compagnie aérienne a un réseau de liaisons directes et indirectes connectant différents aéroports nationaux et internationaux à partir d'un aéroport central qu'elle domine largement¹¹¹¹, devenant parfois et par nécessité des opérateurs intermodaux par une offre

¹¹¹⁰ ENCAOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, 1996, *supra*.

¹¹¹¹ FAYOLLE Corinne, La dérégulation du transport aérien en Europe. (1987-1997), *Guerres mondiales et conflits contemporains*, 2003/1 (n° 209), p. 75-89.

combinée avion-train. En ce sens, la concurrence ne peut fonctionner à elle seule pour assurer le développement du territoire. Elle suppose un équilibrage pour prendre en compte toutes les externalités et garantir un développement effectif du territoire¹¹¹².

860. **Le territoire est alors le véritable support du marché intérieur que l'offre de transport, quel que soit son mode, va structurer¹¹¹³ et spatialiser¹¹¹⁴.** Le droit de l'UE va alors se développer pour assurer un équilibre entre aménagement du territoire et intérêts économiques des compagnies aériennes, aux fins de consacrer un maillage efficace du territoire autour d'un objet spatial¹¹¹⁵ plus ou moins identifié (A). Celui-ci repose tant sur les flux de passagers que sur sa capacité aéroportuaire à accueillir du trafic, et n'est possible qu'au travers d'un aménagement urbain, composant le premier cercle concentrique de l'« *hinterland*¹¹¹⁶ » de l'aéroport, systématiquement invoqué par les autorités publiques tant pour développer l'infrastructure aéroportuaire que pour les mettre en concurrence (B).

A – Le maillage aéroportuaire, un équilibre entre aménagement du territoire et intérêts économiques des compagnies aériennes

861. Le droit de l'UE incorpore la dimension territoriale par divers moyens incluant la notion même d'aménagement du territoire et de continuité territoriale, ainsi que la mise en œuvre des moyens financiers au service de la construction du marché intérieur par un maillage des infrastructures aéroportuaires et le développement de cette offre d'accès. La question est ici de comprendre ce maillage dans le secteur spécifique du transport aérien, supposant un fonctionnement radial ou réticulaire¹¹¹⁷, passant d'une organisation très centralisée sur un seul aéroport pivot, origine et destinations de radiales vers les autres régions, à un réseau plus complexe d'infrastructures aéroportuaires, mais aussi ferroviaires. On évoque ce *reticulum*,

¹¹¹² Cf. l'annexe n°6, page 901, à partir de https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Eclairage_n_12_VF_web.pdf - Consulté le 5 février 2020.

¹¹¹³ Parlement européen, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/135/reseaux-transeuropeens-orientations> - Consulté le 5 février 2020.

¹¹¹⁴ Sénat, Contribution du transport aérien au désenclavement et à la cohésion des territoires, Rapport d'information de Mme Josiane COSTES, fait au nom de la MI Transports aériens n° 734 (2018-2019) - 24 septembre 2019

¹¹¹⁵ DREVET-DEMETTRE Lucie-Emmanuelle, Quand l'aéroport devient ville : géographie d'une infrastructure paradoxale, Thèse de doctorat en géographie, Bordeaux, soutenue en 2015.

¹¹¹⁶ Au sens du commerce international, <https://www.universalis.fr/encyclopedie/aerports/> - Consulté le 03 mai 2020.

¹¹¹⁷ DUMONT Gérard-François, Territoires : un fonctionnement radial ou réticulaire ?, *Population & Avenir*, vol. 723, n° 3, 2015, pp. 3-3.

cette résille, élément de mode vestimentaire de la Rome antique tout autant que structure de biologie cellulaire, vocable tout à fait adapté à l'analyse du marché géographique, économique et juridique du transport aérien de passagers. Les liens entre aéroports pivots et aéroports-étapes déterminent, en effet, quatre grands niveaux géographiques de plateformes (régionales, nationales, internationales et intercontinentales) qui vont jouer leur rôle dans la composition du marché unique du transport aérien de passagers.

862. Dans son livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi de 1993, la Commission européenne soulignait l'importance cruciale des réseaux transeuropéens (RTE) pour le marché intérieur et, notamment, la création d'emplois, non seulement du fait de la construction proprement dite des infrastructures, mais également par le rôle qu'elles joueraient plus tard pour le développement économique. En 1994, quatorze projets prioritaires concernant les transports¹¹¹⁸ et dix projets prioritaires pour le secteur énergétique ont été approuvés lors des Conseils européens de Corfou et d'Essen. La décision n° 1692/96/CE du 23 juillet 1996 sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport (RTE-T) établissait les paramètres généraux pour l'ensemble du réseau. **L'Union utilise cette décision comme moyen d'eupéaniser l'espace des infrastructures de transport aérien.** La section 6 de la décision emporte ainsi que les aéroports situés sur le territoire européen et répondant à des spécifications listées¹¹¹⁹ permettent « le développement des liaisons aériennes et l'interconnexion du transport aérien avec les autres modes de transport. » Pour cela, une spatialisation de l'offre aéroportuaire est dressée, actant en droit le résultat de décennies de choix politiques nationaux. Ainsi « les composantes internationales et les composantes communautaires » se définissaient comme « le cœur du réseau aéroportuaire transeuropéen », structurant les liaisons avec les États tiers

¹¹¹⁸ Sur les quatorze projets, un seul correspondait à une infrastructure aéroportuaire, celui de Milan-Malpensa et cinq des liaisons ferroviaires à grande vitesse, dont certaines ont pu devenir des alternatives crédibles au transport aérien, comme les lignes Nuremberg <-> Berlin, Paris-Nord <-> Amsterdam ou encore Madrid <-> Montpellier via Barcelone. Annexe 1 des conclusions du Conseil européen d'Essen, 9 et 10 décembre 1994, https://www.europarl.europa.eu/summits/ess2_fr.htm - Consulté le 03 mai 2020.

¹¹¹⁹ Annexe II. Critères de sélection des aéroports d'intérêt commun : « Les aéroports d'intérêt commun doivent répondre aux critères de l'une des composantes suivantes :

1) Les composantes internationales comprennent : tout aéroport ou système aéroportuaire dont [notamment] le volume annuel de mouvements de passagers est supérieur ou égal à 5 000 000 moins 10 % ; ou le volume annuel de mouvements d'avions commerciaux est supérieur ou égal à 100 000 ; ou le volume annuel de mouvements de passagers extra-communautaires est égal ou supérieur à 1 000 000 ; ou tout nouvel aéroport créé en vue de remplacer une composante internationale existante qui ne peut plus se développer sur son site. »

et intraeuropéens quand « les composantes régionales et d'accessibilité facilitent l'accès au cœur du réseau ou contribuent au désenclavement des régions périphériques et isolées »¹¹²⁰.

863. Pour ces grandes orientations, la Commission identifie les projets d'intérêt commun éligibles, ainsi que les projets prioritaires. L'accent était mis sur des modes de transport plus respectueux de l'environnement, notamment sur des projets ferroviaires. Dans le même temps que le RTE-T couvre l'ensemble du territoire de l'Union et s'étende aux États membres de l'AELE, aux pays de l'Europe sud-orientale ainsi qu'aux pays méditerranéens partenaires. Initialement, la décision reprenait les quatorze projets d'intérêt commun adoptés par le Conseil européen d'Essen. **La nouvelle politique de l'Union en matière d'infrastructures de transport prévoit, aujourd'hui, pour la première fois, une structure à deux niveaux pour les grands axes de l'Union**, avec la mise en place d'un réseau global (assurant des connexions efficaces vers toutes les régions de l'Union) et d'un réseau central (composé des éléments du réseau global les plus importants sur le plan stratégique). Les projets qui s'inscrivent dans le réseau global devraient être finalisés d'ici à la fin de 2050, tandis que ceux qui font partie du réseau central devraient satisfaire aux critères RTE-T d'ici à la fin de 2030.

864. Ce cadre juridique étant rappelé, on comprend mieux alors que le choix de tel ou tel opérateur, compagnie aérienne ou gestionnaire d'un aéroport, entraînera des conséquences sur tout le développement d'un territoire, d'autant plus si celui-ci est desservi par un « système aéroportuaire » composé de plusieurs dessertes. Il peut s'agir de développer une plateforme depuis un aéroport régional hors d'un grand centre urbain, mais rapidement accessible par transport combiné (train puis bus, 1h40) ou non (voiture 1h30), comme cela fut le cas avec l'aéroport de Beauvais-Tillé, dit « Paris-Beauvais » à 67 km de Paris, quand l'aéroport Roissy – Charles de Gaulle est à 20 km à vol d'oiseau. Cela peut aussi correspondre à l'optimisation de ce « système aéroportuaire », comme lors de l'ouverture d'un second terminal à l'aéroport historique de Barcelone. En février 2016, alors que le T2, ce nouveau terminal de l'aéroport historique de Barcelone, situé sur le territoire d'El Prat de Llobregat à une quinzaine de kilomètres du sud de centre-ville de la capitale de la Généralité de Catalogne, fut mis en service, la compagnie aérienne Vueling a quitté l'aéroport « *low cost* » de Gérone – Costa-Brava, situé à 74 km au nord, pour s'installer dans le T1 de l'aéroport de Barcelone.

¹¹²⁰ Décision n°1692/96/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 juillet 1996 sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport.

Elle fut partiellement suivie par Ryanair, entraînant une chute de trafic de moitié sur cet aéroport de Gérone. Actuellement, avec par ordre croissant de parts de marché, Vueling, Ryanair et easyJet, les TBC/LCC représentent désormais 57 % du trafic à El Prat, en prise directe avec les compagnies aériennes historiques, dont Iberia.

865. Cet exemple exprime la concurrence que se livrent les gestionnaires d'infrastructures aéroportuaires, appliquant, dans toutes ses dimensions, la révolution industrielle opérée grâce à la création et l'alimentation de la plateforme/hub. En 2018, London/Heathrow a traité le plus de passagers (48 millions) sur le transport extra-UE, l'aéroport d'Amsterdam/Schiphol (42 millions) le plus de transport intra-UE, tandis que Madrid/Barajas (16 mn) dominait sur les vols nationaux. London/Heathrow, Paris/Charles de Gaulle et Amsterdam/Schiphol demeuraient les trois premiers aéroports, avec l'aéroport londonien comme l'aéroport de l'UE le plus fréquenté avec 80 millions de passagers transportés, en légère hausse (+ 3 %) par rapport à 2017. Paris/Charles de Gaulle (72 millions, + 4 %), Amsterdam/Schiphol (71 M, + 4 %), Frankfurt/Main (69 M, + 8 %) et Madrid/Barajas (56 M, + 9 %) complétaient le top 5 des aéroports les plus fréquentés dans l'UE. Cette extrême concentration du trafic aérien, qu'il soit extra ou intra-UE ou encore national, sur quelques aéroports, crée un maillage aéroportuaire hiérarchisé. L'identification de la compagnie historique française à l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle en est un exemple topique.

866. Vingt ans plus tôt que l'extension de l'aéroport de Barcelone El Prat, la compagnie Air France révolutionne son système d'exploitation en ouvrant une plateforme à Roissy le 1er avril 1996. Véritable arme stratégique, cette nouvelle organisation de son trafic est un système de correspondances optimisé à outrance. Le programme de vols est en effet organisé de façon qu'une multitude d'avions arrive quasiment en même temps à l'aéroport pour se connecter, dans un délai très court, à une vague de départs. Un véritable ballet aérien est ainsi modélisé. Ainsi, ces « rendez-vous » étalés tout au long de la journée permettent un maximum de correspondances dans un délai très court, généralement entre les vols moyens et long-courriers, les premiers alimentant en passagers les seconds. Dès le programme été 1996, le hub permet à Air France d'augmenter son offre de dessertes en correspondance à Roissy de 145 %. Air France s'est donné les moyens de réussir à partir d'un credo : industrialiser le trafic, par l'uniformisation des horaires et la standardisation des appareils sur la même destination, l'augmentation des fréquences et l'accroissement du nombre de vols directs. La première

conséquence de cette révolution organisationnelle sera la suppression des « sauts de puces » incluant la fermeture des escales les moins rentables, rencontrant déjà l'opposition des élus locaux pour qui l'aéroport est l'infrastructure pivot de tout un territoire¹¹²¹ sans que le recours ne soit, à ce jour, enregistré par les services de la Commission européenne.

867. **Le rôle central du territoire est évident, notamment dans sa capacité « de promouvoir un développement harmonieux de l'ensemble de l'Union »** (art. 174 TFUE). Parce qu'il s'agit de transporter entre deux points, plus ou moins directement, et d'accéder à ces points avant et après ce voyage, la logique de plateforme qui est à l'œuvre dans notre secteur d'étude quitte peu à peu la dichotomie « *Hub* et Aéroport régional¹¹²² » par le rapprochement sensible des modèles de transport, les compagnies universelles développant leur offre de à bas-coûts pour ne rappeler qu'un élément de cette évolution. Ce premier constat se double d'une typologie des plateformes aéroportuaires sur la base de la géographie et de l'histoire des territoires, que ne recouvre que partiellement la catégorisation juridique opérée par la Commission européenne.

868. Dans un premier temps, l'offre aéroportuaire repose sur un double maillage. Celui qui relève de sa connectivité qui, comme nous l'avons envisagé, repose sur ses capacités de liaisons directes et par correspondance à d'autres aéroports. La constitution par les compagnies aériennes de véritables nœuds de liaisons aériennes formées à partir d'un aéroport principal a hiérarchisé cette offre (intercontinentale, secondaire, spécialisée ou régionale), hiérarchie basée sur l'analyse de l'offre de sièges vers chaque région de destination. Les entreprises du secteur construisent le territoire par une connectivité de l'aéroport au territoire dans leur offre commerciale.

869. Mais ce maillage que l'on pourrait qualifier de « premier » du fait de l'activité de ce type d'infrastructure, dépend aussi de son rapport au territoire qu'elle dessert. Cette offre aéroportuaire ainsi maillée avec son territoire l'est par deux phénomènes. Le premier est un ensemble de données géographiques et historiques qui ont structuré les États, centralisant en des points du territoire les pouvoirs économiques, financiers et politiques et en créant des agglomérations avec leurs infrastructures de transport. Le deuxième aspect est

¹¹²¹ https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/10/19/les-aeroports-francais-engagent-un-recours-a-bruxelles-contre-l-interdiction-de-certaines-liaisons-aeriennes_6099038_3234.html - Consulté le 05 mai 2020.

¹¹²² Défini par les Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes du 4 avril 2014, comme assurant un service aéroportuaire pour moins de 3 millions de voyageurs par an.

démographique. Dans les années 1970, le développement urbain des deux plus importantes métropoles européennes, Londres et Paris, voit aussi croître le trafic aérien qui s’y concentre. Il faut alors créer un nouvel aéroport (Roissy-CDG en 1974 à 23 km de Paris) ou par l’extension de l’un des deux (Heathrow, qui compte actuellement quatre terminaux) y concentrer les vols internationaux et transcontinentaux. Mais dans ce développement des infrastructures aéroportuaires, les aménagements de transport annexes, furent dans un sens « ville-aéroport » et aucun, sinon fort peu, dans une possibilité de connecter sans rupture de charge, les aéroports entre eux. Les débats, autour de l’amélioration de la desserte ferroviaire de Paris-CDG, portent sur deux axes. C’est l’amélioration de la desserte vers Paris, mais aussi le raccordement de cet aéroport à son territoire proche au travers du projet « Roissy-Picardie ». Cette nouvelle desserte qui créer un « Y picard » viendrait par ailleurs concurrencer l’aéroport Beauvais-Tillé, aussi dénommé « Paris-Beauvais » rappelle, qu’en 1957, c’est à Bruxelles que pour la première fois un aéroport international est desservi par une liaison ferroviaire majeure (Liège-Anvers via Bruxelles). Cette situation géographique au cœur d’une zone densément peuplée de l’Europe de nord ne s’est jamais démentie dans son rôle de pivot des modes de transports¹¹²³.

870. **Ce double maillage se retrouve dans la hiérarchie aéroportuaire évoquée**¹¹²⁴, les aéroports intercontinentaux majeurs présentent l’offre en sièges la plus importante, mais également la plus diversifiée, avec des liaisons vers toutes les régions de destination. Il s’agit des aéroports pivots de compagnies de premier plan, et du plus gros aéroport des pays concernés desservant la plus grande zone urbaine du pays (à l’exception, notablement récurrente de Francfort). Ces aéroports disposent tous d’une importante desserte domestique et européenne qui alimente leur réseau long-courrier. Ils sont situés dans les zones de chalandise les plus peuplées et au pouvoir d’achat particulièrement élevé (Londres LHR, Paris CDG, Francfort, Istanbul, Amsterdam-Schiphol). D’autres aéroports sont dits secondaires (Madrid, Londres-Gatwick, Munich, Rome, Moscou, Copenhague, Zurich, Bruxelles). À la différence des précédents, ces plateformes ne sont pas, ou très peu, reliées à certains marchés, bien que disposant d’une offre long-courrier conséquente vers plusieurs continents.

¹¹²³ Page 3 l’article de Saglietto « pouvait-on prévoir la fusion Air France-KLM ? »

¹¹²⁴ DGAC, mai 2019, www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Eclairage_n_12_VF_web.pdf - Consulté le 03 mai 2020.

Madrid est, par exemple, peu reliée à l'Asie et l'Afrique, alors que Vienne compte peu de lignes vers l'Amérique du Nord et l'Afrique. Desservant de grandes métropoles, ces plateformes bénéficient de zones de chalandise étendues et d'un réseau européen développé. L'aéroport de Londres Gatwick est quant à lui le second aéroport londonien, mais il s'agit de la base de Virgin Atlantic (compagnie aérienne exclusivement long-courrier) et de la base secondaire de British Airways.

871. La typologie des aéroports doit encore englober la particularité des aéroports dits « spécialisés ». Catégorie disparate, elle est constituée, à titre essentiel, par la géographie. Ce sont également des plateformes de taille plus modeste et focalisées sur un marché long-courrier particulier, souvent du fait de la compagnie qui y est basée. Ainsi, l'essentiel de l'activité long-courrier d'Helsinki est tournée vers l'Asie, en raison du réseau développé par la compagnie Finnair. L'orientation vers un marché précis, souvent permise par un positionnement géographique favorable, peut être la conséquence de liens particuliers, historiques notamment, comme dans le cas de Lisbonne (vers le Brésil) ou de Paris Orly (vers les pays du Maghreb), ou résulter du développement ciblé de l'offre d'une compagnie aérienne. La spécialisation sur un seul marché permet de proposer une desserte conséquente (avec un large choix de jours voire d'horaires) et donc plus attractive pour le passager. Les plateformes de cette catégorie desservent le plus souvent la première ville de pays moins peuplés, mais dont le PIB par habitant peut être très élevé (Finlande, Irlande et Islande). Cette hiérarchisation reste à nuancer tant Paris-Orly et Barcelone présentent un profil particulier, plutôt tourné vers le trafic moyen-courrier, ils n'en demeurent pas moins les « seconds » aéroports dans leurs pays respectifs, en tant que bases secondaires des compagnies historiques (Air France et Iberia) et sur lesquels elles ont également installé des filiales à bas coût (Transavia et Vueling), pour faire face aux offres importantes des TBC/LCC comme easyJet, Ryanair et Volotea.

872. Mais en dehors des tentatives d'appréhender au plus près les réalités de ce maillage, une conclusion est partagée par tous. La « déréglementation du ciel européen » a été marquée par le phénomène de la métropolisation¹¹²⁵, cette concentration des activités

¹¹²⁵ Phénomène associé à celui d'« Archipel métropolitain », ce fonctionnement réticulaire des grandes agglomérations dans le cadre de la dernière phase de la mondialisation, développé par DOLLFUS Olivier, « Chapitre I. L'espace Monde, un espace géographique », *L'Espace Monde* sous la direction de DOLLFUS Olivier, *Economica* (programme ReLIRE), « Géo-poche », 1994, p. 15-34.

économiques les plus créatrices de valeur et des populations – en particulier les plus jeunes et les plus diplômés – dans les principales métropoles du pays, reliées entre elles par des moyens de transport rapides, qu'ils soient aériens ou ferroviaires. Cette métropolisation n'est pas un nouveau phénomène, mais elle a pris des dimensions spécifiques directement en rapport avec ces catégories d'infrastructures aéroportuaires. Le développement de l'offre s'est orienté dans ce sens, voire a même accentué ce phénomène puisqu'il repose sur une logique de marché.

873. Pour compléter la logique de marché, l'Union européenne utilise un autre instrument de droit, celui des aides d'État, qui va reposer sur l'identification de catégories juridiques pour contrôler et orienter les financements publics. Il lui permet de dessiner le territoire européen au travers de la politique d'exemption des aides d'État. Comme il s'agit d'encadrer une politique étatique par les exemptions de la règle d'interdiction des aides, les options retenues par chaque État pour aménager son territoire par la construction d'infrastructures de transport aérien peuvent être orientées par le droit de l'UE. **Les compagnies peuvent utiliser ce cadre pour développer leur stratégie commerciale.** La concurrence résultant de la liberté d'accès aux marchés par les différents « paquets » de normes est, on l'a bien vu, bien loin de la concurrence pure et parfaite. Elle favorise au contraire un jeu de coopération par le réseau métropolitain. Le fait de considérer les compagnies aériennes comme des entreprises et pas des démembrements de l'État n'empêche cependant pas toute considération d'aménagement du territoire.

874. **La concurrence, induite par la libéralisation, aboutit à ce que les services se concentrent dans les zones géographiques les plus rentables.** La concentration entre métropoles, par des coopérations entre compagnies aériennes, devient alors l'une des conditions du développement du marché intérieur européen et une de ses conséquences puisqu'il a pour objectif de concentrer l'activité économique là où elle est la plus rentable. En ce sens, le développement du couple aéroport/compagnie aérienne est consubstantiel au marché intérieur, caractéristique qui est renforcée par la prise en compte des seuils de passagers pour évaluer les intensités d'aide maximales autorisées en fonction de la taille de l'aéroport et de la finalité de l'aide, qu'elle vise le fonctionnement ou l'investissement de l'aéroport. La réglementation européenne des aides d'État est alors utilisée comme un moyen

de revitaliser un lien entre développement de l'offre de transport aérien et développement des territoires. En ce sens, le droit rejoint les catégories de la géographie des transports.

875. En distinguant cinq catégories d'aéroports, la Commission, au point 89 de ses lignes directrices¹¹²⁶, définit avec finesse les critères d'octroi d'une aide aux aéroports, distinguant leur fonctionnement et/ou l'investissement lié aux infrastructures, pour envisager la taille de l'aéroport, définie en fonction du trafic moyen de passagers, et les intensités d'aide maximales admissibles. Dans ce cadre, les aides, au-delà d'un seuil de cinq millions de passagers, ne peuvent être *a priori* décidées. Ainsi, en 2005, elle impose sa propre vision aux autres institutions¹¹²⁷ en annonçant sa propre typologie des aéroports face à celles du Conseil et du Parlement européen¹¹²⁸ portant sur des seuils de 250 000, un puis cinq millions de passagers, ou encore celle suggérée par le Comité des régions qui pour sa part proposait en 2002 cinq catégories, dans son avis de prospective du 2 juillet 2002 sur les capacités aéroportuaires régionales¹¹²⁹ en prenant aussi en compte deux autres seuils, supérieures à dix millions et supérieur à cinq, ainsi qu'un seuil plancher abaissé à 200 00 passagers par an.

876. Ainsi, la Commission considérant que les deux options se recoupaient largement, elle en retint quatre catégories. Une catégorie A, celle des «grands aéroports [européens] », comprenant plus de dix millions de passagers annuels, une catégorie B avec des «aéroports nationaux», comprenant un volume annuel de passagers entre cinq et dix millions, puis une distinction entre les aéroports régionaux, selon qu'ils sont considérés comme « grands », catégorie C, car ayant un trafic entre un et cinq millions de passagers, ou « petits », avec une dernière catégorie, D ayant un volume de flux annuel inférieur à un million de passagers.

877. **Ce fléchage apparaît plus strict que celui effectué en 2005. Cela correspond à une réorientation des flux financiers « alors les lignes directrices de 2005 sur l'aviation laissaient ouverte la question des aides à l'investissement ».** Ce virage correspond à un double souhait, celui de permettre une nouvelle offre aéroportuaire pour pallier la pénurie des aéroports

¹¹²⁶ Communication de la Commission — Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes du 4 avril 2014.

¹¹²⁷ *Supra*, Lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'État au démarrage au départ d'aéroports régionaux du 9 décembre 2005.

¹¹²⁸ *Supra*, Décision n° 1692/96/CE du 23 juillet 1996 pour le développement du réseau transeuropéen de transport.

¹¹²⁹ Comité des régions, Avis de prospective du 2 juillet 2003 sur les capacités aéroportuaires régionales (CdR 393/2002 fin).

saturés ou en voie de l'être et, dans le même temps, répondre à un besoin d'aménagement du territoire. Le garde-fou est prévu par la Commission pour éviter le financement irréaliste de trop petits aéroports, prévoyant ainsi que pour « les aéroports dont le trafic de passagers annuel est inférieur à 700 000 personnes », leurs perspectives de rentabilité soient évaluées « afin de déterminer si des règles spécifiques sont nécessaires pour apprécier la compatibilité des aides au fonctionnement qui leur sont accordées avec le marché intérieur¹¹³⁰ ».

878. La règle de droit tient donc compte de la « typologie quantitative » des aéroports. À partir de ce constat, les institutions européennes, à l'instigation de la Commission européenne, ont simplifié le financement des petits aéroports régionaux avec l'adoption le 17 mai 2017 d'un règlement¹¹³¹. Plus de 420 petites plateformes (soit 13 % du trafic aérien) bénéficient de cet assouplissement des règles d'octroi de fonds publics en exemptant de tout examen préalable certaines mesures publiques de soutien en faveur des petits aéroports. Ainsi, les États membres peuvent désormais réaliser des investissements publics en soutien aux plateformes régionales accueillant jusqu'à trois millions de passagers par an « en toute sécurité juridique et sans contrôle préalable de la Commission ». Le règlement permet également aux autorités publiques de couvrir les coûts d'exploitation des petites installations accueillant jusqu'à 200 000 voyageurs par an. L'Union européenne a, ainsi, étendu aux aéroports régionaux le champ d'application du règlement général d'exemption par catégories de 2014¹¹³².

879. Margrethe VESTAGER, commissaire chargée de la politique de concurrence, précise « Bien que plus de la moitié des aéroports de l'UE appartiennent à cette catégorie, ils ne représentent toutefois que 0,75 % du trafic aérien. Si ces aéroports peuvent contribuer de manière appréciable à la connectivité d'une région, ils sont peu susceptibles de fausser la concurrence sur le marché unique de l'UE »¹¹³³. **Les règles de l'UE traduisent alors une**

¹¹³⁰ *Supra*, Point 17 de la Communication de 2005.

¹¹³¹ Règlement (UE) n°2017/1084 de la Commission du 14 juin 2017 modifiant le règlement (UE) n°651/2014 en ce qui concerne les aides aux infrastructures portuaires et aéroportuaires, les seuils de notification applicables aux aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine et aux aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles, ainsi que les régimes d'aides au fonctionnement à finalité régionale en faveur des régions ultrapériphériques, et modifiant le règlement (UE) n° 702/2014 en ce qui concerne le calcul des coûts admissibles.

¹¹³² Règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

¹¹³³ Communiqué de presse de la Commission européenne IP/171341 du 17 mai 2017.

modulation des règles de concurrence en fonction de la typologie des aéroports en tant que maillon déterminant de l'aménagement du territoire. Cette modulation construit, en réalité, le territoire du marché intérieur par la connectivité. Ce règlement d'exemption permet aux institutions de l'Union européenne d'insuffler une politique de cohésion territoriale par la règle, en tenant compte des subsides accordés et de l'importance globale des aéroports visés. L'analyse de Madame VESTAGER montre clairement que l'effet *de minimis* des aides tient à la faiblesse des aéroports concernés en termes de trafic aérien européen global. La politique de la Commission en la matière est clairement incitative, de manière à homogénéiser le *level-playing field*¹¹³⁴ pour toutes les entreprises. Sur ce point l'utilisation du règlement est stratégique : en jouant de son effet unificateur, cet instrument homogénéise les conditions de maillage des territoires. Ensuite, le règlement en exemptant le financement des « petits aéroports » sécurise les États et les incite à investir dans ces aéroports de proximité, sans lourdeur administrative ou risque de remboursement d'une aide illégale.

880. Dans les régions avec les trafics de passagers plus importants, la métropolisation s'affirme également par la règle avec la possibilité réservée aux États à l'article 106 TFUE d'imposer à des entreprises des obligations de service public (OSP)¹¹³⁵. Il s'agit dans ce cadre d'écarter ou d'adapter la règle de concurrence à raison de la métropolisation. Le mécanisme de l'OSP et son utilisation peuvent ainsi venir moduler la concurrence en fonction de l'aménagement du territoire incluant des services de base et une desserte aérienne, fournis à titre onéreux, qui peuvent faire l'objet de dérogations si cela s'avère nécessaire pour protéger l'accès des citoyens à ces services de base. La concurrence issue de la libéralisation se concentre sur les métropoles et les OSP sont un moyen de maintenir une offre alternative dans le sens d'une connectivité différente parce que régionale, par exemple.

881. Sur une période de référence allant de 1994 à 2014, et ce dans tous les cas, la situation du « premier » aéroport régional sort systématiquement renforcée vingt ans plus tard en captant une part disproportionnée de la croissance régionale (Bâle-Mulhouse ou

¹¹³⁴ *Level-playing field*, que l'on peut traduire par « égalité de traitement » ou « situation équitable ». Ce concept fut particulièrement utilisé lors des négociations pour le Brexit. Il recouvre l'intégralité du droit européen actuel auquel les Britanniques ont contribué et qui inclut dans les accords de sortie du Royaume-Uni, une clause de non-régression.

¹¹³⁵ Le traité de Lisbonne donne une valeur juridique à la Charte des droits fondamentaux. Le Protocole sur les Services d'intérêt général (n°26) est annexé aux traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'UE, avec la même valeur juridique que ceux-ci, puisqu'il en est « partie intégrante ».

Toulouse-Blagnac dans leur région respective) ou nationale (Bruxelles National, Amsterdam-Schiphol ou Helsinki). Pour le territoire français, la situation du deuxième aéroport varie fortement d'une situation régionale à l'autre. Alors que Marseille-Provence parvient à maintenir sa part du trafic régional, bénéficiant certainement de sa zone urbaine importante et de la proximité de Nice-Côte d'Azur qui est tourné vers le trafic intercontinental, les aéroports de Montpellier-Méditerranée (1,8 million de passagers en 2018) et Strasbourg-Entzheim (1,3 million de passagers en 2018) peinent à maintenir leur part de marché relativement à leur premier aéroport régional. Sans le soutien des aides d'État liées à des obligations de service public ou du développement de l'offre à bas coûts, ces aéroports seraient durablement touchés par la réduction des fréquences, voire l'arrêt de la liaison avec la capitale, face à une offre TGV concurrente. Par exemple, les obligations de service public, liées à la dimension « capitale européenne » de Strasbourg, lui permettent de maintenir un flux de passagers de plus d'un million de passagers, soutenu par le développement de l'offre Volotea, qui y est établie depuis 2015¹¹³⁶. Cela vient confirmer en cela, l'importance du rôle de la puissance publique, qu'elle soit soutien financier d'activité ou régulatrice de ces aides publiques.

B – Le transport aérien prescripteur d'aménagement du territoire urbain

882. Le rôle du transport aérien pour désenclaver les zones isolées et pour relier les populations des territoires périphériques mal desservis par le rail et la route, en métropole et en outre-mer est assez méconnu, tant ce mode de transport est associé à une mobilité d'affaires ou de loisirs. Pourtant, l'aménagement urbain autour des pôles d'échanges de transport et l'engorgement des infrastructures aéroportuaires sont au centre des préoccupations de tous les acteurs du secteur¹¹³⁷. C'est en 1939 que le mot « *aerotropolis* » fut formé sur la racine *aero* et le mot *metropolis*. John KASARDA, universitaire américain et

¹¹³⁶ En 2019, Volotea desservait neuf destinations en France (Ajaccio, Bastia, Bordeaux, Figari, Marseille, Montpellier, Nantes, Nice et Toulouse) et six à l'international (Athènes, Cagliari, Corfou, Dubrovnik, Olbia et Palerme).

¹¹³⁷ Commission européenne, Orientations sur l'appréciation approfondie des aides régionales en faveur des grands projets d'investissement, (2009/C 223/02) du 16 septembre 2009.

expert du transport aérien, a diffusé ce terme à partir de 2000¹¹³⁸ considérant que « les aéroports dessineront le développement urbain et l'implantation des entreprises au XXI^e siècle comme l'ont fait les autoroutes au XX^e, les chemins de fer au XIX^e et les ports au XVIII^e siècle ». Le concept d'aérotropolis ou « *airport-driven urban development*¹¹³⁹ » désigne une vaste région urbaine cosmopolite et ouverte sur le monde qui se développe autour d'un grand aéroport. Le développement des correspondances aériennes renforce aussi la fréquentation des aéroports. À partir de la fin des années 1970, la libéralisation du transport aérien, en favorisant la mutation de réseaux des compagnies organisés autour de grandes plateformes de correspondance, a concentré le trafic aérien. Source d'économies d'échelle importantes, cette concentration est aussi génératrice de retards qui renforcent le temps de fréquentation des aéroports¹¹⁴⁰ renvoyant aux pratiques des acteurs de ces pôles, qui multiplient les *sky city* ou aéro pôles. Les rénovations de l'aéroport de Bruxelles-National¹¹⁴¹ ou de Dubaï¹¹⁴² étant tout à fait évocatrices à cet égard.

883. Ce concept peut être discuté du point de vue économique, car les effets d'entraînement des infrastructures aéroportuaires n'ont rien de systématique, comme l'ont appris à leurs dépens certaines collectivités locales européennes ayant investi massivement dans une infrastructure aéroportuaire, sans qu'advienne pourtant le développement espéré, peut-être à l'image de Milan, lié à une surcapacité de l'offre aéroportuaire. On peut prendre aussi l'exemple de l'interminable chantier de l'aéroport international de Berlin, censé reprendre le trafic des aéroports de Tegel, Schönefeld et Tempelhof, d'ores et déjà fermés¹¹⁴³.

1138

http://aerotropolis.com/airportcity/wp-content/uploads/2018/10/2006_07_AirportCitiesAndTheAerotropolis-1.pdf cité par <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/> - consulté le 5 mai 2020.

1139 FREESTONE Robert & BAKER Douglas. (2011). Spatial Planning Models of Airport-Driven Urban Development. Journal of Planning Literature. https://www.researchgate.net/publication/258154935_Spatial_Planning_Models_of_Airport-Driven_Urban_Development.

1140 FRETIGNY Jean-Baptiste, Aéroport : non-lieu ou point d'ancrage du Monde ? GHORRA-GOBIN Cynthia, Dictionnaire critique de la mondialisation, *Armand Colin*, pp.30-35, 2012, ffhalshs-00807195.

1141 <https://www.brusselsairport.be/fr/notre-aeroport/a-propos-de-brussels-airport/l-histoire-de-brussels-airport/brussels-airport-se-modernise> présentant l'ouverture du « Connector » en 2015, symbolisé par cette reproduction de la fusée de Tintin, « On a marché sur la Lune ».

1142 <https://www.visitdubai.com/fr/places-to-visit/dubai-international-airport> pour lequel l'aéroport serait, à lui seul, une attraction lors d'un séjour dans l'Emirat.

1143 Après plus de dix ans de retard, une inauguration reportée six fois et un budget qui a triplé, passant de deux à six milliards d'euros, BER, l'aéroport international de Berlin Brandenburg Willy Brandt ouvrit ses portes le 31 octobre 2020.

Ensuite, le XXI^e siècle permettra-t-il le développement des transports aériens fortement dépendants de la production de pétrole ? **Cette considération démontre que la règle de droit doit être nuancée par la prise en compte de ces effets cumulatifs pour éviter ces dérives économiques.** Ce sont principalement, les « effets d'agglomération » sur le territoire concerné qui sont recherchés par le droit de l'UE, incluant dans son analyse l'accroissement la productivité de l'ensemble des opérateurs économiques qui y sont implantés, par la complémentarité des services offerts et la création de véritables écosystèmes géographique et économique¹¹⁴⁴. Ainsi, lors d'un litige concernant un retard dans le trajet Klagenfurt-Berlin avec correspondance à Vienne, le droit de l'Union rejette l'indemnisation demandée par un passager, car il était arrivé à l'aéroport de Berlin-Schönefeld plutôt que sa destination initiale, Berlin-Tegel. En effet, la Cour de Justice de l'UE, saisie par une question préjudicielle¹¹⁴⁵, a estimé que la ville de destination était finalement desservie, par un autre aéroport que celui prévu, et que ce sont des considérations réglementaires qui induisent le retard. L'aéroport de Berlin-Tegel se trouve en effet en zone plus urbanisée et ferme au-delà de 22h, ce qui a contraint la compagnie aérienne au déroutement de l'avion parti en retard de Vienne et ne pouvant atterrir en respectant ces horaires.

884. Le droit de la concurrence se trouve adapté aux contours d'autres règles qui déterminent en l'espèce l'équilibre entre développement des transports par avion et lutte contre les nuisances sonores impliquant une heure de fermeture de l'aéroport compatible avec le repos des citoyens. **La durabilité de la concurrence résulte alors de l'application de l'écosystème des règles qui régulent le fonctionnement d'une infrastructure de transport aérien.** Avec la banalisation du tourisme par avion, les effets du transport aérien de passagers accentuent aussi ceux du ferroviaire, qui reste et restera pertinent là où il y a un besoin de transport massifié. Sur les territoires concernés et singulièrement autour des pôles de centralité que sont les centres urbains et les métropoles, le train doit pouvoir regagner des parts de marché. Il convient alors de soutenir le développement d'une offre intégrée de transports régionaux-transports urbains avec des options techniques allant de l'autocar de

¹¹⁴⁴ Que l'on peut rapprocher de cette « zone d'attraction d'un aéroport » : un marché géographique situé, en principe, dans un rayon de quelque 100 kilomètres ou nécessitant un temps de trajet de 60 minutes environ en voiture, bus, train ou train à grande vitesse, définie au point 12 de la Communication de la Commission — Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes du 04 avril 2014.

¹¹⁴⁵ Arrêt de la CJUE du 22 avril 2021, WZ contre Austrian Airlines AG, dans l'affaire C826/19 et le commentaire de RIGAUX Anne, Déroutement d'un vol et indemnisation des passagers, Europe n°6, juin 2021.

rabattement avec couloirs affectés (exemples franciliens ou de la Métropole Aix-Marseille-Provence) à des trams-trains, voire des offres que l'on pourrait qualifier d'offre « RER des grandes aires urbaines » (cadencement à 10-15 minutes en heures de pointe et 30 minutes-1 heure en heures creuses) quand le trafic potentiel le justifie¹¹⁴⁶.

885. Partant, on peut reprendre l'idée que cette spatialisation de la concurrence à partir de la structuration du territoire ainsi identifiée peut avoir pour conséquence de modifier les règles européennes harmonisées ou, pour le moins, changer leur mode d'application. On peut évoquer ici la prise en compte de la notion de marché pertinent. Quelle est l'attractivité d'une structure aéroportuaire par rapport à une autre ? Il s'agit notamment, quand il s'agit d'un système aéroportuaire comme celui de Londres (quatre aéroports) ou de Paris (deux aéroports à proprement parler, un troisième si on inclut Beauvais-Tillé, ce qui n'a jamais été le cas à notre connaissance dans la pratique de la Commission européenne), d'envisager la substituabilité de l'offre aéroportuaire. Cette analyse peut même s'élargir à un système plus vaste intégrant le train, comme dans le cas de la fusion entre Air France et KLM. Mais il est possible aussi d'analyser, dans cette idée de spatialisation de la concurrence, la politique d'aides d'État qui pointe particulièrement les « aides à l'investissement en faveur de la construction ou du développement d'un aéroport situé à une distance de 100 kilomètres ou à 60 minutes en voiture, bus, train ou train à grande vitesse d'un aéroport existant¹¹⁴⁷ » tentant d'anticiper par cette critérisation des distorsions de la concurrence et une altération actuelle ou potentielle des échanges.

886. Enfin, la notion de territoire et la problématique de sa connectivité sont essentielles dans la réflexion sur la mise en place d'une tarification intermodale. Dans le cas d'intermodalité « de chaînage », il s'agit de relier entre eux des réseaux qui sont la plupart du temps gérés par des acteurs différents comme les autorités organisatrices aux différents échelons urbain et interurbain, régional et national. Pour la multimodalité, la notion de bassin de vie est plus importante. Il s'agit en général d'offrir une réponse à une mobilité quotidienne depuis le lieu de résidence d'une population vers son lieu de travail, d'étude, de loisir, d'achats, principalement. Le but de la mise en place de l'intermodalité est bien d'accroître la

¹¹⁴⁶ Point 3.4.2 p35 du Rapport Duron.

¹¹⁴⁷ f) sous le point 111 des Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes 2014, *supra*.

performance globale des modes de transport, notamment des transports en commun. En effet, en améliorant la synergie et les interfaces entre les modes de transports, on facilite leur utilisation, dans la perspective de lutte contre la pollution et de bien-être du consommateur. Le rôle du transporteur est alors de rechercher des solutions qui facilitent la vie quotidienne de ses clients, mais le développement de l'intermodalité doit aussi passer par une volonté de la puissance publique, comme les autorités organisatrices de transport (AOT) en France, de trouver des compromis en termes de prise de décision et de financement des projets. Les projets de plurimodalité font intervenir différentes autorités organisatrices, aux intérêts politiques et économiques souvent divergents. On retrouve ces divergences dans des projets d'intermodalité alors que les transporteurs qui se trouvent être complémentaires gardent, malgré tout, des réflexes de concurrence entre eux. Cela se fait, le plus souvent, au détriment du consommateur qui ne bénéficie, alors, pas d'une facilité de correspondance entre modes au cours de son déplacement et subit des ruptures de charge. Pourtant, ces éléments constituent une partie essentielle du choix modal, ce qui impose que l'intermodalité, pour qu'elle ne soit pas ressentie comme une contrainte, se doive d'aménager les lieux d'interconnexion entre les modes de transport. Cela permet de minimiser l'impact des correspondances et de proposer une chaîne de transport fluide. Cela passe par des aménagements physiques facilitant la mobilité, sous la forme de plateformes intermodales.

887. Dès lors, faut-il une législation pour simplifier les relations à fin d'harmonisation sinon de coordination ou laisser les règles du marché opérer pour plus d'intermodalité ? À ce jour, on peut entrevoir, par le biais des considérations de la transition écologique qui traversent les communications de la Commission européenne et se trouvent déclinées dans ses propositions de réglementations, l'idée que ce concept d'aérotropolis est de plus en plus fortement discutée¹¹⁴⁸. Il a pu séduire en Europe à la suite de la découverte du fonctionnement des plateformes aéroportuaires nord-américaines, comme il séduit encore à l'image de ce qui est proposé à Istanbul, dans les pays du Moyen-Orient ou d'Asie, mais ses effets d'entraînement des infrastructures aéroportuaires n'ayant rien de systématique, la question se pose plus fortement encore depuis plus d'une décennie par ce que le transport aérien est fortement dépendant de la consommation de pétrole. Le modèle de la croissance infinie est en effet

¹¹⁴⁸ <https://cdgexpress.com/fr/le-projet-cdg-express> - Consulté le 9 juin 2019.

remis en cause par la transition énergétique, qui touche toute la mobilité urbaine et au-delà, la jonction vers des infrastructures aéroportuaires elles-mêmes remises en cause. Dès lors, peut-on encore avoir des *airport-driven zone* ou l'aéroport ne doit-il pas au contraire se fondre dans une panoplie de modes de transport ? Il semble que l'interdiction des vols courte distance confirme ce changement d'approche, comme une émergence d'un « territoire d'avance¹¹⁴⁹ ». De même, les modalités de marchés publics durables peuvent favoriser la substitution de l'avion par le train pour le transport des voyageurs d'affaire.

888. Ces réglementations tendent à consacrer le transport par avion comme une alternative dans une offre globale. Le choix du consommateur doit être favorisé par la règle de droit, fonction traditionnelle de la concurrence et des règles qui la gouverne. L'impératif de transition énergétique et climatique permet en ce sens de cadrer ce choix dans un environnement normatif qui oriente le choix vers un mode de transport particulier plutôt que vers l'avion. Le train joue ce rôle, en profitant de la conversion de l'Union vers l'électrification des mobilités. Le train peut aussi être privilégié dans la configuration des besoins des consommateurs dans le contexte de la transition, ce qui modifie la configuration normative des marchés publics par exemple. Enfin, le train, parce qu'il tend à remplacer l'avion sur des distances courtes, confirme l'inclusion plus large de l'aéroport dans son territoire par un meilleur réseau d'accès à celui-ci. Cette situation, en apparence paradoxale, tend à renforcer la concurrence entre les aéroports par une meilleure liaison ferroviaire entre eux.

C - La concurrence aéroportuaire par l'attractivité des infrastructures

889. **La spatialisation du droit de l'UE suppose d'incorporer dans l'application de la règle la notion d'attractivité des infrastructures.** L'attractivité d'un territoire est, en effet, généralement assimilée à la capacité de ce territoire à attirer et à retenir les facteurs mobiles de production et/ou la population. Actuellement, l'attractivité des territoires est à titre essentiel liée à la captation des flux de passagers pour alimenter l'économie locale. Cette captation des flux est également tributaire du processus même d'innovation. La diffusion spatiale des innovations est très marquée par le territoire. Traditionnellement, en France, à

¹¹⁴⁹ Pour évoquer un label régional « Territoire Durable, une Cop d'avance » de la DREAL PACA, l'Agence Régionale pour l'Environnement – Agence Régionale de la Biodiversité (ARPE-ARB).

chaque innovation technique, le processus de diffusion spatiale de chaque innovation technique est identique. De l'apparition à Paris, l'extension passe par le Bassin parisien puis gagne principalement, et assez rapidement, les façades méditerranéenne et atlantique¹¹⁵⁰. Avant même la démonopolisation du marché, les aéroports parisiens ont des préoccupations multiples et liées. D'une part, elles sont strictement locales et issues de la volonté politique de favoriser enfin l'essor de l'aéroport de Roissy-CDG près de vingt ans après sa mise en service. C'est en effet le début du transfert progressif du trafic international d'Orly vers Roissy qui bénéficie d'une capacité d'extension foncière plus importante. D'autre part, les motivations sont européennes avec la forte compétition dans ce qui était alors le marché commun, reposant particulièrement sur l'opportunité d'accroître les capacités des infrastructures aéroportuaires, entre les quatre plus grands aéroports européens, pour devenir la porte d'entrée continentale, pour les passagers comme pour les marchandises.

890. Aussi le développement progressif du premier hub aérien français, à partir de 1992 sur l'aéroport de Clermont-Ferrand constitue en ce sens une situation remarquable, tant par sa localisation périphérique due à l'enclavement que par la qualité de la ville concernée, « capitale régionale modeste ». L'exemple reste peu généralisable, tant il obéit à une logique de politique locale et géographique, mais il illustre cette logique de concurrence aéroportuaire se jouant par une concurrence des infrastructures. La Chambre de commerce et d'industrie de Clermont-Ferrand souhaitant ouvrir une région enclavée, chercha à développer un trafic adapté aux besoins des entreprises industrielles de la région clermontoise et le nord de l'Italie notamment, et une manière de valoriser son infrastructure de grande qualité et en croissance de capacité¹¹⁵¹. Le développement des infrastructures suppose une capacité pratique à utiliser du foncier et diverses aides régionales pour en assurer la construction. La décision d'un développement régional au centre de la France sera imitée ensuite par les collectivités publiques de Nantes et de Montpellier, développant à leur tour une organisation aéroportuaire fonctionnant comme un pivot pour un réseau de liaisons. Ces années verront la naissance des compagnies aériennes Régional Airlines et Air

¹¹⁵⁰ VARLET Jean, Les « hubs régionaux » aériens en France : diffusion spatiale d'une innovation (« Regional airline hubs » in France : spatial diffusion of an innovation) ; *Bulletin de l'Association de géographes français*, 86e année, 2009-4 (décembre). L'Italie à la croisée des chemins / Mutations du transport aérien et des systèmes aéroportuaires. pp. 485.

¹¹⁵¹ L'aéroport de Clermont-Ferrand a été créé en 1916 pour répondre aux efforts de guerre, en particulier pour permettre le vol des avions fabriqués par Michelin nécessaire à l'armée française.

Littoral. Cette dernière, délaissant Montpellier, développera sa base de Nice pour en faire un deuxième « mini-hub régional », au volume équivalent à celui de Clermont-Ferrand qui atteignait environ 700 000 passagers en 1995. Il s'agissait de s'éloigner de son concurrent auvergnat, qui est, à l'époque, un des rares aéroports à posséder une piste longue de plus de 3 000 mètres et de pouvoir ainsi s'y raccorder sans en subir la concurrence. La proximité géographique rendait les deux infrastructures aéroportuaires trop directement concurrentes, laissant aux consommateurs, la possibilité de les rejoindre alternativement par la route. Il était également opportun de bénéficier d'une politique volontariste de l'aménageur niçois qui gagna une piste de 3200 m sur la mer en 1983 et ouvrit un second terminal en 1987. Le souhait de l'aéroport était de pouvoir se spécialiser dans les relations est-ouest à ce niveau de latitude, tout en étant connecté aux plateformes plus septentrionales de Lyon, Nantes, Strasbourg et Clermont-Ferrand.

891. L'aventure va connaître un coup d'arrêt brutal, quand Air France regroupe sur l'aéroport de Lyon en 2003 les trois compagnies acquises, Régional, Brit Air et Airlinair. Au cours de l'année 1999, alors qu'Air France venait de mettre en place sa plateforme mondiale à Charles-de-Gaulle, elle s'engage dans le montage et l'essor de sa base de Lyon, comme alternative à un troisième aéroport francilien pour pallier les problèmes d'extension des pistes de Roissy. Le 27 octobre 1997, est donc mis en service officiellement le hub d'Air France à Lyon, hub régional et européen (44 segments dont 25 français et 19 européens, à la fois des court-courriers et des moyen-courriers) bénéficiant par ailleurs du développement de la gare TGV, ouverte trois ans plus tôt. En 1997, sur un trafic de 3,5 millions de passagers à Lyon - St-Exupéry à l'époque, un quart correspond à du trafic de correspondances. Dès lors, sont posées les questions de la pertinence de l'existence de deux *hubs* à 150 km de distance et relevant de deux compagnies différentes, du rapport de forces entre les agglomérations clermontoise et lyonnaise, défavorable à la première, et donc du devenir du hub de Clermont qui après avoir atteint près de 1,1 million en 2002, s'établit depuis quelques années à quelques 410 000 passagers. En 2019, le trafic de l'aéroport de Lyon – Saint-Exupéry s'établit à 11,7 millions de voyageurs et se répartit en trafic national pour 3,79 millions, international pour 7,89 millions et quelque 48 076 passagers en transit. Depuis, les caractéristiques territoriales de l'agglomération lyonnaise (tant culturelles que liées aux potentiels économiques) ont permis la pérennisation de la vocation internationale de son aéroport, en accueillant notamment

Emirates en 2018 avec cinq vols journaliers, puis envisageant des vols de la compagnie Qatar Airways en 2020, et les 47 vols quotidiens d'easyJet. Cette capacité à capter les flux de passagers (tourisme / affaires) qu'elle soit ou non liée à l'engorgement des aéroports principaux, dont on développe des alternatives régionales (le projet d'extension ou de déplacement de l'aéroport de Nantes, par exemple), relève la plupart du temps d'une véritable politique locale d'aménagement du territoire.

892. L'attrait de ces plateformes aéroportuaires peut être professionnel comme les salons et les expositions, Paris se classant encore comme la première destination au monde selon l'*International Congress and Convention Association (ICCA)*¹¹⁵², diplomatique comme à Strasbourg avec un trafic largement soutenu par son titre de capitale européenne, ou touristique. Avec 14,5 millions de passagers en 2019, contre 13,85 en 2018, l'aéroport de Nice-Côte d'Azur conforte ainsi sa première place en France hors Paris, et ferme le podium derrière Paris-CDG (76,1 millions) et Paris-Orly (31,8 millions). Ce nouveau record s'établit avec une autre donnée. L'aéroport Nice-Côte d'Azur a accueilli moins de mouvements d'avion en 2018 qu'en 2017 et une augmentation de 1 % en 2019. Mais l'attractivité de la destination permet aux compagnies de réaliser des taux de remplissage record, pouvant atteindre 99 % au plus fort de l'été, tandis que des aéronefs plus gros, plus modernes et moins polluants peuvent atterrir grâce à sa piste « longue ». Au cours de l'été 2019, Nice Côte d'Azur a atteint le nombre record de 117 destinations directes, dont 17 nouveautés. D'année en année, l'aéroport Nice Côte d'Azur accueille un nombre croissant de visiteurs en provenance de pays étrangers. Au cours de l'année 2018, les vols internationaux ont accueilli près de 10 millions de passagers. Si l'Europe, la Grande-Bretagne en tête, demeure la première zone de provenance des visiteurs, le développement des liaisons long-courriers favorise la venue de voyageurs en provenance de la côte Est américaine ou des pays du Golfe. Les 54 compagnies régulières présentes à Nice desservent ainsi 40 pays et 121 destinations. Ainsi, en dehors de Paris, l'aéroport est le seul en France à proposer 4 destinations long-courriers en vols réguliers (Dubai, New York, Montréal, Doha et dernièrement Pékin), et à accueillir l'Airbus A380 en vol quotidien.

¹¹⁵² Avec 237 congrès internationaux organisés en 2019, contre 212 l'année précédente, Paris devance Lisbonne (190) de 47 événements. En 2018, la capitale française avait accueilli 40 congrès internationaux de plus que Vienne. La capitale creuse donc l'écart avec son nouveau dauphin, devant Berlin (176) et Barcelone (156). Au cours des cinq derniers classements publiés par ICCA, Paris a été sacrée trois fois.

893. L'attractivité d'un aéroport ne peut pas reposer que sur la destination des vols. Il dépend aussi de ses capacités d'accueil. Nice-Côte d'Azur a annoncé en juin 2018 le lancement de ses projets d'extension du Terminal 2 qui, à terme, proposera six postes avions supplémentaires capables d'accueillir aussi bien des moyens que des long-courriers. Il portera la capacité d'accueil de la plateforme à 18 millions de passagers à l'horizon 2023 et 21 en 2030, tandis que dans le même temps le Terminal 1 sera doté de 2 portes additionnelles. La stratégie du gestionnaire de l'aéroport, privatisé en 2016, est d'offrir aux passagers une escale vers un maximum de destinations à travers le monde, profitant de l'accroissement du trafic aérien et de la saturation du ciel francilien. Cette orientation semble pertinente d'un point de vue économique, mais aussi environnemental, car elle va permettre de réduire les distances parcourues et les durées de rotation, a fortiori si la LGV Marseille-Nice est enfin réalisée comme le préconise le Rapport Duron en 2018 qui place la liaison Marseille-Toulon-Nice en première place de l'« Objectif stratégique 2 : engager sans tarder les grands projets de liaisons entre métropoles en sélectionnant pour les premières phases, celles qui répondent le mieux aux enjeux du quotidien ».

894. **Ces logiques impactent la concurrence et assurent l'inscription dans le droit de la logique de territoire. La hiérarchie entre aéroports doit être revue pour incorporer la mise en réseau et le développement d'une organisation en plateforme d'activités.** Par ailleurs, cette attractivité repose aussi sur les accès aux infrastructures aéroportuaires mettant en exergue la notion d'interconnectivité des modes de transport pour assurer une politique de mobilité. L'environnement de l'aéroport permet de l'inscrire dans un territoire de mobilité. Ainsi, l'aéroport Paris-Charles de Gaulle est le deuxième plus important aéroport d'Europe et le dixième au monde. Cependant, à la différence de la plupart des grands aéroports, notamment ceux de Londres, Oslo, Stockholm, Hong Kong ou de Tokyo, il ne dispose pas d'une desserte ferroviaire expresse, dédiée et directe avec le centre-ville. En projet depuis la fin des années 1990, une telle liaison n'a pu jusque-là être réalisée, faute d'accord politique sur le tracé et le financement. Mais il semble que ce projet qui prévoit un temps de trajet de 20 minutes contre 37 à 41 minutes actuellement soit un incontournable face aux défis démographique et de concurrence territoriale entre les aéroports majeurs européens. Les comportements économiques des agents, acteurs du marché du transport aérien de passagers

sont ainsi interdépendants et constituent un écosystème que les pouvoirs publics contribuent à créer en favorisant des infrastructures réellement interconnectées.

895. L'exemple de la société CDG Express, en tant que gestionnaire d'infrastructures, donne une idée de cette interconnexion. Ayant pour mission le financement, la conception, la construction et l'exploitation de la liaison ferroviaire, CDG Express est la garante et la chef de fil du projet visant à relier Paris à son aéroport principal par une nouvelle voie ferrée, plus rapide, car plus directe. Le coût du projet s'élève à 2,2 milliards d'euros, et est financé par des fonds propres des actionnaires du CDG Express et par un prêt de l'État. La règle de droit des aides d'État n'est pas forcément adaptée à cette logique d'infrastructures hors aéroport, qui est plutôt envisagée par des concessions relatives à des services publics de transport de voyageurs, notamment par train¹¹⁵³. En effet, de tels investissements mobilisent plutôt le droit des concessions¹¹⁵⁴ avec un partenariat spécifique avec la puissance publique, évitant en réalité les aides d'État proprement dites. Ce financement entre donc bien dans le cadre de la directive de 2014, évoque les « Activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique aux fins de mettre un aéroport, un port maritime ou intérieur ou d'autres terminaux à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux. »¹¹⁵⁵

896. Depuis son décalage à fin 2025, le coût du projet est estimé à 2,2 milliards d'euros. Il est financé à hauteur de 0,4 Md€ par les fonds propres des actionnaires du CDG Express à parts égales (Groupe ADP, SNCF Réseau et la Caisse des Dépôts et Consignations), et à hauteur de 1,8 Md€ par un prêt de l'État autorisé en loi de finances rectificatives pour 2019. Ce prêt de l'État sera intégralement remboursé par CDG Express, avec des intérêts définis selon les conditions du marché. Ainsi, conformément à la réglementation de l'UE, il ne s'agit pas d'une aide d'État. L'État ne subventionne pas la réalisation du projet CDG Express. Les intérêts versés par CDG Express sont comptabilisés, chaque année, en recettes dans le budget de l'État. Il ne serait pas possible de réaffecter le montant de ce prêt sans grever les recettes prévisionnelles du budget de l'État et sans impact sur ses éventuels bénéficiaires. En effet, le prêt sera remboursé par les usagers de la future liaison.

¹¹⁵³ Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n°1191/69 et (CEE) n°1107/70 du Conseil.

¹¹⁵⁴ Directive n°2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

¹¹⁵⁵ Annexe II de la directive n°2014/23/UE « attribution de contrats de concession », ib. idem.

897. Pour honorer son prêt aux conditions du marché, CDG Express percevra des péages qui, versés par l'exploitant (Hello-Paris) en contrepartie de l'utilisation de l'infrastructure, couvriront 60 % du financement. Une « contribution spéciale CDG Express » lui sera enfin affectée. Elle sera acquittée, à la mise en service de la navette, par les passagers aériens passant par l'aéroport Paris-Charles de Gaulle (hors transit), en contrepartie du choix plus large dont ils disposeront pour le quitter ou s'y rendre. Son montant ne dépassera pas 1,40 €. Ainsi, **le traitement juridique du financement reste le levier principal de la concurrence, faisant même de la Commission européenne, la gardienne d'une bonne gestion des deniers publics.** Dans sa communication relative à la modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État¹¹⁵⁶, la Commission souligne, notamment au point 15, que la politique en matière d'aides d'État doit se concentrer sur la facilitation d'aides bien conçues, axées sur les défaillances du marché et des objectifs d'intérêt commun de l'Union, et éviter un gaspillage de ressources publiques.

898. L'exemple de l'intégration de l'aéroport Paris-CDG dans un réseau de transports interconnectés montre que l'État s'appuie sur des constructions financières diverses. Le montage envisagé ne nécessite pas d'aide puisque la défaillance de marché n'existe pas. La logique de marché supporte dans cet exemple le développement d'une interconnectivité par l'infrastructure. On peut en déduire l'idée d'une vision globalisée de transports optimisés qui se fait pour un autre objectif, celui d'une mobilité des personnes et des biens, lequel correspond à un nouvel enjeu de concurrence. La concurrence durable, parce qu'en lien avec la gestion de l'engorgement des infrastructures aéroportuaires, tend dès lors à organiser les modes de transport par le jeu du marché qui allie les impératifs des opérateurs privés à l'intérieur d'un cadre normatif et, on peut l'espérer incitatif, posé par la puissance publique.

¹¹⁵⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État, COM(2012) 209 final du 8 mai 2012.

§2 – La prise en compte de l’engorgement des infrastructures pour assurer une concurrence durable

899. L’engorgement des infrastructures aéroportuaires est une réalité dès le début de la décennie 2010 et elle recoupe plusieurs phénomènes en fonction de l’infrastructure elle-même, que ce soit l’utilisation des pistes, le roulage¹¹⁵⁷, ou l’accès par route ou par train à l’aérogare. En ne prenant que la phase de roulage, la Commission européenne avait tenté d’y apporter une réponse par une meilleure utilisation des créneaux aéroportuaires, objet de sa proposition de refonte du règlement n° 95/93 sur les créneaux aéroportuaires. En effet, cette proposition, faisait plutôt le constat d’un encombrement des pistes des aéroports pivots, tant pour le roulage de l’avion que son point d’embarquement, et reportait à un autre moment, les problèmes d’accès aux aérogares (A). La réponse semble pourtant ne pas seulement reposer sur la seule incitation à plus d’efficacité des compagnies aériennes, tant elle engage une nouvelle régulation ou compléter le cadre réglementaire actuel (B).

A - La concentration du trafic sur des aéroports pivots

900. Celle-ci est constatée dès le premier considérant du règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires », quand celui-ci relève « une disparité croissante entre l’expansion du système des transports aériens en Europe et la capacité de l’infrastructure aéroportuaire de faire face à cette demande ; que, par conséquent, le nombre d’aéroports saturés est de plus en plus grand dans la Communauté ». Régulièrement confirmée, la concentration du trafic sur les aéroports pivots a entraîné un engorgement que l’Union européenne a souhaité traiter autrement que par l’extension des capacités¹¹⁵⁸, principalement par le développement de nouvelles pistes et l’extension des terminaux. Vingt ans plus tard, par une étude prospective,

¹¹⁵⁷ En aéronautique, le roulage (le terme anglais « taxi » est plus communément utilisé dans le jargon aéronautique) est la phase précédant le décollage et suivant l’atterrissage, pendant laquelle un aéronef se déplace au sol en utilisant son ou ses propulseurs.

¹¹⁵⁸ Alors qu’en 1998, un troisième aéroport est envisagé sur le site de Beauvilliers, près de Chartres, les autorités publiques souhaitant étudier les conditions dans lesquelles sa desserte sera assurée aussi bien par la route que par la ligne TGV à grande vitesse. Rapport de commission d’enquête 479 - 1997 / 1998, rapport du Sénat, Remise en cause certains choix stratégiques concernant les infrastructures de communication, M. Jean FRANÇOIS-PONCET et M. Gérard LARCHER, 5 juin 1998.

Eurocontrol¹¹⁵⁹ établit une augmentation de 50 % du nombre de vols en Europe d'ici à 2035, contre une augmentation des capacités aéroportuaires de seulement 17 %. L'organisation européenne estima par ailleurs que, pour certains aéroports, la saturation n'attendrait pas 2035. Dès 2025, cinq grands aéroports seront saturés tous les jours de l'année : Londres Heathrow, Londres Gatwick, Paris-Orly, Milan-Linate et Düsseldorf. Cinq autres aéroports, dont Roissy-CDG et Amsterdam Schiphol, seront également saturés une partie de l'année.

901. Pour répondre à ce problème, la Commission européenne, en 2004, s'est basée sur une double réforme, celle du financement du fonctionnement et de l'investissement des aéroports comme on l'a vu précédemment et une réforme du règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires », qu'elle souhaitait comme « la première étape d'un processus de révision complète ». Pourtant, limité à une redéfinition des termes et une définition des « nouveaux entrants », le règlement n° 793/2004¹¹⁶⁰, n'aboutit pas à une amélioration sensible du système de répartition des créneaux aéroportuaires¹¹⁶¹. Dès lors, la Commission, dix ans après qu'elle a eu rappelé que la congestion des infrastructures de transport est un frein à la croissance dans l'Union européenne¹¹⁶², a poursuivi le processus envisagé vers une refonte de l'attribution des créneaux aéroportuaires. En complément, la Commission contrôle la répartition des créneaux dans les systèmes aéroportuaires, par le principe du respect de l'accès libre dont doivent bénéficier les compagnies aériennes. Cette compétence s'exerce indirectement, par l'article 4 du règlement « créneaux aéroportuaires », quand la Commission peut être amenée à envisager si l'État membre veille à ce que la coordination pour l'attribution des créneaux horaires se fasse « conformément au présent règlement, de façon neutre, non discriminatoire et transparente ».

902. Le contrôle s'exerce aussi directement, lors de l'établissement de règles de répartition de trafic, conformément au règlement (CE) n° 1008/2008 « exploitation de services

¹¹⁵⁹ <https://www.eurocontrol.int/sites/default/files/content/documents/official-documents/reports/201307-challenges-of-growth-summary-report.pdf> June 2013 - European Organisation for the Safety of Air Navigation (EUROCONTROL) – Consulté le 11 mai 2020.

¹¹⁶⁰ Règlement (CE) n°793/2004 du parlement Européen et du conseil du 21 avril 2004 modifiant le règlement (CEE) n°95/93 du conseil fixant les règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la communauté.

¹¹⁶¹ LENOIR Nathalie, Congestion et créneaux aéroportuaires, CEDECE 2004, colloque de la Commission pour l'Étude des Communautés Européennes, Octobre 2004, Bordeaux, France. pp 377-388. ffhal-01022245

¹¹⁶² *Supra*, Livre blanc sur les transports, 2001.

aériens »¹¹⁶³. Pour en comprendre le mécanisme, un exemple récent¹¹⁶⁴ de son exécution est éclairant. Dans le contexte de congestion de l'infrastructure aéroportuaire néerlandaise, l'application de l'article 19 « Répartition du trafic entre les aéroports et exercice des droits de trafic », sous le chapitre III « accès aux liaisons », dudit règlement évoque le contrôle de la Commission lorsqu'une autorité gestionnaire d'un aéroport, et en l'occurrence un regroupement d'aéroports décide de répartir les vols des compagnies aériennes sur les infrastructures. En effet, le point 1 de l'article 19 postule que « l'exercice des droits de trafic est soumis aux règles d'exploitation communautaires, nationales, régionales et locales publiées en ce qui concerne la sécurité, la sûreté, la protection de l'environnement et l'attribution des créneaux horaires. » Dans cette affaire, les autorités néerlandaises fixaient l'objectif, pour une nouvelle répartition du trafic, de privilégier les vols de correspondance dans la répartition de la capacité à l'aéroport de Schiphol. Il s'agissait pour le vaste réseau de destinations intercontinentales depuis l'aéroport de Schiphol de desservir des destinations intercontinentales et opérer au sein d'un réseau européen pour les passagers en correspondance.

903. La Commission était questionnée sur une nouvelle répartition des mouvements entre les aéroports de Schiphol et de Lelystad, avec le report sur ce dernier de certains vols pour tenir compte d'un « accord Alders¹¹⁶⁵ », conclu en 2008 entre les parties concernées (l'industrie aéronautique, les pouvoirs publics et les résidents), visant à trouver un équilibre entre la croissance du secteur de l'aviation, sa viabilité et la sécurité, de même que la durabilité de l'environnement. La limite de 500 000 mouvements par an à l'aéroport de Schiphol fut ainsi fixée. Ayant été atteinte en 2018, les autorités néerlandaises estiment que la capacité disponible pour le trafic de correspondance à l'aéroport de Schiphol ne peut être augmentée qu'en répartissant le trafic entre cet aéroport et l'aéroport de Lelystad. À l'appui de leur argumentaire, les autorités publiques établissent que cette infrastructure

¹¹⁶³ Cf. supra Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté

¹¹⁶⁴ Décision d'exécution (UE) 2019/1585 de la Commission du 24 septembre 2019 relative à l'établissement de règles de répartition du trafic conformément à l'article 19 du règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil pour les aéroports d'Amsterdam Schiphol et d'Amsterdam Lelystad [notifiée sous le numéro C(2019) 6816]

¹¹⁶⁵ Groupe Air France-KLM, Rapport RSE 2018, <https://csrreport2018.airfranceklm.com/fr/public-positions/> - Consulté le 25 novembre 2020.

aéroportuaire est susceptible d'accueillir un trafic qui ne nécessite pas les conditions et les installations disponibles à l'aéroport de Schiphol. **Par cette compétence, la Commission européenne, qui approuva la nouvelle répartition, a pu analyser et envisager l'efficience du règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires ».** Cet examen sur les deux aéroports néerlandais, les soumettait au respect du principe de libre accès à la ressource aéroportuaire et à écarter la nouvelle répartition du trafic aérien, si une ou plusieurs compagnies aériennes avaient été lésées. Elle contribue par son contrôle à dessiner l'espace aéroportuaire. L'aéroport de Lelystad accueille désormais les vols « point à point » venant de l'aéroport de Schiphol, renforçant ainsi la fonction de correspondance de ce dernier aéroport. Par ailleurs, le projet de règles de répartition du trafic n'obligeait pas les transporteurs aériens à déplacer leurs vols depuis Schiphol et par ailleurs, s'appuyait plutôt sur des mesures destinées à encourager le déplacement des vols « point à point ».

904. Comme nous l'avons envisagé, en souhaitant introduire un recours plus important aux règles de marché, mais sans remettre en cause l'allocation initiale des créneaux aéroportuaires, la Commission, confirma sa position sur les aides d'État aux aéroports et l'interdiction *a priori* de tous financements publics pour les plus importants. Dès lors, elle rappelle qu'elle ne souhaite pas faire la promotion de l'extension des capacités aéroportuaires, mais plutôt celle d'une meilleure efficience dans l'utilisation de celles-ci, notamment grâce à une plus grande libéralisation des services au sol où la concurrence est encore restreinte dans ce secteur vital pour une plus grande fluidité des passagers, tels la manutention des bagages et le ravitaillement en carburant. Outre cet aspect qui relève à nouveau du fonctionnement de l'infrastructure aéroportuaire, il semble que nous devons aussi **comprendre la position de la Commission comme une promotion de l'interconnectivité des aéroports par des liaisons routières ou ferroviaires et assurer ainsi leur meilleure substituabilité, gage de concurrence et de gains de temps notamment.**

905. Cette préoccupation, même si elle est présente depuis une vingtaine d'années et actuellement confortée par la transition écologique, était déjà en germe à la fin des années 1990. Lors du débat portant sur les extensions des capacités aéroportuaires, les dessertes terrestres des aéroports apparaissaient dans leur rôle essentiel, principalement pour l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle, dont la croissance inquiétait. Ainsi, en 1998 les questions de l'accès et de la desserte de l'infrastructure aéroportuaire sont posées.

« Le développement de l'aéroport lui-même passe d'ailleurs par un désenclavement des zones riveraines grâce à la construction de voies routières desservant l'Ouest de la plateforme. [...] Cette amélioration est d'autant plus nécessaire que 40 % du trafic des voyageurs franciliens à destination de Roissy proviennent de l'Ouest parisien et de sa proche banlieue, notamment du secteur de la Défense. En outre, les communes du Val-d'Oise situées à l'ouest de Roissy ont souvent eu l'impression d'être les " laissées pour compte " du développement de la plateforme dont elles estiment avoir subi les inconvénients sans profiter des avantages.¹¹⁶⁶ »

906. On relèvera qu'à ce jour, tant cet accès que la desserte ferroviaire de Roissy par le RER B et le TGV n'ont pas été sensiblement améliorés, alors que la liaison express entre la gare de l'Est et l'aéroport est reportée au-delà des Jeux olympiques de Paris 2024¹¹⁶⁷. Pourtant, les auteurs du rapport soulignaient que « le pourcentage des voyageurs qui empruntent la voie ferrée pour gagner l'aéroport est de 29 % à Francfort, de 27 % à Londres-Gatwick et 23 % à Londres-Heathrow, de 21 % à Amsterdam-Schiphol, ce pourcentage ne dépasse pas 15 % à Paris-Charles de Gaulle », concluant que le développement de l'aéroport de Roissy et le redéploiement des trafics vers les autres aéroports de province sont indissociables de l'amélioration de sa desserte terrestre. On a pu alors espérer dans le transport par bus pour une totale intrication des modes de transport pour offrir une multimodalité efficiente. Mais la concentration des flux existe aussi pour ce mode de transport, comme si le *hubbing* aérien avait diffusé dans toutes les modalités de mobilité. La déclinaison au niveau des métropoles régionales de la logique de « nœuds multimodaux » va rencontrer des difficultés pour les infrastructures, obligeant à repenser les réseaux et leur point de connectivité. Car multiplier les modes de transport interrégionaux cohérents, même avec le secret espoir que pour l'offre ferroviaire, les bienfaits de la concurrence puissent se concrétiser par une offre alternative à la SNCF, ne semble pas résoudre l'équation. La multimodalité impose plutôt le renoncement d'un mode de transport face à un autre qui, en raison de la distance parcourue et donc du temps effectué, va s'imposer selon les règles du marché. Ce renoncement peut être accéléré par le législateur poussant un mode de transport plus pertinent, car plus en accord avec la transition écologique, par exemple.

¹¹⁶⁶ Sénat, Rapport de commission d'enquête 479 - 1997 / 1998 de M. Jean FRANÇOIS-PONCET et M. Gérard LARCHER, Remise en cause certains choix stratégiques concernant les infrastructures de communication du 4 juin 1998.

¹¹⁶⁷ ALIX Grégoire, https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/05/29/charles-de-gaulle-express-le-gouvernement-renonce-a-la-mise-en-service-de-la-ligne-de-train-d-ici-aux-jo-de-2024_5469150_3234.html - Consulté le 1 juin 2019.

907. Dès lors, la concentration des flux de passagers va se diffuser sur tout le territoire, reportant à l'échelle locale, la gestion du point d'accès à l'infrastructure de transport. Ainsi, alors que concurrent du train, le transport interrégional par bus *low cost* était, en 2014, en plein essor en Allemagne et que les compagnies étrangères ne pouvaient desservir le réseau français qu'en continuité d'un trajet international¹¹⁶⁸, les communes allemandes commençaient à s'inquiéter face aux engorgements que ce nouveau trafic suscite et aux externalités négatives produites (pollution, retards, diminution de l'attractivité des transports en commun...). Le développement important et rapide de ce marché a posé des problèmes pour les infrastructures d'accueil des autocars, certaines gares routières arrivant à la limite de leurs capacités. La situation en devient cocasse alors que la Deutsche Bahn, elle-même opérateur routier avec sa filiale (IC Bus), y aurait vu un intérêt temporaire en louant ponctuellement les parkings de certaines de ses gares à ses concurrents¹¹⁶⁹. L'autre réponse fut pour la Deutsche Bahn de créer de nouvelles offres de trajets en train, moins rapides, moins directes, mais moins chères. Depuis, la consolidation du marché s'est opérée, notamment autour des opérateurs ferroviaires, tel que la SNCF et son offre Blablacar Bus¹¹⁷⁰, faisant un temps¹¹⁷¹ correspondre plurimodalité et concurrence durable, mais obligeant en définitive l'autorité publique des transports à réglementer l'accès des gares routières¹¹⁷², le plus souvent contiguë à des infrastructures ferroviaires.

908. Pour conclure, il apparaît donc que ce phénomène de re-métropolisation, accentue le rôle de la métropole dans son horizontalité (relations avec ses consœurs) et sa verticalité

¹¹⁶⁸ Les dispositions applicables pour la régulation des gares routières ont été prises par l'ordonnance du 29 janvier 2016 à la suite de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹¹⁶⁹ MILCENT Blandine, https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/06/20/concurrent-du-train-le-transport-interregional-par-car-low-cost-est-en-plein-essor-en-allemande-4442262_3234.html - consulté le 5 décembre 2019.

¹¹⁷⁰ BlaBlaCar Bus, anciennement BlaBlaBus, Ouibus et encore antérieurement iDBUS, est un réseau de lignes d'autocar à longue distance, en France et en Europe. En France, il dessert environ 40 villes, mais également les aéroports de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Lyon-Saint-Exupéry et Nice-Côte d'Azur. <https://fr.ouibus.com/> - Consulté le 5 décembre 2019.

¹¹⁷¹ SNCF revend BlablaBus : la société, qualifiée de « Jeune pousse » et spécialisée dans la location de voitures entre particuliers a été revendue, à ses dirigeants, en novembre 2020. Le groupe ferroviaire a tiré un trait sur un investissement initial de 28 millions d'euros. <https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/exclusif-comment-la-sncf-est-discretement-sortie-de-ouicar-1352847> – Consulté le 15 mai 2021.

¹¹⁷² Règles d'accès aux gares routières françaises et européennes, allocation des capacités et tarification, Etude thématique au 31 décembre 2016 sur la base de l'article L. 3114-12 du code des transports, <http://www.autorite-transport.fr/wp-content/uploads/2017/08/Etude-th%C3%A9matique-r%C3%A8gles-acc%C3%A8s-gares-routi%C3%A8res.pdf> – Consulté le 15 décembre 2019.

(avec son *hinterland*). Ce phénomène complexe permet, dès lors, de développer d'autres métropoles, pour pallier les limites et les contraintes qui pèsent sur les métropoles à vocation intercontinentale. **Le transport aérien a tellement renforcé les relations horizontales entre les métropoles, portes d'entrée continentales, que les infrastructures sont devenues incapables à plus ou moins long terme de faire face à l'augmentation continue du trafic.** Dès lors, il est nécessaire d'ouvrir de nouvelles portes d'entrées ou de développer les plus adaptables, comme Lyon et Nice pour la France, Istanbul ou Moscou pour l'Europe, et dans ces cas, la capacité offerte par les alliances n'en est que plus indispensable.

909. Nous sommes passés, du point de vue du maillage, du radial au réticulaire grâce aux aides d'État. Leur régulation est apparemment complexe avec une multiplicité de seuils. Mais ces différents seuils pour les catégories d'aides¹¹⁷³ décrivent, en fait, un fonctionnement qui tient pleinement compte de la hiérarchisation des aéroports voulue par les compagnies aériennes et soutenue par les autorités organisatrices de transport. Certes, les liens entre aéroports pivots et aéroports-étapes déterminent toujours quatre grands niveaux géographiques de plateformes (régionales, nationales, internationales et intercontinentales). Les *hubs* développés aux échelles intercontinentales constituent les centres d'échange majeurs de la planète comme Atlanta, Chicago, New York, Londres ou Paris, qui enregistrent les plus forts trafics de passagers et les mouvements d'avions les plus nombreux. Depuis n'importe quel endroit dans le monde, on passe par des étapes pour rejoindre le réseau dominant, qui conduisent à d'autres étapes pour gagner l'endroit souhaité. De nombreux aéroports interviennent ainsi comme des relais successifs entre l'ensemble des villes de la planète et les grands échanges intercontinentaux, ce qui ne fait que renforcer la centralité des nœuds dominants.

910. **Le droit de l'Union ne reprend pas tel quel cette hiérarchie, ce qui ne représente pas pour autant une limite tant le droit régule déjà le comportement de ces gestionnaires aéroportuaires.** La Commission adapte à ses objectifs de croissance économique soutenue par une meilleure mobilité dans un respect du développement durable, les niveaux d'action, incluant dans sa définition de la zone d'attractivité d'un aéroport, l'offre multimodal. Pourrait-

¹¹⁷³ *Supra*, La Commission considère dans sa communication de 2004 que « pour être admissible au bénéfice d'une aide au fonctionnement, un aéroport ne doit pas accueillir plus de 3 millions de passagers par an » point 119 de lignes directrices op. cit., quand au-delà de cinq millions de passagers, ce sont les aides à l'investissement qui sont *a priori* impossibles.

elle le faire plus encore ? Il semble difficile d'affirmer qu'il y a nécessité pour les règles de concurrence de favoriser les alliances entre opérateurs multimodaux. Si on en saisit l'opportunité commerciale, de telles alliances risqueraient en effet de cadenasser le marché en favorisant leur surpuissance. Le rôle de la Commission européenne dans le cadre de la politique de concurrence pourrait, à terme, la conduire plutôt à contrôler ces *gatekeepers* comme elle le propose pour les GAFAM au travers de la proposition, adoptée en juillet 2022, du *Digital Markets Act*¹¹⁷⁴. Cette évolution réglementaire envisage un encadrement des comportements d'entreprises dont l'activité principale est de fournir des services de plateformes (article 1). Par analogie, ces plateformes qui fournissent des services en ligne d'intermédiation (places de marché, économie collaborative), de moteurs de recherche, de réseau social, de partage de vidéos, de communication interpersonnelle, d'informatique « en nuage », de publicité ou de système d'exploitation (article 2) peuvent se rapprocher du rôle des gestionnaires d'infrastructures de transport. Il semble bien que l'évolution de la réglementation européenne autour de cet accès au réseau doive embrasser, ainsi, un champ de plus en plus large qui se trouve peu à peu européenisé.

B – La nécessité d'une régulation complémentaire au niveau européen

911. La catégorisation des infrastructures en fonction de l'objectif de lutter contre la pénurie des capacités aéroportuaires n'a en réalité pas fonctionné et la congestion reste une préoccupation majeure des régulateurs. On a pu croire que la pandémie allait régler le problème en diminuant durablement le trafic. Mais, en juin 2021, le scénario le plus optimiste d'Eurocontrol, pour l'activité des compagnies aériennes européennes, a été dépassé lors de la dernière semaine de juillet 2021, avec près de 24 000 vols, soit 68,3 % des niveaux de la même période en 2019. Les perspectives annoncées par Eurocontrol, fin mai 2022, confirmaient cette évolution favorable, malgré les perspectives de grèves des agents au sol et des personnels navigants, liées à des revendications salariales.

¹¹⁷⁴ Proposition de Règlement relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive n°2000/31/CE COM(2020) 825 final du 15 décembre 2020. La proposition a été adoptée par le Parlement européen le 5 juillet 2022 après un accord politique avec le Conseil en date du 25 mai 2022, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/03/25/council-and-european-parliament-reach-agreement-on-the-digital-markets-act/>.

912. La prudence est, en effet, de mise, tant le gestionnaire du trafic aérien n'attendait un retour à 79 % des niveaux de trafic de 2019 qu'à la fin d'année 2021. Certes, la pandémie actuelle n'amène pas à une sérénité des opérateurs, mais tous sont confiants quant à la reprise du trafic, ce que les différentes périodes de déconfinement avaient pu montrer. Ce ne sera donc pas la remise en cause du transport aérien, parfois espéré par les détracteurs de ce mode de transport. Dès lors, il faut reprendre les arguments du débat, mis entre parenthèses depuis plus de deux ans, avec la précaution de définir de quel maillage aéroportuaire il s'agit afin d'y associer le cadre normatif pertinent, articulant régime juridique des aides d'État et gestion de la capacité aéroportuaire.

913. La hiérarchie aéroportuaire due à la métropolisation du territoire, et de son économie, ne correspondant pas complètement avec la classification européenne issue de la réglementation de la ressource aéroportuaire. De fait, la réforme *a minima* du règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuares » a créé en 2004¹¹⁷⁵ un autre maillage qui repose sur la pénurie attestée ou à venir des créneaux aéroportuares. Dès lors, l'article 5 du règlement ouvre la voie à la coordination par les parties prenantes, compagnies aériennes, gestionnaires d'aéroports et autorité publique en charge du trafic aérien. En fonction du niveau de la ressource aéroportuaire, un aéroport est dit soit coordonné soit à facilitation horaire, du fait de la pénurie pérenne ou régulière de la capacité de mouvements d'avion. Mais, sans même se trouver dans ces hypothèses, un gestionnaire aéroportuaire peut vouloir le soutien d'un tiers pour collecter et centraliser les informations de vols et ainsi mieux gérer sa ressource. Ainsi, tous les aéroports majeurs, soit les cinq principaux, sont dits coordonnés au sens de la modification de 2004. Du fait de leur saturation, la demande dépasse les capacités au cours d'une période donnée et où, pour atterrir ou décoller, un transporteur aérien doit s'être vu attribuer un créneau horaire par un coordonnateur. Certains aéroports secondaires et spécialisés le sont aussi (Orly ou Gatwick). La catégorisation juridique ne repose donc plus sur une stricte appréciation des flux de passagers par ces effets de mise en réseau par coordination.

¹¹⁷⁵ Règlement (CE) n°793/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 modifiant le règlement (CEE) n°95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté.

914. Toutefois, la plupart des aéroports secondaires sont « à facilitation d'horaires » avec, comme définit à l'article 2 du règlement, une « coopération volontaire entre transporteurs aériens, et dans lequel un facilitateur d'horaires a été désigné pour faciliter les activités des transporteurs aériens exploitants ou ayant l'intention d'exploiter des services dans cet aéroport ». Comme le rappelait la Commission¹¹⁷⁶, cette prise en compte des situations des aéroports ne peut pas se faire que sur la base des flux de transport, mais doit être complétée par la prise en compte de la zone géographique desservie et de la temporalité, certains aéroports étant soumis à une forte saisonnalité (Figari et Cannes par exemple). Ainsi, dans la coordination imposée par le droit, la Commission a fortement incité, par l'établissement d'un certain nombre de critères (que l'on retrouve à l'article 3 du règlement n° 95/93), à uniformiser ce maillage en établissant ce double niveau qui doit pouvoir contribuer à prévenir ou gérer la pénurie de créneaux horaires en respectant « les principes de transparence, de neutralité et de non-discrimination ». **La liberté est laissée aux compagnies aériennes d'organiser entre elles leur activité dans le cadre d'une concurrence préservée de tout abus de position dominante.**

915. Si l'on prend le cas de la COHOR en France, celle-ci regroupe douze aéroports allant de Paris CDG (76 millions de passagers en 2019) à Figari (748 652 passagers) ou Annecy-Chambéry (200 851 passagers¹¹⁷⁷), et pour ce qui concerne les opérateurs aériens, huit compagnies aériennes, dont Air France, Hop ! et Transavia, mais sans aucune compagnie low cost majeure comme easyJet ou Ryanair. Cette association est à la fois organe coordonnateur pour Paris-CDG et Orly, Lyon, Nice et Cannes, facilitateur d'horaires pour Nantes, Figari et Annecy-Chambéry et enfin, agent de collecte d'informations pour Ajaccio, Bâle-Mulhouse, Marseille et Toulouse¹¹⁷⁸.

916. Ce maillage peut aussi recouvrir une approche capitalistique et financière des gestionnaires d'infrastructures aéroportuaires qui vont investir dans un certain nombre de plateformes. La filiale d'ADP par exemple (ADP International) gère huit infrastructures aéroportuaires, de Djeddah (Arabie Saoudite) à Santiago (Chili) en passant par l'aéroport de Liège (Belgique) ou de Zagreb (Croatie). Elle est aussi actionnaire des sociétés gestionnaires

¹¹⁷⁶ Commission européenne, Fiche d'information du 1 décembre 2011, Les aéroports européens à l'horizon 2030 : des défis à relever, MEMO/11/857

¹¹⁷⁷ <https://www.aeroport.fr/uploads/documents/statistiques-oct-nov-dec-2019.pdf> - Consulté le 2 juin 2020.

¹¹⁷⁸ <https://www.cohor.org/creation-et-mission/> - Consulté le 12 août 2021.

des aéroports d'Amsterdam-Schiphol (Pays-Bas), d'Istanbul et Monastir, de New-York « JFK », et l'annonce de l'acquisition de GMR (Inde avec Dehli et Hyderabad)¹¹⁷⁹. On peut aussi citer la reprise de l'aéroport de Nice par le gestionnaire de l'aéroport de Rome¹¹⁸⁰, après que la ville de Nice a souhaité se désengager partiellement du capital de son aéroport. **La logique est autant la diversification des revenus en profitant de marchés émergents dans des régions à l'économie et au trafic aérien dynamiques que la constitution d'un réseau industriel.** Ces objectifs doivent assurer un développement des activités aéronautiques, des économies d'échelle pour les services informatiques et l'ingénierie d'installations offrant fluidité et qualité pour le passager, et sans pouvoir l'affirmer, dans le cadre de cette thèse, augmenter de poids dans l'équilibre d'un marché biface face aux compagnies aériennes.

917. Ce tour d'horizon du maillage permet un constat multiple et donc complexe. Le droit de la concurrence tente d'accompagner et d'orienter une situation de fait, qu'il n'a certes pas créée, mais qu'il doit tenir en considération, tenant à la métropolisation du trafic aérien. La constitution, ancienne et toujours d'actualité, des aéroports pivots, accueillants plusieurs dizaines de millions de passagers, a créé un réseau d'aéroports au niveau national incluant Lyon, Nantes, Toulouse en tant que portes d'accès aux aéroports parisiens, et international avec les alliances commerciales transcontinentales. **Ce même droit de la concurrence doit pouvoir appréhender le pouvoir de marché que ces aéroports majeurs obtiennent ainsi,** tant sur les territoires qu'ils desservent que dans leurs relations commerciales avec les compagnies aériennes. Il appartient alors, à la puissance publique, européenne comme nationale, de permettre une concurrence entre ces infrastructures aéroportuaires, ce qui est à ce stade très imparfaitement réalisée. Cela relève du fait ce pouvoir de marché n'est apprécié qu'au travers des décisions de la Commission dans les rapprochements commerciaux et/ou capitalistiques entre compagnies aériennes quand elle envisage la substituabilité de l'offre aéroportuaire¹¹⁸¹. Au-delà d'une ébauche de critiques quant à une éventuelle insuffisance de volonté politique ou de manque d'argument juridique, il ne semble pas possible de développer une autre approche, du fait des spécificités liées à ces facilités essentielles que ce sont les infrastructures

¹¹⁷⁹ <https://presse.groupeadp.fr/groupe-adp-acquisition-gmr-airports-inde/?lang=fr> - Consulté le 12 août 2021.

¹¹⁸⁰ Le capital d'Aéroports de la Côte d'Azur est détenu par Azzurra Aeroporti à 64 %, la CCI Nice Côte d'Azur à 25 %, la métropole de Nice-Côte d'Azur à 5 %, la région Sud à 5 % et le département des Alpes-Maritimes à 1 %.

¹¹⁸¹ Le réseau Amsterdam Schiphol - Bruxelles National – Paris pour Air France KLM ou les aéroports londoniens dans la création du groupe AIG (British Airways – Iberia).

aéroportuaires sauf à engager des travaux d'infrastructures tels que le transport ferroviaire à grande vitesse puisse relier les grands pôles aéroportuaires et aboutir à cette concurrence effective entre eux.

918. À ces distinctions, la Commission européenne a contribué à adjoindre une nouvelle catégorie, celle d'« aéroport faisant partie du réseau¹¹⁸² » pour prendre en compte des aéroports qui ne sont pas coordonnés, mais qui sont considérés comme étant importants, car offrant des solutions de secours en cas de perturbation du réseau. Ainsi, la proposition de règlement sur les créneaux aéroportuaires prévoyait que des informations sur les opérations à ces aéroports seraient recueillies par les coordonnateurs. Mais cette proposition d'un nouveau réseau¹¹⁸³ qui aurait pu être régulé au niveau européen, en cohérence avec son opposition à créer un réseau européen des routes et une gestion centrale du trafic aérien, fut rejetée par le Parlement européen dans son amendement 25. En souhaitant supprimer ce nouveau considérant du futur règlement, **le Parlement écarte une européanisation de la gestion des créneaux aéroportuaires**. Pour les députés européens, il ne semble pas nécessaire de créer une nouvelle catégorie d'aéroports, venant s'ajouter aux aéroports coordonnés et aux aéroports à facilitation d'horaires. Si l'objectif reste d'éviter un contrôle public sur la gestion des créneaux aéroportuaires de ces aéroports, le Parlement propose plutôt la création d'un système d'échange de données qui faciliterait la coordination actuelle de la planification aéroportuaire, répondant ainsi à l'objectif de la Commission d'optimiser l'utilisation de la ressource horaire.

919. La régulation du secteur aérien est actuellement dans une situation complexe, alors qu'elle avait fait l'objet d'un élan réformateur à partir de la deuxième décennie 2000. La réglementation sur les créneaux aéroportuaires et la protection des consommateurs est ancienne et en cours de négociations interinstitutionnelles depuis... Le régulateur européen

¹¹⁸² Point 31 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union Européenne COM/2011/0827 final - 2011/0391 (COD) du 12 décembre 2011.

¹¹⁸³ On peut apprécier la cohérence de l'ensemble voulu par la Commission quand elle évoque que « L'imposition de schémas de performance, selon lesquels les aéroports, les prestataires des services de navigation aérienne et les utilisateurs de l'espace aérien sont soumis à des règles de surveillance et d'amélioration de la performance, et la fonction de gestion du réseau, fondée sur la mise en place d'un réseau européen des routes et une gestion centrale du trafic aérien, imposent une actualisation des règles d'attribution des créneaux. » https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0379_FR.html

avait pourtant avancé sur les redevances aéroportuaires¹¹⁸⁴ en complétant la réglementation sur les services d'escale¹¹⁸⁵ et les redevances afférentes. Certes, la directive n° 2009/12/CE « redevances aéroportuaires » renvoie à des autorités indépendantes nationales¹¹⁸⁶, mais cette autorité existe contrairement à l'attribution des créneaux aéroportuaires, qui reste gérée par les opérateurs privés et qui amenait à une volonté de marchandisation de cette ressource. La décision du Brexit a rendu encore plus singulier l'exemple britannique du marché londonien de la ressource aéroportuaire. Mais les institutions européennes ne pourront pas plus longuement repousser les décisions à prendre quant aux deux projets de refonte présentés. La pandémie de COVID-19 a pu rendre plus visibles d'autres objectifs, comme la transition écologique. Mais celle-ci a aussi révélé que les droits du consommateur peuvent être, comme par réflexe, mis entre parenthèses en cas de difficulté du secteur, comme lorsqu'il a été question de rembourser les annulations de vols.

Section 2 – La hiérarchisation de l'espace européen difficilement encadrée par les règles juridiques

920. L'ouverture des territoires par la multiplication des liens internationaux s'accompagne le plus souvent d'une redéfinition de la position des grandes villes de chaque pays, dans un réseau urbain qui se structure à l'échelle européenne et, au-delà, ouvre ce territoire européen au reste du monde par l'infrastructure aéroportuaire. Pour appréhender la configuration de ce réseau et ses effets sur la concurrence, la Commission européenne considère le marché pertinent, en se basant sur les effets probables de la dimension des aéroports et de leur zone d'attractivité, leurs spécialisations fonctionnelles et de leur situation géographique. Elle aborde aussi, et dans le même temps, cette hiérarchisation de l'espace

¹¹⁸⁴ Directive n°2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires du 14 mars 2009.

¹¹⁸⁵ Directive n°96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté.

¹¹⁸⁶ En France, l'ASI est l'autorité de régulation économique des aéroports, créée en application de l'article 11 directive européenne du 11 mars 2009. Elle est compétente pour les aéroports ayant atteint un trafic annuel de plus de 5 millions de passagers ainsi que pour tout système d'aérodromes comprenant au moins un aérodrome ayant atteint un trafic annuel de plus de 5 millions de passagers. Elle a une double mission, celle d'homologuer les tarifs annuels des redevances aéroportuaires et celle de donner un avis conforme sur les projets de contrat de régulation économique.

européen par une triple approche fondée sur l'identification des financements privés/aides d'État/fonds européens, comme on l'a vu dans la section précédente.

921. **L'intégration européenne** ne se réduit pas à ces aspects économiques et politiques, tant elle est aussi un phénomène d'ordre géographique. Cette intégration **se traduit dans l'intensification, dans l'espace géographique, des liaisons entre les territoires européens, régions et villes**. La construction de nouvelles infrastructures de transport et de communication, les déplacements de personnes et les échanges d'information, la constitution de réseaux plus ou moins formalisés entre les entreprises, les associations et les collectivités locales sont les principales caractéristiques de cette intégration. Il en résulte des interdépendances croissantes entre les territoires, qui deviennent de plus en plus solidaires dans leurs fonctionnements et dans leurs évolutions¹¹⁸⁷, y compris dans une augmentation de l'offre intermodale de transport. En particulier, les grandes villes européennes sont des nœuds essentiels d'un ensemble cohérent, fonctionnant comme un véritable système de villes européennes (§1). En marge de ce système, tantôt incluse quand il s'agit de connecter les aéroports pivots au reste du territoire, tantôt exclue de cette hiérarchisation, la problématique d'améliorer encore la connectivité des zones périphériques montre qu'elles restent encore laissées pour compte de l'approche globalisée des transports (§2).

§ 1 – Le renforcement mutuel des métropoles pour créer un réseau européen de villes

922. L'ouverture des territoires par la multiplication des liens internationaux s'accompagne d'une redéfinition de la position des grandes villes de chaque pays, dans un réseau urbain qui s'est structuré à l'échelle européenne au fil de l'histoire du continent et dont « la hiérarchie fait preuve d'une grande force d'inertie »¹¹⁸⁸.

923. La transformation actuelle des territoires européens est en grande partie le résultat de l'ouverture internationale qui s'y est opérée grâce, notamment, au transport aérien. Cette transformation est double. Elle accentue la métropolisation du territoire (A) alors que ce phénomène est difficilement appréhendé par le régulateur (B). Dans le même temps, elle

¹¹⁸⁷ PUMAIN Denise, SAINT-JULIEN Thérèse, Le réseau des villes de dimension européenne, *Hommes et Terres du Nord*, 1993/1, L'Europe de 1993. pp. 15-25 ; doi : <https://doi.org/10.3406/htn.1993.2404>

¹¹⁸⁸ Ib. Idem <https://doi.org/10.3406/htn.1993.2404>

renforce le dialogue, souvent déséquilibré, entre métropoles régionales et les opérateurs de transports, aérien, principalement TBC, comme ferroviaire(C).

A – Le processus de transformation des territoires européens

924. La re-métropolisation de l'espace entre dans une dimension internationale. La transformation des territoires européens est en grande partie le résultat de l'ouverture internationale qui s'y opère. Il s'agit autant pour les grandes villes de continuer d'assurer leur rôle de connexion de leur espace proche avec des destinations plus lointaines que de développer « un réseau avec leurs semblables qu'avec leur *hinterland* traditionnel »¹¹⁸⁹. Les principaux acteurs de cette ouverture sont les grandes entreprises qui, par le biais de leurs localisations multiples dans différents pays, contribuent à lier les différents espaces dans des stratégies économiques communes¹¹⁹⁰.

925. Dans le classement des villes grandes villes mondiales¹¹⁹¹, quatre métropoles européennes émergent dans le premier groupe, celui des « Villes mondiales alpha » et deux, Paris et Londres, sont sur la première marche au côté de New York et Tokyo. Londres et Paris sont les deux grandes métropoles de l'Europe, Paris se retrouvant seule pour représenter l'UE depuis 2021. Ce sont des centres politiques, économiques, financiers et culturels de première importance. Ces deux grandes capitales accueillent aussi de nombreux sièges sociaux de grandes entreprises européennes et mondiales. Avec plus de dix millions d'habitants chacune, Londres et Paris dominent la hiérarchie urbaine, loin devant les autres grandes villes de l'Union. Paris est une des capitales les plus visitées du monde grâce à la richesse de son patrimoine culturel. Londres, avec le centre d'affaires « la City », joue un rôle majeur à l'échelle européenne et mondiale comme grand centre financier. On a beaucoup remis en cause l'hypertrophie parisienne à l'échelle du territoire français. Aujourd'hui, il est admis que

¹¹⁸⁹ DOBRUSZKES Frédéric, Libéralisation et desserte des territoires : le cas du transport aérien européen, *Action publique* n° 4, PIE Peter Lang, 2008.

¹¹⁹⁰ DUPUY Gabriel, CATTAN N., PUMAIN D., ROZENBLAT Céline, SAINT-JULIEN T., le système des villes européennes, *Annales de Géographie*, t. 109, n° 614-615, 2000. pp. 553-554.

¹¹⁹¹ Le classement des villes européennes selon GWAC : <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/doc/typespace/urb1/MetropDoc1.htm> et aussi pour les villes européennes, Les villes européennes - Analyse comparative - L'étude a été réalisée en 2003 par l'UMR Espace 6012 de Montpellier (coordination : P. Cicille et C. Rozenblat - Maison de la Géographie), à la demande de l'ex. DATAR, www.datar.gouv.fr publiée à la Documentation française.

Paris doit rester attractive pour les entreprises européennes et mondiales afin de continuer à jouer un rôle majeur dans l'UE. Londres et Paris sont bien reliées au reste de l'Europe et du monde par un réseau dense de transports modernes (autoroutes, aéroports internationaux de Londres Heathrow, Roissy, Orly). Paris est la ville la plus accessible du système de transport européen avec 117 villes accessibles en aller-retour dans la journée, dont 90 villes étrangères. Parmi ces villes connectées, 22 le sont par le train alors que 95 le sont par avion. La relativement faible densité de villes autour de Paris explique cette forte prépondérance de l'avion comme mode de transport privilégié. Ainsi, en 2019, l'opérateur Eurostar assurait en direct quatorze trajets quotidiens, quand six vols directs étaient assurés par la compagnie Air France et onze vols par British Airways, dont trois par sa compagnie *low cost* Vueling. La place de certaines villes dans les classements peut ainsi étonner. Par comparaison, Bruxelles, alors qu'elle ne compte qu'1,2 million d'habitants en 2016, est avec 96 villes accessibles, dont 91 étrangères, une des exceptions urbaines en Europe, dépassant alors le strict rapport entre population desservie et taille de l'aéroport¹¹⁹².

926. Dans le cadre de notre étude, **il est topique de remarquer que des villes sont souvent réputées pour une fonction particulière dans laquelle elles ont une spécialisation très poussée, financière ou touristique par exemple, mais n'ont pas toujours un développement équilibré de l'ensemble de ces fonctions.** C'est le cas, par exemple, de Francfort, qui est certes une place financière et un nœud aérien de première importance, mais pour un grand nombre d'autres fonctions (recherche, culture), son rayonnement demeure relativement modeste. Le choix des autorités allemandes de développer un nouvel aéroport à Berlin entraînera sans doute des conséquences sur l'avenir de l'aéroport de Francfort qui est engorgé et qui ne peut s'étendre géographiquement. À l'inverse, Amsterdam apparaît régulièrement comme « surclassée », notamment par rapport à la taille de son territoire et à la population desservie. Cependant, elle réunit, face à Francfort, un plus grand nombre de domaines à fort rayonnement, notamment alliant culture et dynamisme économique.

¹¹⁹² *Supra*, DOBRUSZKES Frédéric, Libéralisation et desserte des territoires : le cas du transport aérien européen, 2008.

927. Alors qu'il n'y a pas eu d'effet direct de la libéralisation pour une meilleure répartition du territoire¹¹⁹³ quand bien même celle-ci est officiellement louée et promue¹¹⁹⁴, cela vient du fait que la gestion de la ressource aéroportuaire a nécessité un réseau de villes, autant pour alimenter le *hub* principal que pour se délester d'une partie du trafic sur le maillage aéroportuaire. Ce fut tout le sens de la proposition de la Commission que d'établir et de formaliser ce réseau dans le cadre de la réforme du règlement n° 95/93. On peut se demander alors pourquoi la puissance publique n'organise pas plutôt une substitution de l'avion par le train pour relier les grands centres urbains et mieux jouer de la ressource aéroportuaire disponible au lieu de s'obstiner à créer le marché des créneaux aéroportuaires. **Le droit ne parvient pas complètement à organiser cette multimodalité.** Ce sont le plus souvent les opérateurs économiques qui renoncent à acheminer par avion au profit du train, comme le montrent les exemples d'Air France sur le territoire national ou depuis et vers Bruxelles, ou de KLM entre la capitale belge et son aéroport pivot d'Amsterdam. Dans cette même logique, et bien avant que les impératifs de la transition écologique ne soient aussi prégnants, l'Allemagne avec un réseau de lignes à grande vitesse performant et structurant tout son territoire a développé un réseau d'aéroports connectés à deux niveaux selon les flux de passagers. La plurimodalité combine aérien et ferroviaire pour alimenter les *hubs* de Francfort, Berlin et Munich, mais ne devient qu'une modalité ferroviaire lors d'une demande moins volumineuse. La plurimodalité est ici alternative sans être totalement substituée. En France, l'accélération de ce processus s'est faite sur fond de crise sanitaire et de transition écologique, mais reste soumise à la peur des villes dépendantes d'aéroports régionaux de perdre leurs infrastructures. Celle-ci s'exprima lors de cette réaction contre la loi Résilience et la menace d'un contentieux au travers de l'annonce de la démarche des aéroports régionaux de contester la disparition des lignes concurrencées par le train, refusant une remise en cause fondamentale de leur connectivité.

928. Par les réseaux urbains qui tissent de plus en plus d'interdépendances entre les villes, des processus mondiaux ou continentaux touchent également l'ensemble des villes. Celles-ci

¹¹⁹³ *Supra* DOBRUSZKES et ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transports, 2007.

¹¹⁹⁴ Sénat, Contribution du transport aérien au désenclavement et à la cohésion des territoires, Rapport d'information de Mme Josiane COSTES, fait au nom de la Mission d'information « Transports aériens » n° 734 (2018-2019) - 24 septembre 2019

en sont affectées avec des rythmes et des intensités variables selon la forme, l'ampleur et leur intégration. Ainsi, un double processus est à l'œuvre, que le transport aérien accompagne et structure quand il accentue la spécialisation relative issue de développements locaux, régionaux, nationaux ou de réseaux, plaçant certaines villes en position originale par rapport à l'ensemble. Paris et Londres, proches l'une de l'autre (400 km), contrebalancent les fortes concentrations urbaines de l'Europe médiane où Essen est la plus grande conurbation de 4,7 millions d'habitants. Dans la même catégorie qu'Essen, associée à Dortmund-Duisbourg, cinq autres villes sont capitales politiques ou économiques de leurs pays : Madrid et Barcelone en Espagne, Milan en Italie, Berlin en Allemagne et Athènes en Grèce.

929. Le réseau des villes aéroportuaires engendre ainsi une forte hiérarchisation du territoire européen, d'un côté les villes qui participent à ce réseau, de l'autre celles qui en sont exclues. La désétatisation issue du règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires » n'a fait qu'accentuer cette tendance, essentiellement en confortant les parts de marché des compagnies aériennes, par le principe du « droit acquis ». Les stratégies des compagnies aériennes s'appuient donc sur le renforcement des capacités de prise en charge des passagers par quelques aéroports pivots, pour un rabattement systématique du trafic sur quelques aéroports, de façon à accroître la fréquence et la taille des avions et à rationaliser l'utilisation de la flotte et du personnel. Le développement des aéroports interagit ainsi avec celui de la ville. **L'élargissement de la zone d'influence des aéroports a renforcé les autres moyens de transport**, mais aussi l'accueil hôtelier, le développement de parcs d'activités logistiques permettant la production à flux tendus, tel que Garonor près de Roissy-Paris, et de parcs d'entreprises favorisant l'implantation de sièges sociaux d'entreprises comme Stockley Park à Londres.

930. Le trafic national et international de passagers des aéroports est le reflet de plusieurs processus : le rayonnement international ou national de la ville ; la fonction de *hub*, concentrant les arrivées et départs nationaux ou internationaux ; la fonction régionale par des aménagements multimodaux (ou *gateway*) alliant en général le rail et l'avion. Londres et Paris, les deux premières villes aéroportuaires d'Europe ont renforcé leur position dominante grâce à ces trois processus à la fois. Londres, avec ses quatre aéroports, occupe le premier rang non seulement européen, mais également mondial (plus de 107 millions de passagers en 2001, 120 millions en 2018). Paris arrive au deuxième rang européen avec plus de 73 millions de

passagers, mais ses deux aéroports (Orly et Roissy) sont largement saturés aux heures de pointe. Toutefois, Paris a accentué sa polarisation grâce à la constitution du groupe Air France. Francfort et Amsterdam (respectivement 3^e et 4^e rang) ont, en revanche, largement développé la fonction de *hub*, notamment pour les charters. Francfort a bénéficié d'avoir été choisi par Lufthansa comme principal pôle allemand, secondé par Munich et Düsseldorf. Il n'en reste pas moins qu'en dehors de ces fortes polarisations, les capacités d'un aéroport sont, en général, conformes à la position démographique de la ville. Les quelques « surclassements » qui apparaissent sont le fait des fonctions touristiques à l'image de Nice et Venise, parfois renforcés par la position insulaire, comme pour Palma de Majorque.

931. Ceci crée une image de l'Europe globalement très simple, avec dans chaque pays un ou deux pôles dominants (sauf en Allemagne et en Espagne où ils sont au nombre de trois), et des aéroports régionaux secondaires. L'espace ainsi défini, sur lequel ces entreprises agissent, n'est pas neutre pour l'orientation de leurs localisations. Les villes et les réseaux qu'elles constituent forment notamment une large contrainte pour guider les investissements (privés ou publics, sans pour autant être encore européens), et les systèmes urbains répondent à des propriétés variables pour l'accélération de ce processus de création de réseaux. La propension des systèmes urbains à diffuser ce type d'ouverture, et donc à réduire ou accentuer l'inégalité entre les villes européennes quant à leur insertion dans les réseaux internationaux des grandes entreprises, doit être envisagée pour l'accompagner. Une conception récente de l'aménagement a favorisé l'implantation d'aéroports communs à plusieurs agglomérations. C'est le cas des quatre aéroports comme Bâle-Mulhouse-Fribourg (1950), Nancy-Metz (1991), ou encore deux aéroports allemands, Munster-Onasbrück (1972) et Halle-Leipzig (1992).

932. **L'accompagnement financier de cette transformation est la clé de ce processus de transformation.** La mise en place des réseaux transeuropéens par la Commission européenne aurait pu avoir pour finalité d'atténuer les disparités d'accessibilité, en proposant, timidement, du fait d'un financement limité supposant en parallèle un investissement substantiel de l'État, des lignes ferroviaires à grande vitesse couplées au réseau aéroportuaire transeuropéen. Mais la multimodalité ainsi formulée n'est pas l'objet de financement. Il aurait pu être logique de la voir inclure dans le Mécanisme pour l'interconnexion en Europe (MIE) qui

est régulièrement actualisé quant à ses objectifs¹¹⁹⁵ et son financement¹¹⁹⁶, mais on a pu relever que seul l'aéroport de Milan était prévu. Il est topique de relever, qu'au niveau national, dans le plan Duron seule la liaison ferroviaire sur Bâle-Mulhouse desservant l'aéroport rentre dans cette logique de multimodalité.

933. Par ailleurs, elle ne bénéficie pas du programme Interreg¹¹⁹⁷, celui-ci était plutôt tourné vers la mobilité transfrontalière des travailleurs (axe prioritaire 4). Introduit en tant qu'instrument financier en 1990, Interreg soutient des programmes de coopération transfrontalière entre les régions, les autorités locales et les citoyens. Aussi appelé « coopération territoriale européenne ». Interreg couvre la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale, et il ancre également la coopération dans un contexte politique plus durable grâce, notamment, aux stratégies « macrorégionales »¹¹⁹⁸ et aux points de contact frontaliers¹¹⁹⁹. Dans les Macrorégions, aucun financement n'est à ce jour proposé, la logique étant de pouvoir plutôt favoriser la création de conditions pour une meilleure coopération entre régions. Cela implique qu'il faille endosser, par les autorités publiques, le rôle de facilitateur, afin de

« motiver des initiatives et des projets contribuant au développement harmonieux du territoire macrorégional. [Cela passe par les actions pour] optimiser les financements (européens ou non) déjà disponibles dans les différents pays, mutualiser et mettre en synergie les initiatives pour une meilleure intégration du territoire. »¹²⁰⁰

¹¹⁹⁵ Règlement (UE) 2021/1153 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe et abrogeant les règlements (UE) n°1316/2013 et (UE) n°283/2014.

¹¹⁹⁶ Le Mécanisme pour l'interconnexion en Europe (MIE), également appelé *Connecting Europe Facility* (CEF), soutient des projets d'infrastructure européenne d'intérêt commun dans les secteurs du transport, de l'énergie et des télécommunications. Il est doté d'une enveloppe de 33,2 milliards d'euros sur la période 2014-2020. Le programme pour la période 2021-2027 est doté d'environ 18,4 milliards d'euros (11,4 pour les transports, 5,2 pour l'énergie et 1,2 pour le numérique).

¹¹⁹⁷ Commission européenne, https://ec.europa.eu/regional_policy/fr/newsroom/news/2020/06/06-01-2020-interreg-30-years-of-sharing-and-caring-across-borders -Consulté le 24 mai 2020.

¹¹⁹⁸ Commission européenne, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/ -Consulté le 04 décembre 2019.

¹¹⁹⁹ L'Union européenne compte actuellement quatre stratégies macro-régionales (nouvelle fenêtre), créées entre 2009 et 2015 : la région de la mer Baltique, du Danube, Adriatique et Ionienne enfin la région Alpine. Dans un avis n° COR-2020-04163-00-01-AC-TRA, adopté à l'unanimité, lors de la session plénière des 17, 18 et 19 mars 2021, le Comité européen des régions s'est prononcé en faveur de la mise en place d'une nouvelle approche de la stratégie maritime pour la région atlantique. Elle devra comprendre des « mesures (...) spécifiquement conçues pour les régions côtières et maritimes de l'Atlantique » qui se situent en Irlande, en France, en Espagne et au Portugal.

¹²⁰⁰ C'est par exemple, dans le transport ferroviaire, la conférence "Liaisons ferroviaires transfrontalières" des 10 et 11 juin 2021 portant sur des liaisons régionales hors grande vitesse comme la desserte des zones urbaines fonctionnelles à flux pendulaires importants, comme la ligne de l'Øresund (Copenhague-Malmö) ou le Léman

934. La multimodalité, et sa déclinaison spécifique qu'est l'intermodalité, sont donc deux outils utiles pour penser les nouvelles mobilités sereines et durables du point de vue environnemental et sociétal. Cependant, si l'on veut que l'intermodalité déploie tous les effets bénéfiques escomptés, il faut adopter une approche juridique globale. La multimodalité est un réel atout pour penser les nouvelles mobilités, ce qui suppose des incitations voire un encadrement juridique approprié. Dans le cadre de ce MIE, l'intermodalité s'entendrait comme la coordination des modes de transport sur un territoire pour accroître leur performance d'un point de vue global et faciliter leur utilisation. Pour notre part, nous n'envisagerons que l'intermodalité « de chaînage »¹²⁰¹, avec l'utilisation successive de plusieurs modes de transports au cours d'un même déplacement (offre TGV Air notamment), coordination qui reste à ce jour à l'initiative exclusive des opérateurs privés. **La politique de concurrence, telle qu'elle est envisagée par tous les acteurs du marché du transport aérien, prend alors appui sur le développement d'un transport durable au sens de la transition écologique.**

935. Enfin, pour que l'intermodalité ne soit pas ressentie comme une contrainte, il est pourtant important d'aménager les lieux d'interconnexion entre les modes. Cela permet de minimiser l'impact des correspondances et de proposer une chaîne de transport fluide en réduisant les ruptures de charge. Cela passe par des aménagements physiques permettant un cheminement aisé et une attente confortable, une signalétique efficace et une information de qualité. Mais la gestion des bagages et les contraintes de sécurité opposent les intérêts des agents économiques. Si le passager se voit offrir une facilitation, cela peut constituer un élément essentiel du choix modal. Mais, à l'inverse, ces contraintes sont cause de renonciation pour le transporteur qui, à l'image d'Air France, par exemple, n'offre plus la possibilité d'enregistrer son bagage dès la gare de Strasbourg.

Express ou encore à propos des chaînons manquants en Europe, tels que les lignes Colmar-Freibourg ou Saragosse-Canfranc-Pau. <http://www.espaces-transfrontaliers.org/ressources/territoires/macroregions/>

¹²⁰¹ L'intermodalité prend aussi en compte les caractéristiques des modes de transport, car la mobilité peut se faire entre des modes de transports individuels et des modes de transports collectifs (accès en voiture à un parc relais, puis utilisation des transports en commun urbains par exemple). Dans ce cas, cette intermodalité s'appliquera plus à des déplacements sur une zone géographique plus restreinte, urbaine ou périurbaine.

936. Il semble bien que les règles communes relatives aux droits des passagers, tant pour le transport par avion¹²⁰² que par train¹²⁰³, visent à assurer, à ces derniers, un niveau minimal et harmonisé de protection pour tous les modes de transport aux fins de faciliter la mobilité de la population. Il n'en reste pas moins que l'imbrication des responsabilités des transporteurs au profit des consommateurs, fait peser une contrainte juridique importante qui peut être décourageante et pour le moins limiter les tentatives de transport intermodal. Au-delà de ce premier aspect, les règles juridiques assurent aussi la possibilité de développer une offre intermodale. À partir de 2013, les questions du choix et de la combinaison des modes de transport vont être globalisées à toutes les activités, par la mise en œuvre d'objectifs d'interconnexion en 2013¹²⁰⁴. Actualisés en 2015¹²⁰⁵, les processus de financement font de cette question, fortement contrainte par les conséquences de la crise de 2008, une thématique centrale pour la compétitivité du territoire européen et l'accompagnement des dispositions d'ouverture des marchés de transport à la concurrence. Ainsi, en 2016, la proposition de la Commission¹²⁰⁶ visait principalement à prolonger la durée d'existence du Fonds européen pour les investissements stratégiques.

937. Il importe de relever, lors du cycle législatif relatif au texte lors de son examen devant le Parlement, l'avis du 28 mars 2017 de la commission des transports et du tourisme (TRAN), en tant que commission associée au processus. Celle-ci y invite la commission des budgets et celle des affaires économiques et monétaires, à prendre en compte, parmi d'autres, deux amendements tout à fait topiques du débat tenu à l'époque sur fond de restrictions budgétaires, impliquant, comme la commission TRAN le rappelle, des transferts de fonds du MIE à l'EFSI. Par son 2^e amendement, la commission parlementaire souhaite « corriger la

¹²⁰² Règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n°295/91 et règlement (CE) n°1107/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens.

¹²⁰³ Règlement (CE) n°1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires.

¹²⁰⁴ Règlement (UE) n°1316/2013 du 11 décembre 2013 relatif au mécanisme pour l'interconnexion en Europe pour les années 2014 à 2020.

¹²⁰⁵ Règlement (UE) n°2015/2017 du 25 juin 2015 sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques, la plateforme européenne de conseil en investissement et le portail européen de projets d'investissement.

¹²⁰⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) n°1316/2013 et (UE) n°2015/1017 en vue de prolonger la durée d'existence du Fonds européen pour les investissements stratégiques et d'introduire des améliorations techniques concernant ce Fonds et la plateforme européenne de conseil en investissement COM/2016/0597 final - 2016/0276 du 14 septembre 2016.

concentration excessive dans certains domaines d'action, ainsi que les déséquilibres géographiques concernant les investissements, de sorte à contribuer à la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union et à éviter de creuser les inégalités entre les différentes régions et États membres ». Puis, prenant en compte la nécessité de correspondre aux exigences du développement durable et de la transition écologique, la commission souhaite que « La BEI s'efforce de veiller à ce qu'au moins 20 % du financement de l'EFSI vienne soutenir des projets relevant du point c) liés au développement d'infrastructures de transport, aux équipements et aux technologies innovantes en matière de transport » dans son amendement 29.

938. Ces amendements ne seront pas repris par le Parlement européen et le règlement entra en vigueur le 16 octobre 2017¹²⁰⁷ à la suite des négociations interinstitutionnelles, notamment sur les montants alloués. Ceux-ci furent augmentés de 500 millions d'euros pour la partie allouée au transport avec une enveloppe portée à plus de 24 milliards sur les 30.1 prévus dans le mécanisme pour l'interconnexion en Europe.

939. **La concurrence reste la clé de réflexion, mais on constate dans ces évolutions qu'elle est mise au service du développement du marché intérieur des transports pour renforcer la cohésion des territoires.** La concurrence réincorpore pleinement sa fonction d'outil d'orientation des comportements d'entreprises et c'est dans ce sens qu'elle devient une concurrence durable.

940. **La notion de territoire voit donc son importance rappelée à tous les stades du processus formant le cadre normatif.** Les contraintes budgétaires accentuent encore cette prise en compte. On le constate dans la mise en place d'une tarification intermodale. Dans le cas d'intermodalité « de chaînage », il s'agit de relier entre eux des réseaux qui sont la plupart du temps gérés par des acteurs différents (AO urbaines, interurbaines...). Le but de la mise en place de l'intermodalité est alors d'accroître la performance globale des modes de transport, notamment en considérant les rejets polluants, dans la mesure de l'acceptation commune des modes de calcul¹²⁰⁸. En effet, en améliorant la synergie et les interfaces entre les modes de

¹²⁰⁷ Règlement (UE) n°2017/2396 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2017 modifiant les règlements (UE) n°1316/2013 et (UE) n°2015/1017 en vue de prolonger la durée d'existence du Fonds européen pour les investissements stratégiques et d'introduire des améliorations techniques concernant ce Fonds et la plateforme européenne de conseil en investissement.

¹²⁰⁸ Eléments de calcul : Les émissions de gaz à effet de serre/passager équivalent (en kg dioxyde de carbone équivalent, noté CO_{2e}) pour le vol représentent la quantité de gaz à effet de serre émise par l'avion pour chacun

transports, on facilite leur utilisation. C'est le rapprochement des attentes du transporteur, des clients et des autorités organisatrices de transport (AOT) qui établit ce chaînage. Mais les projets d'intermodalité font intervenir différentes autorités organisatrices, aux intérêts politiques et économiques souvent divergents, de même pour les transporteurs, qui, s'ils sont complémentaires, sont aussi parfois concurrents (en particulier dans les projets de multimodalité). Ces divergences, notamment quant à l'accessibilité d'un aéroport, qu'il soit de dimension internationale (débat autour de la future liaison ferroviaire CDG Express, dont la mise en service est reportée à 2025) ou régionale (accès de l'aéroport de Strasbourg par desserte ferroviaire en 2008), restent l'un des principaux freins à la complète intermodalité, parce que les lieux d'échanges ne sont pas aussi fluides que possible.

941. La communication « Aide d'États » de 2016¹²⁰⁹ envisage, par exemple, la possibilité pour un État¹²¹⁰ d'abonder un aménagement urbain et territorial avec des terrains publics. La prise en compte de la cohésion territoriale est également visible dans la combinaison des régimes spécifiques, à partir du point 7.2.3 de cette communication de juillet 2016, « Aide au développeur/propriétaire d'une infrastructure — Aperçu secteur par secteur »¹²¹¹. Il est ainsi fait différence fondamentale entre les catégories d'infrastructures :

« Les aéroports étant souvent en concurrence les uns avec les autres, le financement des infrastructures aéroportuaires est également de nature à affecter les échanges entre États membres. À l'inverse, le financement public d'infrastructures destinées à des activités relevant de la responsabilité de l'État dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ne relève pas des règles en matière d'aides d'État. »

942. Pour envisager, la multimodularité dans le processus de transformation du territoire, le droit de l'Union, envisage une distinction forte entre construction et exploitation de l'infrastructure. Il en est, ainsi, pour le transport ferroviaire, car

des passagers équivalents transportés. Les émissions de gaz à effet de serre/passager équivalent (en kg de CO₂) pour la production et la distribution du kérosène représentent les émissions liées à la production (raffinage, etc.) et au transport du kérosène qui sera nécessaire à la prestation de transport pour chaque passager équivalent <https://eco-calculateur.dta.aviation-civile.gouv.fr/> - Consulté le 5 mars 2020.

¹²⁰⁹ Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2016/C 262/01) du 19 juillet 2016.

¹²¹⁰ *Ib. Id*, La note 21 sous le point 17, sous le 2.2. Exercice de l'autorité publique, de cette communication, rappelant que la « mise à disposition et la supervision de terrains en conformité avec les plans locaux d'aménagement urbain et territorial » ne constituait pas une activité économique, mais faisait partie des missions publiques de l'État.

¹²¹¹ *id. id*, points 213 et suivants

« Si l'exploitation d'infrastructures ferroviaires peut constituer une activité économique¹²¹², la construction d'infrastructures ferroviaires mises à disposition des utilisateurs potentiels à des conditions égales et non discriminatoires — contrairement à l'exploitation de l'infrastructure — remplit généralement les conditions énoncées au point 211 et son financement n'affecte généralement pas les échanges entre États membres, pas plus qu'il ne fausse la concurrence. Pour garantir que le financement d'un projet donné échappe intégralement à l'application des règles en matière d'aides d'État, les États membres doivent également faire en sorte que les conditions énoncées au point 212 soient remplies. Le même raisonnement vaut pour les investissements dans les ponts ferroviaires, les tunnels ferroviaires et les infrastructures de transport urbain. »¹²¹³

943. Cette critérisation permet d'assurer des possibilités étendues de financement par les États d'infrastructures ferroviaires qui viennent compléter l'offre de transport aérien, sans pour autant que les aéroports majeurs ne nécessitent un investissement équivalent. Cela repose sur le constat que l'espace européen occidental et central est densément peuplé sur des zones inégalement réparties et hiérarchisées. En prenant en compte les transports rapides (avion et train), d'une part, le réseau européen à grande vitesse renforce la hiérarchisation du territoire en diminuant le nombre de gares desservies même si, à l'image de l'offre ICE de la Deutsche Bahn, le TGV Inoui est, sur certaines liaisons, devenu un transport régional quand il effectue des trajets obliques, tels Strasbourg-Montpellier ou Lille-Bordeaux. Il crée un effet tunnel entre les métropoles qu'il dessert, renforçant les pôles et maintenant à la marge des espaces interstitiels.

944. Mais la **hiérarchisation des réseaux se met aussi en place par la conjonction de l'ouverture des marchés à la concurrence et du SARS-CoV-2 qui accélèrent les mesures envisagées**, notamment sous couvert de répondre aux questions environnementales. Les débuts de la concurrence par l'opérateur italien, Trenitalia entre Paris et Milan, s'est par exemple d'abord exercée par une offre de trains de nuit, alors que la SNCF renonçait à cette même offre sans se rendre compte qu'elle correspondait au choix du consommateur. Celui-ci

¹²¹² Cette observation ne préjuge en rien la question de savoir si tout avantage octroyé à l'exploitant de l'infrastructure par l'État constitue une aide d'État. Par exemple, si l'exploitation de l'infrastructure est soumise à un monopole légal et si la concurrence sur le marché de l'exploitation de l'infrastructure est exclue, un avantage octroyé à l'exploitant de l'infrastructure par l'État ne peut fausser la concurrence et ne constitue donc pas une aide d'État. Voir le point 188 de la présente communication et la décision de la Commission du 17 juillet 2002 concernant l'aide d'État N 356/2002 — United Kingdom Network Rail et la décision de la Commission du 2 mai 2013 concernant l'aide d'État SA.35948 — République tchèque — Prolongation du régime d'interopérabilité dans les transports ferroviaires.

Comme expliqué au point 188, si le propriétaire ou le gestionnaire est présent sur un autre marché libéralisé, il doit, pour éviter toute subvention croisée, tenir une comptabilité séparée, répartir les coûts et les revenus de manière appropriée et faire en sorte que le financement public ne bénéficie pas à d'autres activités.

¹²¹³ *Supra*, point 219 de la Communication « aide d'État » (2016/C 262/01) du 19 juillet 2016.

put donc, à nouveau choisir, entre un trajet rapide en avion ou un voyage de nuit en train sur une même distance.

945. Le transport aérien est, finalement, celui qui a le plus hiérarchisé l'espace européen, en accentuant les effets de concentration sur les métropoles et les pays. Le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne maîtrisent respectivement 25 %, avec l'aéroport de Londres Heathrow qui polarise, à lui seul, 10 % du transport continental de passagers, puis 20 et 14 % du transport de passagers. Le lien entre régulation et territoires passe par ce régime juridique qui fait des aides d'État un outil qui peut suffire à construire cet espace d'intermodalités dans la continuité de la volonté étatique nationale de posséder sa compagnie aérienne « porte-drapeau » à l'image de la création, par exemple, de la SAS Airlines en 1948. Il s'agissait, à l'époque, d'assurer la participation des trois compagnies aériennes scandinaves¹²¹⁴ à l'espace européen sur une logique de hiérarchisation des aéroports, ce qui faisait porter l'essentiel du trafic sur les aéroports de Copenhague et Stockholm, renvoyant l'aéroport d'Oslo à un rôle plus régional. Cet exemple de répartition du trafic aérien entre trois métropoles n'exclut pas l'idée que l'approche des aides d'État n'est pas pour autant suffisante.

B – La difficile appréhension juridique du phénomène qui touche les métropoles régionales

946. Une mission d'information du Sénat, en 2019¹²¹⁵, s'est intéressée au rôle « méconnu » du transport aérien pour désenclaver les zones isolées et pour relier les populations des territoires périphériques mal desservis par le rail et la route, en métropole et en outre-mer. En se concentrant sur les lignes d'aménagement du territoire et en y intégrant une réflexion plus large sur la gestion des aéroports et la transition écologique, le rapport établissait que les métropoles régionales, tant françaises qu'européennes, avaient bénéficié de la libéralisation du transport aérien et, dans une moindre mesure, pu peser sur les États pour être desservies par une ligne ferroviaire à grande vitesse, rompant avec cette inégalité

¹²¹⁴ La compagnie SAS est actuellement le premier transporteur aérien dans les pays nordiques et également un membre fondateur de Star Alliance. Son offre commerciale repose sur deux *hubs* principaux, l'aéroport Arlanda à Stockholm et l'aéroport Kastrup à Copenhague. L'aéroport d'Oslo reste desservi principalement par des connexions avec les deux autres aéroports suédois et danois.

¹²¹⁵ Sénat, Contribution du transport aérien au désenclavement et à la cohésion des territoires, Rapport d'information de Mme Josiane COSTES, fait au nom de la MI Transports aériens n° 734 (2018-2019) du 24 septembre 2019

pointée dans le rapport : « Un million de Français vivent à plus de 45 minutes d'un accès à l'autoroute, une gare TGV ou un aérodrome, et 10 millions n'ont accès qu'à un seul de ces modes de déplacement ».

947. Ces préoccupations sont aussi celles du Conseil de l'Europe, qui évoque¹²¹⁶ ces strates territoriales qui doivent faire l'objet de toutes les attentions de la puissance publique pour éviter qu'il y ait une concentration des investissements sur le « cœur européen », cet espace le plus dynamique de l'UE, encore appelé mégapole européenne, qui s'étend de l'estuaire du Rhin à l'Italie du Nord, en passant par tout le bassin versant rhénan. Il correspond aux grandes concentrations urbaines, aux réseaux de transport les plus denses et cumule les pouvoirs politique, économique et financier de l'Union. On y trouve logiquement, une offre aéroportuaire importante, dominée par Amsterdam (71,7 millions de passagers en 2019), Francfort (70,5 millions) et Zurich (31,5 millions). Ce trio est complété par des aéroports régionaux majeurs comme Düsseldorf (24 millions), Stuttgart et Cologne-Bonn (environ 12 millions de passagers chacun), enfin Bâle-Mulhouse (9 millions). On peut aussi citer, même si elle n'est pas exactement située dans son bassin versant, l'aire urbaine de l'aéroport de Bruxelles (26,3 millions). Enfin, plus loin, mais connecté par l'avion comme par le train, se situe Paris (108 millions sur deux aéroports) et Munich (47,9 millions). Autant d'infrastructures qui n'ont pas besoin d'aides d'État ou européennes pour leur fonctionnement ou leur investissement, si l'on suit les conclusions du rapport sénatorial et les lignes de la communication de 2014.

948. À ce cœur européen, on peut adjoindre une « périphérie intégrée » définie comme un espace continu dépendant (Catalogne, Lisbonne, Irlande¹²¹⁷). Elles possèdent un dynamisme propre. Il peut aussi s'agir des capitales d'un État (Madrid – 61,7 millions de passagers en 2019, Rome – 49,4 - ou Athènes – 25,5). À ce niveau de trafic aéroportuaire, les aides d'État ne sont toujours pas possibles *a priori*, le marché devant suffire, on l'a vu, à assurer le financement. Les fonds européens ne sont utilisables que pour initier des bases d'un réseau européen de transport.

¹²¹⁶ L'aménagement durable de l'espace européen et la protection des ressources en eau, Rapport du séminaire organisé par le Conseil de l'Europe dans le cadre des travaux de la Conférence européenne des ministres responsables de l'aménagement du territoire (CEMAT) Limassol, Chypre, 16-17 octobre 1997 Aménagement du territoire européen, n°60 Editions du Conseil de l'Europe.

¹²¹⁷ Cf. l'annexe n°8 à la page 907.

949. Mais cela n'exclut pas les investissements en infrastructures et singulièrement dans les lignes ferroviaires à grande vitesse, comme pour mieux penser les dépendances et finalement en faire le cœur de l'intermodalité par le biais des instruments juridiques comme l'usage de fonds européens pour le développement régional. Ce fut le cas pour le « tgv espagnol » et mena, le 14 avril 1992, à la première ligne *Alta Velocidad Española* (AVE) entre Madrid et Séville, alors que le pays accueillait une Exposition universelle, à Séville, et des Jeux olympiques, à Barcelone.

950. Il reste encore à envisager l'hypothèse de la périphérie marginalisée et c'est dans ce cadre que devraient pouvoir se concentrer les aides d'État. Cette périphérie est un ensemble de régions qui se trouvent le plus à l'écart du cœur européen, de son potentiel économique et d'innovation. On les trouve surtout à l'est et au sud de l'UE. Les États membres qui appartiennent à l'Europe centrale et orientale sont ainsi très en retard par rapport à la moyenne européenne. C'est vers eux que les aides européennes (de type Interreg) se dirigent, notamment en matière de transport ou d'équipement, principalement, en complément du financement par le mécanisme des OSP et des aides d'État aux nouvelles lignes aériennes. On peut se rendre compte de ce phénomène en ne prenant que le seul exemple de la France.

951. Les aides d'État sont absolument nécessaires au fonctionnement et donc au maintien de nombreuses infrastructures aéroportuaires. Ainsi, la soixantaine d'aéroports déficitaires de France métropolitaine, analysés dans une étude économique¹²¹⁸, a effectivement coûté au contribuable environ 100 millions d'euros par an depuis le début des années 2010. Dans le montant total des déficits de toutes les plateformes déficitaires, la part des aéroports de moins de 50 000 passagers atteignait 34 % en 2011 et près de 37 % en 2012, alors que leur part de trafic n'est que de, seulement, 3,3 %¹²¹⁹. Ce financement important sous forme de diverses aides d'État est, de fait, particulièrement attractif pour les transporteurs à bas coûts jusqu'à créer une forme de dépendance.

952. Les TBC sont apparus en France à partir de 1996. Depuis, leur part du marché n'a cessé d'augmenter représentant quinze ans plus tard 31,2 % du trafic de l'ensemble des

¹²¹⁸ Conseil supérieur de l'aviation civile, DGAC, CGET, Rapport sur le maillage aéroportuaire français, janvier 2017.

¹²¹⁹ PAVAUX Jacques, Les aides publiques au transport aérien : Aéroports et compagnies aériennes, Fédération Nationale des Associations d'Usagers des Transports / Association Qualité Mobilité, juin 2019.

aéroports régionaux (hors Paris) et 44 % actuellement¹²²⁰. Cette émergence des compagnies à bas coûts bénéficie surtout au trafic en province. En 2018, alors que le *low cost* génère un peu moins de 22,5 % des mouvements passagers à Orly et Roissy, cette part de marché atteint 46,4 % sur les aéroports régionaux de plus de cinq millions de passagers, et même 54,8 % du trafic des aéroports régionaux accueillant entre un et cinq millions de passagers.

953. Selon l'UAF, en 2019, quinze aéroports français voient plus de la moitié de leur trafic généré par les transporteurs à bas coûts. En tête, Bergerac et Carcassonne, dont le trafic *low cost* flirte avec les 100 %, suivis à quelques décimales près par Béziers, Nîmes et Beauvais. Parmi les grands aéroports régionaux, Bâle-Mulhouse, Bordeaux et Nantes ont un trafic *low cost* compris entre 55 % et 67 % du total passager.

954. En outre, ces compagnies ont renouvelé le modèle aéroportuaire traditionnel avec l'ouverture d'aérogares à bas coût. Si les retombées économiques régionales du trafic *low cost* sont régulièrement reconnues¹²²¹, les transporteurs *low cost* ont des exigences qui peuvent fragiliser les aéroports¹²²². En ce sens, l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice, à propos de Ryanair, évoque l'idée d'une concurrence fiscale entre les aéroports régionaux, que des compagnies aériennes à bas coûts sont tentées d'intégrer dans leur modèle économique.

955. Les transporteurs à bas coûts sont supposés adopter un certain modèle commercial dans lequel un élément important est la concentration des services dans les aéroports secondaires et régionaux. Or, il semble que de plus en plus de transporteurs à bas coûts s'établissent également dans ce que l'on peut considérer comme les grands aéroports. Cela soulève la question de savoir si les compagnies aériennes à bas coûts modifient leur modèle d'entreprise et adoptent des pratiques associées aux compagnies aériennes traditionnelles, et dans l'affirmative, quelles sont les causes de ce changement. Les marchés américain et européen sont régulièrement étudiés¹²²³ sur la base de la catégorisation des aéroports et des

¹²²⁰ Chiffres de l'UAF, <https://www.aeroport.fr/public/page/statistiques-de-traffic-2018-des-aeroports-francais-47> - Consulté le 22 décembre 2019.

¹²²¹ BEGBEIDER Charles et COMBE Emmanuel, Une synthèse « Les transporteurs à bas coûts », *Notes thématiques* de la Direction du Transport Aérien (2009)

¹²²² *Supra*, ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transport, 2007.

¹²²³

https://www.aeroport.fr/uploads/images/photos%20dossiers/ACI_COMPETITION_SYNOPSIS_FR_WEB_V3.pdf
Présenté au *European Aviation Club* à Bruxelles le 26 septembre 2017 - Consulté le 5 septembre 2019.

données de vol de l'OAG¹²²⁴. En se concentrant sur plusieurs TBC, avec une plus grande attention accordée à Southwest et Ryanair, leur profil d'exploitation par rapport au type d'aéroports utilisés fut analysé pour une période allant de 15 à 25 ans et jusqu'en 2015.

956. Les résultats indiquent clairement que les TBC augmentent leurs opérations à partir des grands aéroports, tout en poursuivant généralement leur stratégie de croissance et d'expansion¹²²⁵ à partir d'une multitude de paramètres qui bousculent les enseignements du passé. Ainsi la répartition stricte entre compagnies aériennes historiques ou universelles, et TBC qui faisait que ceux-ci n'opèrent pas depuis les aéroports pivots, n'est plus aussi pertinente.

957. Le régime de propriété des aéroports joue son rôle dans cette problématique et tout changement le concernant entraîne des conséquences qui ne sont pas toujours envisagées *a priori*. La propriété et la gestion de 150 aéroports locaux ont été transférées aux collectivités territoriales ou à leurs groupements par la loi du 13 août 2004, en France. L'originalité de ce texte est la procédure d'appel à candidatures instaurée au profit des acteurs locaux afin d'obtenir leur adhésion pour l'exercice de la nouvelle compétence. Ils ont été nombreux à se porter volontaires, et s'impliquer fortement dans l'activité, comme une opportunité de développement et de rayonnement des territoires.

958. Car, au-delà du cadre juridique de la décentralisation, les collectivités territoriales nouvellement compétentes sont confrontées à la fin des monopoles, à un trafic souvent insuffisant, à un réseau aéroportuaire sans limites territoriales, aux stratégies économiques de redoutables partenaires économiques. Pour les compagnies *low cost*, l'aéroport est un client et elles mettent alors en compétition les différentes plateformes, avec, de fait, une mise en concurrence des aides publiques. La question se pose alors de savoir quelles politiques publiques aéroportuaires adopter, et de définir les liens noués avec les structures avoisinantes, particulièrement avec les grands aéroports régionaux pour lesquels l'État est resté actionnaire. Les solutions ne sont pas uniformes et elles dépendent de nombreuses variables, distinctes selon les spécificités des régions.

¹²²⁴ L'OAG est un fournisseur mondial de données de voyage dont le siège est au Royaume-Uni. L'entreprise a été fondée en 1929 et opère aux États-Unis, en Europe, au Japon et en Chine.

¹²²⁵ DOBRUSZKES Frédéric, GIVONI Moshe et VOWLES Timothy, Hello major airports, goodbye regional airports? Recent changes in European and US low-cost airline airport choice, *Journal of Air Transport Management*, Elsevier, vol. 59(C), 2017, pages 50-62.

959. La position d'Air France, à cet égard, est topique de cette difficile appréhension de la situation et de la complexité de la réponse juridique à y apporter. La compagnie française resta longtemps dominante sur les aéroports de province¹²²⁶, bien au-delà des effets de la concurrence des TBC. Héritage de l'histoire du transport aérien, Air France ou ses filiales, dont son pôle régional créé en 2001, ont été souvent le principal, voire le seul client sur de nombreux aéroports. Cela a conféré à la compagnie un pouvoir exorbitant au détriment des plateformes. Sans viser à l'exhaustivité, on peut citer le cas de l'aéroport de Strasbourg-Entzheim où la compagnie détenait en 2007 près de 80 % de parts de marché, ou celui de l'aéroport de Bordeaux-Mérignac avec plus de 70 %. En Bretagne, la part de marché détenue par Air France reste encore largement majoritaire. À Brest, Air France et sa filiale représentent ainsi entre 60 à 70 % de l'activité tandis que la part de marché de la compagnie dépasse les 90 % à Quimper. À Rennes jusqu'en 2007, Air France exploitait environ 90 % des lignes au départ ou à l'arrivée de l'aéroport Rennes-Saint-Jacques.

960. Nantes-Atlantique fut un cas à part, car précurseur. L'arrivée du train à grande vitesse dans les années 1990 a obligé le gestionnaire à diversifier les opérateurs pour faire face au retrait progressif d'Air France qui ne représente plus aujourd'hui que moins de 50 % de l'activité commerciale. Ce fut dans le même sens un retrait total de l'aéroport de Strasbourg en 2016 avec la livraison de la 2^e phase de la LGV Est, qui permet un trajet de moins de deux heures, sur la ligne reliant Paris à Munich en moins de 6h au total.

961. Les *hubs* régionaux furent ainsi tributaires de ces décisions unilatérales d'Air France, amorçant paradoxalement une relation actuelle de dépendance avec les transporteurs à bas coûts. Le cas de Clermont-Ferrand en est une illustration topique. En 1992, l'aéroport de Clermont-Ferrand est choisi par Régional Airlines pour y installer son *hub*. Rapidement les dessertes vont se multiplier. Cependant, le rachat par Air France de la compagnie Régional Airlines en 2000 va remettre en cause le développement de l'aéroport. Ayant choisi quelques années plus tôt d'installer son *hub* régional sur l'aéroport de Lyon Saint-Exupéry, Air France ne souhaitera pas conserver celui d'Auvergne lorsqu'elle mettra en place son pôle régional en 2001. Malgré ses engagements commerciaux, parfois contractualisés, vis-à-vis des élus locaux, la compagnie va progressivement diminuer la fréquence des vols. L'évolution du trafic traduit

¹²²⁶ *Supra*, CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux, 2013.

pleinement la dépendance de l'aéroport par rapport aux choix stratégiques d'Air France. En 1997, le trafic s'élevait à près de 600 000 passagers. En 2002, l'aéroport atteint un pic avec plus d'un million de passagers, soit une croissance de 10,6 % entre 1998 et 2002. Depuis cette date et malgré une ligne *low cost* ouverte par Ryanair pendant la saison estivale 2003, la croissance a été négative et la plateforme a enregistré un déficit d'exploitation de 1,5 million d'euros par an. Fin 2011, le trafic s'élevait à moins de 400 000 passagers. Si la part d'Air France a diminué sur le marché intérieur du fait, notamment, de la concurrence des compagnies *low cost*, passant de 86 % en 2007 à 77 % en 2011, le groupe y reste un acteur incontournable. Cette situation expose les gestionnaires d'aéroports, en cas d'abandon de la desserte par Air France, à de sérieuses difficultés pour pérenniser et/ou réorganiser l'activité. Deux raisons principales motivent, en l'espèce, le retrait de la compagnie. D'une part, l'arrivée du TGV comme l'illustre la décision d'Air France d'interrompre en 2008 la liaison Rennes/Orly (48 000 passagers en année pleine) à cause de l'arrivée prochaine du TGV en 2015 ou celle de supprimer la ligne Strasbourg-Paris CDG qui a entraîné une perte de trafic de 45 % en trois ans. D'autre part, l'insuffisance de rentabilité à l'instar de la suppression en 2006 de la liaison entre l'aéroport Saint-Etienne-Bouthéon et Paris. En outre, comme l'illustrent les conséquences de l'ouverture du TGV Est en 2007, la dépendance des aéroports régionaux à l'égard de la compagnie risque encore de s'accroître avec la concurrence du TGV. Il est en effet prévu que l'extension du réseau de lignes à grande vitesse permette un transfert de l'aérien (lignes intérieures et européennes) au ferroviaire, estimé entre onze à quatorze millions de passagers à l'horizon 2025¹²²⁷. Néanmoins, Air France, devenue un acteur du marché comme les autres compagnies, ne pouvait plus prendre à sa charge des logiques d'aménagement du territoire¹²²⁸.

962. Ce rôle fut donc pleinement confié aux autorités locales et traduit dans le droit des aides d'État, particulièrement depuis les rénovations des lignes directrices en 2005¹²²⁹ puis

¹²²⁷ (DGAC, 2008)

¹²²⁸ HURON David, Aéroports et compagnies aériennes low-cost : des stratégies conciliables ? La réforme aéroportuaire de la loi du 13 août 2004 à l'épreuve des faits, Sous la direction de Catherine MAMONTOFF, *L'Harmattan*, pp.217-239, 2011, hal-01143620.

¹²²⁹ Communication de la Commission sur les Lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'État au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux, 2005/C 312/01, du 9 décembre 2005.

2014¹²³⁰ dont les dispositions ont été prolongées jusqu'en 2024¹²³¹. Dans ce cadre, la Commission européenne prévoit une mesure spécifique par une intensité d'aide plus élevée pour les aéroports accueillant moins de 700 000 passagers par an, susceptibles d'éprouver davantage de difficultés pour remplir les objectifs d'aménagement du territoire. Il s'agit ainsi d'assurer la couverture de l'intégralité de leurs coûts et l'autorisation d'aides au démarrage en faveur des compagnies aériennes qui ouvrent de nouvelles liaisons aériennes à partir d'aéroports accueillant jusqu'à trois millions de passagers par an pendant un maximum de trois ans.

963. Dans la volonté politique d'identifier toute régulation incomplète ou devenue obsolète, du fait notamment de l'évolution des comportements des opérateurs, il est prévu qu'à l'occasion de la prochaine révision du cadre normatif, il faille évaluer les influences combinées de la transition écologique et de la COVID-19, et en envisager leur effet sur la concurrence durable selon l'idée que le financement doit évoluer pour financer une dynamique et pas des droits acquis. Car jusque-là, la Commission ne s'est bornée qu'à renvoyer à sa communication pour une croissance durable de 2010¹²³² sans concrètement envisager une conditionnalité des aides aux aéroports et aux compagnies au respect d'engagements environnementaux.

964. La complexité de la régulation des aides d'État, singulièrement dans notre champ d'études mêlant diverses considérations autres que le développement économique, entraîne un phénomène qui jusqu'alors n'a pas été proprement pris en compte par le droit de l'Union, faute de réponse adéquate. En effet, le vocable « aides d'État » cache mal que ce sont les collectivités locales qui sont en première ligne, sous la pression des gestionnaires aéroportuaires, face aux exigences des compagnies aériennes. Dès lors, comme l'illustrent plusieurs exemples, la faible capacité de négociation inhérente à la taille des aéroports régionaux ne peut contenir le risque de voir partir une compagnie aérienne sous prétexte de son refus de l'augmentation des redevances à l'issue de la période d'aides. Ce fut ainsi le cas,

¹²³⁰ Communication de la Commission sur Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, 2014/C 99/03, du 4 avril 2014.

¹²³¹ Communication de la Commission relative à la prolongation du régime spécifique applicable aux aides au fonctionnement en faveur des aéroports accueillant jusqu'à 700 000 passagers par an prévu dans les lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, C/2018/8411 du 18 décembre 2018.

¹²³² Communication de la Commission – Europe 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020 final du 3 mars 2010. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive.

en 2015, lorsqu'en Irlande, l'*Airport Marketing Services Ltd* fut immédiatement « sanctionné » par la suppression, par Ryanair¹²³³, de sa desserte.

C – Réguler la dépendance des aéroports régionaux face aux TBC

965. La libéralisation du ciel européen (1987), confortée par l'institution du marché unique (1993), a permis l'émergence de transporteurs à bas coûts (Ryanair en Irlande – 1984 - easyJet en Grande-Bretagne – 1998 -ou encore Air One en Italie – 1983/2014), et encouragé les politiques d'alliances, par la fusion de compagnies historiques et la pratique du partage d'informations commerciales. En cela, l'espace aérien européen est structuré en deux. L'un à partir de plateformes aéroportuaires de correspondance, autour de trois grands pôles initiés par des compagnies européennes, l'autre, en marge, à partir d'aéroports soit secondaires soit régionaux. Cette recomposition du marché du transport aérien a reposé sur un binôme entre compagnies aériennes et aéroports, binôme renforcé quand il s'agissait d'une relation ancienne (Air France et l'aéroport Charles-de-Gaulle, deux symboles d'un État souverain et souhaitant revenir sur le devant de la scène internationale) ou à créer quand une compagnie telle que Ryanair cherchait à se développer (avec les aéroports de Beauvais en France ou Charleroi en Belgique). Celle-ci a pu impliquer parfois des investissements publics croisés, pour créer de nouvelles lignes aériennes avec le développement d'aéroports régionaux, permettant alors le développement du marché et l'aménagement du territoire. Mais cette intervention publique peut contrevenir à l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui pose le principe de l'interdiction des aides d'État en laissant toutefois des possibilités de dérogations. Ainsi, toutes les interventions économiques qualifiées d'aides d'État sont strictement réglementées et, hormis les cas relevant de règlements d'exemption, soumises à un processus d'autorisation préalable, donc de notification. Toute aide mise en œuvre avant d'avoir été formellement autorisée est considérée comme illégale.

¹²³³ Le 28 septembre 2015, la Commission européenne a déclaré ouvrir l'enquête rendue obligatoire par l'arrêt T-512/11 du Tribunal de l'Union européenne, qui impose d'engager une procédure visant la taxe irlandaise sur le transport aérien (TTA) : d'un montant forfaitaire de 3 euros, cette taxe est prélevée sur toute compagnie aérienne qui transporte des passagers, sauf en cas de correspondance ou transit. La compagnie Ryanair avait invoqué une aide d'État illégale au profit des compagnies aériennes Aer Lingus et Aer Arann

966. Contrairement aux aéroports de taille plus importantes¹²³⁴, trop souvent desservis par une seule compagnie aérienne, habituellement *low cost*, les petits aéroports subissent le rapport de force, qui penche totalement au profit du transporteur, particulièrement bien placé pour capter une large part des effets externes procurés par la desserte aéroportuaire. Les premières victimes de cette situation sont les collectivités territoriales qui subventionnent l'aéroport afin que les effets externes stimulent le développement local : la compagnie *low cost* récupère une fraction maximale du surplus procuré par l'activité aéronautique. **La solution à cette réelle difficulté ne relève pas principalement du droit, puisque le pouvoir de négociation de la compagnie aérienne provient en l'occurrence d'un monopole de desserte, lui-même conséquence du faible trafic inhérent aux aéroports modestes.**¹²³⁵

967. Il est toutefois envisageable que le droit de l'Union envisage la mission d'intérêt économique général assurée par ces des petits aéroports régionaux, afin d'encadrer les contreparties auxquelles peuvent prétendre les transporteurs desservant des plateformes utiles à l'aménagement du territoire malgré leur taille modeste. Ce régime pourrait également s'appliquer à certaines dessertes d'importance nationale, voire européenne, comme la liaison aérienne Paris-Strasbourg.

968. De nombreux exemples illustrent la dépendance des aéroports secondaires aux compagnies *low cost*, parmi eux, deux apparaissent symptomatiques de cette situation. Dans le cas présenté¹²³⁶, en 2000, les autorités d'un aéroport signent un contrat avec une compagnie *low cost* pour une durée de dix ans. Il y est prévu le développement d'une ou plusieurs lignes internationales assorties d'une part, d'une aide financière sous la forme de « *support marketing* », dont les versements sont dégressivement répartis, 350 000 euros les trois premières années puis 300 000 euros les huit années suivantes. D'autre part, l'aéroport doit prendre à sa charge les frais de publicité et de communication de la compagnie à l'intérieur et à l'extérieur de l'enceinte de la plateforme aéroportuaire. Après six mois, un premier bilan fait ressortir le déséquilibre du contrat passé. Sur la base d'un vol international quotidien, l'opération coûtait à l'aéroport 620 000 euros de frais de transactions, 350 000 euros de

¹²³⁴ Cf. l'annexe n°6, « liaisons annuelles et saisonnières en France » à la page ...

¹²³⁵ Assemblée nationale, Rapport du groupe de travail du 3 novembre 2014, Compétitivité du transport aérien français » présidé par M. Bruno Le Roux.

¹²³⁶ FRANCIS Graham, FIDATO Alessandro & HUMPHREYS Ian, Airport-airline interaction: The impact of low-cost carriers on two European airports, *Journal of Air Transport Management*, pp 267-273, 9/2003.

support marketing, et seulement 450 000 euros de revenus aéroportuaires, soit un déficit net de 520 000 euros. Pour le compenser, l'aéroport aurait dû recevoir 6,5 euros de recette non aéroportuaire pour chacun des 800 000 passagers estimés. Ce qui, au regard des infrastructures commerciales existantes et de la taille de l'aéroport, s'avérait impossible. Aussi, quand la direction de l'aéroport souhaita revoir les termes du contrat, la compagnie *low cost* cessa ses activités.

969. Ce qui correspond à la situation régulièrement analysée par les régulateurs, comme la DGAC en France¹²³⁷. Quarante-six aéroports métropolitains accueillent du trafic TBC en métropole. L'année 2018 a été largement positive pour certains grands aéroports avec de fortes croissances pour les liaisons internationales (Bordeaux : +22 %, Nantes : +18 %, Lyon : +12 %, Paris-CDG : +12 %), mais aussi en domestique (Bordeaux : +22 %, Nantes : +15 %, Lyon : +15 %, Paris-Orly : +12 %), confirmant leur rôle dans le maillage territorial et dans les réseaux des compagnies aériennes.

970. L'analyse du trafic des aéroports secondaires va confirmer dans le même temps, que nombreux d'entre eux sont fortement dépendants des réseaux des TBC, voire d'un seul TBC. Dès lors, lorsque l'offre *low cost* présente des signes de contraction comme à Béziers, Bergerac, Dinard, Tours, Poitiers principalement, c'est leur avenir qui est engagé. Le cas extrême est celui de l'aéroport de Saint Etienne qui a disparu de la liste des aéroports avec du trafic TBC pour l'année 2018. Il avait un trafic de 96 000 passagers en 2017 qui était assuré à 92 % par des TBC (Ryanair : 86 % du trafic, Pegasus : 6 % du trafic). Les deux TBC ont suspendu leurs dessertes au cours de l'année 2018. À partir de ce constat chiffré, la prise en compte de cette relation de dépendance fut aussi l'œuvre des juridictions. Deux exemples sont à l'origine de la jurisprudence qui fixe, aujourd'hui, le cadre juridique des relations entre aéroports et compagnies aériennes. Ils concernent les aéroports de Strasbourg et de Charleroi¹²³⁸. Dans le cas de l'aéroport de Strasbourg, la chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin s'était engagée le 28 juin 2002 à participer progressivement aux dépenses de promotion de la région réalisée à partir du site internet de Ryanair et sur d'autres médias. Cette participation reposait sur le nombre de lancements de nouvelle fréquence, 150 000

¹²³⁷ <https://www.aeroport.fr/public/page/les-notes-d-analyse-de-la-dgac-183>

¹²³⁸ MARTY Frédéric, Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence. Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes, *Revue de l'OFCE*, vol. n° 94, no. 3, 2005, pp. 97-125.

euros pour le lancement de chaque nouvelle fréquence, 708 000 euros par an et par fréquence si deux fréquences au maximum sont exploitées, culminant à 732 000 euros par an et par fréquence si trois à six fréquences sont exploitées, pour une durée de cinq ans, renouvelable deux fois. En contrepartie, la compagnie RYAN AIR s'oblige à atteindre par an à partir de la cinquième année un objectif de 375 000 passagers et 500 000 passagers par an à partir de la dixième année d'exploitation, le contrat portant sur la possibilité d'ouvrir jusqu'à six fréquences quotidiennes. Cela représentait une capacité de développement pour l'aéroport, dont le trafic culminait depuis 1996 à environ deux millions de passagers¹²³⁹. Pour donner suite à la plainte de Britair, filiale de la compagnie Air France, le Tribunal administratif a décidé en date du 24 juillet 2003, dont le jugement est confirmé par la Cour d'Appel de Nancy le 18 décembre 2003¹²⁴⁰, d'annuler les aides versées par la CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin à la compagnie Ryanair en contrepartie de l'ouverture d'une ligne vers Londres et d'actions commerciales de promotion de la région. Cette décision a eu pour effet d'annuler l'accord passé entre Ryanair et la CCI de Strasbourg, car relevant d'une aide d'État incompatible avec le droit de l'UE. En conséquence, Ryanair ferma, dès lors, les lignes desservant Strasbourg pour les reporter sur l'aéroport voisin de Baden-Baden, en Allemagne, situé à moins d'une heure de route.

971. Le cas de l'aéroport de Charleroi porte sur d'autres éléments contractuels et apporte donc un autre éclairage. À partir des données recueillies dans l'enquête détaillée¹²⁴¹ de la Commission européenne, on apprend que Ryanair a accepté d'y développer d'autres liaisons en 2001 en contrepartie d'un ensemble complet d'incitations financières. En effet, avant que Ryanair ne s'installe à Charleroi en 1997, l'aéroport n'accueillait que 20 000 passagers par année, soit cinquante par jour en moyenne. Du fait de l'ouverture de sa première liaison aérienne Charleroi-Dublin, ouverte le 1er mai 1997, Ryanair transporta 178 000 passagers en

¹²³⁹ L'aéroport de Strasbourg Entzheim International a, depuis 2007 et l'ouverture du premier tronçon de la LGV Paris Est-Strasbourg, perdu près de 45% de son trafic qui s'établissait en 2019 à un peu plus d'1.3 million de passagers.

¹²⁴⁰ Cour administrative d'appel de Nancy, 3e chambre - formation à 3, arrêt du 18 décembre 2003, n°03NC00864 confirmé par le Conseil d'État, 8e et 3e sous-sections réunies, arrêt du 27 février 2006, n°264406.

¹²⁴¹ Ouverture de la procédure formelle d'examen publiée sous le titre suivant : Invitation à présenter des observations, conformément à l'article 88, paragraphe 2, du traité CE. Aides d'État - Belgique. Aide C 76/2002 (ex. NN 122/2002) – Avantages consentis par la Région wallonne et Brussels South Charleroi Airport à la compagnie aérienne Ryanair lors de son installation à Charleroi, 25 janvier 2003.

2000¹²⁴², surclassant toutes autres relations commerciales entre l'aéroport belge et les compagnies qui y assuraient des vols. Dès lors, la dépendance économique était instaurée.

972. Que celle-ci soit renforcée à l'initiative de l'une ou de l'autre partie, elle prend la forme d'un ensemble de mesures financières visant à ce que Ryanair développe son offre. En novembre 2001, deux contrats furent signés par Ryanair, l'un avec la Région wallonne elle-même, l'autre avec l'aéroport, en vue de l'installation à Charleroi d'une base de la compagnie *low cost* pour une durée de quinze ans. C'est dans ce cadre que des faveurs controversées furent accordées à la compagnie aérienne. Certaines de celles-ci ne furent octroyées qu'une fois, comme les contributions aux frais d'ouverture de la nouvelle plateforme, pour un montant de 1,92 million d'euros concernant l'ouverture d'une base commerciale avec quatre avions et 768 000 euros pour financer le recrutement et l'entraînement des pilotes et des équipages affectés aux nouvelles destinations desservies ; quand d'autres le furent de manière continue, comprenant la participation aux opérations publicitaires, la réduction sur l'assistance en escale et le rabais de 50 % sur la redevance d'atterrissage. La compagnie aérienne irlandaise obtenait aussi une compensation pendant quinze ans des pertes d'exploitation liées à des évolutions de politiques tarifaires ou environnementales. À la date de la décision finale¹²⁴³ de la Commission européenne, en février 2004, douze destinations étaient proposées, la liaison avec Londres/Stansted ayant été supprimée par manque de rentabilité concomitamment avec le développement de la concurrence de l'offre ferroviaire, avec l'Eurostar qui circule en 2003 sur la nouvelle ligne à grande vitesse construite entre la sortie du tunnel et Londres¹²⁴⁴.

973. Aussi, dans sa décision du 12 février 2004, la Commission européenne autorise les aides au titre de la politique de soutien au démarrage de nouvelles lignes dans des aéroports secondaires, mais dans le cadre du principe de financement dit « one shot ». Ceci implique que les aides ne doivent pas dépasser 50 % du coût total de lancement, qu'elles doivent également être limitées à trois ans et sont dégressives sur cette période. Enfin, la Commission

¹²⁴² DE BEYS Julien, La décision de la Commission européenne du 12 février 2004 sur les aides d'État accordées à Ryanair, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 1852, no. 27, 2004, pp. 1-37.

¹²⁴³ Décision de la Commission du 12 février 2004, 2004/393/CE, concernant les avantages consentis par la Région wallonne et Brussels South Charleroi Airport à la compagnie aérienne Ryanair lors de son installation à Charleroi.

¹²⁴⁴

https://web.archive.org/web/20091029104058/http://www.eurostar.com/UK/be/leisure/about_eurostar/company_information/eurostar_history.jsp - Consulté le 24 mai 2019.

interdit toute discrimination au profit d'une compagnie. Dans ces conditions, la Commission européenne a estimé qu'une partie des aides versées par l'aéroport contrevenait au droit européen de la concurrence, obligeant la compagnie Ryanair à rembourser la différence. Outre cette affaire concernant Ryanair, la Commission estima, quelques mois plus tard, pour une compagnie espagnole¹²⁴⁵, que les subventions perçues par les compagnies à bas coûts étaient susceptibles de créer une situation de concurrence déloyale avec les autres compagnies ainsi que les autres aéroports. Le contrôle des aides d'État se résume ainsi à un arbitrage entre libre concurrence de principe et intérêts généraux comme exception, tels que l'aménagement du territoire ou la satisfaction du consommateur.

974. Le recours de Ryanair contre cette décision entraîna l'annulation de la décision de la Commission¹²⁴⁶ aux motifs principaux des refus de la Commission d'examiner ensemble les avantages octroyés par la Région wallonne et par Brussels South Charleroi Airport (BSCA), pourtant entreprise publique contrôlée par la Région wallonne, ainsi que d'appliquer le principe de l'investisseur privé en économie de marché aux mesures prises par la Région wallonne malgré les liens économiques unissant ces deux entités. Cette annulation fut ressentie comme une porte laissée ouverte à de nombreuses collectivités et/ou CCI qui continuent d'attribuer des subventions, parfois excessives ou dénoncées comme telles, aux aéroports au nom de l'aménagement du territoire s'exposant à un risque juridique de sanction de la part de la Commission européenne.

975. L'équilibre est difficile à obtenir entre la nécessité des aides d'État et leurs potentiels effets anticoncurrentiels. Car conformément à sa doctrine constante, il s'agit d'éviter l'engorgement des grands aéroports et de développer les capacités aéroportuaires. Celles-ci, en effet, « permettent de développer et d'assurer une meilleure exploitation des infrastructures aéroportuaires régionales qui sont actuellement sous-utilisées et représentent un coût pour la collectivité, peuvent présenter un intérêt communautaire certain et s'inscrire dans les objectifs de la politique commune des transports »¹²⁴⁷ conformément à la position

¹²⁴⁵ Décision de la Commission du 20 octobre 2004 concernant le régime d'aide mis à exécution par le Royaume d'Espagne en faveur de la compagnie aérienne Intermediación Aérea SL.

¹²⁴⁶ Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2008 dans l'affaire T-196/04, Ryanair Ltd, contre Commission des Communautés européennes.

¹²⁴⁷ Point n° 278 de la Décision de la Commission du 12 février 2004, 2004/393/CE, supra.

de la Commission qui évoquant la politique européenne des transports à l'horizon 2010¹²⁴⁸. Dès lors, entre la volonté de la puissance publique de correspondre à ses objectifs et d'en faire bénéficier son territoire et l'opérateur aérien qui cherche à minimiser les coûts d'exploitation de la liaison aérienne qu'il offre, les intérêts sont concordants. Et on pourrait dire que le but global est atteint tant que le principe d'une concurrence non faussée est respecté. C'est dans cette limite que la dépendance des aéroports régionaux est déterminante.

976. La problématique des aéroports régionaux réside dans le fait que ce n'est pas le détenteur de l'infrastructure essentielle qui dicte sa loi aux utilisateurs, mais relève de la situation inverse ¹²⁴⁹ tant l'offre aéroportuaire n'est pas en situation de congestion, mais de sous-utilisation. Certaines compagnies à bas coûts vont donc profiter de la substituabilité relative de certains aéroports régionaux pour exercer un pouvoir de monopsonie. On peut assister à une véritable inversion de « l'asymétrie habituelle entre gestionnaire et utilisateurs de la facilité essentielle »¹²⁵⁰, les aides publiques devenant « un facteur mobile dans un contexte général de concurrence des territoires ». De ce point de vue, les exigences de Ryanair vis-à-vis des aéroports desservis peuvent être assimilées aux pratiques des « marges arrière » imposées par la grande distribution aux petits producteurs. L'ensemble des analyses¹²⁵¹ des négociations pour l'ouverture d'une ligne identifie dans les exigences des compagnies sur les conditions qui leur sont faites des points saillants.

977. Premièrement, il s'agit de prendre en compte la durée de l'engagement pris par les compagnies aériennes alors qu'elles demandent des aides financières qui peuvent être conséquentes. Pour le cas de l'aéroport de Beauvais-Tillé¹²⁵², par exemple, les réductions de tarif accordées sur les prestations d'assistance en escale ont conduit à un déficit d'exploitation du poste « assistance aéroportuaire ». Les aéroports peuvent également être amenés à payer des commissions de plusieurs euros par passager en contrepartie du développement touristique induit par la compagnie. En outre, les compagnies exigent souvent la prise en

¹²⁴⁸ Livre blanc « la politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix » COM (2001) final, 12 septembre 2001

¹²⁴⁹ *Supra*, CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux, 2013.

¹²⁵⁰ MARTY Frédéric, Politiques publiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence : Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes, OFCE, 2005.

¹²⁵¹ *Supra*, ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transport, 2007.

¹²⁵² *Supra*, CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux, 2013.

charge des frais de marketing pour l'ouverture d'une ligne qui peuvent s'élever à plusieurs centaines de milliers d'euros. Cela a été le cas à Reims-Champagne (200 000 euros) et à Grenoble-Isère (450 000 euros). La chambre régionale des comptes énonçait dans son rapport, en deux tomes, que

« Malgré l'évolution importante du trafic aérien et du nombre de passagers, bien au-delà des hypothèses initiales du contrat, la rentabilité de l'exploitation de la plateforme aéroportuaire n'a pas progressé dans les mêmes proportions du fait de la faiblesse de certaines recettes aéronautiques, conséquence directe du niveau des remises consenties notamment à Ryanair, principale compagnie aérienne desservant la plateforme, et de l'absence de rémunération des prestations d'assistance en escale réalisées par la SAGEB¹²⁵³ pour les compagnies aériennes. Entre 2008 et 2014, la SAGEB s'est ainsi privée d'environ 85 M€ de produits, dont 78 M€ au bénéfice de la seule compagnie Ryanair.

Les accords successifs passés avec la compagnie Ryanair, qui assure 85 % du trafic de l'aéroport, sont fragiles, car ils ne respectent pas le formalisme minimal d'un contrat. Ils ne prévoient pas de contrepartie aux remises et avantages que lui octroie la SAGEB, ce qui fragilise la pérennité du développement de la plateforme. »¹²⁵⁴

978. Deuxièmement, lorsque le trafic ne correspond plus à leurs attentes, les compagnies *low cost* n'hésitent pas à dénoncer les contrats qui les lient aux aéroports. Ces pratiques ont été constatées sur les aéroports de Dijon, de Poitiers, de Caen, de Reims et de Deauville. Dans certains cas, les liaisons ne sont pas interrompues, mais les fréquences sont revues à la baisse. Ainsi sur la période octobre 2006 – mars 2007, l'aéroport de Rodez-Marcillac qui devait avoir une liaison quotidienne avec Londres-Started n'a connu qu'un maximum de trois vols hebdomadaires et un seul vol au cours du mois de janvier. La pression sur le gestionnaire d'un aéroport peut prendre également la forme d'une pression financière. Le cas de l'aéroport de Pau en est une illustration, engageant à nouveau la compagnie Ryanair. Celle-ci, présente sur la plateforme, a exigé le quadruplement des aides publiques versées par les collectivités locales sous peine de transférer ses lignes vers l'aéroport de Tarbes distant de moins de 40 km. Malgré ses protestations, la communauté de Pau a fini par obtempérer aux exigences du transporteur¹²⁵⁵.

¹²⁵³ Société aéroportuaire de gestion et d'exploitation de Beauvais - SAGEB

¹²⁵⁴ Rapport d'observation de la Chambre régionale des comptes du 28 juin 2017 <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/aeroport-de-beauvais-tille-tome-2-societe-aeroportuaire-de-gestion-et-dexploitation-de>

¹²⁵⁵ *Supra*, CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux, 2013.

979. Troisièmement et enfin, pour répondre aux besoins des compagnies *low cost*, les aéroports sont également amenés à réaliser de lourds investissements¹²⁵⁶. À titre d'exemple, les aéroports de Carcassonne¹²⁵⁷ et de Bergerac ont été obligés de rallonger leurs pistes. Ce dernier exemple fut moins l'objet de critiques, tant l'allongement de la piste le fut dans le cadre d'une rénovation de celle-ci du fait de fissures importantes et qui la menaçaient d'une fermeture administrative. En outre, il est souvent fait mention du manque de complémentarité dans la gestion d'aéroports, si bien que les investissements dans de nouvelles infrastructures ne sont pas toujours justifiés. De plus, il arrive que les compagnies demandent une contribution par passager qui varie selon l'attractivité de la plateforme et de la région desservie. Ce système peut devenir très coûteux pour un aéroport lorsque le trafic augmente fortement, entraînant parfois un déficit d'exploitation.

980. Le cas l'aéroport de Dinard-Pleurtuis¹²⁵⁸ est particulièrement éloquent et symptomatique d'une situation qui a tendance à se dégrader et qui a pu faire l'objet d'une très large¹²⁵⁹ et régulière¹²⁶⁰ tentative de remise en cause par la Commission européenne. Depuis le début des années 2000, le trafic a fortement augmenté, passant de 87 000 passagers en 2001 à 201 000 en 2008. Deux compagnies exploitent des lignes régulières : Aurigny Air Services et Ryanair. En 2007, la Chambre régionale des comptes a souligné le rapport particulièrement déséquilibré entre l'aéroport et la compagnie Ryanair qui fait peser sur le gestionnaire un risque à la fois juridique (vis-à-vis de la réglementation européenne) et financier. La CCI de Saint-Malo a ainsi accordé à Ryanair diverses ristournes pour un total de 658 000 euros en 2003, de 834 000 euros en 2004 et de 1,143 million d'euros en 2005. Ces chiffres ne tiennent pas compte de nombreux avantages non facturés à l'opérateur. En outre,

¹²⁵⁶ Sénat, Concurrence dans le transport aérien : l'indispensable transparence, Rapport d'information n°180 (2015-2016) de MM. Jean BIZET, Éric BOCQUET, Claude KERN et Simon SUTOUR, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 19 novembre 2015.

¹²⁵⁷ Aides d'État — France — Aide d'État SA.33962 (2012/C ex 2012/NN) — Aéroport de Carcassonne — Invitation à présenter des observations en application de l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹²⁵⁸ CARRARD Michel, L'arrivée des opérateurs privés dans le réseau des aéroports français : éléments pour une réflexion prospective », *Flux*, vol. 106, no. 4, 2016, pp. 58-78.

¹²⁵⁹ *Supra*, les arrêts du Tribunal du 13 décembre 2018 dans les affaires T-165/16 - ECLI:EU:T:2018:952 - ; T-77/16 - ECLI:EU:T:2018:947 - ; T-53/16 - ECLI:EU:T:2018:943 - ; T165/15 - ECLI:EU:T:2018:953 - et l'affaire T111-15 - ECLI:EU:T:2018:953, Ryanair c/ Commission.

¹²⁶⁰ Arrêt du Tribunal du 10 décembre 2010 dans l'affaire T-497/08 (Affaires jointes : T-494/08 - Aarhus, Danemark ; T-495/08 - Alghero, Italie ; T-496/08 - Berlin-Schönefeld, RFA ; T-498/08 - Lübeck-Blankensee, RFA ; T-499/08 (Pau-Béarn, France) ; T-500/08 - Tampere-Pirkkala, Finlande et T-509/08 - Bratislava, Slovaquie), Ryanair / Commission, ECLI:EU:T:2010:511.

l'aéroport est resté déficitaire et Ryanair n'emploie aucun salarié à Dinard. Tous les personnels, incluant les hôtesse au sol, les agents de sécurité et les préposés aux bagages, sont salariés de la CCI. Pour couronner le tout, le rapport souligne qu'« il n'y a pas de contrat entre la compagnie Ryanair et la CCI [...] La compagnie irlandaise n'a donc aucune obligation vis-à-vis de Dinard et de son gestionnaire »¹²⁶¹. Par conséquent, elle peut décider de quitter l'aéroport du jour au lendemain sans avoir le moindre dédommagement à verser.

981. Le second cas, support de notre analyse, est l'aéroport de Beauvais-Tillé, dit « Paris-Beauvais » dont Ryanair a fait l'une de ces principales bases commerciales en Europe. L'aéroport de Paris-Beauvais, est la dénomination commerciale de l'aéroport de Beauvais-Tillé, aéroport civil français, situé dans la commune de Tillé, à 2 km au nord-est de Beauvais, dans l'Oise, en région des Hauts-de-France et à environ 70 km de Paris. En 2018, l'aéroport Beauvais-Tillé comptabilise 3,78 millions de passagers, se plaçant ainsi au 10e rang des plateformes françaises. Une très grande majorité des vols est assurée par la compagnie Ryanair. Pour augmenter son attractivité, la société aéroportuaire de gestion et d'exploitation de Beauvais (SAGEB) souhaite développer l'offre et créer des conditions d'accueil supplémentaires pour les compagnies. Pour cela, elle a lancé une consultation publique sur le site du ministère de la Transition écologique et solidaire le 30 août 2019, concernant le projet d'arrêté relatif aux dérogations accordées en cas de dépassement du couvre-feu instauré à l'aéroport de Beauvais-Tillé. Cet arrêté prévoit d'octroyer au cas par cas des dérogations permettant ainsi aux aéronefs d'atterrir entre minuit et 5 heures du matin alors qu'actuellement l'arrêté du 25 avril 2002 l'interdit sous peine d'une amende de 40 000 euros. Les dérogations accordées concerneront les aéronefs, ceux effectuant des vols réguliers de transport de passagers et dont la certification acoustique répond aux normes, enfin dont le dernier atterrissage était programmé entre 21 heures et 23 heures et dont le décollage est prévu le lendemain après 5 heures.

982. C'est dans ce cadre que la révision du « règlement général d'exemption par catégorie » sur les aides d'État, dévoilée en mai 2017 par Margrethe VESTAGER, la commissaire européenne à la Concurrence fut très positivement accueillie. Car face à l'immensité et la lourdeur de la tâche de contrôle des notifications d'aides d'État, nombre

¹²⁶¹ *Supra*, CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux, 2013.

d'exceptions avaient été accordées depuis 2014, lors d'une précédente simplification de la procédure de contrôle. Ces exceptions tenaient compte des secteurs et montants octroyés, pour autant que tout risque sérieux de distorsion du marché unique était écarté. Ces exemptions couvraient déjà 95 % du nombre total d'aides d'État versées dans l'UE, pour un total de 28 milliards d'euros par an, permettant au « gendarme européen » de se concentrer sur les 5 % d'opérations les plus massives (62 milliards d'euros) et bien loin de la vision si locale d'une bureaucratie eurocrate et tatillonne. Par ailleurs, les petits et moyens aéroports sont aussi pris en compte : une exemption de déclaration préalable est créée pour les aides reçues par ceux accueillant moins de 3 millions de passagers par an. C'est une charge administrative allégée et des mois d'attente qui disparaissent pour simplifier l'investissement public en laissant plus de marges aux États membres. Cet allègement notable de la procédure a bénéficié à 420 aéroports en Europe (environ quatre sur cinq), qui accueillent 13 % du trafic. Enfin, des règles encore plus souples sont prévues pour les plus petits aéroports (jusqu'à 200.000 passagers par an), les aides pourront notamment y couvrir les pertes d'exploitation dans le but d'accélérer l'investissement dans ces infrastructures clefs pour l'activité économique. **Quand le développement et l'aménagement régional servent aussi à la concurrence sur le marché du transport aérien.**

983. C'est à l'aune de cette réglementation que la saga judiciaire autour de l'aéroport de Charleroi, Belgique est, une nouvelle fois, éclairante. Le 25 janvier 2018, Le Tribunal de l'Union européenne a rejeté¹²⁶² le recours introduit par la société gestionnaire de l'aéroport de Charleroi, Belgique, contre une décision¹²⁶³ de la Commission européenne. Celle-ci lui réclamait le remboursement de quelque six millions d'euros à l'État belge, d'aides d'État illégalement perçues depuis 2014. Après une similaire affaire de 2004, déjà sanctionnée par le Tribunal, la Commission avait établi que plusieurs mesures accordées par la Belgique à Brussels South Charleroi Airport, constituaient des aides d'État illégales au sens des règles de l'UE. Il s'agissait d'un avantage indu octroyé à ce gestionnaire d'aéroport, sous la forme d'une redevance de concession trop basse par rapport à ce qu'aurait exigé un opérateur privé.

¹²⁶² Arrêt du Tribunal du 25 janvier 2018 dans l'affaire T-818/14, BSCAc/Commission, ECLI:EU:T:2018:33.

¹²⁶³ Décision C(2014) 6849 final de la Commission, du 1er octobre 2014, concernant les mesures SA. 14093 (C76/2002).

984. L'affaire eut un grand retentissement, car, outre le fait qu'elle pointait des relations « coupables » avec la compagnie Ryanair datant de 1997, elle démontrait, encore une fois, l'appétence de la compagnie irlandaise pour l'attribution de subventions publiques, que ce soit en France (recours en 2012 et 2017 contre les aides d'État attribuées par l'aéroport de Beauvais-Tillé, mais aussi les aéroports de Carcassonne, de Charente, Nîmes-Uzès ou Pau-Béarn) ou plus récemment l'ouverture dans les affaires portant sur territoire allemand (Frankfurt-Hahn, Saarbrücken et Zweibrücken).

985. Cet aéroport de Francfort-Hahn est un aéroport régional situé dans l'État fédéré allemand de Rhénanie-Palatinat, à environ 120 km à l'ouest de Francfort-sur-le-Main, troisième aéroport européen. Il gère un trafic d'environ 2,5 millions de passagers par an. La Commission européenne a ouvert une enquête afin d'établir si les mesures accordées à Ryanair par le gestionnaire de l'aéroport étaient conformes aux règles en matière d'aides d'État. Comme pour l'aéroport belge, ce sont certains contrats de services de marketing conclus entre l'État de Rhénanie-Palatinat et Ryanair avant 2009, qui semblent litigieux. Cette enquête englobe aussi d'autres contrats régissant les relations financières, conclus entre 2009 et 2017, notamment sur des services aéroportuaires, des aides à la formation en faveur de Ryanair, le financement d'une école formant des membres d'équipage et des pilotes, ainsi que le financement d'un espace de maintenance pour Ryanair.

986. Faisant suite aux affaires précitées, **la Commission rappelle, au détriment de Ryanair, que des aides ne sont admissibles que si elles sont en rapport direct avec le démarrage de nouvelles liaisons à partir d'aéroports régionaux.** Cette position fut confirmée par le Tribunal¹²⁶⁴ qui avait à juger d'un recours sur des arguments de forme, incluant l'accès aux documents et l'examen individuel des affaires. En fixant les conditions des aides aux compagnies aériennes, l'autorité de la concurrence européenne conforte la position des aéroports régionaux en leur permettant de ne plus être soumis aux enchères proposées par Ryanair, ou une autre compagnie. Leurs concurrents ne peuvent pas offrir plus de la moitié des frais liés au démarrage de nouvelles lignes.

¹²⁶⁴ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 10 décembre 2010 dans l'affaire T-497/08 (Affaires jointes : T-494/08 - Aarhus, Danemark ; T-495/08 - Alghero, Italie ; T-496/08 - Berlin-Schönefeld, RFA ; T-498/08 - Lübeck-Blankensee, RFA ; T-499/08 (Pau-Béarn, France) ; T-500/08 - Tampere-Pirkkala, Finlande et T-509/08 - Bratislava, Slovaquie), Ryanair c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:511.

987. Au-delà de cette question des aides d'État, cette actualité illustre un phénomène, hélas récurrent de la politique commerciale et sociale des entreprises, tant il peut s'agir d'un chantage aux délocalisations, plus ou moins assumé par les compagnies aériennes, à l'encontre des décideurs politiques fort démunis face à ces menaces. Car après avoir fermé ses bases de Bâle-Mulhouse en 2009, après un refus de l'Euro airport de Bâle-Mulhouse de baisser substantiellement le montant des taxes d'aéroport, celle de Marseille-Provence en 2013, à la suite d'une condamnation pour travail dissimulé, la compagnie irlandaise a annoncé, à l'automne 2018, la fermeture de ses bases à Eindhoven (Pays-Bas) et à Brême (Allemagne), après la réduction de celle de Düsseldorf (Allemagne) dans le contexte du conflit social important qui l'oppose à ses pilotes.

988. On peut rappeler, dans ce débat autour des effets comportementaux des aides d'État sur les TBC, qu'il y a plus de dix ans, lorsqu'Air France dépose fin 2009 une plainte auprès de la Commission européenne relative aux aides versées à Ryanair, cette compagnie estime que le développement de sa concurrente repose sur des aides illégales (estimées à 660 millions d'euros) provenant d'au moins 25 aéroports français desservis¹²⁶⁵. Les différentes formes qui caractérisaient cette somme (rabais sur redevances aéroportuaires, tarifs préférentiels d'assistance en escale, aides marketing, etc.), posent la question du soutien public à des activités privées, et celle, centrale dans notre cas, de la concurrence fiscale comme instrument d'aménagement des territoires.

989. **L'intégration européenne ne se réduit pas à ses aspects économiques et politiques, tant elle est aussi un phénomène d'ordre géographique. Cette intégration se traduit dans l'intensification, dans l'espace géographique, des liaisons entre les territoires européens, régions et villes.** La construction de nouvelles infrastructures de transport et de communication, les déplacements de personnes et les échanges d'information, la constitution de réseaux plus ou moins formalisés entre les entreprises, les associations et les collectivités locales, sont les principales caractéristiques de cette intégration. Il en résulte des interdépendances croissantes entre les territoires, qui deviennent de plus en plus solidaires

¹²⁶⁵ Estelle MALAVOLTI et Frédéric MARTY, Analyse économique des aides publiques versées par les aéroports régionaux aux compagnies *low cost*, *European Consumer Law Journal / Revue européenne de droit de la consommation (R.E.D.C.)*, Larcier, 2010, n° 2010/3-4, pp.529-558.

dans leurs fonctionnements et dans leurs évolutions¹²⁶⁶. En particulier, les grandes villes européennes sont des nœuds essentiels d'un ensemble cohérent, fonctionnant comme un véritable système de villes européennes. Pour chaque strate de territoire, la question des effets structurants, ou non, de la transition énergétique et climatique implique d'évaluer si cela perturbe ou non la hiérarchisation des catégories aéroportuaires. La réponse ne semble pas définitive. Mais on peut y répondre par l'affirmative et estimer que l'approche du Pacte vert européen - Green deal – parce qu'elle est holistique, convie à inclure les transports dans l'ensemble des politiques qui sous-tendent la transition écologique, tout en tempérant dans la mesure de la transition énergétique qui ne nécessite pas nécessairement un bouleversement des financements privés/étatiques/européens.

990. Pour l'instant, ce qui apparaît comme le plus évident vient de ce que les effets de la transition énergétique et climatique, sans remettre en cause cette hiérarchisation, tend à identifier les solutions pour améliorer la connectivité des zones périphériques qui restent encore laissées pour compte de l'approche globalisée des transports.

§ 2 - Les voies à suivre pour améliorer la desserte des zones périphériques

991. Les règles de concurrence ne sont pas pensées comme pouvant intrinsèquement apporter une réponse à l'éloignement, pour ne pas dire l'isolement, des zones périphériques et ultrapériphériques, ce que les règles de libre circulation peuvent contribuer à faire. Aussi, la libéralisation du transport aérien de passagers, si elle a entraîné des effets bénéfiques pour le développement régional, n'exclut pas une analyse critique (A). Par ailleurs, elle n'a pas apporté de solution à la forte dépendance des régions ultramarines lointaines qui tentent de démultiplier la multimodalité du transport pour sortir d'une dépendance au transport aérien (B).

¹²⁶⁶ PUMAIN Denise, SAINT-JULIEN Thérèse, Le réseau des villes de dimension européenne, Hommes et Terres du Nord, 1993/1, L'Europe de 1993. pp. 15-25 ; doi : <https://doi.org/10.3406/htn.1993.2404>

A – Les imperfections de la politique de concurrence pour garantir le développement régional

992. La politique régionale est régie par les articles 174 à 178 TFUE. L'article 174 souligne que la cohésion économique, sociale et territoriale est essentielle au « développement harmonieux de l'ensemble de la Communauté » et exige la réduction de « l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions ». Dans cette perspective, le traité prévoit la coordination des politiques économiques, la mise en œuvre des politiques européennes dans une combinaison impliquant l'édification du marché intérieur et une politique de cohésion. L'article 174 du TFUE évoque également les régions concernées par la politique de cohésion comme, pour notre étude, « les régions souffrant de handicaps naturels ou démographiques graves et permanents telles que les régions les plus septentrionales à très faible densité de population et les régions insulaires, transfrontalières et de montagne ».

993. Contrainte par cet objectif, la Commission européenne tente de mener une politique qui vise à orienter les comportements des agents, ciblant les conséquences que la concurrence était censée apporter pour créer un marché tablant sur l'esprit d'initiative et le soutien public à l'ouverture de nouvelles lignes. Lors de son projet de refonte de la réglementation de la capacité aéroportuaire, **la Commission reste dans une logique de marché¹²⁶⁷ et d'application des règles de concurrence, comme l'accès libre à la ressource aéroportuaire ou l'orientation et contrôle des aides d'État, plutôt que privilégier une action volontariste pour promouvoir des liaisons régionales.**

994. C'est au travers de sa politique de cohésion, dans lequel le secteur des transports s'insère, qu'elle agit à titre essentiel, laissant à la politique de transport, une fonction de métastructuration du RTE-T. La concurrence durable résulte de cette mise en tension de ces politiques et doit tenir compte du développement relativement récent de l'action coopérative des entreprises dans le développement régional. Deux exemples sont évocateurs de cette nécessité d'équilibrer les positionnements entre les différentes directions générales, DG Mobilité / DG Concurrence pour lutter contre la « tyrannie de la distance¹²⁶⁸ » ?

¹²⁶⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée « Politique aéroportuaire de l'Union européenne – résoudre les problèmes de capacité et de qualité pour favoriser la croissance, la connectivité et la mobilité durable (communication du 1er décembre 2011, COM(2011) 823).

¹²⁶⁸ BLAINEY Geoffrey, The tyranny of distance : How distance shaped Australia's history cité dans Manuel de la Grande Transition, Former pour transformer, collectif FORTES, RENOARD Cécile, BEAU Rémi, GOUPIL

995. Il s'agit d'abord de l'accès au transport par l'économie coopérative, envisagée par la Commission comme relevant du développement rural et régional. Ainsi,

« En tant qu'organisations axées sur les membres, les coopératives [représentent un] enracinement local [qui] peut être un rempart efficace contre la désertification des campagnes et contribuer au développement des régions et localités défavorisées. Les États membres sont invités à prendre pleinement en considération le rôle bénéfique des coopératives locales au niveau régional, ainsi que dans les régions isolées et les zones urbaines défavorisées, lorsqu'ils élaborent des politiques de soutien pour les régions en retard de développement. »¹²⁶⁹

996. Cette logique a été mise en œuvre pour le transport ferroviaire par le projet d'ouverture par la coopérative¹²⁷⁰ ferroviaire Railcoop de la ligne Bordeaux-Lyon. Après avoir été déclarée à l'ART (Autorité de régulation des transports), cette coopérative souhaitait récupérer des sillons délaissés par la SNCF au profit des grandes lignes ou des lignes à grande vitesse. Pour cela, elle se base sur le fait que « 90% des Français résident actuellement à moins de 10km d'une gare. Néanmoins, 30% des gares existantes sont non desservies et le réseau actuel sert en priorité les grandes villes et les axes Paris-Province. ». Le projet de la coopérative devrait desservir neuf villes¹²⁷¹ sur son parcours entre les deux capitales régionales. Le service prévu pour le 26 juin 2022 était toujours en attente d'attribution des sillons par le gestionnaire SNCF Réseaux¹²⁷².

997. Il apparaît avec cette initiative que **la seule politique de concurrence n'est pas adaptée, laissant, dans cette configuration géographique, les anciens opérateurs de monopoles délaissés les destinations concurrencées par les offres alternatives par manque de rentabilité**. Les vertus supposées de la concurrence et l'illusion dogmatique que le marché peut répondre seul aux aspirations générales est directement confronté à des considérations éminemment sociales¹²⁷³, de bien-être d'une population quant à son accès à la mobilité.

Christophe et KOENIG Christian (sous la dir.), Campus de la transition, Éditions Les Liens qui Libèrent, octobre 2020.

¹²⁶⁹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la promotion des sociétés coopératives en Europe /* COM/2004/0018 final du 23 février 2004.

¹²⁷⁰ Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire modifiant la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération.

¹²⁷¹ Libourne, Périgueux, Limoges, Saint-Sulpice-Laurière, Guéret, Montluçon, Gannat, Saint-Germain-des-Fossés, Roanne.

¹²⁷² <https://www.railcoop.fr/le-projet-railcoop/> - Consulté le 15 juin 2020.

¹²⁷³ Règlement UE n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

998. On peut ainsi relever la philosophie de ce qui est, à notre sens, la première coopérative ferroviaire, lorsque Railcoop a pour objet d'offrir des services complémentaires au service public, dans le cadre des services librement organisés. Cet objectif les place dans une démarche nouvelle et peut-être innovante. Il s'agit en effet, face à des sociétés anciennement de monopoles, d'assurer des trajets en train de passagers et de marchandises sans subvention publique, en offrant des services complets, de grandes lignes nationales et, à terme, internationales, de jour comme de nuit ainsi que des dessertes locales utiles aux territoires. Si le projet aboutit, nous serions là dans une concrétisation des vœux de la Commission exprimés dans sa communication « La promotion des sociétés coopératives en Europe »¹²⁷⁴ du 23 février 2004, qui rappelait l'existence des sociétés coopératives européennes (SEC) depuis un règlement de 2003¹²⁷⁵, forme juridique qui pourrait trouver à s'appliquer pour un tel projet dans un contexte d'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de passagers. La question reste de savoir si ce modèle peut être appliqué aux services de transport aérien de passagers.

999. Le deuxième exemple de prise en compte des nécessités du développement régional est la politique des alliances. Tel est le cas de l'alliance entre les compagnies aériennes pour faciliter le transport dans les Caraïbes¹²⁷⁶. Le projet Caribsky participe, depuis janvier 2017, au développement des réseaux de transport aérien et permet d'améliorer l'accessibilité des territoires de la zone caribéenne. Ce projet consiste à créer une alliance entre les compagnies aériennes intracaribéennes afin de trouver des voies de complémentarité de services. En effet, la compagnie française Air Antilles, la Néerlandaise Winair et la compagnie d'Antigua-et-Barbuda, LIAT, tout en conservant leur flotte et leur programme, ont la volonté commune de se développer ensemble, pour créer des réseaux complémentaires et d'adapter leur flotte à tous les aéroports. L'objectif de connectivité régionale était de compléter les liaisons continentales, vers l'Amérique du Nord et l'Europe essentiellement, pour une Caraïbe insulaire composée de pas moins de trente-cinq îles échelonnées sur un arc long de 3 500 kilomètres. Son trafic aérien global est estimé à quatre millions de passagers intracaréïbe,

¹²⁷⁴ Communication COM/2004/0018 final du 23 février 2004, op cit

¹²⁷⁵ Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC).

¹²⁷⁶ Commission européenne, https://ec.europa.eu/regional_policy/fr/projects/France/an-alliance-between-airlines-to-facilitate-transport-in-the-caribbean - Consulté le 15 juin 2020.

pour près de quarante-cinq millions d'habitants, dont onze millions pour la seule île de Cuba. Dans ce contexte, les liaisons aériennes se caractérisent par une grande difficulté pour se déplacer, du fait d'un manque de liaisons directes et de rares possibilités de vols en correspondance. Cette difficulté se double d'une grande saisonnalité de l'offre et d'une variabilité importante des tarifs.

1000. Leurs outils de production se complétant, l'objectif était de dégager de nombreuses synergies comprenant l'utilisation optimisée des flottes et l'échange des savoir-faire des compagnies opérant dans la zone de coopération et incluant la mise en commun de leur logistique d'achats et des programmes de fidélisation. **Autant de pratiques qui, non seulement couvertes par une exemption catégorielle¹²⁷⁷, sont en outre appuyées par des fonds européens¹²⁷⁸.** Le projet « Partenariat Aérien Inter Régional Express (PAIRE)/CARIBSKY » a fait l'objet d'un investissement total de 4 933 333 EUR ; la contribution du Fonds européen de développement régional s'élève à 2 466 666 EUR au titre du programme de coopération « Interreg Caraïbes » pour la période de programmation 2014-2020. L'investissement relève de la priorité « Emploi, croissance et investissements ».

1001. L'une des conséquences majeures de cette politique fut pour la compagnie chef de file du projet, Air Antilles, qui a pu développer son offre de dix à vingt-deux escales dès la première année, pour atteindre trente-cinq escales courant 2020. Les vols Air Antilles parcourent ainsi la Caraïbe néerlandaise¹²⁷⁹, alors qu'au cours des quinze dernières années, elle était restée confinée à la Caraïbe française.

1002. Le bilan de ce projet est positif et correspond aux attentes tant du droit de la concurrence que du fonds de cohésion. En améliorant la mobilité des voyageurs caribéens dans la zone, il a permis une diminution des tarifs ensuite, Caribsky a bénéficié aux différents territoires des Caraïbes en augmentant les liaisons et les connexions avec les vols transatlantiques.

¹²⁷⁷ Annexe 2 du règlement repris à la page 907 (annexe n°8 de cette thèse).

¹²⁷⁸ Le projet « Partenariat Aérien Inter Régional Express (PAIRE)/CARIBSKY » a fait l'objet d'un investissement total de 4 933 333 EUR ; la contribution du Fonds européen de développement régional s'élève à 2 466 666 EUR au titre du programme de coopération « Interreg Caraïbes » pour la période de programmation 2014-2020. L'investissement relève de la priorité « Emploi, croissance et investissements ».

¹²⁷⁹ Depuis 2010, le Royaume des Pays-Bas comprend quatre territoires autonomes : les Pays-Bas proprement dit et trois situés aux Antilles, Aruba, Curaçao et la partie néerlandaise de Saint-Martin. Trois entités publiques, Bonaire, Saba et Saint-Eustache sont aux Pays-Bas, en tant que communes européennes sous statut de Région ultrapériphérique (RUP) aux règles adaptées à leur situation géographique.

B – La quête d’une solution pertinente pour les régions périphériques

1003. Hors du continent européen, vingt-deux territoires répartis sur l’ensemble du globe sont membres de l’Union européenne ou entretiennent des liens privilégiés avec elle. Ils sont regroupés en deux catégories recouvrant deux statuts distincts, celui des régions ultrapériphériques (RUP) et celui des pays et territoires d’outre-mer (PTOM). **Comme les autres régions européennes, celles-ci sont soumises au droit européen, qui prend toutefois en compte leurs spécificités.**

1004. L’Union européenne compte neuf régions ultrapériphériques géographiquement très éloignées du continent européen. Il s’agit de la Guyane, de la Guadeloupe, de la Martinique, de Mayotte, de La Réunion et de Saint-Martin (France), des Açores et de Madère (Portugal), et des îles Canaries (Espagne). Ces territoires doivent respecter l’acquis communautaire (le socle commun de droits et d’obligations qui lie l’ensemble des États membres au titre de l’Union européenne) et parvenir aux standards européens en matière de normes (qualité et sécurité des produits, etc.). L’article 349 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE), base juridique de leur relation avec l’Union européenne, permet d’adapter les politiques européennes aux spécificités des RUP. Certaines dérogations ont ainsi été obtenues, notamment pour « les aides d’État, et les conditions d’accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de l’Union ». Ainsi, l’article 107(3) (a) du TFUE permet l’application dans les RUP de taux d’aides supérieurs, indépendamment du niveau de leur PIB, afin de leur assurer un environnement adéquat pour le développement des PME et TPE.

1005. Par ailleurs, les RUP bénéficient, au même titre que les autres régions d’Europe continentale, des fonds structurels et d’investissements (FESI) qui permettent d’avoir un effet de levier pour mener des projets structurants pour les territoires. Concernées par l’ensemble des politiques européennes, les RUP sont plus particulièrement impactées par la politique de cohésion en tant que parties de la catégorie des « régions les moins développées » de l’Union. Une qualification donnée en fonction de critères économiques et sociaux (taux de chômage, PIB de la région...), qui leur permet de bénéficier de dotations plus importantes des FESI.

1006. Le taux de cofinancement des projets, c’est-à-dire la participation financière de l’Union européenne, est alors plus élevé que dans les régions métropolitaines et peut

atteindre 85 % (un taux qui devrait être abaissé à 70 % pour la période 2021-2027). Les critères de sélection sont fonction des programmes opérationnels regroupant une grande variété de domaines : recherche et innovation, environnement, transition numérique, emploi, développement durable, énergie, aides aux entreprises. Par ailleurs, le Fonds européen de développement régional (FEDER) prévoit une allocation spécifique (ASRUP). Les RUP françaises ont bénéficié de 4,9 milliards d'euros au titre de la politique de cohésion sur la période 2014-2020, des montants qui ont permis de financer 1 420 projets, selon un rapport du Sénat français¹²⁸⁰. De plus, les RUP sont très impliquées dans les programmes de coopération territoriale (INTERREG) cofinancés par le FEDER, qui constituent pour elles un instrument pour renforcer leur intégration régionale. Le programme "Caraïbes" entre la Martinique, la Guadeloupe, St-Martin, la Guyane et associant les États de la zone caraïbe en est un exemple.

1007. **Les RUP sont ainsi soutenues au titre de la continuité territoriale, mais aussi plus prosaïquement parce qu'elles offrent de nombreux atouts à l'Union européenne.** Elles lui assurent une présence dans des zones géographiques stratégiques, et présentent d'importantes potentialités en matière de recherche et d'innovation. Les secteurs de la biodiversité terrestre et marine (La Réunion a été classée par l'Union mondiale pour la nature parmi les 34 "points chauds" de la biodiversité par exemple), de la pharmacologie (grâce à la présence de plantes endémiques présentant des molécules et substances actives utilisables par l'industrie pharmaceutique), des énergies renouvelables et de l'aérospatial (le Centre Spatial Guyanais est la principale base de lancement de satellites et fusées de l'Union européenne) en sont les exemples les plus remarquables.

1008. Elle dénombre par ailleurs donc treize pays et territoires d'outre-mer (PTOM), dont six en lien avec la France¹²⁸¹, tout comme les Pays-Bas. Un PTOM relève constitutionnellement du Danemark. Dépendants des États membres de l'UE, les PTOM ne font toutefois pas partie intégrante de l'Union européenne. Dès lors, le principal enjeu est de maintenir et renforcer le soutien au développement économique que fournit l'Union européenne, au titre de l'article

¹²⁸⁰ Les enjeux financiers et fiscaux européens pour les outre-mer en 2020, rapport d'information au nom de la délégation sénatoriale aux outre-mer, n°651 (2019-2020) de Mme Vivette LOPEZ, MM. Gilbert ROGER et Dominique THÉOPHILE du 16 juillet 2020.

¹²⁸¹ La Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Pierre-et-Miquelon, les Terres Australes et Antarctiques Françaises et les îles de Wallis-et-Futuna.

198 du TFUE qui fonde l'association de ces territoires à l'Union européenne¹²⁸². Jusqu'au 31 janvier 2020, les PTOM étaient au nombre de 25, 12 d'entre eux appartenant au Royaume-Uni. Les PTOM bénéficient du fonds européen de développement (FED), qui permet d'attribuer une aide à une politique publique locale existante et de contribuer à une forme de loyauté entre les territoires européens. Les dotations financières territoriales se font selon la modalité d'appui budgétaire et par secteur de concentration (tourisme, emploi, développement numérique...) ou par projets (énergie durable, biodiversité marine, lutte contre le changement climatique...). Les projets soutenus par le FED ne nécessitent pas de cofinancement national, contrairement au FEDER. Il y a ici un manque de cohérence dans les articulations des politiques européennes, sauf à estimer que l'UE compte sur ces opérateurs économiques pour qu'ils puissent, après incitation financière, assurer la connexion, sinon la connectivité, de tous les territoires européens.

Conclusion du chapitre 1

1009. **La concurrence durable, un relais de la plurimodalité à l'intermodalité.** Le développement des réseaux européens de transports fut une des conditions de l'intégration européenne dans la mesure où ces transports sont une des conditions de la mise en œuvre du principe de libre circulation dans un marché intégré. Dans cette perspective, l'inadaptation des infrastructures de transports risquait de compromettre le développement des échanges résultant de la libre circulation des personnes, des capitaux, des marchandises et des services.

1010. **Ce constat a justifié que l'Union européenne se préoccupe de la constitution d'un réseau transeuropéen de transport.** Dans le secteur aérien, son action a porté sur la gestion de l'attribution des créneaux aéroportuaires dès 1993 et continue tant dans la mise en œuvre du « ciel unique européen » que les incitations à développer la multimodalité ou, pour le moins, l'intermodalité¹²⁸³, dans un certain idéal de concurrence durable. Ainsi, afin de garantir

¹²⁸² L'article dispose que « Le but de l'association est la promotion du développement économique et social des pays et territoires, et l'établissement de relations économiques étroites entre eux et l'Union dans son ensemble. » et que « Conformément aux principes énoncés dans le préambule du présent traité, l'association doit en premier lieu permettre de favoriser les intérêts des habitants de ces pays et territoires et leur prospérité, de manière à les conduire au développement économique, social et culturel qu'ils attendent. »

¹²⁸³ Comité économique et social européen, Le futur système de transport de l'UE doit exploiter le potentiel de l'intermodalité, table ronde du 1 juillet 2021, <https://www.eesc.europa.eu/fr/news-media/news/le-futur-systeme-de-transport-de-lue-doit-exploiter-le-potentiel-de-lintermodalite> suivie d'un Avis d'initiative du 8 juillet

une concurrence entre les différents modes de transport, les efforts de l'Union européenne doivent porter autant sur l'offre des services de transport que des emplois et des conditions sociales de qualité permettant alors d'assurer des conditions équitables pour tous les acteurs du marché. Il s'agit donc pour l'avenir, et en tenant compte des contraintes et des objectifs du Pacte vert européen comme des conséquences de la pandémie de COVID-19, d'une nécessité de mieux indiquer les capacités de soutien, comme les aides d'État¹²⁸⁴, pour faire le lien entre la politique de continuité territoriale, celle des transports, de la concurrence et l'aménagement et de cohésion du territoire européen¹²⁸⁵, associant alors, le transport maritime.

1011. Mais c'est le lien concurrentiel, et tout autant coopératif entre les transports par train et avion, qui permet de comprendre cette perspective d'une concurrence durable par l'acceptation de la multimodalité entre l'avion et le train. Ainsi, pour les aéroports qui accueillent des dessertes de longue distance, cette synergie TGV-Avion a un effet doublement positif, en libérant de la capacité et dans la mesure d'une interconnexion entre le TGV et l'avion facilitée, en augmentant la zone de chalandise, atout déterminant dans un contexte de concurrence entre aéroports. Ce développement de l'intermodalité TGV-Avion, en tout point conforme aux objectifs environnementaux de l'Union européenne, ne serait-ce qu'au travers des économies d'émissions de CO² qu'il permet, se constate autant en France, comme à Paris-CDG, Lyon-Saint Exupéry, ou à travers le débat autour de la localisation de la future gare d'Orly, qu'en Allemagne, avec l'intermodalité importante mise en œuvre à l'aéroport de Francfort. Autant d'orientations stratégiques qui sont initiées et encouragées par la démonopolisation en cours, du transport ferroviaire de passagers.

2021, Transport intermodal et logistique multimodale – rendre les modes de transport complémentaires dans le cadre de l'écologisation des transports, TEN/747-EESC-2021, <https://www.eesc.europa.eu/fr/our-work/opinions-information-reports/opinions/transport-intermodal-et-logistique-multimodale-rendre-les-modes-de-transport-complementaires-dans-le-cadre-de> - Consultés le 16 juillet 2021.

¹²⁸⁴ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

¹²⁸⁵ Commission européenne, https://ec.europa.eu/regional_policy/fr/policy/themes/outermost-regions/#3 – Consulté le 4 avril 2020.

Chapitre 2 : La démonopolisation du transport ferroviaire comme nouvel élément d'une concurrence durable

1012. L'objectif d'une politique commune des transports fut, longtemps, de préserver à la fois la concurrence et la libre prestation de services. Cet objectif, dans le transport ferroviaire, requiert une harmonisation des règles en matière technique, administrative et de sécurité, indispensable à l'interopérabilité des différents systèmes ferroviaires nationaux. Mais les nouvelles orientations politiques de l'Union, après les élections législatives de 2019 au Parlement européen, ont introduit des mesures de protection de l'environnement ou des consommateurs qui nécessitent une certaine harmonisation pour éviter les distorsions de la concurrence et pour faciliter l'accès de nouvelles entreprises, à ce marché ferroviaire. Il s'est aussi agi de penser le train comme une alternative crédible à l'avion.

1013. Mais, depuis les années 1980, le monde du rail apparaît pourtant comme un secteur à part avec ses marchés nationaux, ses sociétés publiques, ses syndicats puissants, ses industries vieilles, et enfin sa notion de service public qui cadre mal avec l'idée de profit. Chaque pays d'Europe a appréhendé un degré différencié de libéralisme, en proportion de son appétence pour ce dogme. Alors que la très progressive démonopolisation du marché du transport ferroviaire, le fret depuis 2001, le transport de passagers à partir de 2009, se met en place, la perspective de 2023 est fixée comme horizon de son effectivité. Cette volonté de l'Union de parvenir à une ouverture à la concurrence de cette dernière industrie de réseau prenait place dans une nécessité d'accentuer les efforts entrepris pour développer l'intermodalité en relançant l'offre ferroviaire¹²⁸⁶.

1014. Ainsi, la communication de décembre 2020 « Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir »¹²⁸⁷ estima qu' « il serait possible d'y parvenir en appliquant des critères de durabilité aux obligations de service public (OSP), tels que le critère selon lequel des OSP ne peuvent pas être imposées aux vols court-courriers lorsqu'il existe une liaison ferroviaire alternative appropriée, plus durable et compétitive ». Ce texte est un prélude de la loi française portant lutte contre le dérèglement

¹²⁸⁶ Communication de la Commission, Lignes directrices sur les aides d'État aux entreprises ferroviaire du 22 juillet 2008 puis, notamment, Conseil « Transports, télécommunications et énergie » 18416/11 des 12 et 13 décembre 2011, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-18416-2011-INIT/fr/pdf> - Consulté le 22 juin 2020.

¹²⁸⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions, COM(2020) 789 final du 9 décembre 2020.

climatique, dite « loi Climat-Résilience », promulguée le 22 août 2021 et qui supprimait les dessertes aériennes si une alternative en train était possible pour un trajet de 2h30. Cette répartition des modes de transport pousse encore plus loin la logique de multimodalité ; les modes de transport ne sont plus seulement juxtaposés, mais ils sont pleinement réfléchis en complémentarité. Cette logique conduit à analyser la concurrence dans le transport aérien de passagers en synergie avec celle existant dans le secteur ferroviaire. Ce secteur est également soumis à un choc de l'offre, sur le modèle juridique du transport aérien de passagers. **Réfléchi dans le seul contexte d'un mode de transport, cette approche se révèle insuffisante, tant elle ne reflète plus cette concurrence durable qui s'établit par amalgame de caractéristiques diverses.** Il convient donc d'aborder la texture de la concurrence dans ce contexte de la plurimodalité, qui apporte un nouvel élément de compréhension de cette nouvelle concurrence dans le transport aérien de passagers.

1015. Déjà en 2011, la Commission s'était fixée l'objectif que, pour 2050, la majeure partie du transport de passagers à moyenne distance s'effectue par le train¹²⁸⁸. Transformer la politique commune des transports en un espace unique de transports n'est pas anodin. Cet espace se superpose à celui du marché intérieur, mais il s'en distingue aussi. Il est construit à partir d'autres impératifs que la libre prestation des services, en servant à économiser des ressources financières et environnementales.

1016. À moyen terme (d'ici 2030), miser sur le train nécessite de tripler la longueur du réseau à grande vitesse et un réseau ferroviaire dense devrait être maintenu dans tous les États membres. À long terme, un réseau ferroviaire européen à grande vitesse devrait être achevé, effaçant petit à petit les contraintes techniques majeures comme l'écartement des rails¹²⁸⁹ et généralisant le système européen de gestion du trafic ferroviaire (en anglais, *European Rail Traffic Management System*, ERTMS) pour harmoniser la signalisation ferroviaire en Europe. **L'analyse de la réforme ferroviaire en cours permet de questionner les évolutions du transport aérien. Si les objectifs sont communs, comme accroître l'offre et la qualité de services, les contraintes rencontrées sont différentes et rendent la**

¹²⁸⁸ Livre blanc de la Commission européenne, Feuille de route pour un espace européen unique des transports — Vers un système de transport compétitif et économe en ressources » [COM(2011)0144],

¹²⁸⁹ Notamment par la technologie qui permet ainsi au Talgo d'avoir un écartement automatique des essieux pour davantage de destination en Europe depuis l'Espagne. Source EU Green Deal - https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_fr - Consulté le 24 août 2020.

comparaison avec la libéralisation du secteur aérien plus complexe. Initialement concurrente sur les distances inférieures à 1000 km¹²⁹⁰, l'offre ferroviaire à grande vitesse est peu à peu devenue complémentaire, car renforçant l'attractivité des aéroports majeurs structurant progressivement un réseau transeuropéen de transport. Ainsi, dans le cadre du développement global d'une politique de transport, la Commission envisage que seuls les aéroports de voyageurs

*« dont le volume annuel total du trafic de voyageurs représente au moins 0,1 % du volume annuel total des voyageurs de tous les aéroports de l'Union, à moins que l'aéroport concerné ne soit situé hors d'un rayon de 100 km de l'aéroport le plus proche dans le réseau global ou hors d'un rayon de 200 km si la région dans laquelle il est situé, est équipée d'une ligne ferroviaire à grande vitesse »*¹²⁹¹

sont éligibles aux possibilités de financement et de subventions des investissements, notamment par l'Union.

1017. On a vu que cette orientation des fonds dessine en Europe une carte des aéroports stratégiques, mais il s'avère que cette notion qui dépend des possibilités de transport ferroviaire, clairement considérée comme substitutive de l'avion. Dès lors, la SNCF, en France, va incarner cette logique, souhaitant proposer au plus grand nombre de compagnies aériennes une offre combinée sur la base de celle initiée par Air France, « Train+Air ». Son offre « TGV Air », un partenariat avec treize compagnies aériennes pour un billet combiné Train + Avion comprenant un vol international précédé ou suivi d'un trajet en TGV, permet par exemple, dans la mesure d'une reprise complète de l'offre à partir de 2021, des liaisons régulières entre dix-neuf gares françaises et Bruxelles pour des vols au départ ou à l'arrivée des aéroports de Paris CDG et Orly.

1018. La première manière d'analyser cette libéralisation est de la comparer à celle des transports aériens, pour mesurer combien elles forment ou non les deux faces d'une même médaille dans un espace européen unique de transports (Section 1). Si l'offre ferroviaire de transport doit évoluer, comme le programme l'Union européenne en une offre concurrente et complémentaire de celle du secteur aérien, elles doivent toutes deux s'inscrire dans une

¹²⁹⁰ Air France a supprimé ses vols entre Strasbourg et Paris à la suite de la LGV réduisant à 1h48 ce trajet en train, quand la compagnie française et sa filiale régionale Hop ! espère conserver 10% de la part de marché entre Paris et Bordeaux contre 30% en 2018.

¹²⁹¹ Règlement (UE) n°1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n°661/2010/UE (art. 24 et 41).

politique multimodale de transport¹²⁹², en l'associant au transport par bus, au sens du règlement sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport dans sa version de 2013. Une telle conception suppose une harmonisation idoine pour que la concurrence se développe sans annihiler les différentes formes de multimodalité. La concurrence s'en trouve remodelée pour être une concurrence durable en tant que concurrence au service d'une interconnexion des offres de transport au sens physique et juridique, pour un réseau global des transports (Section 2).

Section 1 - Le transport ferroviaire de personnes sur les rails de la concurrence pour installer un espace commun de transport

1019. « *Well-functioning passenger and freight links are vital for European undertakings and citizens. EU transport policies aim at fostering clean, safe and efficient travel throughout Europe, underpinning the internal market of goods and the right of citizens to travel freely throughout the EU.* » Ce plaidoyer pour la politique de transports de la Commission que l'on pouvait lire sur la page d'accueil de la direction générale Mobilité et Transports¹²⁹³ est conforté par la vision de Siim KALLAS, ancien vice-président et commissaire aux transports de 2010 à 2014, période qui aura vu des initiatives importantes dans les transports aérien (projet de refonte du règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires ») et ferroviaire (4^e paquet ferroviaire) :

« Le transport est - et doit être - pour la population. En tant que commissaire responsable des transports, mon principe directeur pour les cinq prochaines années sera de promouvoir des services de transport qui profitent réellement aux Européens. La libre circulation est l'une des plus grandes libertés des citoyens européens, et de bons transports sont essentiels à cet égard. Les Européens bénéficient déjà de transports modernes et de grande qualité. Mais l'intégration économique en constante progression soulève de nombreux défis pour l'avenir. Avec des chaînes d'approvisionnement mondialisées, des sites de production moins nombreux et plus efficaces, et des livraisons en flux tendus, le potentiel de croissance économique de l'Europe suppose également une nouvelle croissance de ses activités de transport.¹²⁹⁴ »

¹²⁹² Section 5 article 24 du Règlement (UE) n°1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n°661/2010/UE.

¹²⁹³ Commission européenne, ec.europa.eu/commission_2010-2014/kallas/about/mandate/index_en.htm - Consulté le 17 juillet 2013.

¹²⁹⁴ Traduction libre du texte original "Transport is – and must be – for people. As Commissioner responsible for transport, my guiding principle over the next five years will be to promote transport services that truly benefit Europeans. Free movement is one of the greatest freedoms for the citizens of Europe, and good transport is essential to this."

1020. **Le besoin d'accroître l'offre de transports est directement corrélé à la forme de mondialisation intensive qu'est le marché intérieur. Ce lien consubstantiel existe depuis le traité de Rome, mais il s'intensifie au fur et à mesure de l'intégration européenne.** L'objectif est de développer pour ce faire un réseau transeuropéen de transport comprenant une structure à deux niveaux¹²⁹⁵, un réseau global devant couvrir toute l'UE à l'horizon 2030 et un réseau central concernant les connexions les plus importantes au sein du réseau global, effectives à l'horizon 2050. L'intégration des réseaux et des transports aériens et ferroviaires est alors promue. Cela suppose de mettre en place l'ingénierie juridique nécessaire et les conditions de la gouvernance de cet espace unique de transport, prémisses d'une concurrence durable, autant imparfaite que plurimodale. L'identification des autorités gestionnaires compétentes doit être, par exemple, clairement réfléchi. **L'effort législatif européen met une fois de plus la concurrence au centre de sa stratégie, pour permettre de répondre aux besoins du marché ; la libéralisation prend ainsi le même sens dans les secteurs du train et de l'avion, malgré les spécificités de chaque mode de transport.**

1021. Peut-il y avoir une logique d'ensemble entre substituabilité ou complémentarité des modes de transport de manière à constituer ainsi une politique commune de transport¹²⁹⁶ ? C'est en substance la question posée par l'Union européenne pour favoriser la mobilité dans le marché intérieur, dont une partie de la réponse se trouve dans la très progressive ouverture du secteur ferroviaire à la concurrence (§1). Lors des différentes étapes vers cette concurrence, la question du marché intérieur fut dans ce secteur tout aussi centrale que pour la libéralisation des transports aériens. Elle a conduit la Commission européenne, semblant reproduire le modèle des alliances commerciales aériennes, à favoriser le mimétisme comportemental des opérateurs ferroviaires (§2). Il s'agissait, en effet, de continuer à abattre, sinon même contourner, les obstacles qui limitent encore le libre accès au marché des transports ferroviaires (§3).

Europeans already enjoy modern transport of high quality. But ever-progressing economic integration raises many challenges for the future. With globalised supply chains, fewer and more efficient production sites, and just-in-time deliveries, Europe's economic growth potential also assumes further growth of its transport activities."

¹²⁹⁵ Règlement (UE) n° 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n°661/2010/UE.

¹²⁹⁶ Commission européenne, Livre blanc, Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources, COM/2011/0144 final, le 28 mars 2011.

§1 - L'espace ferroviaire unique européen : une ambition ancienne aux objectifs renouvelés

1022. Dès les années 1970, les institutions européennes souhaitent développer une politique européenne des transports. Concernant le transport ferroviaire, le constat est celui d'une perte de vitesse de ce secteur par rapport à la route et à l'aérien, en pleine libéralisation, alors que l'essor du trafic ferroviaire est nécessaire à la suite des chocs pétroliers successifs. La durabilité de la concurrence dans le secteur des transports transparaît de cette nécessité de garantir la sécurité énergétique des voyages. Jusque-là, le règlement n° 1017/68 du 19 juillet 1968 précisait les modalités d'application des règles de concurrence pour les transports par chemin de fer, route, et voie navigable, mais passait sous silence le transport aérien (et maritime), qui faisait l'objet d'un traitement particulier, comme nous l'avons envisagé dans la première partie. Le secteur du train devait à ce titre répondre aux règles de concurrence. Pourtant, l'application de ce règlement ne permit en rien l'interconnexion des réseaux et l'augmentation de l'offre de transports ferroviaires de personnes. Le temps était celui des voyages en avion ou en voiture ; les enjeux environnementaux n'étaient pas une préoccupation publique majeure et les investissements dans le secteur du rail étaient détournés au profit des deux modes de transport phares. Il fallut donc passer le train au tamis des règles européennes pour assurer une politique de ce mode de transport en Europe, du fait de l'engorgement progressif des aéroports et des routes. La libéralisation du rail européen commença en 1991 et elle est largement inachevée, pour le moins prudente et très progressive (A).

1023. La première salve législative prévoyait la séparation obligatoire entre la gestion des infrastructures ferroviaires et leur exploitation. On reconnaît les principes qui servent traditionnellement à ouvrir les industries de réseau à la concurrence. En France, cela se traduit par la création, pour la gestion des infrastructures, de Réseau Ferré de France (RFF), devenu SNCF Réseau en 2015, et sa séparation formelle, mais temporaire, de la SNCF. La seconde vague de textes instaure quant à elle un droit d'accès aux réseaux ferroviaires nationaux pour les entreprises européennes, mais seulement pour le transport combiné rail-route (premier

paquet ferroviaire sur les quatre adoptés à ce jour). Outre la directive dite « Refonte »¹²⁹⁷ dont l'objectif consistait en une synthèse des textes précédents pour éviter de multiplier les références et en simplifier l'application, les apports des deux autres paquets réglementaire vont consister en une ouverture progressive à la concurrence d'abord du transport international de voyageurs¹²⁹⁸ à partir de 2007 puis des transports nationaux de voyageurs¹²⁹⁹ à partir de 2016 (B). Ce droit d'accès généralisé est encore, à l'heure actuelle, l'étape ultime à franchir en principe en 2030 pour ouvrir totalement le réseau à la concurrence (C).

A – Les principes théoriques de l'ouverture à la concurrence

1024. La Communauté européenne s'inquiéta très tôt du déclin du secteur ferroviaire qui, après avoir connu une grande prospérité au cours du 19^e siècle et de la première moitié du 20^e siècle, commence à décliner à partir de 1970 en raison de la popularité croissante de l'automobile et de la concurrence du transport aérien. Le rail, à l'époque monopole naturel des États membres, du fait de l'importance des investissements qu'il nécessite, s'est toujours développé au sein des frontières nationales. Une situation qui a créé un morcellement de l'espace ferroviaire européen. Pour la Commission européenne, ce morcellement est responsable de la perte d'attractivité du rail par rapport aux autres modes de transport, notamment du fait du maintien de la tarification des infrastructures à un niveau plus élevé que les secteurs ouverts à la concurrence, comme le transport aérien. La lutte contre ce morcellement juridique et technique est initiée par une première directive européenne adoptée en juillet 1991, qui impose la séparation comptable entre le gestionnaire d'infrastructure et l'exploitant ferroviaire. Cette législation ouvre un « droit d'accès au réseau

¹²⁹⁷ Directive n°2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

¹²⁹⁸ Directive n°2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive n°91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive n°2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire. Cette directive prévoit notamment que le service international est doublé d'une possibilité de cabotage, c'est-à-dire la possibilité de prendre des passagers dans un pays pour effectuer un trajet intérieur, mais dans le prolongement d'un trajet international.

¹²⁹⁹ Il s'agit d'un ensemble de cinq textes composant le pilier « technique » (Agence ferroviaire européenne, interopérabilité et sécurité ferroviaire) et le volet « marché » (gouvernance des acteurs et ouverture à la concurrence du transport de voyageurs). Le pilier technique a été publié le 26 mai 2016 au Journal officiel de l'Union européenne. Le pilier politique a été publié le 23 décembre 2016 au Journal officiel de l'Union européenne.

ferroviaire », même si ce droit est alors limité aux trains de transport combiné rail-route.

1025. Le secteur ferroviaire est évidemment symbolique tant il évoque le lien, les échanges, l'interdépendance, la fluidité, la liberté même, autant de notions invoquées par l'idée même de construction européenne. Mais alors, que le transport est une politique commune, il aura fallu plus de trente ans pour qu'un premier texte soit proposé pour avancer dans cette voie pour les transports ferroviaires. Même l'Acte unique européen, qui, en lançant un vaste mouvement de libéralisation du marché intérieur, marque le grand tournant de la construction européenne et fixe un horizon pour l'achèvement du marché unique (aujourd'hui intérieur), ne visait pas le secteur ferroviaire. Ce dernier fut certainement considéré à l'époque comme « trop stratégique, trop réglementé, trop cloisonné, trop bloqué par l'histoire et les mentalités »¹³⁰⁰. Il n'en reste pas moins, qu'à l'instar du transport aérien, il fut l'objet de toutes les attentions et recommandations de l'OCDE¹³⁰¹ dans la logique d'accroître la concurrence intermodale. **La libéralisation semblait impossible, mais elle est perpétuellement en cours de réalisation, au rythme des États.** Cette progressivité et l'attention portée à la subsidiarité se traduisent dans les stratégies normatives de l'Union. Contrairement au secteur aérien qui bénéficie d'un recours au règlement plus constant, le ferroviaire reste bien plus marqué par l'utilisation de directives.

1026. Le propos n'est pas de retracer les étapes de la libéralisation du rail, nous pourrions utilement nous reporter sur des analyses complètes¹³⁰² pour cela. Il s'agit plutôt, pour comprendre la concurrence durable dans le secteur aérien de passagers d'en identifier les problématiques pour mesurer à la fois ce qu'elle a de commun avec celle du transport aérien et ce qui l'en distingue. La libéralisation du rail européen démarre effectivement en 1991 avec l'adoption de deux mesures, mais c'est dès la fin des années 1960, que cette libéralisation

¹³⁰⁰ Rapport du Sénat par M. Hubert HAENEL, au nom de la commission des Affaires européennes sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne, n° 220 le 12 février 2009.

¹³⁰¹ ECONOMIC EFFICIENCY OF RAILWAYS AND IMPLICATIONS FOR PUBLIC POLICY: A COMPARATIVE STUDY OF THE OECD COUNTRIES' RAILWAYS, *Journal of Transport Economics and Policy*, 28(2), May 1994, pp 121-138 and Transportation Research Board, The National Academy of Sciences, Engineering Medicine, 2002.

¹³⁰² Rapport de la mission présidée par Claude ABRAHAM, Rapports et documents n°41, 2011, Documentation française, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/124000432.pdf> ou plus récemment, sous la direction d'Aurore LAGET-ANNAMEYER, L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire des voyageurs en France : mythe ou réalité?, colloque tenu à l'Université de Rouen le 28 mai 2021, publié dans *Energie-Environnement-Infrastructures*, n°5, mai 2021.

s'envisage par deux règlements. Le premier¹³⁰³ venait préciser les modalités d'application des règles de concurrence pour les transports par chemin de fer, mais aussi par route et voie navigable, afin de tenir compte des aspects spéciaux des transports. Il s'agissait donc d'envisager que les règles de concurrence pour les transports dérogent aux règles de concurrence générales pour le financement ou l'acquisition en commun de matériel ou de fournitures de transport pour l'exploitation en commun de certains groupements d'entreprises. Le second règlement (CEE) n° 1192/69¹³⁰⁴, de juin 1969, pose les bases réglementaires de la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer, ce qui permettra près de vingt-deux ans plus tard, d'une part la séparation obligatoire entre la gestion des infrastructures et l'exploitation et d'autre part l'instauration d'un droit d'accès aux réseaux ferroviaires nationaux pour les entreprises européennes, mais seulement pour le transport combiné rail-route dans une première phase.

1027. Pour les normes techniques, qui sont encore actuellement un frein à la concurrence effective, tant les matériels et infrastructures peuvent différer d'un réseau national à un autre, et en tenant compte des compétences nécessaires pour y faire circuler des trains, il aura fallu deux directives¹³⁰⁵ afin que l'Union européenne entame et confirme le processus visant à permettre l'utilisation courante des différents systèmes ferroviaires des États membres et le passage sûr et sans heurts d'un réseau national à un autre. Si les points communs avec le transport aérien sont ainsi nombreux du point de vue juridique, permettant leur mise en concurrence et leur complémentarité, le transport ferroviaire a comme singularité d'avoir imposé au régulateur de définir quels marchés devaient être ouverts, et sous quelles conditions, à la concurrence, puis de répondre aux questions ayant trait à la propriété des matériels et des installations comme, à la gestion du personnel. **La concurrence est donc loin d'être sans entraves ; elle obéit plutôt à des exigences sociales et techniques spécifiques.**

1028. **Les considérations techniques comme technologiques ont toujours joué un rôle de frein.** D'abord contre l'envahisseur, les différents écartements de rails ou le gabarit des

¹³⁰³ Règlement (CEE) n°1017/68 du Conseil, du 19 juillet 1968, portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

¹³⁰⁴ Abrogé et remplacé par le règlement (UE) n°2016/2337 du 14 décembre 2016 abrogeant le règlement (CEE) n°1192/69 du Conseil relatif aux règles communes pour la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer.

¹³⁰⁵ Directive n°96/48/CE du 23 juillet 1996 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et la directive n°2001/16/CE du 19 mars 2001 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel.

tunnels, le sens de circulation des trains, mais aussi la puissance électrique utilisée par les motrices et jusqu'à la signalisation sont utiles pour éviter que la puissance belligérante n'utilise le réseau en continuité. On comprend mieux ce désordre normatif sciemment organisé au niveau national. En Europe, on doit parfois avoir une locomotive quadritension pour circuler entre les réseaux à courant continu ou alternatif, et selon la tension qui peut aller du simple au double sur ces mêmes courants. Ainsi, construites entre 1993 et 1996, par un consortium international dirigé par Alstom, les rames de l'Eurostar présentent, par rapport aux autres types de rames TGV, des particularités liées au franchissement du tunnel sous la Manche (rames sécables) et à la circulation en Grande-Bretagne (conformité au gabarit britannique et, jusqu'en 2007, prise du courant 750 V par frotteurs¹³⁰⁶). Il peut s'adapter à plusieurs types de courant et de signalisation (AWS, TVM, etc.).

1029. Par ailleurs, le Thalys PBKA (Paris-Bruxelles-Cologne-Amsterdam) doit être équipé des systèmes français (KVB et TVM (Transmission Voie-Machine) pour les LGV (Lignes à Grande Vitesse), allemands (Indusi et LZB pour les lignes ICE) ; belge (Crocodile + TBL) et en enfin, néerlandais (ATB). Cette situation a amené la Commission européenne à initier un projet de rapprochement des techniques en créant en 1996 un cahier des charges¹³⁰⁷ de normes, de fréquences, de systèmes de signalisation et de détection, l'ERTMS¹³⁰⁸. Les six principaux acteurs industriels furent mis à contribution pour créer ce cahier des charges, formant ce que l'on appelle le groupe des « six », avec Alstom, Siemens, Thales, Ansaldo STS, Bombardier et Invensys. C'est la volonté de réduire les temps et les coûts de passage aux frontières, et d'abaisser les charges d'investissements par la création d'un marché européen des systèmes de protection des trains, qui est à l'origine au début des années 1990, du concept d'un système uniforme de protection des trains. Le système ETCS a été mis au point depuis 1996 sur la base de cette directive n° 96/48 concernant l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse, à partir d'un système de communication radio GSM-R (global system for mobiles communication - Railways). Depuis 1999, l'ETCS est mise en

¹³⁰⁶ Le troisième rail ou rail de traction² est une technique de captage du courant utilisée pour l'alimentation en énergie électrique de certains systèmes de chemin de fer.

¹³⁰⁷ Directive n°96/48/CE du Conseil du 23 juillet 1996 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse.

¹³⁰⁸ Système européen de gestion du trafic ferroviaire (en abrégé ERTMS, sigle de *European Rail Traffic Management System*), complété par le système européen de contrôle des trains (en abrégé ETCS, sigle de *European Train Control System*) est un système innovant de signalisation ferroviaire associé au contrôle de vitesse.

œuvre par plusieurs entreprises ferroviaires en Allemagne, en Suisse, en Italie, mais aussi en France, au Benelux et en Angleterre (Eurostar).

1030. Destiné à remplacer les vingt-sept systèmes de signalisation ferroviaire en service en Europe, l'ERTMS est dès lors déployé et généralisé sur tout l'espace européen de la grande vitesse ferroviaire¹³⁰⁹. En France, ce système emporte une obligation légale sur toutes les nouvelles lignes en construction, qu'il s'agisse des lignes dites conventionnelles ou des nouvelles lignes à grande vitesse. C'est le cas de la LGV Est européenne, ouverte en juin 2007 et des LGV Sud Europe Atlantique et LGV Bretagne-Pays de la Loire, mises en service en juillet 2017 et impose que les lignes existantes fassent également l'objet de remises aux normes.

1031. Ce passé qui cantonnait chaque réseau ferroviaire au territoire national emporte encore une conséquence, qui, jusqu'à il y peu a induit une répartition du marché ferroviaire franco-allemand. Dans le cadre d'un accord transfrontalier entre les opérateurs DB et SNCF, les sillons étaient répartis sur « une base technique » tenant compte de l'emplacement des technocentres de maintenance du matériel, tel que l'ICE (Siemens) et le TGV (Alstom). Ainsi, la SNCF ne pouvait desservir Francfort, car ne possédant tout simplement pas une capacité de maintenance au-delà de Metz, et fut laissée seule sur le sillon Munich-Paris via Strasbourg.

B – Une effectivité minimale

1032. En emportant la nécessaire distinction entre la concurrence pour le marché (soumission d'un appel d'offres) et la concurrence sur le marché (démonopolisation de l'offre), la démonopolisation du transport ferroviaire a retenu plusieurs « découpages », selon que les autorités détentrices du pouvoir de régulation attribuent le marché régional à une seule société, ou que celui-ci soit fractionné. Ainsi, en théorie, à l'occasion d'attributions de sillons, rien ne s'oppose à ce qu'une ligne directe Strasbourg-Colmar-Mulhouse soit affectée à une société et une autre ligne sur le même trajet, mais en desserte omnibus cette fois, soit affectée à une autre société. Il s'agit formellement de deux marchés distincts qui laissent place, potentiellement, à deux opérateurs distincts. Pour respecter des délais de transposition

¹³⁰⁹ Directive (UE) n° 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne.

puis de mise en œuvre du 4^e paquet de 2016, en France¹³¹⁰, les régions (en ce qui concerne les TER) et l'État (pour les Trains d'Équilibre du Territoire (TET), anciennement Intercités) peuvent lancer des appels d'offres pour l'exploitation des lignes ferroviaires depuis décembre 2019 seulement ; une possibilité qui deviendra obligatoire à partir de 2023. Quant aux lignes à grande vitesse, l'offre dite, « *open access* » ou « service librement organisé », a permis d'éliminer le monopole de la SNCF en décembre 2020, avec pour conséquence l'ouverture du réseau à la concurrence internationale incluant le droit de cabotage.

1033. Il est possible d'espérer dans une ouverture effective du marché ferroviaire en complément du transport aérien avec l'annonce, le 18 décembre 2021¹³¹¹, que le premier Frecciarossa de Trenitalia France (ex-Thello), avait quitté Paris gare de Lyon à 7h26. L'opérateur public italien offre, dans un premier temps, deux allers-retours entre Paris et Milan, qui passeront à trois courant 2022, augmentant l'offre globale européenne, en interconnectant d'autant les réseaux ferrés européens, comme une transcription ferroviaire du ciel unique européen. L'autre aspect est la possibilité pour Trenitalia de proposer des billets intérieurs français, en l'occurrence pour Lyon, mais aussi pour toute gare desservie entre Paris et la frontière italienne. Trenitalia opère, sur cette liaison, avec le meilleur de ses trains de la gamme Zefiro de l'ex-Bombardier, aujourd'hui racheté par Hitachi Rail. Trenitalia concrétise, sur l'un des marchés ferroviaires les plus importants d'Europe, ses ambitions affichées depuis ces dernières années. Après son implication dans les chemins de fer grecs, Trenitalia est aussi devenu en 2019 le partenaire de First Group pour opérer ses « Avanti » entre Londres et Glasgow. Plus récemment l'entreprise s'est aussi alliée avec l'espagnol Air Nostrum (ILSA) pour opérer la marque iryo qui devrait lancer ses premiers Frecciarossa en 2022 en Espagne, dans le cadre d'une libéralisation très encadrée.

1034. Si certaines régions, telles que Sud-Provence-Alpes-Côte d'Azur, les Hauts-de-France et Grand Est, sont très avancées dans la libéralisation de leur transport ferroviaire de voyageurs, et que plusieurs compagnies de chemin de fer se sont montrées intéressées par

¹³¹⁰ La France distingue pour l'application de la Directive (UE) n°2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive n°2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, les lignes conventionnées (lignes régionales (TER) et trains d'équilibre du territoire (Intercités) et les lignes à grande vitesse.

¹³¹¹ <https://mediarail.wordpress.com/2021/10/28/rail-europe-news-les-breves/#32> – Consulté le 2 janvier 2022.

l'exploitation de lignes à grande vitesse, comme la société espagnole Renfe ou l'italienne Trenitalia, l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs n'est que récemment effective. Aussi, en 2017, le bilan de la concurrence est pour le moins en retrait par rapport aux attentes formulées. Dans les 24 pays étudiés par l'IRG-Rail¹³¹², les opérateurs historiques s'arrogent toujours la plus grande part des marchés¹³¹³ avec, en moyenne, presque 67 % des trains.km de voyageurs et environ 60 % des trains.km de marchandises. Parmi les nouveaux entrants, les opérateurs historiques étrangers sont minoritaires (en train.km de voyageurs et de marchandises) comparés aux entreprises ferroviaires alternatives, c'est-à-dire non liées à un opérateur historique. En revanche, ces entreprises alternatives se déplacent très peu sur le marché européen, contrairement aux opérateurs historiques qui prennent des parts de marché dans les pays voisins. Cette observation est d'autant plus vraie pour le transport de voyageurs que trois entreprises alternatives opèrent dans un autre pays que leur pays d'origine, contre quinze opérateurs historiques présents à l'étranger.

1035. Si certains marchés nationaux semblent « statiques », aucun opérateur ne venant concurrencer les opérateurs historiques, ces derniers sont en revanche dynamiques à l'international, alors même que la concurrence y est retardée jusqu'en 2030. Les considérations techniques et réglementaires, tant pour le matériel roulant que pour la circulation des trains comme avec les règles de signalisation du trafic, sont souvent évoquées pour expliquer cette frilosité. Pour en reprendre un certain nombre et souligner alors la nécessité d'une normalisation à l'échelle de l'Union de cette réglementation technique, il convient de souligner aussi le poids important du financement nécessaire au développement d'une offre ferroviaire sur d'autres marchés que le sien. Outre, là encore des problèmes techniques d'alimentation de la motrice qui nécessite une technologie importante pour passer d'un réseau ferroviaire à un autre, il convient de rappeler qu'un train à grande vitesse coûte de vingt-cinq à trente de millions d'euros pour une capacité de 280 à 500 places, contre

¹³¹² L'IRG-Rail est le « Groupe des Régulateurs Indépendants – Rail », un réseau d'échange d'informations et de coopération, comprenant actuellement des organismes de régulation ferroviaire indépendants de 31 pays européens, dont l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, la République tchèque, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, la Macédoine du Nord, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, le Kosovo, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Serbie, la Slovaquie, la Slovénie, l'Espagne, la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni.

¹³¹³ Fifth Annual Market Monitoring Report - IRG-Rail (17) 1 - March 2017.

quatre-vingt-dix millions pour un A320 ayant une capacité de 180 places. Mais, un tel avion pourra faire jusqu'à quatre rotations par jour avec la compagnie easyJet.

1036. **En ce qui concerne, l'autre partie du marché ferroviaire, composée d'une offre de transport « internationale », aucune concurrence n'existe pour l'heure sur les lignes à grande vitesse, toutes opérées par des coentreprises ou des alliances commerciales entre anciens opérateurs monopoleurs.** Seule la société Thello¹³¹⁴, entreprise ferroviaire italienne, exploite des trains de voyageurs en « accès libre/*open access* » entre la France et l'Italie, soit un train de nuit entre Paris et Venise et une liaison quotidienne entre Marseille et Milan, ouvrant une correspondance avec tout le réseau ferroviaire italien. L'annonce faite en décembre 2021 d'une liaison par train à grande vitesse, Milan-Lyon-Paris a été repoussée à 2022 pour assurer actuellement cinq allers-retours quotidiennement. Il importe, par ailleurs, de relever que la circulation sur la ligne Marseille-Nice-Milan, en train de jour, s'est arrêtée le 1er juillet 2021¹³¹⁵, concentrant la concurrence sur l'offre à grande vitesse.

1037. Une seconde application concrète de la démonopolisation de cette offre de train s'opère actuellement sur un autre marché qui fait déjà l'objet d'une concurrence accrue. Alors que Trenitalia prévoyait de mettre son Milan-Paris en service, l'opérateur ferroviaire italien annonçait aussi son intention de s'installer en Espagne avec l'offre Iryo, de l'opérateur Ilsa, compagnie de train auquel participent les actionnaires d'Air Nostrum¹³¹⁶ (55 %) et de Trenitalia (45 %). La libéralisation de la grande vitesse espagnole a débuté en mai 2021 et est strictement encadrée, incluant trois lignes ouvertes à la concurrence, et trois opérateurs détenteurs des droits de trafics différents. Parmi les lignes ouvertes, figure la liaison Madrid Séville/Malaga, autrement dit l'Andalousie. Les deux autres étant Madrid-Barcelone et Madrid-Valence/Alicante. Cette allocation est due aux contraintes techniques telles que chaque ligne dispose de son propre système de signalisation, certaines datant d'avant la norme européenne l'ETCS¹³¹⁷. La section entre Cordoue et Malaga est en revanche déjà

¹³¹⁴ Créée par Trenitalia et Transdev en 2010, il s'agit de la première entreprise se lançant dans le transport de voyageurs depuis l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire en France en 2009, sans cabotage. Sa création fait suite à la fin du partenariat entre la SNCF et Trenitalia dans le cadre d'Artesia. Depuis 2016, elle appartient à 100 % à l'entreprise publique italienne Trenitalia.

¹³¹⁵ Informations de l'opérateur, <https://www.thello.com/marseille-milan-2/> - Consulté le 25 novembre 2021.

¹³¹⁶ Air Nostrum est depuis 1997 une compagnie aérienne qui propose, sous franchise Iberia Regional, les vols intérieurs espagnols et certaines destinations autour de la Méditerranée.

¹³¹⁷ Le système européen de contrôle des trains (en abrégé ETCS, sigle de *European Train Control System*) est un système de signalisation ferroviaire associé au contrôle de vitesse. C'est une composante du système européen

pourvue du système ETCS. Les concurrents de la Renfe doivent donc intégrer dans leur matériel roulant cet ancien système pour pouvoir rouler sur le premier segment entre Madrid et Cordoue. La conséquence en est que seules les rames TGV Alstom de Ouigo Espana (SNCF) roulent en Espagne entre Madrid et Barcelone. Iryo, l'opérateur Ilsa, ne roule en revanche pas encore tant que les rames Frecciarossa fournies par Trenitalia ne sont pas homologuées sur le réseau espagnol. La concurrence entre l'offre Trenitalia/Ilsa et celle de la SNCF portent essentiellement sur la capacité de leurs trains à opérer sur ces lignes à grande vitesse espagnoles. Alors que les trains Frecciarossa qui circulent en Espagne sont des trains neufs fabriqués par Hitachi Rail et directement conçus pour l'Espagne, les trains Ouigo utilisent des rames TGV de conception plus ancienne et à l'origine non prévue pour l'Espagne. Cet exemple montre la nécessité impérieuse d'assurer par le développement de normes communes et l'apport financier concomitant, un accès le plus large possible aux différents marchés. C'est tout le sens de l'impératif de l'interopérabilité ferroviaire que promeut la directive (UE) n° 2016/797¹³¹⁸, élément du 4^e paquet ferroviaire. Dans cette perspective, le gestionnaire ferroviaire Adif, responsable du réseau espagnol, a annoncé s'engager dans la transition vers l'ERTMS à partir de 2025. Une date que l'on peut juger comme bien trop tardive tant elle renforce l'idée que les normes techniques, anciennes et toujours opérantes, sont autant de mesures de protection des opérateurs historiques sur leur marché. Il est intéressant de relever que les marchés du Sud de l'Europe sont plus enclins à bouleverser les anciens opérateurs historiques. Ainsi, l'annonce de Trenitalia à propos de son futur développement en Espagne a précipité la fin de l'accord de collaboration entre SNCF et RENFE qui portait sur les liaisons communes France-Espagne, à compter de décembre 2022. Au prétexte que cette offre commune ne dégagait pas de rentabilité, il faut ajouter que la SNCF, en transposant une offre Ouigo en Espagne, ne pouvait que convaincre la RENFE de voir arriver un concurrent « plein et entier » et non plus un « coopétiteur ».

1038. Enfin, il convient de rappeler que cette difficulté d'ouvrir à la concurrence le transport ferroviaire se retrouve aussi pour les lignes « dites régionales ». Ainsi, l'échec de

de gestion du trafic ferroviaire (en abrégé ERTMS, sigle de *European Rail Traffic Management System*) qui est prévu pour remplacer à terme le grand nombre de signalisations au sol, de systèmes de répétition des signaux et de signalisation en cabine actuellement utilisés sur les différents réseaux de chemins de fer européens.

¹³¹⁸ Directive (UE) n°2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne (refonte).

l'appel d'offre pour deux lignes TET « trains d'équilibre du territoire » (plus couramment appelés Intercités), concernant l'exploitation des trains « Intercités » Nantes-Lyon et Nantes-Bordeaux visant à trouver un nouvel opérateur pour 2022, fut ressenti comme un avertissement quant à la pertinence de cette ouverture à la concurrence. Certes, le 16 décembre 2020, lorsque cet appel d'offres fut déclaré sans suite par le ministère en charge des transports faute d'un nombre de soumissionnaires suffisant, seule la SNCF ayant répondu à l'appel d'offres, la situation sanitaire fut évoquée comme principale cause de la désaffection des opérateurs. Il n'en reste pas moins que le gouvernement français estima que son appel d'offres ne pouvait se poursuivre faute de concurrence, anticipant d'éventuels recours des opérateurs concurrents d'une SNCF emportant par forfait ces deux appels d'offres.

1039. Les réponses sont multiples pour expliquer cette situation qui contraste fortement avec le transport aérien. Elles relèvent autant de questions techniques, incluant matériel et répartition du patrimoine ferroviaire que sociales, comprenant la gestion des personnels. **Le choix d'une harmonisation par directive plutôt que d'une uniformisation par le règlement, a en effet laissé aux États la possibilité d'adapter leur droit interne pour tenir compte de leurs rapports culturel et social à ce mode de transport.** Cette dispersion normative laisse perdurer certains cloisonnements de marché. Cette diversité se retrouve dans toutes les dimensions du marché. En ce qui concerne, par exemple, les questions du matériel, il y a, en pratique, deux modèles d'ouverture et de prestations de service par un transporteur. On peut ainsi comparer¹³¹⁹, sans forcément les opposer tant il est possible de le combiner pour éviter les barrières à l'entrée, un modèle dit « allemand », où l'entreprise qui sollicite le marché vient avec ses propres matériels roulants, son propre personnel et se charge de l'ensemble du service, à un modèle de « transport urbain », dans lequel le matériel roulant appartient simplement à l'autorité organisatrice qui attribue le marché. Le modèle du ferroviaire régional se rapproche quant à lui plus de celui du transport urbain, sans être strictement identique. Aujourd'hui, la situation du matériel - les voitures - est complexe. Ainsi, la SNCF, lorsqu'elle est amenée à passer des marchés, reste formellement propriétaire du matériel. Pour cela, elle reçoit une subvention des régions pour acheter le matériel. Que se passerait-il en cas d'attribution du marché à un nouvel opérateur ? Certaines conventions conclues entre la SNCF

¹³¹⁹ Rapport d'information n° 220 (2008-2009) de M. Hubert HAENEL, fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat, déposé le 12 février 2009.

et les régions ont envisagé cette éventualité en prévoyant une clause explicite de reprise du matériel par la région. Dans cette compétition, la SNCF a un atout majeur et un handicap. L'atout est lié à l'expérience et l'antériorité. On a vu que les régions peuvent choisir leur prestataire sans être obligées de passer par appel d'offres ce qui donne un avantage au prestataire en place. À l'inverse, la SNCF observe que la société nationale est dans une position moins favorable que ne l'est la Deutsche Bahn qui finance le matériel et reste par conséquent propriétaire des rames, ce qui constitue un avantage. L'achat de nouveaux matériels est évidemment une barrière à l'entrée sur le marché du transport ferroviaire.

1040. Les régions françaises qui ont financé le matériel ont donc beaucoup plus de latitude pour, à l'avenir, choisir le transporteur à l'instar de leurs consœurs allemandes. Les Länder allemands, qui ont versé 8,3 milliards d'euros de subventions en 2018 aux compagnies ferroviaires, un montant en constante progression, ont également le pouvoir et les moyens de décider de l'avenir de leurs lignes. En 2018, près de 500 kilomètres de voies sont à nouveau exploités par rapport aux quelque 5.000 kilomètres de rails, fermés à l'exploitation par la DB car jugés trop peu rentables. Les autorités régionales choisissent les exploitants, qui opèrent ensuite par délégation de service public. Actuellement, un tiers de ces petites lignes est exploité par des compagnies privées, le reste par la Deutsche Bahn. Dans cette même thématique, la répartition du patrimoine ferroviaire a toujours été un point de friction entre la SNCF et RFF qu'il s'agisse de la voirie, des équipements, des quais et, surtout, des immeubles et des gares. Ces difficultés disparues par l'intégration de RFF dans le groupe SNCF¹³²⁰ (sur le modèle de la Deutsche Bahn) vont être évidemment accrues avec la percée progressive de la concurrence ferroviaire, notamment sur le trafic régional.

1041. L'ouverture à la concurrence dans les régions est donc d'abord un enjeu technique. Il importe de définir les services dont le repreneur éventuel aura besoin et partant de déterminer comment lui facturer ces services, notamment les arrêts effectués dans les gares desservies. Cela fait longtemps que la gare est devenue plus qu'un enjeu ferroviaire pour devenir aussi un enjeu de développement local. Une gare, à l'image d'un port, est ce premier élément structurant d'une ville. L'augmentation des trafics de passagers, la diversification de

¹³²⁰ Décret n°2019-1585 du 30 décembre 2019 approuvant les statuts de la société nationale SNCF et portant diverses dispositions relatives à la société nationale SNCF et à la société mentionnée au c du 2° de l'article 18 de l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019.

l'offre de transport mêlant plusieurs modes de transport urbain, et l'animation commerciale rendent cette infrastructure majeure dans la définition du marché. Qu'il s'agisse de l'accueil des voyageurs, de la vente des billets, de l'information, voire de la présence de commerces, ce sont autant d'éléments d'une offre de service qui, quel que soit demain le gestionnaire de la gare, devra être transparente et non discriminatoire. Toutes ces questions sont cruciales pour le transport ferroviaire à l'image de ce que sont les aéroports, tout autant infrastructures de transport que vastes zones commerciales¹³²¹. La concurrence favorisera l'émergence de nouveaux modes d'exploitation des espaces ferroviaires dans lequel les autorités locales devront prendre une responsabilité déterminante. Le parallélisme avec les aéroports comme éléments structurants de la métropolisation est à cet égard éclairant.

1042. Enfin, si l'obstacle du matériel semble en voie d'être levé par une harmonisation progressivement plus poussée¹³²², il en va différemment de la question du personnel. Portant sur le sort du personnel en cas de changement d'opérateur, notamment par le choix de la convention collective, la gestion des statuts de recrutement du personnel des opérateurs historiques reste le problème majeur de la transition vers la désétatisation du secteur ferroviaire. Sur le plan juridique, la Commission européenne et les États membres doivent pouvoir tenir compte du cadre normatif comportant la compétence partagée de l'UE, d'un côté, et les principes de promotion du progrès social et d'amélioration des conditions de vie et de travail des Européens¹³²³, de l'autre. Dans ce cadre contraignant tant les intérêts peuvent diverger, l'Union peut compléter les politiques menées par les États membres dans le domaine du droit du travail par l'harmonisation, mais uniquement en fixant des normes minimales, conformément au Traité, en particulier son article 153. Dès lors, la question soulevée est celle du transfert du contrat de travail, qui est, en France, évoquée par le seul Code du travail. En cas de reprise de l'activité par un nouvel opérateur, la règle fixée par le

¹³²¹ DEVRET-DEMETTRE Lucie-Emmanuelle, Quand l'aéroport devient ville : géographie d'une infrastructure paradoxale, 2015.

¹³²² Comme dans un premier temps, la directive n°2001/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel puis remplacée par la directive (UE) n°2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016.

¹³²³ Notamment la proclamation interinstitutionnelle sur le socle européen des droits sociaux (2017/C 428/09) du 13 décembre 2017 qui évoquant dans son préambule l'article 3 du traité sur l'Union européenne, rappelle l'attachement de l'UE à « promouvoir le bien-être de ses peuples et d'œuvrer pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social ».

Code du travail (art. L1224-1 et L1224-2) est le transfert de plein droit des personnels et des contrats de travail au nouvel employeur. En pratique, de nombreuses interrogations demeurent, incluant l'identification des personnels qui assurent une exploitation nationale, comprenant plusieurs régions, et celle du transfert des droits. Ce transfert concerne les contrats de travail, mais également les avantages issus d'un accord collectif ainsi qu'il est prévu à l'article L 2261-10 dudit code.

1043. Enfin, demeure la question de la gestion des personnels en interne. Les questions antérieures envisagent le cas où le transfert à un opérateur privé s'accompagne d'un transfert de personnel. Mais il faut envisager aussi le cas où le transfert ne se fait pas, pour des raisons juridiques ou autres. La difficulté n'est plus exclusivement juridique, mais elle est économique. La perte éventuelle d'un marché régional – à partir de l'hypothèse d'une concession à une société privée - conduirait ainsi la SNCF à gérer un surplus de personnel rendu disponible par la perte dudit marché. On mesure que ce transfert impacte potentiellement son modèle économique du fait de cette charge accrue de masse salariale. L'éventuel passage de l'opérateur historique à un opérateur privé laisse donc entier le problème du personnel SNCF affecté au réseau régional. Quelques difficultés ont été identifiées, mais sur ce sujet sensible, les obstacles apparaîtront au fur et à mesure de l'application. La liste n'est pas exhaustive. Il y a évidemment là une difficulté majeure à laquelle, il semble bien que ni les opérateurs, SNCF et ses concurrents, ni l'État ne se soient préparés.

1044. Il est alors assez logique de voir que même si l'ouverture à la concurrence reste timide face au potentiel de développement de l'offre, la concurrence semble plus facilement se mettre en place sur les trajets internationaux que sur le transport dit « régional ». Ainsi, les concurrents de la SNCF peuvent compter sur une utilisation moindre des voies de circulation. L'ART faisait le constat qu'avec 37 circulations quotidiennes de trains de voyageurs par kilomètre de ligne et par jour, l'intensité des circulations des trains en France, est plus faible que la moyenne observée en Europe, qui s'établit à 44 circulations, cette moyenne gommant par ailleurs des saturations sur certaines lignes à grande vitesse comme dans la vallée du Rhône. Parmi les freins notables, le niveau des péages, ces redevances d'accès à l'infrastructure ferroviaire, est relativement élevé en France. Elles représentent ainsi près de 90 % des revenus du gestionnaire d'infrastructure en France (SNCF Réseau), alors qu'elles couvrent, en moyenne, environ 50 % des charges des gestionnaires d'infrastructure chez les

autres en Europe. La distorsion de concurrence est quasi institutionnelle comme l'évoquait le président de l'ART lors d'une audition devant le législateur français

« Le lien de dépendance entre SNCF Réseau et SNCF Voyageurs fait qu'à l'horizon 2030, près de 20 % des investissements de SNCF Réseau doivent être financés par les dividendes de SNCF Voyageurs. Le gestionnaire d'infrastructure est ainsi fortement intéressé à la réussite de l'opérateur historique, bien plus qu'à celle des nouveaux entrants »¹³²⁴.

1045. L'ART a pourtant pu observer que l'ouverture à la concurrence, malgré les difficultés évoquées, constitue un levier majeur de développement et de dynamisation du transport ferroviaire de voyageurs, au bénéfice de toutes les parties prenantes, y compris de l'opérateur historique, SNCF Voyageurs en l'occurrence qui assure revoir son offre pour attirer une clientèle « *business travel* » plus importante. Ce constat¹³²⁵ se base, du moins pour le marché français, sur les premiers résultats de l'entrée en service des trains à grande vitesse italiens entre Milan et Paris. Par ailleurs, l'ART relève qu'en Allemagne, alors que les opérateurs ferroviaires alternatifs représentent plus du tiers du marché de transport ferroviaire de voyageurs, l'opérateur ferroviaire historique – la Deutsche Bahn – a vu ses trafics et ses revenus croître depuis l'ouverture à la concurrence, au début des années 1990. Cette différence d'appréhension nationale d'un processus européen explique aussi le report à 2030 de l'ouverture à la concurrence alors que tantôt les alliances ferroviaires se confortent, quand la SNCF et la Deutsche Bahn développent la leur par une nouvelle offre entre Paris et Berlin, ou se délitent à l'image des relations entre la SNCF et ses voisines italienne ou espagnole.

C – La concurrence internationale retardée à 2030

1046. Après l'ouverture à la concurrence de toute l'activité fret correspondant au 2^e paquet ferroviaire d'avril 2004, le 3^e paquet ferroviaire est adopté le 23 octobre 2007. Il dispose notamment d'ouvrir à la concurrence les services ferroviaires internationaux de

¹³²⁴ Rapport d'information n° 570 (2021-2022), Situation de la SNCF et ses perspectives, de MM. Hervé MAUREY et Stéphane SAUTAREL, fait au nom de la commission des finances, déposé le 9 mars 2022.

¹³²⁵ Autorité de régulation des transports, Étude sur l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, Édition 2022 <https://concurrence-ferroviaire.autorite-transport.fr/> - Consulté le 15 mars 2022.

voyageurs¹³²⁶ et d'accélérer l'intégration technique¹³²⁷ et juridique¹³²⁸ de l'espace ferroviaire européen. Le cœur du troisième paquet ferroviaire fut donc le point sensible de la libéralisation du transport de voyageurs. Prévue par la directive n° 2007/58/CE, cette libéralisation débuta par la prévision de l'ouverture du transport international de voyageurs au plus tard en 2010. **Le service international est doublé d'une possibilité de cabotage, c'est-à-dire la possibilité de prendre des passagers dans un pays pour effectuer un trajet intérieur, mais dans le prolongement d'un trajet international.** Par exemple, un train allemand effectuant la desserte Munich-Paris via Strasbourg pourra vendre non seulement un billet Munich-Paris, ou Munich-Strasbourg, comme c'est le cas aujourd'hui, mais aussi du Strasbourg-Paris. Cette directive centrale fut accompagnée d'autres textes visant la certification des conducteurs (directive n° 2007/59/CE), les droits des voyageurs issus du règlement n° 1370/2007 dit « Obligation de service public », lesquels tendent à modérer l'évolution dans le sens de la libéralisation. Ils instaurent un cadre légal en matière d'octroi de compensation et/ou de droits exclusifs pour les contrats de service public à conclure dans le domaine des transports.

1047. Afin de parachever l'espace ferroviaire unique européen, la Commission européenne présenta un projet de directive rendu public le 30 janvier 2013. L'étape ultime de la libéralisation devait être réalisée par ce 4^e paquet ferroviaire. Il s'agit d'un ensemble de cinq textes composant le pilier « technique » (Agence ferroviaire européenne, interopérabilité et sécurité ferroviaire) et le volet « marché » (gouvernance des acteurs et ouverture à la concurrence du transport de voyageurs). Avec ce projet de 4^e paquet ferroviaire, un ensemble de propositions législatives visait notamment à l'ouverture totale du marché du transport de voyageurs à l'horizon 2019 par l'interopérabilité au sein de l'espace ferroviaire européen et en proposant de séparer strictement les activités de gestionnaire d'infrastructure et de transporteur. En effet, l'ouverture à la concurrence est alors envisagée comme une solution, par un renforcement de la compétitivité des entreprises du secteur, l'amélioration du service aux usagers, pour aboutir à réduire les prix et permettre davantage d'investissements sur les réseaux ferrés. C'est donc dans cette optique que l'exécutif européen va élaborer ses

¹³²⁶ Directive 2007/58/CE du 23 octobre 2007 qui modifie la directive 91/440/CEE et la directive 2001/14/CE

¹³²⁷ Directive 2007/59/CE du 23 octobre 2007 relative à la certification des conducteurs de train.

¹³²⁸ Règlement n°2007/1371/CE du 23 octobre 2007 qui institue un régime unifié des droits et obligations des voyageurs ferroviaires au sein de la Communauté européenne.

propositions législatives en vue d'une libéralisation du rail européen, que les États membres et le Parlement européen vont progressivement accepter, tout en tenant compte des marges de manœuvre des États membres.

1048. Ainsi, ce « pilier » marché, adopté le 14 décembre 2016, compléta le processus d'ouverture graduelle du marché lancé par le premier paquet. Il établit le droit général pour les entreprises dans le secteur du rail de s'installer dans un pays membre pour mettre en œuvre tout type de services de passagers dans l'UE. La concurrence au sein du marché des services ferroviaires de transport de passagers devait encourager, selon la Commission, les opérateurs¹³²⁹ à répondre aux besoins des consommateurs, améliorer la qualité de leurs services ainsi que leur rentabilité, renvoyant à cet objectif cardinal qui est la satisfaction du consommateur, qui se voit proposer un choix plus large et de meilleure qualité pour les services ferroviaires. Le parallèle avec la libéralisation du transport aérien est patent. Là encore, le rôle du Parlement européen a permis, lors de l'année 2015, une accélération dans le processus de discussion¹³³⁰, renvoyant à la responsabilité des États membres le soin de clarifier son rapport à ce secteur stratégique et hautement symbolique de conquêtes sociales et de développement économique. Ainsi, le pilier technique, couvrant les questions de sécurité et l'interopérabilité des réseaux ferroviaires, fit l'objet, en juillet 2015, d'un accord sur le financement de ces questions. Les trois institutions que sont le Parlement européen, le Conseil de l'UE et la Commission européenne, parce qu'« une action globale est requise pour rompre le cercle vicieux créé par un manque d'investissements et des disparités sans cesse croissantes entre les régions et pour renforcer la confiance dans l'économie de l'Union¹³³¹ », ont créé un fonds géré par la Banque européenne d'investissement, l'EFSI¹³³² évoquant au

¹³²⁹ Règlement n°2016/2338, qui modifie celui de 2007 afin de réguler les procédures de mises en concurrence effectuées par les autorités ainsi que la directive n°2016/2370, qui modifie celle de 2012 et introduit de nouvelles exigences visant à garantir l'indépendance du gestionnaire d'infrastructures en ce qui concerne la gestion du trafic et la planification de l'entretien.

¹³³⁰ Résolution du Parlement européen du 9 septembre 2015 sur la mise en œuvre du Livre blanc de 2011 sur les transports : bilan et voie à suivre pour une mobilité durable (2015/2005(INI)).

¹³³¹ Règlement (UE) 2015/1017 du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2015 sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques, la plateforme européenne de conseil en investissement et le portail européen de projets d'investissement et modifiant les règlements (UE) n°1291/2013 et (UE) n°1316/2013 — le Fonds européen pour les investissements stratégiques.

¹³³² Le Fonds européen pour les investissements stratégiques (EFSI) est l'élément central du plan d'investissement pour l'Europe, qui vise à stimuler la croissance économique à long terme et la compétitivité dans l'Union européenne. Le fonds constitue une entité distincte et transparente et prend la forme d'un compte géré séparément par la Banque européenne d'investissement (BEI). Il a été créé en juillet 2015 par le règlement

considérant n° 13 du règlement (UE) n° 2015/1017 que « les investissements stratégiques tels que [...], les projets d'intérêt commun destinés à achever le marché intérieur dans le secteur des transports, des télécommunications et des infrastructures énergétiques, notamment les interconnexions des réseaux de transport [...] » ou encore

« les projets de développement des infrastructures et des équipements de transport et des nouvelles technologies dans le domaine des transports [pour] contribuer aux objectifs du règlement (UE) n° 1315/2013 et du règlement (UE) n° 1316/2013 par la construction de nouvelles infrastructures ou d'infrastructures manquantes et également par la modernisation et la remise en état d'infrastructures existantes, tout en permettant le financement de travaux de recherche et d'innovation dans ce secteur »¹³³³.

1049. Par ailleurs, le pilier « marché » relatif à l'ouverture à la concurrence des marchés nationaux et à la gouvernance des acteurs du système ferroviaire, a fait l'objet d'un accord entre les États membres et le Parlement européen, le 28 avril 2016, pour une adoption définitive mi-décembre 2016. Ces opérations visaient à préparer ce qui restait, à l'époque, l'objectif d'une ouverture totale du transport ferroviaire à la concurrence dès 2019 et au plus tard au début des années 2030 pour les dernières lignes, et plus particulièrement les lignes à grande vitesse (LGV), parcourues à plus de 200 km/h, du fait de la durée des délégations d'exploitation octroyées pour une durée de dix ans à un opérateur. On a pu penser, du fait des fortes oppositions syndicales dans certains États membres à une renégociation de la législation européenne. Il est vrai que la marge de manœuvre des États membres de l'Union européenne, qui demeurent libres dans l'adoption de leur stratégie pour faire face à ce changement a pu être utilisée pour réformer plus fondamentalement leur secteur ferroviaire. Par exemple, comme le Sénat l'avait mis en avant lorsqu'il évoquait un « phénomène de surtransposition¹³³⁴ » en France, rien n'oblige la France, dans les textes européens, à modifier le statut des cheminots pour transposer le 4^e paquet ferroviaire de 2016. Cette volonté de l'exécutif français est par conséquent un choix national. De la même manière, la réglementation européenne ne prévoit pas la privatisation des entreprises nationales du

sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques, la plateforme européenne de conseil en investissement et le portail européen de projets d'investissement. Il est doté depuis 2017 d'une capacité de financement de 500 milliards d'euros.

¹³³³ *Supra*, Règlement (UE) n°1315/2013 sur les orientations de l'Union européenne pour le développement du réseau transeuropéen de transport.

¹³³⁴ Sénat, Rapport d'information de M. René DANESI, fait au nom de la commission des affaires européennes et de la délégation aux entreprises, n° 614 (2017-2018) - 28 juin 2018.

ferroviaire. Dit autrement, les pays européens ont les mains libres pour préparer l'ouverture de ce secteur à la concurrence. Ces stratégies nationales diffractent d'autant la règle établie par la directive et contribuent à maintenir des cloisonnements de marché. **Le secteur aérien a suscité moins de dispersion parce que la libéralisation découlait en la matière de règlements. La diffraction est possible, mais apparaît uniquement dans la mise en œuvre des dispositions européennes, unifiées à la base.** Elle est donc moins intense et moins attentatoire à l'idée de l'espace aérien unique européen, mais demeure un objectif régulièrement affirmé par la Commission¹³³⁵.

1050. En prenant quelques exemples de différences de mise en œuvre de directive¹³³⁶, il convient de noter qu'en Allemagne, le libre accès n'est autorisé que pour les entreprises ferroviaires ayant leur siège social basé en Allemagne, quand en Finlande, le marché du transport de passagers est légalement ouvert à la concurrence en tant qu'aucune disposition légale ne l'interdit, cependant en raison de l'attribution exclusive et directe de contrats de service public à l'opérateur historique national, ce marché ferroviaire n'est pas ouvert à la concurrence *de facto*. S'agissant des lignes régionales ou d'équilibre du territoire, ce sont les régions qui ont « la main », accentuant ainsi cette situation de disparité des cadres normatifs. Ces dernières, si elles le souhaitent, pourront émettre leurs premiers appels d'offres européens à partir de décembre 2019. Ce processus ne sera toutefois obligatoire qu'à partir de 2023. Sachant que les contrats peuvent être d'une durée de dix ans, cela signifie que, sur ces lignes et dans les régions rétives à l'ouverture à la concurrence, la SNCF pourra conserver un monopole de fait jusqu'en 2032. À l'inverse, l'entreprise historique française pourra être concurrencée dès 2021 dans des régions telles que les Hauts-de-France ou PACA, qui avaient fait savoir qu'elles comptaient mettre en œuvre la libéralisation dès 2019. Les perspectives d'offres limitrophes italienne et belge avaient certainement poussé à ces annonces.

1051. **Cette disparité dans le formatage et le fonctionnement effectif des marchés confirme les limites d'une véritable superposition des analyses comparatives entre les secteurs aérien et ferroviaire.** Ce qui ramène le parallèle proposé entre ces deux modes de

¹³³⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Plan d'action pour promouvoir le transport ferroviaire de voyageurs longue distance et transfrontière COM(2021) 810 final, le 14 décembre 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0810&from=IT>

¹³³⁶ Fifth Annual Market Monitoring Report IRG-Rail (17) 1 march 2017 <http://autorite-transport.fr/wp-content/uploads/2017/04/Final-report.pdf> notamment page 33 et la fig. 14 – consulté le 3 juillet 2019.

transport aux seules offres longue distance et centralisées sur une plateforme pivot, confirmant ainsi l'offre multimodale, élément de la concurrence durable. Mais par ailleurs, les difficultés que rencontre le transport ferroviaire dans sa démonopolisation sont renforcées par les insuffisances de l'offre aérienne, comme lorsqu'il n'existe pas de liaison aérienne entre Nantes et Bordeaux, ces deux aéroports n'étant affectés qu'à l'alimentation de l'aéroport de Paris-CDG pour le groupe Air France KLM et ne correspondant pas à une offre touristique.

1052. **La recomposition du marché ferroviaire est en devenir, mais ne peut être assimilée totalement à celle à l'œuvre dans le transport aérien de passagers.** Ainsi, l'ouverture à la concurrence risque de modifier la structure et les comportements sur ce marché ferroviaire, la coopération entre la SNCF et la Deutsche Bahn, par exemple, car très aboutie, pose la question de savoir si la DB comme la SNCF viendront se concurrencer sur certaines liaisons. Pour le moment la plus grande concurrence vient surtout des sociétés de bus et de covoiturage qui ont encouragé la SNCF à se développer sur ces deux marchés (via OUIBUS devenu BlablaBus) et à lancer une offre de TGV *Low cost* (OUIGO) pour riposter. De même, devant la fusion effective avec sa consœur opératrice sur le marché britannique, Thalys a réemployé une rame de 700 passagers non utilisée par Eurostar, pour développer son offre à bas coût « Izy », montrant ainsi tout l'intérêt d'une intégration encore plus forte des sociétés et marques du Groupe SNCF, particulièrement en l'absence d'un marché du train d'occasion, frein important à toute entrée d'un nouvel opérateur ferroviaire. L'étude de la démonopolisation du transport ferroviaire est, parce qu'elle est tardive et s'effectue encore actuellement, un phénomène qui correspond aussi à l'ouverture d'un marché de réseau. Celle-ci s'inspire du précédent du transport aérien, mais garde ses spécificités, adaptant les enseignements tirés de la recomposition du marché aérien européen.

§ 2 – Le mimétisme comportemental du secteur ferroviaire de passagers avec le secteur aérien lors de son ouverture à la concurrence

1053. Dans les travaux des économistes sur le management stratégique, le paradigme concurrentiel a mis principalement l'accent sur la rivalité entre les firmes (PORTER, 1982). La survie d'une entreprise passe ainsi par le renforcement de sa compétitivité propre, qui, elle-même, dépend de sa capacité à développer des avantages concurrentiels créateurs de valeur (« l'expérience de voyage » par exemple pour le secteur aérien). Dans cette perspective, la

progressive libération du transport ferroviaire, dès 1991¹³³⁷, repose sur un double phénomène, celui d'une consolidation du marché qui semble écarter dès lors l'effectivité de la concurrence (A). Ce paradoxe est accentué par la promotion d'une coopération entre opérateurs monopoleurs, pour faciliter l'accès à leur marché (B). Le développement de l'espace ferroviaire européen repose donc sur les mêmes tendances que celles observées dans le ciel européen. Les deux modes de transport suivent de chemins parallèles de libéralisation partielle, malgré leurs irréductibles spécificités.

A – Le mimétisme avec le secteur aérien par le comportement des entreprises dans la recomposition du réseau ferroviaire

1054. L'offre TBC/LCC a considérablement renforcé la situation de rivalité entre les compagnies aériennes, mais aussi et par mimétisme, entre les opérateurs ferroviaires, à l'image des offres Ouigo, que la SNCF développe hors de France, ou Izy, entre Paris et Bruxelles alors qu'elle détient déjà le monopole sur ce trajet. Car, à des marchés relativement stables, se seraient substitués des marchés caractérisés par une concurrence « excessive », « agressive » ou « prédatrice »¹³³⁸. L'entreprise n'a alors plus le choix et doit adopter un comportement agressif, ou hypercompétitif, tout simplement pour se maintenir sur le marché. À l'opposé de ce paradigme concurrentiel, les économistes développent le paradigme relationnel, ou la coopétition. Celle-ci met principalement l'accent sur la coopération dans la concurrence¹³³⁹. Dans cette approche, une firme établit et renforce sa compétitivité en développant des alliances stratégiques, des réseaux, ou des stratégies collectives. La capacité à entrer en relation permet d'accéder à de nombreuses ressources permettant de créer un avantage relationnel. Quatre modes relationnels émergent des pratiques actuelles sur le marché européen : la coexistence, la concurrence (compétition), la coopération et la coopétition. **Cette coopétition est une forme de relation entre concurrents qui combine des échanges à la fois économiques et non économiques.**

¹³³⁷ Directive n°91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires abrogée par la directive n°2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

¹³³⁸ (Le ROY, 2002)

¹³³⁹ DYER et SINGH, 1998

1055. La théorie de la coopération nous semble dans les secteurs ferroviaire et aérien, essentiellement fondée sur la théorie des réseaux. Une entreprise peut choisir un tel mode relationnel en fonction, d'une part, de sa position relative sur le secteur, d'autre part, de son besoin en ressources extérieures. Tout le système des alliances structurant le marché du transport aérien repose sur cette idée, pour laquelle il existe une « relation dyadique et paradoxale qui émerge quand deux entreprises coopèrent dans quelques activités, et sont en même temps en compétition l'une avec l'autre sur d'autres activités¹³⁴⁰ ». Cette construction « en base 2 », aussi appelée « mode binaire », est particulièrement opportune pour le transport ferroviaire. Car outre la différence d'approche, permise par le choix de la directive, plutôt que celui du règlement, il importe de relever une autre spécificité de ce secteur ferroviaire. Alors que pour le secteur aérien, le choix est de permettre le libre accès le plus large par les accords de trafic aérien et la désétatisation de l'attribution des créneaux aéroportuaires, l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire intraeuropéen, va se faire par ce qui peut apparaître comme un paradoxe. Au prétexte de « faciliter le transport entre États membres », par l'application du principe de l'accès libre, la directive n° 91/440/CEE, toujours en vigueur en 2012, autorise à son article 10 les « regroupements internationaux¹³⁴¹ » pour promouvoir un accès à l'infrastructure ferroviaire de l'État voisin. La promotion du transport ferroviaire et la perspective d'une future ouverture du marché à la concurrence se trouvent mises en œuvre par des accords de coopération entre futurs potentiels concurrents, qui restent, dans l'attente de l'ouverture des marchés, des offreurs en situation de monopole.

1056. **La logique peut paraître contredire l'objectif affiché de concurrence.** Elle correspond pourtant à une plus grande intégration du secteur des transports de l'Union du fait de son caractère essentiel dans l'achèvement du marché intérieur, et elle permet de faire des chemins de fer un élément vital du secteur des transports de l'Union dans l'optique d'une mobilité plus durable, parce que moins consommatrice de ressources énergétiques. **Ce mode relationnel illustre en ce sens la notion de concurrence durable.** Par ailleurs, il faut répondre à une contrainte technique, principalement issue de l'extrême diversité des systèmes

¹³⁴⁰ BATTISTADAGNINO Giovanni, LE ROY Frédéric, YAMI Saïd, La dynamique des stratégies de coopération, *Revue française de gestion*, 2007/7 (n° 176), p. 87-98.

¹³⁴¹ Devenus « accords transfrontaliers » avec la Directive n°2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

d'électrification ferroviaire, pas moins de six, dont deux coexistent en France comme en Belgique. Héritage des conflits entre pays européens, en France, le choix du courant continu fut imposé par l'autorité militaire, en 1920, pour éviter une utilisation du réseau ferré de la France par les Allemands, qui utilisaient le courant alternatif. Ce système européen a longtemps imposé une répartition de la gestion de lignes ferroviaires en fonction des capacités des opérateurs à développer telle ou telle technologie de motorisation du matériel roulant ferroviaire.

1057. Ainsi, n'ayant pas de technicentre vers Metz pour desservir utilement Luxembourg et les villes allemandes au-delà, la SNCF, dans sa coopération avec la Deutsche Bahn (DB), dut renoncer les premières années de l'accord signé en 2007, à desservir Francfort depuis Paris, imposant par contrepartie à la DB, de ne pas desservir Strasbourg sur la route Munich-Paris. La concurrence rejoint ainsi la logique de coopération en fonction des sillons concernés et de pays visés. Lorsque le 23 mars 2012, la SNCF proposa une liaison directe entre Francfort et Marseille, l'idée était de pouvoir mettre en œuvre le libre accès des réseaux, du fait de leur interopérabilité, plutôt qu'une concurrence avec sa consœur allemande, pourtant possible depuis 2009.

1058. En effet, cette concurrence n'est pour l'instant encore que potentielle, alimentant les débats doctrinaux sur l'avenir du rail et l'effectivité d'une concurrence pour ce mode de transport. Il peut sembler que personne ne souhaite sa mise en œuvre, que cela soit les exploitants ferroviaires comme les fabricants de matériel, qui se méfient d'une guerre commerciale entre les premiers qui auraient des incidences sur la négociation tarifaire pour l'achat de motrice et de voitures. Les opérateurs historiques ont ainsi préféré s'associer à travers des *joint-ventures*, appliquant pleinement l'opportunité qui leur était faite par la directive n° 91/440/CEE et confirmant ainsi que les frontières nationales restent une réalité.

1059. Ainsi, alors que cette directive a plus de trente ans, point de départ d'un vaste renouvellement de la politique ferroviaire européenne, sur seize TGV Est quotidiens Paris-Strasbourg, seuls quatre continuent en Allemagne, sur sept TGV Lyon-Strasbourg, un seul continue jusqu'à Francfort-sur-le-Main. D'abord pressentie pour effectuer une liaison Francfort-Marseille, la DB a finalement renoncé au profit de la SNCF. À partir du 23 mars 2012,

Alleo¹³⁴² exploita, avec des TGV 2N2, une liaison quotidienne entre Marseille et Francfort-sur-le-Main, desservant notamment les villes de Karlsruhe, Strasbourg et Lyon. Cette coopération franco-allemande est la réponse des deux opérateurs historiques à la concurrence qui est censée apparaître sur le marché ferroviaire dix ans plus tard. **Le traitement singulier de cette face du marché ferroviaire est particulièrement évident au travers de la chronologie des réformes et de la prudence politique constamment mise en œuvre**, venant peut-être les débats récurrents sur la viabilité de la concurrence dans le transport aérien. La progressivité tout à fait différente de l'ouverture des marchés du fret puis du transport des passagers, qui fut bien moins rapide que le précédent, est tout à fait remarquable. Le transport aérien n'a pas bénéficié de cette progressivité propre à accompagner les bouleversements concurrentiels, mais ce mode de transport a su prendre des orientations commerciales et économiques radicales qui ont fait florès dans le transport ferroviaire.

B – Le mimétisme avec le secteur aérien par application des règles de concurrence

1060. La directive n° 2012/34/UE, rappelle que l'accord transfrontalier est « tout accord entre deux ou plusieurs États membres ou entre des États membres et des pays tiers destiné à faciliter la fourniture de services ferroviaires transfrontaliers ». Ces accords, mentionnés à l'article 14 de la directive, doivent respecter les principes logiques de toute ouverture à la concurrence à savoir, le libre accès et l'absence de discrimination, ainsi que la transparence (article 10), notamment par notification de leur signature à la Commission pour contrôle. Il importe de noter que ces accords transfrontaliers, à l'image des accords de ciel ouvert, font aussi l'objet de négociations internationales, encouragées par la Commission (considérant 29 de la directive) dans un cadre, apparemment strict, mentionné par l'article 14, § 5 de la directive qui rappelle que

« Les États membres sont autorisés à appliquer provisoirement et/ou à conclure de nouveaux accords transfrontaliers ou des accords transfrontaliers révisés avec des pays tiers, à condition qu'ils soient compatibles avec le droit de l'Union et ne portent pas atteinte aux objectifs de la politique de transports de l'Union. »

1061. Les conditions d'accès aux réseaux ferroviaires portent tant sur les infrastructures ferroviaires de tous les États membres aux fins de l'exploitation de services internationaux de

¹³⁴² Contrairement à Eurostar et Thalys, Alleo n'est pas une marque commerciale propre, ses produits étant vendus sous la marque "DB - SNCF en coopération" ("DB - SNCF in Kooperation"), et ne dispose donc pas de matériel spécifique pour son réseau.

transport de voyageurs. Au cours d'un service international de transport de voyageurs, les entreprises ferroviaires ont le droit de prendre et de déposer des voyageurs dans toute gare située sur le trajet international, y compris dans des gares situées dans un même État membre. Ce droit concerne également l'accès à l'infrastructure reliant les installations de service¹³⁴³. Ainsi, en décembre 1994, la Commission a accordé une exemption à la convention d'utilisation des infrastructures du tunnel sous la Manche intervenue entre Eurotunnel, British Rail et la SNCF. Cette convention répartissait de manière égalitaire les sillons entre les entreprises ferroviaires française et britannique pour le passage des trains, avec Eurotunnel pour le passage des navettes sur lesquelles sont placées des véhicules. Dans sa décision, la Commission a notamment imposé à British Rail et à la SNCF de laisser pour d'éventuels nouveaux entrants 25 % de la capacité horaire du tunnel qui leur est réservée. Une telle décision vise à permettre que d'éventuels nouveaux entrants puissent accéder à ces « facilités essentielles », c'est-à-dire, dans le cas du transport ferroviaire, les sillons, les wagons, les locomotives et le personnel.

1062. Ce principe de libre accès, contrôlé par la Commission européenne, interdit par exemple tout abus de position dominante¹³⁴⁴. Ferrovie dello Stato S.p.A, entreprise ferroviaire nationale italienne dont la filiale opérationnelle est Trenitalia, a été condamnée pour, notamment, n'avoir pas signé d'accord de coopération avec son concurrent, la société allemande Georg Verkehrsorganisation GmbH. La Commission rappela qu'en l'état actuel de la libéralisation du rail dans l'Union, le seul moyen pour une entreprise ferroviaire d'un État membre d'obtenir l'accès au marché du transport ferroviaire de voyageurs d'un autre État membre en vue de la fourniture de services de transport international de voyageurs est de créer un « regroupement international ».

1063. Actuellement, quatre regroupements internationaux existent entre la SNCF et ses voisins immédiats (Alleo – 2007 -, Lyria – 1993 -, Artesia – 1995-2011¹³⁴⁵, « Renfe-SNCF en

¹³⁴³ Directive n°2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, Annexe II « services à fournir aux entreprises ferroviaires », visés à l'article 13 de la directive, comme les gares, voies y compris de garage, les installations de maintenance et les infrastructures multimodales liées à l'activité ferroviaire.

¹³⁴⁴ Décision de la Commission du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/37.685 GVG/FS).

¹³⁴⁵ Partenariat entre la SNCF et Trenitalia. Artesia était une société par actions simplifiée, de droit français, créée en 1995, basée à Paris et filiale commune de la SNCF et de Trenitalia, qui gérait jusqu'au 10 décembre 2011 les

Coopération » - 2013) qui ont complété les entreprises communes pour les marchés belges, néerlandais et britannique, que sont Thalys et Eurostar. Les institutions européennes ont ainsi encouragé la création de tels regroupements internationaux même si ces coopérations sont susceptibles d'entrer en contradiction avec les dispositions du droit de la concurrence. Dans ces conditions, il est important de garder à l'esprit que l'objectif de l'Union est le développement du transport ferroviaire dans une logique de mobilité plus respectueuse des ressources et non le développement de la concurrence pour elle-même. La concurrence doit alors être durable pour assurer un espace unique de transport. C'est ce que montre le développement de l'offre de train de nuit, par exemple, en France¹³⁴⁶ comme en Centre-Europe¹³⁴⁷ qui, après avoir quasiment disparue, est le marqueur d'un regain de diversité des modes de transport pour satisfaire un besoin de mobilité que la crise de la COVID-19 n'a pas entamée. Ce choix de la modalité tient logiquement compte des caractéristiques intrinsèques de chacun des modes de transport. **La complexité du secteur ferroviaire structure ainsi ses propres spécificités face à son concurrent aérien**, dont les principales sont l'intégration verticale des opérateurs et les contraintes techniques nationales (alimentation électrique des lignes ou écartement des rails) parfois incompatibles.

1064. **Cela n'empêche pas pour autant une même convergence des logiques de concentration du marché.** Dans cette hypothèse, on distingue selon que le partenariat crée ou non une co-entreprise, que cette co-entreprise soit opératrice ferroviaire, enfin qu'il y ait un partenariat avec ou sans création de marques. Ainsi, Artesia était une entreprise commune créée en 1999 par la SNCF et Trenitalia ayant pour mission d'aider les deux sociétés mères à organiser et à commercialiser leurs services de transport international de voyageurs entre la France et l'Italie. Artesia, n'étant pas elle-même une entreprise ferroviaire, les deux sociétés mères agissent en tant que « transporteurs consécutifs » sur les lignes concernées. Dans la même logique, l'accord de coopération entre les opérateurs allemand et français au travers d'Alleo, filiale commune de la SNCF et de la Deutsche Bahn, de droit allemand, n'emporte pas pour autant de marque commerciale propre, ses produits étant vendus sous la marque « DB -

dessertes au départ de Paris-Gare de Lyon et Paris-Gare de Bercy vers l'Italie, plus précisément vers Turin et Milan en service de jour et Venise, Florence et Rome en service de nuit.

¹³⁴⁶ <https://www.sncf.com/fr/offres-voyageurs/voyager-en-train/trains-de-nuit-europe> - Consulté le 1er mai 2020.

¹³⁴⁷ <https://www.austria.info/fr/informations-pratiques/venir-en-autriche/train-de-nuit-paris-vienne> - Consulté le 1er mai 2020.

SNCF en coopération » (« DB - SNCF in Kooperation » en allemand), et ne dispose donc pas de matériel spécifique pour son réseau.

1065. Par ailleurs, les exemples de Lyria (société détenue à 74 % par la SNCF et par 26 % par les SBB/CFF/FFS), qui n'est devenue une entreprise ferroviaire qu'en 2012 dans la mesure où elle détient une licence et un certificat de sécurité liant à l'exploitation de sa propre gamme de train, est une société qui développe sa propre politique de recrutement, de rémunération et de marque¹³⁴⁸, sur le modèle d'Eurostar¹³⁴⁹ ou de Thalys, dont la particularité est de reposer sur de deux sociétés conjointes¹³⁵⁰. Ce sont autant d'exemples de segmentation forte du marché. Celle-ci assure une rentabilité des opérateurs, en situation de monopole tout en adaptant l'offre à la clientèle. Par exemple, la SNCF présentait le 27 septembre 2019 un projet de rapprochement d'Eurostar et de Thalys. L'objectif annoncé, et depuis confirmé¹³⁵¹, vise à créer un opérateur ferroviaire européen concurrent des compagnies aériennes *low cost* et du transport en voiture en assurant une offre globale dans cette région intraeuropéenne, la plus densément peuplée, de Londres à Cologne et de Paris à Amsterdam, avec en son centre Bruxelles.

1066. **Dans cette perspective, on peut se poser des questions sur l'accord de coopération industrielle**, sans prise de participation capitalistique, entre les opérateurs allemand et français au travers d'Alleo, filiale commune de la SNCF et de la Deutsche Bahn. Cette coopération fut envisagée pour anticiper deux événements : l'ouverture de la ligne à grande vitesse Est, ouvrant les destinations Paris-Francfort et Paris-Stuttgart-Munich qui préfigurait l'ouverture à la concurrence prévue, à l'origine pour 2019. Cette coopération que l'on peut qualifier d'industrielle, reposait à l'origine sur une pure logique technique : la route vers Francfort était dévolue à la DB, à la SNCF vers Stuttgart et Munich. Cette répartition se fit pour des impératifs de maintenance, les deux opérateurs ferroviaires utilisant des matériels

¹³⁴⁸ En 2018, Lyria a transporté 4,5 millions de passagers dans ses TGV et, avec un durée de trajet de 3h entre Paris et Genève ou Bâle, est un concurrent important du transport aérien, <https://www.tgv-lyria.com/fr/fr>

¹³⁴⁹ On appelle également Eurostar les trains à grande vitesse utilisés par l'entreprise : les rames TGV TMST (TMST pour TransMancheSuperTrain), mais également les nouvelles rames Eurostar e320.

¹³⁵⁰ La société Thalys International porte depuis 1995 la coopération sur l'ensemble des territoires, avec pour actionnaires les sociétés de chemin de fer française et belge (70% SNCF et 30% SNCB) et les chemins de fer néerlandais (NS) pour partenaire.

L'entreprise ferroviaire THI Factory, dont le capital est détenu à 60% par la SNCF et 40% par la SNCB, opère depuis le 31 mars 2015 en France et en Belgique. <https://www.thalys.com/fr/fr/a-propos-de-thalys>

¹³⁵¹ GLISZCZYNSKI Fabrice, <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/thalys-le-projet-de-fusion-avec-eurostar-est-confirme-pour-2021-856771.html> - Consulté le 10 septembre 2020.

différents ne pouvant pas être entretenus dans les ateliers d'un tiers. En décembre 2016, cette restriction opérationnelle a été levée, à la suite de la fin des travaux de la nouvelle ligne TGV Est et des trains ICE et TGV ont été mis en service pour relier Paris à Francfort en moins de 4h. L'offre apparaît pour le voyageur lambda comme « concurrentielle », les deux offres étant affichées sur un même site de vente. Mais il n'en reste pas moins que le nombre de ICE par rapport à celle de TGV est faible à Strasbourg et pour une continuité vers l'Allemagne. La concurrence est donc bien plutôt une coopération, voire une coopération même si elle demeure temporaire, coopération qui est non seulement permise, mais aussi incitée puisque la non-conclusion d'un tel accord est sanctionnée pour abus de position dominante¹³⁵². Le secteur du rail suivrait sur ce point le secteur du transport aérien de passagers. À la suite de cet accord, des offres vers des villes de province en France ont été lancées comme la liaison Francfort-Marseille en mars 2012, seule la SNCF l'assurant sans correspondance. Ces deux dernières années, des offres ont même été lancées vers de nouvelles destinations grâce à la commercialisation de billets combinés (trains de la coopération + TGV SNCF ou ICE DB) établissant un vrai maillage franco-allemand avec notamment des liaisons Paris-Berlin ; Paris-Hambourg ; Paris-Heidelberg ; Francfort-Bordeaux ; Stuttgart-Montpellier. Alors que cette coopération a perduré depuis plus de dix ans avec succès - près de seize millions de voyageurs transportés¹³⁵³ - elle a été prolongée, dans un premier temps, jusqu'en 2020¹³⁵⁴ portant l'offre à 24 trains circulant entre les deux pays par jours pour vingt-trois millions voyageurs, pour être à nouveau reconduite avec le projet emblématique d'une liaison entre Paris et Berlin à l'horizon 2023, lorsque la gare de passage de Stuttgart sera achevée¹³⁵⁵.

1067. L'offre commune entre les opérateurs allemand et français représente cette coopération sur les liaisons directes entre Paris et Francfort ou Stuttgart (voir Munich), mais qui n'éteint pas toute velléité de concurrence entre les deux géants du transport ferroviaire

¹³⁵² Décision de la Commission du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE dans l'affaire COMP/37.685 GVG/FS.

¹³⁵³ A titre de comparaison, le groupe Air France-KLM transportait en moyenne, 5,3 millions de passagers mensuellement sur son réseau court et moyen-courrier, directement en concurrence avec le transport ferroviaire. Sources : compagnies aériennes

¹³⁵⁴ Le 23 septembre 2014, les présidents de la SNCF et de la Deutsche Bahn, Guillaume PEPY et Rüdiger GRUBE, ont signé un protocole d'accord pour la poursuite de leur coopération dans la grande vitesse européenne jusqu'à la fin de l'année 2020 lors du salon InnoTrans à Berlin.

¹³⁵⁵ Stuttgart est au cœur d'un projet d'infrastructure « Stuttgart 21 » qui implique le transfert en sous-sol de toute la gare centrale et la construction de nouvelles voies ferroviaires permettant un trajet souterrain pour relier, à grande vitesse, Stuttgart à Ulm et ainsi compléter un des barreaux ferroviaires nécessaires à une liaison.

européen. Ainsi, l'argument d'une concurrence de l'opérateur allemand prévue entre le nord de l'Allemagne et Paris via Bruxelles avait été important dans la validation sans réserve de la création de l'opérateur Thalys¹³⁵⁶, mettant un terme provisoire à la consolidation du transport ferroviaire de passagers¹³⁵⁷. Mais depuis cette affaire, la DB n'a jamais offert de routes par la Belgique, préférant développer une coopération commerciale avec sa concurrente française. Pour Alleeo, qui a célébré ses 15 ans d'aventure commune, la coopération fonctionne au mieux entre les deux partenaires sur les liaisons directes en entre l'Allemagne et la France¹³⁵⁸. Depuis 2007, 16 millions de passagers ont été transportés sur les trains ICE entre la France et l'Allemagne et du fait de l'ouverture de la ligne à grande vitesse entre Paris et Strasbourg, la tendance est à la hausse. Selon les données des opérateurs, les années 2018 et 2017 ont rattrapé le retard commercial dû à l'accident lors des essais de TGV de 2015 qui a retardé l'ouverture de la ligne à grande vitesse entre Paris et Strasbourg. Avec plus de deux millions de passagers, la ligne à grande vitesse a atteint 70 % de parts de marché multimodal entre Paris et Strasbourg. Cette part de marché reste cependant plus faible de et vers l'Allemagne avec 31 à 32 % de parts de marché à Francfort. Mais sur ce trajet qui engage des voyages de plus de trois heures, le train devient beaucoup moins concurrentiel pour voir sa part de marché diminuer. Alors que la ligne à grande vitesse est sans discontinuation entre Paris et Strasbourg, il n'y a pas de ligne grande vitesse de bout en bout jusqu'à Francfort, celle-ci s'arrêtant entre Nancy et Metz pour bifurquer vers Luxembourg. La distance de 573 km par l'autoroute se réalise en quelques six heures de voiture contre 1h10 en avion et 3h50 pour le trajet le plus rapide en train ICE ou Tgv Inoui, selon les horaires de la journée.

1068. En effet, les partenaires allemands de la SNCF n'ont pas les mêmes priorités. Du fait de la structure fédérale de l'Allemagne, les régions sont très attentives à ce que les trains, même à grande vitesse, s'arrêtent dans un plus grand nombre de villes. La géographie explique en partie cette politique tant sur une superficie du territoire bien inférieure à celle de la

¹³⁵⁶ Décision C(2014) 6829 final de la Commission du 19 septembre 2014 de Non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.7011 — SNCF/SNCB/THALYS JV).

¹³⁵⁷ Concentrations acceptées dans les Affaires Eurostar (COMP/M.5655) en 2010 et TRENITALIA JV (COMP/M6150) en 2011.

¹³⁵⁸ On peut lire sur le site internet commercial, que selon une enquête commerciale du dernier trimestre 2019, « 2 clients sur 3 choisissent le train plutôt que l'avion entre Paris et Stuttgart ; 1 client sur 3 choisit le train plutôt que l'avion entre Paris et Francfort » et donc de profiter de « 6 allers-retours Paris-Francfort par jour dont 2 A/R via Strasbourg en 3h38 ; 5 allers-retours Paris-Stuttgart par jour en 3h08 dont 1 prolongé jusqu'à Munich » pour une satisfaction mesurée à 92% des voyageurs. – www.alleo.eu – Consulté le 2 mars 2020.

France, 357 569 km² contre 638 475 km² pour la France, les densités de population différentes, avec 119,1 habitants au km² pour la France et plus près du double en Allemagne à 236,1 habitants au km².

« Les régions allemandes privilégient la desserte des territoires à la vitesse. Une liaison point à point à grande vitesse avec peu d'arrêts a moins de sens en Allemagne qu'en France. Chaque ville régionale a un droit équivalent pour les dessertes et elles désirent avant tout avoir le plus de fréquences possibles. »¹³⁵⁹

1069. D'autres coopérations entre opérateurs potentiellement concurrents existent. C'est le cas, pour les liaisons entre la France et l'Espagne, la Suisse (l'offre Tgv Lyria) et les deux réseaux belgo-britannique opérés par Thalys et Eurostar qui étaient sur le point de fusionner, sous le contrôle de la Sncf, en 2019 et ne le furent que fin avril 2022. Les réseaux ferroviaires français et espagnols à grande vitesse sont assurés pour les liaisons transfrontalières par la SNCF et Renfe, son équivalent espagnol, qui coopéraient de 2013 à 2022. Depuis l'ouverture à la concurrence du marché espagnol en 2019, la SNCF y a ouvert un service Ouigo España, qui y exploite des TGV *low cost* en Espagne sous la marque Ouigo¹³⁶⁰. Cette exploitation fait suite à la libéralisation du transport ferroviaire espagnol de voyageurs à partir de 2019 et permet une offre d'un trajet Barcelone-Madrid pour 9 euros.

1070. **Cette situation n'est pas sans poser un problème parce que ces coopérations sont susceptibles d'entrer en contradiction avec les dispositions du droit européen de la concurrence.** L'acceptation par l'UE de cette coopération, même si elle contribue à l'accès aux réseaux, aboutit dans le même temps à une cristallisation de la segmentation par la répartition du marché. Dans ces conditions, la Commission européenne consciente des particularités de ce secteur n'a, ainsi, jusqu'à présent jamais interdit purement et simplement des accords de coopération dans le secteur du transport ferroviaire. Mais elle a en revanche parfois posé des conditions contraignantes à la réalisation de ces coopérations, conditions qui sont en réalité susceptibles de dissuader les compagnies ferroviaires de développer leur offre en dehors du pays où elles sont établies. La Commission a ainsi rendu plusieurs décisions concernant des

¹³⁵⁹ <https://www.businesstravel.fr/alleo-une-tres-grande-cooperation-entre-la-sncf-et-la-db.html> - Publié le 2 octobre 2017, consulté le 3 avril 2019.

¹³⁶⁰ Ouigo España effectue des liaisons intérieures au réseau ferroviaire espagnol, à raison de cinq allers-retours par jour entre Madrid-Atocha et Barcelone-Sants, via Saragosse-Delicias et Camp de Tarragone. Elle prévoit cinq allers-retours par jour entre Madrid et la Communauté valencienne, en desservant Valence et Alicante et cinq autres allers-retours quotidiens entre Madrid et l'Andalousie, en desservant Séville et Malaga pour la saison 2021-2022.

accords passés entre entreprises pour la mise en œuvre d'un service ferroviaire. Le plus souvent, elle a accordé une exemption à ces accords en considérant que les avantages attendus de ces coopérations étaient plus importants que la restriction à la concurrence qu'ils impliquaient. Quand elle ajoute des conditions, elle prend en compte la proportionnalité de l'accord.

1071. En 1992, la Commission européenne a, par exemple, condamné à une forte amende l'Union internationale des Chemins de fer (UIC) à propos d'un accord entre compagnies concernant les conditions de commercialisation des billets internationaux de transport de voyageurs. Le transport international par chemin de fer, qui suppose une addition de parcours nationaux, nécessite, selon la Commission, une coopération entre entreprises ferroviaires. Mais elle a condamné cet accord, notamment parce qu'il prévoyait que chaque réseau ferroviaire avait la maîtrise de l'agrément des agences de voyages situées sur son territoire, ce qu'elle estimait disproportionné par rapport à l'objectif de mobilité recherché. Cette décision a été annulée par le tribunal de première instance¹³⁶¹, celui-ci estimant que le règlement n° 1017/68 « spécificité de la concurrence des transports »¹³⁶² n'excluait pas de son champ d'application une décision d'association d'entreprises ferroviaires régissant les modalités de vente des billets internationaux ferroviaires. Cette position est fondamentale pour tout le secteur du transport, car la Commission estimait que cette affaire était pour elle une question de principe, à savoir la délimitation des champs d'application respectifs des règlements n° 17¹³⁶³ et n° 1017/68 « spécificité de la concurrence des transports », voire, au-delà, des règlements d'application des articles 85 et 86 aux transports maritimes et aériens. Le Tribunal a estimé que le règlement n° 1017/68 ne s'applique pas seulement aux accords ou pratiques concertées portant directement sur la prestation de transport, mais qu'il couvre également les activités qui sont « connexes » et « indispensables » à la prestation de service de transport par chemin de fer, comme la détermination en commun des modalités de vente des billets de train, écartant de ce fait *la lex generalis* du règlement n° 17.

¹³⁶¹ Arrêt du Tribunal du 6 juin 1995 dans l'affaire T-14/93, Union internationale des chemins de fer/Commission, ECLI:EU:T:1995:96 ; confirmé par l'arrêt de la Cour du 11 mars 1997 dans l'affaire C-264/95 P, Commission des Communautés européennes c/ Union internationale des chemins de fer (UIC), ECLI: ECLI:EU:C:1997:143.

¹³⁶² Règlement (CEE) n°1017/68 du Conseil, du 19 juillet 1968, portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable

¹³⁶³ Règlement CEE n° 17 du Conseil, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité du 21 février 1962.

1072. Cette annulation sera d'ailleurs confirmée lors du pourvoi formé par la Commission¹³⁶⁴, la Cour rejoignant ainsi les arguments du tribunal, estimant notamment que le Tribunal avait justement constaté que la clause interdisant aux agences de favoriser, dans leur publicité, dans leurs offres ou dans leurs conseils aux clients, des modes de transport concurrents des transports ferroviaires relevait du secteur des transports. En effet, la Commission se prévalait du règlement n° 17 alors que c'est l'ensemble du secteur des transports qui était soustrait à l'application de ce dernier par le règlement n° 141¹³⁶⁵, lequel fut ultérieurement remplacé par les trois règlements sectoriels distinguant les transports terrestres, maritimes et aériens. Peu avant, en juillet 1994, la Commission accorda une exemption aux accords intervenus entre British Rail, la SNCF et Intercontainer. Ces accords ont conduit à la création d'une nouvelle société ACI, opérateur de transport combiné chargé de commercialiser les services ferroviaires de transport intermodal passant par le tunnel sous la Manche. Ces accords sont complétés par un accord de fourniture de wagons au profit d'ACI (l'utilisation du tunnel sous la Manche implique le recours à des wagons spéciaux).

1073. La Commission européenne a posé des conditions à l'exemption en tant que British Rail et la SNCF devaient fournir à tout opérateur de transport combiné les mêmes services que ceux offerts à leur filiale ACI. En outre, elles devront louer à tout opérateur les wagons spécialisés dont elles disposent pour les transports de conteneurs non utilisés pendant six mois. Une décision similaire a été rendue le 21 septembre 1994, à propos de l'entreprise European Night Services (ENS) créée par les réseaux britannique, français, allemand et néerlandais pour l'exploitation et la commercialisation de transports ferroviaires de voyageurs entre la Grande-Bretagne et le continent par le tunnel sous la Manche. Enfin, en décembre 1994, la Commission accorda une exemption à la convention d'utilisation des infrastructures du tunnel sous la Manche intervenue entre Eurotunnel, British Rail et la SNCF. Cette convention prévoit une répartition des sillons égalitaires entre, d'une part, les entreprises ferroviaires française et britannique pour le passage des trains, d'autre part, Eurotunnel pour le passage des navettes sur lesquelles sont placées des véhicules. La Commission a notamment

¹³⁶⁴ Arrêt de la Cour du 11 mars 1997 dans l'affaire C-264/95 P, Commission des Communautés européennes contre Union internationale des chemins de fer (UIC), ECLI: ECLI:EU:C:1997:143.

¹³⁶⁵ Règlement CEE n°141 du Conseil portant non-application du règlement n°17 du Conseil au secteur des transports du 21 février 1962.

imposé à British Rail et à la SNCF de laisser pour d'éventuels nouveaux entrants 25 % de la capacité horaire du tunnel qui leur est réservée.

1074. **C'est donc sur cette base normative que va s'opérer une certaine concentration du marché.** La date du 3 décembre 2019, qui ouvre une nouvelle phase de la libéralisation du transport ferroviaire, national comme international, crée un contexte qui contribue à renforcer le mimétisme du secteur ferroviaire par rapport au secteur aérien. La comparaison des partenariats entre opérateurs ferroviaires est intéressante pour établir que, profitant encore d'une situation de monopole, non seulement les opérateurs ferroviaires ont appliqué les préceptes de l'offre commerciale aérienne (tarification « intelligente », services à la place inclus ou tarifés en plus, en tout cas différenciés selon les classes de tarification), mais ont aussi développé des partenariats à géométrie variable, selon qu'ils comportent la création et l'utilisation d'une marque ou non. Cette diversité d'approches n'a pas exclu celle d'une coopération commerciale et technique entre opérateurs historiques renvoyant à un modèle aérien éprouvé, comprenant des coopérations commerciales incluant parfois des concentrations. C'est ainsi que l'on peut comprendre la décision de la SNCF d'augmenter son contrôle dans la société Eurostar International Limited. Il y eut plusieurs phases dans cette affaire¹³⁶⁶, emblématique d'une concentration¹³⁶⁶ du secteur. Certes, le transport ferroviaire n'était alors pas concerné par la mise en concurrence, mais il subissait depuis une vingtaine d'années de fortes contraintes du transport aérien, oscillant entre devenir un complément multimodal ou un substitut sur les liaisons de moins de 1000 km. Dans un premier temps, la Commission européenne autorise cette première concentration dans le secteur ferroviaire sous réserve d'engagements commerciaux. Ceux-ci concernent l'accès non discriminatoire à des infrastructures en raison des risques de verrouillage vertical des marchés, en tant que détention du réseau sur lequel est proposé l'offre de services.

1075. Jusqu'en 2010, Eurostar était une coopération entre la SNCF, LCR et la SNCB dans laquelle chaque compagnie ferroviaire détenait ses propres actifs et était responsable de la gestion du service sur son propre territoire national. Le 17 juin 2010¹³⁶⁷, la Commission a autorisé, sous réserve d'engagements, la création d'Eurostar International Limited (Eurostar),

¹³⁶⁶ Décision de la Commission de non-opposition à une concentration notifiée, du 13 mai 2015 dans l'affaire COMP/M 7449, SNCF Mobilités / Eurostar International Limited.

¹³⁶⁷ Décision de la Commission de non-opposition à une concentration notifiée, du 17 juin 2010 dans l'affaire COMP/M.5655 — SNCF/LCR/Eurostar.

une entreprise commune de plein exercice exploitant le service de transport ferroviaire transmanche (SNCF ne détenant que 5%). Dans un contexte politique propre au Royaume-Uni, le gouvernement britannique cède en 2015 sa part à la SNCF, celle-ci détenant le contrôle conjoint et obtenant ainsi le contrôle exclusif, ce que la Commission, dans sa phase I du contrôle des concentrations, a accepté. La Commission européenne avait déjà obtenu une série d'engagements commerciaux des opérateurs (vente de billets, information et contrôle de sécurité, d'une part, et à l'accès aux espaces en gare, aux centres de maintenance et à certains sillons ferroviaires aux heures de pointe d'autre part) pour permettre une éventuelle concurrence, inexistante à ce jour, malgré les velléités de la Deutsche Bahn énoncées en 2015 de venir concurrencer Thalys. Cette annonce faisait suite à une décision « technique » de ne plus distribuer les billets Thalys, en Allemagne, dès le mois de juin 2013. Le réflexe défensif de la compagnie allemande rappelait que le territoire reste un enjeu majeur de positionnement, d'opportunités, mais aussi d'insécurité pour les opérateurs ferroviaires jusque-là protégés par leurs frontières. À nouveau, une approche géographique, qui confine à des logiques d'aménagement du territoire permet de faire une « lecture géopolitique du transport ferroviaire européen [qui] dément ainsi l'idée d'une simple ouverture des marchés [effaçant] les frontières dans un espace communautaire unifié selon un simple principe de déterritorialisation. »¹³⁶⁸

1076. C'est dans ce contexte que l'action de la Commission européenne est aussi évaluée par les agents économiques. Ainsi, en 2015, il est intéressant de relever que la Commission n'a pas tranché sur la question du marché pertinent, entre segmentation par type de voyageur ou alors prise en compte de la concurrence intermodale. La question lui était posée dans le cadre de la concentration entre la SNCF et Eurostar¹³⁶⁹ et ce, avec d'autant plus d'intérêt qu'une décennie plus tôt, dans l'affaire de la fusion entre Air France et KLM, la Commission intégrait l'offre ferroviaire de Thalys¹³⁷⁰, comme alternative au transport aérien, pour valider

¹³⁶⁸ BEYER Antoine, La rivalité SNCF/DB, une tentative d'interprétation géostratégique à l'échelle ouest-européenne, *L'Espace Politique*, 15 | 2011-3, mis en ligne le 30 octobre 2011, <https://doi.org/10.4000/espacepolitique.2138> - consulté le 25 mai 2019.

¹³⁶⁹ Décision de la Commission en application de l'article 6(1)(b) conjointement avec l'article 6(2) du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil et de l'article 57 de l'accord sur l'Espace économique européen dans l'affaire M.7449 – SNCF MOBILITES / EUROSTAR INTERNATIONAL LIMITED

¹³⁷⁰ Prise de contrôle d'Air France dans KLM notifiée le 18 décembre 2003 et approuvée par la Commission dans l'affaire COMP/M.3280 du 11 février 2004 ; Décision contestée par EasyJet le 14 mai 2004, rejet de l'action par le Tribunal dans l'affaire T-177/04 du 4 juillet 2006, *supra*. Cf. PRIETO Catherine, Note sous Tribunal de première

sous réserve la concentration aérienne. Ainsi sur ses marchés Paris-Londres-Bruxelles, Eurostar est en situation de monopole, mais en envisageant la concurrence intermodale, sa part de marché se réduit à environ 75%. Il n'y aurait donc pas de griefs pour un chevauchement horizontal, contrairement à des effets verticaux, la Commission évoquant systématiquement « le risque probable d'un verrouillage des marchés ».

1077. La Commission européenne estime que les engagements commerciaux ne sont pas tenus pour ce qui est de l'accès aux gares, centres de maintenance et sillons, ce qui devrait entraîner une sanction. Mais assez paradoxalement, elle ne la prononcera pas. Pour cela, la Commission relève que la législation sectorielle n'était pas suffisante pour remédier à ses barrières à l'entrée, en rappelant au point 41 de sa décision que

« Les personnes ayant répondu à l'enquête de marché ont indiqué que la directive refonte, qui entrera en vigueur le 16 juin 2015, n'apportera aucun changement significatif en ce qui concerne l'ouverture du marché ferroviaire à la concurrence. En effet, l'article 13 de la directive refonte et son Annexe II ne vont pas significativement au-delà des dispositions de la directive 2001/14/EC, qui était applicable au moment de la décision M.5655 [précédente]. En outre, l'impact de la directive refonte ne pourra être apprécié qu'après sa transposition dans chaque législation nationale. »

1078. Dès lors, elle valide le rachat avec un rappel des engagements à tenir, notamment pour l'accès aux technocentres de Forest (Belgique), Landy (France) et de Temple Hills (Royaume-Uni) et un rallongement de la durée de ceux-ci, les portants à sept ans pour une fin en 2022. La concurrence imparfaite est en l'espèce venue corriger des insuffisances du cadre normatif difficilement réformable, ce que la fusion annoncée de Thalys et Eurostar ne manque pas souligner. En ce sens, la concurrence doit être durable pour équilibrer les différents intérêts à l'œuvre sur le marché, quel que soit le cadre normatif conditionnant le jeu des acteurs économiques. Les dernières évolutions confirment que la concurrence doit être verte pour être viable. Le conseil d'administration de la SNCF a ainsi proposé, fin septembre 2019, de fusionner Eurostar et Thalys, ses deux filiales de grande vitesse à l'international, pour créer « un acteur capable de rivaliser avec ses concurrents européens directs, mais aussi avec l'avion et la voiture¹³⁷¹ ».

instance des Communautés Européennes, deuxième Chambre, 4 juillet 2006, EasyJet Airline contre Commission, affaire T-177/04, Journal du droit international (Clunet), n°2, 2007.

¹³⁷¹ DONDERS Stéphane (CEO de Traveldo), <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-fusion-eurostar-thalys-la-bataille-des-mobilites-est-relancee-1143034> - Publié le 25 oct. 2019, consulté le 15 juin 2021.

1079. À travers ce projet baptisé « *Green Speed* », le groupe public mise sur un trafic de 30 millions de passagers transportés en 2030, contre 18.5 millions de passagers actuellement (11 millions pour Eurostar et 7,5 millions pour Thalys en 2018). Une fois le rapprochement effectué, les deux filiales deviendront interopérables. Cela signifie que leurs systèmes de réservation et de billetterie fusionneront, que des offres tarifaires conjointes seront mises en vente sur le marché, que les programmes de fidélité auront été harmonisés et que les voyageurs pourront réserver des trajets combinant les trains des deux sociétés. Sur les plans industriel et organisationnel, cette fusion permettra la mise en commun des activités de maintenance ainsi que des systèmes d'information et de distribution des deux opérateurs. **Il importe de comprendre que ce projet, outre sa dimension de consolidation d'un marché à terme ouvert à la concurrence ferroviaire, vient se positionner dans une dimension de verdissement, au sens d'une recherche d'efficacité environnementale.** Dès lors, la concurrence est aménagée par les entreprises pour gagner en efficacité commerciale et participer à la volonté des pouvoirs publics de cette multimodalité, qui penche nettement en faveur du train, moyen de transport rejetant le moins de carbone, si on ne prend que cet indicateur. La concurrence doit alors être durable pour garantir ce verdissement des transports.

1080. Pour passer de 18,5 à 30 millions de passagers en 2030, la SNCF compte également séduire de plus en plus de clients prenant l'avion ou utilisant leur voiture. Les villes que Thalys et Eurostar relient sont à 2 ou 3 heures maximum l'une de l'autre. C'est sur ces segments que le train compte prendre des parts de marché à l'avion et à la voiture. Selon les chiffres communiqués par la SNCF, la compagnie ferroviaire détient, par exemple, 70 % de parts de marché sur le Paris-Toulon (3 h 50 de trajet), 40 % entre l'Île-de-France et le Pays basque (4 h 30 de trajet) et 25 % sur le Paris-Nice (5 h 40 de TGV). Des chiffres surprenants au premier abord, mais qui confirment la montée en puissance du train sur des segments de plus en plus nombreux et diversifiés. Plus personne, ou presque, ne pense à prendre l'avion entre Paris et Marseille ou entre Paris et Londres tellement les lignes TGV sont rapides et pratiques. Pour les courtes distances, l'avion présente plusieurs handicaps : les temps de trajet porte-à-porte ne cessent de s'allonger (pour se rendre à l'aéroport, passer la sécurité, l'embarquement, les retards liés au trafic), les frais annexes augmentent (sur un vol Paris-Marseille, le coût du taxi aller-retour entre les aéroports et le centre-ville revient au prix du billet) et à présent le

« *flygskam* » (honte de prendre l'avion) devient une revendication citoyenne de plus en plus prégnante à tel point que certains députés sont allés jusqu'à proposer d'interdire certains vols intérieurs, cela concernerait 25 % à 50 % des 26 millions de passagers en déplacement.

1081. Les affaires de concentrations notifiées à la Commission européenne sont peu nombreuses, du fait du nombre d'opérateurs. Nous l'avons envisagé, elles sont pour l'instant le fait d'une recombinaison capitalistique dans les co-entreprises, comme Thalys ou Eurostar. Le 14 août 2014, la Commission européenne a reçu notification, conformément à l'article 4 du Règlement sur les concentrations, d'un projet de concentration par lequel la Société Nationale des Chemins de fer Français (« SNCF ») et la Société Nationale des Chemins de fer Belges (« SNCB ») acquièrent, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), du Règlement sur les concentrations, le contrôle en commun, par achat d'actions, d'une entreprise ferroviaire nouvellement créée constituant une entreprise commune, « Thalys JV ». La Commission européenne accepta cette consolidation du marché, car elle releva que

« Comme expliqué aux paragraphes 79 et 98, la DB est en train de préparer leur entrée indépendante sur la Route Paris-Bruxelles. De plus, d'autres entrants tels que Thello et Travelteq ont manifesté leur intention d'entrer à terme sur la Route Paris-Bruxelles en fournissant des services de transport international de passagers par train à grande vitesse, ce qui exercera une pression concurrentielle importante sur Thalys JV. »¹³⁷²

1082. Enfin, une seule entreprise ferroviaire dite alternative, Veolia Transport s'est associée à un opérateur historique, Trenitalia, pour la création d'une entité commune¹³⁷³, pour donner suite à la fin de la coopération entre Trenitalia et la SNCF. En février 2011, les deux opérateurs décidèrent de ne plus poursuivre leur coopération, officiellement, à la suite de la persistance des difficultés dans la gestion commune des trains. Mais la décision française de refuser la circulation des rames ETR 500 italiennes sur le réseau français n'avait pas amélioré les rapports entre les deux entreprises ferroviaires nationales. Par ailleurs, dès 2008, la prise de participation de la SNCF à hauteur de 20 % du capital Nuovo Trasporto Viaggiatori (NTV), futur concurrent privé de Trenitalia sur son marché national¹³⁷⁴, avait déjà mis à mal leurs relations.

¹³⁷² Décision de la Commission de non-opposition dans l'affaire COMP/M.7011 - SNCF / SNCB / THALYS JV du 19 juin 2014.

¹³⁷³ Décision de la Commission de non-opposition dans l'affaire M.6150 – Veolia Transport / Trenitalia / JV du 20 juillet 2011, paragraphes 19 à 22.

¹³⁷⁴ En 2015, la SNCF n'a pas souhaité souscrire à l'augmentation de capital (de 100 millions d'euros) devant apurer les dettes accumulées par NTV. Depuis, SNCF n'est plus actionnaire de la société

1083. Cette évolution progressive du transport ferroviaire européen de passagers emprunte à la libéralisation du secteur aérien ses principes tels que la séparation de la gestion des ressources issues des infrastructures et la démonopolisation ou le développement d'une offre à bas-coûts. Il semble bien que le transport aérien de passagers fût alors un modèle que la Commission européenne a pu appliquer ou atténuer pour le secteur ferroviaire. Déjà pour tenir compte de différences essentielles, comprenant la détention par l'opérateur ferroviaire des infrastructures nécessaires à son activité ou encore de contraintes techniques importantes, incluant notamment le matériel ou la signalisation. Par ailleurs, la pratique régulatrice de la Commission a repris la logique d'une analyse de la concurrence « par route » sur la base du trajet entre le point d'origine et le point de destination ("O&D"), tenant à évaluer la substituabilité des différentes combinaisons de points d'origine et de points de destination du point de vue de la demande, incluant la concurrence modale avec l'avion. Il n'en reste pas moins une différence fondamentale, celle d'une promotion d'un accès libre au marché ferroviaire par l'incitation à des coopérations entre opérateurs sous monopole qui, par ailleurs, sont regroupés en une alliance couvrant tout le territoire européen.

C – Le paradoxe apparent de l'accès libre promu par une association de monopoleurs

1084. Railteam est, depuis 2007, une société de droit néerlandais et une marque, toutes deux représentatives d'une alliance des principaux services de trains à grande vitesse en Europe. La DB et la SNCF possèdent chacune 25 % des parts de la société, ÖBB (Autriche), CFF (Suisse), SNCB (Belgique), Eurostar, NS Hispeed (Pays-Bas) en possèdent 10 % chacune. Inspiré du modèle aérien des alliances commerciales, le but de Railteam est de promouvoir et d'organiser la grande vitesse en Europe (interopérabilité, billetterie, gares pivots) quand le 3^e paquet ferroviaire, alors en discussion depuis 2004, devient applicable avec l'entrée en vigueur de la directive n° 2007/58/CE en 2007. Ce moment est un tournant majeur puisqu'il anticipe l'ouverture du transport international de voyageurs, initialement prévue en 2010, ce service international étant doublé d'une possibilité de cabotage dans le prolongement d'un trajet international. Cette collaboration organisa, aussi simplement que cela, cette

libéralisation progressive. D'autant plus, qu'elle n'exclut pas que de nouveaux exploitants apparaissent sous la forme de joint-ventures lorsque la LGV/HSR¹³⁷⁵ franchit les frontières.

1085. Cette alliance repose sur une volonté commune, celle d' « une circulation transfrontalière dans des trains à grande vitesse, des voyages à travers l'Europe sans perte de temps, tout en garantissant le respect des critères de service et de qualité¹³⁷⁶ ». Les huit membres titulaires, Deutsche Bahn, SNCF (y compris Eurostar et Thalys), SNCB, NS International, ÖBB, SBB et un membre associé, TGV Lyria, offrent la possibilité, via un accès internet unique, aux passagers d'un programme complet de services. Cela correspond à la mise en commun des informations de voyages, de réservation d'un billet, si tout le trajet est opéré par des membres de l'alliance, et de prise en charge en cas de retard, mais aussi de confort comme l'accès aux salles d'attente liées à la détention d'une carte de fidélité. L'article 101 TFUE semble être respecté, au regard de son paragraphe 3, alors que la position officielle de l'alliance ferroviaire annonce clairement une volonté d'alternative : « les trains à grande vitesse leaders en Europe apportent une réelle valeur ajoutée pour les passagers et créent des opportunités de voyage idéales à travers l'Europe occidentale – qui surpassent tous les autres moyens de transport en termes de rapidité, de prix et de confort¹³⁷⁷ » lit-on sur leur site internet.

1086. Par rapport à l'organisation du trafic, l'alliance Railteam, apparaît s'inspirer du transport aérien, y compris dans les alliances entre opérateurs ferroviaires¹³⁷⁸. On peut, en effet, voir qu'elle articule toute son offre autour de gares pivots¹³⁷⁹, application du *hubbing* aéroportuaire confortant, en ce sens, la hiérarchisation des nœuds de communication. Portant de cinq en 2016 à huit gares pivots actuellement, ce réseau tient logiquement compte des spécificités propres aux infrastructures ferroviaires, mais n'envisage pas systématiquement de promouvoir des gares connectables au réseau aérien¹³⁸⁰. Ainsi, Paris ne fut pas tout de suite considéré comme un *hub* tant qu'il y avait la nécessité de ruptures de charge importantes entre les gares parisiennes pour poursuivre son trajet nord->sud ou est-<

¹³⁷⁵ Sigles utilisés en français pour Ligne à grande vitesse, et *Highspeed railway* en anglais.

¹³⁷⁶ <https://www.railteam.eu/fr/pourquoi-railteam/notre-alliance/> - Consulté le 11 février 2020.

¹³⁷⁷ <https://www.railteam.eu/fr/pourquoi-railteam/notre-alliance/> - Consulté le 11 février 2020.

¹³⁷⁸ Cf. Annexe n°9 « les co-entreprises ferroviaires », page 908.

¹³⁷⁹ Bruxelles, Cologne, Francfort, Stuttgart, Zurich, Bâle, Paris et Lille - <https://www.railteam.eu/fr/votre-voyage/carte-du-reseau/> - Consulté le 11 février 2020.

¹³⁸⁰ *Supra*, ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transport, 2007.

>ouest. Mais en attendant que le projet régulièrement évoqué d'interconnexion souterraine entre le réseau nord et le sud-est n'aboutisse, le développement d'une offre de contournement par l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle ou les gares de Marne-La Vallée et Massy a pu conforter Paris comme hub ferroviaire valorisé par l'alliance. Cette situation sera assurément confortée si un autre projet est mené à bien, celui de l'interconnexion Sud des LGV en Île-de-France¹³⁸¹, prévu en 2030. Ce projet qui est repris par le Grenelle de l'environnement doit autant désaturer les gares parisiennes en offrant une alternative via l'amélioration de la circulation de TGV inter-secteurs grâce à la séparation des circulations avec le RER C, que de développer les correspondances air-fer par la création d'une gare nouvelle, au niveau de l'aéroport Paris-Orly et une correspondance par le prolongement de la ligne 14 du Grand Paris express qui permettra de rejoindre l'aéroport en 10 minutes environ.

1087. **Car il importe enfin de relever que ce réseau ne semble pas faire la part belle de l'intermodalité, ne faisant d'aucun aéroport majeur, un *hub*, ni pour Paris, ni pour Francfort.** Cette architecture des alliances laisse apparaître un paysage de transports intégrés. En ce sens, la plurimodalité, mobilité associant plusieurs modes de transport intégrés, est une réalité dans le marché intérieur, mue par une concurrence durable, faisant la part belle à la coopération. Cette réalité permet d'interconnecter la libéralisation du secteur aérien avec celle du secteur ferroviaire, que les règles de concurrence doivent envisager dans toutes leurs interactions pour développer l'espace unique des transports. Cela suppose néanmoins de lever encore deux obstacles pour rendre pleinement concurrentielle l'offre de transport ferroviaire de passagers.

1088. La plurimodalité, *a fortiori* l'intermodalité, est donc un outil utile pour penser les nouvelles mobilités sereines et durables. L'intermodalité permet à un passager de combiner plusieurs modes de transports pour un trajet. Cependant, si l'on veut que l'intermodalité déploie tous les effets bénéfiques escomptés, il faut adopter une approche globale pour organiser le trajet en termes de temps et de fluidité du parcours. La multimodalité répond à ces enjeux et pense les nouvelles mobilités. Mais elle suppose des incitations, voire un encadrement juridique spécifique. Cet objectif est un véritable fil rouge que l'on retrouve

¹³⁸¹ Office interconsulaire des transports et des communications du Sud-est, OITC, <https://cpdp.debatpublic.fr/cdpd-interconnexionsudlgv/docs/cahiers-acteurs/cact38oitc170511-1-.pdf> - Consulté le 22 mai 2020.

d'abord dans le secteur du transport des marchandises pour « mettre en place des liaisons efficaces et adaptées avec les autres modes de transport »¹³⁸² en s'inscrivant déjà dans une cohérence avec le RNE (Rail Net Europe), ce réseau d'infrastructures ferroviaires regroupant le transport de passagers comme de marchandises. À l'époque, l'investissement européen fut de 26 milliards d'Euros en cofinçant les neuf projets visant à construire les maillons manquants transfrontaliers, à résorber les goulets d'étranglement et à accroître « l'intelligence » du réseau, en lien avec l'ERTMS, système de signalisation universel en Europe. Le droit de l'UE assure ainsi à la fois la réorientation du financement par la réglementation des financements d'amorçage dans le réseau transeuropéen des transports et il permet d'investir dans la standardisation des normes techniques par le système de signalisation universel.

1089. Par ailleurs, ces corridors de fret, établis en coopération entre les gestionnaires d'infrastructure et les organismes d'allocation de capacité, permettent une circulation internationale harmonisée des trains de marchandises sur un axe transfrontalier. Cela permet de les inscrire de la manière la plus pertinente dans la globalité du transport ferroviaire du RNE, associant, de fait, les réseaux physique, technique et juridique. Ce qui ne manqua pas de bénéficier aussi au trafic passager en lui offrant de nouvelles destinations et un voyage fluide, assurant aussi des services nouveaux dans les plateformes intermodales. La concurrence est organisée sur un réseau planifié et interconnecté ; cette forme de durabilité du transport s'inscrivant autant dans la libéralisation des services que dans l'architecture technique et juridique du marché intérieur.

1090. La politique européenne des transports pour se conformer à l'un de ses objectifs, celui d'être le support du marché intérieur en devenir, fut l'objet de « grands projets » envisagés régulièrement pendant toute l'histoire de l'intégration de l'Union européenne. Aussi, depuis, le Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002, et dans la droite ligne de la stratégie adoptée par les chefs d'État et de gouvernement au Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, les institutions de l'UE furent unanimes pour souligner l'importance des réseaux puissants et intégrés incluant les transports, lesquels constituent le socle d'infrastructures du marché intérieur européen. Elles revendiquent aussi une meilleure

¹³⁸² Règlement (UE) n°913/2010 relatif au réseau ferroviaire européen pour un fret compétitif, notamment le considérant n°11.

utilisation de ces réseaux, comme l'achèvement des maillons manquants devant accroître l'efficacité et la compétitivité de l'économie européenne. Mais du projet souhaité à sa réalisation, la volonté politique a pu ne pas aboutir, rencontrant deux obstacles parfois trop hauts à surmonter.

§ 3 - Les deux obstacles majeurs à lever pour parfaire la concurrence ferroviaire

1091. Depuis l'arrêt à la fin des années 1990 de la desserte de Budapest-Vienne par l'Orient-Express, plus aucun train n'effectuait la liaison directe Budapest - Paris. En 2005, un nouveau projet, « La Magistrale européenne », de ligne à grande vitesse entre Paris et Bratislava ou Budapest reprend les orientations d'un projet, le n° 17 (Paris - Bratislava) de la convention sur les réseaux transeuropéens¹³⁸³, adopté en 1996. A tout point de vue, géographique comme géopolitique, financier comme juridique, cette liaison rapide entre la France et le centre de l'Europe, qui devait voir le jour en 2020, est emblématique des deux contraintes pesant encore sur cet espace ferroviaire européen, que ce soit par les capacités d'investissement à mobiliser (A) comme par le choix de la concurrence qui en résultera (B).

A – L'insuffisante capacité d'investissement dans les infrastructures

1092. Depuis le traité de Maastricht signé en 1992, les réseaux transeuropéens font l'objet d'un titre XV du traité sur l'Union européenne et dans ce cadre, un Livre blanc en 1993¹³⁸⁴ sur une stratégie à moyen terme en faveur de la croissance, de la compétitivité et de l'emploi met l'accent sur le développement des réseaux transeuropéens. Le fruit aboutit à des orientations « communautaires » pour le réseau transeuropéen de transport (RTE-T) arrêtées par la décision n° 1692/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 1996. Ce document¹³⁸⁵ se présente comme « un cadre général de référence destiné à encourager les actions des États membres et, le cas échéant, de la Communauté visant à réaliser des projets

¹³⁸³ Commission européenne, https://ec.europa.eu/transport/infrastructure/tentec/tentec-portal/site/index_en.htm - Consulté le 13 mai 2019.

¹³⁸⁴ Commission européenne, Livre blanc, Croissance, compétitivité et emploi – Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI^e siècle, 1993.

¹³⁸⁵ Décision n°1692/96/CE sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport.

d'intérêts communs ayant pour objet d'assurer la cohérence, l'interconnexion et l'interopérabilité de réseau transeuropéen de transport ainsi que l'accès à ce réseau ». Ainsi, la décision de 1996 fixait les caractéristiques du réseau spécifique pour chaque mode de transport et définissait les projets d'intérêt commun éligibles, ainsi que les projets prioritaires. Déjà, l'accent était mis sur des modes de transport plus respectueux de l'environnement, notamment sur des projets ferroviaires. Mais le constat des défaillances de financement nécessaire pour couvrir les besoins liés à la mise en œuvre des priorités établies dans la décision n° 1692/96/CE (RTE-T), mais aussi dans le secteur de l'énergie par la décision n° 1364/2006/CE (RTE-E), ont amené les institutions de l'Union à mettre en place un système de financement de ces infrastructures qui, d'un « concours financier communautaire »¹³⁸⁶, est devenu en 2013, un mécanisme pour l'interconnexion européen (MIE)¹³⁸⁷ doté, pour la période 2021-2027, d'environ 18,4 milliards d'euros dont 11,4 rien que pour les transports.

1093. Le manque d'investissements des États membres dans l'infrastructure ferroviaire, dont la qualité détermine largement la compétitivité du secteur, est un sujet de préoccupation. De nombreux États membres ont négligé le financement du rail, alors que, parallèlement, ils soutenaient au maximum l'infrastructure routière. Les questions de financement portant, notamment sur le matériel roulant, sont prévues par la Commission européenne dès 2008 qui clarifie l'articulation des aides publiques envisageables au regard de la législation sur les aides régionales¹³⁸⁸. Ces lignes directrices clarifient les règles applicables aux financements publics dont peuvent bénéficier les entreprises ferroviaires et évoquent notamment l'octroi des aides à finalité régionale pour l'achat et le renouvellement de matériel roulant pour le transport de passagers, incluant le secteur urbain, suburbain ou régional, ce qui est interdit par les lignes directrices sur les aides à finalité régionale¹³⁸⁹. L'équilibre entre ces objectifs relève des conditions d'application de l'article 93 TFUE concernant les aides aux besoins de la coordination des transports en prévoyant, notamment, le sort des aides à la

¹³⁸⁶ Règlement (CE) n°680/2007 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007 déterminant les règles générales pour l'octroi d'un concours financier communautaire dans le domaine des réseaux transeuropéens de transport et d'énergie.

¹³⁸⁷ Règlement (UE) Nà2021/1153 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe et abrogeant les règlements (UE) n°1316/2013 et (UE) n°283/2014.

¹³⁸⁸ Commission européenne, Lignes directrices sur les aides d'État aux entreprises ferroviaires du 22 juillet 2008.

¹³⁸⁹ Commission européenne, Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2014-2020 du 23 juillet 2013.

restructuration des entreprises ferroviaires, et des aides à la restructuration d'une branche « fret », dont la disparition fut prévue dans les deux ans.

1094. Lorsqu'en 2016, la Commission européenne, au travers de son nouveau paquet ferroviaire de textes législatifs, souhaite compléter le réseau ferroviaire unique européen elle affiche clairement son but de revitaliser le secteur du rail et le rendre encore plus compétitif vis-à-vis des autres modes de transport, et organise ses objectifs autour d'un pilier dit « technique ». Ce paquet, adopté par le Parlement européen et le Conseil en avril 2016, vise à améliorer la compétitivité du secteur en réduisant les coûts administratifs et en faisant la promotion des nécessités d'investissement pour gérer les goulets d'étranglement. Ceux-ci existent tant entre les différents réseaux nationaux qu'au sein même des Etats membres. Ainsi, on peut citer, par exemple, les passages de frontières, Espagnole et Allemande notamment avec les problèmes d'électrification des voies qui imposent la prise en compte pour le matériel roulant de voltages différents selon les réseaux ou le passage problématique de la Garonne à Bordeaux, l'ouverture d'une ligne à grande vitesse pour éviter le centre-ville de Montpellier. Il s'agit enfin des investissements à réaliser pour améliorer la répartition des voies entre fret et passagers.

1095. Les montants colossaux des investissements prévus et les dettes accumulées par les opérateurs ont toujours été une pierre d'achoppement dans la réalisation de ces infrastructures. En 2011, la Commission chiffrait à 540 milliards d'euros qui devront être investis dans le réseau transeuropéen de transport pour sa stratégie « Europe 2020 »¹³⁹⁰. Dans cette enveloppe programmatrice, la direction générale Mobilité et Transport établissait la dépense à 31,7 milliards d'euros alloués aux transports dans le cadre du mécanisme « Connecter l'Europe »¹³⁹¹ qui devaient servir effectivement de « capital d'amorçage » pour stimuler les investissements des États membres afin de réaliser des connexions et des liaisons transfrontalières difficiles qui, autrement, ne seraient peut-être pas construites sans une initiative publique. Car les ambitions sont immenses tant les corridors couvrent l'ensemble du

¹³⁹⁰ Point 5.3 de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions, Un budget pour la Stratégie Europe 2020 COM/2011/0500 final du 29 juin 2011.

¹³⁹¹ Règlement délégué (UE) n°2016/1649 de la Commission du 8 juillet 2016 complétant le règlement (UE) n°1316/2013 du Parlement européen et du Conseil établissant le mécanisme de connexion à l'Europe.

territoire européen et qu'ils peuvent être source de « dérapages budgétaires »¹³⁹², croisant dans l'architecture même des transports de dessertes ferroviaire et aérienne¹³⁹³. Mais lorsqu'un opérateur investit dans l'achat d'une rame TGV, il sait qu'elle est conçue pour circuler pendant trente ans au moins. En 2019, la dette de la SNCF (Réseaux et Mobilités) a dépassé les 60 milliards d'euros pour un chiffre d'affaires de 35,1 et un investissement annuel de 10 milliards financés à 50 % par les fonds propres¹³⁹⁴. Cette situation a pu faire naître un certain nombre de commentaires, notamment de la Cour des comptes européenne¹³⁹⁵. À l'image de ces « éléphants blancs¹³⁹⁶ » évoquant ces investissements autant prestigieux que dispendieux, la Cour des comptes estima que « que six des huit infrastructures de plusieurs milliards d'euros qu'elle avait contrôlées, ainsi que leurs lignes d'accès, ne fonctionneront probablement pas à leur pleine capacité d'ici à 2030 comme prévu initialement. Cela retardera encore l'achèvement du réseau central transeuropéen (RTE-T) ».

1096. Parmi les dossiers soumis à son contrôle, le chantier de la future ligne ferroviaire Lyon-Turin, retardé depuis des années par des considérations politiques internes à l'Italie et entre celle-ci et la France ont amené à ce que les coûts augmentent de 4,4 milliards d'euros, à savoir une augmentation de 85 % par rapport à l'estimation initiale, rappelant que « la Commission est chargée de veiller que les États membres terminent la construction du réseau central de transports (RTE-T) d'ici à 2030 »¹³⁹⁷. Par ailleurs, dans le même temps, la Cour des comptes française pointe qu'à ces dépassements budgétaires¹³⁹⁸, il faut aussi ajouter des craintes sur la pertinence écologique de l'ouvrage qui comporte un double tunnel de 57 km, avec 270 km de voies ferrées à construire. Ce risque repose sur une critique récurrente à propos de l'évaluation du rapport « coût-avantage » des projets et notamment sur les

¹³⁹² Cour des comptes européenne, Rapport spécial 10/2020, Infrastructures de transport de l'UE : accélérer la mise en œuvre des mégaprojets pour générer l'effet de réseau dans les délais prévus, le 16 juin 2020.

¹³⁹³ Notamment les cartes 3.3 et 5.3. « Réseau global : chemins de fer et aéroports ; Réseau central : chemins de fer (passagers) et aéroports » Règlement (UE) n 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n°661/2010/UE.

¹³⁹⁴ En 2014, la dette de la SNCF et de RFF a dépassé les 40 milliards d'euros et progresse de 1,5 milliard par an – chiffres SNCF.

¹³⁹⁵ *Supra*, Cour des comptes européenne, Rapport spécial 10/2020, Infrastructures de transport de l'UE.

¹³⁹⁶ La Cour des comptes européenne pointe d'énormes dérapages pour les grands projets de transports, FAINSILBER Denis, www.lesechos.fr, publié le 16 juin 2020 – consulté le 3 juillet 2020.

¹³⁹⁷ *Supra*, Cour des comptes européenne.

¹³⁹⁸ Le « Y Basque », cette ligne à grande vitesse de 175 km dessinée entre Bordeaux et Bilbao subit un retard de treize ans et une facture totale de 6.5 milliards d'euros, soit un dérapage de 39 %, p. 45 du Rapport spécial op. cit

prévisions faites¹³⁹⁹, alors que « les volumes de trafic réels s'écartent notablement de ceux prévus, et il existe un risque élevé de surestimation des effets positifs de la multimodalité du point de vue des émissions de CO² ».

1097. Les critiques sont importantes, mais ne semblent pas faire renoncer les États comme la Commission, gardant malgré tout le cap ouvert par la proposition législative de la Commission européenne de 2010. Celle-ci avait pour base juridique l'article 91 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et dans ce cadre, **la Commission a mené un vaste travail de recherche et d'évaluation qui lui a permis d'élaborer pas moins de vingt-six propositions**. Il était nécessaire de prendre en compte le niveau d'investissements dans le développement et l'entretien de l'infrastructure ferroviaire¹⁴⁰⁰, qui demeure insuffisant dans un grand nombre d'États membres, impliquant bien souvent, une détérioration de la qualité de l'infrastructure en place¹⁴⁰¹. Forte de cette analyse d'impact, elle a présenté le 17 septembre 2010, sa proposition de refonte dans laquelle elle identifie trois objectifs principaux. Au-delà de l'objectif d'éliminer les références croisées des trois directives pour simplifier, clarifier et moderniser le cadre réglementaire en les fusionnant dans un code d'accès ferroviaire unique, il s'agit aussi de clarifier certaines dispositions de la législation sur l'accès au réseau ferroviaire, en vue de faciliter la transposition correcte et l'application efficace du droit de l'UE dans tous les États membres et enfin, de moderniser la législation en supprimant les dispositions obsolètes et en insérant de nouvelles dispositions qui correspondent mieux au fonctionnement du marché aujourd'hui (nouveaux entrants, détention totale ou partielle de l'infrastructure par l'État) à l'image de ce qui avait pu être fait pour le secteur aérien, le 21 avril 2004, pour le règlement (CEE) n° 95/93 « créneaux aéroportuaires »¹⁴⁰².

1098. Lors des débats interinstitutionnels, le rôle du Parlement européen fut tout à fait emblématique d'un certain progressisme. C'est ainsi que le premier rapport, déposé le 19 octobre 2011, par Madame Debora SERRACCHIANI, eurodéputée italienne et rapporteure du

¹³⁹⁹ *Ib. idem* pp. 27 à 30, à propos de la liaison baltique ou transalpine.

¹⁴⁰⁰ Une moyenne de 1 milliard d'euros de crédit de paiement pour les années 2018 et 2019 pour l'infrastructure ferroviaire en France, Chiffres de l'Agence de financement des infrastructures de transport de France.

¹⁴⁰¹ Rapport de l'OCDE / FIT, Investissements en infrastructures de transport –Vers plus d'efficacité, 2008.

¹⁴⁰² *Op. cit.* le règlement (CE) n° 793/2004 modifiant le règlement (CEE) n° 95/93 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté.

projet de la Commission, propose d'élaborer un certain nombre d'amendements¹⁴⁰³ tendant à créer, dès avant l'ouverture effective du marché, les conditions d'égalité dans l'accès à un marché ferroviaire libéralisé, prévues par la Commission européenne dans son projet de directive. Ce rapport adopté en première lecture le 16 novembre de la même année a rencontré, au sein du Conseil de l'Union européenne, une opposition plus ou moins assumée de certains États membres. En effet, l'Allemagne et la France étaient opposées à cette réforme pour des raisons différentes, la première ne souhaitant pas aller plus vite que le rythme d'ouverture envisagé par la législation précédente quand la seconde craignait le caractère trop « fondateur » de la réforme laquelle ancrerait la volonté de changements fondamentaux dans ce secteur. Mais après avoir été confortés par la possibilité de continuer à faire coopérer leurs opérateurs, seuls l'Autriche et le Luxembourg ont voté contre, l'Estonie s'abstenant en première lecture contre l'accord le 12 décembre 2011 en Conseil « transport »¹⁴⁰⁴. L'Autriche considère en effet que si la compétitivité du transport ferroviaire, solution de substitution respectueuse de l'environnement par rapport au transport routier, revêt une importance considérable, ce qui supposait de ne fixer au niveau européen que les grands principes le concernant et de laisser le soin aux États d'organiser leur secteur ferroviaire dans le cadre des objectifs européens, dans une pure application du principe de subsidiarité.

1099. Le rapport final adopté le 29 octobre 2012¹⁴⁰⁵ stipule que les fonctions essentielles du gestionnaire de l'infrastructure, qui doivent être exercées en totale indépendance des entreprises de transport, englobent la répartition et l'attribution des sillons ainsi que les décisions concernant les redevances à payer pour accéder aux réseaux et les investissements dans l'infrastructure. Il développe également la notion d'accès non discriminatoire (garantissant ainsi une ouverture effective à la concurrence) et l'élargit à une série de services et d'infrastructures, comme les terminaux de marchandises, les gares de triage, les voies de garage, etc. Quand ces infrastructures sont exploitées par des sociétés ferroviaires historiques ou des sociétés qui leur sont liées, une indépendance devra être assurée en termes

¹⁴⁰³ Position du parlement européen P7_TC1-COD(2010)0253 arrêtée en première lecture le 16 novembre 2011 en vue de l'adoption de la directive 2011/.../UE du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen (Refonte).

¹⁴⁰⁴ 3134^e session du Conseil de l'Union européenne (TRANSPORTS, TÉLÉCOMMUNICATIONS et ÉNERGIE), tenue à Bruxelles les 12 et 13 décembre 2011, cote ST 18504 2011 ADD 1 REV 1.

¹⁴⁰⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte) [deuxième lecture] (AL + D) - Adoption de l'acte législatif doc. 14820/1/12 REV 1 CODEC 2354 TRANS 330 OC 554.

d'organisation et de décision. Enfin, si une ou plusieurs de ces installations n'ont pas été utilisées pendant au moins deux ans (le Parlement voulait un an, le Conseil trois, il s'agit donc d'un compromis) elle devra être rendue disponible à la location ou au *leasing*.

1100. Un compromis a également été trouvé en ce qui concerne la planification des investissements dans les infrastructures. Le Conseil préconisait des contrats pluriannuels de trois ans, le Parlement voulait qu'ils soient de 7 ans. Ils seront finalement signés pour 5 ans. De plus les députés européens ont accepté, comme le souhaitait le Conseil, que ces contrats ne portent pas préjudice au principe de financement annuel appliqué dans la plupart des États, notamment pour l'augmentation de capacité des trains et plus globalement le renouvellement d'un matériel roulant qui, au bout d'une quarantaine d'années, devient obsolète et trop coûteux à entretenir. **Dans l'hypothèse de cette démonstration, l'appréciation des investissements colossaux par les institutions européennes qui ont une diversité d'approche, donne à penser que les efficacités produites par les infrastructures réalisées ne sont pas envisagées.** Pourtant, entre une sécurisation juridique, par la planification longue contre une durée de contractualisation plus courte, certainement dans le secret espoir de négocier plus régulièrement les coûts à la baisse, n'emporte pas les mêmes conséquences financières. Il est alors tout à fait louable d'avoir trouvé un moyen terme, un contrat pluriannuel de cinq ans, conciliant les deux approches.

1101. Ce quatrième paquet ferroviaire, voté en 2016 après trois ans de négociations interinstitutionnelles du fait de son contenu plus sensible, est enfin emblématique d'un rapport complexe au territoire. Il comporte une refonte de la réglementation de l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux ferroviaires nationaux¹⁴⁰⁶ en rationalisant et en harmonisant les procédures d'autorisation au niveau de l'Union européenne. Il comprend aussi, une directive ¹⁴⁰⁷permettant de faire en sorte que tout utilisateur européen puisse avoir accès aux règles ferroviaires en matière de sécurité, quel que soit le pays où il se trouve. L'objectif est également de réduire le nombre de règles nationales, susceptibles d'engendrer une transparence insuffisante et pouvant créer des discriminations parmi les nouveaux opérateurs potentiels et d'aborder la question de la sécurité ferroviaire.

¹⁴⁰⁶La directive n°2016/787 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne, qui refond la directive 2008/57/CE, *supra*.

¹⁴⁰⁷La directive n°2016/798 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la sécurité ferroviaire, qui refond la directive n°2004/49/CE, *supra*.

1102. **Les grands enjeux des textes portent sur le périmètre et le calendrier d'ouverture à la concurrence des marchés ferroviaires nationaux.** Cela vise l'accès libre pour les lignes nationales non conventionnées, car relevant de *l'open access*, ce droit pour un opérateur ferroviaire d'entrer sur un marché existant en faisant concurrence à l'opérateur historique (les LGV en France), et l'attribution par appel d'offres pour les contrats de service public de transport nationaux ou régionaux (TER et Trains d'équilibre du territoire). Mais si les objectifs sont clairement assumés, et particulièrement depuis la réforme de la SNCF entreprise par le gouvernement Philippe, les moyens à mettre en œuvre pour une réelle interconnexion des réseaux restent la question centrale. Les textes du 4^e paquet ferroviaire de 2016 tendent également à clarifier les relations entre les gestionnaires d'infrastructure et les entreprises afin de permettre au système ferroviaire européen d'être plus ouvert à la concurrence, plus compétitif et, *in fine*, de rendre le service le meilleur possible pour les clients et usagers du transport ferroviaire. Ils prévoient ainsi un rôle renforcé du régulateur pour garantir l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure. Le législateur a également étendu le domaine de contrôle du régulateur aux activités de gestion de la circulation et de programmation des travaux pour veiller à ce qu'elles ne soient pas des sources d'entrave au bon fonctionnement du marché. Mais, toujours dans le contexte de la crise, les entreprises doivent faire face avec réalisme à leurs choix en matière d'investissements. À l'achat, un autocar coûte de 350 à 500 000 euros, une rame TGV de 25 à 35 millions, un Airbus A320 se négocie autour de 90 millions d'euros. Il existe donc une concurrence effective entre les modes de transport du simple point de vue des prix. De plus, à la différence des cars et des avions, l'offre de train à grande vitesse doit pouvoir compter sur une infrastructure spécifique. Le coût de construction des lignes a explosé en Europe.

1103. Dans les années 1980, on avait commencé par des liaisons commodes sans grands obstacles naturels ni régions urbaines denses à franchir. À présent, il faut souvent creuser des tunnels ou passer en souterrain sous des métropoles. Ainsi, achevée en 2006, la LGV Est a coûté environ cinq milliards d'euros, soit environ 17 millions du kilomètre. Le partenariat public privé de la société Lisea pour la LGV Tours-Bordeaux s'appuie sur un devis de 7,8 milliards, soit 20,5 millions du kilomètre. La liaison Perpignan-Figueiras, avec le tunnel du Perthus long de 8 300 mètres plus dix ponts ou viaducs, a coûté 1,1 milliard, soit 25 millions

du kilomètre. En Suisse, on roulera à 250 km/h dans les 57 km du tunnel de base du Saint-Gothard, pour un coût de construction de 8,2 milliards d'euros, soit 143 millions du km !

1104. Ces bilans financiers ont parfois pu entraîner des décisions financières annulant, sinon réduisant, l'ambition initiale de certains projets de lignes à grande vitesse. Après 2020, les financements concerneront la rénovation et l'entretien des voies existantes ainsi que les aménagements permettant de fluidifier les réseaux, en particulier les contournements des grandes agglomérations¹⁴⁰⁸. Il semble pertinent de se demander si, à long terme, les trains pendulaires ne reviendront pas sur le devant de la scène, leur coût étant bien moindre, car ne nécessitant de nouvelles lignes adaptées à la grande vitesse. Les infrastructures accentuent la concurrence entre les modes de transport, mais elles incitent aussi à penser ces modes de transport en interaction. Ces évolutions marquent la nécessité de réfléchir de manière globale à une offre de train et avions, soit comme alternative, soit comme complémentaires pour une intermodalité. Cette réflexion, à partir des infrastructures, rend aussi nécessaire de prendre en compte dans les réglementations la façade extérieure du marché intérieur des transports ferroviaires.

1105. À partir de 2013, la question du choix et de la combinaison des modes de transport va être globalisée à toutes les activités, par la mise en œuvre d'objectifs d'interconnexion en 2013¹⁴⁰⁹. Actualisés en 2015¹⁴¹⁰, les processus de financement font de cette question, fortement contrainte par les conséquences de la crise de 2008, une thématique centrale pour la compétitivité du territoire européen et l'accompagnement des dispositions d'ouverture des marchés de transport à la concurrence. Ainsi, en 2016, la proposition de la Commission européenne¹⁴¹¹ visait à prolonger la durée d'existence du Fonds européen pour les investissements stratégiques et à introduire des améliorations techniques concernant ce Fonds et la plateforme européenne de conseil en investissement. Cette proposition aboutit le

¹⁴⁰⁸ Débat autour du contournement sud de Paris pour les liaisons Province – Province, p.193 du Rapport du Conseil d'orientation des infrastructures à la Ministre de la transition écologique et solidaire en charge des transports, « Mobilités du quotidien : répondre aux urgences et préparer l'avenir », janvier 2018.

¹⁴⁰⁹ Règlement (UE) n°1316/2013 du 11 décembre 2013 relatif au mécanisme pour l'interconnexion en Europe pour les années 2014 à 2020.

¹⁴¹⁰ Règlement (UE) n°2015/2017 du 25 juin 2015 sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques, la plateforme européenne de conseil en investissement et le portail européen de projets d'investissement.

¹⁴¹¹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) n°1316/2013 et (UE) n°2015/1017 en vue de prolonger la durée d'existence du Fonds européen pour les investissements stratégiques et d'introduire des améliorations techniques concernant ce Fonds et la plateforme européenne de conseil en investissement COM/2016/0597 final - 2016/0276 du 14 septembre 2016.

16 octobre 2017¹⁴¹² et a renforcé de 500 millions d'euros la somme allouée au transport avec une enveloppe portée à plus de 24 milliards sur les 30,1 prévus dans le mécanisme pour l'interconnexion en Europe (MIE).

1106. Dans le cadre de ce MIE ainsi renforcé, une idée a pris une ampleur qui n'est pas surprenante tant elle correspond aux mêmes objectifs affichés dans des temps et des contextes différents. La multimodalité est devenue un puissant incitatif pour les opérateurs qui vont adapter leurs choix stratégiques. Et parmi ceux-ci, le choix de l'intermodalité, comme la coordination des modes de transport sur un territoire pour accroître leur performance d'un point de vue global et faciliter leur utilisation, devient un argument commercial à destination des consommateurs et proconcurrentiel à l'égard des opérateurs du marché et du régulateur. Cette intermodalité dite « de chaînage »¹⁴¹³, avec l'utilisation successive de plusieurs modes de transports au cours d'un même déplacement (offres TGV Air notamment), est une coordination qui reste à l'initiative des opérateurs privés dans un cadre concurrentiel piloté et orienté par les modes de financement européens.

B – La (re)définition des choix stratégiques des opérateurs

1107. **Sous prétexte d'aménagement du territoire, il y a des réticences politiques nationales importantes, du fait de la segmentation entre les marchés ferroviaires régional et international.** Deux mesures sont adoptées initialement pour l'horizon 2019, à savoir l'ouverture totale des lignes à grande vitesse et l'établissement obligatoire d'appels d'offres européens pour les lignes conventionnées, comprenant les lignes régionales comme les TER, ou d'équilibre du territoire comme les Intercités. Cela vient directement questionner le positionnement stratégique des opérateurs en ouvrant le champ des possibles de la concurrence¹⁴¹⁴. Rompant avec la logique d'un réseau en étoile autour de Paris, le

¹⁴¹² Règlement (UE) n°2017/2396 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2017 modifiant les règlements (UE) n°1316/2013 et (UE) 2015/1017 en vue de prolonger la durée d'existence du Fonds européen pour les investissements stratégiques et d'introduire des améliorations techniques concernant ce Fonds et la plateforme européenne de conseil en investissement.

¹⁴¹³ L'intermodalité prend aussi en compte les caractéristiques des modes de transport, car la mobilité peut se faire entre des modes de transports individuels et des modes de transports collectifs (accès en voiture à un parc relais, puis utilisation des transports en commun urbains par exemple). Dans ce cas, cette intermodalité s'appliquera plus à des déplacements sur une zone géographique plus restreinte.

¹⁴¹⁴ WÆSSNER Raymond, Territoires européens et transport ferroviaire. La dorsale européenne sur ses rails, *Population & Avenir*, vol. 726, no. 1, 2016, pp. 14-16.

développement de lignes à grande vitesse « province-province » sans passer par une gare parisienne, que l'on dit « obliques » ou « radiales », a rapproché le réseau ferré français d'un maillage territorial à l'image de l'Allemagne, faisant du train à grande vitesse un transport de dimension régionale par le cabotage. La volonté politique de désenclavement des territoires avait rencontré le souhait de l'opérateur historique, de pouvoir compléter une offre de grande vitesse Paris-Province, par une offre contournant la capitale pour relier les métropoles régionales et, tout en concurrençant l'avion, correspondre à son modèle tarifaire qui faisait payer plus cher un trajet court qu'un trajet longue distance.

1108. Ces considérations nationales ont pu expliquer qu'à l'inverse de certains États membres qui ont rapidement ouvert leurs marchés ferroviaires à la concurrence, comme le Royaume-Uni ou l'Allemagne, d'autres États, à l'image de la France, observent cette perspective avec circonspection¹⁴¹⁵. Plusieurs pays européens n'ont pas attendu l'adoption du quatrième paquet ferroviaire en 2016 pour procéder à l'ouverture de ce secteur à la concurrence. Au Royaume-Uni, le rail a été libéralisé dès les années 1980 sous l'égide de Margaret THATCHER, et ce, tant pour l'exploitation que pour la gestion du réseau ferré, faisant de ce pays un cas très particulier. C'est le seul pays à avoir tenté la privatisation de la gestion des infrastructures (exploitation, entretien, et même construction). Le réseau ferroviaire a été confié à la société privée Railtrack, cotée en bourse. La décision a été bien accueillie en son temps, avant que les difficultés de gestion et de graves problèmes de sécurité ne viennent mettre un terme à l'expérience. Railtrack a été déchue de la gestion du réseau en 2002. Celui-ci a été alors transféré sous la responsabilité de Network Rail, société « privée à but non lucratif », mais de fait sous le contrôle de l'État. L'autre particularité du Royaume-Uni est une grande ouverture à la concurrence sur les services voyageurs, mais sous le contrôle de l'État. Ainsi, les services « nationaux » ont été découpés en « groupes de lignes », par « franchise », dont la gestion est attribuée par le ministre des Transports, après appel d'offres (sur la base de la subvention demandée la plus faible) à des entreprises privées, y compris, bien sûr, à des compagnies non britanniques. Les résultats ont été variables. En 2003, la Strategic Rail Authority a retiré la concession du réseau South Eastern à Connex, la filiale transport de

¹⁴¹⁵ La libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne, Rapport d'information n° 220 (2008-2009) de M. Hubert HAENEL, fait au nom de la Commission des affaires européennes du Sénat, déposé le 12 février 2009 ou encore LAGET-ANNAMEYER Aurore, *Energie-Environnement-Infrastructures*, n°5, mai 2021, *supra*.

Veolia, en raison de qualité de service insuffisante (retards pour les trois-quarts des trains). La même année, l'autorité britannique a attribué le réseau de TransPennine (région de Manchester) au consortium formé par First Group et Keolis (filiale de la SNCF). De ces résultats pour le moins mitigés, découlent le constat que l'ouverture à la concurrence n'a pas permis l'augmentation des investissements dans l'entretien des rails et le pays a même connu plusieurs accidents mortels de passagers. En matière d'exploitation en revanche, le bilan est plus positif, avec un accroissement sensible du nombre de passagers.

1109. En Allemagne également, la régionalisation a été votée en 1993. L'ouverture juridique du réseau de la DB aux entreprises ferroviaires a été décidée en 1994. Les premiers appels d'offres ont été lancés en 1996, mais la concurrence privée n'a commencé à se développer, qu'à partir des années 2000, concurrence généralisée sur le réseau et pour le marché. C'est toutefois l'État fédéral qui contrôle le réseau, qui est responsable des investissements et qui a repris à son compte la dette de la Deutsche Bahn, l'entreprise nationale allemande. Cette dernière a perdu 25% de parts de marché depuis l'ouverture à la concurrence, mais demeure en bonne santé financière. D'après l'Autorité française de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), la qualité du service s'est également améliorée¹⁴¹⁶.

1110. En Italie, à partir des années 2000, de nouvelles sociétés de transport ferroviaire ont vu le jour pour des dessertes régionales ou transfrontalières. Depuis 2011, la société Thello, co-entreprise entre Veolia et l'opérateur public Trenitalia, assure un service de trains de nuit Paris-Venise, il est vrai en dehors de l'univers des LGV/HSR. Et, en 2012, un nouvel acteur privé, Italo, a également fait son apparition sur le marché de la grande vitesse, une première en Europe. Trenitalia est concurrencé par Nuovo Trasporto Viaggiatori, NTV, qui devance le souhait de Bruxelles d'ouvrir le cabotage à la concurrence. Outre le groupe italien Tod's et la SNCF (20 %), NTV appartient à Luca de Montezemolo, président de FIAT et de Ferrari, qui a dirigé le patronat italien et aussi la Juventus de Turin. Cet opérateur s'est rapidement orienté vers une offre de TGV low cost, connaissant un succès important et contribuant à faire baisser le prix moyen des billets. Le train Italo circule à 300 km/h sur l'axe

¹⁴¹⁶ <http://www.qualitetransports.gouv.fr/l-autorite-de-regulation-des-activites-a52.html> - Consulté le 22 mai 2020.

Turin-Salerne, dans le sud de Naples. En revanche, le réseau ferré italien pâtit d'un investissement insuffisant.

1111. **Aucun de ces exemples de libéralisation ne constitue toutefois un modèle potentiel pour le cas de la France**, notamment parce que le pays disposait longuement de plus de lignes à grande vitesse que les autres États européens¹⁴¹⁷, ces lignes ayant parfois le rôle de desserte régionale, comme ces « tangentes » liant les capitales régionales sans relier Paris, et parce que le réseau français a la particularité d'être largement centralisé autour de Paris. Il semble bien que les conclusions de l'ART qui évoquait, en 2017¹⁴¹⁸, qu'il était peu probable que la SNCF voit apparaître une multitude de concurrents dans les années à venir se confirment¹⁴¹⁹. Ce qui s'explique par une triple cause. Celle du choix opéré par la SNCF de développer une offre de cabotage notamment sur ses liaisons radiales comme entre Luxembourg-Montpellier ou Nantes-Marseille, occupant ainsi le marché alors qu'elle est encore en monopole de fait. Ce sont aussi, et dans le même temps, les impératifs techniques structurels comme l'absence de marché d'occasion ou de location de matériel roulant ou le défaut de compétence d'ingénierie. Enfin, il faut évoquer des concurrents alternatifs qui restent prudents face à l'opérateur historique qui garde la main sur le réseau et son utilisation.

1112. L'expérience étrangère a montré que ce sont surtout les entreprises nationales historiques qui ont les moyens d'intégrer un nouveau marché, compte tenu du coût d'entrée très élevé. L'accord de coopération entre la Deutsche Bahn et la SNCF pour la répartition du marché germano-français¹⁴²⁰, s'il a vocation à satisfaire le consommateur, n'en demeure pas moins imprécis quant aux futurs rapports entre ces deux opérateurs qui ont, *in fine*, vocation à être concurrents. À l'image des libertés de trafic aérien, avec le cabotage ferroviaire, un

¹⁴¹⁷ L'Espagne est le pays européen qui dispose depuis février 2020 du réseau de LGV le plus étendu avec 3300 km contre environ 2 700 km pour la France.

¹⁴¹⁸ Autorité de régulation des transports, Concurrence ferroviaire en Europe : faits et chiffres, 15 mai 2017, <https://www.autorite-transport.fr/actualites/concurrence-ferroviaire-en-europe-faits-et-chiffres/>,

¹⁴¹⁹ VALENCE David, Ferroviaire : ouverture à la concurrence, une chance pour la SNCF, mars 2019, <https://www.fondapol.org/etude/ferroviaire-ouverture-a-la-concurrence-une-chance-pour-la-sncf-2/> - Consultés le 30 mai 2020.

¹⁴²⁰ C'est en mai 2007 que la Deutsche Bahn et la SNCF ont signé un accord de coopération pour la ligne TGV Est. A la suite à cet accord, des offres vers des villes de province en France ont été lancées comme la liaison Francfort-Marseille en mars 2012. En 2017, l'offre conjointe proposait 24 trains circulant entre les deux pays. En 10 ans près de 16 millions de voyageurs ont utilisé cette offre conjointe. Sept ans après le 1^{er} accord, un nouvel accord a été signé, le 23 septembre 2014, au salon InnoTrans à Berlin par les présidents des deux groupes, Guillaume PEPY et Rüdiger GRUBE, en présence du secrétaire d'État aux Transports, Alain VIDALIES, et de son homologue allemand, Alexander DOBRINDT pour prolonger la coopération jusqu'en 2020.

trajet entre Paris et Munich, via Stuttgart, opéré par la SNCF peut accueillir des passagers pour l'ensemble du trajet, mais également sur la portion Stuttgart-Munich qui relève en théorie du seul réseau allemand.

1113. **L'objectif de la démonopolisation ferroviaire est l'unification du transport pour en faire un réseau européen à part entière.** Les doutes exprimés plus ou moins explicitement par les parties prenantes, publiques comme privées, ont pu en ralentir l'application. L'année 2021, cette « année européenne du rail », a été très observée tant pour la mise en œuvre de la volonté politique ainsi exprimée que pour la prise en compte des conséquences sanitaires par le consommateur dans son besoin de mobilité. À l'image du fret, l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de passagers est caractérisée par une lente progression. Entamée en 2001, la démonopolisation du secteur ferroviaire présentait, dix ans après le premier paquet ferroviaire, un bilan très négatif concernant les améliorations apportées pour lutter contre le déclin du rail. En effet, le transport ferroviaire de fret n'a pas réussi à se hisser à la hauteur des autres modes de transport, en particulier du transport routier. Ainsi, entre 1996 et 2008, la part du fret ferroviaire a décliné de près de 2% pour se fixer à 10,8 %, tandis que le fret routier a augmenté de 42,1 à 45,9 %, et ce, alors même que le transport de marchandises augmente sans discontinuer d'environ 2,3 % chaque année. Les services ferroviaires transnationaux se heurtent toujours à de nombreux obstacles techniques, juridiques et politiques. En cause particulièrement, les nombreuses divergences entre les réglementations nationales et la mise en œuvre déficiente du premier paquet ferroviaire dans beaucoup d'États membres. Ce n'est qu'en 2004, avec l'adoption du deuxième paquet ferroviaire, que le fret ferroviaire européen est définitivement libéralisé. L'ouverture à la concurrence est effective au 1er janvier 2006 pour le fret international, et au 1^{er} janvier 2007 pour le fret national.

1114. Concernant le transport de personnes, la progression attendue dans le processus de démonopolisation ne correspond pas aux attentes. Il fallut que le Parlement le 17 juin 2010, dans une résolution¹⁴²¹, fasse le constat d'un échec de cette ouverture à la concurrence, se basant sur les données diffusées par la Commission sur le suivi de l'évolution du marché ferroviaire pour pointer que « la part du rail dans le transport n'a pas augmenté mais s'est

¹⁴²¹ Résolution du Parlement européen du 17 juin 2010 sur la mise en œuvre des directives du premier paquet ferroviaire (2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE)

seulement stabilisée au faible taux d'environ 10 % sur le marché du fret ferroviaire et à moins de 7 % pour le transport de passagers en 2002 ». Dès lors, le reproche était inévitable et il fut exprimé sans détour quant au point 3 de la résolution, le Parlement exprime que :

« la Commission ait mis cinq ans pour réagir à cet échec et ait attendu jusqu'à juin 2008 pour envoyer des lettres de mise en demeure et jusqu'à octobre 2009 pour envoyer des avis motivés suite à la mise en œuvre inadéquate ou incomplète du premier paquet ferroviaire ; déplore que le contrôle exercé par la Commission n'ait pas été suffisamment axé sur les bases financières du système ferroviaire »,

1115. Pour ensuite pointer la responsabilité des États membres, en rappelant utilement, au point 4 de la résolution, qu'ils doivent « se conformer sans plus tarder à la législation européenne » tant il « est convaincu qu'en n'appliquant pas les directives du premier paquet ferroviaire, ces États membres continuent d'entraver l'exercice d'une concurrence loyale sur le marché ferroviaire ». Ce constat sévère a induit une réaction de la Commission qui traduit treize États membres devant la Cour de justice pour ne pas avoir correctement mis en œuvre différents volets du premier paquet ferroviaire, notamment pour défaut d'application du principe d'indépendance du gestionnaire du réseau, prévu à l'article 6, paragraphe 3 de la directive n° 91/440¹⁴²² et de transposition incomplète de l'article 14, paragraphe 2 de la directive n° 2001/14¹⁴²³.

1116. La Cour de justice de l'Union européenne a condamné la France¹⁴²⁴ le 18 avril 2013 pour manquement à ses obligations découlant du droit de l'Union dans le domaine du transport ferroviaire. La Commission européenne avait déposé ce recours en manquement le 29 décembre 2010 à l'encontre de la France et de plusieurs autres États membres de l'Union européenne. Elle confirme les reproches, formulés à la France, d'avoir manqué à ses obligations concernant la répartition des capacités ferroviaires et la séparation des activités relatives à l'exploitation des services de transport de celles relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire. Elle se fondait pour cela sur le fait que, bien que le gestionnaire de l'infrastructure, Réseau Ferré de France, soit un organisme indépendant de la SNCF, en charge de l'exploitation des services ferroviaires, la SNCF n'en resterait pas moins, effectivement en

¹⁴²² Directive n°91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires.

¹⁴²³ Directive n°2001/14/CE du Parlement et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

¹⁴²⁴ Notamment l'arrêt de la Cour, du 18 avril 2013, dans l'affaire C-625/10, Commission européenne c/ République française, ECLI:EU:C:2013:243.

charge de cette exploitation¹⁴²⁵. Pour la Commission européenne qui en rappelle le contexte, « le cadre législatif actuel comporte des faiblesses, des ambiguïtés et des lacunes auxquelles il convient de remédier pour réaliser pleinement les objectifs initiaux de la législation »¹⁴²⁶. Il est vrai que le premier paquet ferroviaire, adopté en février 2001, même s'il instaura une ouverture limitée du fret ferroviaire, définissait un ensemble réglementaire¹⁴²⁷ organisant les fonctions essentielles qui peuvent être réparties fonctionnellement sinon juridiquement. Ainsi qualifié de « paquet infrastructure », il eut pour objet de définir une stratégie plus contraignante¹⁴²⁸ pour les États membres, en approfondissant les textes existants : imposer aux États d'adapter leurs législations pour permettre l'extension des droits d'accès à la partie nationale du réseau transeuropéen de fret. Le paquet a également précisé les fonctions, désormais qualifiées d'« essentielles ». Celles-ci ont imposé aux États qu'ils prennent des précautions supplémentaires, pour éviter toute asymétrie d'informations, ce qui a pu troubler le message pour certains États comme la France et l'Allemagne. En effet, le personnel politique a pu juger qu'il revenait à la puissance publique, via l'opérateur historique, d'assurer le rôle de ces fonctions essentielles.

1117. Ces directives de 2001 définissant ainsi les droits d'accès pour les services ferroviaires de fret et de transport de passagers ainsi que certaines garanties relatives à la gestion des entreprises ferroviaires pour veiller à ce que tous les concurrents sans discrimination aient accès au réseau, ont fondé les bases de la démonopolisation que nous vivons actuellement. Elles contiennent également des principes sur l'indépendance des organismes de contrôle nationaux, de manière à garantir cet accès non discriminatoire et à surveiller la concurrence sur les marchés ferroviaires. Ces fonctions essentielles sont la

¹⁴²⁵ GUILLAUME Emmanuel et DABOUSSY Simon, Transport ferroviaire : La Cour de justice condamne la France pour manquement à ses obligations découlant du droit de l'Union dans le domaine du transport ferroviaire (République française), 18 avril 2013, *Concurrences* N° 3-2013, Art. N° 54180, p. 161

¹⁴²⁶ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen COM/2010/0475 final du 17 septembre 2010.

¹⁴²⁷ Directive n°2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive n°91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires ; Directive n°2001/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 modifiant la directive n°95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires et Directive n°2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

¹⁴²⁸ Directive n°91/440/CEE du 29 juillet 1991 sur le développement de chemins de fer communautaires et relatif à la gestion et l'utilisation de l'infrastructure du réseau ferré national et la directive n°95/18/CE du Conseil du 19 juin 1995, concernant les licences des entreprises ferroviaires.

délivrance de licences aux entreprises ferroviaires, la répartition des sillons et la tarification de l'utilisation de l'infrastructure et renvoient évidemment à ce qui a pu être mis en œuvre dans le transport aérien. La directive n° 2001/13/CE du 26 février 2001 qui modifia la directive n° 95/18/CE du Conseil relative aux licences des entreprises ferroviaires et précise la méthode d'attribution des licences ferroviaires pour le fret quand la directive n° 2001/14/CE du 26 février 2001 relative à la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, à la tarification de l'infrastructure ferroviaire et à la certification en matière de sécurité, organise l'offre de services ferroviaires. Elle définit plus précisément la tâche de répartition des sillons – l'une des fonctions les plus sensibles du gestionnaire de réseau, au même titre que les créneaux aéroportuaires pour l'aérien – et impose la création d'un organisme de régulation indépendant. La même année paraît un Livre blanc sur la politique européenne des transports, transcrivant la volonté de la Commission de relancer un transport ferroviaire sûr et non polluant. **Cette réflexion servira de base et d'orientation pour la poursuite de la réforme ferroviaire en associant de plus en plus, de fait, ce mode de transport avec l'offre d'avions.**

1118. Ceci d'autant plus que l'on peut relever un paradoxe qui n'est pas qu'apparent et qui consiste dans le fait, qu'il y a un régulateur européen pour le transport ferroviaire alors que les États y ont encore un rôle important, ce qui n'est pas le cas de l'aérien. Il est fort probable qu'un tel régulateur ferroviaire existe parce que justement l'échelle nationale est encore très présente, l'Union européenne n'ayant pas encore abouti à une désétatisation de ce mode de transport. Ce n'est que dans la première décennie 2000 que les deux modes de transport sont envisagés dans un même agenda politique. Le deuxième paquet ferroviaire, proposé à la suite de ce Livre blanc et à la suite à l'entrée dans l'Union européenne de dix nouveaux États membres, est adopté en avril 2004 et se trouve associé au transport aérien. En effet, son adoption se fait dans la foulée du règlement (CE) n° 793/2004¹⁴²⁹ qui encadre de manière plus importante les États (paramètres de coordination) en instaurant des comités de coordination aéroportuaire pour assurer un fonctionnement effectif du « marché » des créneaux aéroportuaires. Par ailleurs, factuellement, ce deuxième paquet ferroviaire se trouve impliqué dans la prise de contrôle d'Air France dans KLM. Cette fusion notifiée¹⁴³⁰ le

¹⁴²⁹ Règlement (CE) n°793/2004 du parlement et du conseil du 21 avril 2004, modifiant le règlement (CEE) n°95/93.

¹⁴³⁰ *Supra*, Décision de la Commission européenne dans l'affaire COMP/M.3280, Air France-KLM, du 11 février 2004.

18 décembre 2003, acceptée comme nous l'avons vu par la Commission, fit l'objet d'une contestation formulée par easyJet le 14 mai 2004. La compagnie y reprochait la trop grande concentration sur les liaisons depuis et vers Paris-CDG, Amsterdam et dans une moindre mesure Bruxelles. Pour rejeter ce recours, le Tribunal¹⁴³¹ relève la nécessaire prise en compte d'une offre ferroviaire concurrente (Thalys) entre les deux aéroports de référence (Amsterdam Schiphol et Paris CDG), desservant aussi l'aéroport de Bruxelles-National, pour apprécier la restriction de concurrence découlant de la fusion. C'est la garantie d'une concurrence multimodale et confortant la possibilité qu'une nouvelle compagnie aérienne puisse s'établir sur l'aéroport de Bruxelles à la suite des engagements des deux compagnies aériennes renonçant à des créneaux aéroportuaires qui permet au Tribunal de valider la décision de la Commission. **Ce raisonnement met pour la première fois en valeur la complémentarité des offres aériennes et ferroviaires dans une offre multimodale**¹⁴³².

1119. Par ailleurs, la principale directive du paquet¹⁴³³, outre l'ouverture effective à la concurrence du fret international au 1er janvier 2006 et du fret domestique au 1er janvier 2007, vise à aboutir à l'interopérabilité du réseau à grande vitesse et la création d'une agence nationale de sécurité dans chaque État membre, en lien avec l'Agence ferroviaire européenne créée à cette occasion et chargée de rapprocher progressivement les règles techniques d'interopérabilité¹⁴³⁴ et de sécurité¹⁴³⁵. « La politique de l'accès libre » établit au profit des nouveaux entrants un droit d'accès aux réseaux ferroviaires européens et transeuropéens, parallèle clair avec la certification des aéronefs pouvant opérer sur un ciel ouvert et accéder à la ressource aéroportuaire. **On notera que l'entrée en vigueur de la première série de directives en 2003 a fortement influencé les modalités de l'exploitation ferroviaire dans l'Union européenne, laissant peu de temps aux opérateurs pour s'engager dans la deuxième**

¹⁴³¹ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 4 juillet 2006 dans l'affaire T-177/04.

¹⁴³² Pour une évaluation plus complète de la concurrence intermodale, à propos de la régulation du monopole d'Alitalia sur la liaison Rome-Milan (2003) après le rapprochement avec Air France ou du refus de la concentration Aegean/Olympic Airlines (2011), on peut utilement se reporter à PAPY Romain, La définition des marchés dans le cadre de la concurrence intermodale : L'exemple de la concurrence entre le transport aérien et les transports ferroviaires et maritimes à grande vitesse, février 2013, *Concurrences* n° 1-2013, Art. n° 50252.

¹⁴³³ Directive n°2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive n°91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires

¹⁴³⁴ La directive n°2004/50 du 29 avril 2004 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse et conventionnel.

¹⁴³⁵ Directive n°2004/49 du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative à la sécurité des chemins de fer ferroviaires qui prévoit l'institution dans chaque État membre d'une autorité nationale de sécurité et d'un organisme permanent d'enquête sur les accidents.

vague de réformes. Cette ouverture du fret, plus rapide et plus brutale que prévu, entraîna des conséquences désastreuses dans les pays peu préparés à un tel changement, à commencer par la France¹⁴³⁶. L'image négative tirée de l'expérience dans le fret français, sans être un repoussoir, est régulièrement invoquée¹⁴³⁷ pour éviter une répétition des erreurs du passé. Elle paraît expliquer, en partie, la volonté des pouvoirs publics de, ces dix dernières années, réformer la structure de la SNCF pour mieux la préparer à l'ouverture fort probable du transport domestique des voyageurs à la concurrence. L'autre possibilité offerte par la directive est de se concurrencer soi-même pour capter le marché. Ainsi, la SNCF exploite des TGV en propre, mais également par sa filiale de droit privé iDTGV (2004 - 2017) et son service Ouigo (2013), reproduisant le modèle TBC/LCC aérien jusque dans les détails de l'offre commerciale et étendant cette logique à l'opérateur Thalys avec l'offre Izy (2016 - 2022) qui utilisait en partie un sillon ferroviaire classique et donc moins coûteux en droit de passage.

1120. Dans ce contexte, la Directive dite « Refonte », issue de la proposition de la Commission européenne, en date du 17 septembre 2009, rappelle qu'il existe deux types distincts d'acteurs : les entreprises ferroviaires et les gestionnaires d'infrastructure. Les entreprises ferroviaires disposant d'une licence conforme aux critères européens devraient pouvoir accéder à l'infrastructure ferroviaire dans des conditions équitables et non discriminatoires en vue de proposer des services paneuropéens. Les gestionnaires d'infrastructure peuvent réclamer une redevance pour l'utilisation de leurs réseaux et doivent fournir un service minimum comprenant l'accès à certaines installations.

1121. **La directive n° 2012/34/UE**, adoptée le 21 novembre 2012 par le Conseil et le Parlement, a été rédigée pour tirer les conséquences du Livre blanc¹⁴³⁸. En cela, elle **ne constitue nullement une rupture brutale avec la direction établie par les trois paquets ferroviaires précédents, ayant pour objet principal la refonte des textes précédents pour éviter de multiplier les textes.** Mais si ses avancées semblent limitées en nombre, elles n'en sont pas moins fondamentales en ce qu'elles réaffirment le rôle premier des États dans toute

¹⁴³⁶ Notamment le constat formulé par le Centre d'analyse stratégique, Rapport de la mission présidée par Claude Abraham, Rapport et Document n°41, 2011, p. 13 <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/124000432.pdf>

¹⁴³⁷ Le quatrième bilan annuel de l'Autorité de régulation des transports sur le marché du transport ferroviaire de 2019 <https://www.autorite-transport.fr/wp-content/uploads/2021/01/synthese-bilan-marche-ferroviaire-2019.pdf>

¹⁴³⁸ *Supra*, Livre Blanc, Feuille de route pour un espace européen unique des transports, COM(2011) 144 final du 28 mars 2011.

ouverture d'un marché à la concurrence. La différence avec le transport aérien se situe à l'évidence ici, dans l'application d'un principe qui rappelle le pouvoir discrétionnaire des États quant aux aspects organisationnels de la démonopolisation, dès lors qu'ils respectent la séparation juridique. Le choix de la directive est en ce sens plus logique sur le plan des rapports entre unification et marges de décision des États membres. La séparation entre gestionnaire d'infrastructure et exploitant ferroviaire est ainsi considérée comme acceptable dès lors qu'il existe une séparation comptable entre les deux activités, qui peuvent demeurer au sein de la même entreprise, tant que des divisions distinctes sont mises en place. Une précaution spécifique (article 6 paragraphe 1) mentionne l'interdiction de transférer les aides publiques versées à l'une de ces deux activités à l'autre, afin d'éviter les subventions croisées, qui font partie des atteintes à la concurrence fréquentes lorsque seule une séparation comptable est en place entre le gestionnaire et l'opérateur historique.

1122. La directive reprend en outre les fonctions essentielles énumérées dès la directive 2001/12/CE, en y ajoutant certaines précisions et rappelant que l'investissement, l'entretien et le financement peuvent être confiés à des entreprises ferroviaires et ne constituent donc pas des fonctions essentielles au sens de l'article 6. En l'absence d'indépendance sur les plans juridique, organisationnel et décisionnel, les fonctions essentielles doivent être assumées par un organisme de tarification et par un organisme de répartition, répondant aux critères d'indépendance posés par la directive. La harmonisation n'est donc pas l'ultime étape de libéralisation du transport des voyageurs, car elle s'en tient à organiser et confirmer l'intensité de la libéralisation pour éviter tout retour en arrière, une tentation envisageable en analysant les comportements des États et des opérateurs. En effet, pour prendre ses distances avec la directive de 1991, le modèle intégré allemand semble être la proposition qui s'impose dans l'Union européenne. La DB est une société holding, dont l'État fédéral possède 100 % du capital qui, au travers de ses filiales, forme un groupe global. Les sociétés DB Netz pour le réseau, DB Station & Service pour les gares voyageurs, DB Fernverkehr pour les grandes lignes quelle que soit la vitesse, DB Regio pour les trains régionaux, DB Schenker Rail pour le fret, forment un opérateur ferroviaire totalement intégré que viennent compléter de nombreuses sociétés acquises en totalité ou en partie (comme Euro Cargo Rail pour le fret en France). En 2014, après avoir scindé en deux la SNCF, en distinguant la gestion des infrastructures avec

Réseau Ferré de France (RFF¹⁴³⁹) d'un côté et la SNCF de l'autre, le gouvernement décida de reproduire ce schéma allemand et le parlement vota la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire. Dès lors, un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) dénommé « SNCF » gère le réseau avec SNCF « Réseau » qui reprend toute l'activité de RFF, distinguant toutefois la gestion des voies ferrées et des technocentres (SNCF « Réseau ») de celle des gares, qui relèvent de SNCF « Gares & Connexions », filiale de la précédente.

1123. Dans le même temps, l'établissement public anciennement dénommé « Société nationale des chemins de fer français » prend la dénomination « SNCF Mobilités », dont le nom commercial est SNCF « Voyages » pour les grandes lignes ou SNCF « TER » pour les voyages en région. Enfin, le groupe SNCF, au travers de Geodis, transport logistique de marchandises, concurrent majeur de DB Schenker, et de Keolis, opérateur de mobilité en milieu urbain et périurbain, s'est organisé à l'image de son partenaire allemand, intégrant par ce mimétisme que la DB est une concurrente potentielle importante.

1124. **Ce cadre normatif n'est clairement pas l'ultime étape de la libéralisation, puisque la mise en œuvre de la concurrence dans le transport ferroviaire reste**, tant pour le transport international que régional, et particulièrement en France¹⁴⁴⁰, **à concrétiser**. En 2015, seuls deux États avaient ouvert totalement leur marché intérieur, le Royaume-Uni et la Lettonie. Dans trois autres, Allemagne, Autriche et Pologne, les marchés sont ouverts à la concurrence et exploités par de nouveaux entrants quand neuf marchés dont l'Espagne, la Grèce, les Pays-Bas et la Hongrie, officiellement ouverts à la concurrence étaient pourtant considérés comme « *non competitive market* » du fait de l'absence de concurrents face à l'opérateur historique. Enfin, la France et la Belgique, en transition, sont considérés comme des « *law market share of new entrants* », si l'on considère que les opérateurs historiques s'arrogent la plus grande part des marchés avec, en moyenne presque 67 % des trains.km de voyageurs. Parmi les nouveaux entrants, les opérateurs historiques étrangers sont minoritaires (en train.km de voyageurs) comparés aux entreprises ferroviaires alternatives, c'est-à-dire non liées à un

¹⁴³⁹ Réseau ferré de France (RFF) était un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) français créé le 13 février 1997. Il fut le principal gestionnaire d'infrastructure ferroviaire en France, chargé de l'aménagement, du développement, de la cohérence et de la mise en valeur du réseau ferré national dont il était propriétaire. Il disparaît le 31 décembre 2014. SNCF Réseau lui succède au 1er janvier 2015.

¹⁴⁴⁰ FifthAnnualMarket Monitoring Report, IRG-Rail (17) 1 - March 2017 in <https://www.utorite-transport.fr/concurrence-ferroviaire-en-europe-faits-et-chiffres/> Concurrence ferroviaire en Europe : faits et chiffres, Autorité de régulation des transports, consulté le 16 février 2021.

opérateur historique. La pratique des accords internationaux entre opérateurs historiques n'aidant pas à ce que les entreprises alternatives se déplacent sur le marché européen, contrairement aux opérateurs historiques qui prennent des parts de marché dans les pays voisins. Cette observation est d'autant plus vraie pour le transport de voyageurs que trois entreprises alternatives opèrent dans un autre pays que leur pays d'origine, contre quinze opérateurs historiques présents à l'étranger.

1125. **Cette absence de concurrence dénote soit un manque d'attractivité de ces marchés, soit l'existence de barrières à l'entrée et certainement une combinaison, inquiétante, des deux caractéristiques.** Car si la démonopolisation du secteur ferroviaire renvoie évidemment à ce qui a pu être mis en œuvre dans le transport aérien, il demeure une différence fondamentale, sinon majeure : les compagnies aériennes ne possèdent pas les infrastructures aéroportuaires.

1126. En guise de première confirmation, on peut évoquer l'appel d'offres pour les Intercités Nantes-Bordeaux et Nantes-Lyon qui fut déclaré sans suite par le gouvernement en décembre 2020. Pour ces deux sillons proposés à la concurrence, la SNCF était la seule candidate. Certes, les difficultés économiques rencontrées par les acteurs ferroviaires à la suite à la crise sanitaire et en l'absence de perspective fiable de reprise des trafics, ont pu décourager les remises d'offres, il n'en reste pas moins que les conditions d'attribution n'étant pas remplies pour permettre une concurrence juste et équitable, propre à garantir le meilleur service à l'usager au meilleur prix, l'appel d'offres fut déclaré caduque. En annonçant, dès janvier 2019, la mise en concurrence des « trains d'équilibre du territoire » (TET, plus couramment appelés Intercités) Nantes-Lyon et Nantes-Bordeaux, la ministre des Transports de l'époque, Elisabeth BORNE, avait voulu « montrer l'exemple » en proposant une mise en concurrence pour le marché sur deux sillons majeurs pour le maillage territorial, en cohérence avec la restructuration, pour ne pas dire suppression, de certaines lignes aériennes intérieures. Un temps intéressés, Arriva (groupe Deutsche Bahn), EuroRail et Transdev ont décidé de ne pas présenter d'offres, laissant l'opérateur historique finalement seul en course¹⁴⁴¹. La SNCF va donc conserver, le temps qu'un nouvel appel d'offres soit effectué,

¹⁴⁴¹ <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/l-appel-d-offres-pour-les-intercites-nantes-bordeaux-et-nantes-lyon-declare-sans-suite-20201217> - Consulté le 20 décembre 2020.

l'exploitation des deux lignes profitant de cette situation pour lancer des travaux importants de modernisation¹⁴⁴² afin d'intensifier le service d'ici 2022, avec quatre allers-retours quotidiens entre Nantes et Bordeaux (au lieu de trois aujourd'hui) et trois allers-retours entre Nantes et Lyon (contre deux).

1127. Le réseau ferroviaire européen, à l'instar de son pendant aérien, a ainsi pour ambition de fédérer les liaisons reliant les États membres dans un même ensemble normatif garantissant tout la fois la fluidité du trafic, la sécurité de ce voyage et le choix d'une intermodalité, correspondant à la transition écologique. Cette polyvalence est fondamentale pour comprendre les perspectives d'évolution des transports dans le marché intérieur, lequel n'est définitivement plus réductible à un espace de simple libéralisation des flux de transports. Il s'agit bien plus d'une vision intégrée des offres de transports que les différents processus de démonopolisation ont instaurée. C'est en ce sens que la concurrence visée est une concurrence durable, de nature à intégrer tous les transports et d'assurer à la fois le bien-être des passagers et la satisfaction optimale de leurs besoins, tout en limitant l'utilisation des ressources fossiles pour assurer une mobilité raisonnée dans un réseau européen global de transport.

Section 2 - La concurrence durable pour un réseau européen global des transports

1128. Le transport de voyageurs a toujours été intermodal, utilisant plusieurs modes de transport dans un même voyage, passant de la diligence à un bac pour traverser une rivière trop profonde, utilisant une même énergie, la vapeur, pour passer du train au bateau afin de traverser la Manche au XIX^e siècle. Ce premier type d'intermodalité, qualifiée de franchissement, tenait compte des contraintes du terrain et cherchait à éviter les ruptures de charge par des aménagements (pont, tunnel). A partir du développement des modes de transport permettant de longues distances, un deuxième type d'intermodalité émerge, celle assurant un « rabattement ». **Cette dernière intermodalité répond à la question de la desserte des territoires situés loin des points desservis par le train ou l'avion, dès lors que la**

¹⁴⁴² <https://www.sncf-reseau.com/fr/entreprise/newsroom/actualite/bretagne-pays-de-loire/ligne-nantes-bordeaux-modernisation-section-roche-sur-yon-rochelle> - Consulté le 20 décembre 2020.

distance à parcourir est supérieure à ce que l'on considère comme acceptable pour les piétons, puis pour l'automobiliste.

1129. **Autant de notions qui dépassent la question même du transport pour embrasser des considérations énergétiques¹⁴⁴³ et de développement durable¹⁴⁴⁴.** L'Union européenne va permettre d'inclure ces dimensions, tout en restant dans un cadre formaté par le droit de la concurrence, que cela soit au travers des aides d'État pour les aéroports ou la définition du marché pertinent pour les ententes ou concentrations.

1130. La multimodalité permet ce passage à une concurrence durable parce qu'elle incorpore de nouvelles dimensions telle que la satisfaction des besoins par une expansion de l'offre. C'est ainsi que, lors de l'application de la réglementation favorisant la concurrence (§1), les concepts de multimodalité ont pu émerger envisageant le choix entre l'avion ou le train comme un complément plutôt qu'un substitut (§2), passant alors à une intermodalité approfondie que le droit de la concurrence consacre de plus en plus explicitement (§3).

§ 1 - L'imbrication institutionnalisée des offres de transport pour une réelle interconnexion multimodale

1131. L'analyse tant micro que macroéconomique permet de comprendre les comportements des agents et en l'occurrence des compagnies aériennes face à l'instabilité de leur marché, qu'elle soit le résultat d'une concurrence entre compagnies aériennes ou entre modes de transport. L'équation d'une concurrence durable, composée des caractéristiques d'effectivité et d'imperfection, doit aussi inclure une concurrence plurimodale tendant à l'intermodalité, à l'instar de la fusion d'Air France et KLM. Cette opération d'envergure peut être considérée comme un exemple de politique industrielle et reste à notre sens un cas d'école en Europe (A) débouchant sur une offre combinée avion/train (B).

¹⁴⁴³ *SmartsGrids* – CRE, « L'efficacité énergétique, un principe structurant de la transition énergétique » et « Acteurs et organisation du marché de l'énergie électrique pour le ferroviaire », Commission de régulation de l'énergie, www.smartgrids-cre.fr/index.php# - Consulté le 2 février 2020.

¹⁴⁴⁴ Véhicules et transports du futur : lancement de 4 nouveaux appels à projets, Communiqué de presse de l'ADEME, le 24 juillet 2015.

A – La fusion Air-France KLM, cas d'école d'une politique industrielle implicite

1132. Alors que l'annonce le 14 février 2013, de la fusion entre American Airlines et US Airways marque la fin de la consolidation du ciel américain, réduisant à trois, le nombre de compagnies aériennes américaines dites « universelles », en Europe, la fusion entre Air France et KLM initiée en 2003 marquait un tournant majeur. Jusque-là, la consolidation du secteur aérien européen était plutôt fondée sur des alliances commerciales entre compagnies que sur un rapprochement capitalistique. À ce titre, cette fusion demeure la plus importante au niveau européen¹⁴⁴⁵, et dès lors, elle fut un exemple qui borna conceptuellement l'analyse de la Commission européenne dans les affaires suivantes de contrôle des concentrations. **Outre la durée et l'importance des engagements acceptés¹⁴⁴⁶, c'est l'anticipation d'une offre ferroviaire, alternative et donc concurrentielle, qui permet aussi cette innovation dans l'appréciation de l'affaire par la Commission.** À partir de la liaison ferroviaire à grande vitesse en plein développement¹⁴⁴⁷, la Commission envisage¹⁴⁴⁸ qu'un nouvel entrant obtienne « ce que l'on appelle des droits acquis sur les créneaux obtenus sur la liaison Amsterdam-Paris », lui permettant, une fois que le train Thalys circulerait à grande vitesse de Paris jusqu'à Amsterdam (point 69 de la décision) ou que « d'autres concurrents seront apparus », de les utiliser pour d'autres destinations. La volonté de la Commission européenne, dans sa décision d'autoriser la concentration accompagnée de ces engagements ambitieux, était d'offrir toutes les possibilités à un nouveau concurrent de bénéficier pleinement de cet accès et pouvoir réagir à l'évolution des offres concurrentes. Air France et KLM ont bien obtenu l'autorisation dès la phase I de l'examen de leur projet de concentration, car en sus des engagements

¹⁴⁴⁵ Le nouvel ensemble se classait alors en quatrième position des compagnies membres de l'Association internationale pour le transport aérien (IATA), avec 62.812 millions de passagers en 2002, juste derrière les trois majors américaines American Airlines, Delta Airlines et United Airlines. La mise en commun des deux plateformes de Charles-de-Gaulle (CDG) et de Schiphol assurait une avance européenne d'Air France avec une somme de 21 954 connexions par semaine entre les vols moyen et long-courriers. Le double hub CDG-Schiphol se positionnerait loin devant ceux de Lufthansa à Francfort (9 974 connexions), et de British Airways à Londres-Heathrow (5 621 connexions). Source IATA.

¹⁴⁴⁶ Pour rappel, les engagements portaient principalement sur quatre-vingt-quatorze créneaux par jour essentiellement entre Paris et Amsterdam et entre l'Europe et les États-Unis imposée une durée illimitée, alors que pour les alliances plus « simples », elle est d'une durée de six ans.

¹⁴⁴⁷ Le 14 décembre 1997, la LGV Nord et la LGV 1 ouvrent, permettant de réduire le temps de parcours entre Paris et Bruxelles à 1 h 25 min. À cette date débutent également les liaisons vers Cologne, Ostende et Liège via Mons, Charleroi et Namur. Le premier Thalys Neige vers Bourg-Saint-Maurice circule le 19 décembre 1998. En mai 1999, une liaison directe entre Bruxelles et l'aéroport Paris-Charles de Gaulle est créée, en partage de codes avec Air France, American Airlines et Northwest Airlines.

¹⁴⁴⁸ Supra, Affaire n°COMP/M.3280 — Air France/KLM du 11 février 2004.

logiques portant sur les caractéristiques intrinsèques de leur activité, les deux transporteurs ont accepté de conclure des accords dits « intermodaux » avec des sociétés de transport terrestre permettant à un passager de faire un voyage aller en train et retour en avion, pour Paris-Amsterdam.

1133. **La mention d'une concurrence par voie ferrée est reprise dans le contentieux entre easyJet et la Commission** (point 211 et suivants¹⁴⁴⁹). En effet, pour cette dernière, l'offre de la société Thalys entre Paris - Bruxelles - Amsterdam et Essen permet de la considérer comme une alternative à l'avion, d'autant plus avec la fusion Thalys-Sncf validée sans réserve en 2014¹⁴⁵⁰, et elle est *de facto* un concurrent pour la société Air France-KLM.

1134. Cette affirmation de la Commission, validée ensuite par le Tribunal de l'UE, souffre tout de même de deux faiblesses. D'une part, elle ne tient pas compte du marché déterminé par la clientèle « dont le facteur temps est primordial », alors que, justement, la Commission admettait que le trajet en train aller-retour est plus long de deux heures que par l'avion. Thalys est donc un concurrent, mais pas pour la clientèle d'affaires. Cependant, dans la décision de non-opposition à la concentration SNCF/SNCB/Thalys JV à la suite du retrait de la Deutsche Bahn du capital de Thalys JV, la Commission donne l'impression que cette appréciation de la clientèle concernée, et donc du marché pertinent à déterminer, est assez fluctuante, allant dans le sens des opérateurs, tant aériens que ferroviaires. Elle laisse, ainsi, la question ouverte, mais anticipe, cependant, la remise en cause de sa décision lorsqu'elle envisage que « l'issue de l'examen restant inchangée quelle que soit la définition de marché retenue »¹⁴⁵¹. D'autre part, l'amélioration de la desserte du Thalys renforce *a priori* la concurrence entre les deux pôles aéroportuaires, mais les deux aéroports sont dominés par le nouveau groupe d'autant plus que, deux ans après la suite de la fusion, les sociétés Aéroports de Paris et Schiphol Group créent une alliance de premier plan dans l'industrie aéroportuaire via un accord de coopération industrielle à long terme et une prise de participations croisées de 8 %. Il n'en reste pas moins qu'en analysant les dessertes de Thalys en 2013¹⁴⁵², quatre aéroports sont reliés depuis Paris (Schiphol aux Pays-Bas et Düsseldorf en Allemagne, Bruxelles national et Charleroi en Belgique). Ainsi, alors que la liaison Thalys Paris (Charles de Gaulle) - Bruxelles

¹⁴⁴⁹ *Supra*, Arrêt du Tribunal dans l'affaire T-177/04 rendu le 4 juillet 2006.

¹⁴⁵⁰ *Supra*, Affaire n° COMP/M.7011 - SNCF / SNCB / THALYS JV du 19 septembre 2014.

¹⁴⁵¹ Point 47 de la décision *ib. Idem*.

¹⁴⁵² www.thalys.com/fr/fr/, consulté le 22 juin 2013.

devenait opérationnelle en 1997, la compagnie Air France décidait de supprimer sa liaison aérienne et réserver, à la place, des sièges à bord de Thalys pour ses clients. En mai 1999, une liaison directe entre Bruxelles et l'aéroport Paris-CDG est créée, en partage de codes avec Air France, American Airlines et Northwest Airlines. Cette ligne de train à grande vitesse est le premier exemple d'un authentique accord intermodal. **Ces deux aspects forment un ensemble**, la politique européenne des transports, **qui se veut cohérent économiquement**, par le développement de l'attractivité du territoire de l'Union et la création d'emplois directs et induits, **sociétalement**, par la limitation des nuisances sonores et la protection de l'environnement, **et enfin par le renforcement de la sécurité**. Ces éléments doivent être confrontés pour évaluer l'efficacité du cadre normatif. **Ne serions-nous pas alors dans une vision élargie de la politique industrielle au service d'un espace de transport intégré ?**

1135. Dans la fusion Air France-KLM, les arguments de la partie requérante se basaient sur l'absence de réalité économique des engagements de restitution des créneaux aéroportuaires et donc de concurrence entre les aéroports, même si ceux-ci sont reliés par un sillon ferroviaire. En effet, il ne pouvait y avoir, selon easyJet, de substituabilité, car les deux aéroports ne sont pas vraiment comparables (taille, éloignement par rapport au centre de Paris, localisation géographique de l'un par rapport à l'autre, spécialisation des destinations - long-courriers depuis Paris-CDG et court et moyen-courrier depuis Orly, *low cost* à Orly - du fait de la différence, notable, des tarifs des services aéroportuaires¹⁴⁵³).

1136. Autant d'éléments que la Commission reconnaît, mais qui n'excluent pas, selon elle, la substituabilité des offres aéroportuaires, du strict point de vue de l'attribution des créneaux aéroportuaires. Cette substituabilité se construit sur les deux aéroports et la restitution des créneaux par Air France et KLM se fera sur la même base, ce qui permet aux nouveaux entrants de solliciter un créneau sur l'un ou l'autre des aéroports selon leur modèle économique (Paris-CDG pour le réseau en étoile ou Orly pour le point-à-point). Enfin, le Tribunal rappelle, lors de l'examen de la décision de la Commission autorisant la fusion, que la substituabilité est celle du point de vue de l'offre, mais aussi celle du point de vue de la demande. Les offres de transport terrestre, pour se rendre à l'un ou l'autre des aéroports, les rendent équivalents en

¹⁴⁵³ Ces spécificités commerciales sont issues des caractéristiques des infrastructures des aéroports, point 108 de l'arrêt cité, op. cit.

termes de facilité d'accès¹⁴⁵⁴. **Ces options de raisonnement, que valide le Tribunal de l'UE, constituent donc une logique juridique établissant les termes d'une offre de transport multimodale d'ensemble** sur tout le territoire de l'Union européenne. Puisque les aéroports d'Amsterdam-(Bruxelles)-Paris sont substituables, car reliés par une ligne ferroviaire à grande vitesse, les engagements du nouveau groupe Air France-KLM permettaient l'entrée de nouveaux concurrents, ce que Lufthansa fera d'ailleurs en absorbant Brussels Airlines et en complétant son réseau en étoile autour de Francfort, à laquelle il ajoute Bruxelles à Munich, Zurich et Vienne.

1137. Cependant, la consolidation du marché ferroviaire, et singulièrement sur ce marché Paris-Bruxelles-Amsterdam, entraînera des conséquences multiples. D'abord sur l'organisation même de ce transport aérien, il n'existe plus aucune liaison aérienne directe entre Paris et Bruxelles en weekend, et seules KLM et Brussels Airlines offrent des vols directs en semaine¹⁴⁵⁵, la première ayant renoncé à relier par le ciel Bruxelles à Amsterdam (200 km de distance), choisissant le report du trafic à Paris par le train, à la suite d'une initiative de députés néerlandais en mars 2019, pour renforcer la lutte contre les émissions de CO²¹⁴⁵⁶. Ensuite, la consolidation susvisée a des effets sur la domination d'un opérateur sur ce segment ferroviaire, Thalys ayant le monopole Bruxelles-Paris. Cette domination devait être temporaire, en tenant compte d'une concurrence potentielle de la DB. Celle-ci fut maintes fois envisagée par la Commission, déjà lors de la fusion entre Air France et KLM puis en 2014 alors qu'elle envisageait la fusion Sncf-SNCB-Thalys. Il nous est permis d'en douter encore, alors que la coopération entre les opérateurs ferroviaires allemand et français semble se porter au mieux et que le développement de l'offre de la DB sur le sillon Cologne-Bruxelles-Paris n'est toujours pas en œuvre. Enfin, cette interconnexion des modes de transport, celle de voyager en train depuis Bruxelles vers Paris ou Amsterdam et poursuivre ce voyage vers des destinations transcontinentales, peut aussi devenir intermodale. C'est l'offre intégrée « train/avion » émanant soit des compagnies aériennes, soit d'un opérateur ferroviaire à destination de n'importe quelle offre de transport aérien, allant jusqu'à cette interopérabilité

¹⁴⁵⁴ Supra, point 99 de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-177/04 rendu le 4 juillet 2006.

¹⁴⁵⁵ <https://www.opodo.fr/travel/> tests effectués le 20 juin 2019 et le 31 mai 2021 pour un vol aller-retour la deuxième semaine de juillet.

¹⁴⁵⁶ <https://www.lecho.be/actualite/archive/bientot-la-fin-des-sauts-de-puce-entre-amsterdam-et-bruxelles/10104995.html> - Consulté le 20 juin 2019.

des réseaux : le réseau-support est alors couvert par un réseau-service¹⁴⁵⁷.

B – La réalité de l’offre intégrée « train/avion »

1138. Cette réalité d’offre intégrée repose tant sur la combinaison commerciale des offres pour une intermodalité de plus en plus complète, que sur sa sanction par le droit. Par sa pratique décisionnelle, et dans le cadre de la jurisprudence de la Cour, le raisonnement juridique de la Commission européenne s’intègre dans les choix commerciaux et stratégiques des entreprises. Là encore, la question de la prise en compte de la dimension biface par le droit se trouve posée, par la congruence des approches combinatoires entre opérateurs aériens et ferroviaires, qu’elles soient marquées par des tentatives d’intégration capitalistique ou plus souplement, par des offres commerciales intermodales.

1139. Les tentatives d’intégration capitalistique furent peu nombreuses, mais ont laissé une idée que cet axe d’évolution du marché n’était pas illusoire. Il en va d’abord de l’association entre Air France et SNCF dans la création d’Air inter, fondée le 12 novembre 1954¹⁴⁵⁸. Les principaux actionnaires étaient Air France et la SNCF avec 24 % du capital chacun, la Caisse des Dépôts avec une participation de 4% complétant le contrôle public¹⁴⁵⁹, véritable meccano franco-français¹⁴⁶⁰. Le premier vol commercial se déroule le 16 mars 1958 entre Paris et Strasbourg. Mais les services réguliers ne commencent qu’en 1960 après une décision du 23 février 1960, lui donnant le monopole du transport aérien en France métropolitaine. La compagnie Air Inter commença donc son activité au début des années 60 avec l’exploitation de quelques lignes régulières (Paris-Toulouse, Paris-Pau, Lille-Lyon-Nice...). Elle avait vocation à assurer seule l’exploitation du réseau intérieur français, mais ce monopole avait pour

¹⁴⁵⁷ BERNEY Pierre, Du bon usage de l’interconnexion. Vers des interconnexions de « 2e génération », *Cahiers de l’IAURIF*, n° 86, juillet 1988, p. 14., cité par RIGAIL Fabienne, supra.

¹⁴⁵⁸ On peut aussi évoquer la compagnie Condor fondé le 21 décembre 1955 sous le nom de Deutsche Flugdienst GmbH. Son capital était détenu par la compagnie maritime allemande Norddeutscher Lloyd (27.75%), l’entreprise maritime Hamburg America Line (27.75%), la compagnie aérienne nationale Deutsche Lufthansa (26%), et la compagnie ferroviaire Deutsche Bundesbahn (18.5%).

¹⁴⁵⁹ FAINSILBER Denis, <https://www.lesechos.fr/1997/04/ladieu-a-air-inter-une-saga-qui-resume-trente-sept-ans-dhistoire-de-france-1045908> - Publié le 1 avril 1997, consulté le 4 juillet 2019.

¹⁴⁶⁰ M.R. Golder, *The Changing Nature of French Dirigisme - A Case Study of Air France*. Thesis submitted at Trinity College, Oxford, 1997, p. 28/9, cité par *Air Transport and the European Union: Europeanization and its Limits* H. Kassim, H. Stevens Springer, 10 déc. 2009

corollaire une mission de service public explicitée dans des conventions signées avec l'État (1967, 1974 et 1985).

1140. On lit, par exemple, à l'article premier de la convention de 1985 que la compagnie s'engage « à assurer sa mission de service public dans le cadre de la législation existante, en offrant au moindre coût le meilleur service possible notamment en ce qui concerne la continuité et la régularité »¹⁴⁶¹. Dès lors, la compagnie a développé son trafic pour le porter, six ans plus tard à un million de passagers, pour culminer à plus de 17 millions de clients (davantage qu'Air France) en 1994.

1141. C'est le développement, dès 1988, des lignes à grande vitesse avec, notamment, l'ouverture des destinations vers Nantes et Bordeaux, qui va rompre les liens entre l'entreprise ferroviaire et sa filiale aérienne. Celle qui obtiendra pour compenser ses pertes de marché liées au développement du TGV, de pouvoir desservir des villes européennes et devenir Air Inter Europe. L'alternative ferroviaire est devenue le mode de transport privilégié pour les destinations aériennes intérieures, sans que cela résulte de la planification par les OSP. Il en résulte que depuis la fin de la décennie 1980, le transport ferroviaire à grande vitesse est un concurrent qui va se substituer, totalement sinon de manière importante, au transport aérien, obligeant celui-ci à composer une offre intégrée « train-avion » pour acheminer ses passagers vers les aéroports pivots.

1142. Enfin, on peut évoquer le projet, en 2008, d'Air France et de Veolia pour affréter des trains Air France. L'idée était que Veolia fasse rouler les TGV et Air France vende les billets. « Nous avons les passagers et le réseau de distribution, Veolia a les capacités en infrastructures¹⁴⁶² » pour concurrencer la SNCF sur ses lignes rentables d'où Air France a été chassée par le TGV. Il s'agit de capter le réflexe d'achat des Français qui se déplacent sur de courtes distances, ce qui correspond aux voyageurs en correspondance à Roissy qui doivent pouvoir finir leur voyage en avion ou en train. Ainsi, dans le projet, les passagers du Paris-Marseille pouvaient choisir entre un billet Air France et un billet SNCF. Mais si cette liaison était la cible commerciale, elle ne pouvait être la seule couverte par une offre. Il s'agissait officiellement d'un Bruxelles-Vintimille pour respecter qu'en 2010, date prévue, seul le

¹⁴⁶¹ Cité dans le Rapport d'information n° 327 (2000-2001) de MM. Jean FRANÇOIS-PONCET et Jean-François LE GRAND, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 15 mai 2001.

¹⁴⁶² AMEDEO Fabrice <https://www.lefigaro.fr/societes/2008/09/09/04015-20080909ARTFIG00302-air-france-et-veolia-preparent-un-tgv-paris-marseille-.php> - Publié le 09/09/2008, consulté le 4 juillet 2019.

transport international de passagers pût être ouvert à la concurrence. Air France ne pouvait donc pas s'attaquer à toutes les lignes rentables de la SNCF, sauf à ce que ses TGV aient comme point de départ une gare étrangère. L'idée était de pouvoir s'affirmer sur un marché en devenir et attendre 2017 et la libéralisation totale du transport de passagers en profitant des virtualités d'une offre de transport intégrée. Air France visait alors les lignes Paris-Marseille ou Paris-Nantes, ces courtes distances sur lesquelles le train avait capté respectivement 96 % et 63 % de parts de marché. Un an plus tard, le projet est officiellement clos.

« Ce projet a pris du retard, car il reposait sur l'ouverture à la concurrence des liaisons ferroviaires. Mais, contrairement à ce que l'on pensait, nous n'avons toujours pas de date précise pour une libéralisation complète du transport ferroviaire de passagers. La seule possibilité offerte, c'est le cabotage au départ d'une ville étrangère. [...] Tout ce que je peux faire, c'est du Bruxelles-Euro Disney-Nantes, mais on ne va pas remplir un train tous les jours¹⁴⁶³ ».

1143. Dès lors, il ne reste plus qu'à développer une offre commerciale combinée, qu'elle soit initiée par les compagnies aériennes ou qu'elle repose sur un service offert par les opérateurs ferroviaires. Dans le premier cas, en prenant l'exemple de l'offre « Tgv Air¹⁴⁶⁴ », les clients de la compagnie aérienne peuvent réserver un voyage combinant le train et l'avion entre des villes de province et les deux aéroports parisiens. Le service, lancé il y a plus de 25 ans, est utilisé chaque année par plus de 160 000 personnes, depuis ou vers les aéroports de Paris-CDG et Paris-Orly. Ce sont par exemple les liaisons entre l'aéroport Paris-CDG et Aix-en-Provence TGV, Bordeaux Saint-Jean, Marseille Saint-Charles et Montpellier Saint-Roch. La gare de Massy TGV desservant l'aéroport d'Orly depuis Valence TGV, Avignon TGV et Marseille Saint-Charles notamment. Au total dix-huit gares sont proposées dans le cadre de ce service. Outre le fait d'avoir les deux modes de transport sur une même réservation, les clients disposent aussi d'une place garantie sur le prochain vol ou TGV Inoui disponible, sans frais, en cas de retard du train ou de l'avion. Dans le cadre du programme *Flying Blue*, ils cumulent également des Miles sur le parcours ferroviaire. Par ailleurs, les clients La Première ou Business d'Air France voyagent également en première classe à bord des trains. Il existe donc, du point de vue de l'offre de services, une correspondance parfaite quel que soit le mode de transport utilisé. L'offre intermodale assure plus de sécurité aux passagers et une meilleure

¹⁴⁶³ HONORE Renaud et TREVIDIC Bruno, <https://www.lesechos.fr/2009/09/le-projet-dun-tgv-air-france-veolia-sur-une-voie-de-garage-464749> - Publié le 28 septembre 2009 et consulté le 4 juillet 2019.

¹⁴⁶⁴ https://www.airfrance.fr/FR/fr/common/resainfovol/avion_train/reservation_avion_train_tgvair_airfrance.htm - Consulté le 4 juillet 2019.

combinaison des modes de transport, permettant des économies d'échelle au profit des compagnies de train et d'avion.

1144. Pour compléter, Lufthansa Rail&Fly¹⁴⁶⁵ dont le service est étendu à certaines compagnies de Star Alliance comme la Japonaise ANA, ou encore KLM, propose également une telle intermodalité, la dernière dans l'espoir de remplacer complètement ses vols entre Bruxelles et Amsterdam au profit du seul train. Toujours depuis Bruxelles, le service Thalys est opéré entre la gare de Bruxelles-Midi et l'aéroport Bruxelles-Zaventem. Il s'agit d'un service qui s'adresse quasi exclusivement à des passagers aériens en connexion et pour lesquels la partie du transport en Thalys est proposée directement par la compagnie aérienne et fait partie intégrante de leur billet d'avion, participant alors à l'analyse du marché pertinent¹⁴⁶⁶. L'intermodalité devient donc un composant essentiel des marchés de services de transport de passagers, permettant d'envisager l'institutionnalisation progressive de la multimodalité dans le marché intérieur des transports. Enfin Air France et la SNCF expérimentent actuellement un nouveau parcours client intégralement digitalisé sur ce service, au départ des gares de Lille Europe et de Strasbourg, en correspondance avec un vol Air France, via les aéroports de Paris-CDG ou d'Orly.

1145. Dans le second cas, ce sont les offres initiées par les opérateurs ferroviaires comme « Train+Air » que la SNCF décline avec un certain nombre de compagnies aériennes, comme avec Air Caraïbes au départ de dix-neuf gares TGV dont Bruxelles vers Paris-Orly via la gare de Massy. La SNCF dispose ainsi d'accords avec Air Austral, Corsair International et Air Tahiti Nui, mais aussi Cathay Pacific, Etihad Airways, Oman Air et Qatar Airways notamment. Les avantages du billet unique sont appréciables, concrétisant cette intermodalité comme source de gains pour le consommateur, parce qu'il n'y a qu'une seule réservation, une seule tarification supportée sur un seul billet. Ainsi, l'offre TGV AIR permet d'acheter en une seule fois l'ensemble d'un voyage incluant un vol depuis une compagnie, précédé et/ou suivi d'un acheminement en TGV au départ ou à l'arrivée des deux aéroports parisiens. La réservation est considérée comme un ensemble, ce qui assure un report de vol ou de train en cas de

¹⁴⁶⁵ Lufthansa et Deutsche Bahn ont annoncé en mars 2021 l'extension de leur service commun "Lufthansa Express Rail", passant de cinq à vingt-deux gares de départ. Ces liaisons ferroviaires porteront, entre autres, un numéro de vol Lufthansa et seront traitées de la même manière. En cas de retard, les passagers sont automatiquement replacés sur le prochain vol. <https://www.spiegel.de/auto/deutsche-bahn-statt-flug-fast-jeder-fuenfte-inlandsflug-soll-ueberfluessig-werden-a-b1fe3972-e4b8-47b9-bb97-bdf9fd07a8a5>

¹⁴⁶⁶ *Supra*, Affaire n°COMP/M.7011 - SNCF / SNCB / THALYS JV du 19/09/2014.

retard, mais qui implique qu'en cas de passager défaillant sur une partie du trajet, les segments suivants du voyage sont automatiquement annulés par la compagnie aérienne. De la même manière, dans le sens inverse, le billet de train ne sera validé qu'après avoir effectué le voyage en avion. Le billet de train est ainsi assimilé à un billet aérien. Ce sont donc l'offre tarifaire et les réductions éventuelles de la compagnie aérienne qui s'appliquent au détriment des réductions SNCF (type cartes de réduction, abonnements, etc.).

1146. **Le jeu concurrentiel, issu des réglementations qui ont libéralisé ces deux secteurs, a ainsi permis l'émergence de plateformes de transport et des marchés bifaces.** Cette conséquence implique la maîtrise de l'allocation des créneaux aéroportuaires et la nécessité de substituer le train à l'avion pour mieux anticiper la pénurie de cette ressource vitale pour les compagnies aériennes. Pourtant, alors que le mimétisme normatif et comportemental du secteur ferroviaire par rapport à celui de l'avion, facilité par le soutien de l'UE, a contribué à cette structuration spatiale de la concurrence, le réflexe reste pourtant à la méfiance entre les modes de transport. Il en va ainsi, de l'alliance Railteam qui ne retient pas les aéroports (Paris-CDG, Francfort et Bruxelles) comme plateformes de connexion de ce réseau pour ses gares pivots. Dès lors, il apparaît que ce que l'on pouvait déjà envisager dès le début de la libéralisation du secteur¹⁴⁶⁷ se confirme : l'installation et la pérennisation d'une concurrence entre frères ennemis. Le droit de l'UE va tenter de l'organiser au profit du consommateur et plus largement aux services des enjeux sociétaux de la mobilité.

§ 2 – Le droit tente d'organiser la concurrence entre frères ennemis

1147. L'arrivée en juin 2007 du TGV à la gare de Strasbourg depuis Paris a été considérée comme un événement marquant. Car, outre la fin d'une discrimination territoriale ressentie par les édiles de ce qui n'était pas encore le Grand Est, c'est l'aboutissement en France de « l'aventure TGV » qui a participé de la restructuration du réseau aérien domestique (A). Par ailleurs, profitant des enseignements tirés de l'offre à bas coûts du transport aérien, la SNCF a aussi voulu créer et généraliser une telle offre pour le transport ferroviaire (B).

¹⁴⁶⁷ VARLET Jean, Dynamique des interconnexions des réseaux de transports rapides en Europe : devenir et diffusion spatiale d'un concept géographique, Flux, n°41, 2000. pp. 5-16.

A – La répartition des rôles dans le transport : le choix de la concurrence pour déterminer l'offreur pertinent de services ferroviaires dans le réseau domestique

1148. La « Grande Vitesse » ferroviaire a eu le même effet sur les réseaux ferrés que la libéralisation du transport aérien sur la concentration des connexions dans les hubs ou plateformes de correspondance et permet donc de comprendre le choix de la concurrence entre modes de transport. Cela revient à l'idée que le droit peut avoir un effet de discipline dans la concurrence entre ces « frères ennemis ». Le gain de temps dégagé par un voyage en train à plus de 300 km/h a en effet placé ce mode de transport en concurrent redoutable pour établir une relation de complémentarité avec l'avion. **La transition écologique, et plus singulièrement énergétique, développe cette complémentarité à un rythme qui paraissait inatteignable avant la crise sanitaire de la COVID-19.** Il reste que la question du prix est une donnée qui remet l'avantage à l'avion plutôt qu'au train pour les grandes distances, y compris nationales. Ainsi, l'ouverture, au printemps 2021, de la nouvelle liaison aérienne Strasbourg-Perpignan, par la compagnie Volotea, permet un voyage en 1h40 pour un prix aller-retour de moins de 70 euros sans bagage en soute, alors que le train affiche un prix de plus de 250 euros, certes avec un nombre de bagages illimités, mais une durée de près de 8h, dont une correspondance d'au moins 1h.

1149. Au début de l'aventure TGV, la première ligne de 417 km entre Paris et Lyon est inaugurée le 22 septembre 1981. Ce sera l'Ouest et l'Atlantique en 1989 (une cinquantaine de nouvelles destinations), le nord de la France en 1993 (puis la Belgique), la Méditerranée en 2001 enfin, l'Est de la France en 2007 et 2016. En 25 ans, ce sont près de 250 destinations qui sont devenues accessibles par 1540 km de lignes essentiellement nouvelles sur lesquelles circulent des trains à plus de 280 km/h, l'offre à grande vitesse s'établissant actuellement à plus de 2 800 km de voies ferrées¹⁴⁶⁸.

1150. La SNCF connaît en 2005 sa plus grande augmentation de trafic avec 80 millions de passagers transportés contre 65 millions cinq ans plus tôt. L'offre ferroviaire allemande débutera timidement en 1988 (entre Fulda et Wurtzbourg, soit 94 km). C'est véritablement en 1991 avec son prolongement entre Hanovre et Fulda (Hanovre – Wurtzbourg soit 327 km au total) et l'ouverture d'une autre ligne entre Mannheim et Stuttgart que le réseau allemand

¹⁴⁶⁸ L'Espagne est, à ce jour, le pays européen qui dispose du plus long réseau de LGV avec un cumul de 6000 km avec, notamment, l'achèvement des tunnels ferroviaires Atocha-Chamartín, trois tunnels ferroviaires situés sous Madrid, entre les gares d'Atocha et de Chamartín, permettant les raccords des réseaux nord, sud et est-ouest.

prend de l'importance. Cependant, il revient à l'Italie d'avoir ouvert la toute première ligne ferroviaire à grande vitesse en Europe. La LGV Florence - Rome, Direttissima Firenze-Roma, dont le premier tronçon a été inauguré le 24 février 1977. Le dernier, inauguré le 26 mai 1992, fait partie du Réseau transeuropéen de transport N° 1 TEN-T, c'est-à-dire le couloir ferroviaire reliant Berlin à Palerme tel que défini par la Commission européenne en 1996. Cette voie ferrée continue a été étendue sous l'appellation de « Corridor Baltique-Adriatique », reliant Gdynia à Palerme, via Vienne et Naples, sur près de 3 000 km.

1151. L'Union européenne participe de ces mouvements nationaux, en soutenant les programmes LGV/HSR, en finançant de nouvelles infrastructures à vocation internationale, en développant de nouvelles technologies. Cette dimension technologique impose une harmonisation tant pour l'écart des rails, la largeur du pantographe, le volume des tunnels, que l'alimentation électrique de la motrice et la signalisation, pour une meilleure interopérabilité du maillage territorial. Par ailleurs, elle a vocation à développer l'intégration géopolitique du continent et la défense de l'environnement à l'instar de la déclaration de la Commissaire VALEAN qui rappelait¹⁴⁶⁹ utilement que 2021 est la première année de mise en œuvre intégrale du 4e paquet ferroviaire et, « à ce titre, elle permettra de faire un bond important vers la réalisation de l'espace ferroviaire unique européen : un réseau ferroviaire européen plus efficace offrant une mobilité transfrontière continue ». Les conséquences de ce développement de la grande vitesse ferroviaire sur le transport aérien sont assez simples. Toutes les liaisons Paris – nouvelles destinations desservies par le TGV comme Strasbourg (2007 puis 2011), Bordeaux et Rennes en 2017 ont fait renoncer Air France à la liaison aérienne (Strasbourg) ou réduire fortement son offre (Bordeaux et Rennes). Ainsi, la nouvelle Ligne à Grande Vitesse met Paris à 2h04 de Bordeaux (contre 3h14 précédemment), avec trente-trois allers-retours programmés chaque jour, soit 35 000 places offertes. Cette arrivée, associée à la mise en construction des lignes de Bordeaux-Toulouse et Bordeaux-Bilbao, fait de la ville un carrefour du sud-ouest, sur le corridor Stockholm (via Hambourg) - Lisbonne. Sur son programme d'hiver 2019, Hop ! Air France ne proposait plus que dix vols quotidiens entre Paris-Orly et Bordeaux, au lieu de quatorze.

¹⁴⁶⁹ Communiqué de presse 30 décembre 2020
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_2528

1152. Avec quelque 500 sièges par rame (556 dans les nouvelles rames Océane) et une vingtaine de circulations par jour, la SNCF surpasse en nombre l'offre d'Air France et de sa filiale Hop !, dont les A320 peuvent accueillir au maximum 178 sièges. Et ceci sans parler de son offre à bas coûts, dite Ouigo, reposant sur des voitures de la première génération des TGV Duplex aménagées pour pouvoir transporter 20 % de passagers en plus. Ce gain en capacité est rendu possible par moins d'espace pour les bagages, l'absence de première classe et de voiture-bar, et par l'utilisation d'un autre type de sièges¹⁴⁷⁰. Cette situation ne pourra qu'être accentuée alors qu'avec uniquement une LGV partielle entre Paris et Tours, le rapport de volume devenait défavorable à la compagnie aérienne. Air France avait transporté un million de passagers sur la seule navette Orly-Bordeaux en 2016 et plus de deux millions au total quand la SNCF a comptabilisé, pour sa part, plus de 16 millions de voyageurs entre Paris-Bordeaux. Les prévisions de la SNCF envisageaient en 2018 que la réduction du temps de trajet devrait lui permettre de conquérir 2,4 millions de passagers supplémentaires, soit l'équivalent de la clientèle actuelle de l'avion. L'objectif pour l'opérateur ferroviaire est bien la substitution totale d'offre modale, comme cela est déjà réalisé sur le barreau Est. Outre le gain de temps, la compagnie ferroviaire mise sur une hausse de la qualité de service (*wi-fi* à bord, sièges qui pivotent dans le sens de la marche en première...) pour séduire tout particulièrement la clientèle d'affaires. La réponse du groupe Air France fut de maintenir la desserte de Roissy-CDG avec toujours six vols quotidiens au départ de Bordeaux et une offre de sièges légèrement en hausse (+2 %), du fait de l'affrètement d'un Airbus A321. La volonté du groupe est que la compagnie Hop ! Air France continue ainsi à offrir un vol toutes les 30 minutes entre Paris et Bordeaux, et plus de deux millions de sièges, limitant la baisse du trafic (-2.5%), alors que les craintes émises portaient sur une part de marché réduite de 30 % à 10 %. Mais cette situation n'a pas duré. C'est à partir de septembre 2018 qu'un véritable décrochage s'est produit, avec une baisse de 16,6 % du trafic à Paris, pour se stabiliser, en 2019, du fait notamment des mouvements importants de grèves dans les trains.

1153. Dès les origines de la LGV/HSR, l'avion et le train sont donc de farouches concurrents. Le TGV a réussi à remplacer l'avion entre Paris et Lyon, aussi bien qu'entre Paris et Bruxelles. Avant l'arrivée du TGV Est en 2007, sur une ligne partiellement à grande vitesse,

¹⁴⁷⁰ En 2018, la croissance du trafic s'est poursuivie pour atteindre 11,6 millions de voyageurs.

l'aéroport de Strasbourg-Entzheim réalisait en moyenne un trafic de deux millions de passagers dont la moitié avec Paris, Air France représentant 80 % du trafic. Depuis, son trafic est tombé à un million de passagers, la compagnie aérienne décidant de fermer la liaison avec les aéroports de Roissy en 2007 puis d'Orly en 2016. Par ailleurs, de petits aéroports proches des LGV, comme celui d'Avignon, ont fermé. En 2014, le service TGVAIR d'Air France reliait déjà douze villes françaises à l'aéroport Charles de Gaulle par le TGV. Même si le développement des compagnies *low cost*, depuis la fin de la décennie 1990, a redonné une chance au transport aérien moyen-courrier, l'offre des TBC/LCC ne peut rivaliser avec l'offre de train. Ainsi, easyJet, fortement implanté à Paris, ne dessert Bordeaux qu'avec une escale à Barcelone, ou Londres-Gatwick. En 2006, la ligne Paris-Lyon cumule sept millions de voyageurs par an, dont 80 % à titre professionnel, Lyon est à 1h35 de Marseille, moins de 3h de Lille et 4h de Rennes. Strasbourg, à un peu plus de 3h, est connectée à un nouvel aéroport d'importance, Lyon St-Exupéry.

Fig. 3 HSR vs avion 2014 / 2019

	HSR	Durée	Coût	Avion	Durée	Coût
Paris-Lyon	TGV	1 h 58	96 €* 70 €**	Air France	1 h	76 €* 81**
Paris-Bruxelles	Thalys	1 h 22	58 €* 65 €**	Lufthansa Brussels Airlines	0 h 55	106 € 120**
Paris-Barcelone	TGV	6 h 25	152 €* 122 € **	Vueling	1 h 25	60 €* 64***

Sources : opérateurs ; données au 30 mai 2014*, 29 mai 2019**

1154. Les crises systémiques accentuent ces phénomènes de marché. La crise économique de 2008 a sur ce point induit une nouvelle donne. Des voyageurs de plus en plus nombreux cherchent d'abord le meilleur prix avant de penser horaires, confort ou temps de parcours. Cette tendance lourde a incité la SNCF à annoncer de nouveaux trains, 30 % moins chers au siège passager et peut-être la suppression de la voiture-bar, remplacée par des sièges

supplémentaires. L'offre à bas coûts Ouigo est ainsi née en 2013 et a été généralisée en 2017. Il est vrai que deux nouveaux concurrents sont apparus, nés de l'après-2008. Le covoiturage, désormais facile à planifier sur internet, et les autocars, la SNCF elle-même lancera sa filiale iDBUS en 2012 en direction des grandes villes de la dorsale européenne, Allemagne exceptée, ainsi que vers Barcelone depuis Paris, Lille, Lyon, Marseille et Nice. Ces modes de transport en commun sont des concurrents importants du train sur des distances de 400 à 1000 km. Quant à la DB, pour donner suite à l'ouverture du cabotage national en 2013, elle a fondé IC Bus en avril 2013 avec 30 autocars. IC Bus a des concurrents par dizaines, en particulier le Berlinois *MeinFernBus*, fondé par deux trentenaires, qui contrôle à lui seul 40 % du marché. Les prix sont spectaculaires, 8 euros pour un Hambourg-Berlin (290 km), par exemple. Depuis l'Europe centrale et orientale, ou encore depuis le Maroc et la Turquie, les autocaristes comme Eurolines, sans compter de nombreux artisans, parfois franchisés de marque comme Flixbus, profitent d'un marché essentiellement caractérisé par des travailleurs mobiles et leurs familles qui peuvent transporter en soute de nombreux bagages, contrairement au train ou à l'avion. Cette offre alternative est aussi promue et reconnue lors de grands mouvements sociaux qui touchent les réseaux ferré et aérien.

1155. Les conséquences non sanitaires du SARS-CoV-2 semblent, dans un premier temps, être un extraordinaire révélateur que les questionnements esquissés ne sont pas résolus, alors que ceux-ci incluent le rapport à l'avion polluant et bruyant, comme le postulat que la rapidité du transport est la meilleure mobilité. Dans un second temps, elles se révèlent accélératrices des orientations envisagées depuis quelques années déjà mais qui n'avaient pas pu trouver d'actions concrètes. Alors qu'Air France rouvrait trois destinations depuis Roissy-CDG à partir du 11 mai 2019, à savoir Bordeaux, Brest, Montpellier, la réaction de la SNCF, certes au travers de réseaux sociaux et non officiellement, fut immédiate. Il s'agissait de rappeler qu'il existait des TGV pour s'y rendre respectivement en 2h, 3h et 3h30 et que citant la DGAC, un voyage Paris-Bordeaux en avion émet 72 kg de CO², contre 1.4 kg en train¹⁴⁷¹. L'argument écologique devient de plus en plus prégnant et renforce le rapport concurrentiel sur le marché.

¹⁴⁷¹ Chiffres qui ne font pas l'unanimité tant la difficulté de prendre en compte toute la production de carbone et d'autres polluants est compliquée et source de débat dans le calcul des conséquences environnementales d'un déplacement.

1156. **La réponse d’Air France a contribué à relancer la nécessité d’une plus grande intermodalité puisqu’elle rappela que l’argument ferroviaire était inopérant, car il ne pouvait pas correspondre aux voyages avec escale.** En effet, jusqu’en juin 2021, le service TGV air n'existait pas depuis Bordeaux, et il n'y a qu'un seul Bordeaux <-> Paris-CDG par jour en TGV, sinon c'est accepter une correspondance entre Montparnasse et CDG, soit une heure de transport en commun parisien, pour le plus rapide et avec un changement. Ce débat, ainsi mené sur les réseaux sociaux, est symptomatique de la révolution issue du plan d’aide publique à la compagnie Air France. Chaque acteur se juge et apprécie les actions menées, que cela soit les opérateurs qui espèrent tirer profit des nouvelles situations, que les acteurs de la classe politique sincèrement ou opportunément écologistes. Par des déclarations répétées, et la dernière en date lors de l’assemblée générale des actionnaires du Groupe Air France-KLM le 26 mai 2020, la compagnie va réduire son offre domestique de 40 % et annonce « la fermeture de destinations, lorsqu'il y a une alternative ferroviaire à moins de 2h30 et lorsque ce service n'alimente pas le hub de Roissy-Charles-De-Gaulle ». La double condition semble restreindre la portée de l’engagement de cesser les vols vers des destinations de moins de 2h30 en train. Ceci expliquerait alors que Bordeaux soit encore desservi en avion pour alimenter Paris-CDG. Cette résistance, ou ce qui peut apparaître comme tel, revient à assumer un dilemme fondamental. Le train est clairement vainqueur et un certain nombre de destinations et Air France pourrait alors multiplier les accords TGV Air. Mais la logique du secteur aérien de passagers veut que les flux, vers et de la plateforme aéroportuaire pivot de tout le réseau, doivent être maîtrisés le plus possible par la compagnie aérienne. En admettant cet état de fait, on comprend pourquoi il n’est pas aisé, outre le rapport à l’histoire de la compagnie et son image dans le pays qu’elle représente dans les esprits, de renoncer à un réseau domestique. Pour preuve, cette annonce faite en 2015, d’une offre commerciale unifiée entre Hop ! et Air France offrant une grille tarifaire plus simple et plus compétitive par laquelle, Hop ! Air France espérait regagner des parts de marché sur les autres modes de transport, en particulier le train en renonçant déjà aux routes assurées en 2 heures en TGV. Seulement, en accentuant sa présence, par le report des capacités dégagées par la renonciation à concurrencer directement le TGV, la compagnie aérienne s’est concentrée sur des lignes, quasiment toutes déficitaires, car subissant la concurrence combinée des trains Intercités de la SNCF et de la libéralisation du marché des autocars.

1157. Alors que la question du maintien du réseau actuel d'Intercités se posait¹⁴⁷², afin d'assurer une concurrence face à la compagnie Hop ! dont l'offre était rebaptisée « *Hop ! by Air France* » se voulait pour le PDG de JUNIAC l'arme de la « reconquête du marché domestique face aux autres modes de transport. Aujourd'hui, la route détient 65 % de parts du marché des déplacements longue distance dans l'Hexagone, le train 25 et l'avion 10 % et au sein du transport aérien, Air France en détient encore 80 % », tablant sur le modèle de La Navette (système de vols cadencés entre Paris-Orly et Nice, Marseille, Toulouse et Bordeaux), offre qui entre Paris-Orly et Toulouse est la première ligne du groupe Air France-KLM en termes de fréquentation de clients affaires, devant New York. Depuis, les mêmes recommandations du « Rapport Duron » de 2018 ont enclenché les travaux permettant à Bordeaux de concentrer plus facilement les trafics ferroviaires venant de Toulouse (Bordeaux / Saint Macaire et Montauban / Toulouse) et de l'Espagne (Morcenx / Dax). **Les interactions créent parfois une certaine interdépendance propre à tout écosystème, amenant des opérateurs de transport à acter une nouvelle répartition, voire une nouvelle forme de segmentation, du marché.** Ce faisant, les deux plus grands modèles européens de transport de passagers tendent à se ressembler et ainsi se rapprocher. Il s'agit de l'exemple du marché français encore très centré sur sa capitale, mais dont le maillage ferroviaire en substitution, tout en reposant sur les aéroports, et de celui de son voisin allemand dont le réseau à grande vitesse est totalement réticulaire. Ces mouvements induits par la libéralisation progressive des secteurs aériens puis ferroviaires sont fondamentaux pour modéliser les évolutions du transport dont la concurrence organise, en fait, la complémentarité. Le droit n'est venu encadrer ou réguler ce processus qu'*a minima*, dans la logique des accords transfrontaliers promus par les règlements de libéralisation du secteur, alors que le droit de la concurrence a été appliqué dans le secteur aérien pour discipliner les mouvements de concentration ou de rapprochement, voir le libre accès des *low cost*.

¹⁴⁷² Rapport du Conseil d'orientation des infrastructures à la Ministre de la transition écologique et solidaire en charge des transports, dit Rapport « Duron », « Mobilités du quotidien : répondre aux urgences et préparer l'avenir », janvier 2018.

B – Les modèles de LGV/HSR : une autre offre protéiforme qui accentue le mimétisme avec le secteur aérien

1158. L'appréciation économique et juridique des modèles de ligne à grande vitesse repose sur deux éléments, relevant largement de l'histoire pour l'un et d'un certain mimétisme commercial avec l'offre commerciale aérienne pour l'autre. Premièrement, les réseaux ferrés allemand et français ont largement contribué à la structuration des espaces nationaux. Ils furent mis en place au 19^e siècle sur un territoire sillonné par une structure primaire rayonnant à partir de Berlin et Paris. Mais si les dégâts de la Seconde Guerre mondiale ont pu marquer durablement les deux réseaux, en Allemagne, celui-ci s'est retrouvé complètement disloqué lors de la partition du pays en 1949. La Deutsche Bundesbahn, en charge d'un réseau ferré amputé de son centre névralgique et qui avait été conçu pour un trafic orienté plutôt ouest-est, va adapter les flux majeurs de la Bundesrepublik Deutschland à une nouvelle configuration géographique (Nord-Sud). Lors de la réunification, la connexion des réseaux est et ouest-allemand a créé un nouvel ensemble qui ne s'avère pas du tout un retour à la situation d'avant-guerre¹⁴⁷³, se différenciant encore plus nettement du réseau français, très longtemps centré sur sa capitale, *a fortiori* pour son réseau de LGV/HSR, qui ne sera interconnecté qu'à partir de 1994, avec les contournements de Paris et Lyon.

1159. **Actuellement, on peut identifier une certaine harmonisation des deux réseaux par une lente adaptation commune et concomitante.** Il s'agit, pour la France d'un maillage plus large du territoire et la création de barreaux transversaux (dans un sens Province-Province) alors que l'Allemagne accepte, pour partie, un réseau maillé couvrant un territoire de manière plus ou moins régulière. Les gouvernements allemands successifs, actant les effets de la concurrence sur les réseaux régionaux, ont assumé la création des nouveaux axes à grande vitesse sur le marché allemand du transport qui relieront exclusivement les grandes agglomérations européennes, ancrant l'Allemagne comme nœud de communication central en Europe, sans desservir ni la campagne, ni même les moyennes et petites villes (au-dessous de 100 000 et 50 000 habitants). Deuxièmement, l'offre *low cost* de la SNCF apparaît comme un alignement des offres par mimétisme commercial auquel vont même tenter de répondre les compagnies aériennes, comme avec *Hop ! by Air France*. Lancée le 2 avril 2013, l'offre

¹⁴⁷³ AUPHAN Etienne et SCHLIEPHAKE Konrad, La recomposition du réseau ferré allemand à la suite de la réunification, *Revue Géographique de l'Est*, vol. 41 / 1-2 | 2001, mis en ligne le 24 juillet 2013, consulté le 04 juin 2019.

Ouigo est présentée dans un contexte de crise économique, qui avait conduit à une baisse de la fréquentation et de la rentabilité de l'offre traditionnelle de TGV en 2012. Devant son succès, elle sera généralisée et remplacera la première tentative d'une offre à bas coûts de la SnCF, IDTGV. Cette offre reprend les caractéristiques de services et de commercialisation des compagnies aériennes *low cost*, comme Ryanair et easyJet avaient pu les développer vingt plus tôt, en maîtrisant la distribution de l'offre de transport et en dissociant les différents services offerts, comme le transport de la personne, de son bagage et la détermination de son niveau de confort. D'abord, les billets Ouigo ne sont disponibles qu'en ligne sur les sites de Ouigo, de OUI.sncf et de Trainline. Ensuite, Ouigo dispose de rames TGV à deux niveaux dédiées (dont le nombre devrait atteindre 35 vers 2020), constituées de motrices et de voitures de la première génération des TGV Duplex aménagés pour pouvoir transporter 20 % de passagers en plus (une rame Ouigo en unité simple peut en effet contenir 634 passagers, contre 510 sur une rame standard). Ces rames disposent d'une livrée spécifique dans les couleurs bleu ciel et rose. Les rames Ouigo, roulant pendant une douzaine d'heures par jour, soit le double des TGV classiques, sont entretenues uniquement la nuit, participant ainsi à l'amortissement des infrastructures d'entretien. Cette organisation permet un coût de production d'une place réduit de 50 %.

1160. Par ailleurs, les trains Ouigo sont remplis en moyenne à 88 % début 2017, soit vingt points de plus que les TGV classiques. Ce taux d'occupation est atteint dès la première année d'exploitation, assurant le succès de l'offre qui ne sera jamais démenti et se poursuit pour atteindre 11.6 millions de passagers en 2018. Entre avril 2013 et avril 2014, 2.5 millions de personnes avaient voyagé dans un train Ouigo pour un taux d'occupation de 60 %¹⁴⁷⁴. Début septembre 2015, la direction indique que le seuil de rentabilité est atteint. Pour 2016, Ouigo annonce avoir transporté 5,1 millions de passagers. L'offre représente désormais 5 % du trafic des TGV, dont 15 % sur la ligne Marseille – Paris. De plus, sa direction commerciale indique que 40 % des passagers n'auraient pas voyagé si Ouigo n'avait pas existé, taux qui est encore pertinent lors des dernières enquêtes, confortant ainsi le choix de cette offre à bas prix, car à bas-coûts. Comme les compagnies aériennes *low cost*, Ouigo fait payer le bagage supplémentaire au-delà d'une valise et d'un sac par passager (en outre, la taille maximale d'un

¹⁴⁷⁴En 2017 ce sont 7.5 millions de passagers et 11.6 en 2018 – Chiffres SNCF

bagage lui permet d'être placé sous le siège), comme l'accès à une prise électrique. De même, à l'instar des iDTGV, les titres de transport (imprimables 4 jours avant le départ) sont contrôlés avant la montée dans le train, impliquant que les clients doivent se présenter trente minutes avant le départ du train, sécurisant par ce biais les horaires de départ des trains. Contrairement à iDTGV ou Ouibus, Ouigo n'est pas une filiale indépendante, mais constitue un service spécifique au sein de la maison mère SNCF, plus précisément la branche Voyages SNCF. Ce sera aussi le cas pour l'offre Izy¹⁴⁷⁵ de Thalys, entre avril 2016 et juillet 2022, date annoncée de fin du service.

1161. Ce choix de ne pas faire de Ouigo un opérateur à part entière pose question au regard des négociations institutionnelles pour le 4^e paquet ferroviaire et sa transposition chaotique, principalement en France. Car en cantonnant l'offre à bas coûts dans sa politique commerciale, la SNCF évite l'application du droit de la concurrence, tant elle reste dans une coordination des offres, seulement susceptible d'un recours en abus de position dominante, quand bien même cette position dominante dépasserait ce que la réglementation ferroviaire permet dans sa lente ouverture du secteur à la concurrence. Par ailleurs, pour les cheminots travaillant pour la marque Ouigo, des conditions de travail spécifiques ont été négociées, sans pour autant modifier leur statut spécifique. Il n'y a d'ailleurs aucune particularité concernant les conducteurs, si ce n'est qu'ils s'occupent du dégarage des rames et de les amener au nettoyage, contrairement à leurs collègues dans la majorité des cas.

1162. Cette volonté de renforcer ses parts de marché sur le marché national emporte aussi une certaine saturation de l'offre, entre trajets « classique » et « *low cost* » avec des quantités de sièges offertes qui sont importantes, à l'image de ce qui a pu être fait avec les avions A380 par les compagnies du Golfe. Par ailleurs, fort de son succès, la SNCF a annoncé, en septembre 2020, qu'elle ouvre une ligne entre Madrid et Barcelone. Cette ligne assure, dans un premier temps, cinq allers-retours quotidiens entre la gare de Madrid-Atocha et celle de Barcelone-Sants, avec des arrêts intermédiaires à Saragosse-Delicias et Tarragone. Le réseau doit ensuite s'étendre aux relations entre Madrid et Valence et vers l'Andalousie.

¹⁴⁷⁵ Empruntant la ligne classique entre Paris-Nord et Arras, les trains Izy devaient à SNCF Réseau des péages plus faibles qu'en empruntant la LGV Nord sur cette même section, au prix d'un allongement du temps de parcours de 55 min en moyenne.

1163. Ces lignes ne sont pas exploitées directement par la SNCF, mais par sa filiale espagnole Ouigo España (ex-Rielsfera). Le lancement de la première ligne, initialement prévu pour décembre 2020, a été repoussé à mars puis, finalement, à mai 2021 du fait de la pandémie de COVID-19. À partir du 10 mai 2021, cinq allers-retours Ouigo sont effectivement mis en place sur la liaison Madrid – Saragosse – Tarragone – Barcelone, après la circulation d'une rame inaugurale le 7 mai. Le montant des investissements sur ce projet s'élève à 600 millions d'euros¹⁴⁷⁶. Cette annonce de la SNCF, par ailleurs dans une coopération avec la Renfe, coïncide avec le démarrage, également, entre Madrid et Barcelone de Avlo, le train à grande vitesse *low cost* de l'opérateur public historique espagnol. Ouigo Espagne, la filiale de la SNCF, propose cinq aller-retour quotidiens, dont deux directs, en 2h30. Soit 5 000 places quotidiennement, avec un prix de base de neuf euros quand Renfe offre 14 allers/retours avec la même durée et pour des tarifs pleins théoriques autour de soixante-quatre euros. Le premier train à grande vitesse à bas coût « Avlo » démarre le 23 juin 2021 sur la liaison Madrid-Barcelone, assuré par l'opérateur espagnol Renfe. Quatre circulations sont prévues par jour et dans chaque sens. L'offre sur internet annonce des trajets entre 2h30 et 3h17, selon les arrêts éventuels, dont Saragosse ou Tarragone. Le prix de base affiché est de sept euros et il est flexible selon le moment de la journée quand un aller simple par l'AVE « classique » peut atteindre soixante-seize euros. Tous les billets sont accessibles uniquement sur les sites avlorenfe.com ou renfe.com et ils sont nominatifs, rejoignant en cela la politique commerciale des *low cost* aériennes.

1164. Le marché espagnol attise les convoitises, comme l'Italie avait pu le faire pour l'aérien. Ainsi, dans la foulée de l'annonce de la SNCF, c'était Trenitalia qui, en août 2020, annonçait avoir réservé des sillons afin de lancer des TGV *low cost* sur les principales lignes d'Espagne à compter de mars 2021, face à Renfe et donc à la SNCF. Les points de comparaison sont donc nombreux entre les deux modes de transport que sont le train et l'avion. À l'inverse, l'ouverture du marché ferroviaire des personnes est emblématique d'une prise de conscience des États - particulièrement de la France et de l'Allemagne - que les contraintes techniques (sillons ferroviaires et spécificités du matériel roulant et des infrastructures, notamment dues

¹⁴⁷⁶ <https://www.ville-rail-transports.com/ferroviaire/grande-vitesse-la-sncf-selance-en-espagne/> - Consulté le 29 mai 2021.

à l'alimentation électrique), économiques et sociales¹⁴⁷⁷ plus fortes dans ce secteur que dans l'aérien, ont pu remettre en cause les méthodes utilisées dans les années 1980 pour ouvrir le ciel européen. L'Union européenne a ainsi privilégié les directives plutôt que les règlements pour donner aux États la liberté d'harmoniser selon leur culture économique et juridique. Il est intéressant de rappeler que la coopération internationale est promue quant à elle par un règlement.

1165. Il y a comme une recherche de complémentarité géographique et économique entre ces modes de transport. L'objectif d'une cohérence géographique peut se heurter à des réalités de marché et de rapport entre puissance publique et opérateur privé, mais il s'impose par les décisions prises par l'Union au travers du droit de la concurrence. Alors que l'Union promeut le développement des aéroports régionaux par l'ouverture de nouvelles lignes commerciales et le rôle joué par les compagnies aériennes à bas coûts, dans le même temps, elle prend en compte les pôles intermodaux que sont devenus certains aéroports majeurs, accentuant leur rôle par les investissements du RTE-T, ces nouveaux schémas ferroviaires et le rôle accru du transport par bus (l'aménagement des gares routières à proximité ou non des gares ferroviaires, nœuds d'échange régionaux¹⁴⁷⁸).

1166. Va-t-on ainsi de la complémentarité à la globalité de l'offre de transport ? Les transports de passagers, secteur primordial pour l'attractivité du marché intérieur comme de l'ensemble du territoire européen, associés au renforcement de la compétitivité des industries aérospatiale et aérienne composent une offre globale même si celle-ci demeure encore incomplète. La recherche de complémentarité géographique et économique pour compléter l'offre de transport repose sur des structures aéroportuaires, support des lignes aériennes opérées par les compagnies aériennes. L'aérien serait donc bien un précurseur de certains développements dans le transport ferroviaire, leur pérennité commerciale dépendant bien des offres à bas coûts venues du secteur aérien, pour contrer également l'offre des opérateurs

¹⁴⁷⁷ 260 000 employés pour le Groupe SNCF, 293 000 pour la Deutsche Bahn, 94 600 pour le Groupe Air France et 119 000 pour la Lufthansa, chiffres des sites internet *corporate* des sociétés ou Epic.

¹⁴⁷⁸ Avis de l'Autorité de la concurrence n°16-A-01 du 15 janvier 2016 concernant un projet d'ordonnance relative aux gares routières et emplacements d'arrêts. Puis, dans le même cadre cinq avis de l'ARAFER (Actuellement Autorité des transports) pour la régulation des services par autocar librement organisés (Avis n°2016-19 à 23 du 17 février 2016)

de bus, lesquelles apparaissent comme un nouveau composant de l'intermodalité¹⁴⁷⁹. Les effets de l'enchaînement démonopolisation / libéralisation et notamment la pérennisation d'une réelle répartition du marché entre compagnies aériennes historiques et à bas coûts ne peuvent ainsi s'apprécier que dans cette offre globale, impliquant la complémentarité voire la substituabilité d'une offre ferroviaire à grande vitesse. Il est généralement admis que la complémentarité des offres de transport se situe autour du seuil de 1 000 km pour établir, de fait, une segmentation accrue et dès lors une logique de répartition du marché. Cette distance qui définit les courts et moyens courriers de l'aviation civile fut l'objet d'une concurrence importante entre deux opérateurs détenus par l'État français, dans une moindre mesure en Allemagne qui a développé un réseau ferroviaire à grande vitesse bien plus maillé qu'en France, qui reste encore marqué par un réseau en étoile centré à Paris. Elle doit aujourd'hui être étudiée par rapport à l'offre de transport de personnes par bus, qui suit également une trajectoire d'ouverture à la concurrence. L'étude de la concurrence durable, incluant une offre de transport plurimodale tendant à l'intermodalité, implique en effet la prise en compte de la pertinence de la modalité de transport.

§ 3 – La concurrence durable par la pertinence de la modalité de transport

1167. Trois termes coexistent dans les analyses des réseaux et des modes de transport : « pluri- », « inter- » et « multi- » modalité. Comme tout concept différent issu d'une même racine, le risque d'incompréhension et d'échec dans la réalisation des objectifs peut être important. La délimitation du champ de chacun de ces concepts grâce à la science géographique¹⁴⁸⁰ permet de comprendre comment l'approfondissement de l'intermodalité est programmé, sans grande surprise pour le secteur aérien, mais aussi pour le ferroviaire et le routier, composant ainsi un véritable « espace juridique européen des transports¹⁴⁸¹ » (A).

¹⁴⁷⁹ DELZANGLES Hubert et MARTIN Sébastien, Ouverture de lignes d'autocars : Le Conseil d'État précise la notion de "ligne de transport régulier" (Région Pays de la Loire), 4 octobre 2017, Concurrences N° 1-2018, Art. N° 85967, pp. 179-181.

¹⁴⁸⁰ AGERON Pierre, L'intermodalité-voyageurs au prisme de la mondialisation : vers la structuration d'un méta-réseau intégré, thèse de doctorat de géographie, Soutenue à Grenoble en 2013, 490 p. notamment pp. 3-88.

¹⁴⁸¹ GRARD Loïc, Droit européen des transports ; 1er janvier - 31 décembre 2011, *Revue trimestrielle de droit européen* 2012 p. 531.

Ce faisant, il devient nécessaire d'assurer un partage des responsabilités juridiques entre les opérateurs, évitant une certaine instabilité dans les choix politiques (B).

À – La multimodalité nécessaire à l'espace européen de transport

1168. Au quatrième trimestre de l'année 2019, les opérateurs des services librement organisés (SLO) d'autocars ont enregistré un nombre de passagers en hausse par rapport à la même période de l'année passée, soit entre 2,5 et 3 millions de passagers transportés contre 2,1 millions au quatrième trimestre 2018. Cette progression porte ainsi la fréquentation de ces services à plus de 10 millions de voyageurs sur l'ensemble de l'année 2019, un niveau record dont se félicitait l'autorité française des transports¹⁴⁸². Cette ouverture à la concurrence des lignes de bus complète donc l'offre effective de mobilité des citoyens. Les mouvements sociaux de la fin de l'année 2019 dans le secteur ferroviaire expliquent en partie la hausse de fréquentation enregistrée lors de ce quatrième trimestre, mais ne cache pas pour autant une offre de transport qui a su compléter le binôme avion/train matérialisant l'idée d'espace structuré par la multimodalité.

1169. La très progressive ouverture à la concurrence du transport autoroutier commence sur une période de 1966¹⁴⁸³ à 1972¹⁴⁸⁴ et impose, dans une volonté d'uniformisation des règles d'attestation et de certification des conditions de transports, des contraintes strictes comme des voyages à vide en début et fin de service d'une navette, du fait de l'interdiction de faire monter ou descendre des voyageurs. C'est dans ce contexte, et jusqu'à la deuxième évolution du cadre normatif en 1992¹⁴⁸⁵ qu'en France, la mise en concurrence des lignes de bus pour compléter l'offre de mobilité est encadrée par la loi d'orientation pour les transports intérieurs n° 82-1153 du 30 décembre 1982¹⁴⁸⁶ dite LOTI. La loi confia à une autorité

¹⁴⁸² <https://www.autorite-transport.fr/actualites/cars-macron-10-millions-de-passagers-2019/> - Consulté le 2 juin 2020.

¹⁴⁸³ Règlement n°117/66/CEE du Conseil, du 28 juillet 1966, concernant l'introduction de règles communes pour les transports internationaux de voyageurs par route effectués par autocars et par autobus.

¹⁴⁸⁴ Règlement (CEE) n°516/72 du Conseil, du 28 février 1972, relatif à l'établissement de règles communes pour les services de navette effectués par autocars et par autobus entre les États membres.

¹⁴⁸⁵ Règlement (CEE) n°684/92 du Conseil du 16 mars 1992 établissant des règles communes pour les transports internationaux de voyageurs effectués par autocars et autobus.

¹⁴⁸⁶ L'organisation des transports en Île-de-France constitue une exception puisque qu'elle est fixée par le décret du 14 novembre 1949 et non par la Loti qui ne s'y applique pas. Le STIF est l'actuelle autorité organisatrice de transport en Île-de-France.

organisatrice de transports (AOT), collectivité publique, la mission de définir la politique de desserte et la politique tarifaire des transports de voyageurs. En général, l'AOT confiait la mission opérationnelle à une entreprise de transport privée. Les départements furent désignés comme autorités organisatrices des transports non urbains sur leur territoire, les régions étant autorités organisatrices des transports ferroviaires régionaux. Cette répartition des compétences reste encore valable de nos jours, n'évoluant qu'au gré des modifications d'organisation de l'administration territoriale.

1170. Ce réseau interurbain de transports en France reposait donc sur l'organisation des transports routiers de personnes entre les différentes villes du département, avec éventuellement des liaisons avec les principales villes des départements limitrophes, ou des coopérations entre réseaux interurbains. Cette constitution d'un réseau départemental de transport en commun a longtemps contrasté avec l'approche allemande, qui protégeait l'offre de train, puisque les bus ne pouvaient rouler en Allemagne que sur des trajets où ils ne faisaient pas concurrence à la compagnie des chemins de fer allemands. L'organisation administrative outre-Rhin permettait des voyages plus longs que ceux organisés dans les départements français et donc à plus petite échelle, confirmant une organisation spatiale différente entre les deux pays. Le transport interrégional par autocar occupait donc, à l'époque, une très faible part du transport de voyageurs en France (110 000 personnes transportées en 2013, soit 0,0005% des voyages longue distance, contre 4 % en Grande-Bretagne ou 5 % en Suède). Il desservait 61 villes françaises, via 175 liaisons, 10 d'entre elles représentent 75 % de la demande, et sont parallèles à des lignes TGV.

1171. **C'est en 2009, que l'Union, invoquant la libre prestation de service¹⁴⁸⁷ en combinaison avec les règles communes pour l'obtention d'une licence et un libre accès au marché, jette les bases d'une libéralisation du transport international** pour une « instauration d'une politique commune des transports », ayant pour but « de répondre aux exigences du marché ». Depuis, alors que le cabotage était autorisé, classiquement, en continuation d'un trajet international, la période de transition prévue par le règlement (CE) n° 1073/2009 « marché international des services de transport par autocars et autobus » amena

¹⁴⁸⁷ Règlement (CE) n°1073/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché international des services de transport par autocars et autobus, et modifiant le règlement (CE) n°561/2006 (refonte)

la France à suivre les exemples d'autres États membres, notamment « autour de trois axes : libérer, investir, travailler » qui devaient être ceux d'une reprise économique. En 2015, cette nouvelle donne législative a conduit à l'ouverture du marché des lignes régulières d'autocar en France aux grands opérateurs multinationaux, mais elle a maintenu une protection de l'organisation territoriale départementale partiellement sur les trajets de moins de 100 kilomètres. Cette réforme avait été largement initiée, d'une part dans l'article 38 de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires, prise en application du règlement (CE) n° 1073/2009 et prévoyant, dans ses articles 14 à 17, l'ouverture du marché européen du transport routier régulier de voyageurs au cabotage, marquant la création d'un marché du transport interrégional par autocars en France. D'autre part, avec un certain nombre de rapports, notamment celui de l'Autorité de la concurrence qui, un an après son premier avis, regrettait en février 2014¹⁴⁸⁸ que

« Le transport interrégional par autocar peine à décoller en France. Pourtant, son développement permettrait selon elle de compléter avantageusement l'offre de transport collectif, en complément du train. [...] En pratique, les régions se sont massivement opposées, sans fournir d'analyse détaillée, à l'ouverture de lignes routières, ce que le service autorisateur (le ministère des Transports) n'a pas souhaité remettre en question. [Par ailleurs,] l'accès aux gares routières est rendu difficile par des situations très différentes et des règles peu transparentes en fonction des gares. ».

1172. Ainsi, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 a définitivement libéralisé le transport régulier interurbain de voyageurs par autocar, créant une nouvelle catégorie de transports, les Services librement organisés (SLO). L'Autorité de régulation des transports (anciennement Arafer) assure la régulation et le bon fonctionnement de ce marché, notamment au travers de ses avis¹⁴⁸⁹ basés sur les déclarations des transporteurs, déclaration d'une liaison par autocar de moins de 100 km¹⁴⁹⁰. Ce contrôle de l'ouverture de nouveaux services de transport par autocar s'exerce pour empêcher qu'elle ne porte atteinte à l'équilibre économique des services publics conventionnés, ferroviaires (TER, trains d'équilibre du territoire) ou routiers sur les liaisons de 100 km ou moins. Une autorité organisatrice de transport peut en effet, après avis conforme de l'Autorité de régulation des transports, interdire ou limiter les services de transport, lorsqu'ils sont exécutés

¹⁴⁸⁸ Autorité de la concurrence, Avis n° 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar.

¹⁴⁸⁹ Le bilan 2019 est de 25 avis favorables sans réserve, 11 avec réserves et de 115 défavorables. Chiffre Autorité des transports.

¹⁴⁹⁰ Article L3111-18 du Code des transport, Modifié par Ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1

entre des arrêts dont la liaison est assurée sans correspondance par un service régulier de transport qu'elle organise. De plus, ces services doivent porter, seuls ou dans leur ensemble, une atteinte substantielle à l'équilibre économique de la ligne ou des lignes de service public de transport susceptibles d'être concurrencées ou à l'équilibre économique du contrat de service public de transport concerné pour être interdits ou limités. Il s'agit donc bien d'assurer la complémentarité des modes de transport, plus que leur substitution brutale par la seule application d'une libéralisation du marché considéré, et ainsi de participer à la structuration de l'espace par la multimodalité.

1173. Dans le même temps, l'autorité de régulation s'assure que les opérateurs de transport bénéficient de conditions d'accès transparentes, objectives et non discriminatoires aux gares routières et, le cas échéant, règle les différends entre opérateurs de transport et exploitants. Elle réalise des analyses économiques et statistiques, sur la base des informations collectées trimestriellement ou annuellement auprès des opérateurs, et les publie afin d'informer les parties prenantes sur le fonctionnement et l'évolution du marché. Ce marché est justement marqué par des caractéristiques propres ; premièrement par une assez grande saisonnalité de l'offre de services. La densité du réseau des autocars relevant des « Services librement organisés dits SLO » se rétracte en effet chaque saison hivernale (-15 % pour le 4^e trimestre 2019) pour ne plus atteindre que 260 villes desservies par 1 769 liaisons, 38 villes ne sont plus desservies (en particulier sur les côtes méditerranéenne et atlantique). La densité des deux seuls réseaux nationaux, opérés par BlaBlaBus et FlixBus est quasiment équivalente, mais la part de FlixBus atteint 63 % alors que celle de BlaBlaBus progresse à 45 %. Cependant, cette saisonnalité tend à se réduire. Avec 840 départs quotidiens, la fréquence des trajets en autocar SLO progresse de 10 % par rapport à l'année précédente et se situait à un niveau record pour un quatrième trimestre 2019. Ainsi 46 % des départs étaient opérés par BlaBlaBus et 54 % par FlixBus, les volumes d'activité exprimés en autocars/kilomètres et en sièges/kilomètres étant en hausse par rapport au quatrième trimestre 2018 (respectivement +5 % et +6 %) traduisant, selon l'Autorité des Transports, le renforcement modéré de l'offre durant les grèves dans le secteur ferroviaire au mois de décembre 2019.

1174. Deuxièmement, la densité du réseau est la conséquence directe de la variation du nombre de liaisons. Les voyageurs ne disposent désormais que de 14 destinations par villes en moyenne, en hausse par rapport aux 13,1 destinations disponibles un an plus tôt. Les dix

villes et sites reliés au plus grand nombre de destinations directes sont Paris (180 destinations), Lyon (95), l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle (87), l'aéroport de Paris-Orly (70), Bordeaux (62), Grenoble (58), Toulouse (56), Lille (54), Marseille (52) et Clermont-Ferrand (51). Les concentrations opérées dans ce secteur ont pu faire craindre de fortes restrictions sur l'offre. Ainsi, un an après l'entrée en vigueur de la loi, il ne restait déjà plus que trois opérateurs à réseau national, FlixBus, Ouibus et Isilines (2015-2019). Cependant, comme le relève l'Autorité des Transports dans son rapport annuel, une part importante de la demande bénéficie d'une offre en concurrence malgré la concentration forte des opérateurs. Si parmi les 1 556 liaisons opérées par les opérateurs nationaux, 1 209 sont desservies par un seul d'entre eux. La part des liaisons exclusives dans l'offre de FlixBus diminue de cinq points et s'établit à 69 %, tandis qu'elle baisse seulement de deux points et s'établit à 56 % pour BlaBlaBus. Ainsi, 347 liaisons sont commercialisées par les deux opérateurs nationaux à la fois, mais ces liaisons concentrent la majorité de la fréquentation avec 85 % des passagers, ce qui suffit à établir une pression concurrentielle suffisante (ou jugée comme telle) au niveau national.

1175. Dès lors, la libéralisation du transport aérien de passagers n'a pas eu véritablement d'incidence sur celle du transport autoroutier, surtout parce que la France était un des derniers États à ne pas avoir libéralisé ce mode de transport. Cette ouverture de ce marché à la concurrence a néanmoins accompagné celle qui concernait le transport ferroviaire, contraignant les opérateurs ferroviaires à tenir compte de cette nouvelle composante du marché de la mobilité¹⁴⁹¹. Au niveau des autorités de régulation, le constat est pragmatique pour consacrer un paradoxe, qui, encore une fois, n'est qu'apparent¹⁴⁹². La libéralisation est effective quand bien même elle est imparfaite, parce qu'elle, elle est intrinsèquement multimodale. Cette pression concurrentielle est jugée suffisante, dès lors que l'offre concurrente est en accès facile pour le consommateur qui sera mis en mesure de comparer les offres entre les modes de transport. Les comparateurs en ligne comme kelbus.com ou

¹⁴⁹¹ Pour une analyse « négative » de cette libéralisation, GAZEAU Bruno, SIVARDIERE Jean, « La libéralisation du transport par autocar : une réforme prématurée et dangereuse », *Transports urbains*, 2015/2 (N° 127), p. 8-11. DOI : 10.3917/turb.127.0008. URL : <https://www.cairn.info/revue-transports-urbains-2015-2-page-8.htm>

¹⁴⁹² Autorité de la concurrence, Avis n° 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar et, Autorité de régulation des transports, Rapport annuel sur le marché du transport par autocar et sur les gares routières en France en 2019.

thetrainlince.com, qui complètent ainsi leur information sur l'offre ferroviaire, participent largement de cette substituabilité de fait.

B – La consécration normative d'un duopole du transport routier de passagers

1176. L'effet de cette structuration de l'espace européen de transport porte principalement sur les prix. La demande régulièrement plus forte et la concentration du marché ont permis aux opérateurs d'augmenter leur prix, et par voie de conséquence la recette par passager, pour s'établir ainsi au niveau record de 5,3 euros par passager aux 100 km. Ce constat du régulateur¹⁴⁹³ reflète la situation concurrentielle du marché. Certes le nombre d'opérateurs présents sur le marché au quatrième trimestre 2019 s'élève à dix. Mais seuls deux opérateurs disposent d'un réseau national, BlaBlaBus et FlixBus qui regroupent deux marques, Eurolines et FlixBus. Huit opérateurs locaux étaient aussi actifs au quatrième trimestre 2019, opérant des liaisons entre des paires de villes plus que sur un territoire élargi. Ainsi, dans la région Grand-Est, quatre opérateurs assurent trente-deux liaisons essentiellement locales, seules deux relient Paris depuis Reims et Rethel. Cela peut aboutir, à une conséquence procédurale, cocasse, si on évoque les publications du régulateur. Depuis le troisième trimestre 2019, la réduction à deux du nombre d'opérateurs nationaux a même imposé, afin de respecter le secret des affaires, d'établir des fourchettes pour les données relatives à la fréquentation globale et pour toutes les données qui sont liées à la fréquentation (le nombre de passagers/km, le taux d'occupation et le chiffre d'affaires). Ce duopole semble pourtant garantir une concurrence suffisante, permettant de combler les besoins du consommateur. Le lien avec les enjeux environnementaux est moins perceptible. La lecture des rapports montre plutôt que la notion de maillage du territoire demeure essentielle pour parer tout mouvement de type « gilets jaunes », en assurant le désenclavement de villes ou bourgades périphériques.

1177. En juin 2016, parmi les cinq opérateurs en présence, Eurolines/Isilines détient 41 % des liaisons commercialisées, contre 32 % pour FlixBus, 13 % pour Starshipper, 10 % pour Ouibus et 4% pour Megabus. Déjà Ouibus avait annoncé, l'intégration à son réseau des 32 PME de Starshipper par un échange de participations, Starshipper récupérant 5 % du capital

¹⁴⁹³ *Supra*, Autorité de régulation des transports, rapport 2019.

de Ouibus. Isilines est le dernier opérateur à avoir renoncé. Ancienne marque de Transdev créée en 2015 en prévision de l'adoption de la libéralisation du marché, Isilines a commencé son exploitation le 10 juillet 2015 par des services journaliers sur 17 lignes. Un an après son lancement, Isilines a transporté 500 000 passagers sur ses 20 lignes. Mais les tarifs bas (3,30 centimes d'euros par kilomètre) et le faible taux de remplissage des autocars, 30 %, ne permettent pas au réseau d'être rentable malgré la tentative de partenariat avec le réseau Eurolines, marque de Transdev pour les liaisons européennes, pour une offre complémentaire de voyages en bus avec escale. Le 30 avril 2019, FlixBus rachète Eurolines et Isilines, ce rachat conduit à un duopole sur le marché français des lignes régulières d'autocar avec Ouibus, qui deviendra BlaBlaBus.

1178. Ce duopole oppose deux modèles différents qui ont pourtant tendance à se rapprocher. D'une part, il s'agit de Flixbus, une marque de l'entreprise FlixBus GmbH, entreprise allemande spécialisée dans la gestion de flottes d'autocars longue distance dans plusieurs pays européens, au Maroc, et aux États-Unis, basée à Munich. Créée en 2013 après la dérégulation du marché allemand, l'opérateur a transporté plus de 100 millions de passagers à fin 2018, dont 45 sur son réseau européen. Flixbus ne possède aucun véhicule et n'emploie aucun chauffeur, mais travaille en partenariat avec des transporteurs autocaristes privés régionaux. D'autre part, la compagnie iDBUS, devenue Ouibus en septembre 2015, faisait le pari de posséder toute sa flotte d'autocars et d'employer ses chauffeurs, dénommés « capitaines ». Le rapprochement entre les sociétés Blablacar et SNCF (Ouibus) fut, un temps, symbolique de cette offre globale de mobilité, réponse à Flixtain, entreprise ferroviaire exploitant des trains de voyageurs en Allemagne, créée par FlixBus GmbH en 2018. Cette entreprise proposa des services complémentaires aux trajets en autocar de FlixBus en Allemagne, et avait annoncé son intention de s'étendre dans d'autres pays européens comme la France¹⁴⁹⁴ ou la Suède à partir de 2020, projet certainement repoussé à 2022 pour attendre la pleine reprise des déplacements. Avec 13 millions de passagers pour 400 destinations dans 10 pays, l'opérateur BlaBlaBus, issu de la reprise par la société Blablacar de la société Ouibus, filiale de la SNCF, est aussi le renforcement du positionnement de celle-ci sur le marché français. En cédant sa filiale de transport routier, la SNCF a parallèlement participé à une

¹⁴⁹⁴ DICHARRY Elsa, www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/flixtain-pret-a-concurrer-la-sncf-sur-cinq-liaisons-longue-distance-1029916 - Publié le 17 juin 2019, consulté le 6 janvier 2020.

augmentation de capital de BlaBlaCar, dont les solutions de covoiturage sont désormais proposées sur le site oui.sncf.

1179. **Cette recomposition du marché reste instable** si l'on prend en compte la décision de la SNCF de vendre cette participation et que l'on peut lire que BlaBlaCar, contrairement à son concurrent allemand FlixBus, souhaite vendre des billets de train, par exemple de la SNCF en France, en complément des trajets en covoiturages ou en bus, avec pour objectif de devenir « l'appli de référence pour les transports de 50 km à 10 000 km »¹⁴⁹⁵. Ainsi, l'utilisateur de l'application BlaBlaCar pourra comparer le prix et la durée d'un trajet en covoiturage, en bus et en train puis en une seule commande, prévoir un trajet multimodal, faisant de BlaBlaCar un opérateur intermodal. Cela reflète la notion d'espace européen de transport et montre comment les règles de concurrence sont instrumentalisées pour assurer la multimodalité au bénéfice du consommateur.

1180. Une conclusion paraît s'imposer, permettant à nouveau un parallèle avec le secteur aérien. La concurrence provoque en effet la concentration du secteur, ne permettant pas l'arrivée significative des nouveaux opérateurs. La cause « naturelle », car commune aux industries de réseaux de transport, pourrait être l'accès à l'infrastructure. Cependant, en ce qui concerne le transport autoroutier, la problématique n'est pas la même que pour les secteurs aérien et ferroviaire, l'infrastructure n'était pas aussi contingentée que dans ces secteurs. **Dès lors, la concentration viendrait plutôt de l'hypothèse que si la multimodalité dans le transport est évidente, l'intermodalité reste véritablement à construire**, pour former une chaîne de connexion entre aéroport, gare ferroviaire et gare routière qui établirait dès lors une globalité dans le transport. L'incitation par le droit est nécessaire du fait de la nécessité de prendre en compte des effets environnementaux et sociaux de cette multimodalité. Ce que nous pouvons confirmer avec ces règles de concurrence, réfléchies à nouveau en cohérence avec ces bouleversements induits par la législation.

1181. **Le droit de la concurrence a consacré à plusieurs reprises la conception d'une offre intermodale comme garante d'une concurrence entre compagnies aériennes, comprise dans un espace géographique dense**, triangle dont les côtés relie Amsterdam, Londres et Paris, via Bruxelles. Dans trois affaires de concentration aérienne (Air France-KLM), Eurostar et

¹⁴⁹⁵ Selon Nicolas BRUSSON, fondateur de BlaBlaCar, <https://www.lefigaro.fr/societes/blablacar-annonce-une-levee-de-fonds-de-115-millions-de-dollars-pour-acceler-son-croissance-20210420> - Consulté le 27 juin 2021.

Thalys (SNCF-SNCB) la Commission européenne a estimé que le consommateur avait le choix du mode de transport, pouvant dès lors concurrencer un autre mode de transport pour un déplacement par air, par route ou encore par voie ferrée. Par ailleurs, toutes ces routes pouvaient être empruntées par des modes « conventionnels » ou à bas coûts. Cette question du choix possible par le consommateur est centrale dans l'acte de consommation d'une mobilité et de déplacement sur un territoire. Dès lors, si la plurimodalité définit l'existence d'un choix entre au moins deux modes de transport pour effectuer un déplacement, elle évoque cette concurrence entre les modes de transport, qu'ils soient aérien, ferré ou routier. **Mais cette plurimodalité existe finalement assez peu, car la distance physique va assez vite opposer les modes de transport et imposer l'un d'eux au détriment des autres.** Tant qu'il n'y a pas de plurimodalité ou que celle-ci soit restreinte (train ou voiture pour relier l'aéroport de Paris-CDG depuis Strasbourg), il est plus pertinent d'envisager l'existence ou l'absence d'organisation d'un véritable système de transport, combinant les différents modes.

1182. Et c'est le sens de notre propos, celui de la promotion par les régulateurs de l'intermodalité plutôt que la multimodalité, dans laquelle le cheminement du voyageur n'est ni organisé ni balisé par les opérateurs, et où l'interconnexion n'est alors pas garantie. En revanche, l'intermodalité doit garantir un cheminement « porte-à-porte », sans rupture entre les différents modes de transport utilisés au cours d'un même déplacement (voiture, tram, bus, ou train pour rejoindre son avion). Elle sera ainsi prise en compte et valorisée auprès du consommateur par la protection qui lui est proposée, typiquement en cas de retard ou d'annulation de vol. Il importe pour conclure de mettre en lumière, la communauté de principes en matière de retard dans les différents modes de transport, aérien¹⁴⁹⁶ comme ferroviaire¹⁴⁹⁷ ce qui permet d'introduire l'idée d'un écosystème nécessaire au développement de la concurrence et pas des seules règles de concurrence.

*

¹⁴⁹⁶ *Supra*, Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 « indemnisation et d'assistance des passagers » et Directive (UE) n°2015/2302 « voyages à forfait et aux prestations de voyage liées ».

¹⁴⁹⁷ Règlement (UE) n°2021/782 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires (refonte).

Conclusion du Titre 1

1183. **La progressive édification de la concurrence durable par la politique globale des transports.** Pour une politique globale des transports, l'effort de conceptualisation par les règles juridiques doit porter sur tout le spectre de la mobilité, qui fut promue par les règles de concurrence appuyées par la politique de transport, en favorisant l'interopérabilité des accès et la connectivité des réseaux. En Europe, l'intermodalité-voyageurs a d'abord été développée par l'échelon supranational, sur la base de la 2^e partie, Titre IV du Traité de Rome comme l'un des moyens de réaliser l'intégration des réseaux de transports européens. L'intermodalité-voyageurs est mise en place par les opérateurs de transports tant privés (compagnies ferroviaires, aériennes) que publics. Pour ces derniers, à défaut de régulateurs européens, le droit de l'Union renvoie aux autorités organisatrices de mobilité durable, ce qui pour la France correspond à l'acte III de la décentralisation¹⁴⁹⁸. On tire ainsi profit de la complémentarité des différents moyens de transport et de leurs avantages et atouts respectifs, poussant la décision politique à développer cette multimodalité par une interopérabilité entre modes de transport toujours plus approfondie.

1184. À partir de là, l'approche technique d'interconnexion¹⁴⁹⁹, ses déclinaisons juridique et économique¹⁵⁰⁰, comme sa prise en compte politique par l'interterritorialité¹⁵⁰¹, ce rapport que les territoires exercent entre eux, amènent à la coopération comme condition indispensable pour la bonne marche de l'intermodalité-voyageurs. Celle-ci est contrainte par les préoccupations liées tant la massification du transport qu'à l'individualisation de la mobilité, dans un contexte de limitation des impacts environnementaux¹⁵⁰². L'intermodalité-

¹⁴⁹⁸ La loi relative à la modernisation de l'action publique territoriale et l'affirmation des métropoles, adoptée le 27 janvier 2014, acte l'avènement des autorités organisatrices de la mobilité, et le rôle de la région, chef de file de « l'intermodalité et de la complémentarité entre les modes de transports », chargée à ce titre de l'élaboration d'un schéma régional sur ce sujet en collaboration avec les autres autorités organisatrices.

¹⁴⁹⁹ VARLET Jean, L'interconnexion des réseaux de transport en Europe : éléments de géographie prospective, Institut du transport aérien, 1992, 198 p.

¹⁵⁰⁰ Le règlement (UE) n°913/2010 a été modifié par le règlement (UE) n°1316/2013 du 11 décembre 2013 relatif au mécanisme pour l'interconnexion en Europe pour les années 2014 à 2020. En 2015, le règlement (UE) n°1316/2013 a été modifié par le règlement (UE) n°2015/2017 du 25 juin 2015 sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques, la plateforme européenne de conseil en investissement et le portail européen de projets d'investissement.

¹⁵⁰¹ VANIER Martin, Le pouvoir des territoires, essai sur l'interterritorialité, Paris, *Economica/Anthropos*, 2008, 160 p.

¹⁵⁰² VARLET Jean et ZEMBRI Pierre avec DUMAS Eugénie et GRANDIN Jules (cartographes), Atlas des transports – Les paradoxes de la mise en réseau du monde, *Éditions Autrement*, 2010, 79 p.

voyageurs pose ainsi la question de la pertinence du choix des échelons territoriaux pour décider de l'action publique. Comment comprendre alors l'adéquation entre ce mouvement de coopération des modes de transport, du rôle prescripteur d'aménagement territorial que joue un aéroport jusqu'à la circulation urbaine, et le droit de l'UE ? **La multimodalité et l'intermodalité sont deux outils utiles pour penser les nouvelles mobilités sereines et durables en associant donc les réseaux physique, technique et juridique.** C'est au droit d'assurer cette association sur la base première du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, qui laisse aux États et aux collectivités locales le soin de décliner et de développer les grandes orientations stratégiques européennes, notamment cette interopérabilité au sein de chaque mode de transport pour ensuite permettre l'intermodalité recherchée pour le bien-être du consommateur. Ce qui suppose que l'UE se concentre sur une stratégie globale et s'attache à mettre en cohérence la palette d'instruments juridiques qu'elle peut mettre au service des États. Ce fut l'objectif de développement d'un réseau transeuropéen de transport pour connecter ces territoires et assurer un support logistique indispensable au marché intérieur. Prenant en compte une hiérarchisation de l'espace européen liée à sa structure territoriale très métropolisée, l'Union européenne a participé à l'aménagement de son territoire usant, là encore, de sa compétence en matière de droit de la concurrence.

1185. La concurrence dans le secteur aérien, après avoir organisé la connexion des réseaux aériens et ouvert le monde depuis Londres, Paris ou Francfort à partir de ces infrastructures aéroportuaires intercontinentales, tente plus timidement de prendre en compte l'interopérabilité des réseaux de transport pour en accentuer leur complémentarité. Elle promeut par exemple la nécessité d'infrastructures interconnectées, à laquelle le « ciel européen¹⁵⁰³ » doit contribuer, par une meilleure gestion des vols et des mouvements d'avions au sol. Cet espace aérien unique a pour principal objectif, par une meilleure gestion du trafic, d'optimiser l'utilisation de la ressource aéroportuaire, qu'elle soit offerte par les aéroports majeurs ou par les aéroports régionaux. La Commission européenne, par la diversité de ses points d'appui opérationnels, tant la politique de concurrence que celle de transport tentent d'éviter de recréer les segmentations du marché qu'elle avait réussi à faire disparaître. On peut relire pour s'en convaincre la stratégie de la Commission européenne en matière de

¹⁵⁰³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la mise en œuvre du ciel unique européen (refonte), COM(2013) 410 final / 2013/0186 (COD) du 11 juin 2013.

transports, présentée le 28 mars 2011, par laquelle elle souhaite l'achèvement de l'espace européen des transports en éliminant les principaux obstacles et goulots d'étranglement qui existent dans plusieurs domaines décisifs pour les transports, à savoir les infrastructures, l'investissement, l'innovation et le marché intérieur. Il s'agit pour elle de créer un espace européen unique plus concurrentiel, doté d'un réseau de transport parfaitement intégré, qui repose sur l'interconnexion des différents modes de transport et permette une mutation profonde des modèles de transport des passagers et du fret. Car l'interopérabilité n'est pas que celle évoquée pour interconnecter les réseaux de pays différents ou même dans un pays. Il s'agit pour une concurrence tout à fait durable qu'elle puisse s'exercer entre les différents modes de transports, comme nous avons pu l'évoquer avec les points d'interconnexion aéroportuaire et ferroviaire.

1186. L'apport conceptuel de la géographie des transports qui raisonne par mode de transport, par catégorie de pays, et de politiques publiques plutôt qu'à travers la planification et l'orientation des investissements fut majeur dans toute la politique de transport européenne, structurant l'espace territorial comme support du marché intérieur¹⁵⁰⁴ alors que cet aspect géographique n'est pas conscient dans la pratique de la Commission européenne¹⁵⁰⁵. Alors que l'on a survalorisé le rôle du Hub, comme plateforme à vocation mondiale¹⁵⁰⁶, d'autres structures sont nécessaires à la mobilité des citoyens et à l'aménagement du territoire, créant une (inter)connexion des enjeux¹⁵⁰⁷. L'émergence dans les années 1990 des TBC/LCC et le bon accueil qu'ils reçurent des collectivités locales a marqué le marché et le structure encore actuellement. Les opérateurs de transport comme les autorités territoriales jouent un rôle de plus en plus important, notamment lorsque l'État se désengage de la gestion des infrastructures et en octroyant à ces dernières une plus grande autonomie décisionnaire. La politique européenne des transports a évolué lentement

¹⁵⁰⁴ SANTOIRE Emmanuelle, DESROCHE Jean et GARCIER Romain, Quelles méthodes d'enquête pour les recherches géo-légales ? Retour d'expérience à partir de la mise en concurrence des concessions hydroélectriques en France, *Annales de géographie* 2020/3-4 (N° 733-734).

¹⁵⁰⁵ SANTOIRE Emmanuelle, Du droit au territoire : enquête sur l'intervention du droit dans les spatialités des systèmes énergétiques (Union européenne, Canada), thèse de doctorat en Géographie soutenue à Lyon le 28 octobre 2021.

¹⁵⁰⁶ Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan par le groupe de travail sur l'avenir des dessertes aériennes régionales, ainsi que sur le fonctionnement du fonds d'investissement des aéroports et du transport aérien (FIATA), Sénat 15 mai 2001.

¹⁵⁰⁷ *Supra*, ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transport, 2007 et DOBRUSZKES, 2007)

et l'année 2011 a marqué un nouveau point de départ¹⁵⁰⁸, la Commission européenne inscrivant parmi ses priorités la relance de la politique européenne des transports dans son livre blanc¹⁵⁰⁹. L'objectif était clairement assumé de poursuivre les actions mises en œuvre pour projet d'un espace unifié à l'horizon 2050. Ce document prévu tous les dix ans était attendu parce qu'il devait répondre à des inquiétudes fortes liées à la crise économique et financière, mais aussi aux « trous d'air » que subissaient les engagements internationaux pour l'environnement, alors que le Protocole de Kyoto venait à échéance en 2012. Dès lors, les ambitions apparaissent particulièrement fortes et se manifestent par un dépassement assumé des seules préoccupations économiques. L'accent original est double, mis avec force avec la protection de l'environnement, déjà rappelée dans une communication quelques jours plus tôt¹⁵¹⁰, et sur la « mobilité continue de porte à porte ». Le transport est donc intrinsèquement lié au principe de mobilité et plus encore de mobilité durable, associant territoire et interopérabilité, « vocabulaire de la technocratie européenne »¹⁵¹¹ qui évoque ce réseau des réseaux allant du rapprochement de plusieurs réseaux au sein d'un même type de mode (aérien, ferroviaire, routier, fluvial notamment) à la volonté d'organiser un véritable réseau intermodal transeuropéen.

1187. L'objectif est bien, pour le droit européen, de développer une politique des transports en lui donnant un écosystème juridique qui doit, par l'émergence de la concurrence durable, permettre l'articulation entre réseaux de transports et territoires sur la base du « trinôme d'interconnexion de Varlet ». Jean VARLET¹⁵¹² évoque les interconnexions par les nœuds et donc qualifie ainsi les interconnexions des réseaux de transports rapides, soit à l'aéroport ou la gare centrale. Ce trinôme est multimodal, voire intermodal (tram-train ou train-avion), il est de toute façon plurimodal et pluritemporel (rapidité sur plus ou moins de dessertes). Mais les incompatibilités qui peuvent apparaître entre les modes de transports, du

¹⁵⁰⁸ GRARD Loïc, Droit européen des transports, 1er janvier - 31 décembre 2011, *Revue trimestrielle de droit européen* 2012 p. 531.

¹⁵⁰⁹ Commission européenne, Livre Blanc, Feuille de route pour un espace européen unique des transports – Vers un système de transport compétitif et économe en ressources, COM(2011) 144 final 28 mars 2011.

¹⁵¹⁰ Communication COM(2011) 112 de la Commission, Feuille de route vers une économie compétitive à faible intensité de carbone à l'horizon 2050, 8 mars 2011.

¹⁵¹¹ MARGAIL Fabienne, De la correspondance à l'interopérabilité : les mots de l'interconnexion, *Flux*, n°25, 1996. pp. 28-35.

¹⁵¹² *Supra*, VARLET Jean, Dynamique des interconnexions des réseaux de transports rapides en Europe : devenir et diffusion spatiale d'un concept géographique, 2000.

fait qu'aucun des opérateurs ne coordonne à lui seul le réseau interconnecté, sont problématiques et exigent que les opérateurs s'organisent. Les offres horaires ne correspondent pas forcément entre avion et train et il peut y avoir renoncement. Le marché peut permettre cette interconnexion par la répartition des offres sur la base de considérations de rentabilité (l'avion cède alors logiquement sa place au train) accentuées par des contraintes écologiques (le train est moins polluant que l'avion). Mais on évoque ici des connexions entre réseaux nationaux, plutôt qu'une véritable interopérabilité. Cette critique n'est pas apparente dans les mots de la Commission européenne en 2013, la Direction générale des Transports ayant publié une brochure intitulée « 20 ans de marché unique, 20 réalisations en matière de transports », ces vingt exemples qui, selon les mots du commissaire aux Transports de 2010 à 2014, Siim KALLAS, « démontrent comment l'Europe rend votre vie plus simple et plus sûre grâce à des transports plus efficaces ».

1188. Dans sa feuille de route « Transports 2050, vers un espace européen unique des transports » la Commission européenne fixe les grands objectifs de l'Union européenne dans le domaine des transports à l'horizon 2050, et propose 40 initiatives à mettre en œuvre d'ici 2020 pour créer un espace européen unique plus concurrentiel, doté d'un réseau de transport parfaitement intégré, qui repose sur l'interconnexion (interopérabilité) des différents modes de transport et permette une mutation profonde des modèles de transport des passagers. Elle ne base plus sa politique sur des préoccupations de mobilité urbaine, mais bien plutôt sur des considérations d'interopérabilité de longue distance. La politique régionale ou métropolitaine de l'accessibilité à l'infrastructure aéroportuaire par train (Bruxelles, Hambourg, Strasbourg ou Vienne), métro (Lisbonne, Londres-Heathrow ou Madrid) ou par tram (Lyon, Nice ou Toulouse).

1189. Pour le transport aérien de passagers, le choix des institutions européennes est de pouvoir répondre à la saturation des grands aéroports mondiaux et de permettre aux États voire aux collectivités locales d'assurer cette cohérence territoriale et de renforcer l'interopérabilité des réseaux. Le sillon ferroviaire ou la liaison aérienne représentent des liens dynamiques entre les villes qu'ils desservent, liens qui sont observés : l'ouverture à la concurrence du marché du transport aérien de passagers faisait craindre que le trafic accentue uniquement les inégalités de départ et renforce l'écart de développement des infrastructures entre les capitales (politique et/ou économiques) des États. Les développements actuels de la

démonopolisation du transport ferroviaire pourraient aussi évoquer cette situation qui au lieu de renforcer la concurrence, ne ferait que substituer les offres et même si l'interopérabilité est effective, il n'y a pas de réelle concurrence. Si l'on peut ainsi parfois constater que le droit de l'UE permet que le train remplace l'avion, cela n'implique pas de fait une réelle concurrence au bénéfice du consommateur prenant le train.

1190. On assiste depuis quelques années, à l'aune des crises que traverse le secteur aérien, non pas à un « Grand soir » révolutionnant le transport aérien de passagers, mais à une série d'avancées. Certes, il importe de rappeler que celles-ci se faisant sous contraintes, elles restent l'objet de critiques quelque peu moralisatrices d'une partie de l'opinion publique face à ce qu'elle voit comme du *green washing*. Mais l'on ne peut négliger que la combinaison « concurrence et complémentarité » entre les modes de transport a transformé l'approche de la mobilité d'une superposition des différents réseaux reflétant la hiérarchie des territoires, à une interpénétration des réseaux par un développement des points d'échange communs, aéroports pivots, gares ferroviaires et routières. **Le droit organise alors clairement les complémentarités géographique et économique, mais doit encore faire prévaloir la loyauté pour envisager les possibles inefficacités de la concurrence**, tel que l'on peut la mettre, classiquement en œuvre. La concurrence durable est cette combinaison de caractéristiques fonctionnelles et de nouvelles considérations, telles que la plurimodalité et la loyauté. La globalisation de la politique des transports comme politique de la mobilité durable conduit à concevoir le droit de la concurrence comme producteur d'espace, en accord avec les apports de la géographie du droit comme de la sociologie du droit, devenant un instrument utile pour une autre thèse sur l'appropriation par les acteurs de la règle de droit, ce qui est ici abordé, sans en faire une analyse globale. Elle ouvre d'abord les marchés nationaux, ce qui conduit à une hiérarchie des espaces et des jeux d'acteurs basés sur la coopération plus que sur la confrontation du fait des spécificités du transport et de chaque mode ensuite.

1191. **La concurrence vient faire naître un besoin d'interconnexion et génère multimodalité et plurimodalité partielle.** Donc nouvel espace qui est aux dimensions du marché intérieur et globalisation de la politique de transport. Cette politique est changée par la spatialité européenne créée par les règles de droit. À son tour la matérialité de la concurrence se trouve modifiée du fait de besoin progressif de répondre à plusieurs objectifs : d'abord construire le MI, puis satisfaire les besoins du consommateur, puis assumer la

transition écologique par la prise en compte des effets environnementaux et sociaux du transport (évolution typique du low cost). La concurrence durable est ainsi produite par le droit de l'espace commun de transport et permet aujourd'hui de constater une concurrence coopérative, planificatrice et permet d'étudier le dernier trait de cette évolution au travers de la notion de loyauté de la concurrence. La concurrence n'est donc pas un état, mais un construit, qui suit les priorités de l'intérêt général jusqu'à générer une norme qui vient directement discipliner le comportement des acteurs pour permettre au marché de fonctionner avec un nouvel équilibre.

Titre 2 : La concurrence loyale pour éviter le déraillement du « système »

1192. Le marché intérieur aérien¹⁵¹³ démonopolisé, puis complété par des orientations parallèles à celles prises dans d'autres modes de transport, a indubitablement permis la démocratisation du transport de passagers, avec plus d'un milliard de passagers transportés en 2018¹⁵¹⁴. En cela, l'« acceptabilité sociale¹⁵¹⁵ » de la concurrence se maintient face à des contestations relatives à un moins disant social ou de concurrence déloyale de compagnies d'États tiers ou de compagnies européennes à bas-coûts, au premier rang desquelles Ryanair. **La compagnie irlandaise, malgré ces critiques plus ou moins militante, cette dernière reste la compagnie aérienne européenne au taux de remplissage de ses avions le plus élevé.** Il est vrai que la notation du service-qualité par les consommateurs, est la plus faible.

1193. Rien ne semble donc réellement troubler le développement continu de ce marché aérien européen, dans lequel les consommateurs semblent accorder leur confiance. En droit français, la loyauté de la concurrence est une dimension importante du droit du marché et découle de la notion même de concurrence, qui doit être libre pour être effective. Il s'agit en

¹⁵¹³ Mentionné par le Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte) et particulièrement le considérant 9 qui évoque que les États membres devraient veiller à la bonne application de la législation sociale communautaire et nationale à l'égard du personnel employé par un transporteur aérien.

¹⁵¹⁴ Le nombre total de passagers aériens transportés a atteint le milliard en 2018, au niveau de l'Union des 27. L'Allemagne est l'État membre de l'Union qui a transporté le plus grand nombre de passagers en 2018 (222 millions), suivie de l'Espagne (221 millions de passagers) et de la France (162 millions de passagers). Ces trois pays, avec l'Italie, ont représenté 58 % de la totalité du transport aérien des 27 États membres.

La moitié du transport aérien de passagers concernait des vols extra-UE-27 (50 %), tandis que le transport national et le transport international intra-UE-27 représentaient respectivement 16 % et 34 % du transport aérien de passagers. Le transport international intra-UE-27 prédomine dans la plupart des pays, avec des parts comprises entre 37 % pour la France et 76 % pour le Luxembourg. Source: Eurostat (avia_paoc)

¹⁵¹⁵ *Supra*, RIEM Fabrice, Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil, 2008.

quelque sorte d'éviter par cette notion un usage abusif de la liberté de concurrence. En droit de l'UE, la loyauté de la concurrence n'était pas une question juridique ; seule la loyauté des transactions commerciales est, depuis la jurisprudence Cassis de Dijon, un objectif d'intérêt général digne de protection. Le marché intérieur est pourtant confronté à la gestion de ses dépendances. La crise sanitaire a opéré comme un accélérateur d'une prise en compte de celles-ci comme autant de vulnérabilités. La question de la confiance dans le fonctionnement d'un marché rejoint alors inmanquablement celle de la loyauté. Ces deux notions se rejoignent dans les enseignements de la théorie économique néoclassique¹⁵¹⁶ comme relevant de l'économie expérimentale¹⁵¹⁷. La régulation du secteur aérien a utilisé cette notion de loyauté pour potentialiser la concurrence issue de la libéralisation. Cette notion vient jouer comme un contrepoids pour garantir que le jeu concurrentiel soit possible ou du moins crédible, y compris de la part de compagnies d'Etat tiers, pour légitimer que l'ouverture des marchés nationaux se fasse bien au bénéfice des consommateurs et de la société européenne dans son ensemble.

1194. Dans le sens commun, il est possible de retenir qu'est loyal celui « qui obéit aux lois de l'honneur et de la probité », la loyauté étant la « fidélité à tenir ses engagements »¹⁵¹⁸. Le respect des règles de l'honneur et de la probité apparaît comme une caractéristique commune dans la plupart des définitions proposées du terme « loyal ». Ainsi, dans la relation contractuelle, « La bonne foi [...] indispensable au bon fonctionnement de la procédure contractuelle afin d'assurer une certaine équivalence des prestations [amène à ce que] manquer à la loyauté qui doit présider aux relations contractuelles [serait] manquer à la bonne foi »¹⁵¹⁹. On peut envisager une transposition aux relations commerciales concurrentes entre compagnies aériennes même si toute la difficulté de cette notion appliquée dans le droit de l'UE réside dans ce qu'elle est érigée en principe protecteur des compagnies aériennes « bonnes élèves » face aux autres, qui abuseraient en quelque sorte de la concurrence. A ce titre, la loyauté deviendrait un outil de protection de la concurrence en empêchant celle-ci de

¹⁵¹⁶ L'importance économique et sociale de la confiance interpersonnelle a été soulignée pour la première fois parmi les économistes par Kenneth Arrow (*The Limits of Organization*, W. W Norton & Company, 1974), pour qui la confiance est une « institution invisible » parmi d'autres « principes d'éthique et de moralité » cité par LAURENT Éloi, *Économie de la confiance, La Découverte*, 2019.

¹⁵¹⁷ EBER Nicolas, *Le dilemme du prisonnier, La Découverte*, 2006.

¹⁵¹⁸ Dictionnaire Robert.

¹⁵¹⁹ GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire et SERINET Yves-Marie *La formation du contrat : le contrat, le consentement, L.G.D.J*, 4e édition, 2013.

devenir excessive¹⁵²⁰. Cependant, ce principe de la loyauté conduit, aussi, à introduire une dimension morale dans l'appréhension des comportements des opérateurs juridiques, ce que le droit envisage avec plus de difficultés. Car, si la démonopolisation du transport aérien de passagers n'a jamais été vraiment remise en cause, il semble bien que depuis le début des années 2010, les considérations environnementales, sociales et fiscales reviennent régulièrement, sous couvert de loyauté, poser la question de sa durabilité. La concurrence serait alors durable si et seulement si elle assure un *level-playing field* loyal aux entreprises soumises aux exigences de la protection sociale et environnementale. La loyauté vient agir dans ce sens comme marché nécessaire pour accéder à un marché aux conditions européennes élevées de protection sociale et de l'environnement et impliquant de ce fait une égalisation des positions concurrentielles.

1195. Le traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne, mentionne par deux fois le principe de « coopération loyale¹⁵²¹ ». Avant, le terme de loyauté n'apparaissait de manière explicite qu'à deux reprises dans les traités, sans être évoqué comme un principe. Il s'agissait dans le préambule du traité CE, de la mention portant « l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence », puis dans l'article 11, § 2 du traité UE, concernant le deuxième pilier, « politique étrangère et de sécurité commune ». Dans ce cadre, « Les États membres appuient activement et sans réserve la politique extérieure et de sécurité de l'Union dans un esprit de loyauté et de solidarité mutuelle », comme un élément de la fidélité¹⁵²² envers l'Union et ses principes généraux de droit. L'esprit de loyauté demeure à côté du principe de loyauté exprimé comme principe de coopération. **Ce n'est pourtant pas dans ce sens qu'il devient de plus en plus visible pour discipliner la concurrence.** Dans le dialogue annuel interinstitutionnel, notamment lors de la publication du rapport sur la politique de concurrence, la Commission européenne et le Parlement européen¹⁵²³ se rejoignent dans leurs préoccupations portant sur les aides d'État

¹⁵²⁰ BOUNIOL Romain, Loyauté et concurrence, Colloque Droit et loyauté de l'Université d'Avignon, 10 octobre 2014, *Dalloz*, 2015.

¹⁵²¹ Articles 4 §3 et 13 §2 du Traité sur l'Union européenne, version consolidée du 26 octobre 2012.

¹⁵²² MAGNON Xavier, La loyauté dans le droit institutionnel de l'Union européenne, publication Université de Toulouse 1 Capitole avant publication à la Revue des affaires européennes, n°2, 2011.

¹⁵²³ Nous évoquerons notamment les derniers rapports (2016 à 2019) ayant fait l'objet d'une Communication et de résolution du Parlement.

contribuant indirectement à une harmonisation de l'intervention publique et la nécessaire révision du règlement (CE) n° 868/2004 « subventions et les pratiques tarifaires déloyales ». Il s'agissait pour les institutions, peu de temps avant la pandémie de COVID-19, de prendre la mesure de la montée en puissance de compagnies tierces, principalement issues de pays du Golfe persique et d'affirmer la volonté de préserver une concurrence loyale face à cette concurrence venue de l'ailleurs de l'Union.

1196. **Cela impliquait de garantir la réciprocité et d'éliminer les pratiques déloyales dans les transports, pour maintenir l'intégrité de l'espace aérien européen.** Le Parlement invitait par exemple « la Commission à examiner les accords aériens bilatéraux entre les États membres et les pays tiers en vue de garantir une concurrence loyale ». Cette commune volonté de mieux intégrer l'objectif de loyauté dans le fonctionnement du marché aérien a partiellement abouti, avec le nouveau règlement sur la concurrence dans le domaine des transports¹⁵²⁴. En complément de la « législation appropriée de l'Union, telle que le règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil [créneaux aéroportuaires] et la directive n° 96/67/CE du Conseil [marché de l'assistance en escale] », il fallait pallier

« [l'inefficacité du] règlement (CE) n° 868/2004 au regard de son objectif général sous-jacent de concurrence loyale. Ce fut notamment le cas de certaines de ses règles relatives à la définition des pratiques concernées, autres que les subventions, et aux exigences relatives à l'ouverture et à la conduite des enquêtes. En outre, le règlement (CE) n° 868/2004 a échoué à apporter une complémentarité avec les accords de transport aérien ou de services aériens auxquels l'Union est partie »¹⁵²⁵.

1197. La loyauté de la concurrence est donc sous-jacente au marché intérieur des transports et elle devient un principe émergent du droit des transports aériens au fur et mesure des crises qu'affronte le marché aérien européen et l'Union dans son ensemble. Les volontés diverses, exprimées par les compagnies aériennes, font écho au discours des institutions régulatrices, pour accentuer la dimension loyale de la concurrence. Ce concept, essentiellement moral¹⁵²⁶, souffre donc d'un défaut de définition juridique alors qu'elle est invoquée régulièrement comme objectif et qu'elle nous apparaît comme tel fondamental, parce qu'élément constitutif de la concurrence durable. Ensemble hétérodoxe d'éléments, la

¹⁵²⁴ Règlement (UE) n°2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n° 868/2004.

¹⁵²⁵ considérant 8 du règlement *supra*.

¹⁵²⁶ MADDALON Philippe, BAROU des PLACES Ségolène, HERNU Rému (dir.), *Morale(s) et droits européens, Pédone, Collection Cahiers européens*, n°8, 2015, pp. 3-6 et pp. 125-136.

concurrence loyale renvoie autant à des conduites personnelles et dans les contrats¹⁵²⁷ qu'à un constat de concurrence entre les systèmes normatifs nationaux relevant du droit du travail, fiscal ou des politiques environnementales. La concurrence loyale en proposant un cadre au dogme « libéral »¹⁵²⁸, envisage autant le respect de la légalité que l'honnêteté dans les comportements. Elle participe, de ce fait, d'une place centrale faite au consommateur que l'on souhaite tout autant acteur du marché que citoyen-sentinelle. **Appliquée à notre secteur d'étude, la loyauté devient le canevas juridique d'explicitation des critiques portant tant sur les comportements des compagnies aériennes d'État tiers, que sur les pratiques d'optimisation fiscale et/ou sociale des entreprises européennes.** En tant que telle, elle est envisagée dans les accords internationaux établissant des droits de trafic aérien¹⁵²⁹, devenant par son association avec l'exigence de traitement équitable, une condition à la conclusion de tels accords, dans la ligne juridique fixée par la Cour en 2002¹⁵³⁰. La juridiction ne mentionnait pas la loyauté à cette époque, mais la nécessité de lutter contre toutes les discriminations, même celles rendant excessivement difficile la pénétration des compagnies européennes sur le marché américain. **La loyauté apparaît donc explicitement plus tard.**

1198. Cela fut le cas dès 2005 dans une communication de la Commission¹⁵³¹, à la suite des arrêts « ciel ouvert », puis réaffirmée par la Commission JUNCKER en 2015¹⁵³² qui avait fait de la loyauté une de ces dix orientations de son discours programmatique. Depuis, la

¹⁵²⁷ Actes du Séminaire du 17 juin 2011, de l'Ecole Doctorale de la Faculté de Droit, sous la direction de Monsieur le Professeur Franck BOUSCAU, La loyauté : de la règle morale au principe juridique, *Revue juridique de l'Ouest*, 2012-3. pp. 327-342.

¹⁵²⁸ DEVOLUY Michel, conférence « Où va l'Europe ? » 26/10/16 : objectif libéral, mais sans gouvernement politique pour un cadre économique, tentative de penser, de se persuader, que c'est de l'ordolibéralisme.

¹⁵²⁹ Décision n°2007/339/CE du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part.

¹⁵³⁰ « Sur la violation du droit d'établissement, la Cour constate que, selon la clause relative à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes, les États-Unis ont, en principe, l'obligation d'accorder les droits prévus par les accords aux transporteurs contrôlés par l'État membre avec lequel ils ont conclu l'accord et la possibilité de refuser ces droits aux transporteurs contrôlés par d'autres États membres établis dans cet État membre. Il s'agit d'une discrimination qui empêche les transporteurs aériens des autres États membres de bénéficier du traitement national dans l'État membre d'accueil ce qui est interdit par les règles communautaires relatives au droit d'établissement. », Arrêts de la Cour dans les affaires C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 et C-476/98, *Commission c/ Royaume-Uni, Danemark, Suède, Finlande, Belgique, Luxembourg, Autriche, Allemagne* du 5 novembre 2002, *supra*.

¹⁵³¹ Communication de la Commission du 11 mars 2005 « Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté » [COM(2005) 79]

¹⁵³² Communiqué de presse du 7 décembre 2015, une nouvelle stratégie de l'aviation pour l'Europe, IP/15/6144

révision du Règlement (CE) n° 868/2004 « subventions et les pratiques tarifaires déloyales » par le Règlement (UE) n° 2019/712 « préserver de la concurrence dans le domaine du transport aérien », la perspective de passer d'une simple prise en compte par les autorités de cette dimension loyale, à une effectivité la plus large possible de cette notion comme principe d'organisation du marché apparaît plus explicitement.

1199. La libéralisation du commerce mondial a pu également entraîner une mise en concurrence des systèmes juridiques, tant entre les pays tiers qu'au sein même d'un groupe de pays ayant pour objectif une harmonisation juridique. En laissant aux destinataires des règles, et en particulier les opérateurs économiques, la possibilité d'optimiser leur rattachement à un système juridique et donc leur soumission à un corpus normatif donné, la mondialisation a créé « un marché global du droit »¹⁵³³. Au sein de l'Union européenne, cette concurrence des systèmes juridiques, pour inévitable qu'elle puisse apparaître dans le fonctionnement d'un marché unifié, peut être au moins atténuée. L'intégration européenne vise en effet la libéralisation des échanges en créant un espace sans frontières à l'intérieur duquel les personnes, les services, les biens et les capitaux doivent pouvoir circuler sans restriction et discrimination. Mais tant les pratiques d'optimisation fiscale que sociale, suscitées par cette concurrence entre les systèmes juridiques européens, que les doutes récurrents sur la tarification opérée par les compagnies d'États tiers, révèlent une nécessité évidente d'une action commune à l'échelle du marché aérien européen. L'Union doit donc légiférer pour garantir la dimension loyale de la concurrence, de manière à préserver son propre système de droit et de prestation de services de transport. Il en va de même pour le Pacte vert européen et la nécessaire lutte contre l'optimisation environnementale qui mène aux fuites de carbone entre États et surtout dans des États tiers. Les efforts pour verdir les flottes aériennes face à la remise en cause de ce mode de transport tendent à se généraliser à l'ensemble des compagnies aériennes mondiales, les règles de protection de l'environnement s'appliquant à un territoire desservi et, en tant que telles, s'imposent à tout opérateur aérien qui souhaite y développer une offre commerciale.

1200. Le contexte marqué par la sortie, tant aléatoire que progressive, de la pandémie du SARS-CoV-2 amène à un développement prospectif envisageant les suites à donner à la

¹⁵³³La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne : actes du colloque, Université Jean Moulin Lyon 3, 19-20 novembre 2015.

suspension brutale et quasi totale des transports collectifs, aérien comme ferroviaire. Il s'agit de comprendre, ou de tenter de le faire, ce que peut apporter une loyauté globale dans la régulation des transports ou plus exactement dans la résilience des transports, envisagée comme une capacité de ce secteur à faire face à de nouvelles restrictions dans les vols depuis ou à destination de l'Union par une transformation de son cadre réglementaire et de ses pratiques commerciales. La compétitivité du transport aérien, secteur économique en croissance confrontée régulièrement à de nombreux défis, repose sur plusieurs parties prenantes. Que cela soit les États ou l'Union, elle englobe aussi les prestataires de navigation aérienne incluant compagnies aériennes et aéroports. On constate que la puissance publique intervient dans ce secteur avec des objectifs contradictoires liés à ses multiples fonctions. Il s'agit autant d'accompagner la complémentarité des modes de transport et préserver la connectivité des territoires, que de garantir la loyauté de la concurrence et de lutter contre le *dumping* social. Les actions menées le sont encore à ce stade sans logique d'ensemble ni stratégie internationale. Cette désorganisation relative est accentuée par l'absence d'un cadre international qui régit les conditions de la concurrence entre les transporteurs aériens et induit des différences d'un pays à l'autre dans les pratiques concernant le traitement des transporteurs aériens qui peuvent affecter les conditions de la concurrence. Ainsi, le législateur européen regrettait en mai 2019 que

« les principes de concurrence loyale n'ont pas encore été définis au moyen de règles multilatérales spécifiques, en particulier dans le cadre de l'OACI ou des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), tels que l'accord général sur le commerce des services (AGCS) et son annexe sur les services de transport aérien, dont le champ d'application exclut, dans une large mesure, les services de transport aérien »¹⁵³⁴

1201. C'est pourquoi la Commission rappelle, à l'unisson des transporteurs européens, qu'à l'intérieur de l'Union, les règles de l'UE font en sorte que tous les transporteurs, européens et non européens, bénéficient des mêmes droits et des mêmes possibilités d'accès aux services liés au transport aérien. Cette vision porte en elle la loyauté comme un facteur endogène de concurrence sur le marché des transports aériens (Chapitre 1). C'est pour protéger cet ensemble normatif que le droit de l'Union, par des effets d'extraterritorialité,

¹⁵³⁴ 5^e considérant du Règlement (UE) n° 2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n° 868/2004.

tente de rééquilibrer la concurrence entre compagnies aériennes sur sa façade extérieure par le respect du principe de loyauté (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La loyauté, facteur endogène de concurrence : une nouvelle perspective de régulation du secteur aérien de passagers

1202. La pression environnementale et sociale pour un transport « vert » et socialement responsable amène à la recherche d'une nouvelle gouvernance basée sur le principe de loyauté¹⁵³⁵. En ce sens, elle rejoint quelque peu la politique de conformité, au sens de *compliance*¹⁵³⁶, qui tendrait à « internaliser dans les entreprises, l'obligation de concrétiser des buts d'intérêt général fixés par des Autorités publiques »¹⁵³⁷. Il s'agit d' « une démarche éthique »¹⁵³⁸ qui favorise un fonctionnement concurrentiel libre et non faussé de l'économie et qui permet, pour les entreprises, une gestion optimisée des risques, qu'ils soient financiers ou réputationnels. Il peut aussi s'agir, à partir d'une logique proche de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)¹⁵³⁹, de prendre en compte les mérites de chaque agent, aussi et dans le même temps, d'envisager plus largement la libre concurrence face à un risque de passager clandestin qu'un décalage entre les valeurs¹⁵⁴⁰ ne saurait manquer de susciter, dans les

¹⁵³⁵ BLOUD-REY Céline, Loyauté et pratiques anticoncurrentielles, antinomie ? *Petites affiches*, n°234 du 24 novembre 2011, page 20.

¹⁵³⁶ Déjà évoqué dans une affaire ancienne arrêt de la CJCE du 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés européennes* dans l'affaire 136/79 qui évoquait « le réflexe de l'enquête interne pour reprendre les termes de Jean-Christophe RODA, in Frison-Roche, M.-A. (dir.), La juridictionnalisation de la Compliance, série Régulations & Compliance, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et *Dalloz*, à paraître.

¹⁵³⁷ FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Le Droit de la Compliance*, Working Paper, 2016, <http://mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance/> et FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, série Régulations & Compliance, *Dalloz*, 2019, 124 pages.

¹⁵³⁸ Autorité de la concurrence, Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-publique-un-nouveau-document-cadre-sur-les-programmes-de-conformite> - Consulté le 28 mai 2022.

¹⁵³⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité économique et social européen, *Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises* /* COM/2006/0136 final */ : « La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ».

¹⁵⁴⁰ FRISON-ROCHE Marie-Anne, Les buts monumentaux de la compliance, in : *Les outils de la Compliance*, série "Régulations & Compliance", *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et *Dalloz*, 2021, 323 p.

conséquences de l'activité économique sur la société et, plus exclusivement, sur un marché donné.

1203. L'évolution des normes de RSE renforce l'obligation des entreprises d'une certaine taille d'établir chaque année un rapport dit extrafinancier, ce qui les contraint à évaluer leur politique économique au regard des objectifs sociaux et environnementaux qu'elle se fixe. Ainsi, à l'exemple du groupe Air France qui publiait en 2019 son rapport annuel de développement durable dans lequel sont présentés le bilan, les engagements ainsi que l'ensemble des actions mises en place pour sa transition durable. Le groupe franco-néerlandais y présentait l'objectif de réduire de 50 % ses émissions de CO² par passager-kilomètre d'ici à 2030. Pour cela, Air France-KLM comptait sur l'entrée dans sa flotte d'avions de nouvelle génération, ses innovations en matière d'écopilotage ou encore l'utilisation progressive de carburants alternatifs.

1204. La crise de la COVID a remis cette exigence de durabilité au premier plan des préoccupations des constructeurs d'avions comme des entreprises de service de transport aérien de passagers. Ainsi, lors du sommet de l'aviation réuni à Toulouse en février 2021, les ministres des Transports et les directeurs généraux de l'aviation civile des 27 États membres, ainsi que des représentants de la Commission européenne, du Parlement européen et des opérateurs du transport aérien, se sont engagés sur « la résilience du transport aérien face à la crise sanitaire et sur sa décarbonation, ainsi que sur l'articulation de ces enjeux sur le plan technologique et sur le plan social »¹⁵⁴¹, évoquant notamment la question de la propulsion avec des carburants alternatifs jusqu'au défi technologique de l'hydrogène¹⁵⁴² portant, dans l'immédiat, sur les auxiliaires de puissance des avions lors du décollage, ou les systèmes de roulage pour quitter ou atteindre l'emplacement de parking.

1205. Le droit incorpore ainsi dans l'activité économique ces conséquences sociales et environnementales dans la démarche RSE. Dans le droit européen de l'aviation, elle prend le plus souvent la forme de la protection de la loyauté des transactions commerciales pour appréhender non pas la responsabilité de l'entreprise sur le plan sociétal, mais celle de maintenir un système de concurrence effectif et viable pour les opérateurs européens. Il

¹⁵⁴¹ Commission européenne, VALEAN Adina, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_22_822, Sommet de l'aviation, Toulouse, 4 février 2022.

¹⁵⁴² <https://www.airbus.com/en/innovation/zero-emission/hydrogen/zeroe> – Consulté le 12 février 2022.

s'agirait ici d'envisager, de fait, une réobjectivation de la concurrence. Le droit de l'UE saisit ce phénomène au travers du concept de loyauté. L'arrêt dit « Cassis de Dijon »¹⁵⁴³ évoquait déjà la loyauté des transactions commerciales comme objectif d'intérêt général de nature à primer sur le principe de libre circulation des marchandises. La loyauté vient, dans le secteur aérien, équilibrer le développement de la concurrence pour en renforcer la durabilité.

1206. Le secteur aérien de passagers a perdu, en 2004, une partie de sa spécificité,¹⁵⁴⁴ mais il n'en reste pas moins régulé de manière tout à fait singulière. Sans prise en charge par une institution de régulation sectorielle comme pour le secteur de l'énergie ou des télécommunications, le secteur du transport relève d'une autorité qui n'envisage « que » la tarification (péage du sillon ferroviaire ou taxes aéroportuaires), mais qui laisse à la « corporation » le soin de l'attribution des créneaux aéroportuaires, renvoyant à un traitement équitable des agents, pour correspondre à cette nécessité de loyauté. Cela impose de prendre en compte l'ensemble des situations et d'envisager la dimension hétéroclite de la déclinaison du principe de loyauté dans le transport aérien. D'autant plus que les objectifs de l'Union sont encore parfois contradictoires, alors que le Pacte Vert / *Green deal* sert de boussole aux institutions. La loyauté, dès lors, doit devenir un facteur endogène de la concurrence, en intégrant dans le secteur aérien un ensemble de trois dimensions. Il s'agit ainsi de prendre en compte les constats national¹⁵⁴⁵ comme européen¹⁵⁴⁶ qui convergent vers une nécessité économique et politique d'assurer une plus grande concurrence loyale. Cela passera dans un premier temps par la définir tant elle n'est envisagée que par la prohibition de pratiques qui ne sont pas loyales. L'objectif est bien d'éliminer certains comportements pour encadrer, ou recadrer, la concurrence en permettant à la règle de droit de saisir tous les rapports de force entre opérateurs (Section 1). Par ailleurs, le concept de loyauté éclaire différemment les défaillances du système, potentiellement sources de concurrence déloyale parce que sont ainsi pérennisés des cloisonnements de marché préjudiciables au

¹⁵⁴³ Arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire C-120/78, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, dit *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42.

¹⁵⁴⁴ On peut lire une approche plus nuancée avec PAPY Romain, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 2011, *supra*.

¹⁵⁴⁵ Cour des Comptes, *L'État et la compétitivité du transport aérien, Un rôle complexe, une stratégie à élaborer*, Communication à la commission des finances du Sénat, Septembre 2016.

¹⁵⁴⁶ Commission européenne, *Aviation internationale : une chance pour la croissance et l'emploi dans le secteur de l'aviation de l'UE*, MEMO/15/6145 du 7 décembre 2015.

développement du ciel européen. La loyauté permettrait alors bien de réobjectiver la concurrence dans le transport aérien (Section 2). Enfin, l'affirmation forte des contreparties environnementales dans la mobilité comme dans les aides publiques attribuées du fait de la pandémie à COVID-19 amène à élargir le champ d'application de la loyauté pour en faire un contrepoint de la libre concurrence (Section 3).

Section 1 – La loyauté ambitionne de recadrer la concurrence

1207. L'ouverture à la concurrence des industries de réseaux s'est réalisée en séparant les différents maillons industriels. Dans notre champ d'études, la démonopolisation et la désétatisation, même partielle, a pu avoir les effets attendus de la régulation symétrique¹⁵⁴⁷, qui donne à tous les participants d'un marché les mêmes règles pour se concurrencer et réaliser leur activité. Chacun d'eux doit recevoir les mêmes signaux de prix et tous se doivent de respecter les mêmes obligations et contraintes. La concurrence vient de cette égalisation des conditions d'accès au marché et d'exercice de la prestation de services, dans la droite ligne du droit du marché intérieur. Mais, à l'instar des études sur d'autres industries de réseau, comme le secteur de l'énergie¹⁵⁴⁸, le manque de liquidité des compagnies aériennes, la saturation des infrastructures de transport, le délai de mise en place de nouvelles infrastructures, la concentration de l'amont ou encore l'efficacité des opérateurs en place ont pu faire émerger une volonté d'une nouvelle approche pour réduire certaines positions dominantes particulièrement préjudiciables parce que maintenant des cloisonnements de marché¹⁵⁴⁹.

1208. **Une loyauté implicite existe, par ce biais, au sein du droit de la concurrence, reposant sur une exigence économique.** C'est l'objet de la régulation asymétrique cette fois qui se définit comme des règles édictées par le régulateur et qui ne s'applique qu'à un ou plusieurs opérateurs. L'objectif de ces mesures est de promouvoir la concurrence sur le marché final en augmentant le nombre d'opérateurs actifs dans le secteur et de permettre ainsi à tous de poursuivre ses objectifs sur le marché. Même si l'application de cette régulation

¹⁵⁴⁷ SCHANKERMAN Mark, Symmetric regulation for competitive telecommunications, *Information Economics and Policy*, 1996, vol. 8, issue 1, 3-23.

¹⁵⁴⁸ PERCEBOIS Jacques, Ouverture à la concurrence et régulation des industries de réseaux : le cas du gaz et de l'électricité, *Économie publique/Public economics*, 12 2003/1, <https://doi.org/10.4000/economiepublique.348>

¹⁵⁴⁹ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence interne et européen, *Armand Colin*, 8e édition 2019 n°480.

asymétrique est plutôt le fait des marchés de fournitures d'énergie¹⁵⁵⁰ ou de télécommunication¹⁵⁵¹, il est probable que cette démarche s'étende au transport aérien de passagers¹⁵⁵² si le marché continue sa consolidation, phénomène que les conséquences de la pandémie pourraient accentuer. L'ouverture du transport aérien de passagers à la concurrence fut très régulièrement analysée par le législateur sous l'angle du pouvoir de marché des aéroports, le plus souvent pour le craindre en appliquant les indications de la science économique sur la gestion des infrastructures essentielles. La loyauté y apparaît comme contrepartie de la pression concurrentielle (§1). Tout aussi souvent, il s'est agi de pointer que les aéroports autres que le point d'accès continental, ne sont pas en mesure de résister aux pressions commerciales et financières des compagnies aériennes à bas coûts. La loyauté vient alors maintenir une offre équilibrée de transports en termes d'offre de prix comme en termes de services (§2).

1209. Mais cette réforme d'ampleur n'a pas écarté la relation ambivalente entre compagnies aériennes et aéroports portant principalement sur les redevances aéroportuaires, révélant que la loyauté tente de contrebalancer les effets de la concurrence dans la négociation des redevances aéroportuaires (§3).

§ 1 – Le maintien d'un équilibre entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroports

1210. La relation systémique entre compagnies aériennes et gestionnaires aéroportuaires peut laisser à penser qu'elle offre un pouvoir de marché aux seuls gestionnaires d'aéroports, en tant que titulaires de cette facilité essentielle. Cette alliance de fait repose tant sur la nécessité d'accueillir un maximum de compagnies offrant une multitude de choix de destinations que de s'identifier, pour une compagnie aérienne, à une infrastructure aéroportuaire comme assurant le service d'une porte d'entrée sur un territoire. Dès lors cette

¹⁵⁵⁰ CLASTRES Cédric, La régulation asymétrique : un mécanisme de financement des coûts échoués irrécupérables, *Revue d'économie politique*, vol. 126, n°1 2016 pp 89-126, 2016, <https://doi.org/10.3917/redp.261.0089>.

¹⁵⁵¹ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques [notifiée sous le numéro C(2007) 5406].

¹⁵⁵² *Supra*, MARTY Frédéric, Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes, 2012.

relation  tourne le plus souvent à une interdépendance entre ces deux opérateurs (A), qui se caractérise aussi par la concurrence entre aéroports, est aussi source de rapport de force que la perspective d'intégration verticale peut renforcer (B).

A – L'interdépendance des relations entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroport

1211. C'est dans ce contexte que s'inscrit la réforme du contrôle des gestionnaires d'aéroports intervenue en France au début de la décennie 2000¹⁵⁵³ et poursuivie en 2015¹⁵⁵⁴. Cette réforme avait pour objectif de faciliter l'adaptation des opérateurs aéroportuaires à l'environnement commercial issu de la libéralisation du marché. En cela, elle est un exemple éclairant des conséquences de l'ouverture à la concurrence quant à la question des relations loyales entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroport. Elle fut l'occasion d'aligner les conditions de ce marché sur les autres modes de gestion des États membres, tout en maintenant une distinction importante avec son principal concurrent, l'Allemagne dont les redevances aéroportuaires sont faibles, car le financement des infrastructures relève d'une imposition générale. Cette réforme est marquée par trois étapes, la décentralisation en 2003 des quatre aéroports commerciaux corses au profit de la Collectivité territoriale de Corse, par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, qui a décentralisé la gestion de 150 aéroports locaux aux collectivités ou à leurs groupements¹⁵⁵⁵, et enfin la loi du 20 avril 2005 relative aux Aéroports, transformants Aéroports de Paris (ADP) en société anonyme. Ce vaste chantier de réorganisation de la gestion de l'offre et de renouvellement des stratégies aéroportuaires a abouti à la possibilité, pour les aéroports régionaux exclus de la décentralisation, d'être transférés à des sociétés aéroportuaires spécialement constituées¹⁵⁵⁶. Ainsi, comme l'a souligné la Cour des comptes, synthétisant les avis des

¹⁵⁵³ L'article 7 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, dorénavant codifié aux articles L. 6322-1 à 4 du code des transports, a mis en place un cadre permettant une réforme du mode de gestion des grands aéroports régionaux de l'État, qui étaient gérés de longue date par les chambres de commerce et d'industrie compétentes, dans le cadre de concessions attribuées par l'État.

¹⁵⁵⁴ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

¹⁵⁵⁵ L'article 28 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, JO du 17 août 2004 et décret n°2007- 1615 du 15 novembre 2007 publié JO du 17 novembre 2007 et arrêté du 3 décembre 2007 publié au JO du 22 décembre 2007. Au terme de cette décentralisation, dix-neuf aéroports ont été transférés aux régions, vingt-neuf aux départements, soixante et un à des groupements de communes et quarante et un à des communes.

¹⁵⁵⁶ *Supra*, L'article 7 de la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

Chambres de commerce et d'industrie, « le bénéfice le plus attendu est celui qui pourra résulter des rapprochements et alliances entre gestionnaires d'aéroports, rendus possibles pour les sociétés aéroportuaires et pour les aéroports décentralisés »¹⁵⁵⁷

1212. L'analyse de l'offre aéroportuaire, même si elle peut différer selon les observateurs, recouvre cinq catégories¹⁵⁵⁸, réduite à trois par la loi de 2010¹⁵⁵⁹, laquelle n'envisage que les infrastructures assurant des vols à longue distance, permet le même constat. La diversité de tailles entre les plateformes est une des caractéristiques du paysage aéroportuaire en France, même si la loi NOTRe de 2015 en a réduit fortement l'ampleur, la nouvelle définition géographique des régions amenant celles-ci à redéfinir l'offre aéroportuaire. Ainsi, la DGAC¹⁵⁶⁰ distingue deux premiers groupes composés des grands aéroports régionaux de l'État (neuf aéroports) et d'outre-mer (six), le troisième, des aéroports moyens de plus de 400 000 passagers par an (quatorze), le quatrième, des aéroports intermédiaires avec plus de 85 000 passagers (quinze) et enfin le cinquième est constitué des autres aéroports qui excèdent 500 passagers (quarante-quatre aéroports). Les aéroports relevant d'Aéroport de Paris, n'étant pas inclus dans ce classement, constituent un sixième groupe et dernier groupe. Le législateur avait, plus synthétiquement, évoqué les trois aéroports relevant d'Aéroport de Paris, un deuxième ensemble qui regroupe les aéroports d'intérêt national et international en recevant plus d'un million de passagers par an, et enfin, une dernière catégorie avec ceux qui ont un intérêt local en recevant moins d'un million de passagers par an. D'un classement à l'autre, un point fondamental apparaît. L'asymétrie entre aéroports forts et faibles constitue un élément récurrent dans les stratégies des acteurs, car elle conforte la perspective que les petits aéroports doivent rééquilibrer significativement leur pouvoir de négociation vis-à-vis des transporteurs en s'associant avec des aéroports plus importants. Pour permettre aux petits aéroports de perdurer, il faut donc maintenir une loyauté entre eux et les transporteurs. **Pour ce faire, la concurrence est rééquilibrée, comme redessinée par les politiques publiques.**

1213. Mais il ne semble pas que, de ce point de vue, la réforme a eu des effets sur le développement de la coopération aéroportuaire, car elle ne modifie pas le rapport entre

¹⁵⁵⁷ Rapport public thématique de la Cour des comptes, Les aéroports français face aux mutations du transport aérien, le 8 juillet 2008.

¹⁵⁵⁸ Article R222-5 du Code de l'aviation civile.

¹⁵⁵⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

¹⁵⁶⁰ Ministère chargé des Transports, DGAC, Activité des aéroports français, Rapport, 2009.

aéroports et compagnies aériennes. Les différences de taille entre aéroports et leurs conséquences sur la relation avec les compagnies aériennes n'inciteront pas aux regroupements tels que le préconisait la Cour des comptes. En outre, ces différences de taille peuvent constituer, au sein d'un partenariat entre deux ou plusieurs aéroports, un motif de défection de l'aéroport dominant qui voudrait profiter de l'effet d'opportunité d'un « cheval de Troie », qu'un aéroport de moindre taille pourrait vouloir mettre en place. La logique d'interdépendance des relations entre les opérateurs aéroportuaires et aériens n'est ainsi pas bouleversée par les tentatives de la puissance publique. Outre leur forte hiérarchisation, la France se caractérise également par un nombre important d'aéroports secondaires, avec comme corollaire des *hinterlands* de petite taille et un faible trafic commercial. Si la libéralisation a favorisé la concurrence entre transporteurs au niveau européen, sur le marché français, elle y est encore faible et l'arrivée des compagnies *low cost* commence seulement à changer les choses. Cette situation résulte de la position dominante d'Air France qui a bénéficié du soutien des pouvoirs publics, faisant que l'on est « passé d'une exclusivité à un monopole de fait »¹⁵⁶¹. Dans la plupart des cas, cet éclatement de l'offre affaiblit le pouvoir de négociation et nuit à la rentabilité des plateformes. Malgré ces situations de concurrence inefficace et coûteuse, le législateur n'a rien changé puisqu'aucun aéroport n'a été fermé, préférant laisser la décision aux acteurs locaux, ceux-ci étant fort enclins à ne pas nuire aux objectifs d'accessibilité territoriale. Ce rapport de force que nous devons appréhender pose de manière accrue la question de l'accès loyal à l'infrastructure aéroportuaire. Cet accès loyal naît d'une part, des caractéristiques mêmes de ce marché, d'autre part de la concurrence que se livrent les compagnies aériennes à partir de l'argument de la substituabilité des offres aéroportuaires.

1214. L'application d'un modèle biface au marché du transport aérien de passagers permet l'appréhension des relations entre opérateurs. Il s'explique par le fait que les revenus de l'aéroport ont deux origines¹⁵⁶² : le produit des redevances versées par les compagnies aériennes en rémunération des services utilisés et les recettes commerciales (parkings, loyers des sous-concessions des espaces commerciaux...). Le modèle des marchés bifaces,

¹⁵⁶¹ *Supra*, DOBRUSZKES Frédéric, Pouvoirs publics, libéralisation du transport aérien et desserte des territoires – L'exemple européen, 2008

¹⁵⁶² MALAVOLTI Estelle, Problèmes d'implémentation de la Politique de Concurrence. Economies et finances. Toulouse School of Economics, 2018.

initialement développé pour les plateformes d'intermédiation, notamment électroniques,¹⁵⁶³ est communément utilisé désormais pour expliquer le fonctionnement des plateformes numériques. À l'image de cette autre industrie de réseau, une plateforme aéroportuaire est dite biface, car les effets externes de réseau qu'elle génère entre les participants, connectent les consommateurs de transport aérien et les utilisateurs d'infrastructures aéroportuaires. Il en ressort une création de valeur lors des phases d'attente d'embarquement ou de transit, via les boutiques et autres services aéroportuaires. Enfin, cet environnement commercial et de qualité des infrastructures initie un trafic aérien en conséquence, les compagnies aériennes pouvant faire mention d'une « expérience de voyage » dès l'aéroport. Les premières analyses des aéroports en termes de marchés bifaces ont été développées dans un contexte d'augmentation de l'offre de transport par les effets de libre accès au marché et de liens de dépendance¹⁵⁶⁴ renforcés entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroport¹⁵⁶⁵. Ainsi, dans la négociation pour l'ouverture de telles ou telles liaisons en OD (aéroport d'origine/de destination que l'on dénomme aussi « point à point ») ou en possibilités d'escales, les compagnies aériennes, à partir de cette analyse du marché, ont vite compris que la possibilité de générer des revenus commerciaux additionnels pouvant compenser les réductions sur les tarifs aériens qu'elles réclamaient.

1215. En 2018, selon l'Association des aéroports internationaux (ACI), ces recettes représentent en moyenne 44 % du chiffre d'affaires des grands aéroports, et une part souvent beaucoup plus importante des bénéfices. Dans le cas d'ADP, les commerces, les services et l'immobilier ont généré 615 millions d'euros de chiffre d'affaires au premier semestre, contre 906 millions pour les activités aéronautiques, mais 310 millions d'excédent brut d'exploitation, contre 264 millions d'euros. Certes, la décision de voyage des passagers n'est pas affectée de manière univoque par l'offre de services commerciaux de l'infrastructure aéroportuaire, mais la qualité de services dans un aéroport est un argument dans la concurrence que se livre entre

¹⁵⁶³ Analyse reprise par le Conseil économique pour le développement durable, Entretien avec Jean TIROLE, n°30, 2015

¹⁵⁶⁴ On rappellera qu'en 2019, les principales compagnies aériennes présentes à Paris-Roissy CDG sont Air France (avec 52.5 % du trafic aérien, +5 points par rapport à 2015) alors que les autres compagnies qui étaient déjà présentes en 2015 sont stables, easyJet à 7.2 % du trafic aérien) et Lufthansa avec 1.5 % du trafic aérien). Seules Delta Airlines (avec 2,4 % du trafic aérien, +0.7) et Vueling (avec 1.6 % du trafic aérien). En tout, environ 160 compagnies aériennes sont présentes à Roissy Charles de Gaulle.

¹⁵⁶⁵ MALAVOLTI Estelle, Analyse économique de la régulation des redevances aéroportuaires, Etude SCARA / CSTA, février 2017, <http://www.scara.aero/contributions/> - consulté le 29 janvier 2019.

eux, les gestionnaires aéroportuaires, arguant d'un confort de voyage (enregistrement, attente, embarquement et escale, accès aux infrastructures) et d'une offre de liaisons aériennes. Ces baisses de redevances aéroportuaires devaient leur permettre d'accroître leurs dessertes et donc le nombre de passagers utilisant l'infrastructure pour, potentiellement, augmenter les recettes commerciales pour les gestionnaires de celles-ci. Dès lors, comme le rappelle Estelle MALAVOLTI, le poids des revenus non aéronautiques dans l'équilibre économique des aéroports est devenu un élément majeur. Par exemple, en 2014, plus de 60 % des profits d'Aéroports de Paris sont de source commerciale, ce pourcentage n'ayant fait que croître entre 2009 (54 %) et 2014 (61 %).

1216. L'un des objectifs de la consécration de la loyauté comme principe est de saisir par le droit ces rapports de dépendance, difficiles à appréhender par les règles de concurrence en tant que telles tant ils impliquent de prendre en compte le pouvoir de marché donné au consommateur. L'ouverture de la concurrence n'est donc pas le seul phénomène à prendre en compte pour mesurer l'effectivité de la concurrence. Il faut encore incorporer les effets de dépendance entre consommateurs de services de transport, opérateurs de services et aéroport. Cette prise en compte suppose de centrer l'analyse sur le consommateur et plus sur l'offreur et de consacrer non plus un abus de position dominante, mais un abus de dépendance économique. Dans un jeu de marchandage¹⁵⁶⁶, compris dans une analyse classique des forces du marché, un client (compagnie aérienne) dispose d'un fort pouvoir de négociation vis-à-vis de son fournisseur (aéroport) lorsqu'il est en mesure de porter une menace crédible de transfert de sa demande vers d'autres fournisseurs. Cette situation est celle de nombreux aéroports secondaires qui dépendent largement des choix des compagnies aériennes pour se développer et qu'ils résolvent en se concurrençant entre eux, notamment par le biais des redevances aéroportuaires pour attirer le maximum de compagnies aériennes et les plus divers possibles. Mais cette analyse comporte en elle-même sa limite tant la dépendance est réversible, car comment envisager que Ryanair puisse se retirer de Charleroi (dit Bruxelles-Sud) ou de Beauvais-Tillé (dit Paris-Beauvais) ?

1217. La concurrence ne prend en compte qu'une partie de ces marchandages, mais peine à considérer le jeu de ces dépendances mutuelles. La loyauté pourrait servir à

¹⁵⁶⁶ Catégorie des jeux coopératifs de la théorie des jeux, dans lesquels les joueurs passent des accords avant de prendre une décision d'arrangement mutuellement avantageux.

reconsidérer la réalité du marché pour appliquer ensuite les règles de concurrence. Par ailleurs, le choix des relations entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroports tient compte de la capacité de ces derniers à coopérer ou de se concurrencer. Dans cette hypothèse, si un aéroport coopère en créant un partenariat avec un autre aéroport pour accroître son pouvoir de marché à partir d'un effet de taille, les aéroports récupèrent une partie de leur pouvoir de marché, à l'image d'ADP, qui outre la prise de participation directe dans le capital d'autres gestionnaires d'infrastructures, gère dix-huit aéroports par obtention de licence d'exploitation. L'option proposée ici, celle de la croissance horizontale, permet de contrôler la concurrence et de bénéficier d'économies d'échelle, en harmonisant au mieux les offres d'horaires de décollage et d'atterrissage et en optimisant les escales. Cette complémentarité de l'offre entre les entreprises concernées tend à réduire, pour elles, la prise de risques. Mais la concentration qui en résulte renforce, paradoxalement, leur pouvoir de négociation. Il semble bien en effet qu'en superposant la concurrence entre les réseaux d'alliances et celles que la rivalité entre les gestionnaires d'aéroports, l'intérêt du consommateur corresponde à celui des compagnies aériennes « associées » à leurs aéroports supports.

1218. L'histoire de CDG est à l'image de cette relation de pouvoir et de la création d'une loyauté de fait entre compagnie aérienne et gestion aéroportuaire. C'est le concept de l'aérogare 2 qui ouvre ses portes en 1982 avec dans un premier temps le terminal 2B, puis le 2A, tous deux réservés à Air France. Destiné aux vols court-courrier, le terminal 2B est étroit et allongé pour répondre à sa vocation de rapidité (les mesures de sûreté n'avaient rien à voir avec ce que nous connaissons aujourd'hui). Son concept était clair : qu'il n'y ait « pas plus de 50 mètres entre la voiture à l'avion ». Regroupant les long-courriers, le 2A était plus profond et plus large pour intégrer des espaces plus conséquents pour les contrôles de douanes et de police. Les deux nouveaux terminaux regroupaient au même niveau les arrivées et les départs, une particularité par rapport aux autres aéroports. Avec la croissance du trafic, les terminaux 2D (pour le moyen-courrier) en 1989, puis 2C en 1993 complèteront le dispositif auquel il faut ajouter le terminal T9 (aujourd'hui CDG3) réservé aux compagnies charters, lequel a ouvert ses portes en 1991. Ce faisant, la compagnie française révolutionne son système d'exploitation en ouvrant son hub à Roissy le 1er avril 1996. Véritable arme stratégique dans un marché qui s'ouvre à la concurrence, cette plateforme est un système de correspondances optimisé, dans

un délai très court, pour assurer des vagues de départs et d'arrivées. Ce véritable ballet aérien reposant sur ces « rendez-vous » étalés tout au long de la journée permet un maximum de flux, entre les vols moyens et long-courriers, les premiers alimentant en passagers les seconds. Par l'uniformisation des horaires, la standardisation des appareils sur la même destination, l'augmentation des fréquences, l'accroissement du nombre de vols directs, la suppression des sauts de puces et la fermeture des escales les moins rentables, la symbiose compagnie aérienne-aéroport va permettre cet essor de l'aviation commerciale contemporaine.

1219. À la lecture de la décision de la Commission dans la fusion Iberia / British Airways¹⁵⁶⁷, l'analyse de la substituabilité des aéroports particulièrement concernés par cette concentration, à savoir les cinq aéroports londoniens, l'aéroport barcelonais et les deux autres desservant cette destination (pt 20 de la décision) établit les pouvoirs de marché de chacun de ses aéroports (pt 19) pour en définir la totale substituabilité puisque « dans sa pratique, la Commission a constaté que les vols au départ ou à destination d'aéroports, dont les zones de chalandise sont suffisamment couvrantes, peuvent être considérés comme des substituts aux yeux des passagers »¹⁵⁶⁸. Cette vision permet à la Commission européenne de valider la fusion. Dans cette appréciation de cet élément concurrentiel entre aéroports, l'indispensable régulation de l'accès aux infrastructures¹⁵⁶⁹ pour maintenir cette relation biface concurrentielle fut primordiale¹⁵⁷⁰. Dans cette relation, l'aéroport voit son rôle d'accès à un territoire consacré comme « *gatekeeper* » bénéficiant de l'attention des compagnies aériennes, de la puissance publique tant pour les questions d'aménagement du territoire que de sécurisation de l'accès à celui-ci. Cet accès sera par ailleurs d'autant mieux perçu que son caractère stratégique se décline en fonction de sa place dans la hiérarchie des infrastructures aéroportuaires.

1220. Cette problématique sera ainsi résumée par le Comité économique et social européen (CESE) :

¹⁵⁶⁷ Commission Decision of 14/07/2010 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5747 - IBERIA / BRITISH AIRWAYS) according to Council Regulation (EC) N°139/2004.

¹⁵⁶⁸ Libre traduction de "In its practice, the Commission has found that flights from or to airports which have sufficiently overlapping catchment areas can be considered as substitutes in the eyes of passengers"

¹⁵⁶⁹ *Supra*, Avis de l'Autorité de la concurrence quant aux gares routières et aux emplacements des arrêts (Aut. Conc., avis n°16-A-01 du 15 janvier 2016 et dans le même cadre cinq avis de l'ARAFER (Actuellement Autorité des transports) pour la régulation des services par autocar librement organisés (Avis n°2016-19 à 23 du 17 février 2016) à la suite de la recomposition du marché de transport par route avec l'accord de fusion SNCF et Blablacar.

¹⁵⁷⁰ Cour des comptes, Communication au Sénat, L'interdépendance des opérateurs, sept 2016.

« 3.3 [...] les meilleurs sites sont généralement les aéroports des grandes villes, qui sont de plus en plus saturés et ne peuvent s'agrandir en raison principalement de problèmes environnementaux.

« 3.4 En raison d'un manque de capacités, certaines plateformes de correspondance européennes commencent déjà à limiter le nombre de liaisons de collecte qu'il est possible d'exploiter, un problème qu'il convient de traiter efficacement si l'on veut maintenir la compétitivité européenne. »

« [...] 8.8 Le CESE appelle à nouveau à l'introduction sans délai d'un contrôle unique de sécurité, qui permettrait de réduire considérablement les coûts encourus par les compagnies aériennes et de faire gagner du temps aux passagers. Ce sujet doit dès lors être considéré comme une priorité à aborder avec les principaux partenaires. »¹⁵⁷¹

1221. Il faut en effet « peser sur la structure et la dynamique concurrentielle »¹⁵⁷², ce qui passe par un droit d'accès qui reste primordial, par une approche plus globale (plurimodalité) et, finalement, qui donne paradoxalement une importance relative des infrastructures par rapport à la seule logique du marché biface. En effet, le rapprochement des aéroports entre eux, que cela soit la conséquence de concentration de l'offre par des prises de participations ou par le rapprochement du fait d'une liaison par transport aérien, navette, comme ferroviaire¹⁵⁷³ tend à les rendre effectivement concurrents. Cela passe, enfin, par la recherche d'équilibre dans les relations entre compagnies et aéroports alors que les rentabilités des deux activités diffèrent considérablement. En ce sens, **la loyauté de l'accès à des aéroports de taille et de localisation différentes modèle le marché et permet de reconsidérer la notion même de concurrence**. Le constat est avéré, mais la situation diffère du tout au tout selon que l'on considère un aéroport pivot ou un petit aéroport régional. D'une part, il importe de rappeler que potentiellement, « le *hub* unique dispose d'un pouvoir hypertrophié de négociation »¹⁵⁷⁴ et comme le rappelle ce rapport du groupe de travail présidé par M. Le ROUX, la principale atténuation proviendrait du cas où l'État possède à la fois le *hub* et la compagnie, alors que les privatisations successives des transporteurs aériens rendent cette perspective utopique dans l'Union européenne d'aujourd'hui. L'effet recherché d'une telle intégration est une relation équilibrée par l'arbitrage confié au ministre des Transports à un rapport de forces

1571 Comité économique et social européen, Avis sur La politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation du 17 avril 2013.

1572 *Supra*, MARTY Frédéric, Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes., 2012 comme ENCAOUA David, Pouvoir de marché, stratégies et régulation : Les contributions de Jean Tirole, Prix Nobel d'Économie 2014, *Revue d'économie politique*, vol. 125, no. 1, 2015, pp. 1-76

1573 Avis de l'Autorité de la concurrence sur le projet de décret relatifs aux gares de voyageurs et autres infrastructures de service du réseau ferroviaire (n°11-A-15) et sur le projet de séparations des comptes (n°11-A-16) du 3 octobre 2011.

1574 Assemblée nationale, Rapport du groupe de travail « Compétitivité du transport aérien français » présidé par M. Bruno LE ROUX, dans le cadre de la mission que le Gouvernement lui avait confiée, Assemblée nationale, 3 novembre 2014.

économiques totalement déséquilibré au profit des *hubs*, face à des compagnies qui utilisent ces infrastructures pour les correspondances entre vols nationaux et internationaux. Les compagnies aériennes historiques doivent ainsi affronter la concurrence nationale et internationale, précisément sur la plateforme qui constituait autrefois leur point fort. Il serait juste dans la solution ainsi proposée, de rappeler que le règlement n° 95/93 « attribution des créneaux aéroportuaires » n'a pas remis en cause les créneaux aéroportuaires donc a quelque peu sanctuarisé les positions des compagnies aériennes historiques. Cette situation de fait et de droit ne peut, au fond, être modifiée fondamentalement que par la disparition d'une compagnie concurrente ou une extension des infrastructures qui permette une création significative de créneaux horaires.

1222. Il nous faut insister ici, sur l'effet recherché d'une plus grande loyauté en expliquant que ce principe permet l'idée d'un équilibre entre des compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroports. L'objectif fondamental du secteur aérien de passagers demeure, malgré les aléas qui ont pu marquer ce secteur, qui reste la gestion d'une pénurie de la ressource aéroportuaire. Dès lors, le constat est qu'entre contraintes topographiques et/ou économiques sur le développement de l'infrastructure aéroportuaire par l'ouverture de nouvelles pistes et gestion par les pairs des créneaux aéroportuaires, le principe de loyauté doit guider le rapport de force entre les opérateurs qui opèrent sur ce marché biface qu'est le transport aérien.

1223. La période de pandémie que nous vivons depuis le printemps 2020 pourrait relancer ce débat en y intégrant le rôle de la puissance publique, à l'exemple de la situation italienne. Tous les plans de sauvetage d'Alitalia ont été le fruit de la recherche de point d'équilibre tant il s'agissait d'assurer la survie d'un opérateur national important, mais marginalisé sur le marché européen¹⁵⁷⁵, et les règles de concurrence. Celles-ci, alors même qu'elles subissaient un assouplissement dans leur application, n'en ont pas pour autant été écartées. La

¹⁵⁷⁵ Alitalia avait transporté 21,2 millions de voyageurs en 2019. Pour la même année, les compagnies Air France et KLM, membres de la même alliance, ont transporté respectivement, 52,5 et 35 millions de passagers. Pour terminer cette comparaison avec les compagnies du groupe Lufthansa, la seule Lufthansa en transportait 71,3 millions quand ses filiales Swiss (18,7) et Austrian (14,6) en transportaient plus si on rapportait à la population de leur pays d'origine. L'Italie a une population de 59,7 millions d'habitants contre 8,5 en Suisse et 8,8 en Autriche.

compagnie Alitalia ne pouvait pas survivre à la pandémie malgré les aides d'États¹⁵⁷⁶ parce que son modèle économique n'était plus viable, renvoyant à l'idée d'une concordance entre réalités et principes économiques de rentabilité et de compétitivité. Dans les cas des plans d'aide aux compagnies Air France-KLM et Lufthansa, le sauvetage de ces compagnies fut basé sur une augmentation de la prise de participation au capital de ces compagnies. Mais, cette aide par des fonds propres est appréciée différemment, comme une sanction par Lufthansa et un réflexe pour Air France dans un contexte de perte d'influence de l'État néerlandais face à la France, alors que cet accroissement du contrôle public ne peut perdurer dans le cadre juridique des aides d'État.

1224. **La notion de loyauté est alors envisagée en tant que moyen d'aller au-delà de la concurrence « simpliste » entre offreurs, pour englober des réseaux de dépendance mutuelle**, mettant en lumière ce qui reste du fonctionnement ancien de ce marché, ces liens particuliers entre État, gestionnaire aéroportuaire et compagnie aérienne. **La démonopolisation du secteur aérien, sans effacer ces liens, a tenté de leur substituer une nouvelle systémique, que la combinaison du Pacte vert et de la gestion de la pandémie de COVID-19 accentue**. Aussi, l'une des solutions envisageables et envisagées pour mettre fin à une situation de concurrence jugée parfois difficilement tenable, pourrait être de permettre des prises de participation entre compagnie aérienne historique et *hub*, sous une forme capitaliste directe ou en créant une holding détenant tout à la fois la compagnie et son *hub* pour permettre un nouvel équilibre et une relance de la concurrence.

B - La perspective d'une intégration verticale pour un libre accès à l'infrastructure aéroportuaire

1225. L'annonce, en clôture du congrès de l'Union des aéroports français, par le ministre délégué aux Transports de l'époque, Jean-Baptiste DJEBBARI¹⁵⁷⁷, du lancement d'une réflexion sur une réforme de la réglementation encadrant la fixation des tarifs aéroportuaires et le financement de leurs investissements apparaît comme une première étape vers une

¹⁵⁷⁶ Décision de la Commission dans l'affaire SA.59188 (2020/NN) – Italie – COVID-19 aides d'État à Alitalia, C(2020) 9659 final 29 décembre 2020.

¹⁵⁷⁷ <https://www.aeroport.fr/public/page/3eme-congres-annuel-de-l-uaf-fa-retour-sur-l-evenement-341> – Consulté le 22 novembre 2021.

remise à plat d'un modèle économique mis à mal par la crise sanitaire. Car, au-delà de permettre aux aéroports de faire face aux lourds investissements nécessaires afin d'accompagner la transition énergétique du transport aérien, il pourrait s'agir, plus largement, de repenser le modèle économique des aéroports français, basé sur une croissance continue du trafic et rendu totalement inopérant par la crise de la Covid marquant un arrêt puis une reprise partielle des activités de transport de passagers.

1226. Ces relations ambivalentes entre compagnies aériennes et gestionnaires d'infrastructures aéroportuaires prennent différentes formes. Mais toutes ont vocation à être pérennes pour en obtenir un avantage de long terme¹⁵⁷⁸. À ce jour, ces relations se matérialisent plutôt par des investissements dans des aménagements commerciaux et encore peu par des créations de co-entreprises ayant pour objet la construction d'infrastructures. L'investissement principal d'une compagnie aérienne dans des infrastructures aéroportuaires correspond à l'aménagement des salons d'attente, les « *lounge* », ces emplacements alliant confort, discrétion et opportunités de travail, ils sont fort appréciés lors de correspondances intercontinentales. À l'image d'American qui, en 2009, fêtait l'anniversaire de l'ouverture de son premier salon d'aéroport en 1939 à l'aéroport La Guardia à New York¹⁵⁷⁹. Cette décision fut pionnière dans ce secteur et marque encore actuellement, l'un des principaux arguments commerciaux des compagnies aériennes, arguant de la qualité de service de leurs salons. Plus récemment, Air France et KLM, par exemple, rejoignent à Heathrow Terminal 3 de l'aéroport de Londres-Heathrow, leurs partenaires de coentreprise transatlantique Delta Air Lines et Virgin Atlantic depuis le 24 août 2021. Elles proposent actuellement vers Heathrow plus de soixante vols par semaine au départ de leurs hubs respectifs Paris-CDG et Amsterdam-Schiphol.

1227. La prise d'un plus grand risque d'une compagnie aérienne peut aussi s'exprimer par des investissements plus importants¹⁵⁸⁰, comme des dépenses conjointes pour des solutions

¹⁵⁷⁸ Pour une étude complète de ses relations, voir PAPY Romain, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 2011, p 586-590, *supra*.

¹⁵⁷⁹ <https://www.businesstravel.fr/american-airways-fete-les-70-ans-de-son-premier-salon-d-aeroport.htm> – Consulté le 21 juin 2021.

¹⁵⁸⁰ Les compagnies aériennes et les aéroports ont réalisé des investissements technologiques records en 2018, atteignant 50 milliards de dollars, et ce dans le but d'améliorer l'expérience voyageur, affirme SITA, spécialiste des solutions informatiques et de communication dans le secteur aérien. <https://www.air-journal.fr/2019-11-10-btob-laerien-a-investi-50-milliards-de-dollars-dans-les-technologies-pour-ameliorer-l'experience-passager-5216165.html>

technologiques permettant de fournir des informations en temps réel, ainsi qu'un suivi de leurs opérations de vol. Ces éléments permettent aux partenaires une gestion complète des flux des passagers, des bagages, mais également de la rotation des avions ou encore de l'affectation des parkings ou des portes d'embarquement. Cette prise de risque peut aller jusqu'à la participation à la construction d'un terminal aéroportuaire qui sera dédiée à la compagnie, partenaire financière. Enfin, un troisième niveau d'imbrication commerciale et financière peut amener une compagnie à des prises de participation dans les aéroports ou au contrôle de certaines infrastructures, comme les aéroports de Munich, New York JFK ou Sidney. Dès lors, une autre façon d'aborder le problème du pouvoir de marché des aéroports est de s'intéresser à leur rapprochement avec les compagnies aériennes. Pour l'instant cantonnée à l'activité de fret, une étude¹⁵⁸¹ cite l'exemple de l'aérogare 2 de l'aéroport de Munich qui est un investissement conjoint de la FMG, société qui exploite l'aéroport et la compagnie Lufthansa. Lufthansa a également investi dans l'aéroport de Francfort et détient une participation (29 %) dans l'aérogare de fret de l'aéroport de Pudong à Shanghai. Pour les aéroports, cela réduit les risques, notamment, en garantissant un volume d'activité et en pérennisant des investissements coûteux. Les compagnies, de leur côté, peuvent utiliser les installations aéroportuaires à des conditions optimales. Cependant de telles relations verticales, lorsqu'elles existent, concernent les aéroports de grande taille pour bénéficier d'un meilleur retour sur investissement.

1228. La question de la concentration verticale dans le secteur du transport aérien de passagers n'a pas encore été abordée par le régulateur européen, sauf pour ce qui est de l'assistance en escale. En effet, la directive de 1996¹⁵⁸² interdisait, pour 2001, mais avec la possibilité de le retarder en 2002, de tels rapprochements pour éviter un effet limitatif à l'accès de tels services aéroportuaires. Ainsi, elle disposait que

« 3. [...], l'un au moins de ces prestataires autorisés ne peut être contrôlé directement ou indirectement:

- ni par l'entité gestionnaire de l'aéroport,
- ni par un usager ayant transporté plus de 25 % des passagers ou du fret enregistrés dans l'aéroport au cours de l'année précédant celle où s'opère la sélection de ces prestataires,

¹⁵⁸¹ OUM Tae H. et FU Xiaowen (2008): Impacts of Airports on Airline Competition: Focus on Airport Performance and Airport-Airline Vertical Relations.

¹⁵⁸² Directive n°96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté.

- ni par une entité contrôlant ou étant contrôlée directement ou indirectement par cette entité gestionnaire ou par un tel usager. »

1229. En dehors de ce texte, il nous faut donc envisager l'utilisation du droit commun des concentrations. Sur la base du règlement sur les concentrations¹⁵⁸³ et des lignes directrices sur les « concentrations non horizontales » de 2008¹⁵⁸⁴, l'on considère qu'un rapprochement entre compagnies aériennes et aéroports relève d'une stricte concentration verticale ou conglomérale, écartant alors, de fait, l'application du principe de loyauté dans le sens d'une marche d'accès à un marché, au profit d'un renforcement de la coopération. Mais celui-ci pourrait apporter une amélioration dans la prise en compte de telle opération et, de plus, permettre de mieux contrôler les stratégies d'intégration verticale

1230. La Cour de justice de l'UE, jusqu'en 2016¹⁵⁸⁵, n'avait pas eu l'occasion d'approcher, les conséquences possibles d'une telle concentration. Elle le fit certes sous l'angle différent de l'indépendance du régulateur. Mais, faute d'un nombre significatif d'affaires d'abus de position dominante dans le transport aérien de passagers, il faut procéder par analogie pour envisager que le choix fait d'un *access-based policy* plutôt que, mais sans totalement l'exclure, d'une *infrastructure-based policy* est pertinent, validant cette spécificité du transport aérien. Car, contrairement aux autres industries de réseaux, deux opérateurs distincts possèdent et utilisent l'infrastructure¹⁵⁸⁶, évitant ainsi, le risque d'un abus de position dominante, alors que celui-ci est consubstantiel dans le transport ferroviaire. En effet, dans le transport aérien, il ne s'était jamais posé la question de dissocier la propriété, sinon la gestion, des infrastructures aéroportuaires d'avec une compagnie aérienne historique. Dès lors, il importe d'évoquer le secteur ferroviaire avant de revenir au transport aérien. Ainsi, dans l'affaire « GVG » de 2003¹⁵⁸⁷, la Commission européenne sanctionne Ferrovie dello Stato SpA pour avoir refusé la

¹⁵⁸³ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

¹⁵⁸⁴ Communication de la Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2008/C 265/07) du 18 octobre 2008.

¹⁵⁸⁵ Arrêt de la cour du 2 juin 2016 dans l'affaire C-205/14, Commission européenne c/ République portugaise, ECLI:EU:C:2016:393 et le commentaire de GRARD Loïc, Chronique Droit européen des transports - Transports aériens - L'indépendance « fonctionnelle » du coordinateur des créneaux horaires dans les aéroports doit être bordée par des règles de droit précises. *RTDeur. Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2017, pp.249.

¹⁵⁸⁶ (MARTY, PILLOT 2009 OFCE p 11)

¹⁵⁸⁷ Décision 2004/33/CE de la Commission du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/37.685 GVG/FS) [notifiée sous le numéro C(2003) 3057].

coopération, par la constitution d'un regroupement international, de traiter effectivement les demandes d'accès, et d'avoir refusé de « fournir une traction comprenant une locomotive, un conducteur qualifié et connaissant bien le trajet, ainsi que l'appui technique nécessaire » empêchant ainsi un concurrent, Georg Verkehrsorganisation GmbH, d'entrer sur le marché italien.

1231. Cette manière de raisonner permet de faire émerger la loyauté comme principe d'organisation des marchés concurrentiels par la seule question de l'accès à l'infrastructure ou la ressource essentielle, laquelle peut constituer en elle-même un marché pertinent, sur lequel l'entreprise qui la contrôle est alors nécessairement dominante. Dès lors, l'intégration verticale entre compagnie aérienne et gestionnaire d'aéroport, s'envisagerait tant que le caractère non essentiel de l'infrastructure, ou de la ressource concernée, est avéré. Cela peut impliquer un raisonnement juridique à partir d'une définition de marché plus large. L'existence de solutions alternatives, qui permet souvent de faire échec aux demandes d'accès à l'infrastructure ou à la ressource, peut ainsi être intégrée en amont du raisonnement juridique, au stade de la définition de marché.

1232. Dans sa décision concernant un accès à une ressource portuaire, la Commission européenne en 1993¹⁵⁸⁸ sanctionne, par exemple, le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté. Le comportement de cet opérateur portuaire reposait, en particulier, sur le refus d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc imposait un désavantage concurrentiel au concurrent. La Commission a conclu à la violation de l'article 106 TFUE. Ainsi, dans cette affaire, elle estimait que

« dans les circonstances qui sont celles de la présente affaire, une autorité portuaire indépendante, qui aurait bien entendu intérêt à accroître les recettes du port, aurait au moins envisagé une solution permettant de concilier au mieux les intérêts des utilisateurs existants et potentiels du port en apportant de légères modifications aux créneaux attribués ou aux plans de réaménagement du port »¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁸ Décision de la Commission du 21 décembre 1993 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE dans l'affaire IV/34.689 — Sea Containers contre Stena Sealink.

¹⁵⁸⁹ Point 75, décision *id. idem*

1233. Sur ce point apparaît l'idée que l'on a besoin de la concurrence loyale pour valider les hypothèses de rééquilibrage du marché lors des stratégies d'intégration verticale. Dès lors, comment envisager cette idée, sachant que l'intégration verticale n'existant pas réellement, à ce stade, dans le transport aérien de passagers, il est difficile d'en apprécier les effets anticoncurrentiels ? Il apparaît que l'on peut en approcher l'identification en revenant sur le contentieux portant sur l'indépendance du régulateur aéroportuaire qui opposait en 2016, le Portugal à la Commission à propos de l'indépendance du coordonnateur d'un aéroport¹⁵⁹⁰. Le risque existe en effet sur la possibilité de faire émerger des marchés concurrentiels par la seule question de l'accès. Or, une intégration verticale d'une compagnie aérienne et d'un gestionnaire d'aéroport renvoie à cette question. L'idée est que la protection de l'indépendance du régulateur assure des conditions pour une concurrence renouvelée entre les opérateurs de services de transport de passagers.

1234. Ce que recouvre la notion d'indépendance du régulateur permet de réinstiller de la concurrence et enfin d'envisager la possibilité de concentration verticale, dont le contrôle revient à la Commission européenne. **À défaut de concentration verticale, et l'affaire de l'indépendance du régulateur aéroportuaire portugais en est topique, il y aurait alors une nécessité d'appliquer un principe de concurrence loyale.** Ainsi, la Cour de justice dans un arrêt du 2 juin 2016, précisa la notion de « partie intéressée » au sens de l'article 4§2 b) du règlement n° 95/93, considérant qu'il convient d'entendre par là toute entité dont les intérêts pourraient être affectés par l'attribution des créneaux horaires. Dès lors que les entités gestionnaires d'aéroports, comme les transporteurs aériens, sont susceptibles de voir leurs intérêts affectés par l'attribution desdits créneaux (Points 42 à 44), il semble logique que l'indépendance du coordonnateur soit garantie par un budget et des ressources financières propres, en dehors de toute influence du gestionnaire d'aéroport. En l'espèce, la législation portugaise désignait la société Aeroportos de Portugal SA (ANA), coordonnateur national pour l'attribution des créneaux dans les aéroports coordonnés. Cependant, l'ANA était également l'entité gestionnaire des aéroports portugais. La Cour, dans cette affaire en manquement d'État, relève que le budget de fonctionnement et les comptes annuels du coordonnateur relèvent de la compétence exclusive du conseil d'administration de l'ANA, ce qui fait de ce

¹⁵⁹⁰ Arrêt de la Cour du 2 juin 2016 dans l'affaire C-205/14, Commission européenne c/ République portugaise, ECLI:EU:C:2016:393.

système de financement un système impropre à garantir l'indépendance du coordonnateur¹⁵⁹¹. Cette situation était d'autant plus problématique, que l'État portugais se retrouvait alors à cumuler le contrôle de la principale compagnie aérienne, à gérer de fait les infrastructures aéroportuaires et avoir un droit de regard important sur les décisions du régulateur de la ressource aéroportuaire. Ce faisant, **la Cour conçoit une grille de lecture que l'on peut transposer pour apprécier les effets anticoncurrentiels de rapprochements verticaux dans le secteur aérien**¹⁵⁹².

1235. Cette éventualité de rapprochements verticaux s'est posée lors de la création de sociétés aéroportuaires régionales (SAR) par la loi du 20 avril 2005 pour les grands aéroports régionaux. Une des conditions à un tel rapprochement était que ces sociétés soient à terme privatisées. Or, si l'État s'était engagé à ce qu'un actionnariat public soit maintenu jusqu'en 2013, rien n'empêchait que le capital de ces sociétés puisse être ensuite ouvert aux investisseurs privés. Ces derniers pourraient même se retrouver majoritaires, que ce soit par une augmentation de capital ou par la cession d'actions d'un acteur public présent au départ. Cette ouverture du capital des SAR intéresse de nombreuses sociétés telles que Veolia environnement, Vinci, Eiffage, Bouygues, ADP, mais aussi des acteurs financiers (CDC, Axa, BNP Paribas). Cette perspective a amené l'Autorité de la concurrence à prendre position¹⁵⁹³ à l'issue de la démarche de l'Association pour le Maintien de la Concurrence sur les Réseaux et Infrastructures (AMCRI), qui est à l'origine de sa saisine pour avis, s'inquiétant du fait que la privatisation des SAR puisse affaiblir la concurrence si les concessionnaires sont des entreprises de bâtiment et travaux publics.

1236. Établissant un parallèle avec les cessations du capital dans les sociétés concessionnaires d'autoroutes¹⁵⁹⁴, l'Autorité nationale rappelle la nécessité que l'État, qui cumulait en 2010 les rôles de régulateur de l'activité aéroportuaire et d'actionnaire des

¹⁵⁹¹ « Autorités de concurrence : Vers des autorités plus indépendantes et plus fortes ? » *Concurrences* n°4-2017 | Conference | New Frontiers of Antitrust | Paris, 26 June 2017.

¹⁵⁹² On pourra rapprocher cette décision d'un arrêt de la Cour dans une autre industrie de réseau, dans lequel elle rejette le pourvoi de Deutsche Telekom, « Conditions fixées par l'opérateur historique pour l'accès dégroupé d'autres opérateurs à la boucle locale – Caractère indispensable de l'accès – Imputabilité du comportement de la filiale à la société mère » : Arrêt de la Cour du 25 mars 2021 dans l'affaire C-152/19, Deutsche Telekom AG c/ Commission européenne, ECLI:EU:C:2021:238, rendu sur pourvoi contre l'arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018, ECLI:EU:T:2018:930.

¹⁵⁹³ Autorité de la concurrence, Avis n°10-A-04 du 22 février 2010

¹⁵⁹⁴ Autorité de la concurrence, Avis 05-A-22 du 2 décembre 2005 à propos de la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

exploitants d'aéroports, opère une modification du cadre normatif pour éviter que celui-ci soit un facteur de confusion. En effet, la directive européenne de 2009 relative aux aéroports¹⁵⁹⁵ requiert la mise en place d'une autorité de supervision indépendante pour la fixation non discriminatoire (art. 3) et transparente (art. 7) des redevances aéroportuaires. Dans une telle perspective, une ouverture du capital en direction des compagnies aériennes pourrait constituer un moyen de renforcer le pouvoir des aéroports régionaux en faisant coïncider les intérêts de ces deux acteurs. Cela serait profitable à leur développement et permettrait ainsi de réduire, même si cela demeure largement hypothétique tant les situations de marché sont différentes, le déséquilibre entre les aéroports parisiens et ceux de la province. **En ce sens, la concurrence pourrait être durable parce qu'elle repose sur une loyauté du marché, entre des opérateurs liés par des stratégies convergentes.**

1237. Une autre question porte sur les conséquences des stratégies des compagnies sur les aéroports. S'il y a quelques années encore, on pouvait penser que l'offre « *high cost* » était, étant donné son positionnement, à l'abri de la concurrence de Ryanair, les choses ont depuis changé. Face à la concurrence sur le marché intérieur, le groupe Air France a réorienté son offre et a créé des bases de province (Marseille fin 2011, puis Nice et Toulouse début 2012) pour améliorer la productivité et optimiser l'utilisation de ses *hubs*. Il est possible que cette évolution brouille assez rapidement la distinction classique entre compagnies et réduise la segmentation des lignes domestiques à deux catégories : *Middle cost* (avec, notamment, Transavia) d'une part, et *low cost* d'autre part. Le *high cost* serait alors réservé pour le long courrier. Si cette concurrence accrue entre les compagnies aériennes peut favoriser un rapprochement entre les transporteurs et les grands aéroports régionaux, elle risque d'accroître encore plus la pression sur les aéroports locaux. Ceci d'autant que la présence de Ryanair est elle-même incertaine sur plusieurs plateformes. En effet, soumise à un contentieux régulier, cette présence dépend des décisions de la Commission européenne relatives à la conformité des aides versées et aux prétentions de *dumping* social régulièrement défendues devant les tribunaux nationaux par les autorités ou les organisations syndicales. Entre 2010 et 2018¹⁵⁹⁶, les affaires impliquant les régions, alors « Languedoc-Roussillon », qui

¹⁵⁹⁵ *Supra*, Directive 2009/12/CE « redevances aéroportuaires ».

¹⁵⁹⁶ *Supra*, notamment les arrêts du Tribunal du 6 juillet 2010 dans l'affaire T-342/07, Ryanair c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:280 ; du 13 décembre 2018 dans l'affaire T-77/16, Ryanair DAC et Airport Marketing Services Ltd c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:2018:947.

décide de coordonner les aéroports de Carcassonne, Perpignan et Montpellier, et Bretagne qui est à l'origine d'un accord entre les CCI de Saint-Malo et de Rennes et de Vinci Airports concernant les aéroports de Rennes-Saint-Jacques et de Dinard-Pleurtuit, avaient déjà amené la Commission européenne à **endogéniser** à son raisonnement **la loyauté comme une dimension implicite dans l'évaluation des aides d'État**.

1238. La dernière question porte plus globalement sur la compatibilité de la stratégie de coopération avec les règles de la concurrence. Qu'ils s'agissent des liens horizontaux entre plateformes aéroportuaires ou des liens verticaux entre compagnies aériennes et infrastructures, la coopération introduit des problèmes de concurrence. Du point de vue horizontal, la mesure des effets du rééquilibrage du pouvoir de marché entre les deux segments est la question centrale, qui sera jugée au regard du critère d'accès au marché (dans une perspective ordo-libérale) ou en fonction de celui de la maximisation du bien-être du consommateur (dans une perspective standard). À ce jour, aucune affaire ne fut portée devant les juridictions européennes, il est alors difficile d'envisager les conséquences pour le transport aérien de passagers. Il n'en reste pas moins qu'à l'instar du transport ferroviaire¹⁵⁹⁷, la Cour aurait à envisager le principe fondamental de la démonopolisation du secteur, à savoir la gestion efficace comme l'utilisation équitable et non discriminatoire de l'infrastructure¹⁵⁹⁸ et des services aériens¹⁵⁹⁹.

1239. Pour les rapprochements verticaux, la coopération peut se traduire par des phénomènes de forclusion à l'encontre des compagnies aériennes tierces. Cela implique le refus d'accès à l'infrastructure essentielle, par des conditions d'accès dégradées ou par l'augmentation des coûts rivaux¹⁶⁰⁰. L'Autorité de la concurrence avait d'ailleurs rappelé¹⁶⁰¹ que de telles pratiques, pouvant conduire à des refus d'accès opposés à des tiers d'équipements essentiels pour l'exercice de leur activité, sont tout autant susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante que d'ententes anticoncurrentielles. Les effets de la privatisation, de l'une et de l'autre partie prenante de ce système permettent d'envisager

¹⁵⁹⁷ Arrêt de la Cour du 3 mai 2022 dans l'affaire C-453/20, CityRail a.s. c/ Správa železnic, ECLI:EU:C:2022:341.

¹⁵⁹⁸ *Supra*, Règlement (CEE) n°95/93 « créneaux aéroportuaires ».

¹⁵⁹⁹ *Supra*, Règlement (CE) n°1008/2008 « règles communes pour l'exploitation de services aériens ».

¹⁶⁰⁰ MARTY Frédéric et PILLOT Julien, Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne, *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2011/4 (Tome L), p. 197-221. DOI : 10.3917/rpve.504.0197

¹⁶⁰¹ Décision n° 10-D-25 du 28 juillet 2010.

cette intégration verticale. Dès lors, le droit pour accompagner « l'État producteur » vers une position d'« État régulateur »¹⁶⁰² incite la concurrence dans les industries de réseaux par l'établissement de relation contractuelle, basée sur le régime de propriété comme conséquence de la possibilité de développer des accords de coopération par l'intégration verticale.

1240. Pour la relation d'affaires liée au phénomène des marchés bifaces, le cadre normatif permet de plus une régulation incitative¹⁶⁰³ par la contractualisation. Celle-ci amène à contrôler les coûts des monopoles naturels et de tenter de les appréhender dans une traduction tarifaire, que cela soit des contrats à prix fixe ou à prix plafonds. Autant de points d'analyses qui se retrouvent concentrés dans la problématique des redevances aéroportuaires que l'on peut étudier au travers du cas de ADP. Avant le changement de régulation économique d'ADP et l'ouverture d'une partie de son capital, en 2005, il existait déjà une relation triangulaire forte entre le gestionnaire des plateformes franciliennes, Air France et leur régulateur historique, la DGAC. La DGAC, régulateur puissant, constituait le cœur du système de relation, entraînant un déséquilibre de ses relations avec les autres acteurs. Ainsi, dans un rapport de 2002, le Conseil économique et social faisait valoir que

« La concentration des pouvoirs dans les mains de la DGAC a eu parfois des inconvénients pour les aéroports français de province avec lesquels elle s'est montrée tatillonne et peu souple. Ses relations privilégiées avec Aéroports de Paris et Air France ont souvent faussé la donne. Si cette administration a fait preuve d'efficacité et de sérieux, un peu moins d'exclusivité dans son soutien aux grands aéroports aurait peut-être permis aux aéroports de taille moyenne de trouver leur place et contribué à une desserte plus équilibrée du territoire »¹⁶⁰⁴.

1241. Le changement de régulation économique provoque également un changement de relations à la base du trinôme « compagnies aériennes-aéroports-passagers ». De 1945 jusqu'aux années 1990, ADP entretient des relations déséquilibrées avec Air France, son client principal, et se développe à l'ombre de ce dernier. Le choix stratégique d'Air France de baser son *hub* à Roissy-Charles de Gaulle en 1996 est la première étape d'une nouvelle dynamique dans les relations entre les deux groupes. Si cela intensifie leurs relations et les conduit à

¹⁶⁰² TIROLE Jean, Conseil économique pour le développement durable, 2015, op. cit.

¹⁶⁰³ Autorité de régulation des transports, Régulation incitative et performance de la gestion de l'infrastructure, mai 2014 ou Commission de régulation de l'énergie, Régulation incitative de la qualité de service des gestionnaires de réseaux électriques et gaziers en 2015, Rapport 2017.

¹⁶⁰⁴ (Conseil économique et social, 2002, II-17) cité par Philippe VILLARD, ADP : du service public à l'entreprise de services, *Mémoire Sciences Po* 2008/09 108

rapprocher leurs stratégies de développement, on note toutefois que 75 % du trafic passager est constitué de trafic point à point (contre 25 % en correspondance). C'est deux fois plus qu'à Francfort, Madrid ou Amsterdam, ce qui relativise la dépendance d'ADP face à Air France et aux contraintes du hub, alors que la réciproque est fautive. Comme le souligne la Cour des comptes, l'enjeu, vital pour Air France, l'est moins pour ADP¹⁶⁰⁵. De plus, les choix de réformes de 2005, qui offrent à ADP l'opportunité d'être acteur de sa propre régulation, en font un acteur à part entière et réduisent les possibilités d'Air France d'intervenir dans la fixation des tarifs. Les poursuites résument les enjeux devant le Conseil d'État. Engagées par Air France aux côtés des autres compagnies aériennes et de leurs organisations, elles traduisent ce changement d'équilibre à la base du triangle entre les deux acteurs. Mais si elle s'indigne toujours des hausses tarifaires, Air France s'est finalement dissociée des poursuites pour privilégier le maintien de ses relations avec ADP. La fusion avec KLM en 2004 a largement rééquilibré les relations, le groupe pouvant se reposer autant sur l'aéroport d'Amsterdam que sur ADP.

1242. On a, de fait, assisté à un rééquilibrage par une stratégie de concentration. Ce paradoxe apparent introduit ici l'idée que ce rééquilibrage favorise la loyauté de la concurrence en évitant que ADP ne soit, en réalité, captif d'Air France-KLM. Il n'en reste pas moins qu'effectivement, si les intérêts des deux groupes peuvent être à l'opposé à court terme, un partenariat renforcé ne peut se révéler que bénéfique, à moyen et long terme, notamment du fait de l'implantation du *hub* d'Air France sur les plateformes d'ADP. Le choix d'ADP d'accompagner le développement d'Air France se traduit en effet par un phénomène de pointes de trafic sur un nombre restreint de plages de correspondances avec l'arrivée et le départ d'un maximum d'avions pour offrir un service de correspondance rapide et efficace. ADP doit donc disposer de capacités qui se trouvent sous-utilisées lors des phases creuses du trafic. Il est alors nécessaire de compléter l'accès à ces créneaux libres par d'autres compagnies, des TBC/LCC notamment. Cette mise en action d'une régulation économique, privilégiant l'équation « tarification = financements », revient alors à faire participer toutes les compagnies, via les redevances, au financement d'infrastructures. Le gain d'efficacité est renforcé tant ces infrastructures étaient avant tout dimensionnées et utilisées par Air France

¹⁶⁰⁵ Cour des comptes, rapport, Les aéroports français face aux mutations du transport aérien, 09 juillet 2008, <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/les-aeroports-francais-face-aux-mutations-du-transport-aerien>.

(terminaux 2E, 2F, satellite S3, etc.). Un tel phénomène est observable sur les autres *hubs* européens et n'est pas caractéristique du *hub* francilien¹⁶⁰⁶.

1243. La non-différenciation des redevances conduit également à faire payer les utilisateurs d'Orly pour le développement de Charles de Gaulle où sont dirigés la majorité des investissements prévus par le CRE. Les deux groupes ont donc mis en œuvre une stratégie leur permettant de conserver leurs relations. Par suite du désengagement d'Air France des poursuites intentées contre ADP, une démarche de coopération baptisée « Réussir ensemble » a été lancée en décembre 2006 dont le but est le développement du *hub*. Lors de l'inauguration du terminal régional T2G à Roissy, dédié à Air France et construit en partenariat entre les deux groupes, Jean-Cyril SPINETTA a même insisté sur le fait qu'il considérait le T2G comme « [...] le premier enfant issu de la collaboration "Réussir ensemble", partie intégrante de notre stratégie de développement et un nouvel atout concurrentiel pour les compagnies régionales à Paris-Charles de Gaulle »¹⁶⁰⁷.

1244. **Il semble donc bien que les relations ambivalentes entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroports, impliquent un besoin de régulation sous l'angle de la loyauté.** En effet, le cadre normatif actuel, incluant le règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires » comme le régime juridique des aides d'État¹⁶⁰⁸, ne permet pas suffisamment d'appréhender et favoriser l'équilibre des relations entre TBC et aéroports régionaux.

§ 2 – L'équilibre singulier entre les TBC et les aéroports régionaux contraint à repenser les termes d'une concurrence loyale

1245. L'offre de transport interrégional direct, encore assez peu développé par le train même si les lignes à grande vitesse obliques de la SNCF font du TGV un train parfois régional,

¹⁶⁰⁶ *Supra*, Cour des Comptes, rapport, Les aéroports français face aux mutations du transport aérien, 2008.

¹⁶⁰⁷ <https://www.lesechos.fr/2008/08/aeroports-de-paris-optimiste-pour-2008-513109> - Publié le 29 août 2008, consulté le 25 septembre 2020.

¹⁶⁰⁸ Communications de la Commission comprenant les Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes du 4 avril 2014, les Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers du 31 juillet 2014, enfin, le Règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, notamment l'octroi des aides à finalité régionale.

est fortement marquée par la présence des TBC/LCC. Ces compagnies aériennes peuvent compter sur les aspirations des collectivités locales à développer leur aéroport régional. Aussi cette superposition des objectifs (concurrence, aménagement du territoire, efficacité des infrastructures) impose une régulation coordonnée, par le principe de loyauté, pour éviter la captation¹⁶⁰⁹ de la réglementation tant sociale (A) que fiscale (B) par les opérateurs économiques.

A – La loyauté dans l'utilisation de la réglementation sociale

1246. Dans son discours sur l'État de l'Union en 2017 proposant une « Feuille de route pour une Union plus unie, plus forte et plus démocratique », la Commission européenne formulait le vœu, par la voix de son président Jean-Claude Juncker, de la mise en place d'une Autorité européenne du travail. L'initiative législative¹⁶¹⁰ présentée aux ministres nationaux de l'Emploi et des Affaires sociales, le 15 mars 2018 à Bruxelles, aboutit le 13 juin 2019, le Conseil ayant officiellement adopté le règlement¹⁶¹¹ qui en fixe les contours. Alors que le règlement avance la nécessité d'un volet sectoriel du droit de l'Union afin de répondre aux besoins spécifiques de secteurs particuliers, le législateur européen pointe le cas des transports internationaux, incluant logiquement l'aviation. « Dans le cadre du champ d'application du présent règlement, l'Autorité devrait aussi traiter les aspects transfrontaliers de l'application de ce volet sectoriel du droit de l'Union ayant trait à la mobilité de la main-

¹⁶⁰⁹ La problématique de la rencontre entre offre et demande sur un marché est au cœur du projet d'analyse multidisciplinaire, comme la sociologie économique (les modalités alternatives d'organisation de la rencontre marchande) ou encore l'économie politique, telle qu'elle analyse la captation d'un profit par un agent, principalement dans une situation de corruption comme évoqué dans une publication du FMI <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2001/09/pdf/hellman.pdf> de septembre 2001. Ici, notre propos rejoint plus le premier aspect, que le second, rejoignant les écrits de Herbert SIMON, futur prix Nobel d'économie, qui formule le concept en 1971 « Dans un monde riche en informations, l'abondance d'informations entraîne la pénurie d'une autre ressource : la rareté devient ce que consomme l'information. Ce que l'information consomme est assez évident : c'est l'attention de ses receveurs. Donc une abondance d'informations crée une rareté de l'attention et le besoin de répartir efficacement cette attention parmi la surabondance des sources d'informations qui peuvent la consommer » in H. SIMON "Designing Organizations for an Information-Rich World [archive]", in M. Grennberger, Computer, communications and the public interest. Baltimore MD : *The John Hopkins Press*, 1971, p. 37-72

¹⁶¹⁰ Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil établissant une Autorité européenne du travail COM/2018/0131 final - 2018/064 (COD) du 13 mars 2018.

¹⁶¹¹ Règlement (UE) 2019/1149 du Parlement et du Conseil du 20 juin 2019 instituant l'Autorité européenne du travail, modifiant les règlements (CE) no 883/2004, (UE) n° 492/2011 et (UE) 2016/589, et abrogeant la décision (UE) 2016/344.

d'œuvre et à la sécurité sociale »¹⁶¹². Jusqu'alors seul le transport par route était spécifiquement envisagé¹⁶¹³ ou alors, la réglementation applicable se référait à la situation particulière des travailleurs détachés¹⁶¹⁴ ou plus générale, à la coordination des systèmes de sécurité sociale¹⁶¹⁵. Car, dès lors que dans un espace économique et financier commun, des différences de réglementation apparaissent, la question du traitement social de la main-d'œuvre¹⁶¹⁶, portant dans notre secteur d'études sur les personnels navigants et plus largement sur les travailleurs non-salariés, devient un facteur de concurrence. Cela se matérialise dans le secteur aérien par des évolutions des conditions de travail et de rémunération, comme le développement de l'emploi de travailleurs indépendants par les TBC/LCC.

1247. On peut évoquer, par exemple et en parallèle, la volonté du groupe Air France-KLM de développer l'offre de sa filiale Transavia, dont les conditions salariales et de travail sont « moins favorables » que celles du personnel de la maison-mère. Dans le même temps, mais sans comparer Transavia à la compagnie polonaise Buzz, filiale de Ryanair, le syndicat des pilotes SNPL (Syndicat des Pilotes de Ligne) France ALPA dénonçait la politique de gestion du personnel de Buzz. Ces deux affaires évoquent une concurrence sociale au sein même d'un groupe de compagnies aériennes, comme entre États membres. C'est ainsi que l'effort législatif porte la volonté d'envisager toutes les évolutions managériales et de réglementations nationales pour introduire, par des principes communs, une loyauté des conditions de la concurrence dans l'UE. **Ainsi en deux textes, le régime ancien applicable au**

¹⁶¹² Considérant...

¹⁶¹³ Règlement (CE) n°561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, modifiant les règlements (CEE) n°3821/85 et (CE) n°2135/98 du Conseil et abrogeant le règlement (CEE) no 3820/85 du Conseil et la Directive n°2006/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant les conditions minimales à respecter pour la mise en œuvre des règlements du Conseil (CEE) n°3820/85 et (CEE) n°3821/85 concernant la législation sociale relative aux activités de transport routier et abrogeant la directive n°88/599/CEE du Conseil, enfin, le Règlement (CE) n°1071/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route, et abrogeant la directive n°96/26/CE du Conseil.

¹⁶¹⁴ Directive n°96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

¹⁶¹⁵ Règlement (CE) n°987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

¹⁶¹⁶ Rapport Eurofound, Travailleurs économiquement dépendants, droit du travail et relations industrielles, 2002, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2002/travailleurs-economiquement-dependants-droit-du-travail-et-relations-industrielles> - Consulté le 8 février 2020.

personnel navigant est profondément revu, confortant l'objectif de l'article 3 TUE d'une économie sociale de marché¹⁶¹⁷.

1248. Le premier texte¹⁶¹⁸ apporte des changements concernant spécifiquement différents États membres qui avaient fait évoluer leur législation, notamment pour l'assurance incapacité de travail des non-salariés, tandis que le second¹⁶¹⁹ aligne les dispositions¹⁶²⁰ qui régissaient jusqu'alors la coordination des systèmes de sécurité sociale. Car il importe de relever que, concernant les personnels navigants, leur régime de sécurité sociale n'était prévu que dans un texte ancien, issu des premiers éléments de la libéralisation du secteur aérien¹⁶²¹ et le règlement (CE) n° 883/2004 n'envisageait pas les spécificités de ce groupe de personnes. Cette évolution législative est justifiée par la création d'une règle spéciale faisant de la notion de « base d'affectation » le critère pour déterminer la législation applicable aux membres de l'équipage de conduite et de l'équipage de cabine. Cependant, la législation applicable aux membres de l'équipage de conduite et de l'équipage de cabine devrait rester stable et le principe de la « base d'affectation » ne devrait pas donner lieu à des changements fréquents de la législation applicable en raison de modes d'organisation du travail ou de contraintes saisonnières dans ce secteur d'activité.

1249. La réglementation européenne permet donc une plus grande stabilité des règles sociales, mais elle doit néanmoins continuellement s'adapter aux stratégies des entreprises, spécifiquement dans le secteur des transports aériens de passagers. Une stabilité affichée et recherchée alors que le groupement européen des pilotes European Cockpit Association attire, par exemple, l'attention sur la construction adoptée par la compagnie scandinave à bas coûts Primeira Air. Celle-ci fait travailler une partie ses équipes sous statut d'indépendants, par l'intermédiaire d'une firme extérieure, Flight Crew Solutions, basée à Guernesey. Ce

¹⁶¹⁷ DENORD François, néo-libéralisme et « économie sociale de marché » : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950), Histoire, économie & société, *Armand Colin*, 2-2009.

¹⁶¹⁸ Règlement (UE) n°1244/2010 de la Commission du 9 décembre 2010 modifiant le règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement (CE) n°987/2009 du Parlement européen et du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004

¹⁶¹⁹ Règlement (UE) n°465/2012 du Parlement et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement (CE) n°987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004.

¹⁶²⁰ Règlement (CE) n°987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

¹⁶²¹ Règlement (CEE) n°3922/91 du Conseil du 16 décembre 1991 relatif à l'harmonisation de règles techniques et de procédures administratives dans le domaine de l'aviation civile.

forum shopping fait de la législation sociale un coût que l'entreprise doit tenter d'éviter ou d'optimiser. L'année dernière, dans un rapport sur le *dumping* social dans le transport européen, le sénateur Éric Bocquet notait que le recours au statut de travailleur indépendant pour les pilotes était également utilisé par les compagnies européennes Vueling, Volotea, Wizz Air, Enter air et Small Planet. Une situation que le sénateur jugeait d'autant plus préoccupante qu'une compagnie comme Ryanair avait perçu pendant des années des millions de subventions de la part des collectivités territoriales. La loyauté de la concurrence marque dans cette optique l'examen des aides d'État, sous la forme de conditionnalité sociale.

1250. Il est intéressant de rapprocher ces deux éléments de l'écosystème juridique du transport aérien quand il s'agit de pouvoir reprendre l'idée d'établir une conditionnalité des aides d'États au respect des droits et principes sociaux. Ce développement de l'offre TBC/LCC pose la question sociale¹⁶²² comprenant les conditions de travail et la question de la rémunération¹⁶²³ et des aides d'État amenant à créer un paradoxe tant commercial que social. Car il existe une pression intérieure, celle des TBC/LCC, qui se double de celle, extérieure, des compagnies dites « du Golfe », alors que l'accord de ciel ouvert avec le Qatar, signé en 2019 faisait réagir négativement et collectivement les pilotes de toutes les nations européennes¹⁶²⁴. Dans cette perspective, les arrêts qui requalifient les indépendants¹⁶²⁵ des plateformes numériques en salariés, pourraient durablement fragiliser le secteur des transports aériens à bas-coûts. **L'Union européenne adopte ainsi une nouvelle réglementation pour réintroduire une concurrence loyale en harmonisant les modalités de paiement des cotisations sociales des travailleurs du secteur aérien.** À partir de l'été 2012, ceux-ci doivent cotiser à la sécurité sociale et ont droit aux prestations dans le pays où ils prennent et achèvent leur service, c'est-à-dire leur base d'affectation, plutôt que dans le pays où la compagnie aérienne est établie.

¹⁶²² Avis du Comité économique et social du 17 avril 2013, la politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation.

¹⁶²³ Arrêt de la Cour du 4 décembre 2014 dans l'affaire C-413/13, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Gerechtshof te'sGravenhage (Pays-Bas), par décision du 9 juillet 2013, parvenue à la Cour le 22 juillet 2013, dans la procédure FNV KunstenInformatie en Media contre Staat der Nederlanden, ECLI:EU:C:2014:2411.

¹⁶²⁴ <https://www.air-journal.fr/2021-10-13-ciel-ouvert-ue-qatar-les-syndicats-denoncent-un-accord-completement-desequilibre-5230982.html> - Consulté le 13 octobre 2021.

¹⁶²⁵ *Supra*, Arrêt de la Cour du 4 décembre 2014 dans l'affaire n°C-413/13, et l'arrêt dans l'affaire C-692/19, Ordonnance de la Cour, B contre Yodel Delivery Network Ltd. du 22 avril 2020, ECLI:EU:C:2020:288 ; commentaire LOISEAU Grégoire, Statut juridique des travailleurs des plateformes : la CJUE prend position, *La semaine juridique sociale*, 2 juin 2020, n°22, n°2037.

La base d'affectation se définit comme le lieu où le membre d'équipage commence ou termine normalement son service et où, dans des circonstances normales, l'exploitant n'est pas tenu de le loger. Ainsi, un pilote qui travaille pour une compagnie ayant son siège en France, mais dont la résidence et la base d'affectation se trouvent en Italie par exemple, sera, en vertu des nouvelles règles, soumis à la législation de sécurité sociale italienne et non plus française, et ses cotisations sociales seront payées en Italie.

1251. **La recherche d'un standard européen vise à l'application d'un droit social européen tant pour les membres du personnel navigant des compagnies aériennes**, il s'agit d'une évolution positive dans la mesure où l'Union européenne ne disposait jusqu'ici d'aucune réglementation spécifique pour déterminer le pays dont la législation sociale était applicable, ce qui signifie qu'ils étaient souvent soumis au système de sécurité sociale d'un pays dans lequel ils n'étaient en fait pas basés. À partir de l'évolution de la réglementation, une compagnie aérienne doit verser les cotisations sociales dans le pays de la base d'affectation. Néanmoins le personnel navigant déjà en place devra expressément demander à bénéficier de ces nouvelles dispositions, faute de quoi la réglementation antérieure continuera de s'appliquer aux modes d'organisation du travail existants, pour une durée maximale de dix ans.

1252. Le rôle de la jurisprudence de la Cour est ici nécessaire pour, d'un côté, prendre en compte le plus précocement possible, à défaut d'anticiper l'influence de la réglementation de la sécurité sociale sur le choix d'établir des bases commerciales¹⁶²⁶, et de l'autre, envisager l'application, dans le droit social, du droit de grève¹⁶²⁷ et de sa déclinaison en termes d'indemnisation des passagers. Dans une affaire¹⁶²⁸, une grève organisée à l'appel d'un syndicat, dans le cadre de l'exercice du droit de grève, par le personnel du transporteur aérien, en vue d'exprimer des revendications tenant à l'amélioration des conditions de travail n'est pas déclenchée par une décision préalable de l'entreprise, mais par les revendications des travailleurs. Dès lors, peut-elle être considérée comme une « circonstance extraordinaire » au

¹⁶²⁶ Règlement n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n°295/91.

¹⁶²⁷ Demande de décision préjudicielle présentée par l'Audiencia Provincial de Pontevedra (Espagne) le 13 novembre 2019 dans l'affaire C-827/19, D.A.T.A. e.a./Ryanair, ECLI:EU:C:2020:720.

¹⁶²⁸ *Supra*, Arrêt de la Cour du 17 avril 2018 dans les affaires jointes C-195/17, C-197/17 à C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 à C-286/17 et C-290/17 à C-292/17, ECLI:EU:C:2018:258.

sens de l'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 261/2004¹⁶²⁹ et emporter une absence d'indemnisation des passagers ou s'agit-il au contraire d'une circonstance inhérente à l'activité du transporteur aérien ? Les questions du respect du délai de préavis imposé par la loi, notamment pour faciliter l'accès à des vols sur d'autres compagnies qui ne sont pas touchées par la grève comme la manière dont la grève est levée, venaient compléter les questions posées à la Cour. Finalement, la Cour n'eut pas la possibilité de prendre position devant le désistement des parties le 13 novembre 2019¹⁶³⁰.

1253. Dans cette thématique du droit social, il importe aussi de mettre en perspective les conflits sociaux que connaissent les compagnies historiques quand elles ont voulu créer et développer une nouvelle filiale dédiée aux routes court-courrier assortie d'un « moins disant social », car incluant des obligations d'heures de vol et de rotation plus importantes. C'est, récemment, l'exemple de la compagnie aérienne British Airways qui annonça, le 23 septembre 2021, la suspension de quasiment toutes ses routes court-courrier à l'aéroport de Londres-Gatwick (LGW), faute d'accord avec le syndicat de pilotes BALPA sur le lancement d'une nouvelle filiale dédiée aux liaisons moyen-courriers sur un modèle de « *middle cost* » qui tend vers le positionnement commercial d'easyJet. La compagnie britannique n'a ainsi conservé qu'un petit nombre de services nationaux connectés à son offre long-courrier pour l'alimenter. En effet, l'offre à Londres GW est dominée par les compagnies alternatives easyJet et TUI Airways pour une quarantaine de compagnies desservant l'aéroport en temps normal. British Airways y propose normalement 47 destinations court- et moyen-courriers, dont seulement quatre sans concurrence (Alger, Manchester, Gênes, et Cologne-Bonn durant la saison d'hiver). Au printemps 2020, la compagnie de l'alliance Oneworld avait suspendu tous ses vols à Londres-Gatwick et Londres-City, et annoncé des négociations sur le chômage partiel de 80 % de ses pilotes, hôtesses de l'air et stewards, personnel au sol, ingénieurs et employés du siège, soit près de 36.000 employés. Depuis la reprise du trafic, elle s'est concentrée sur les bases à Heathrow et City, la COVID-19 ayant finalement précipité son souhait de réorganisation de l'offre de vols.

¹⁶²⁹ *Supra*, règlement européen (CE) n°261/2004 du 11 février 2004 « indemnisation des passagers ».

¹⁶³⁰ Ordonnance du Président de la Cour du 4 septembre 2020 dans l'affaire C-827/19, D.A.T.A. e.a. contre Ryanair DAC, Demande de décision préjudicielle, introduite par l'Audiencia Provincial de Pontevedra / Radiation.

1254. **La question sociale peut enfin être influencée par la réglementation de la sécurité des vols.** Par exemple, la minimisation des coûts pour soutenir le modèle économique des *low cost*, a donné naissance à un projet de vols long-courriers à un seul pilote. Cela a entraîné une réaction vive du syndicat de pilote, le SNPL qui évoque, en juillet 2021, les risques de cette organisation par rapport à la sécurité. Cette perspective est issue de la décision de la compagnie hongkongaise Cathay Pacific qui, en collaboration avec Airbus, a souhaité introduire des vols long-courriers avec un équipage réduit, composé d'un seul pilote dans le cockpit pendant la majeure partie du vol, celle qui correspond aux survols d'étendues maritimes à haute altitude dans des conditions météorologiques favorables. Airbus, avec son projet baptisé « Project Connect », travaille à certifier un Airbus A350 pour une exploitation commerciale par Cathay Pacific dès 2025. Deux pilotes pourraient se relayer à bord alors que trois ou quatre sont nécessaires actuellement afin d'assurer la présence simultanée d'au moins deux pilotes dans le cockpit. En cas de problème, le pilote au repos pourrait venir en aide à son collègue dans le cockpit. Les deux pilotes seraient en revanche tous deux présents dans le cockpit au décollage et à l'atterrissage. En France, le même souhait est exprimé par les compagnies Air Caraïbes et French Bee. L'objectif de « Project Connect » est, bien entendu, de permettre aux compagnies aériennes, lourdement frappées par la crise sanitaire de COVID-19, de réaliser des économies au niveau des coûts d'exploitation, en réduisant le nombre d'équipages. Cette tentative n'est pas sans rappeler que concernant les vols *court* ou moyen-courrier, une décision de réduction du nombre de pilotes avait été déjà prise. À la fin des années 1980, l'introduction des commandes électroniques sur l'A320 avait déclenché l'opposition des pilotes qui refusaient le pilotage à deux. Même la catastrophe survenue dans les Alpes avec le *crash* de l'avion de Germanwings¹⁶³¹ en mars 2015, tout en relançant le débat sur la gestion des vols, n'a pas abouti à un retrait du pilotage à deux.

1255. Les progrès continus du monde digital permettent aux compagnies aériennes d'espérer baisser les coûts d'exploitation liés à la main-d'œuvre. L'acceptation sociale de cet objectif est bien moins certaine tant la perspective du monopilotage sur long-courrier inquiète. Si les organisations syndicales acceptent l'idée qu'à certains moments et sur

¹⁶³¹ Un A320 de Germanwings s'est écrasé dans les Alpes de Haute-Provence, le 24 mars dernier, en coûtant la vie à 150 passagers et membres d'équipage. L'accident a été attribué à une action volontaire du copilote Andreas Lubitz.

certaines lignes, le vol se déroule sans difficulté imprévue et que de ce fait, la charge de travail peut effectivement être temporairement réduite, il n'en demeure pas moins que l'idée récurrente consistant à vouloir réduire les coûts en réduisant le nombre de pilotes ne leur apparaît pas réaliste. Elle serait même dangereuse. Les technologies embarquées dans un avion, par leurs progrès, ont amélioré la sécurité des vols. Mais toute la logique d'exploitation d'un vol est que pour maintenir le haut niveau de sécurité atteint par l'industrie du transport aérien, la technologie n'est que le support de la synergie et la surveillance mutuelle entre deux membres d'équipage. C'est donc un achoppement sur ce haut niveau de sécurité indissociable de la présence en permanence au cockpit de deux pilotes entraînés et reposés, en état de vigilance et en mesure de reprendre les commandes à tout moment. La question se pose alors de renforcer des conditions communes de sécurité pour assurer un *level-playing field* loyal pour tous les opérateurs du secteur aérien.

1256. L'UE a pu répondre en 2008 par des normes communes de sécurité et la création d'une agence européenne de la sécurité aérienne¹⁶³², cadre normatif actualisé dix ans plus tard¹⁶³³. Sans pour autant, il importe de le souligner, rejoindre la démarche politique d'une réglementation sur les conditions de travail comme pour le transport maritime¹⁶³⁴. Il n'en reste pas moins que le règlement « sécurité aérienne » vise à éviter la sous-estimation des risques qui est la plus grande cause des catastrophes, en dehors des risques terroristes et militaires. Aussi, la sécurité du transport aérien n'étant pas qu'une question de statistiques, il a fallu inciter les autorités nationales à prendre en compte les scénarios imprévus, notamment dans le cas où les deux pilotes doivent travailler de concert pour résoudre un problème qui n'aura pas été prévu par les ingénieurs aéronautiques.

¹⁶³² Règlement (CE) n°216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n°1592/2002 et la directive 2004/36/CE.

¹⁶³³ Règlement (UE) 2018/1139 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2018 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne, et modifiant les règlements (CE) n°2111/2005, (CE) n°1008/2008, (UE) n°996/2010, (UE) n°376/2014 et les directives n°2014/30/UE et 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant les règlements (CE) n°552/2004 et (CE) n°216/2008 du Parlement européen et du Conseil ainsi que le règlement (CEE) n°3922/91 du Conseil.

¹⁶³⁴ Directive n°1999/63/CE du 21 juin 1999 repose sur un accord conclu entre l'Association des armateurs de la Communauté européenne (ECSA) et la Fédération des syndicats des transports dans l'Union européenne. Elle réglemente la durée du travail des gens de mer à bord des navires battant pavillon d'un État membre de l'Union, tandis que la directive n°1999/95/CE du 13 décembre 1999 concerne l'application de ces dispositions aux navires de pays tiers faisant escale dans les ports de la Communauté.

1257. Évacuer ainsi la question du pilote unique renforce la concurrence par des relations sociales apaisées, évitant toute forme de concurrence déloyale relevant de la prohibition du *dumping* pour gagner en compétitivité. **La concurrence peut donc être durable au sens de la prise en compte des externalités sociales pour éviter une concurrence nourrie par le *dumping social*** qui est source de profits pour les compagnies aériennes, mais aussi et dans le même temps, la perspective de conflits sociaux de plus en plus récurrents, comme nous le montre les dernières grèves annoncées au printemps 2022¹⁶³⁵ alors que la reprise du trafic aérien se confirmait. Il faut y ajouter le risque de concurrence fiscale, car l'analyse concurrentielle doit aussi se nourrir de la loyauté, pour mieux appréhender les formes de dépendance qui peuvent résulter d'un déséquilibre du marché intérieur.

B – Le risque de la concurrence fiscale comme facteur d'affaiblissement de la loyauté des rapports commerciaux

1258. Il ressort de notre analyse qu'à quelques exceptions près, la libéralisation du transport aérien a renforcé, dans leurs interactions, les compagnies aériennes au détriment des aéroports secondaires. Ce déséquilibre est avéré pour toutes les catégories de compagnies aériennes. Pour les compagnies historiques, l'histoire d'Air France, par exemple, est ponctuée, selon les intérêts de sa politique de plateforme, de décisions d'alléger voire de supprimer une desserte quand cela ne découle pas d'une décision gouvernementale pour des raisons environnementales. Le déséquilibre concerne tout autant les compagnies *low cost* qui profitent d'une offre aéroportuaire importante et dispersée, pour mettre en place une politique commerciale très offensive, souvent au détriment des aéroports secondaires. Cette situation place les collectivités locales, qui veillent au développement local et gèrent ces infrastructures, dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de ces compagnies, dépendance que les règles de concurrence peinent à sanctionner. Sur ce point, la notion de loyauté aide à formaliser cette situation de dépendance, de manière que la règle de droit permette d'éviter la concurrence fiscale dommageable entre les territoires. La concurrence fiscale est, certes, une résultante de la mécanique du marché intérieur, mais elle peut aussi

¹⁶³⁵ <https://www.brussels-charleroi-airport.com/fr/perturbations-du-22-au-24-avril-2022> - Consulté le 30 avril 2022.

mener à des dommages en termes d'équilibre des territoires et même handicaper le développement de l'offre à partir des régions.

1259. Exacerbant la concurrence entre les territoires, celle-ci conduit, en effet, les collectivités à accorder des aides importantes pour attirer les compagnies *low cost*, nécessitant l'analyse des conséquences possibles des aides versées par les gestionnaires d'aéroports secondaires aux compagnies utilisant leurs infrastructures. L'ensemble des mesures de soutien que peuvent adopter ces derniers, ainsi que les collectivités territoriales auxquelles ils sont rattachés, peut conduire à des phénomènes de concurrence fiscale horizontale. Les différents aéroports régionaux, et à travers eux, leurs territoires respectifs, pourraient alors se livrer à une concurrence en termes de baisse des taxes et redevances aéroportuaires, de financement des installations et des infrastructures ou de participation à des campagnes marketing communes en vue d'attirer les compagnies en question, rendant les décisions d'implantations d'autant plus instables que les frais de premier établissement ont été pris en charge par les collectivités elles-mêmes et que ces derniers sont relativement substituables les uns vis-à-vis des autres pour les *low-costs*.

1260. Ces compagnies aériennes, comme les opérateurs historiques qui subsistent sur ces aéroports régionaux ou au travers de leurs propres offres à bas coût, trouvent de nombreux avantages à s'implanter dans des infrastructures aéroportuaires secondaires. Les infrastructures n'étant guère congestionnées, pour ne pas dire sous-utilisées, les gestionnaires de ces dernières sont tentés d'accorder des conditions commerciales très favorables pour une éventuelle implantation. Dans le même temps, la clientèle de ces compagnies, très concentrée sur le segment loisirs, est peu sensible à l'éloignement des plateformes concernées vis-à-vis des centres urbains. Les volontés de développer une mobilité « durable », au sens écologique du terme, vers ces aéroports régionaux peuvent même renforcer, à terme, leur attractivité, si l'on en juge par les efforts des collectivités pour les connecter à leur territoire. De plus, les compagnies en question peuvent tirer profit à la fois d'un encadrement des aides publiques plus favorable et d'une forte asymétrie de pouvoir de négociations vis-à-vis des gestionnaires d'infrastructures pour lesquelles elles sont parfois en situation de quasi-monopsonne, devenant le seul opérateur à offrir des liaisons aériennes. Dans ce contexte, il est possible d'analyser la situation des aéroports régionaux comme relevant

d'un schéma d'interactions stratégiques horizontales, incorporant un fort risque de concurrence fiscale.

1261. La situation des aéroports régionaux peut à la fois être considérée sous l'angle d'une concurrence fiscale par mobilité potentielle des bases d'imposition, mais aussi d'une concurrence politique par comparaison¹⁶³⁶ (*yard stick competition*) conduisant à des évaluations comparatives des performances des gestionnaires publics et pouvant conduire à des comportements de mimétisme fiscal. Un gestionnaire d'un aéroport secondaire, averti des performances d'une infrastructure concurrente, ayant attiré des compagnies *low cost* au travers de telles mesures de soutien peut, par exemple, être tenté d'aligner ses pratiques même s'il n'est pas directement exposé à la concurrence de ce dernier. En effet, s'il doit rendre des comptes sur sa performance – en termes de taux d'utilisation de ses infrastructures – il risque d'être jugé peu efficient en regard de celles obtenues par le gestionnaire servant de *benchmark*. Les aéroports régionaux agissent pour attirer des compagnies à un degré plus ou moins important, jouant sur les avantages de la simple desserte, jusqu'à la plateforme de correspondance, en passant par la localisation d'une base commerciale. L'objectif est tout autant d'« attirer des bases d'imposition mobiles sur le territoire dont ils ont la charge »¹⁶³⁷ que de structurer un aménagement du territoire à partir de ce point focal majeur qu'est un aéroport.

1262. En 2008, dans son rapport¹⁶³⁸, la Cour des comptes souligne que les aides à l'implantation des compagnies *low cost* sur les aéroports secondaires sont versées par les collectivités pour combler des déficits d'exploitation ou en réduire les conséquences. Cette situation a conduit Air France à déposer fin 2009 une plainte auprès de la Commission européenne relative aux aides versées à Ryanair. Selon Air France, cette compagnie adosserait son développement sur des aides illégales (estimées à 660 millions d'euros) provenant d'au moins vingt-cinq aéroports français desservis¹⁶³⁹, situation de concurrence jugée déloyale à l'encontre de la compagnie historique. Les différentes formes d'aides (rabais sur redevances

¹⁶³⁶ MALAVOLTI Estelle et MARTY Frédéric, Analyse économique des aides publiques versées par les aéroports régionaux aux compagnies *low cost*. *European Consumer Law Journal / Revue européenne de droit de la consommation* (R.E.D.C.), *Larcier*, 2010, n° 2010/3-4, pp.529-558. fffhal-00614952f

¹⁶³⁷ *Supra*, MALAVOLTI Estelle et MARTY Frédéric, Analyse économique des aides publiques versées par les aéroports régionaux aux compagnies *low cost*.

¹⁶³⁸ *Supra*, Cour des comptes, rapport, Les aéroports français face aux mutations du transport aérien, 2008.

¹⁶³⁹ MALAVOLTI Estelle et MARTY Frédéric, id idem.

aéroportuaires, tarifs préférentiels d'assistance en escale, aides marketing, etc.), posent la question du soutien public à des activités privées, et celle, centrale dans notre cas, de la concurrence fiscale déloyale comme *instrument* d'aménagement des territoires. Le nombre des affaires passées ou encore pendantes, impliquant Ryanair comme bénéficiaire d'aides d'États, est topique de cette situation, celle d'une endogénéisation de l'aide publique dans un modèle économique. Dans le même temps, cette question de l'obtention d'aides est aussi source de contentieux quand les compagnies aériennes sont promptes à contester leurs concurrentes, bénéficiaires de tel financement public. Là encore, la réaction quasi systématique de Ryanair pour contester toutes les aides obtenues par d'autres compagnies évoque plus un autre aspect de la guerre commerciale qu'une volonté philosophique de faire appliquer la loyauté dans le transport aérien de passagers.

1263. Comme le souligne l'analyse faite de cette partie du marché aérien européen, ce qui caractérise la problématique des aéroports régionaux réside dans le fait que ce n'est pas le détenteur de l'infrastructure essentielle qui dicte sa loi aux utilisateurs, mais l'inverse¹⁶⁴⁰ dans la mesure où l'on n'est pas en situation de congestion, mais dans un cas de sous-utilisation. Certaines compagnies *low cost* vont donc profiter de la substituabilité relative de certains aéroports régionaux pour exercer un pouvoir de monopsonne et inverser l'asymétrie habituelle entre gestionnaire et utilisateurs de la facilité essentielle. Les aides publiques peuvent alors être analysées comme des transferts publics visant à attirer un facteur mobile dans un contexte général de concurrence des territoires. De ce point de vue, les exigences de Ryanair vis-à-vis des aéroports desservis peuvent être assimilées aux pratiques des « marges arrières » imposées par la grande distribution aux petits producteurs. Elle est probablement aussi complexe à appréhender du point de vue du droit.

1264. Concernant la question de l'efficacité des soutiens publics à l'implantation des compagnies *low cost* sur les aéroports secondaires, la théorie économique n'apporte pas de réponse tranchée. Si elles constituent des distorsions aux règles de la concurrence qui conduisent le plus souvent à des gaspillages de ressources publiques, les aides peuvent également générer des effets externes favorables pour le consommateur. La réponse de la théorie est encore plus modeste lorsqu'il s'agit de quantifier les effets de ces aides, prohibant

¹⁶⁴⁰ *Supra*, CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux, 2013.

par conséquent, toutes prescriptions ou règles générales d'évaluation pour les décideurs publics. Enfin, ces auteurs soulignent que les positions récentes de la Commission européenne sont plutôt favorables aux aides, car les bénéfices qu'elles procurent aux consommateurs apparaissent plus importants que leurs effets néfastes en termes de concurrence. Cependant, les collectivités locales concernées n'utilisent pas suffisamment la flexibilité dans la fixation des tarifs permise par la réglementation européenne concernant, en particulier, les services d'intérêt général (SIG)¹⁶⁴¹. Dès lors, que peut amener la loyauté appliquée à ces relations de dépendance ? **La politique de la Commission peut s'expliquer par cette loyauté appliquée à l'accès des consommateurs à un panel d'offres de transports, mais revêtirait encore plus d'intérêt si elle permettait de discipliner les interrelations régionales.**

1265. Face aux évolutions possibles de la réglementation européenne et aux incertitudes que cela fait peser sur ces pratiques, il était attendu de la réforme aéroportuaire un renouvellement des stratégies pour les aéroports régionaux et locaux. Comme le souligne le Pierre DELVOLLE : « économiquement les aéroports doivent chercher l'efficacité, car ils sont atteints pleinement par la concurrence »¹⁶⁴². Aussi, nous proposons de voir si, à l'instar des démarches entreprises par certaines collectivités, la coopération aéroportuaire peut constituer une réponse stratégique permettant de rééquilibrer le rapport avec les transporteurs et ce faisant, de rétablir leur pouvoir de marché au travers de l'application du principe de loyauté. Lors des négociations pour l'ouverture d'une ligne, les compagnies sont très exigeantes sur les conditions qui leur sont faites. Elles ne prennent aucun engagement sur la durée et demandent des aides financières importantes. À Beauvais-Tillé par exemple, les réductions de tarif accordées sur les prestations d'assistance en escale ont conduit à un déficit d'exploitation du poste « assistance aéroportuaire »¹⁶⁴³. La question de l'efficacité de cette concurrence fiscale par le biais de ces subventions directes ou indirectes se pose et tient au gain collectif, quand elle se traduit par un report de demande depuis des infrastructures congestionnées (Paris) vers ses aéroports régionaux (Beauvais-Tillé). En rappelant les

¹⁶⁴¹ *Ib idem.*

¹⁶⁴² DELVOVÉ (2007)

¹⁶⁴³ Chambre régionale des comptes des HAUTS-DE-FRANCE, rapport d'observations du 28 juin 2017, <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/aeroport-de-beauvais-tille-tome-2-societe-aeroportuaire-de-gestion-et-dexploitation-de> - Consulté le 5 août 2020.

principes soulignés dans les orientations publiées par la Commission en 2009¹⁶⁴⁴, tel que les effets d'agglomération, l'ensemble des décideurs publics devraient ainsi déterminer les différents effets des aides publiques sur tel ou tel aéroport afin d'évaluer les gains collectifs à long terme autre que la gestion de la ressource aéroportuaire. Le développement de l'aéroport régional permet-il une décongestion des transports publics de la ville d'origine du report du trafic aérien ?

1266. Cette grille d'analyse est perturbée par la réglementation elle-même, qui impose une temporalité aux aides : les transferts financiers directs (subventions, primes ou incitations fiscales...) sont transitoires et leur efficacité est, par hypothèse, limitée dans le temps. Il s'agit d'aides au démarrage, donc incitatives d'une nouvelle offre commerciale. Il reste qu'elles créent une instabilité des choix de localisation, dans la mesure où elles réduisent les coûts de délocalisation, renforçant le risque d'un certain nomadisme du fait de la concurrence entre les territoires. Dès lors que le coût d'implantation d'une base commerciale est le principal critère de choix d'une destination aérienne pérenne, cela explique que la compagnie Ryanair décide de fermer et ouvrir ses bases commerciales en fonction des aides obtenues et de l'évolution de la fiscalité comme de l'application du droit du travail. C'est, par exemple, après les cas de Marseille et d'aéroports allemands, en 2019 lorsque Ryanair invoque une surcapacité sur le marché européen pour justifier son départ de l'Espagne alors que les organisations syndicales l'accusent de le faire pour éviter de se soumettre à la législation sociale du pays¹⁶⁴⁵. Si une compagnie à bas coût n'a arbitré en faveur d'un aéroport secondaire vis-à-vis d'un autre qu'en fonction du montant des aides versées par ce dernier, une surenchère du second, voire la seule fin du programme d'aides du premier, peut suffire, sur le principe, à provoquer un changement de base aéroportuaire. Une concurrence « horizontale », entre collectivités territoriales substituables, peut alors s'instaurer, dans un même pays et entre pays (Baden-Baden *versus* Strasbourg est topique de cette relation de tension). En effet, même si un programme de soutien peut s'avérer rationnel du point de vue de la collectivité considérée, il n'en va pas moins susciter des externalités négatives sur le

¹⁶⁴⁴ Commission européenne, Orientations sur l'appréciation approfondie des aides régionales en faveur des grands projets d'investissement 2009.

¹⁶⁴⁵ THIBAUD Cécile, <https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/lespagne-sinquiete-de-la-fermeture-de-quatre-bases-par-ryanair-1126540> - Publié le 26 août 2019, consulté le 30 août 2019 et <https://www.journal-aviation.com/actualites/43511-espagne-ryanair-renonce-a-une-fermeture-en-echange-de-baisses-de-salaires-syndicat> - Publié le 10 décembre 2019 et consulté le 22 janvier 2020.

bien-être des collectivités limitrophes « victimes » du détournement de trafic et des nuisances sonores et organisationnelles qu'il induit.

1267. À l'instar des modèles développés dans le champ du commerce international, sous le terme de *strategic trade policy*, il s'agit d'un jeu de capture de rentes pouvant conduire à un résultat collectivement moins souhaitable que le *statu quo ex ante*. La concurrence entre les collectivités va conduire à des solutions de Nash en termes de taux d'imposition qui vont aboutir à imposer des taux d'imposition bien trop bas pour apporter un gain net à la collectivité. Cela mène à un programme d'aides publiques sous-optimal, au sens de Pareto, car les collectivités ne peuvent espérer récupérer leur mise dans la seconde période du jeu, l'aléa commercial lié au développement du tourisme étant important et la dépendance à cette manne financière trop risquée, comme le montre la situation pandémique actuelle. En effet, ce ne sont pas les entreprises qui sont piégées dans un territoire donné une fois leur décision prise. Ce sont les collectivités gestionnaires d'aéroports secondaires qui ont engagé des investissements, par nature, irréversibles et se trouvent victimes de la concurrence fiscale horizontale. En fait, la concurrence entre collectivités pour susciter des dessertes aériennes se rapproche par maints égards de modèles de course à l'innovation. La rente qui est alors recherchée n'est plus le pouvoir de monopole apporté par le brevet, mais les retombées économiques de l'implantation des entreprises. Les investissements étant lancés *ex ante* par les collectivités, le risque de duplication inefficace des infrastructures n'est pas négligeable et mène à un risque d'aggravation des surcapacités sur un « marché pertinent » donné, d'autant plus renforcé s'il apparaît que des gestionnaires d'aéroports investissent dans de nouvelles infrastructures. Le pouvoir de négociation des compagnies *low cost* n'en est alors que plus renforcé, de manière totalement artificielle.

1268. En outre, lorsqu'une compagnie représente la quasi-totalité, sinon la totalité, des dessertes depuis un aéroport donné, un éventuel retrait de cette dernière entraînerait des conséquences majeures. Les positions respectives des deux contractants se rapprochent donc étroitement de la situation qui prévaut dans le domaine de la grande distribution. Les risques de délocalisations des dessertes vers des infrastructures aéroportuaires substituables (Strasbourg par rapport à Baden-Baden, Pau face à Tarbes¹⁶⁴⁶ par exemple) sont alors

¹⁶⁴⁶ MARTY Frédéric, Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence : Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes, *La Revue de l'OFCE*, n°94, Juillet 2005, pp. 97- 125.

équivalents à des menaces de déréférencements dans les centrales d'achat. Dans l'obligation de couvrir une partie des coûts d'infrastructures déjà existantes, les gestionnaires peuvent accepter de pratiquer des tarifs inférieurs à leurs coûts totaux en vue de couvrir au moins leurs coûts fixes¹⁶⁴⁷.

1269. Le modèle ainsi décrit est jugé sévèrement tant par les autres compagnies aériennes que par les pouvoirs publics nationaux comme européen.

« Il suffit pourtant de considérer la structure financière de la plus célèbre compagnie *low cost* européenne, *Ryanair*, pour observer que ses filiales en relation avec le financement ou la location d'avions sont situées sur l'île de Man, un paradis fiscal que l'on ne présente plus. Mais cela ne semble pas suffire, puisque [d'] 'après les auditions organisées par le groupe de travail, ces filiales seraient préférentiellement localisées dans l'État du Delaware, qui n'impose pas les actifs localisés à l'extérieur de ses propres frontières. Les avions qui ne se posent pas dans le Delaware échappent donc à toute imposition sur les actifs de production »¹⁶⁴⁸.

1270. À ce point de l'analyse, il importe de soutenir que la loyauté peut donc contribuer à contrebalancer la concurrence pour assurer, par exemple, le développement équilibré du territoire, ce qui peut s'accompagner par une réorganisation administrative, comme la mise en place de nouvelles entités ou de transfert de compétences dans le cadre d'une décentralisation, à l'image du renoncement par la « grande région » Bourgogne – France-Comté à un des aéroports desservant initialement Dijon et Besançon, deux villes distantes de 96 km par la route.

1271. **La notion de loyauté découle de ces développements et serait donc intéressante pour mieux réguler le comportement des acteurs par le droit.** Elle peut, sur la base d'une volonté politique de la Commission, avec l'aval au moins tacite des États membres et du Parlement, développer une nouvelle fonction d'instrument d'affinage de l'analyse concurrentielle. Cela permettrait de donner corps dans cette analyse à la protection de l'équilibre entre les territoires et leur concurrence par leurs mérites et non sur la base d'un

¹⁶⁴⁷ TIROLE Jean, Comment réguler la gestion des infrastructures de réseaux ? n°30, 2015, <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/CEDD%20-%20Ref%20030.pdf> - Consulté le 29 mai 2019.

¹⁶⁴⁸ Sénat, rapport d'information, Concurrence dans le transport aérien : l'indispensable transparence, par MM. Jean BIZET, Éric BOCQUET, Claude KERN et Simon SUTOUR au nom de la commission des affaires européennes, du 19 novembre 2015.

« shopping fiscal »¹⁶⁴⁹. C'est ainsi que la directive n° 2016/1164¹⁶⁵⁰ vise le « transfert d'une activité exercée par un établissement stable » comme toute opération par laquelle un contribuable cesse d'avoir une présence fiscale dans un État membre, tout en acquérant une telle présence dans un autre État membre ou un pays tiers, sans pour autant devenir résident fiscal dudit État membre ou pays tiers. Par ailleurs, la directive n° 77/799/CEE du Conseil¹⁶⁵¹ fut à l'origine des échanges automatiques et obligatoires d'informations dans le domaine fiscal. Ainsi, ces échanges vont devenir obligatoires. Complétée en 1977, elle fut remplacée en 2019, passant d'une « assistance mutuelle » à une « coopération administrative ».

1272. Même si très peu de mention de l'obligation de loyauté est faite dans ces textes, ils ont forgé un socle pour établir d'autres réglementations et en ce sens, renforcer la durabilité de la concurrence à l'échelle du marché intérieur. Cela pourrait servir de modèle pour sanctionner des pratiques de fraudes aux subventions qui portent préjudice aux équilibres territoriaux. La possibilité d'équilibrer la concurrence pour qu'elle soit effective apparaît aussi dans le lien fort entre compagnies aériennes et gestionnaires d'infrastructures d'aéroports, matérialisé on l'a vu par les créneaux aéroportuaires, et qui prend aussi la forme des redevances pour paiement des services aéroportuaires. Ce lien financier fut au cœur de la récente polémique concernant les « vols à vide ». Dans cette affaire, qui a largement écorné l'image des opérateurs privés dans l'opinion publique, l'impérieuse nécessité d'une régulation du pouvoir de marché par le principe de loyauté fut tout autant mise en lumière.

¹⁶⁴⁹ La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne : actes du colloque, Université Jean Moulin Lyon 3, 19-20 novembre 2015 / organisé par le Centre d'études européennes (CEE) et le Centre d'études et de recherches financières et fiscales (CERFF) de Lyon 3, le Centre de recherches critiques en droit de Lyon 2 et le Centre d'études fiscales et financières (CEFF) Aix-Marseille Université ; sous la direction de Eric CARPANO, Manuel CHASTAGNARET, Emmanuelle MAZUYER, Bruxelles, *Larcier*, DL 2016 1 vol. (380 p.).

¹⁶⁵⁰ Directive (UE) n°2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

¹⁶⁵¹ Directive n°77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs.

§ 3 - Les redevances aéroportuaires : réguler le pouvoir de marché des aéroports par le principe de loyauté

1273. La directive n° 2009/12/CE « redevances aéroportuaires »¹⁶⁵² s'inscrit dans le cadre d'une initiative plus générale de la Commission, qui visait à soutenir l'exploitation efficace des aéroports de l'Union européenne comme à contrebalancer le pouvoir de marché des aéroports. En effet, différents systèmes de tarification de l'usage des infrastructures aéroportuaires existent dans l'Union européenne. Or, ils n'ont pas toujours de justification et ne font pas l'objet d'une information suffisante, contribuant à fausser le libre jeu de la concurrence. L'objet de cette directive était donc la mise au point d'une législation européenne sur les redevances aéroportuaires, à travers l'établissement de principes communs pour leur perception dans les aéroports de l'UE.

1274. À l'instar des autres marchés reposant sur des effets de réseaux, l'opportunité de régulation du pouvoir de marché dépend principalement du champ de compétence du régulateur tant par ses fonctions économiques¹⁶⁵³ que par son efficacité¹⁶⁵⁴. Dans ce cadre, la question de la loyauté se pose quant au rôle majeur des redevances aéroportuaires (A), et donc de sa nécessaire régulation (B).

A - Les finalités des redevances aéroportuaires questionnées par la loyauté

1275. Dans le jargon aéronautique, les redevances aéroportuaires sont appelées également « redevances réglementées ». Non pas que les autres redevances échappent bien sûr à un encadrement juridique, mais les redevances aéroportuaires font l'objet de dispositions dès le deuxième paquet aérien et distinguent selon les services financés par ces redevances, comprenant l'assistance lors d'escale¹⁶⁵⁵, la navigation aérienne¹⁶⁵⁶ ou le financement d'une assistance aux passagers handicapés et aux passagers à mobilité

¹⁶⁵² *Supra*, Directive n°2009/12/CE « redevances aéroportuaires ».

¹⁶⁵³ *Supra*, GUENOD Christian, Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel, Modèles communautaires et français dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, 2009. P 111 et 112.

¹⁶⁵⁴ *Ib id.* p230-234

¹⁶⁵⁵ Directive n°96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté.

¹⁶⁵⁶ Règlement d'exécution (UE) n°2019/317 de la Commission du 11 février 2019 établissant un système de performance et de tarification dans le ciel unique européen et abrogeant les règlements d'exécution (UE) n°390/2013 et (UE) n°391/2013

réduite¹⁶⁵⁷. Le dernier élément formant ce cadre normatif concerne les redevances aéroportuaires correspondant aux infrastructures et/ou au niveau de service fournis¹⁶⁵⁸, ci-après la directive n° 2009/12/CE.

1276. La directive met en place trois objectifs spécifiques dont le premier est la contribution à maintenir « une concurrence loyale entre les aéroports de l'Union européenne en introduisant des principes de tarification communs ». Dès 2009, c'est donc la loyauté de la concurrence qui est visée par l'harmonisation. Participant à cet objectif général, il s'agit de promouvoir des systèmes de tarification plus transparents, applicables aux usagers des infrastructures aéroportuaires, incluant autant les compagnies aériennes que les voyageurs qui se voient répercuter ces redevances aéroportuaires dans le prix de leur billet. Enfin, l'objectif financier est avancé. Il s'agit ici de dégager des recettes qui doivent être suffisantes pour pouvoir entretenir et compléter les infrastructures aéroportuaires à un niveau optimal. Pour cela, la Commission, dans sa proposition de directive, tient compte des recommandations d'un document de l'OACI sur la politique des redevances d'aéroport et de service de navigation aérienne¹⁶⁵⁹. En cela, elle replit un certain nombre de principes que l'on peut retrouver dans tous secteurs reposant sur l'utilisation d'infrastructures « essentielles ». Les exploitants d'aéroports doivent ainsi prendre en compte sept principes lorsqu'ils déterminent leurs redevances aéroportuaires. **Au côté des principes de non-discrimination et de transparence dans le calcul de la redevance, qui s'accompagnent de la possibilité corollaire de consultation et recours, il importe de souligner que des exigences de qualité** sont imposées alors que les gestionnaires d'aéroports doivent différencier les redevances aéroportuaires des redevances de sûreté, notamment. Tout ceci sous le contrôle d'une autorité de régulation indépendante pour assurer l'application correcte de la directive.

1277. Cette directive n° 2009/12/CE est un cadre européen juridique spécifique de l'UE pour les redevances aéroportuaires qui s'applique, ainsi, à tous les aéroports de l'Espace économique européen et de Suisse dont le trafic annuel dépasse cinq millions de mouvements de passagers et, au moins, à l'aéroport le plus important de chaque État membre. Elle s'applique à environ soixante-dix aéroports de l'UE et couvre ainsi près de 80 % du trafic des

¹⁶⁵⁷ Règlement (CE) n°1107/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens.

¹⁶⁵⁸ *Supra*, Directive n°2009/12/CE « redevances aéroportuaires ».

¹⁶⁵⁹ Politique de l'OACI sur les redevances d'aéroport et de service de navigation aérienne, 7e édition, 2004.

passagers dans l'UE. Cela étant, la réglementation en la matière n'appelle pas à la mise en œuvre de solutions toutes faites et d'application automatique, mais bien à s'inscrire dans une démarche dont la finalité est de trouver un point d'équilibre entre rémunérations de l'exploitant d'aéroport et maîtrise des coûts pour les compagnies aériennes, comme le considérant n°2 de la directive le souligne. En effet, depuis les débuts de la libéralisation du transport aérien, et particulièrement depuis l'émergence des compagnies *low cost* associée au développement des lignes ferroviaires à grande vitesse, à l'émergence de nouveaux grands hubs aéroportuaires mondiaux dans le Golfe persique et en Turquie, les aéroports français sont placés dans une situation de plus en plus concurrentielle, que ce soit avec des aéroports situés sur le territoire national ou sur des territoires voisins, mais également avec d'autres moyens de transport comme le train.

1278. Les gestionnaires d'aéroport sont donc soumis à la pression des compagnies aériennes qui font face à des problèmes de compétitivité et sont dans une recherche constante de maîtrise des coûts. L'objectif des exploitants d'aéroports n'est pas d'obtenir la tarification à haut niveau, celle-ci entraînerait inévitablement des décisions d'évitement et de report sur d'autres infrastructures. Une tarification agressive en matière de redevances aéroportuaires peut permettre d'attirer des compagnies aériennes et de développer le chiffre d'affaires à travers le développement des recettes extra-aéronautiques, principalement issues des commerces hébergés par les aérogares. Dès lors, dans ce cadre que constitue le principe de loyauté dans la concurrence, les gestionnaires d'aéroports sont très attentifs à la propension à consommer de différentes catégories de passagers. En conséquence, si les aéroports ont longtemps été considérés par les autorités publiques, avant tout, sous l'angle d'un service public permettant de satisfaire à des besoins de connectivité, ils sont, depuis quelques années, également envisagés comme des entreprises censées réaliser des bénéfices et attirer des investisseurs privés, notamment par la construction d'infrastructures¹⁶⁶⁰ ou la fixation du montant des redevances d'atterrissage¹⁶⁶¹, en tant qu'activité « directement

¹⁶⁶⁰ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011 dans les affaires T-443/08 et T-455/08, confirmé par l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH c/ Commission européenne*, ECLI:EU:C:2012:821.

¹⁶⁶¹ *Supra*, Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2008 dans l'affaire T-196/04, *Ryanair Ltd c/ Commission des Communautés européennes*.

rattachable à la gestion des infrastructures aéroportuaires, laquelle constitue une activité économique ».

1279. **Les redevances aéroportuaires sont donc au cœur de cette mutation**¹⁶⁶². Aux débats traditionnels entre concessionnaire de service public et usagers, est venu s'ajouter un enjeu de compétitivité où les mêmes acteurs sont appréhendés dans un rôle de fournisseur de services et de clients. C'est donc en prenant en compte cette réalité ambivalente, service public et entreprise, que l'on peut envisager le débat actuel¹⁶⁶³ portant autant sur la politique tarifaire des aéroports que sur la marge de manœuvre pour les États, issue de l'instrument juridique qu'est la directive. D'abord, la tentation est grande, nous l'avons vu, de pouvoir attirer les compagnies aériennes pour générer un flux de passagers qui consommera dans les galeries commerciales, les lieux de restauration, générant aussi des recettes de parking ou d'autres services associés à l'accès aux aérogares. Mais cette tentation est problématique si elle repose sur une combinaison d'infractions, telle que cette affaire des « aéroports portugais » en 1999¹⁶⁶⁴. La Commission européenne va ainsi sanctionner l'État portugais pour un système de rabais sur les redevances d'atterrissage et de modulation selon l'origine du vol, prévu par un ensemble de décisions réglementaires. Ce système concernait les aéroports de Lisbonne, Porto et Faro et modulait les redevances dues selon, d'une part, « la masse maximale au décollage indiquée dans le certificat de navigabilité », sans rapport avec le poids réel de l'appareil, et d'autre part, en fonction de la liaison opérée, distinguant les vols intérieurs des autres et y adjoignant un rabais lié à la fréquence des rotations.

1280. Ce système fut déclaré comme « une mesure incompatible avec l'article 90, paragraphe 1, du traité en liaison avec l'article 86 dudit traité », car, comme relevé au point 26 de la décision, il avait pour conséquence que « les compagnies aériennes réalisant un nombre d'atterrissages mensuel bien supérieur à 200, comme TAP et Portugalia, bénéficient d'un taux moyen de rabais proportionnellement plus élevé » alors que « Les rabais octroyés aux autres transporteurs, Iberia (8 %), Air France (6 %), Lufthansa (5 %), British Airways (4 %), Swissair, Alitalia et Sabena (1 %) varient entre 8 % et 1 % et n'ont dès lors pas un poids

¹⁶⁶² CAROL Pierre-Jean, Les recettes aéronautiques des aéroports commerciaux, *Droit et Ville*, 2016/2 n°82, p. 19-31.

¹⁶⁶³ Arrêt de la Cour du 21 novembre 2019 dans l'affaire C-379/18 Deutsche Lufthansa AG c/ Land de Berlin, ECLI:EU:C:2019:1000.

¹⁶⁶⁴ Décision de la Commission du 10 février 1999 relative à une procédure d'application de l'article 90 du traité (IV/35.703 - Aéroports portugais) [notifiée sous le numéro C(1999) 243], (1999/199/CE).

significatif. Dès lors, ce système favorise de facto les compagnies aériennes nationales, à savoir TAP et Portugalia.¹⁶⁶⁵ » **Le principe de non-discrimination assure alors une concurrence loyale en évitant de geler le degré d'influence des compagnies historiques et nationales sur le marché.**

1281. Il importe d'ajouter que l'État portugais opposait trois justifications pour soutenir ce régime tarifaire. D'abord, il estimait que dans la concurrence que se livraient les aéroports de toute la péninsule, il fallait développer une autre appréciation du marché pertinent. Il visait plus spécifiquement la mise en place d'un tel système par les aéroports de Madrid et de Barcelone, venant concurrencer abusivement celui de Lisbonne. Ensuite, les autorités publiques estimaient que ces redevances correspondaient à une incitation à une utilisation intensive des infrastructures, devant alors susciter des économies d'échelle. Enfin, il s'agissait avec ce système de faire la promotion du Portugal comme destination touristique. Excepté le premier argument, que la Commission rapproche du principe *Nemo auditur propriam turpidum allegans* (point 29), les deux autres relèvent d'objectifs, qui s'ils n'avaient pas induit les effets anticoncurrentiels mentionnés par la Commission, correspondaient à une utilisation pertinente des redevances aéroportuaires.

1282. Ces affaires posent la question de la pertinence de la taxation du secteur aérien qui s'ajoute aux redevances dues aux gestionnaires d'aéroports. Le droit international aérien, tel que contenu dans la Convention de Chicago, fait interdiction de taxer les compagnies aériennes sauf, à lier la taxation à l'obtention d'une licence d'exploitation nationale ou à un droit d'accès aéroportuaire. Les quatre taxes¹⁶⁶⁶ qui sont pratiquées actuellement dans l'UE portent sur des opérations de décollage et atterrissage, envisageant donc un territoire, les aérodromes, et à défaut une compagnie aérienne.

1283. Ce rapprochement progressif des objectifs a eu des effets positifs, pour le développement territorial et la satisfaction du consommateur, mais il demeure incomplet

¹⁶⁶⁵ *Supra*, Décision de la Commission du 10 février 1999 dans l'affaire IV/35.703 - Aéroports portugais.

¹⁶⁶⁶ La taxe de l'aviation civile exigible pour chaque vol commercial, régulier ou non régulier et due par toute entreprise de transport aérien public, quelle que soit sa nationalité ou son statut juridique, qui embarque un passager, du fret et/ou du courrier sur le territoire français ; la taxe de solidarité sur les billets d'avion, contribution additionnelle à la taxe de l'aviation civile dénommée « taxe de solidarité sur les billets d'avion » ; la taxe d'aéroport pour abonder un fonds de financement des services de sécurité ; la Taxe sur les nuisances sonores aériennes qui est dédiée au remboursement des annuités des emprunts contractés pour financer des travaux de réduction des nuisances sonores, et au remboursement des avances consenties pour le financement des travaux de réduction des nuisances sonores. <https://www.ecologie.gouv.fr/taxes-aeronautiques>

tant l'application des redevances aéroportuaires est source de contentieux et donc d'insécurité juridique. Ce constat a amené l'idée de la loyauté pour aller vers une concurrence durable qui se verrait ainsi complétée. En effet, ce cadre normatif doit pouvoir être remis en cause sinon amendé pour éviter tout manque dans ce raisonnement. Car il s'agit ici, pour envisager une régulation par le principe de loyauté, de prendre en compte, sans en écarter l'aspect de l'aménagement du territoire, la réalité de ce marché biface ; l'intérêt des acteurs d'une face à participer à une plateforme peut en effet augmenter avec le nombre d'acteurs de cette face (effet direct) ou d'une autre face du marché (effet croisé). Ainsi, « le marché pertinent d'un bien ou service donné se définit à l'intersection du marché produit et du marché géographique »¹⁶⁶⁷. Ce sera le sens de l'une des mesures de soutien au secteur à la suite de la pandémie, qui a amené au report, annoncé le 29 mars 2020, du paiement de certaines taxes et redevances exigibles entre mars et décembre 2020, sur les années 2021 et 2022. La mesure concernait la taxe de l'aviation civile et les taxations annexes comme les redevances sur les services terminaux de la circulation aérienne que recouvre Eurocontrol et la taxe de Solidarité sur les billets d'avion.

1284. Cette mesure d'aide d'État déclarée compatible avec le droit de l'Union¹⁶⁶⁸, outre les réactions des compagnies aériennes, tantôt pour dire l'insuffisance de l'aide, tantôt pour en contester le bienfondé, ramène fondamentalement à une double critique qui porte sur le fait que l'on taxe un accès au territoire, jouant alors contre sa compétitivité dans la concurrence mondialisée, et dans le même temps aussi sur la « sur » taxation des compagnies aériennes nationales dont le marché est principalement à destination et au décollage du territoire concerné. C'est aussi plus prosaïquement une taxation qui est vécue comme punitive. Ce fut le cas, lorsque le gouvernement français annonçait le 9 juillet 2019, son projet de « Taxer l'aérien pour financer le train¹⁶⁶⁹ », une « écocontribution » sur les billets d'avion qui devait varier de 1,50 à 18 euros dès le début de la saison 2020, sur tous les vols au départ de la France. Selon le gouvernement, elle devrait rapporter environ 180 millions d'euros par

¹⁶⁶⁷ *Supra*, Marty Frédéric et PILLOT Julien, Les marchés bifaces saisis par le droit de la concurrence, Réflexions sur la décision Android de la Commission européenne, 2019.

¹⁶⁶⁸ Décision de la Commission confirmée l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-259/20, Ryanair c/ Commission, du 17 février 2021, ECLI:EU:T:2021:92. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi du 1er avril 2021, dans l'affaire C-210/21 P, Ryanair c/ Commission.

¹⁶⁶⁹ DUTHEIL Guy https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/07/10/le-gouvernement-taxe-l-aerien-pour-financer-le-train_5487636_3234.html - Publié le 10 juillet 2019, consulté le 14 juillet 2020.

an. Un montant qui devrait être affecté au financement des transports ferrés autour des métropoles françaises. Dans le détail, les vols intérieurs ou intraeuropéens en classe économique seront soumis à une contribution supplémentaire de 1,5 euro par billet, allant jusqu'à 18 euros sur un vol hors Union européenne en classe affaires excluant les vols en correspondance, les vols intérieurs au départ ou à destination de la Corse, les lignes vers l'outre-mer ainsi que les liaisons d'aménagement du territoire, nécessaires au désenclavement territorial. Cette décision, issue du deuxième Conseil de défense écologique devait faire l'objet d'une inscription dans la loi d'orientation sur les mobilités (LOM), mais sera finalement inscrite au projet de loi de finances pour 2020 (PLF 2020).

1285. La réaction des compagnies aériennes fut prompte, à l'unisson de la compagnie Air France qui rappelait que la nouvelle taxe « représenterait un surcoût de plus de 60 millions d'euros par an pour le groupe » pointant une contradiction, car selon elle, cela représentait « l'équivalent des mesures prises dans le cadre des Assises du transport aérien, qui avaient vocation à renforcer la compétitivité du pavillon français ». Enfin, pour appuyer sa démonstration, la compagnie aérienne rappela, au besoin, que le volume de taxes et redevances déjà acquittées par elle était d'environ 1,5 milliard d'euros en 2018. Autant d'informations qui évoquent des perspectives de tourisme fiscal pour les compagnies aériennes, celles-ci pouvant limiter les effets de cette taxation en déplaçant ou réduisant leurs bases commerciales au gré des régulations nationales des redevances aéroportuaires. **L'argument de la durabilité environnementale de la taxation est ainsi mis en perspective avec le risque de déséquilibre fiscal du territoire de l'Union.** L'Union pourrait répondre à cet argumentaire que cette forme de concurrence est déloyale et que le risque de course à la législation fiscale la moins lourde est une forme de *dumping* fiscal dommageable. Dans cette perspective, l'équilibre singulier entre les TBC/LCC et les gestionnaires d'aéroport serait à nouveau questionné. **La concurrence devrait ainsi pouvoir intégrer dans son analyse d'un secteur les considérations de protection environnementale pour analyser la notion d'aide.** Sans développer cette perspective qui repose encore largement sur une prospective pour le moins lointaine, l'Union européenne n'en œuvre pas moins à une harmonisation des redevances aéroportuaires.

B - La régulation par l'harmonisation des redevances aéroportuaires

1286. La définition du périmètre de régulation des redevances aéroportuaires influence le débat sur les activités aéroportuaires qui doivent être soumises à une régulation tarifaire¹⁶⁷⁰ et le contentieux sur les qualités de l'autorité de supervision. Les représentants des aéroports les plus importants sont favorables au mécanisme de « double caisse » dans lequel le régulateur ne considère que les coûts et les recettes directement liés à l'activité aéronautique, laissant l'exploitant aéroportuaire entièrement libre de gérer à sa guise les activités commerciales et d'encaisser les profits en résultant. Cette idée est régulièrement débattue, notamment pour assurer une plus grande ressource financière aux aéroports régionaux, tant il faudrait « modifier le droit de l'Union européenne pour que les versements effectués par les transporteurs aériens au titre de chaque passager en transit prennent en compte le coût effectif de sa prise en charge, inférieur à la somme des dépenses induites par un passager qui s'envole et par un autre qui atterrit »¹⁶⁷¹.

1287. Ils mettent en avant l'évolution de la concurrence dans leur secteur, laquelle ne permettrait plus une régulation portant sur l'ensemble de leurs activités aéronautique et commerciale. La rentabilité financière des plateformes françaises les plus actives, l'importance de leur taux de marge et l'effet de levier de l'activité commerciale sur les profits tendent au contraire à suggérer que leur activité est profitable et que la concurrence entre aéroports est, en pratique, trop marginale pour avoir un effet substantiel sur leurs décisions tarifaires. En outre, le prix de vente moyen des billets d'avion est en baisse alors que les redevances aéroportuaires augmentent, entamant la rentabilité financière des compagnies aériennes. Dans ce contexte, la question de la régulation optimale des activités aéroportuaires se pose avec acuité.

1288. La directive dispose des principes de transparence, de différenciation sans discrimination dans le calcul des redevances aéroportuaires, et dans ce cadre, les opérateurs distinguent trois catégories dans l'identification des ressources financières des gestionnaires aéroportuaires. Ainsi, le système de « caisse unique » impose à un aéroport de placer tous ses revenus, comprenant les redevances versées par les compagnies aériennes aux recettes

¹⁶⁷⁰ *Supra*, MALAVOTI Estelle, Analyse économique de la régulation des redevances aéroportuaires, 2017.

¹⁶⁷¹ *Supra*, Assemblée nationale, Rapport du groupe de travail « Compétitivité du transport aérien français », Assemblée nationale, 3 novembre 2014.

commerciales de l'aéroport, dans une seule base de coûts. Le système de « double caisse » impose, quant à lui, de séparer les activités aéronautiques et non aéronautiques en deux centres de coût distincts. Enfin, la caisse aménagée utilise certains revenus commerciaux pour compenser les coûts aéronautiques. À partir de ces éléments, et en nous appuyant sur la formalisation du modèle d'affaires de l'aéroport¹⁶⁷², une régulation en caisse unique apparaît comme la régulation optimale pour protéger l'intérêt général, car elle permet, d'une part, d'optimiser la prise en compte de « l'externalité positive unilatérale de l'activité aéronautique »¹⁶⁷³ et de la rapprocher de l'activité commerciale. D'autre part, elle permet de mieux gérer les problèmes d'affectation de coûts (variables et fixes) et d'optimiser les décisions d'investissement. La difficulté d'accès à l'information comme le problème d'affectation des coûts entre les différentes catégories d'activités ou la collecte de données par le régulateur rendent la régulation plus coûteuse pour la collectivité puisqu'il faut déployer des mécanismes pour révéler l'information sur les coûts et les affectations de recettes et charges. La « double caisse » est également moins efficace dans la prise en compte des externalités, l'aéroport ne maximisant pas le profit issu des deux activités aéronautique et commerciale. Ces contraintes amènent à une structure de prix moins favorable aux compagnies aériennes, qui la répercutent sur les passagers, en définitive consommateurs finaux. **Ce débat renvoie ainsi à la capacité pour le régulateur de pouvoir assurer les missions que la réglementation lui a assignées**, que cela soit l'autorité nationale pour les redevances aéroportuaires ou le régulateur européen quand il s'agit de prendre en compte ces mêmes redevances dans l'analyse de la légalité d'aides d'État.

1289. Par ailleurs, la directive européenne n° 2009/12/CE a imposé aux États membres la mise en place d'une autorité de régulation indépendante pour réguler les redevances aéroportuaires. Au cœur 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 pour réguler les redevances en fonction de chaque situation spécifique et ainsi correspondre à la possibilité de différencier les redevances sans encourir le reproche de la discrimination. Si la directive n'impose aucune

¹⁶⁷² ACI Europe <https://www.aeroport.fr/uploads/documents/telecharger-le-document-en-francais.pdf?v12.2> – 2018 – Consulté le 9 mai 2020 et MENNECHEZ Morgane, Développement d'un modèle économique. Une réponse au trinôme complexe : client, fournisseur, compétiteur, *Gestion et management*, 2019.

¹⁶⁷³ *Supra*, MALAVOTI Estelle, Analyse économique de la régulation des redevances aéroportuaires, 2017.

forme particulière concernant l'autorité, des exigences fortes concernant l'indépendance sont attendues. Faute d'indépendance, la première transposition française datant de 2011 a en conséquence été annulée par le Conseil d'État. En effet, en application de cette directive, le décret n° 2011-1965 du 23 décembre 2011 avait désigné la Direction du transport aérien (DTA) de la Direction générale de l'aviation civile (DGAC) comme autorité de supervision des redevances aéroportuaires compétente pour homologuer les redevances aéroportuaires. Cette désignation mettait fin à l'homologation conjointe des ministres chargés de l'aviation civile et de l'économie des redevances aéroportuaires, devenue incompatible avec le droit européen. Ce choix français pose question au vu des transpositions des autres États membres de l'Union européenne, et s'inscrit dans un contexte national tendu relatif à la rationalisation des autorités indépendantes françaises¹⁶⁷⁴. C'est donc assez logiquement que cette transposition fut annulée par le Conseil d'État¹⁶⁷⁵ en 2015, la transposition n'assurant pas l'indépendance requise par la directive. En effet, la désignation de la direction du transport aérien de la DGAC comme autorité de supervision des redevances aéroportuaires était incompatible avec les objectifs de l'article 11 de la directive n° 2009/12/CE. L'État participait de fait au capital social d'une compagnie aérienne (Air France) et de plusieurs sociétés gestionnaires d'aéroports, et était en outre propriétaire de plusieurs aéroports importants. La France s'est par conséquent dotée d'un nouveau régulateur sectoriel, l'ASI, créé *ex nihilo*, en 2016, qui fut fusionnée, en 2019, avec l'ARAFER pour devenir l'autorité de régulation des transports (ART) en 2021¹⁶⁷⁶.

1290. Il est vrai que le choix de l'harmonisation plutôt que l'uniformisation est plus susceptible de pression contentieuse en ce qu'il comporte un risque plus grand de diffraction de la norme et donc de concurrence déloyale potentielle, en laissant aux États, pour le dire simplement, plus de marge en transposant une directive. Pour un autre exemple, montrant aussi le difficile dessaisissement par les États de leurs prérogatives en la matière, l'arrêt de la Cour¹⁶⁷⁷ répondant à une question préjudicielle sur l'articulation des décisions des différents

¹⁶⁷⁴ GELINEAU Théotime, L'aspect institutionnel de la régulation des redevances aéroportuaires, thèse sous la direction de Jean-Philippe KOVAR, 2017.

¹⁶⁷⁵ Conseil d'État, arrêt du 29 avril 2015, n° 379574, Syndicat des compagnies aériennes autonomes.

¹⁶⁷⁶ Loi n° 2021-1308 du 8 octobre 2021 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne (DDADUE) dans le domaine des transports, de l'environnement, de l'économie et des finances.

¹⁶⁷⁷ *Supra*, Arrêt de la Cour du 21 novembre 2019 dans l'affaire C-379/18, Deutsche Lufthansa AG c/ Land de Berlin.

intervenants dans la régulation, rappelle, dix ans après la directive, la nécessité d'un cadre normatif national le plus efficace possible parce qu'indépendant. En l'occurrence, la Cour est venue limiter cet effet de diffraction en évitant que la liberté donnée aux États dans la directive n° 2009/12/CE ne soit trop large. Cette directive permet leur permet d'ajouter des modalités particulières dans la détermination et l'application de redevances aéroportuaires (art. 1, §5 de la directive). Dans cette affaire *Deutsche Lufthansa* de 2019, portant sur une question préjudicielle notamment sur la procédure transparente (article 7 de la directive) et la compétence de l'autorité indépendante de supervision (article 11), la compagnie aérienne *Lufthansa* invoquait l'insécurité juridique tenant à ce que l'autorité gestionnaire de l'aéroport puisse établir et exiger d'autres redevances que celles autorisées par l'autorité de supervision, peut-être allant jusqu'à différencier ces redevances en fonction des opérateurs aériens.

1291. Et la Cour de répondre que « la directive [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale qui permet à une entité gestionnaire d'aéroport de déterminer avec un usager d'aéroport des redevances aéroportuaires différentes de celles établies par cette entité et approuvées par l'autorité de supervision indépendante, au sens de cette directive.¹⁶⁷⁸ » En cela, la Cour rejoint l'analyse de l'Avocat général CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, qui, dans ses conclusions, énonçait que « cela n'aurait pas de sens de permettre la conclusion d'accords particuliers qui éluderait ainsi l'application de ce système à l'égard d'un ou de plusieurs usagers. » car, « tout d'abord, de tels accords particuliers affecteraient le caractère commun du système de redevances. En outre, du point de vue de la transparence, ils introduiraient des facteurs de distorsion insurmontables.¹⁶⁷⁹ » **Il est intéressant de voir que pour la Cour, le système de redevances est uniformisé et que la marge de manœuvre des États ne porte que sur les modalités pratiques de ces redevances.**

1292. La relation entre redevances aéroportuaires, et plus largement la taxation du secteur aérien, et la volonté d'une concurrence loyale est clairement établie par la juridiction de l'UE et toutes les parties prenantes, tant pour condamner les conditions octroyées aux compagnies du Golfe persique par leurs États respectifs, que pour stigmatiser la relation singulière entre *TBC/LCC* et les aéroports régionaux. Alors que la pression concurrentielle des

¹⁶⁷⁸ *Supra*, Arrêt de la Cour du 21 novembre 2019 dans l'affaire C-379/18, *Deutsche Lufthansa AG c/ Land de Berlin*.

¹⁶⁷⁹ Conclusions de l'avocat général présentées le 27 juin 2019, ECLI:EU:C:2019:548.

compagnies d'États tiers, principalement Ethihad, basée à Abu Dhabi, Qatar Airways et la plus importante Emirates¹⁶⁸⁰, augmentait dès la deuxième moitié des années 2010, les inquiétudes des compagnies historiques, parfois maladroitement exprimées¹⁶⁸¹, alors que logiquement, le trafic de la compagnie française dépend essentiellement de ces aéroports parisiens. Cependant, ce constat avait déjà été posé par le PDG d'Air France de l'époque, Jean-Cyril SPINETTA qui réagissait à la signature d'un accord de trafic aérien entre la France et les Émirats arabes unis, en janvier 2011, octroyant progressivement à Emirates et Etihad vingt-deux nouveaux vols hebdomadaires en France. Devant la mission d'information sur la compétitivité de l'économie française de l'Assemblée nationale, le 16 mars 2011, l'ancien PDG d'Air France y produisait une analyse des comptes respectifs d'Emirates et d'Air France et faisait ressortir une série continue de ratios à l'avantage d'Emirates au niveau des frais de personnel et du rendement de chaque salarié, mais surtout concernant les coûts d'accès aux matières premières et à l'énergie. Ces ratios fournissent une explication de l'écart durable entre les deux transporteurs en faveur d'Emirates¹⁶⁸². Ces critiques ont été reprises par la Commission européenne¹⁶⁸³ qui a décidé de répondre aux sollicitations des compagnies aériennes européennes qui reprochent depuis des années à leurs homologues du Golfe de pratiquer une concurrence déloyale, notamment des subventions indirectes tant sur le carburant que sur l'utilisation des aéroports, les compagnies aériennes du Golfe versant très peu de redevances aéroportuaires dans leurs pays.

1293. Le projet de règlement, visant à réformer la concurrence dans le domaine du transport aérien, tentait de donner à l'Union les moyens de sanctionner leurs agissements qui relèvent aussi des aides d'État dont bénéficieraient certaines compagnies, *via* des prêts non remboursés, des subventions sur le carburant, ou encore des exemptions sur les frais d'aéroport, autant de mesures qui faussent le jeu de la concurrence. Enfin, par l'obtention de

¹⁶⁸⁰ <https://www.capital.fr/entreprises-marches/emirates-qatar-airways-ou-s-arreteront-les-compagnies-aeriennes-du-golfe-1232968> - Publié le 17 juin 2017, consulté le 20 juillet 2020.

¹⁶⁸¹ le PDG d'Air France, Frédéric GAGEY dans un entretien au Figaro, « Air France et ses passagers versent chaque année quelque 500 millions d'euros à ADP, alors les compagnies du Golfe paient très peu de redevances aéroportuaires dans leurs pays », <https://www.lesechos.fr/2015/05/air-france-critique-les-compagnies-du-golfe-261130> - Publié le 2 mai 2015, consulté le 22 septembre 2019.

¹⁶⁸² Assemblée nationale, Mission d'information sur la compétitivité de l'économie française et le financement de la protection sociale, audience du 16 mars 2011, https://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-micompetitivite/10-11/c1011006.asp#P6_458

¹⁶⁸³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n° 868/2004 COM(2017)289 du 08 juin 2017.

mandat de négociation des accords de trafic aérien avec ces pays, la Commission estimait obtenir un cadre normatif cohérent, lui permettant d'assurer cette concurrence loyale. Cela offrirait alors, aux compagnies historiques européennes, le dernier argument commercial possible reposant sur la consommation éthique, celle qui combine engagements de la RSE et jugement sur « la moralité de tout le système de production capitaliste »¹⁶⁸⁴. Cet argument qui n'est pas encore utilisé en tant que tel, mais que les déclarations régulières des dirigeants de compagnies occidentales rendent d'ores et déjà opérant, tente de répondre à celui de la qualité de services qui est régulièrement en leur défaveur¹⁶⁸⁵, faisant des aéroports des Émirats arabes unis et du Qatar de gigantesques plateformes aéroportuaires entre Europe et Asie. Les mêmes critiques avaient été formulées la même année par les compagnies américaines American Airlines, Delta Airlines et United Airlines, à la suite de la série d'acquisitions des compagnies du Golfe d'opérateurs européens, voulant profiter de l'accord de ciel ouvert entre l'Union européenne et les États-Unis. Ces compagnies américaines avaient en effet demandé début mars 2015 aux autorités américaines des mesures de protection pour se prémunir d'Emirates, d'Etihad et de Qatar Airways qui ont, selon elles, bénéficié de 42 milliards de dollars d'aides gouvernementales depuis 2004. Ainsi, dans le cadre des accords conclus entre les États-Unis et le Qatar le 30 janvier 2018, la compagnie nationale Qatar Airways a dû adopter des normes transparentes et cohérentes au niveau international en matière de divulgation et d'audit, lui imposant ainsi de publier ses comptes pour répondre aux souhaits des compagnies aériennes américaines.

1294. La question de la rentabilité des compagnies aériennes est en effet intrinsèquement liée à la tarification aéroportuaire, que l'on soit une compagnie tierce transportant des dizaines de millions de passagers par an, ou un aéroport régional. Cette catégorie regroupe les aéroports accueillant moins d'un million de passagers par an, et qui peinent généralement à supporter les coûts d'exploitation, impliquant leurs gestionnaires dans une course à la séduction (assimilable souvent à un véritable concours de beauté) pour attirer les compagnies à TBC/LCC, seules intéressées par ces destinations. Dès lors, la nécessité de subsides publics,

¹⁶⁸⁴ TOTI Jean-François, MOULINS Jean-Louis, Comment mesurer les comportements de consommation éthique ? *RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2015/4 (n° 18, vol. 4), p. 21-42. DOI : 10.3917/rimhe.018.0021. URL : <https://www.cairn.info/revue-rimhe-2015-4-page-21.htm>.

¹⁶⁸⁵ L'organisme de consultation Skytrax a établi le classement 2019 des meilleures compagnies aériennes du monde. Qatar Airways arrive en tête quand elle était 2e en 2018). Qatar Airways a franchi la barre des 140 destinations sur les cinq continents. <https://www.worldairlineawards.com/worlds-top-100-airlines-2019/>

au travers de contrat liant politique commerciale des compagnies et redevances aéroportuaires crée une relation tout à fait singulière entre compagnies à bas-coûts et ces aéroports. Dans un contexte de lente et incertaine reprise du trafic aérien, les compagnies aériennes et les aéroports s'opposent sur le calcul des redevances aéroportuaires dues par les premières aux seconds. Les redevances aéroportuaires sont payées par les compagnies aériennes pour l'utilisation des installations et des services des aéroports. Elles font partie du prix total payé par les passagers et les clients du fret aérien. Les redevances aéroportuaires représentent donc une part importante des revenus des aéroports et une part non négligeable des coûts d'exploitation des compagnies aériennes. Ce fut le sens de l'une des mesures de soutien au secteur à la suite de la pandémie, qui a amené au report, annoncé le 29 mars 2020, du paiement de certaines taxes et redevances exigibles entre mars et décembre 2020, sur les années 2021 et 2022. La mesure concernait la taxe de l'aviation civile et les taxations annexes comme les redevances sur les services terminaux de la circulation aérienne que recouvre Eurocontrol et la taxe de Solidarité sur les billets d'avion.

1295. Dès lors, les redevances aéroportuaires sont l'objet d'un véritable rapport de force entre les opérateurs privés, sur fond de pénurie de la ressource et de crise systémique du secteur. C'est ce que vient rappeler, ACI Europe, le syndicat professionnel des gestionnaires aéroportuaires, lorsqu'il évoque sa consternation face à la controverse, évoquant que celle-ci serait un élément de pression sinon de « *bluff* » de la part de la compagnie aérienne allemande face aux difficultés rencontrées dans les négociations avec les compagnies aériennes. Dans cette situation, les redevances aéroportuaires deviennent source de contentieux. Celui-ci prend de l'ampleur à mesure des évolutions conjoncturelles ou structurelles du secteur. Il peut relever de l'initiative des compagnies aériennes, qui contestent une revalorisation des redevances ou des aéroports eux-mêmes lesquels sont soumis à l'agrément de leurs redevances par l'autorité régulatrice, l'Autorité des transports en France, par exemple. Dans ces deux cas, la remise en cause du rôle de l'autorité régulatrice est le point commun, soit parce qu'elle discrimine, soit parce qu'elle valide un tarif aéroportuaire disproportionné. Toujours est-il qu'à travers cette pression contentieuse, les compagnies aériennes et les gestionnaires d'aéroport semblent se réconcilier à bon compte, faisant du régulateur l'origine de leurs maux. De la même manière, la Commission européenne apparaît ici encore une fois et fort malheureusement, comme l'instigatrice d'une aberration juridique et écologique.

Pourtant, elle ne fait que promouvoir un cadre normatif qui protège un droit, celui de détenir et conserver une ressource rare, le créneau aéroportuaire, à l'avantage exclusif des compagnies aériennes. Cette question de la ressource liée à l'infrastructure demeure donc primordiale.

1296. Le traitement différencié des moyens de transport, entre transports aérien ou ferroviaire, semble tenir essentiellement à une différence, celle venant du fait que les opérateurs ferroviaires historiques détiennent leurs infrastructures. Dès lors, on peut envisager que les systèmes de régulation, comme l'établissement des redevances dues à l'utilisation d'un quai de gare ou d'une porte d'un aéroport, diffèrent eux aussi¹⁶⁸⁶. Pourtant, l'interrégulation¹⁶⁸⁷ est apparue assez vite nécessaire, qu'elle soit institutionnelle ou notionnelle. Avec l'émergence de l'ART, l'interrégulation relève d'une seule et même autorité administrative indépendante qui développe de plus en plus de compétence intersectorielle¹⁶⁸⁸, avec les redevances aéroportuaires, au côté de l'idée que la notion de loyauté doit exister dans les rapports entre les compagnies et les blocs géographiques.

1297. **On évite ainsi le risque de la régulation asymétrique¹⁶⁸⁹ à l'aune de l'application du principe d'égalité dans la concurrence et d'une indépendance du régulateur¹⁶⁹⁰.** Un système concurrentiel non encadré sectoriellement est-il un signe de durabilité ? La régulation est née de la nécessité de prendre en compte la spécificité des secteurs, souvent en accompagnement de la libéralisation de ceux-ci. Le secteur aérien n'est en cela, pas régulé comme d'autres modes de transport. Dès lors, en l'absence d'une telle régulation sectorielle et en attendant une interrégulation complète, on évoque la nécessité de réobjectiver la

¹⁶⁸⁶ GRESSIER Claude, La tarification de l'infrastructure ferroviaire : l'état actuel en Europe et les évolutions souhaitables, *Transports urbains*, 2005/2 (N° 108), p. 8-12. DOI : 10.3917/turb.108.0008. URL : <https://www.cairn.info/revue-transports-urbains-2005-2-page-8.htm>.

¹⁶⁸⁷ FRISON-ROCHE Anne-Marie, Dictionnaire du Droit de la régulation et de la compliance, <https://www.mafr.fr/fr/glossaire-du-droit-de-la-regulation-et-de-la-compl/>.

¹⁶⁸⁸ L'ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires confie à l'Autorité de régulation des transports des missions de régulation du secteur aéroportuaire concernant les aéroports dont le trafic annuel a dépassé cinq millions de passagers lors de l'une des cinq années civiles précédentes ainsi que pour ceux faisant partie d'un système d'aéroports comprenant au moins un aéroport dont le trafic annuel a dépassé cinq millions de passagers lors de l'une des cinq années civiles précédentes.

¹⁶⁸⁹ *Supra*, MARTY Frédéric, Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes, 2012.

¹⁶⁹⁰ *Supra*, GRARD Loïc, L'indépendance « fonctionnelle » du coordinateur des créneaux horaires dans les aéroports doit être bordée par des règles de droit précises, 2017.

concurrence en particulier du fait des conséquences de la crise sanitaire sur le secteur de l'aviation depuis mars 2020.

Section 2 - La nécessité de réobjectiver la politique de concurrence par la loyauté

1298. Alors que le marché intérieur est censé être achevé depuis plus de trente ans, le marché intérieur aérien qui devait en être une des réalisations les plus stratégiques demeure incomplet tant les dossiers pendents, qu'ils soient technique (ciel européen), politique (obligation de service public) ou sociétal (rôle du consommateur), sont d'importance. Pour compléter ce tour d'horizon, il importe d'ajouter les différends entre les commissaires Magrethe VESTAGER et Thierry BRETON portant sur la remise en cause de ce que l'Union européenne se soit trop focalisée sur sa politique de concurrence au détriment d'une politique industrielle. Opposant respectivement pertinence et flexibilité des règles de concurrence - en particulier avec la crise due à la COVID-19 et alors que le cadre temporaire autorisant les aides publiques a permis de soutenir les entreprises européennes à hauteur de 3 000 milliards d'euros - et « autonomie stratégique » postulant une politique industrielle européenne plus offensive, cette divergence d'approche tend à se rapprocher pour adapter la politique européenne au double contexte sanitaire et environnemental. C'est tout le sens de la communication de la Commission européenne du 18 novembre 2021 intitulée « une politique de concurrence adaptée aux nouveaux défis »¹⁶⁹¹ qui souligne le rôle majeur du secteur des transports dans la transition écologique et, au-delà, d'un changement fondamental de paradigme économique.

1299. **La loyauté se développe pour envisager les effets de frontières que la libéralisation du secteur du transport aérien n'a pas encore fait disparaître.** En cela, la banalisation, comprise comme la perte d'une affectation spéciale ou le fait de priver des marques distinctives, de la politique de concurrence doit se poursuivre. Elle n'était plus en revanche un objectif qui prévalait sur les autres, mais un élément parmi d'autres d'une politique de mobilité conforme aux exigences de durabilité qui se sont développées depuis le

¹⁶⁹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, A competition policy fit for new challenges, COM/2021/713 final. (À ce jour, seule la version en langue anglaise est en ligne) et le commentaire de IDOT Laurence, Une politique de concurrence adaptée aux nouveaux défis, *Europe*, n°1 janvier 2022.

rapport Brundlandt et Meadows (Rome 1982). Dans le secteur aérien, cette dernière mutation de la concurrence s'exprime au travers de l'exigence de plus en plus prégnante de durabilité. Il ne s'agit pas seulement d'un objectif de mobilité durable, par une offre globale de transport ni par application des enseignements de la RSE, mais d'une caractéristique qui doit devenir intrinsèque. C'est donc la modification de l'objet même de la concurrence qui, certes, repose toujours sur une économie sociale de marché, doit aussi se combiner avec « un marché unique vert et numérique »¹⁶⁹².

1300. L'esprit de loyauté est plus que jamais associé au principe de loyauté exprimé comme nécessité de coopération. Dans cette idée, il importe de pointer les pratiques qui sont susceptibles de devenir déloyales et que le droit de l'Union se doit d'envisager pour les prévenir sinon les sanctionner. Dès lors, si la poursuite de l'eupéanisation du ciel européen se poursuit, elle implique de nouvelles pièces législatives pour assurer la durabilité de la concurrence (§1). Par ailleurs, la pratique des obligations de service public (OSP) parce qu'elle entraîne le soupçon de restrictions de concurrence, se doit d'en écarter les conséquences en termes de risque juridique, tant elle peut s'avérer nécessaire pour que la concurrence soit effectivement durable (§2). Enfin, cette réobjectivation de la concurrence passe par un retour, sinon une meilleure régulation, de la relation entre compagnies aériennes et les consommateurs. La régulation reprend ici la main sur le comportement des opérateurs, en prenant le soin d'agir dans les espaces interstitiels laissés par le droit de l'UE (§3).

§ 1 - La poursuite de l'eupéanisation du marché unique aérien, un nouvel élan par la réobjectivation de la concurrence

1301. Aujourd'hui, la libéralisation du transport aérien est effective en Europe pour les droits d'accès au marché. Tout transporteur aérien établi dans l'Union européenne a le droit de desservir librement la ou les destinations de son choix, sous réserve des capacités physiques de l'espace aérien et des aéroports. En revanche, alors que bien des pratiques restent sources de difficultés, comprenant la pénurie des créneaux horaires ou les comportements « prédateurs » des compagnies historiques, il demeure un certain nombre d'obstacles techniques qui n'ont pas abouti au décloisonnement de l'espace aérien européen.

¹⁶⁹² *Supra*, Communication from the Commission, A competition policy fit for new challenges, COM/2021/713 final.

Cette situation nécessite que la politique de la concurrence en fasse un objet prégnant pour compléter le principe de libre accès.

1302. **Cela s'inscrit dans le sens d'une concurrence durable, parce que régulée de telle manière à supprimer les derniers obstacles à l'achèvement d'un ciel unique européen.** Car, alors que le projet de ciel européen reste inachevé (A), la certification des technologies au service du confort et de la sécurité des passagers (B) et l'interconnexion informationnelle (C) sont des objectifs incontournables pour une meilleure efficacité du transport aérien.

A - Le ciel européen, un espace toujours en construction

1303. L'initiative « Ciel unique européen » a été lancée en 1999, sur la base juridique devenue article 100, § 2, du TFUE, afin d'améliorer les performances de la gestion du trafic aérien (GTA) et des services de navigation aérienne (SNA) au moyen d'une meilleure intégration de l'espace aérien européen. Les bénéfices attendus du ciel unique européen, réactualisés en 2009¹⁶⁹³, portaient sur un achèvement en 2030-2035. Ils peuvent s'avérer considérables par rapport à 2004, puisqu'un triplement de la capacité d'espace aérien était estimé avec une réduction de moitié des coûts de la gestion du trafic aérien, et une amélioration de la sécurité, enfin une réduction de 10 % de l'incidence de l'aviation sur l'environnement. Dans la pratique, le ciel unique européen devait permettre de réduire les temps de vol (grâce à des trajets plus courts et à une réduction des retards) et, par conséquent, de faire diminuer les coûts des vols et les émissions des aéronefs¹⁶⁹⁴, réduction des émissions revue à la hausse depuis 2019 et le Pacte vert.

1304. **À ce jour, la réalisation d'un système de transport unique est retardée par une série d'obstacles réglementaires, techniques et administratifs qui entravent la compétitivité du marché intérieur du transport pluri voire co-modal¹⁶⁹⁵** en particulier, et la croissance économique en Europe en général. Il importe de relever que la Présidence française de l'Union, qui a commencé au 1^{er} janvier 2022, envisageait d'avancer sur les dossiers qui ont

¹⁶⁹³ Règlement (CE) n°1070/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 modifiant les règlements (CE) n°549/2004, (CE) n°550/2004, (CE) n°551/2004 et (CE) n°552/2004 afin d'accroître les performances et la viabilité du système aéronautique européen.

¹⁶⁹⁴ Rapport d'information n°568 (2017-2018) de M. Vincent CAPO-CANELLAS, fait au nom de la commission des finances, déposé le 13 juin 2018 <https://www.senat.fr/rap/r17-568/r17-5685.html>

¹⁶⁹⁵ AMAROUCHE Youcef, Transport co-modal sélectif, modélisation et résolution, thèse en cours, Heudiasyc UMR CNRS 7253, HEUristique et DIAgnostic des Systèmes Complexes – UTC.

trop longtemps tardé à aboutir, comme le développement du réseau transeuropéen de transports (RTE-T) ou le cadre normatif de l'usage des infrastructures aéroportuaires par les compagnies aériennes et d'évoquer que « Dans le domaine de l'aviation, la présidence souhaite poursuivre la réforme des règlements relatifs au Ciel unique européen. »¹⁶⁹⁶, ce qu'elle n'a pas obtenu, prise par le contexte géopolitique et armé entre l'Ukraine et la Russie. Il reste à la présidence tchèque¹⁶⁹⁷ dans le cadre du Trio européen de poursuivre « l'amélioration de la connectivité des transports en Europe [qui] demeure également une priorité »¹⁶⁹⁸.

1305. Ainsi, pour évoquer la politique globale de transport, la révision envisagée du règlement sur les orientations de l'Union pour le développement de ce réseau transeuropéen¹⁶⁹⁹ associée à celle de la directive relative aux systèmes de transports intelligents¹⁷⁰⁰ apparaissent comme une nécessité pour améliorer l'interconnexion des réseaux nationaux de transport. À nouveau, on peut regretter que le transport aérien n'y soit pris en compte qu'à la marge. Pour n'évoquer que cette dernière directive, qui limite les systèmes de transports intelligents à la route, les interfaces avec d'autres modes de transport ne sont vues qu'au travers des communications satellitaires, alors que le déploiement de la technologie de la 5G est remise en cause à proximité des aéroports. Les doutes quant à la perturbation des altimètres des avions sont en effet régulièrement mis en avant par les compagnies aériennes¹⁷⁰¹.

1306. Il s'agit donc de poursuivre sur la voie privilégiée en 2013, qui évoquait un réseau intégré reposant sur une structure à deux niveaux : un réseau global (assurant des connexions efficaces vers toutes les régions de l'Union) et un réseau central (composé des éléments du

¹⁶⁹⁶ Conseil de l'Union européenne, <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/fr/programme/programme-de-la-presidence/>

¹⁶⁹⁷ Conseil de l'Union européenne, <https://czech-presidency.consilium.europa.eu/fr/actualites/les-succes-de-la-presidence-tcheque-juillet/> - Consulté le 2 juillet 2022.

¹⁶⁹⁸ Conseil de l'Union européenne, <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/fr/programme/programme-du-trio/> - Consulté le 22 juin 2022.

¹⁶⁹⁹ *Supra*, Règlement (UE) n°1315/2013 « développement du réseau transeuropéen de transport ».

¹⁷⁰⁰ Directive n°2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport.

¹⁷⁰¹ https://www.rtca.org/wp-content/uploads/2020/10/SC-239-5G-Interference-Assessment-Report_274-20-PMC-2073_accepted_changes.pdf - Consulté le 22 avril 2021. NB : RTCA est une organisation, fondée en 1935, regroupant des entreprises et des gouvernements du monde entier et représentant toutes les facettes de l'industrie du transport aérien.

réseau global les plus importants sur le plan stratégique). C'est aussi la consécration des corridors RTE-T, formant ce réseau central, qui ont permis que lors de la première phase de la pandémie, toute l'Union européenne ne se retrouve pas paralysée par des frontières nationales rétablies dans l'urgence sanitaire en exploitant les couloirs verts de libre circulation.

1307. La place et le rôle du transport aérien ne fait donc plus débat dans la perspective de ce réseau intégré. Il en a résulté, en juin 2013, une proposition de la Commission européenne de règlement¹⁷⁰² afin de refondre le cadre normatif qui datait de l'initiative « Ciel unique européen » lancée en 1999. Il s'agissait d'améliorer les performances de la gestion du trafic aérien (GTA) et des services de navigation aérienne (SNA) au moyen d'une meilleure intégration de l'espace aérien européen.

1308. La GTA garantit que le mouvement des aéronefs pendant toutes les phases des opérations (y compris les services de trafic aérien, la gestion de l'espace aérien et la gestion des courants de trafic aérien) est sûr et efficace. Par les SNA, on entend tous les services fournis pour la navigation aérienne, y compris les services de la circulation aérienne, les services de communication, de navigation et de surveillance, les services météorologiques, ainsi que les services d'information aéronautique.

1309. L'initiative de réduire la fragmentation de l'espace aérien européen entre les États membres du fait des multiples utilisations civiles et militaires et des contraintes technologiques a permis ainsi d'accroître sa capacité et de renforcer l'efficacité de la gestion du trafic aérien et des services de navigation aérienne. Le premier ensemble d'exigences communes établissant le ciel unique européen a été adopté en 2004. Au cadre pour la réalisation du ciel unique européen¹⁷⁰³, le législateur a ajouté une série de mesures, créant un paquet législatif cohérent comprenant la fourniture de services de navigation aérienne¹⁷⁰⁴,

¹⁷⁰² Proposition de la Commission européenne de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la mise en œuvre du ciel unique européen (refonte) COM(2013) 410 final 12 juin 2013 - <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11501-2013-INIT/fr/pdf>

¹⁷⁰³ Règlement (CE) n°549/2004 fixant le cadre pour la réalisation du ciel unique européen (« règlement-cadre ») du 10 mars 2004.

¹⁷⁰⁴ Règlement (CE) n°550/2004 relatif à la fourniture de services de navigation aérienne dans le ciel unique européen.

l'organisation et à l'utilisation de l'espace aérien¹⁷⁰⁵, enfin l'interopérabilité du réseau européen de gestion du trafic aérien¹⁷⁰⁶.

1310. Ainsi, une région unique européenne d'information de vol pour l'espace supérieur¹⁷⁰⁷ devait être mise en place pour ensuite organiser cet espace en blocs d'espaces aériens fonctionnels (ou FAB *Functional Airspace Bloc*). Ces blocs sont des volumes d'espace aérien définis en fonction des besoins du trafic aérien et non en fonction des frontières des États. Par exemple, le FABEC (Functional Airspace Block Europe Central) inclut dans un sous-ensemble l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suisse. La reconfiguration de l'espace aérien devait être fondée sur les besoins opérationnels, indépendamment des frontières existantes, ce qui constituait une innovation majeure. En effet, par rapport à la situation actuelle où chaque État gère son propre ciel et où les délégations d'espace sont très limitées du fait des accords entre États permettant, pour des raisons opérationnelles, à un fournisseur de service de contrôler des routes dans l'espace d'un autre État. Mais, la mise en place des FAB s'est heurtée aux mêmes obstacles et aux mêmes réticences que ceux qui ont empêché Eurocontrol de jouer un rôle fédérateur plus affirmé en Europe. En mars 2008, aucun FAB n'avait été mis en place. Le premier ne fut constitué qu'en juin 2008, entre le Royaume-Uni et l'Irlande, le second FAB DK-SE, par le Danemark et la Suède, la Norvège organisant un autre FAB avec la Finlande et les trois pays baltes. Cette situation est bien l'image d'un manque important d'eupéanisation de l'espace aérien de l'Union.

1311. Ce cadre fut donc modifié en 2009, donnant une nouvelle impulsion vers un « ciel unique européen II » afin d'inclure des mécanismes basés sur la performance¹⁷⁰⁸. Il fallait assurer ainsi une démarche d'amélioration qualitative de l'espace aérien ébauché en 2004. Il

¹⁷⁰⁵ Règlement (CE) n°551/2004 relatif à l'organisation et à l'utilisation de l'espace aérien dans le ciel unique européen.

¹⁷⁰⁶ Règlement (CE) n°552/2004 concernant l'interopérabilité du réseau européen de gestion du trafic aérien.

¹⁷⁰⁷ Soit au-dessus du niveau de vol 285. Un niveau de vol est en aéronautique une altitude exprimée en centaines de pieds au-dessus de la surface isobare 1 013,25 hPa. Le chapitre 2, point 6 de l'annexe 11 de la convention de Chicago de 1944 relative à l'aviation civile internationale demande la classification de l'espace aérien en espaces aériens pour les services de contrôle de la circulation aérienne ayant des dimensions définies. Pour l'espace aérien européen, la réglementation applicable est le Règlement d'exécution (UE) n°2016/1185 de la Commission du 20 juillet 2016 modifiant le règlement d'exécution (UE) n°923/2012 en ce qui concerne l'actualisation et l'achèvement des règles de l'air communes et des dispositions opérationnelles relatives aux services et procédures de navigation aérienne (SERA — Partie C) et abrogeant le règlement (CE) n°730/2006.

¹⁷⁰⁸ *Supra*, Règlement (CE) n°1070/2009 « performances et la viabilité du système aéronautique européen »

a également été complété par l'extension des règles de l'Union en matière de sécurité aérienne (et par les compétences relatives de l'Agence européenne de la sécurité aérienne) à la GTA, aux SNA et à l'exploitation des aéroports. En parallèle, un certain nombre de dispositions d'application et de normes techniques ont été adoptées soit par la Commission via un recours à la procédure de comitologie soit, moins fréquemment, par le législateur.

1312. Ainsi, même si l'espace unique n'est pas encore pleinement effectif, ce cadre réglementaire complet a fortement encouragé la restructuration de l'espace aérien européen et les dispositions en matière de SNA. Il a, entre autres, permis la séparation des fonctions de contrôle de la fourniture de services, une souplesse largement accrue pour ce qui est de l'exploitation civile et militaire de l'espace aérien, l'interopérabilité des équipements, la classification harmonisée de l'espace aérien supérieur, un système commun de tarification des SNA, et des exigences communes concernant l'octroi de licences pour les contrôleurs aériens. Le 22 septembre 2020, la Commission a proposé une mise à niveau du cadre réglementaire relatif au ciel unique européen en vue de rendre la gestion du trafic aérien plus durable et résiliente, dans le droit fil du pacte vert pour l'Europe. Cette mise à niveau consiste en une proposition modifiée de règlement sur la mise en œuvre du ciel unique européen¹⁷⁰⁹ et en une proposition de modification du règlement (UE) n° 2018/1139 en ce qui concerne la capacité de l'Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne d'agir comme organe d'évaluation des performances du ciel unique européen¹⁷¹⁰.

1313. C'est enfin, le règlement d'exécution (UE) n° 2021/116 de la Commission du 1er février 2021 qui parachève la mise en place du premier projet commun de soutien à la mise en œuvre du plan directeur européen de gestion du trafic aérien prévu par le règlement (CE) n° 550/2004 du Parlement européen et du Conseil¹⁷¹¹. Cette gestion du trafic est devenue un

¹⁷⁰⁹ En attente de la position du Conseil en 1ère lecture [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0186\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0186(COD)&l=fr) – Consulté le 29 mai 2022.

¹⁷¹⁰ En attente de la position du Parlement en 1ère lecture [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0264\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0264(COD)&l=fr) – Consulté le 29 mai 2022.

¹⁷¹¹ Règlement (CE) n°550/2004 du Parlement européen et du Conseil, modifiant le règlement d'exécution (UE) n°409/2013 de la Commission et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°716/2014 de la Commission.

projet entrant dans le cadre du Mécanisme pour l'interconnexion en Europe (MIE) mis en place en 2013 et réformé en 2021¹⁷¹².

1314. Dans son premier considérant, le règlement d'exécution souligne que

« Le ciel unique européen («CUE») vise à moderniser la gestion du trafic aérien («ATM») européen en améliorant sa sécurité et son efficacité. Il contribue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Le projet de développement et de recherche sur la gestion du trafic aérien dans le ciel unique européen («projet SESAR») constitue le pilier technologique du CUE. »

1315. Dans le droit-fil du Green Deal, le consommateur est également mis au cœur du ciel européen. Le considérant 17 explique ainsi que

« l'application combinée d'une gestion souple de l'espace aérien et du cheminement libre devrait permettre aux usagers de l'espace aérien de voler au plus près de leur trajectoire préférée sans être limités par des structures d'espace aérien rigides ou des réseaux de routes fixes. La mise en œuvre de la gestion souple de l'espace aérien au titre du présent règlement devrait être réalisée en liaison avec le règlement (CE) n° 2150/2005 de la Commission sur la gestion souple de l'espace aérien »

1316. Mais il reste une double compartimentation, institutionnelle et technique, qui freine la mise en œuvre effective de ce ciel unique européen. Pour les États, l'exercice de la souveraineté aérienne repose sur des prérogatives d'exclusivité territoriale et de maîtrise du contrôle aérien, avec ses droits et ses devoirs. Il faut distinguer l'encadrement de l'activité commerciale des compagnies aériennes et la navigation qui correspond aux activités de contrôle et d'encadrement des routes aériennes. Contrairement au droit de la mer qui accorde un « droit de passage inoffensif », la Convention de Chicago de 1944, base juridique de l'ordre international en matière de navigation aérienne, établit, sous son article 28, que la souveraineté des États est exclusive et complète sur leur espace aérien. Ce monopole de principe est toutefois atténué par des accords multilatéraux, droit de survol (première liberté) ou droit d'escale technique (deuxième liberté). Ils échappent ainsi au cadre des accords essentiellement bilatéraux auxquels sont soumis les autres droits aériens.

1317. Par ailleurs, deux agences coexistent, incarnant la spécificité, issue de droit international, du secteur aérien. Dans cette logique, il s'agit d'Eurocontrol¹⁷¹³, une agence

¹⁷¹² Règlement (UE) 2021/1153 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe et abrogeant les règlements (UE) n°1316/2013 et (UE) n°283/2014.

¹⁷¹³ EUROCONTROL ou Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne est une organisation intergouvernementale européenne, fondée en 1960, dont le siège est situé à Bruxelles. La convention internationale de coopération pour la sécurité de la navigation aérienne « EUROCONTROL » a été signée le 13 décembre 1960 par six États membres, la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, et les États du Benelux. Cette convention a été ratifiée le 1er mars 1963. L'Organisation compte aujourd'hui 41 États membres.

mandatée par la CEAC¹⁷¹⁴ dont le rôle est la mise en œuvre de la réglementation « technique » qui encadre le transport aérien, comme, notamment, en matière de sécurité via les ESARR (Eurocontrol SAFETY Regulatory Requirements). Son autre mission est d'harmoniser et d'unifier la gestion de la navigation aérienne en Europe, en promouvant un système uniforme pour les usagers civils et militaires, dans des conditions de sécurité maximale tout en minimisant les coûts et les impacts environnementaux.

1318. Par ailleurs, l'Union européenne a souhaité se doter d'une Agence Européenne pour la Sécurité Aérienne (AESA / EASA en anglais). Cette instance a eu au départ, en 2002, un rôle d'harmonisation du processus de certification des aéronefs pour l'Union, mais a vu son rôle s'élargir à toute la sécurité aérienne en tant que régulateur de l'ensemble du domaine de la sécurité de l'aviation civile, d'après les objectifs du paquet législatif « Ciel unique européen II »¹⁷¹⁵ adopté en novembre 2009.

1319. L'autre obstacle à surmonter est technique,¹⁷¹⁶ car Eurocontrol rencontre des problèmes pour centraliser une tâche à laquelle les pays sont très attachés, le contrôle de l'espace aérien au-dessus de leur territoire national. Pas moins de 41 services de ce type se relaient ainsi pour la surveillance des routes aériennes au fur et à mesure du vol des avions, avec la complexité qu'implique une telle course de relais ; en outre, cette pratique crée des goulets d'étranglement, les points de contrôle les moins performants créant et répercutant leurs erreurs sur toute la chaîne. La centralisation de la coopération est donc évidente du point de vue de l'efficacité du contrôle et la sécurité des passagers.

1320. Ainsi, on pouvait lire que « La France est responsable d'un tiers des retards aériens en Europe »¹⁷¹⁷ par son positionnement géographique entre Europe du Nord et du Sud et par l'importance de son trafic aérien, notamment au travers de l'aéroport CDG, premier aéroport de l'Europe continentale. Pour pallier cette contrainte qui pèse autant sur le trafic européen qu'international, en 2016, la tour de contrôle d'Orly a bénéficié d'un ambitieux programme

¹⁷¹⁴ La Commission européenne de l'Aviation civile ou Conférence européenne de l'aviation civile est une organisation européenne œuvrant à l'harmonisation de l'aviation civile en Europe. L'organisation a été fondée en 1955 et compte aujourd'hui 44 États membres.

¹⁷¹⁵ *Supra*, Règlement (CE) n°1070/2009 « performances et la viabilité du système aéronautique européen ».

¹⁷¹⁶ Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne du 28 juin 2001, sur les Communications de la Commission concernant la création du Ciel unique européen et les Transports aériens et l'environnement, et présenté par M. Bernard DEROSIER, Député.

¹⁷¹⁷ DAISAY Charles, <https://www.lefigaro.fr/conso/2018/07/18/20010-20180718ARTFIG00292-avions-en-retard-comment-la-france-ralentit-l-europe.php> - Publié le 18/07/2018, consulté le 23 septembre 2020.

de réaménagement¹⁷¹⁸ en deux temps qui a vu la modernisation du poste de vigie en 2018 puis l'installation d'un nouveau radar, pouvant prendre en compte jusqu'à 500 aéronefs, en septembre 2020 marquant ainsi les 50 ans de service de l'aéroport.

1321. Il apparaît donc une nécessité de relancer le débat¹⁷¹⁹ pour avancer dans les propositions de la Commission européenne afin de dépasser les réflexes de frontières non pas tant du point de vue économique que du renforcement de la sécurité et de la définition de routes plus respectueuses des exigences environnementales¹⁷²⁰, en modifiant le règlement « ciel unique européen »¹⁷²¹ ainsi que le règlement « Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne »¹⁷²². Le 14 décembre 2021, la Commission européenne lançait officiellement Sesar 3, la troisième phase du plan de modernisation du contrôle du trafic aérien européen, qui s'achèvera en 2030. C'est pour elle l'occasion de faire le point sur l'un des plus importants chantiers de l'Union européenne, lancé en 2004, afin d'accompagner le doublement attendu du trafic d'ici à 2025, et qui a déjà mobilisé près de quatre milliards d'euros, pour un bilan plutôt mitigé. Réunissant l'UE, Eurocontrol et plus de cinquante organisations couvrant l'ensemble de la chaîne de valeur de l'aviation, y compris les drones, ce nouveau partenariat européen investira plus de 1,6 milliard d'euros d'ici 2030 pour accélérer, par la recherche et l'innovation, la livraison d'un ciel européen résilient et durable parce que digital (*Digital European Sky*¹⁷²³).

1322. Le nouveau partenariat SESAR 3 servira dans des délais brefs, espèrent ses promoteurs, à accélérer la transition vers une aviation neutre pour le climat en se concentrant sur les solutions qui peuvent être mises en œuvre rapidement, et qui peuvent apporter des avantages environnementaux à court et à moyen terme, avant une accélération de l'utilisation d'une aviation elle-même durable (aide à la propulsion avec de l'hydrogène et

¹⁷¹⁸ Ministère chargé du Transport, DGAC, Aviation Civile magazine n° 376 _ Avril 2016.

¹⁷¹⁹ [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0186\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2013/0186(COD)&l=fr) et [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0264\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0264(COD)&l=fr)

¹⁷²⁰ BEYER Antoine, Les frontières du « Ciel Unique Européen ». Enjeux techniques et territoriaux du contrôle aérien en Europe, *Flux*, 2008/1 (n° 71), p. 8-23. DOI : 10.3917/flux.071.0008.

¹⁷²¹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la mise en œuvre du ciel unique européen (refonte) /* COM/2013/0410 final - 2013/0186 (COD) du 11 juin 2013.

¹⁷²² Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2018/1139 en ce qui concerne la capacité de l'Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne à remplir la fonction d'organe d'évaluation des performances du ciel unique européen COM/2020/577 final du 22 septembre 2020.

¹⁷²³ Digital European sky - Strategic research and innovation agenda, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c9771e7f-5555-11eb-b59f-01aa75ed71a1> - Publié le 10 décembre 2020.

l'emploi de carburants alternatifs). Il visera également à introduire des solutions permettant une infrastructure plus flexible et résiliente, capable de résister à des chocs imprévisibles comme la COVID-19.

1323. La coopération étroite avec les organismes de réglementation et de normalisation, notamment l'Agence de la sécurité aérienne de l'UE (AES A) et EUROCAE, doit être la condition afin d'accélérer la mise en œuvre des solutions. Il sera également essentiel de créer des synergies entre les activités de recherche et d'innovation aux niveaux européen et national, qui seront facilitées par la création d'un groupe représentatif des États pour suivre les progrès et avancements conformément à « Horizon Europe »¹⁷²⁴ et aux principales priorités de la Commission, y compris « la stratégie de mobilité durable et intelligente »¹⁷²⁵, « le Pacte vert - Green Deal - Européen » et une « Europe digne de l'ère numérique »¹⁷²⁶, comme autant d'évocations des efforts à faire pour rendre la certification des technologies durable parce que porteuses des valeurs du Green Deal.

B - La certification des technologies, enjeu technologique de la concurrence

1324. Les réflexions engagées à ce jour montrent que le contexte de l'industrie de réseau est lui-même très particulier du point de vue de la politique de la concurrence. L'enjeu fondamental de la certification des technologies pour assurer au mieux et le plus rapidement possible l'interopérabilité des systèmes de communication rend compte de « la fonction de la normalisation [...] celle de mise en compatibilité, qui permet d'assurer le fonctionnement effectif de liaisons techniques, telles que la modularité, la multifonctionnalité et l'interopérabilité. »¹⁷²⁷

1325. La certification des technologies répond ainsi à un double objectif, incluant autant l'utilisation des matériels que la transmission des informations pour le contrôle aérien. C'est

¹⁷²⁴ Horizon Europe est le principal programme de financement de l'UE pour la recherche et l'innovation, avec un budget de 95,5 milliards d'euros. https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe_en

¹⁷²⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir, COM(2020) 789 final du 9 décembre 2020

¹⁷²⁶ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_fr

¹⁷²⁷ FORAY Dominique, Innovation et concurrence dans les industries de réseau, *Revue française de gestion*, 2002/3-4 (n° 139), p. 131-154. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2002-3-page-131.htm>

l'objet du règlement (UE) n° 2018/1139¹⁷²⁸ qui fixe les règles communes dans le domaine de l'aviation civile et institue une Agence de l'UE pour la sécurité aérienne. Les objectifs affichés sont un niveau élevé et uniforme pour la sécurité comme pour la protection de l'environnement, sans d'ailleurs hiérarchiser l'un par rapport à l'autre. Et aussi une surveillance appropriée au niveau de l'Union, dans les limites fixées par la convention relative à l'aviation civile internationale de Chicago pour les aéronefs de pays tiers. Le propos de cette réforme ambitieuse qui repose sur la refonte de tout le cadre normatif jusqu'ici mis en œuvre correspond à l'application des principes de bonne gestion de la sécurité. Dans cette perspective, l'amélioration constante de la sécurité de l'aviation civile dans l'Union tente d'anticiper au mieux les risques émergents pour la sécurité et utiliser rationnellement des ressources techniques limitées. Ainsi, les efforts pour développer et améliorer le système de gestion de trafic aérien (*air traffic management* - ATM) correspondent à l'ensemble des activités menées pour assurer la sécurité et la fluidité du trafic aérien. Apparue dans les régions du monde au trafic le plus dense afin de gérer les problèmes de congestion du trafic, la gestion du trafic aérien inclut les services de la circulation aérienne, la gestion des flux de trafic et des capacités, et la gestion de l'espace aérien. Les activités de gestion du trafic aérien sont menées aux différentes échelles géographiques que sont les territoires nationaux, les zones aériennes supranationales et les continents. Initialement menée par les États, et même si elle relève encore de leur compétence, la gestion du trafic aérien passe progressivement à des organismes supranationaux, mais aussi à des prestataires de service privés, des gestionnaires d'aéroports et des prestataires de services de navigation aérienne. Le cas d'EUROCONTROL, qui dépasse le cadre strict de l'Union européenne, marque la nécessité de conventions internationales à la dimension d'une zone géographique plus que d'une organisation politique et juridique, pour assurer la meilleure connectivité possible du territoire.

1326. En parallèle et en continuité de la logique de transport multimodale, il existe la même démarche pour le système ferroviaire. On peut ainsi évoquer Le système européen de

¹⁷²⁸ Règlement (UE) 2018/1139 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2018 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne, et modifiant les règlements (CE) n°2111/2005, (CE) n° 1008/2008, (UE) n° 996/2010, (UE) n° 376/2014 et les directives 2014/30/UE et 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant les règlements (CE) n°552/2004 et (CE) n°216/2008 du Parlement européen et du Conseil ainsi que le règlement (CEE) n°3922/91 du Conseil.

gestion du trafic ferroviaire (*European Rail Traffic Management System*, ERTMS) qui vise à harmoniser la signalisation ferroviaire en Europe. Ainsi, l'ouverture en 1996, de la ligne à grande vitesse Nord Europe mettait en lumière l'accumulation de quatre systèmes nationaux différents. Le Thalys PBKA (Paris-Bruxelles-Cologne-Amsterdam) doit être équipé des systèmes français (KVB et TVM), et belges (Crocodile + TBL) et enfin néerlandais (ATB) et allemands (Indusi et LZB). Quand en Italie en 2005, la ligne à grande vitesse Rome-Naples (205 km) fut la première au monde à utiliser l'ERTMS 2, le reste du réseau ferré italien a tardé à appliquer le système de signalisation européen interopérable. Aussi, RFI - équivalent transalpin de SNCF Réseau -, a annoncé un mégaplan d'un montant de 2,7 Mds€ afin, d'ici 2026, d'équiper de l'ERTMS 3400 km d'un réseau national qui totalise près de 16 000 km de lignes, à côté de près de 4000 km de lignes indépendantes, car sous la tutelle des régions. D'autres appels d'offres sont en préparation pour équiper 700 km de lignes supplémentaires en Sicile, en Ombrie, dans les Abruzzes et le Latium. Au-delà de 2026, RFI prévoit une forte accélération des investissements afin qu'en 2036, l'ensemble du réseau ferré national sous sa tutelle soit équipé de divers niveaux d'ERTMS. Parallèlement, l'opérateur ferroviaire historique Trenitalia bénéficie d'une aide de l'État de 6 M€ à laquelle s'ajoute un crédit de 4 M€ de la Banque Européenne d'Investissement et de la Cassa Depositi e Prestiti pour installer l'ERTMS sur 76 rames automotrices régionales et sur 12 rames à grande vitesse. Il s'agira aussi d'adapter sept ETR 610 qui assurent les lignes transalpines Italie-Suisse-Allemagne et cinq rames ETR 470 des Chemins de fer grecs Trenose (filiale de Trenitalia) qui circulent entre Athènes et Salonique.

1327. La mise en place d'une signalisation unifiée européenne s'appuie sur deux systèmes, le système européen de contrôle des trains (ETCS) qui vise à terme de pouvoir gérer le trafic ferroviaire sur tout le territoire de l'Union et le GSM-R qui sert à communiquer entre les trains et les centrales d'exploitation du réseau ferré, renforçant la notion d'interopérabilité qui marque une place de plus en plus centrale dans le marché intérieur.

1328. Ces contraintes techniques et technologiques ont pu faire douter la Cour des comptes européenne qui rendait en 2017 un rapport spécial¹⁷²⁹ portant sur l'exemple de la

¹⁷²⁹ Cour des comptes européenne, Un système européen de gestion du trafic ferroviaire unique : ce choix politique se concrétisera-t-il un jour? Rapport spécial n° 13, 2017

Magistrale européenne. Ce projet de ligne à grande vitesse entre Paris et Bratislava¹⁷³⁰, puis Budapest correspond à cette nécessité de réobjectiver la concurrence tant les enjeux en termes de connectivité interne et externe du territoire européen, comme ceux d'alternatives crédibles au transport aérien de passagers, sont forts. Pourtant, face à ces enjeux, la Cour des comptes européenne pointait que

« Malgré la décision politique stratégique de déployer un système de signalisation unique dans l'ensemble de l'UE, aucune estimation globale des coûts n'a été effectuée afin de déterminer le montant du financement nécessaire et sa provenance. Le démantèlement des systèmes nationaux ne figurait pas parmi les obligations juridiques, lesquelles ne sont pas toujours conformes aux délais et aux priorités de la politique des transports de l'UE. Actuellement, le niveau de déploiement de l'ERTMS dans l'UE est faible. »

1329. En effet, le chemin peut être long de la décision politique jusqu'à son effectivité pour le consommateur. Les grands objectifs toujours actuels de la politique commune des transports ont été arrêtés par la Commission européenne en 2001 dans son Livre Blanc intitulé « La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix ». Tandis que le précédent Livre Blanc des Transports (1992) avait pour ligne directrice l'ouverture du marché européen des transports, l'objectif principal du Livre Blanc de 2001 prend en compte un rééquilibrage des différents modes de transport (stratégie du transfert modal) autant que la réalisation d'un découplage progressif entre croissance économique et croissance des transports. **Cela concerne la question des infrastructures** que le programme RTE-T¹⁷³¹ prend en compte pour poursuivre le plan de déploiement du réseau transeuropéen de transport, dont la première version a été mise en œuvre en 1996, **comme le choix des technologies de transport est primordial en incluant l'ensemble des modes de transport.**

1330. Ce projet transeuropéen (Paris - Bratislava) de la convention sur les réseaux transeuropéens, est effectivement commencé. Budapest se trouvera ainsi à l'est de cette ligne transeuropéenne. Les objectifs de cette magistrale furent de relier, d'ici à l'horizon 2020, 34 millions d'Européens de cinq États différents par une ligne ferroviaire à grande vitesse. La ligne devrait desservir les villes de France : Paris - Reims - Metz - Nancy – Strasbourg (France) à Győr et Budapest (Hongrie) en passant notamment par- Stuttgart - Ulm et Munich

¹⁷³⁰ Commission européenne, communiqué de presse, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_07_329

¹⁷³¹ Règlement (UE) n° 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n° 661/2010/UE.

(Allemagne) puis Salzbourg - Linz - Vienne (Autriche) et enfin Bratislava (Slovaquie). La coordination européenne initiée le 20 juillet 2005, à l'occasion de la définition des cinq projets transeuropéens ferroviaires prioritaires. En France, la mise en service en juin 2007 de la LGV Est européenne entre Paris (gare de Paris-Est) et Baudrecourt (Lorraine TGV), puis la prolongation de cette LGV jusqu'à Strasbourg en juillet 2016 a abaissé le temps de parcours à 1h50 le temps de parcours entre la capitale et Strasbourg. C'est côté allemand que les choix politiques nationaux se heurtent à la volonté politique européenne. En effet, la vision française de LGV nécessitant d'importants travaux pour circuler à plus de 300 km, n'est pas celle qui prévaut en Allemagne. Ainsi, la connexion Strasbourg-Appenweier via la ligne « POS Sud » (entre Kehl et Appenweier) a été conçue afin de permettre des vitesses allant jusqu'à 200 km/h incluant la rénovation du pont sur le Rhin ainsi que par une connexion rapide à la ligne de Mannheim à Bâle, ou *Rheithenbahn*. Lors d'une question au Parlement européen, le 5 mai 2009, le commissaire TAJANI répondait que « La plus grosse partie du tronçon de 831 km qui sépare Strasbourg de Vienne – et principalement les tronçons Strasbourg-Stuttgart et Linz-Vienne – sera terminée d'ici 2015. Le tronçon Stuttgart-Ulm, principal goulot d'étranglement, sera achevé pour 2020.¹⁷³² ». En effet, le réseau allemand n'est pas constitué principalement de voies à grande vitesse propres. Seul le tronçon entre Appenweier et Stuttgart pouvait être emprunté à 250 km/h puis jusqu'à Ulm, la ligne dut être construite pour une circulation à cette même vitesse, permettant toutefois de gagner 30 minutes sur le parcours actuel. Entre Ulm et Augsburg, la ligne existante permet de circuler entre 160 et 200 km/h. Enfin, c'est le tronçon vers Munich, en construction, ne devra permettre qu'une vitesse de 230 km/h. Le défaut de continuité dans la qualité des infrastructures relève l'importance des investissements pour une meilleure interconnexion entre les réseaux nationaux et au sein même des États membres. Enfin, au-delà de Vienne, il n'existe pour le moment aucun projet pour améliorer les liaisons vers Bratislava et Budapest. La politique de transport européenne reste donc fortement dépendante des décisions nationales et de leurs interdépendances, comme lorsque le souhait exprimé par le gouvernement slovaque d'un objectif de mettre Paris à environ six heures de Bratislava en 2016 n'est pas encore réalisé compte tenu des retards des projets en Allemagne. L'objectif de 6 heures entre Paris et Bratislava ne devait pas être

¹⁷³² Parlement européen, questions à la Commission, séance du 5 mai 2009, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-6-2009-05-05-ITM-011_FR.html#2-354

réalisable avant 2020. Le tronçon Strasbourg-Vienne devait coûter 10 milliards d'euros pour un coût total du projet prioritaire qui sera de 13,5 milliards d'euros.

1331. La Commission européenne en adoptant en décembre 2008 un plan de déploiement pour les systèmes de transport intelligents (STI), qui consistent à utiliser les technologies de l'information et de la communication (TIC) en conjonction avec les transports, pour notamment améliorer la traçabilité des trajets, emboîte le pas des opérateurs économiques qui prônent une meilleure interconnexion informationnelle. Les technologies impliquées incluent les satellites, les ordinateurs, les téléphones, tout type d'appareil de géolocalisation, ainsi que les puces RFID. Ceci n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes relativement à la vie privée et à la protection des données personnelles, comme a pu l'indiquer le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD), selon qui « le déploiement des STI a des implications importantes en termes de protection de la vie privée, notamment parce que ces systèmes permettent de suivre un véhicule et de recueillir un large éventail de données relatives aux habitudes de conduite des usagers européens de la route. »

1332. Traitant essentiellement du transport par route, ces systèmes de transport intelligents sont généralisables au transport aérien, qui dans ses efforts de dégager de nouveaux avantages concurrentiels, tentent de développer l'interconnexion informationnelle sur la base des territoires que les modes de transport desservent. Même si nous n'envisageons pas l'aspect militaire¹⁷³³, il est intéressant de pouvoir envisager cette connexion des différents réseaux de communication à l'appui des réseaux commerciaux comme un phénomène s'y superposant.

C – Les perspectives juridiques de l'interconnexion informationnelle par la coordination des opérateurs privés

1333. Un espace de données consacré au transport et au tourisme a peu à peu pris vie. Amadeus est une entreprise de gestion pour la distribution et la vente de services de voyages. L'exemple de cette société créée en 1987 est topique de notre champ d'étude par le fait qu'elle soit le fruit d'une entente horizontale. Quatre compagnies aériennes européennes (Air

¹⁷³³ On pourra lire utilement, la notion de territoire informationnel par LAUTURE Bertrand, Les territoires informationnels, enjeux de conquête du cyberspace, *Revue Défense Nationale*, 2015/5 (N° 780), p. 93-97. DOI : 10.3917/rdna.780.0093. URL : <https://www.cairn.info/revue-defense-nationale-2015-5-page-93.htm>

France, Iberia, Lufthansa et SAS) ont ainsi créé une structure commune de distribution informatisée des segments aériens afin de regrouper l'ensemble de l'offre de vente de billets d'avion, toutes compagnies confondues. Ce genre de société, nommé « Global Distribution System » (ou GDS), compte actuellement quatre compagnies dont Amadeus, les trois autres étant Sabre, Galileo et WorldSpan ; ces deux dernières étant désormais regroupées au sein de la même société Travelport. Il importe de souligner que dès l'ouverture à la concurrence du transport aérien de passagers, ces quatre compagnies aériennes européennes majeures interconnectent leurs systèmes de réservation pour offrir le choix le plus large aux consommateurs, directement au travers de site internet commercial comme Opodo, Kayak ou alors par l'intermédiaire d'agences de voyages clientes de la société Amadeus. Outre, cette fondation par les compagnies aériennes elles-mêmes, Amadeus est aussi l'exemple de la maturité du marché apparue dès le début des années 2000 quand les compagnies aériennes ont commencé une externalisation généralisée de leur informatique commerciale à des sous-traitants, au premier rang desquels Amadeus, mais aussi ses concurrents américains Sabre et Unisys. Cette évolution aboutit actuellement à un projet encore plus large, porté par des opérateurs aériens comme les groupes Air France-KLM et ADP ainsi que l'aéroport Marseille-Provence, ferroviaire, avec la SNCF et l'entreprise Amadeus. Leur objectif est de fournir aux entreprises du secteur des transports une meilleure circulation de leurs données. Ce projet s'inscrit dans le cadre des règles européennes et dans l'esprit de Gaia-X, dont l'Union européenne fait la promotion non seulement pour sa souveraineté numérique, mais aussi parce que cela favorise des comportements de loyauté vis-à-vis de l'information.

1334. Cette évolution n'exclut pas que les compagnies aériennes puissent rester maîtresses de leur réseau virtuel de distribution. Ainsi, le groupe Lufthansa, par exemple, poursuit ses efforts pour « la modernisation de la distribution » en ayant révolutionné, ce secteur. Il y a deux ans en intégrant des frais GDS¹⁷³⁴, normalement assurés par un opérateur de voyages externe, le groupe Lufthansa poursuit sur sa lancée dans ses marchés privilégiés (Allemagne, Autriche et Suisse) par un renforcement de la vente directe. En France, la stratégie est actuellement un peu différente, mais le groupe n'exclut pas d'avoir des liens

¹⁷³⁴ Un système de distribution globale, ou GDS, est un réseau d'agents de voyages spécialisés dans la vente et la réservation de produits de voyage, notamment les chambres d'hôtel et les formules de voyage. Pour cela, ils perçoivent une rémunération au travers de frais facturés aux compagnies aériennes et aux hôteliers.

privilégiés avec des entreprises ou des réseaux d'agences, même si, réservée initialement aux pays de la « sphère Lufthansa », Allemagne, Autriche et Suisse essentiellement, l'offre "Direct Connect" s'applique depuis le début du mois de mai 2018 à certaines lignes en France : les routes Paris-Vienne, Paris-Zurich, Lyon-Vienne, Nice-Zurich et Toulouse-Francfort. Direct Connect, ce sont des tarifs avantageux disponibles exclusivement sur internet. Introduits pour commencer sur les vols en Economy "Light" et "Classic" sur certains itinéraires, ce sont des prix 20 € moins chers par rapport aux tarifs proposés en Europe réservés via les GDS. Le groupe Lufthansa confirme ainsi son souhait d'avoir des liens privilégiés et directs avec ses clients, même si les GDS représentent encore plus de 50 % des ventes du groupe. **Cette interconnexion informationnelle apparaît comme l'un des axes d'évolution de la politique de concurrence**, intégrant la dimension politique du dosage de l'intervention de la puissance publique tout autant que la prise en compte des risques que peuvent faire courir toute cette collecte et ce traitement de données personnelles devenues commerciales. Une industrie de réseau, comme le transport aérien, est une industrie dans laquelle la valeur du produit dépend non seulement de ses qualités intrinsèques, mais aussi du nombre d'utilisateurs, liant cette valeur à la taille du réseau dans lequel ce produit, le billet d'avion, est inséré. L'accroissement du nombre d'utilisateurs initie un effet physique direct sur la capacité de connexion du réseau, par l'intermédiaire des aéroports connectés entre eux tant par les correspondances possibles que par le programme de fidélisation que les compagnies aériennes développent grâce à leur réseau d'alliances, définissant la valeur que représente pour chaque usager son appartenance à ce réseau.

1335. Ce réseau est donc tout aussi virtuel, presque métaphorique, à l'image de cette appartenance des utilisateurs à tel ou tel programme de fidélisation, les appelant à une loyauté envers la compagnie aérienne qui les transporte. Dans ce cas, c'est l'existence d'un bien ou d'un service complémentaires qui implique que la valeur du produit est dépendante de la grandeur du réseau. Par exemple, avec l'accroissement du nombre d'utilisateurs d'un programme commercial récompensant la fidélité du passager à une compagnie et à ses partenaires, la possibilité non seulement de transformer les « miles » accumulés en billets d'avion, mais aussi d'avoir accès aux salons d'attente et leurs services partout dans le monde s'élève. De même, un réseau de « services après-vente » devient de plus en plus dense au fur

et à mesure de la croissance des parts de marché du produit considéré, comme ce service de suivi du bagage et de prise en charge du passager en cas de retard ou d'annulation.

1336. **Il y a donc la nécessité que les technologies de communication correspondent à l'enjeu de l'interopérabilité par l'interconnexion informationnelle pour que la concurrence soit durable dans le secteur de l'aviation.** L'interopérabilité reste dépendante du degré d'intégration de l'alliance commerciale entre compagnies aériennes, du partage de codes, degré 1 jusqu'à la quasi-fusion des programmes de fidélisation, degré ultime. Or, l'interopérabilité entre les réseaux de transport est encore très partielle avec des déploiements partiels des technologies de transmission d'informations entre les opérateurs de transport et d'autant plus que le transport est multimodal, l'avion et le train notamment. La logique recherchée par les compagnies aériennes est la qualité de la collecte et de la compilation des informations jusqu'au traitement de celles-ci. Cette logique est ainsi mise en œuvre par les compagnies aériennes pour maîtriser toute la chaîne de valeur de ces données personnelles : horizontalité avec le partage des informations entre compagnies partenaires, verticalité avec la collecte d'informations lors de la réservation et notamment le rapport conflictuel entre les compagnies aériennes et certaines sociétés GDS à propos de la redevance due par les premières aux secondes, mais aussi, et surtout à la collecte des informations. Avec la reprise post-pandémique, le bras de fer prend des allures de conflits juridiques, invoquant tour à tour des arguments de comportements déloyaux. C'est le cas de Kiwi.com, par exemple, dont le modèle économique est d'envisager les compagnies aériennes telles des fournisseurs de pièces détachées pour proposer, selon les mots du voyageur tchèque, « une nouvelle façon d'acheter des voyages et de créer des itinéraires uniques », trouvant là une porte d'entrée que les réseaux constitués par les alliances commerciales aériennes avaient tenté de maintenir fermée. Ainsi, Air France et Ryanair, après Aeroflot, Southwest Airlines, KLM, toutes exigent que le voyageur tchèque Kiwi.com cesse de vendre leurs billets d'avion.

1337. N'ayant pas autorisé Kiwi.com à commercialiser ses vols, Ryanair menace de refuser l'accès aux avions à tout passager se présentant avec une carte d'embarquement émise par le voyageur tchèque. Air France a ainsi demandé à toutes les agences de voyages accréditées IATA (Association du transport aérien international) de cesser de distribuer les services des compagnies Air France et KLM à Kiwi.com sauf si ces agences émettent les billets mentionnant les destinations finales correctes, de même que l'identité des passagers ainsi que leurs

coordonnées. La volonté des compagnies aériennes est donc clairement d'assurer le contrôle entier de la distribution de ses produits. Se passant d'accords commerciaux avec les compagnies aériennes, ces voyagistes en ligne proposent aux consommateurs internautes de comparer et réserver des billets pour des vols à bas prix en pratiquant le *Web scraping* (ou encore *Web harvesting*, récolte de données d'une page web). Cela consiste à copier, via un logiciel, les contenus des sites des compagnies aériennes pour l'afficher sur leur propre site et permettre la commande des billets pour leurs clients auprès de voyagistes partenaires accrédités. L'autre possibilité offerte aux consommateurs est de proposer le vol aller sur telle *low cost* et le retour sur une autre, avec finalement un aller-retour moins cher que s'il était réservé sur la même compagnie aérienne, ou encore réserver l'aller et le retour séparément comme deux billets différents, avec parfois pour résultat un prix plus bas. C'est le cas, par exemple, de la société Skyscanner qui n'effectue aucune manipulation commerciale, mais redirige l'utilisateur vers la compagnie aérienne, l'hôtel, la société de location de voiture ou l'agence de voyages pour finaliser la réservation. Rien qu'en 2018, le volume d'affaires a atteint 21,6 milliards d'euros de billets d'avion vendus, quand le nombre de voyageurs fut de 172 millions de passagers.

1338. On comprend encore mieux cette situation quand, sur le site d'Air France, on peut lire que, dans le droit fil du règlement général sur la protection des données (RGPD)¹⁷³⁵, la compagnie aérienne vante les mérites de la collecte de données personnelles de ses clients. Qu'il s'agisse de « permettre de bénéficier de l'ensemble des services ou prestations disponibles sur le site internet d'Air France, son site mobile et ses applications mobiles » afin de « faire correspondre au mieux nos informations, nos notifications, nos offres et autres formes de services à vos intérêts » ou de « faciliter l'accomplissement des formalités administratives relatives à l'immigration et à l'entrée sur le territoire - la fonctionnalité « Scan passeport » - ainsi que pour assurer la sécurité et la sûreté des vols », l'idée est bien d'améliorer la commercialité du voyage. Cet objectif est doublé par « un enrichissement » avec le partage de « certaines informations avec des partenaires commerciaux privilégiés dans le but d'améliorer notre connaissance de vos centres d'intérêt et nous permettre de vous

¹⁷³⁵ Règlement (UE) n°2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

adresser des offres et autres formes de services personnalisés » et de prévenir que « Tout incident survenu lors de l'exécution du contrat de transport et susceptible de porter atteinte à la sécurité ou la sûreté d'un vol, pourra faire l'objet d'un enregistrement informatique, d'un dépôt de plainte et entraîner une interdiction de transport sur les vols effectués par Air France pour une durée de trois ans. »

1339. Le RGPD et l'information sont ainsi des avantages concurrentiels. Respecter les nouvelles obligations relatives au RGPD est un réel avantage concurrentiel auprès des clients et des donneurs d'ordres qui peuvent par cette protection des données personnelles, être plus rassurés face à des concurrents qui n'ont pas encore commencé leur mise en conformité. Le RGPD incite à ce que l'information soit délivrée de manière claire et transparente. C'est la légitimation du *legal design* que la labellisation va transformer en argument commercial. Il s'agit du développement de label tel que « PRIVACY TECH » en tant que projet d'innovation collaborative destiné à recenser, à promouvoir et co-développer des solutions juridico-techniques au service de la protection de la vie privée sur Internet de l'AFNOR.

1340. Cette recomposition du marché de la distribution de billets s'était accélérée lorsque trois plateformes de réservation ont annoncé leur projet de fusion en février 2011. Elle concernait le tour-opérateur français Go Voyages, fondé en 1997, n°1 des ventes de billets d'avion sur Internet, Opodo, leader européen du voyage en ligne créé en 2001 et l'agence de voyages eDreams, spécialiste des vols à des petits prix, n° 1 en Espagne, qui officie sur internet depuis 1999. 2011, la Commission européenne a rendu sa décision favorable à la création d'une entreprise issue de ce projet de fusion¹⁷³⁶. Non sans rappeler la position dominante, sur le marché de la vente en ligne, dont va bénéficier cette nouvelle entreprise en Europe, et en particulier sur le marché français et italien, la Commission estima que cette fusion ne posait finalement aucun problème de concurrence.

1341. **En n'imposant aucune restriction à cette opération capitalistique, la Commission avait pris position sur une prise en compte d'un marché global pour la distribution de billets d'avion** : vendre en ligne ou en agences de voyages est pour elle un seul et même marché pertinent. Dès lors, les parts de marché combinées devenaient relativement limitées en

¹⁷³⁶ European decision of 30/05/2011 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6163 - AXA / PERMIRA / OPODO / GO VOYAGES / EDREAMS) according to Council Regulation (EC) No 139/2004

France, en Allemagne, en Italie, en Espagne, au Portugal et au Royaume-Uni, dans toutes les délimitations de marché considérées. La Commission, pour cela, relevait l'existence d'un certain nombre de concurrents importants dans ces mêmes pays et le fait que l'entrée sur le marché était relativement facile, l'opération n'entravant alors pas de manière significative une concurrence effective. En effet, la concurrence sur le marché de la vente de billets d'avion restait, malgré cette fusion, importante et multiple du fait d'autres opérateurs de vente GDS comme Expedia ou Bravofly/Volagratis.

1342. **On peut ajouter que la concurrence des compagnies aériennes, dans la distribution de leurs propres billets, a pu aider à convaincre la Commission.** En effet, par le développement des sites internet des alliances commerciales, celles-ci exercent un rôle proche des agences de voyages, facilitant le choix par le consommateur des différentes solutions de vols et renvoyant ensuite sur l'offre de la compagnie aérienne. Ainsi, la Commission européenne évoque les exemples d'Air France, d'easyJet ou encore Ryanair, autant de compagnies qui vendent en ligne. À l'instar, du groupe Lufthansa qui annonçait en septembre 2015, que les compagnies de Lufthansa Group (Austrian Airlines, Brussels Airlines, Lufthansa et SWISS) mettaient en place des frais applicables à l'échelle mondiale, les Distribution Cost Charge (DCC), pour les réservations effectuées via des systèmes de distribution (GDS). Dans le même temps, le groupe faisait la promotion des réservations directes qui, via les sites Internet de Lufthansa Group, restaient exemptées de DCC ou encore Air France qui choisit, en décembre 2021¹⁷³⁷, GTT Communications Inc, leader mondial de la connectivité multi cloud des entreprises internationales pour relier ses sites dans 37 pays, et ainsi renforcer l'interopérabilité de ses systèmes d'information, mais aussi à destination de ses clients.

1343. Par ailleurs, ces réseaux commerciaux des opérateurs aériens permettent le voyage complet. Il s'agit non seulement des liaisons aériennes, assurées partiellement ou non par le train, mais aussi de la location de voiture, d'une offre d'hôtels ou d'activités (expositions, musées, théâtres, parc d'attractions...). C'est enfin, l'utilisation des données pour acheter en vol et pouvoir récupérer à l'aéroport de destination son bien « click and collect ». Tout cela a dopé le secteur, puisque l'on estime que le nombre d'avions offrant une connexion Wi-Fi

¹⁷³⁷ https://www.air-journal.fr/2021-12-05-btob-air-france-klm-choisit-gtt-pour-relier-ses-sites-dans-37-pays-5232058.html?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter – Consulté le 6 juin 2021.

devrait atteindre en 2027, 60 % de la flotte mondiale en équipant pas moins de 5 700 avions durant les cinq années à venir. Cette avancée est permise par les opportunités économiques importantes si l'on en croit la London School of Economics, cité par Pwc¹⁷³⁸, qui estime le marché de la connectivité en vol, incluant la publicité, le commerce en ligne et le visionnage de film ou série en streaming, devrait représenter 57,45 milliards d'euros en 2028, contre 3,36 milliards cette année.

1344. Ces évolutions posent la question de savoir comment s'ouvrir tout en se protégeant. Y répondre c'est envisager l'aspect de la cybersécurité qui pose la question de la prise alors que tout est connecté. L'existence de l'Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité (en anglais *ENISA*) depuis 2004, montre l'engagement, pour l'instant modeste, de l'Union sur cette thématique. Cependant, l'agence voit s'emparer des questions de transport alors qu'elle a publié en mai 2021 des Recommandations pour la sécurité de la mobilité automatisée et connectée mais¹⁷³⁹ qui n'envisage pas explicitement le transport aérien. Elle pose des jalons pour ce transport quand les systèmes de guidage automatique se développent et que les compagnies aériennes souhaitent en profiter en étudiant la possibilité d'un seul pilote dans l'avion. Ceci est mis en lumière par Airbus, qui revendique que la cyber sécurité est aussi importante que la protection des personnes qui voyagent en avion.

1345. De recommandations institutionnelles à la mise en œuvre par les industriels, la nécessité d'initiatives institutionnelles a été relayé par le Conseil de l'Union européenne chargé des télécommunications et du numérique qui s'est tenu à Bruxelles le 3 décembre 2021. Les ministres sont parvenus à un accord¹⁷⁴⁰ sur la prochaine directive européenne dite « SRI 2 » relative à la sécurité des réseaux et des systèmes d'information, qui vise à assurer un niveau commun élevé de cybersécurité dans l'Union européenne. Le texte doit répondre à l'état de la menace en augmentant le niveau de cybersécurité de l'Union. Il s'agit notamment des mesures communes de gestion des risques en matière de cybersécurité, mais aussi des règles pour le signalement dans l'ensemble des secteurs couverts, notamment l'énergie, les

¹⁷³⁸ <https://www.pwc.fr/fr/decryptages/securite/aeronautique-ultraconnectivite-donne-des-ailles-a-la-cybersecurite.html> - Consulté le 1 juin 2021.

¹⁷³⁹ <https://www.enisa.europa.eu/news/enisa-news/how-to-secure-the-connected-automated-mobility-cam-ecosystem> - Consulté le 01 juin 2021.

¹⁷⁴⁰ <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/12/03/strengthening-eu-wide-cybersecurity-and-resilience-council-agrees-its-position/> - Consulté le 21 juin 2021.

transports, la santé et l'infrastructure numérique, enfin l'instauration d'un réseau européen de gestion des crises cyber (« UE-CyCLONe »), pour une gestion coordonnée des incidents d'ampleur de cybersécurité.

1346. Malgré la pandémie et les enseignements que l'on a pu tenter d'y trouver en rejetant notamment le transport par avion, que cela soit par volonté d'accélérer la transition écologique (et pour parer le mouvement de « honte de voler ») ou de réduire les coûts liés aux voyages d'affaires, la place du transport aérien de passagers reste fondamentale dans la connexion de village-planétaire¹⁷⁴¹. Il existe, de fait, un arrangement des objectifs entre toujours plus de possibilités et de choix pour ceux qui ont un accès l'offre de mobilité et la nécessité de mieux connecter les régions rurales, périphériques et éloignées, y compris les régions ultrapériphériques. Dès lors, l'idée que des obligations de service public (OSP) puissent être nécessaires pour atteindre ces objectifs, suppose de renouveler la conception que ces OSP puissent être perçues comme des restrictions de concurrence.

1347. Cet ensemble d'objectifs sont repris sous un nouveau label, celui d'une « Mobilité intelligente¹⁷⁴² » comme l'énonce la Commission européenne avec de nouveaux services possibles et la sécurisation des transits par une « mobilité inclusive », annonçant un engagement politique de l'Union européenne qui passe par la réobjectivation de la politique de concurrence, d'une fonction support à l'édification du marché intérieur à la mise en œuvre de la mobilité pour les citoyens européens. Deux initiatives présentées dans cette communication mettent en lumière cette évolution. La croissance du secteur des transports est ainsi subordonnée à « l'écologisation de la mobilité », mentionnée à l'initiative n° 4 de cette communication, reposant sur un système de transport multimodal efficace et interconnecté qui non seulement connecte les espaces urbains entre eux, mais également au sein même de ces espaces. La volonté d'une mobilité plus propre et plus connectée doit participer au bien-être des citoyens. Par ailleurs, ces objectifs, aussi louables soient-ils, se doivent d'associer la « mobilité équitable et juste pour tous » qui fait l'objet de l'initiative n°

¹⁷⁴¹ Le village planétaire ou village global (en anglais *Global Village*), est une expression de Marshall MCLUHAN, tirée de son ouvrage *The Medium is the Massage* paru en 1967, pour qualifier les effets de la mondialisation, des médias et des technologies de l'information et de la communication.

¹⁷⁴² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir, COM(2020) 789 final du 9 décembre 2020.

9 de cet engagement politique de la Commission pris en décembre 2020. La combinaison des deux repose, notamment, sur une nouvelle lecture des obligations de service public, celles-ci étant trop souvent restreintes à la continuité territoriale.

1348. **La désétatisation du marché fut, certes, peu à peu remplacée par une européanisation des conditions de son fonctionnement et de contrôle de celles-ci.** Mais le maintien des prérogatives de l'État quant à l'aménagement de son territoire, et sa continuité territoriale, ont conservé un lien important avec les compagnies aériennes, lien qui se révèle tout particulièrement fondamental en temps de crise, rappelant la nécessité de rester connecté au reste du monde, même en temps de pandémie.

§ 2 - Les obligations de Service public (OSP), un autre axe pour réobjectiver la concurrence

1349. Dès l'introduction de la concurrence entre compagnies aériennes, les obligations de service public (OSP) et les prérogatives étatiques, faisant la promotion d'un développement régional, ont été envisagées par les textes européens, notamment par application de l'article 107, paragraphe 3 du TFUE, qui sera ensuite combiné à l'article 106 TFUE. Dans ce contexte, de nombreuses affaires impliquant la contestation d'aides d'État ont mis en balance une approche classique de celles-ci tant « il s'agit de restreindre les capacités d'intervention des pouvoirs publics au soutien des capacités concurrentielles des entreprises »¹⁷⁴³ et une volonté publique d'assurer une obligation de service public, celle-ci pouvant masquer les éléments contestables de l'aide concernée¹⁷⁴⁴.

1350. On peut schématiquement relever deux catégories d'aides d'État, selon qu'il s'agisse du financement d'une obligation de service public ou de l'objectif de développement régional. Parmi les financements, autorisés par la réglementation sur les aides d'État¹⁷⁴⁵,

¹⁷⁴³ MEZAGUER Mehdi, La réglementation des aides d'État dans l'Union européenne comme mise en œuvre combinée d'un ordre public économique composite, *Revue internationale de droit économique*, vol. xxxiii, n° 1, 2019, pp. 75-89.

¹⁷⁴⁴ Dans le litige portant sur les aides d'État octroyé aux aéroports de la région italienne de Sardaigne, dans l'affaire T-833/17, *Ryanair et Airport Marketing Services c/ Commission*, *supra*.

¹⁷⁴⁵ Communication 2014/C 99/03 de la Commission du 4 avril 2014, Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes rappelant les conditions posées par le Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte)

figurent celui des OSP. Principale exception au principe général du libre marché aérien, celles-ci sont définies comme étant des mesures imposées à un transporteur aérien pour assurer la prestation d'un service aérien répondant aux exigences de « de continuité, de régularité, de capacité et de prix, normes auxquelles le transporteur ne satisferait pas s'il ne devait considérer que son seul intérêt commercial »¹⁷⁴⁶. Les aides d'États dans le secteur aérien sont délivrées pour l'exploitation d'une liaison et sont consenties le plus souvent en faveur d'une compagnie à bas coût. Ce régime d'aides à l'exploitation a priori illégales est finalement autorisé quand elles concernent le démarrage d'une liaison aérienne, permettant la connexion d'un territoire excentré au reste de l'espace aérien européen.

1351. Mais il y a un équilibre à trouver entre le soupçon d'une restriction de concurrence et la loyauté des engagements pour une mobilité équitable. Il en découle que les OSP peuvent être un moyen de réobjectiver la concurrence, du fait de son renouvellement par la loyauté. Parce qu'un État membre peut imposer une obligation de service public à des services aériens réguliers vers un aéroport régional, pour une liaison qui est considérée comme vitale pour le développement économique de la région, son intervention dans le marché aérien demeure incontournable¹⁷⁴⁷ (A). Dès lors, celle-ci doit faire l'objet d'une réglementation particulière et complémentaire de celle des aides à finalité régionale, fondée sur l'article 107 § 3 points a) et c) du TFUE (B).

A – Un contenu plus ciblé des OSP pour assurer la connectivité du territoire

1352. Le transport aérien régulier a souvent été présenté comme un quasi-service public à l'origine d'externalités importantes, tant sur le plan économique que stratégique et politique¹⁷⁴⁸. Comme dans le cas de nombreuses autres activités, des règles de service public s'appliquent au transport civil aérien incluant la régularité des liaisons, l'obligation de desserte et logiquement la sécurité et qualité du service offert. Les choix en matière de propriété publique ou privée des opérateurs nationaux, aériens comme aéroportuaires, ont divergé entre les pays européens et nord-américains. Mais, cette différence d'approche ne s'est pas

¹⁷⁴⁶ Article 2 du règlement n°2408/92 du Conseil concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires.

¹⁷⁴⁷ DOBRUSZKES Frédéric, Une géographie des services publics aériens en Europe », *L'Espace géographique*, 2007/4 (Tome 36), p. 320-336.

¹⁷⁴⁸ *Supra*, Encoua-Perrot octobre 1991 Rapport.

retrouvée alors que les pouvoirs publics ont intégré des contraintes de service public dans la réglementation du transport aérien régulier. Dans le secteur aérien, le contenu des OSP doit être européenisé pour déterminer une concurrence loyale et participer à l'ordre public économique européen¹⁷⁴⁹. Cette européenisation a pour but de faciliter la connectivité du territoire et va au-delà de la régularité des liaisons, de l'obligation de desserte et de la sécurité et la qualité du service offert.

1353. Mais finalement, la connectivité vers « certaines régions de l'UE » ne relèverait-elle que des OSP ?¹⁷⁵⁰ Le domaine où les pouvoirs publics peuvent influencer directement l'offre de transport aérien comprend les vols réguliers financièrement non rentables, car desservant des espaces périphériques et/ou en développement ou à faible trafic d'aéroport régional, et pour lesquels se posent des enjeux de développement économique, comme l'évoquait l'article 4 du règlement de 1992 « licences des transporteurs aériens »¹⁷⁵¹ devenu l'article 16 du règlement « exploitation de services aériens »¹⁷⁵². En dehors de cette situation, le transport aérien de passagers doit correspondre aux « lois du marché », alors que le règlement libéralisant le transport aérien et prévoyant ces OSP ne précise pas ce qu'il faut entendre par « zone périphérique », « zone de développement » et « vital pour le développement économique », laissant ainsi aux États membres de larges marges de manœuvre. Il importe de rappeler que seule la notion d'aéroport régional est définie : il s'agit de tous les aéroports ne figurant pas dans la liste des aéroports dits de première catégorie selon le législateur européen. Ces obligations de service public s'accompagnent de financements publics, autorisés par la réglementation sur les aides d'État¹⁷⁵³ prévue à l'article 106 TFUE. Parce qu'un État membre peut imposer une obligation de service public à des services aériens réguliers vers un aéroport régional, pour une liaison qui est considérée comme vitale pour le développement économique de la région, son intervention dans le

¹⁷⁴⁹ MEZAGUER Mehdi, La réglementation des aides d'État dans l'Union européenne comme mise en œuvre combinée d'un ordre public économique composite, *Revue internationale de droit économique*, vol. xxxiii, n°. 1, 2019, pp. 75-89.

¹⁷⁵⁰ *Supra*, DOBRUSZKES Frédéric, Une géographie des services publics aériens en Europe, 2007.

¹⁷⁵¹ Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires.

¹⁷⁵² Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

¹⁷⁵³ *Supra*, Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, 2014.

marché aérien demeure incontournable¹⁷⁵⁴ dans le cadre de l'article 107 § 3 points a) et c) du TFUE.

1354. Ces OSP aériennes représentent une faible part du transport aérien communautaire, mais sont indispensables pour la desserte intérieure des pays ayant des contraintes géographiques telle que l'insularité, l'isolement ou la contrainte de la distance, et de l'absence de solutions alternatives de transport. Localement, elles peuvent représenter l'unique offre aérienne existante et jouer un véritable rôle de désenclavement¹⁷⁵⁵. Par ailleurs, ces aides peuvent se combiner à celles portant un caractère social notamment pour la mobilité des ressortissants français¹⁷⁵⁶ au titre de la continuité territoriale. Elles sont la traduction d'un lien fort entre territoire et service de transport aérien, et ce, dans une logique différente de la réattribution concurrentielle des créneaux aéroportuaires, comme évoqué lors de l'affaire TAP, en prenant en compte la nécessaire liaison entre le Portugal métropolitain et les îles de l'océan Atlantique¹⁷⁵⁷.

1355. Enfin, ces préoccupations sont envisagées aussi pour la ressource aéroportuaire même. L'article 9 du règlement n° 95/93 « créneaux aéroportuaires » prévoit une attribution par l'État d'une réserve de créneaux aéroportuaires pour les vols régionaux. Ce sont les régions (ultra)périphériques qui sont ainsi envisagées (notamment l'article 349 TFUE) et les zones de développement (art. 16 du règlement n° 1008/2008). Ces régions furent définies d'abord comme desservies par des aéroports autres que ceux figurant initialement sur la liste¹⁷⁵⁸ des aéroports dits de première catégorie. Elles correspondent actuellement à toute destination depuis un aéroport n'atteignant pas un seuil de trois millions de passagers par an ou correspondant à un critère d'éloignement, notamment du fait de leur insularité. Une fois de plus, **le droit vient encadrer le fonctionnement du marché au bénéfice des régions les plus vulnérables dans un contexte purement concurrentiel pour l'ensemble du secteur. Le**

¹⁷⁵⁴ *Supra*, DOBRUSZKES Frédéric, Une géographie des services publics aériens en Europe, 2007.

¹⁷⁵⁵ Projet de fusion d'Olympic Airways et d' Aegean Airlines refusé la Commission dans l'affaire COMP/M.5830 — 26 janvier 2011) puis, pour éviter la faillite de la compagnie Olympic, la décision validant la fusion entre Aegean Airlines et Olympic Air dans l'affaire COMP/M.6796 du 9 octobre 2013.

¹⁷⁵⁶ L'affaire portant sur l'Aide d'État SA.34643 (2012/N) du 14 juin 2012 portant modification du régime d'aides à caractère social au bénéfice de certaines catégories de personnes ayant leur résidence habituelle dans l'une des collectivités suivantes : la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, Mayotte, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, La Réunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et Wallis-et-Futuna

¹⁷⁵⁷ *Supra*, Arrêt de la Cour du 11 juin 2020, LE c/ Transportes Aéreos Portugueses SA, dans l'affaire C-74/19, ECLI:EU:C:2020:460.

¹⁷⁵⁸ Annexe I du règlement n°2408/92 consolidé, *supra*.

droit des aides d'État vient ainsi contrebalancer le marché pour leur assurer une desserte, parce qu'elle est nécessaire au développement de l'économie. Dès lors, la conception européenne des services d'intérêt économique général (SIEG), correspondant à la vente de biens ou de services évoquée dans le livre blanc¹⁷⁵⁹, envisage « les services fournis par les grandes entreprises de réseaux, comme les transports, les services postaux, l'énergie et la communication ». Ceux-ci restent, dans une certaine mesure, soumis aux lois du marché et de la concurrence, selon l'article 106 TFUE. Ils peuvent y déroger, si cela est nécessaire, à l'accomplissement de leur mission d'intérêt général.

1356. À côté de cette intervention au titre des OSP, la puissance publique est également autorisée à octroyer des aides au démarrage des compagnies aériennes qui assurent un double objectif, celui d'un lancement d'une nouvelle liaison, dans le but d'améliorer la connectivité d'une région, et de la contribution à la « réalisation d'un objectif d'intérêt commun¹⁷⁶⁰ ». Comprenant l'amélioration de la mobilité des citoyens de l'Union et la connectivité des régions grâce à l'ouverture de nouvelles liaisons, cet outil est adapté aux régions éloignées pour assurer une continuité territoriale effective. Car, outre, l'aspect juridique d'une autorisation à aider de la part de la Commission, il se dessine une forme d'incitations au développement régional, tant les possibilités sont diverses pour la puissance publique de financer des compagnies nouvelles entrantes sur le marché de dimension régionale et détaillées dans leurs critères de conformité au droit européen. L'approche de l'Union européenne est en cela sur une ligne constante notamment, quand dans les considérants 10 à 12 du règlement n° 1008/2008 pour l'exploitation de services aériens, le législateur énonce les conditions « pour réaliser le marché intérieur de l'aviation » incluant la prise en compte « des caractéristiques et des contraintes particulières que présentent les régions ultrapériphériques ». L'objectif est clairement présenté comme d'assurer la liaison la plus « adéquate aux régions centrales de la Communauté ». Dès lors, le règlement envisage que « des dispositions spécifiques concernant les règles en matière de durée de validité des contrats pour les obligations de service public applicables aux liaisons avec ces régions peuvent se justifier ». Pour cela, la Commission européenne y est chargée de « définir

¹⁷⁵⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM/2004/0374 final du 12 mai 2004.

¹⁷⁶⁰ Point 138 et suivants de Communication 2014/C 99/03 de la Commission du 4 avril 2014, *supra*.

clairement et sans ambiguïté les conditions dans lesquelles il est permis d'imposer des obligations de service public », et de « pouvoir évaluer cas par cas la justification économique des obligations de service public ».

1357. **Le droit de l'Union tente de trouver un équilibre entre loyauté du principe de concurrence et loyauté envers les régions ultrapériphériques.** Depuis, que l'on soit dans « la Stratégie 2020 » énoncée en 2015 ou la position de la Commission à propos des suites à donner à la pandémie de COVID-19, cet équilibre demeure le principe, les OSP restant suspects d'être des entraves à la croissance, mais elles sont inévitables pour « Améliorer la connectivité aérienne » et « contribuer à la transition vers un système multimodal. »¹⁷⁶¹ Les OSP sont ainsi des vecteurs de l'esprit de loyauté qui anime l'espace européen des transports. L'adaptation au contexte économique, issu de la démonopolisation du secteur, a permis de tenir compte de la demande et de l'évolution de l'interventionnisme des pouvoirs publics pour fonder « une géographie des services publics aériens largement renouvelée »¹⁷⁶². Dans ce sens, la Commission européenne semble estimer qu'il faut compter avec la nécessité d'« aider les États membres à appliquer correctement et efficacement les règles en matière d'OSP », se rapprochant alors d'une position plus consensuelle alors qu'elle évoque que « Le livre blanc souligne avec force l'importance des services d'intérêt général en tant que pilier du modèle européen de société et la nécessité d'assurer la fourniture de services d'intérêt général de qualité et abordables à tous les citoyens et entreprises de l'Union européenne »¹⁷⁶³.

1358. L'évolution, dans la dernière décennie 2010, permet de mettre en lumière ces éléments de politique des transports. En 2015, il s'agissait certes d'améliorer la connectivité aérienne, mais en restant dans l'objectif de l'élimination des entraves à la croissance de l'espace aérien européen tant « les règles existantes ne sont pas toujours mises en œuvre de manière cohérente, ce qui peut nuire à l'objectif de préserver à la fois la connectivité et la concurrence sur ces liaisons. »¹⁷⁶⁴ Cinq ans plus tard, et une crise plus tard, il s'agit surtout de garantir une utilisation optimale des deniers publics et des aides publiques, afin de « tirer parti

¹⁷⁶¹ *Supra*, Communication, Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir, COM(2020) 789 final du 9 décembre 2020.

¹⁷⁶² *Supra*, DOBRUSZKES Frédéric, Une géographie des services publics aériens en Europe, 2007.

¹⁷⁶³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Livre blanc sur les services d'intérêt général /* COM/2004/0374 final

¹⁷⁶⁴ Stratégie de l'aviation pour l'Europe, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_6144

des OSP pour améliorer la connectivité. Il serait [ainsi] possible d’y parvenir en appliquant des critères de durabilité aux OSP, tels que le critère selon lequel des OSP ne peuvent pas être imposées aux vols court-courriers lorsqu’il existe une liaison ferroviaire alternative appropriée, plus durable et compétitive »¹⁷⁶⁵.

1359. La Commission a donc lancé un examen des possibilités de mettre en place un système d’OSP multimodal, afin que tous les modes de transport puissent se concurrencer loyalement tout en répondant aux besoins de transport à prendre en compte. Cette loyauté aux règles de marché rejoint la loyauté due à tous les opérateurs qui agissent pour la mobilité et la continuité territoriale, même si en pratique, la définition par les États des obligations de services publics peut amener à une cristallisation du marché.

B - La définition des OSP permet de renforcer la position de certains opérateurs « cruciaux »

1360. Le transport aérien régulier, au niveau international, est considéré par chaque pays comme relevant de sa sûreté nationale, en rapport avec ses relations diplomatiques, son commerce international et donc à son développement économique. La récurrence des aléas économiques liés ou non à des crises sanitaires (pandémie à H1N1 ou SARS-CoV2 / COVID-19) a rappelé la nécessité d’un État capable d’assurer un sauvetage des compagnies aériennes. Cette présence d’un État, qu’il soit qualifié de brancardier ou de stratège, entre politique industrielle subie ou revendiquée¹⁷⁶⁶, rappelle le débat actuel, porté par le Commissaire Breton sur « la production souveraine »¹⁷⁶⁷ dans un marché qui dépasse le simple territoire national. Parmi toutes les affaires concernant le sauvetage de compagnies aériennes, il est possible d’en envisager trois pour évaluer les caractéristiques du lien qui se maintient avec les États, malgré l’ouverture à la concurrence. Il s’agit autant de l’impérieuse nécessité de

¹⁷⁶⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l’avenir COM(2020) 789 final du 9 décembre 2020.

¹⁷⁶⁶ Propos du ministre des transport, « L’État a été dans son rôle d’État à la fois brancardier et stratège » dans le secteur aérien <https://www.europe1.fr/emissions/linterview-politique-de-8h20/jean-baptiste-djebbari-letat-a-ete-dans-son-role-detat-a-la-fois-brancardier-et-strategie-dans-le-secteur-aerien-3983117>, reprenant la notion identifiée par Elie COHEN dans L’Etat brancardier, Politiques du déclin industriel (1974-1984), Calman-Lévy 1994.

¹⁷⁶⁷ Cité par BERROD Frédérique, « Chronique Marché intérieur 2019 », *RTDEur, Dalloz*, 2020, pp. 2412-6002 qui évoque la Communication de la Commission, « Une nouvelle stratégie industrielle pour l’Europe », du 10 mars 2020, COM(2020) 102 final.

maintenir une connexion aérienne tant nationale qu'internationale que d'une intervention financière provisoire, jouant de la temporalité du lien capitalistique.

1361. En 2009, pour éviter la faillite de la compagnie Austrian Airlines, l'État autrichien procède à une recapitalisation de la compagnie de 500 millions d'euros devant favoriser la fusion avec Lufthansa pour un montant d'environ 400 000 euros. Cette double opération eut pour objet principal de maintenir l'activité internationale de l'aéroport de Vienne et l'attractivité du territoire autrichien¹⁷⁶⁸. Le cas d'Air France-KLM (2021) évoque aussi ce lien maintes fois maintenu. Transformant la première aide accordée au printemps 2020 en recapitalisation, l'État français double son poids dans le capital du groupe (passant de 14.3% à 28.6%). L'enjeu est primordial pour l'économie française et européenne, de sauver une des trois compagnies assurant une porte d'entrée sur le territoire européen.

1362. À la lumière de ces deux exemples, il se confirme que le marché est mature pour limiter le rôle de l'État à celui d'un brancardier, mais il n'en reste pas moins que, et c'est une première, le droit de la concurrence prend en compte l'importance cruciale d'une compagnie aérienne pour la connectivité d'une zone culturelle et linguistique internationale, lusophone en l'occurrence. Ce changement d'optique est fondamental pour comprendre les avatars de la TAP Air Portugal. Depuis 2012, le gouvernement portugais n'a en effet eu de cesse d'aboutir à la privatisation de cette compagnie porte-drapeau. Sauvée de la faillite en 2016 par une prise de contrôle à hauteur de 50 %, la participation publique augmente à 75 % en juillet 2020 à la suite de la pandémie. Aussi, l'affaire concernant la reprivatisation de la compagnie aérienne portugaise TAP¹⁷⁶⁹ qui opposa une association à but non lucratif de droit portugais à l'État portugais est exemplaire de ce lien qui maintient une compagnie aérienne dans le giron de l'État.

1363. Pour cette nouvelle procédure, le gouvernement portugais fixe des conditions pour l'éventuel repreneur, notamment celle de conserver, au Portugal, le siège et la direction effective de la compagnie, la capacité à remplir les obligations de service public et l'engagement de maintenir et de développer le centre opérationnel (aéroport pivot ou *hub*)

¹⁷⁶⁸ Décision de la Commission du 28 août 2009 dans l'Affaire COMP/M5440 validée par le Tribunal, le 13 mai 2015, qui rejette le recours introduit par la compagnie autrichienne Niki Luftfahrt (arrêt dans l'affaire T-511/09).

¹⁷⁶⁹ Arrêt dans l'affaire C-563/17 Associação Peço a Palavra e.a./Conselho de Ministros du 27 février 2019, ECLI:EU:C:2019:144, sous le commentaire de BERROD Frédérique, « Chronique Marché intérieur 2019 », *RTDEur*, *Dalloz* 2020, *Supra*.

national existant. Mais l'association conteste le cahier de charges ainsi formulé, arguant de l'existence de restrictions à la liberté d'établissement (article 49 TFUE combiné au Règlement (CE) n° 1008/2008).

1364. Dans le cadre d'une question préjudicielle, la Cour a jugé que l'article 49 TFUE ne s'opposait pas aux deux premières conditions mentionnées. En revanche, l'exigence, pour l'acquéreur de la participation, d'assurer le maintien et le développement du centre opérationnel (hub) national existant constituait une restriction non justifiée à la liberté d'établissement. On pourra s'étonner que la Cour reconnaisse que maintenir la direction effective sur le territoire portugais soit compatible avec le droit du marché intérieur, mais non le lien physique avec le territoire au travers de son aéroport pivot. Car alors qu'elle accueille les arguments portant sur la communauté lusophone et le lien indéfectible avec le Portugal¹⁷⁷⁰, on rappellera que 30 % du trafic aérien de la compagnie en 2018 se faisait avec le Brésil, ce lien tiendrait plus à l'existence d'une réglementation spécifique (l'octroi d'une licence et donc des droits de trafic) que celle d'un aéroport aux infrastructures suffisantes pour assurer ce lien, en l'occurrence celui de Lisbonne.

1365. Quelle que soit l'interprétation reconnue, la Cour reste sensible au fait que l'État est en droit de subordonner la privatisation à des qualités spécifiques du repreneur. Parce que l'opérateur est crucial du point de vue de la desserte du territoire et la protection de la communauté lusophone, cela implique que le repreneur se conforme aux critères déterminés par l'État. L'État peut ainsi intervenir dans le capital de l'entreprise de transport aérien, mais il peut également formater les règles de concurrence pour assurer le plein respect des OSP relatives à la connectivité du territoire. Cette jurisprudence paraît être en contradiction avec la liberté de principe des États dans la définition des missions de service public ou son organisation. Toutefois, la Cour considère que lorsque le service est confié à un tiers, la collectivité concédante (État ou collectivité locale) doit, même en l'absence de texte le lui imposant, organiser, par des mesures de publicité adéquates, une mise en concurrence des prestataires intéressés¹⁷⁷¹. Elle est venue préciser que ce principe s'applique également quand l'État membre a l'intention de confier la mission à une entité publique qu'il contrôle¹⁷⁷². Enfin,

¹⁷⁷⁰ Points 71 et 75 de l'arrêt de la Cour du 27 février 2019 dans l'affaire C-563/17, Associação Peço a Palavra e.a./Conselho de Ministros, ib id.

¹⁷⁷¹ Arrêt de la Cour du 7 décembre 2000 dans l'affaire C-324/98, Télaustria Verglas GmbH.

¹⁷⁷² Arrêt de la Cour du 11 janvier 2005 dans l'affaire C-26/03, Stadt Halle.

la Cour considère également que la durée pour laquelle cette activité est confiée au prestataire doit être « raisonnable », permettant ainsi une remise en concurrence régulière.

1366. Le droit français se situe globalement dans la lignée de ces principes puisque, depuis 1993, les dispositions de la loi dite « Sapin » font obligation à l'État et aux collectivités locales d'organiser une procédure de mise en concurrence pour l'attribution des délégations de service public. C'est ainsi que sont attribuées les délégations de service public, par exemple, en matière de distribution d'eau, de gestion des déchets, ou encore de transports urbains.

1367. Le contenu même de la concurrence peut alors incorporer le principe de loyauté pour assurer une connectivité optimale du territoire par l'obligation que le siège et la direction effective de la compagnie restent sur le territoire national et que l'entreprise démontre sa capacité à remplir les obligations de service public de desserte du territoire. La loyauté vient ainsi donner forme à la concurrence pour en limiter certains effets ou pour promouvoir un intérêt général européenisé.

1368. Ainsi, avec l'appui du Parlement européen¹⁷⁷³, la Commission demeure sur un équilibre en exprimant l'avis qu'un marché intérieur ouvert et concurrentiel, d'une part, et le développement de services d'intérêt général de qualité, accessibles et abordables, de l'autre, sont des objectifs compatibles. En effet, la création du marché intérieur a fortement contribué à un gain d'efficacité, rendant un certain nombre de services d'intérêt général plus abordables. En outre, elle a conduit à un accroissement du choix des services proposés, particulièrement visible dans les secteurs des télécommunications et des transports en excluant largement ce dernier secteur du champ d'application des règles communes et de lui assurer un cadre spécifique, respectant la distinction faite entre les modes de transport par le Traité. Le droit des aides d'État vient contrebalancer le marché pour leur assurer une desserte territoriale, parce qu'elle est nécessaire au développement de l'économie.

1369. À côté de cette intervention au titre des OSP, la puissance publique est également autorisée à octroyer des aides au « démarrage des compagnies aériennes » qui assurent un double objectif. C'est d'abord celui d'un lancement d'une nouvelle liaison, dans le but d'améliorer la connectivité d'une région, c'est ensuite la contribution à la « réalisation d'un

¹⁷⁷³ Résolution du Parlement européen sur le Livre vert sur les services d'intérêt général du 14 janvier 2004 (T5-0018/2004. COM (2004) 374 final.

objectif d'intérêt commun¹⁷⁷⁴ ». Comprenant l'amélioration de la mobilité des citoyens de l'Union et la connectivité des régions grâce à l'ouverture de nouvelles liaisons, cet outil est adapté aux régions éloignées pour assurer une continuité territoriale effective. Car outre, l'aspect juridique d'une « autorisation à aider » de la part de la Commission, il se dessine une forme d'incitations au développement régional, tant les possibilités sont diverses pour la puissance publique de financer des compagnies, nouvelles entrantes sur le marché de dimension régionale, et détaillées dans leurs critères de conformité au droit européen.

1370. La désétatisation du marché par l'eupéanisation des conditions de fonctionnement et de contrôle du marché aérien européen n'a pas évincé pour autant les prérogatives de l'État quant à l'aménagement de son territoire et sa continuité territoriale.

Ces deux politiques publiques sont le lien important qui demeure avec les compagnies aériennes, lien qui se révèle tout particulièrement fondamental en temps de crise comme le montre à nouveau la crise de la COVID dans une hypothèse encore inédite d'arrêt des services de transport sauf pour les personnes jugées essentielles¹⁷⁷⁵. Ce lien existe aussi envers le consommateur, affectif envers la compagnie historique, consumériste avec le TBC/LCC auquel il va souvent se lier par un abonnement pour établir une relation « plus » (easyJet) ou « mega » (Volotea) ou plus simplement « prioritaire ».

§ 3 - Le rôle du consommateur citoyen / consomm'acteur dans la concurrence loyale

1371. Au titre XV du TFUE évoquant la protection du consommateur, avec l'article 169 du TUE concernant les actions de l'UE pour « assurer les intérêts élevés des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protections » de ceux-ci, le rôle du consommateur est central dans la construction du marché intérieur qui doit donc pouvoir bénéficier de la loyauté des transactions commerciales¹⁷⁷⁶. La transition écologique en fait un acteur sur les marchés dont le rôle est accru avec le Pacte vert européen, mouvement que l'on reconnaît, dans une moindre mesure cependant, dans le secteur des transports aériens. Le consommateur n'est

¹⁷⁷⁴ *Supra*, Point 138 et suivants de Communication 2014/C 99/03 de la Commission du 4 avril 2014.

¹⁷⁷⁵ Recommandation (UE) n°2020/1475 du Conseil du 13 octobre 2020 relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de COVID-19.

¹⁷⁷⁶ *Supra*, Arrêt de la Cour du 20 février 1979, dans l'affaire 120/78, « Cassis de Dijon ».

plus seulement la personne à protéger par la règle de droit, mais il est mis en capacité par le droit pour modeler plus franchement le marché.

1372. La qualité de service du transport aérien, les règles d'indemnisation, lors d'un retard ou d'une annulation du vol, la place de l'écologie entraînent en effet le consommateur dans ce que l'on nomme le « rapport à la mobilité » et plus seulement le besoin d'être transporté d'un aéroport à un autre. Dès lors, la question du surplus du marché face au bien-être du consommateur se pose sous l'influence des juridictions (A), renforçant la mise en concurrence des modes de transport pour mettre le consommateur dans une position d'acteur de cette intermodalité (B).

A – La mutation du surplus économique face au bien-être du consommateur

1373. L'amélioration de la qualité et de l'efficacité de services sont régulièrement invoquées par les institutions européennes pour évoquer l'ouverture à la concurrence de secteurs économiques de réseaux, pour promouvoir une mobilité durable¹⁷⁷⁷ ou soutenir l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne¹⁷⁷⁸. Parce que les transports constituent un secteur économique clé qui génère, en 2016, derniers chiffres connus, une valeur ajoutée brute de 548 milliards d'euros, et 11 millions d'emplois en Europe, ce secteur économique repose sur la fiabilité de son offre en termes de qualité et d'efficacité de services offerts pour la personne transportée comme de support à une économie compétitive et créatrice d'emplois. Dès lors, comment comprendre, comme le suggèrent de nombreux textes que l'ouverture à la concurrence tend à offrir « un niveau élevé de qualité et d'efficacité des services » ? Si l'on s'en tient à la définition largement acceptée de la qualité¹⁷⁷⁹, les besoins du consommateur sont assez aisément identifiables pour évaluer leur niveau de satisfaction : l'accessibilité à un plus grand nombre de destination et de services proposés, pour des prix en baisse tendancielle (du fait d'un marché concurrentiel) avec une compensation proportionnée en cas de retard ou d'annulation.

¹⁷⁷⁷ Résolution du Parlement européen du 9 septembre 2015 sur la mise en œuvre du livre blanc de 2011 sur les transports : bilan et voie à suivre pour une mobilité durable (2015/2005(INI)).

¹⁷⁷⁸ Rapport du 26 mai 2014 sur l'accord politique sur la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne, (9768/1/14/REV 1).

¹⁷⁷⁹ « La qualité de service désigne la capacité d'un service à répondre par ses caractéristiques aux différents besoins de ses utilisateurs ou consommateurs », Afnor.

1374. L'efficacité de services paraît moins évidente à matérialiser du point de vue juridique. On envisage régulièrement l'efficacité d'une entreprise, sa performance sur un marché (ses produits, ses services face à ses concurrents), quoique l'on aborde alors rapidement la notion plus gestionnaire, de l'efficience. Que serait alors cette efficacité des services ? La question d'un objectif donné à un service de transport aérien de passagers peut ne plus être réduite à être transporté d'un point A à un point B, que la compagnie soit universelle ou à bas-coûts. La politique tarifaire, ainsi attractive soit-elle, augmente indéniablement la demande de transport et dans le même temps, révolutionne le rapport au voyage en développant le tourisme urbain de masse. L'idée d'une qualité et efficacité de service pour être économiquement durable repose sur une recomposition de cette offre. On rejoint ici l'idée de démocratisation du transport aérien et de renforcement des compagnies européennes. Outre cette concurrence par les prix, la recherche d'une meilleure qualité de l'offre implique une offre de services aériens plus large, tant en termes de capacité de l'avion, de nombre plus grand de destinations que d'accès à une transparence tarifaire directement liée au besoin de confort du consommateur. Par ailleurs, la prise en compte d'une gestion de l'accueil du client plus complète devient un atout majeur. Sont ainsi visées de nouvelles offres en zone d'attente aéroportuaire (accès à des salons confortables et permettant repos ou travail) pour ensuite aller jusqu'à l'intégration d'un ensemble de propositions de locations de voiture, de solutions d'hébergement et de visites culturelles, sur un seul et même site internet au couleur bleue et jaune d'une compagnie aérienne irlandaise, par exemple. Ainsi, pour offrir ce choix aux consommateurs, idée fondatrice du marché intérieur, l'innovation est le centre de la stratégie des compagnies aériennes, depuis la conception des produits jusqu'aux services offerts, en passant par les techniques de production et de distribution.

1375. À ces objectifs premiers, la concurrence est sensée apporter aux consommateurs une plus grande sécurité, dans le respect du contrat, l'indemnisation en cas d'inexécution, et dans son intégrité physique, par l'homologation et la certification des procédures de vols et des appareils¹⁷⁸⁰. Ces arguments juridiques et technologiques deviennent des éléments de communication commerciale et donc de concurrence sur un marché accentuant le rôle du

¹⁷⁸⁰ Règlement (CE) n° 1592/2002 modifié du Parlement Européen et du Conseil du 15 juillet 2002, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne (JOCE L 240 du 7 septembre 2002).

principe de loyauté dans la recherche d'équilibre entre les objectifs des différents acteurs du marché. Cette analyse dépasse la dichotomie classique entre macro (production, consommation, investissement) et microéconomie (le consommateur et le transporteur) pour la compléter par une approche mésoéconomique¹⁷⁸¹ à la suite de Pierre BAUCHET. Car loin d'opposer phénomènes économiques globaux et comportements individuels des agents économiques, notre étude vise à comprendre que cette concurrence instaurée dès les années 1980, a offert un champ d'action continental pour de nouvelles entreprises, concurrençant de grandes entreprises nationale ou multinationale dont on apprécie aujourd'hui toute l'importance, alors qu'elles éprouvent des difficultés récurrentes à maintenir leurs parts de marché, du moins sur le territoire européen. C'est à ce niveau, aussi, que les États interviennent par une politique dite « sectorialisée ». Comme d'autres branches économiques, directement ou non, la réglementation européenne, sinon nationale, favorise à travers des grandes entreprises le développement d'activités qui sont susceptibles d'augmenter l'attractivité du territoire européen et de renforcer sa position dans la concurrence internationale¹⁷⁸².

1376. Le cadre normatif actuel montre que la protection du consommateur et la loyauté apparaissent dans le processus d'harmonisation des droits nationaux, soit de manière indépendante l'une de l'autre, soit de manière conjointe, ne donnant pas un sentiment d'une approche générale cohérente¹⁷⁸³. Aux côtés de directive comme celle de 1993 sur les clauses abusives,¹⁷⁸⁴ actualisée en 2011,¹⁷⁸⁵ ou de 2005 sur les pratiques déloyales des entreprises¹⁷⁸⁶,

¹⁷⁸¹ BAUCHET Pierre, Les mystères de la méso-économie, l'exemple du transport maritime, *La Revue économique*, volume 28, n°4, 1977.

¹⁷⁸² Recommandation (UE) n°2015/1184 du Conseil du 14 juillet 2015 relative aux grandes orientations des politiques économiques des États membres et de l'Union européenne.

¹⁷⁸³ BOUFFARD Jennifer, Loyauté et protection du consommateur en droit de l'Union européenne, Actes du colloque La loyauté, Ecole doctorale Droit et Science politique de l'Université de Montpellier, juin 2016.

¹⁷⁸⁴ Directive n°93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁷⁸⁵ Directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive n°93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive n°85/577/CEE du Conseil et la directive n°97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

¹⁷⁸⁶ Directive n°2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive n°84/450/CEE du Conseil et les directives n°97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »)

le transport aérien dispose d'une réglementation qui lui est propre¹⁷⁸⁷, assurant sa spécificité¹⁷⁸⁸ qui se prolonge par la prise en compte de tout le secteur du tourisme¹⁷⁸⁹. Alors que le règlement de 2004 prévoit uniquement que les passagers d'un vol annulé, réacheminés à leur destination, ont droit à une indemnisation lorsqu'ils perdent trois heures ou plus par rapport à la durée initialement prévue, la Cour a déclaré en 2009¹⁷⁹⁰ que les passagers dont le vol est retardé de trois heures ou plus ont eux aussi droit à une indemnisation. En effet, il ne serait pas justifié de traiter différemment les passagers de vols retardés, lorsqu'ils atteignent eux aussi leur destination avec un retard d'au moins trois heures. La Cour a précisé dans le même arrêt qu'en cas d'annulation ou de retard important d'un vol, les compagnies aériennes peuvent se délier de leur obligation d'indemnisation si elles prouvent que l'annulation ou le retard sont dus à des circonstances extraordinaires qui échappent à leur maîtrise effective et qui n'auraient pas pu être évitées même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises.

1377. La question du surplus économique de tous les agents opérants sur ce marché rencontre ainsi l'objectif du bien-être du consommateur¹⁷⁹¹. Cette confrontation contribue à penser les règles de concurrence à l'aune des critères qui peuvent potentiellement être utilisés dans la mise en œuvre de cette politique de concurrence, tel le maintien de la liberté de choix du consommateur, la préservation de l'accès au marché notamment pour les petites et moyennes entreprises ou encore la prévention des abus de pouvoir de marché (abus de dépendance économique ou abus d'exploitation au travers de prix excessifs). Cela implique de tenter un transfert des objectifs en partant de « la seule considération des effets des pratiques en termes d'efficience » pour mieux assurer « la prise en compte de leurs effets en

¹⁷⁸⁷ Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91

¹⁷⁸⁸ Cour de justice de l'Union européenne, rapport concernant Les droits des passagers aériens, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-05/qd-04-17-650-fr-n_2019-05-22_11-30-44_512.pdf - Publié en octobre 2017, consulté le 17 juin 2019.

¹⁷⁸⁹ Directive (UE) n°2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil.

¹⁷⁹⁰ *Supra*, Arrêt dans les affaires jointes C-402/07 et C-432/07 Sturgeon / Condor Flugdienst GmbH et Böck e.a. c/ Air France SA du 19 novembre 2009.

¹⁷⁹¹ BERTIN Charles et LE NOAN Erwan, Faut-il sauver le bien-être du consommateur ? *Concurrences* n°1-2019.

termes de transferts de bien-être entre les agents économiques. »¹⁷⁹² **Les objectifs de la concurrence sont impactés par la prise en compte de la loyauté comme principe protecteur du citoyen.** Ainsi, la notion de captation du bien-être du consommateur prend le pas sur la question des gains d'efficacité¹⁷⁹³. On assiste dans le secteur des transports à une nouvelle hiérarchie des objectifs de la concurrence. Dans les années 2000, les gains d'efficacité ont pris le pas sur l'impératif de construction du marché intérieur par le droit de la concurrence. Aujourd'hui la loyauté entendue dans le sens de protection du consommateur en tant qu'ils peuvent être victimes d'abus de dépendance commerciale entre en compétition avec la protection des gains d'efficacité caractéristique de la libéralisation des années 1980.

1378. Cette évolution s'explique par un renouvellement de la notion de protection du consommateur face à un « affaiblissement des actions antitrust et [l'ouverture de] la voie à une concentration progressive de l'économie »¹⁷⁹⁴. On retrouve cet esprit aussi dans le transport ferroviaire quand la proposition de la Commission européenne¹⁷⁹⁵ vise à actualiser la législation pour garantir le réacheminement et aider les passagers en cas de retard, de plus de 100 minutes, ou d'annulation. C'est aussi, dans une logique de RSE, d'améliorer l'accès et l'assistance aux personnes à mobilité réduite et de créer davantage d'espaces réservés aux vélos, pour développer ce pan de la multimodalité. Ainsi, le Parlement dès son 1^{er} amendement de la proposition formule un objectif quand il évoque que

« Le règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil doit faire l'objet de plusieurs modifications *pour prévoir une protection renforcée des passagers et encourager davantage les voyages en train, dans le plein respect des articles 11, 12 et 14 du traité sur le fonctionnement de*

¹⁷⁹² MARTY Frédéric, Le critère de bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence, Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain, *Revue Internationale de droit économique*, 2014/4, t. XXVIII

¹⁷⁹³ MARTY Frédéric, id idem et l'affaire évoquée dans la presse https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/06/29/covid-19-les-droits-des-passagers-aeriens-europeens-n-ont-pas-ete-respectes_6086231_3234.html qui semble rendre encore plus prégnante l'idée que les arbitrages politique et juridique doivent être rendus par les autorités compétentes, à l'image de ce qui a pu se passer aux États-Unis. Ainsi, « Se basant sur les débats parlementaires qui ont précédé la promulgation du Sherman Act, [...] l'importance des préoccupations liées à la captation du bien-être du consommateur (wealth extortion, stolen wealth, robbery...) [prend le pas sur] la question des gains d'efficacité. », MARTY Frédéric, 2014.

¹⁷⁹⁴ *Supra* BERTIN Charles et LE NOAN Erwan, Faut-il sauver le bien-être du consommateur ? 2019.

¹⁷⁹⁵ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires (refonte) COM(2017) 548 final / 2017/0237(COD) du 27 septembre 2017.

l'Union européenne en particulier. En vue de ces amendements et dans un souci de clarté, il convient *dès lors* de procéder à la refonte du règlement (CE) n° 1371/2007. »¹⁷⁹⁶

1379. L'acte final¹⁷⁹⁷ de cet objectif est repris quand le 2^e considérant du règlement évoque « Dans le cadre de la politique commune des transports, il importe [par cette refonte] d'accroître la part du transport ferroviaire par rapport aux autres modes de transport ». Le droit de l'Union donne aux consommateurs une plus grande possibilité de faire respecter ses droits et d'inciter les opérateurs ferroviaires à améliorer la qualité et l'efficacité des services. Cette avancée majeure met en lumière le fossé qui se creuse entre compagnies aériennes et consommateurs sur cette question « des droits et obligations des voyageurs ». En effet, la mise en œuvre de cette logique pour le transport aérien reste, nous l'avons vu, à la traîne alors que la confrontation entre les agents économiques dans la répartition du bien-être porte tant que la question de l'information que, par extension, sur les données personnelles. Car derrière la question de déterminer si la pandémie de la COVID-19 peut autoriser les compagnies aériennes à privilégier tel ou tel mode d'indemnisation pour les annulations de vols, le débat fondamental à propos du bien-être du consommateur s'envisage à partir de la question du coût d'obtention de l'information¹⁷⁹⁸. C'est dans cette perspective que l'on peut comprendre le « combat de tranchées » mené par les compagnies aériennes, tant lors de la COVID-19 que dans le contexte de la directive relative aux contrats à distance¹⁷⁹⁹.

1380. Lors du débat interinstitutionnel à propos de cette directive, la loyauté était vue, initialement, comme une condition de transparence, car l'information donnée devait être claire et compréhensible. Sur le plan matériel, cette exigence se traduisait par un fort besoin d'uniformisation des droits nationaux, donc par une proposition de règlement¹⁸⁰⁰. Le CESE s'était prononcé en ce sens. Finalement, c'est une nouvelle directive, la directive n° 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, qui remplace celle de 1997, en écartant

¹⁷⁹⁶ Les mots en gras et italique correspondent au texte amendé de la Proposition de Règlement COM(2017) 548 final / 2017/0237(COD) du 27 septembre 2017, supra.

¹⁷⁹⁷ Règlement (UE) n°2021/782 du Parlement et du Conseil du 29 avril 2021 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires (refonte)

¹⁷⁹⁸ MICHAUD Claude, *Théorie et pratique de la réglementation : l'exemple des États-Unis, Politiques et management public*, vol. 1, n° 2, 1983. pp. 3-25.

¹⁷⁹⁹ Directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive n°93/13/CEE du Conseil et la directive n°1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive n°85/577/CEE du Conseil et la directive n°97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

¹⁸⁰⁰ Avis du CESE COM(2006) 514 final du 21 septembre 2006.

cette obligation de loyauté et en maintenant la condition de transparence. Les États ont transposé très diversement cette condition et la Cour de justice de l'UE a eu l'occasion de préciser à plusieurs reprises les règles que les vendeurs de voyages aériens doivent respecter lorsqu'ils proposent des offres sur leur site Internet.

1381. En 2012, la Cour a déclaré que les vendeurs de voyages aériens n'ont pas le droit d'inclure par défaut l'assurance « annulation de vol » dans le prix du billet. En effet, une telle assurance est un supplément de prix optionnel qui, selon un règlement de 2008 sur l'exploitation des services aériens, doit être communiqué de façon claire au début de la procédure de réservation, son acceptation devant résulter d'une démarche explicite de la part de l'acheteur¹⁸⁰¹. Le même règlement de 2008 dispose en outre que le prix définitif à payer doit être précisé à tout moment. La Cour en a donc conclu que le prix définitif à payer doit être précisé pour chaque service aérien proposé, y compris lors de la première indication de prix. Cette obligation vise notamment à permettre aux clients de comparer effectivement le prix des services aériens pratiqués par différents transporteurs aériens¹⁸⁰². La transparence est ainsi renforcée dans une optique de protection du consommateur en tant que partie faible au contrat. En ce sens, l'activation du consommateur sur le marché des transports n'est pas réalisée. Le principe de loyauté pouvait aller en ce sens, en faisant du consommateur un acteur que les compagnies doivent éclairer pour qu'il soit co-responsable de l'expérience de voyage qu'elles proposent. Cette « encapacitation » du consommateur est plus perceptible encore dans le traitement de ses données personnelles.

1382. Dans le prolongement des diverses actions déjà menées depuis deux ans pour améliorer la qualité d'accueil des touristes chinois se rendant sur la Côte d'Azur, l'aéroport Nice Côte d'Azur s'est doté en 2018 d'une *hotline* pour renforcer sa présence sur le réseau WeChat. Ce nouvel outil doit permettre de séduire des passagers depuis la Chine et de répondre à leurs attentes à leur arrivée à Nice. Ce service vient enrichir la palette d'outils déjà installés sur la plateforme. Au sein des terminaux, un espace Accueil équipé de bornes interactives et une signalétique en mandarin ont ainsi été installés. Le recueil et le traitement de ces données assurent un calibrage du service en fonction des caractéristiques d'un type de

¹⁸⁰¹ Arrêt de la Cour du 19 juillet 2012 dans l'affaire C-112/11, *ebooker.com Deutschland c/ contre Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, ECLI:EU:C:2012:487.

¹⁸⁰² Arrêt de la Cour du 15 janvier 2015 dans l'affaire C-573/13, *Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c/ Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, ECLI:EU:C:2015:11.

clientèle. Cette démarche, encadrée par le respect du RGPD, met le consommateur au centre des innovations commerciales. Pour autant, elle ne permet pas encore une protection loyale du consommateur en tant que co-responsable de son expérience de voyage, celui-ci n'ayant pas une capacité à bien appréhender ce à quoi il consent lorsqu'il accepte le stockage et la gestion de ces données personnelles.

1383. La crise sanitaire est paradoxalement une voie plus prometteuse en la matière. Les droits des passagers n'ont en effet pas été respectés durant la pandémie, au moins en 2020. En 2021, un rapport spécial de la Commission en a fait le constat. Ce rapport souligne la nécessité de faire respecter certains droits qualifiés d'essentiels pour les passagers aériens, rendant à nouveau nécessaire d'intégrer dans l'état du droit, l'esprit de loyauté pour en développer un principe. On se rapproche alors, malgré la nette différenciation de ces deux termes dans la langue française actuelle, d'un comportement loyal qui serait donc un exact doublet étymologique d'un comportement légal¹⁸⁰³.

1384. On retrouve, récemment, cette idée à l'occasion de l'évaluation de l'information du consommateur qui fait l'objet d'un régulier contentieux, notamment quand le système de réservation électronique ne fait pas apparaître le prix total de la réservation qu'à la seconde étape de celle-ci, alors que « l'obligation d'information doit se faire à tout moment » et donc « lors de chaque indication des prix des services aériens »¹⁸⁰⁴. , la Cour de justice, lors d'une question préjudicielle¹⁸⁰⁵, a clarifié le 23 avril 2020 l'obligation de transparence des transporteurs aériens à l'égard des frais qualifiés d'inévitables et prévisibles dès la publication de leurs offres de prix de billets d'avion sur internet. Dans cette affaire opposant Ryanair à l'Autorité de concurrence italienne, la première fut sanctionnée pour avoir publié sur internet des prix de vols qui n'indiquaient pas certains éléments, tels que les frais d'enregistrement en ligne, la TVA appliquée aux vols nationaux et les frais administratifs liés au paiement par carte de crédit, la compagnie aérienne les estimant facultatifs. Considérant ces éléments inévitables et prévisibles, la Cour estima que le consommateur devait par conséquent en être

¹⁸⁰³ Voir <http://littrereverse.net/dictionnairefrancais/> et CHERBONNIER William, CROCHET Laurianne, DURAND Eugénie, FAVZLAVAKI Yannick, FIGAROL Valentine, FOIX Jean Christophe, GABILLARD Leo, KEH Luc, LE GORGNE Elodie, MORVAN Jeremy, SINAUD Jean-Charles, SCHULTZ Béverley, TARDIF-CANNEVA Sabine, La loyauté : de la règle morale au principe juridique, *Revue juridique de l'Ouest*, 2012-3. pp. 327-342. DOI : <https://doi.org/10.3406/juro.2012.4730>

¹⁸⁰⁴ *Supra*, Arrêt de la Cour du 15 janvier 2015 dans l'affaire C-573/13, Air Berlin.

¹⁸⁰⁵

informé dès la première indication du prix, et non pas au cours de la procédure de réservation en ligne, l'Autorité de concurrence a infligé des amendes à Ryanair de plus de 500 000 euros pour pratique commerciale déloyale. Car, pour ce modèle économique des TBC/LCC, les éléments de tarification en sont le fondement même et permettent d'attirer les consommateurs. On retrouve cette logique pour d'autres suppléments facultatifs (tels que les bagages additionnels) qui font encore l'objet d'un débat quant à ce qu'ils doivent, ou non, être indiqués de manière claire, transparente et non équivoque au début de la procédure de réservation. C'est ainsi que le 20 février 2019, l'Autorité de concurrence italienne avait infligé des amendes à Ryanair, et sa filiale Wizz Air, pour pratiques commerciales déloyales. Le régulateur italien visait leurs nouvelles règles appliquées aux bagages à main qui imposaient au voyageur de payer pour un bagage à main ne rentrant pas sous son siège. L'Autorité considérait que cette pratique permettait à Ryanair d'augmenter ses prix de manière non transparente, le bagage à main étant un supplément inévitable et prévisible, devant dès lors être inclus dès la première publication du prix du billet d'avion sur internet.

1385. Cependant, le tribunal administratif régional a annulé la décision en expliquant que Ryanair n'imposait aucune restriction sur le poids du bagage à main et qu'en l'absence de régulation formulant des mesures minimales, la compagnie aérienne était libre d'adapter sa politique de bagages à main. Parallèlement, en novembre 2019, un tribunal espagnol a également jugé que la politique de bagages à main de Ryanair était « abusive » et ne pouvait plus être appliquée en Espagne. **Il reste à la Cour de justice de l'Union d'avoir l'occasion de prendre position sur cette information et de confirmer dans le temps sa position.** Les règles relatives à la dimension et au poids maximum des bagages, au titre du contrat de transport conclu avec un passager, autorisent les compagnies aériennes dans leur politique commerciale propre, à facturer les bagages autres que celui qui peut être rangé dans la cabine d'un aéronef (bagages à main). En effet, ce type de bagage est une obligation d'acceptation à la charge des compagnies, en tant qu'ils constituent un élément indispensable du transport des passagers, et donc ne représente un supplément de prix optionnel, relatif à un service complémentaire. Il faut toutefois que de tels bagages répondent « à des exigences raisonnables en termes de poids et de dimensions »¹⁸⁰⁶ et sous réserve des impératifs de

¹⁸⁰⁶ Arrêt de la Cour du 18 septembre 2014 dans l'affaire C-487/12, Vueling Airlines SA c/ Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia, ECLI:EU:C:2014:2232.

sécurité. Ainsi, la réglementation espagnole, qui imposait aux transporteurs aériens à transporter non seulement le passager, mais également les bagages enregistrés de celui-ci, dans la mesure de leur poids, pour le prix du seul billet d'avion et sans qu'aucun supplément de prix puisse être exigé pour le transport, n'était pas conforme au règlement (CE) n° 1008/2008 « règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté ».

1386. **La liberté de tarification fut ainsi confirmée aux compagnies aériennes.** Mais cet avantage est actuellement remis en cause, tant il semble, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, que la réaction des transporteurs ait entraîné que les droits essentiels des passagers aériens ne furent pas protégés¹⁸⁰⁷, réclamant un nouvel équilibre, toujours sous l'angle de la loyauté entre agents économiques.

B – L'activation progressive du rôle du consommateur par la jurisprudence

1387. Les nouvelles orientations relatives aux règles communes d'indemnisation et d'assistance des passagers adoptées le 10 juin 2016¹⁸⁰⁸ avaient donné le ton. Alors que la Commission européenne y loue la législation de l'UE comme « l'une des plus avancées du monde », elle poursuit cette orientation pour en faire un argument commercial, à disposition des compagnies aériennes européennes, dans la compétition mondiale. Il s'agit, en effet, pour la Commission, **d'un nouvel élément de la stratégie qui vise à renforcer la compétitivité de l'aviation européenne par la stabilité des connexions qu'elle opère entre le territoire de l'Union et le reste du monde.**

1388. **Le rôle du consommateur va en s'accroissant tant les dernières décisions jurisprudentielles vont dans son sens.** La Cour a, ainsi, été appelée au fil des années à préciser et concrétiser la notion de « circonstances extraordinaires » lors desquelles les compagnies aériennes ne sont pas obligées d'indemniser les passagers. Ainsi, la Cour a pu spécifier que le choc d'un escalier mobile d'embarquement contre un avion¹⁸⁰⁹ ainsi qu'en principe, des problèmes techniques imprévus, tels qu'une panne ou le remplacement d'une pièce

¹⁸⁰⁷ Cour des comptes européenne, Rapport spécial 15/2021 : Droits des passagers aériens durant la pandémie de COVID-19: malgré les efforts de la Commission, des droits essentiels n'ont pas été protégés du 29 juin 2021.

¹⁸⁰⁸ Communication de la Commission, IP/16/2147 du 10 juin 2016.

¹⁸⁰⁹ Arrêt de la Cour du 17 septembre 2015, dans l'affaire C-257/14, Van der Lans c/ contre Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, ECLI:EU:C:2015:618.

prématurément défectueuse¹⁸¹⁰, ne constituent pas des circonstances extraordinaires. Ainsi, les compagnies aériennes ne peuvent être déchargées de leur obligation d'indemnisation tant que de tels problèmes techniques sont inéluctables au fonctionnement d'un avion et n'échappent pas à la maîtrise du transporteur aérien. Celui-ci est tenu d'en assurer l'entretien. Elle a cependant précisé que certains problèmes techniques peuvent être considérés comme des circonstances extraordinaires comme des vices cachés de fabrication qui affectent la sécurité des appareils déjà en service ou bien des dommages causés aux avions par des actes de sabotage ou de terrorisme¹⁸¹¹. La Cour a également reconnu que la fermeture d'une partie de l'espace aérien européen par suite de l'éruption du volcan Eyjafjallajökull en Islande constituait une circonstance extraordinaire, tout comme la collision entre un avion et un oiseau, et le temps passé par un expert dûment habilité pour effectuer les vérifications de sécurité requises par cette collision¹⁸¹².

1389. À plusieurs reprises, la Cour a été amenée à préciser sa jurisprudence sur les vols ayant subi un retard de trois heures ou plus. Elle a notamment dû expliquer les modalités de calcul du retard ainsi que l'incidence des correspondances sur les retards. La Cour a indiqué en 2014 que l'heure d'arrivée effective du vol correspond au moment où au moins une des portes de l'avion s'ouvre. En effet, ce n'est qu'au moment où les passagers sont autorisés à quitter l'appareil que ceux-ci peuvent reprendre leurs activités sans restriction¹⁸¹³. Elle a en outre précisé que, lorsque le retard d'un vol est dû à la fois à des circonstances extraordinaires et à d'autres circonstances imputables à la compagnie aérienne, il fallait retrancher le temps de retard dû à la circonstance extraordinaire du temps total de retard à l'arrivée. Si, pour donner suite à cette déduction, le retard du vol à l'arrivée est de trois heures ou plus, les passagers ont alors droit à une indemnisation¹⁸¹⁴. En 2013, la Cour a par ailleurs indiqué que l'indemnisation n'est pas subordonnée à l'existence d'un retard au départ. Pour que l'indemnisation soit due, il suffit qu'un retard de trois heures ou plus soit subi à l'arrivée à la destination du passager, indépendamment du fait que le retard trouve son origine dans le vol

¹⁸¹⁰ Arrêt de la Cour du 22 décembre 2008, dans l'affaire C-549/07, Friederike Wallentin-Hermann c/ Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA, ECLI:EU:C:2008:771.

¹⁸¹¹ Ordonnance de la Cour du 14 novembre 2014, dans l'affaire C-394/14, Siewert et autres.

¹⁸¹² Arrêts de la Cour dans les affaires C-12/11, Denise McDonagh c/ Ryanair Ltd du 31 janvier 2013 et C-315/15, Marcela Pešková et Jirí Pešká/Travel Service a.s du 4 mai 2017.

¹⁸¹³ Arrêt de la Cour du 4 septembre 2014, dans l'affaire C-452/13, Germanwings c/ Ronny Henning, ECLI:EU:C:2014:2141.

¹⁸¹⁴ *Supra*, Arrêt de la Cour du 4 mai 2017 dans l'affaire C-315/15, Pešková et Peška.

de départ ou dans l'un des éventuels vols de correspondance¹⁸¹⁵. En outre, la Cour a précisé, en 2017, que la distance du vol qui détermine le montant de l'indemnisation couvre uniquement, dans le cas des liaisons aériennes avec correspondance, la distance directe entre le lieu du premier décollage et la destination et doit être calculée « à vol d'oiseau »¹⁸¹⁶. De la même manière, lors d'un déclassement d'un passager, l'indemnisation de celui-ci s'effectue au prorata du prix du billet selon la distance¹⁸¹⁷.

1390. On peut aussi évoquer le cas du nombre de passagers refusés à l'embarquement contre leur volonté qui reste trop élevé, ainsi que le nombre de passagers concernés par des annulations sans avertissement préalable et des retards importants. La Cour eut aussi à prendre récemment position¹⁸¹⁸. Dans de récentes affaires qui concernent l'indemnisation due en cas de vol avancé comme la détermination de la répartition des responsabilités entre compagnie aérienne et organisateur de voyage¹⁸¹⁹, l'extension au fur et à mesure des affaires jugées que la protection du consommateur est effectivement en plein essor assumant, sans le dire, une régulation qui se mue en une planification. Ainsi, en cas de vol avancé, la Cour avait pu compléter sa jurisprudence tant dans l'articulation des textes, incluant le règlement « droit des passagers » et la directive « commerce électronique », que par la prise en compte d'une tierce personne, un intermédiaire organisateur de vol qui devient le transporteur effectif¹⁸²⁰, rejoignant l'évolution du marché que nous évoquions avec le rapport de force entre compagnies aériennes et opérateurs GDS. Dans cette affaire du 4 juillet 2018, des voyageurs ont embarqué pour un vol au départ de Hambourg (Allemagne) et à destination de Cancun (Mexique). Leurs billets d'avion comportaient le code "TUIFly", comme première compagnie aérienne, mais précisaient que le vol était effectué par Thomson Airways, une seconde compagnie aérienne. Ces deux compagnies étaient liées par un contrat de location "*wet*

¹⁸¹⁵ Arrêt de la Cour du 26 février 2013 dans l'affaire C-11/11, Air France c/ Heinz-Gerke Folkerts et Luz-Tereza Folkerts, ECLI:EU:C:2013:106.

¹⁸¹⁶ Arrêt de la Cour du 7 septembre 2017 dans l'affaire C-559/16, Bossen et autres, ECLI:EU:C:2017:644.

¹⁸¹⁷ Arrêt de la Cour du 22 juin 2016 dans l'affaire C-255/15, Mennes c/ Emirates Direktion für Deutschland, ECLI:EU:C:2016:472.

¹⁸¹⁸ Arrêt de la Cour du 30 avril 2020 dans l'affaire C-191/19, OI c/ Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, ECLI:EU:C:2020:339.

¹⁸¹⁹ Arrêt de la Cour du 21 décembre 2021 dans l'affaire C-263/20, AirHelp c/ Laudamotion, ECLI:EU:C:2021:1039 et le commentaire de MICHEL Valérie, Europe n°2 février 2022.

¹⁸²⁰ Arrêts de la Cour du 4 juillet 2018 dans l'affaire C-532/17, W. W., T. M., R. M., G. W. c/ Thomson Airways Ltd, ECLI:EU:C:2018:527 et plus récemment, du 12 novembre 2020 dans l'affaire Affaire C-469/20, RightNow GmbH c/ Wizz Air, ECLI:EU:C:2020:975.

lease", incluant un avion avec son équipage. Les passagers sont arrivés à l'aéroport d'arrivée avec un retard important et dès lors ils ont réclamé l'indemnisation du retard à Thomson Airways, la compagnie locataire de l'appareil. Celle-ci contesta son obligation de verser une indemnisation au motif qu'elle n'était pas le « transporteur aérien effectif » au sens de l'article 2, b) du règlement (CE) n° 261/2004. La Cour a confirmé cette interprétation en rappelant que **la notion de « transporteur aérien effectif » ne couvre pas le transporteur aérien qui donne en location l'appareil et l'équipage dans le cadre d'un contrat de location d'avion avec équipage, mais n'assume pas la responsabilité opérationnelle des vols**. Or, la fixation de l'itinéraire et la réalisation de ce vol avaient été décidées par TUIFly. Par conséquent, Thomson Airways ne peut être qualifié de transporteur aérien effectif.

1391. **Le droit de l'Union est sur une ligne stricte, celle de la haute protection du consommateur, donc on va au plus simple : celui-ci voyage sur une compagnie aérienne, elle est responsable de son vol**. Elle pourra, le cas échéant, se retourner contre l'organisateur de voyage. On peut comprendre, alors plus aisément, pourquoi les compagnies aériennes, outre la réduction des coûts, veulent gérer le plus directement possible, la relation commerciale avec leurs passagers. Dès lors, et pour tenter de garder l'équilibre entre droits du consommateur et des opérateurs économiques, la question se pose de la nécessité de faire évoluer la règle pour plus de loyauté. La prise en compte de la loyauté, sans être expressément faite, est de plus en plus prégnante depuis le début de la décennie 1990¹⁸²¹ comprenant les évolutions commerciales comme la législation sur le commerce électronique¹⁸²² comme les bouleversements de la relation commerciale en temps de crise sanitaire notamment. L'objectif de ces évolutions de la réglementation est de faire pencher la balance en faveur du bien-être du consommateur (la relation au service acheté) face au surplus total (gains d'efficacité sur un marché donné).

1392. On serait alors ici dans un présupposé qui est que le consommateur, en tant qu'objectif principal des politiques de concurrence, contrairement aux éléments de politiques industrielles, est avant tout un argument robuste. Cette robustesse repose autant sur le fait

¹⁸²¹ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

¹⁸²² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »)

que la protection du consommateur ne rime pas avec « au détriment du producteur », que sur le refus que la période passée, avec l'annulation des vols sous COVID-19, puisse faire admettre que la survie des compagnies aériennes devait passer forcément par l'absence d'indemnisation des passagers. La loyauté suppose un consommateur capable de faire des choix, apte à co-construire son expérience de voyage, sans pour autant sacrifier la compagnie aérienne qui doit pouvoir développer sa prestation de service. L'offre et la demande sur le marché continuent donc d'être promues comme les deux faces, essentielles, du marché. En cela, la politique de concurrence doit être plus globale qu'elle ne l'avait été, nécessitant qu'elle soit ainsi réobjectivée pour pérenniser ce qu'elle a promu et créé¹⁸²³. Dès lors, pour pallier l'absence d'une politique industrielle qui ne peut dire son nom, la régulation apparaît comme une planification, certes à court terme et pragmatique, mais plus fine et pertinente pour assoir non seulement le fonctionnement du marché intérieur, mais aussi le rôle du consommateur-citoyen et ainsi conforter la nécessité de réobjectiver la politique de concurrence.

1393. Cette dernière dimension qui apparaît comme mieux assumée, par la Commission européenne, au regard des avancées législatives, correspond aussi à l'identification d'une nouvelle perspective, plus complète, celle d'une nouvelle donne économique que la transition écologique planifie. La concurrence n'est alors plus antinomique de cette nouvelle planification.

Section 3 – La loyauté comme contrepoids à la concurrence

1394. La loyauté est un concept qui permet de revisiter la concurrence pour qu'elle incorpore des enjeux sociétaux. Le droit permet ainsi l'adaptation de règles de concurrence au défi climatique. Le débat apparaît comme assez nouveau alors que l'on sait que, dès l'ancien article 6 TCE devenu article 11 TFUE, « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable. »

L'intégration de la loyauté comme nouvel élément de la protection de l'environnement envisage de remanier les théories économiques comme juridiques sur les objectifs à

¹⁸²³ *Supra*, BERROD Frédérique, Marché intérieur, *RTDEur*, Avril-juin 2019, p 247 à 582.

poursuivre et les moyens que l'autorité publique doit y allouer¹⁸²⁴. En cela, il peut conduire à se poser la question de la relation de contrainte ou alors d'émulation entre droit de la concurrence et protection de l'environnement¹⁸²⁵ pour finalement, au-delà d'un simple « verdissement » des objectifs énergétiques et climatiques de l'Union, aboutir à une transition écologique fondamentale¹⁸²⁶.

1395. La jurisprudence de la Cour de justice de l'UE avait opéré depuis longtemps un arbitrage entre « protection de l'environnement, libre circulation et libre concurrence », pour reprendre les mots de Laurence IDOT¹⁸²⁷. La Cour faisait un examen du droit de la concurrence assez flexible en tempérant ses principes et en les adaptant aux objectifs de protection de l'environnement¹⁸²⁸. La protection de l'environnement est ainsi consacrée en tant qu'exigence impérieuse d'intérêt général¹⁸²⁹, et englobe la santé publique¹⁸³⁰ ou l'aménagement du territoire¹⁸³¹. On retrouve cette approche dans l'arrêt Aher-Waggon de 1998¹⁸³² où la Cour de justice de l'UE estime que la réglementation subordonnant la première immatriculation d'un aéronef à des normes d'émissions sonores plus sévères que celles harmonisées par l'UE, si elle restreint les échanges entre les États, est justifiée par la lutte contre la pollution sonore découlant des avions.

1396. L'équilibrage est à la fois considérablement amplifié par le défi de la transition écologique et très largement dépassé par elle. La prise en compte de considération de développement durable s'est en effet fortement accélérée depuis 2019 pour toutes les politiques d'actions de l'Union, jusqu'à aboutir à l'objectif « Ajustement à l'objectif 55 » afin

¹⁸²⁴ IDOT Laurence, Les deux axes de la politique de concurrence de la prochaine décennie, Europe, n°10, LexisNexis, octobre 2020 évoquant la Communication « Une politique de concurrence adaptée aux nouveaux défis » du 18 novembre 2021, *supra*.

¹⁸²⁵ CHAIEHLOUJ Walid, Le droit de la concurrence est-il un frein à la protection de l'environnement ?, Europe, n°4, LexisNexis, avril 2022.

¹⁸²⁶ Editoriaux, *Energie – Environnement – Infrastructures*, LexisNexis, n°6 Juin 2016, et n°6 Juin 2017.

¹⁸²⁷ IDOT Laurence, Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de justice, n°119 *Petites affiches*, 15 juin 2006.

¹⁸²⁸ TORRE-SCHAUB Marthe, Marché unique et environnement : quelle intégration ? *Revue internationale de droit économique*, vol. xx,3, n°3, 2006, pp. 317-338.

¹⁸²⁹ *Supra*, IDOT Laurence, 2020.

¹⁸³⁰ Arrêt de la Cour du 14 juillet 1998, dans l'affaire C-389/96, Aher-Waggon GmbH c/ Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:1998:357.

¹⁸³¹ Arrêt de la Cour du 5 mars 2002, dans l'affaire C-515/99 (affaires jointes C-515/99 et C-527/99 à C-540/99) c/ Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg et Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg et Anton Lassacher et autres (affaires jointes C-519/99 à C-524/99 et C-526/99) c/ Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg et Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg., ECLI:EU:C:2002:135.

¹⁸³² *Supra*, Arrêt de la Cour du 14 juillet 1998, dans l'affaire C-389/96, Aher-Waggon GmbH.

d'atteindre l'objectif climatique de l'UE à l'horizon 2030 sur la voie de la neutralité climatique »¹⁸³³ complétant, pour accélérer le rythme de la transition, la communication intitulée « Le pacte vert pour l'Europe » du 11 décembre 2019¹⁸³⁴. Le règlement dit « Loi européenne sur le climat »¹⁸³⁵ est adopté le 30 juin 2021, rendant obligatoire la neutralité climatique en 2050. Dès le 14 mars 2019, le Parlement européen, dans sa résolution¹⁸³⁶ sur le changement climatique, rappelle à la Commission, qu'il « l'a également engagée à entreprendre une réforme en profondeur de ses politiques d'investissement [des transports] ». La crise énergétique induite par l'invasion de l'Ukraine par la Russie le 24 février 2022 oblige le secteur aérien à opérer encore plus vite cette révolution énergétique.

1397. **La loyauté de la concurrence se mue dès lors en une exigence de concurrence durable, servant à soutenir les trajectoires vers la neutralité climatique.** La concurrence loyale doit ainsi se faire entre des opérateurs incorporant pleinement l'exigence de durabilité de leurs activités pour que le marché des services de transports participe à la mobilité durable du Pacte vert. L'innovation est mise au service de cette transition, par exemple au travers de la promotion de l'hydrogène, tant pour le transport aérien que ferroviaire. À ce stade, il importe de rappeler que dans la concurrence que se livrent ces deux modes de transport, le second, en mettant en avant son faible impact environnemental, en ferait presque oublier que l'électrification des lignes de train qui a débuté dans les années 1960 n'est toujours pas achevée à l'heure actuelle. En 2020, seulement 60 % du réseau français a été électrifié. Il s'agit principalement des lignes à grande vitesse, celles qui offrent une alternative au transport aérien, mais sur le réseau secondaire de nombreux trains roulent encore au gasoil.

1398. Dès lors, la question de l'« Aviation durable » est un des objectifs mis en avant par la présidence française de l'UE, notamment lors du Sommet de l'aviation tenu à Toulouse¹⁸³⁷

¹⁸³³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 14 juillet 2021, « Ajustement à l'objectif 55 » : atteindre l'objectif climatique de l'UE à l'horizon 2030 sur la voie de la neutralité climatique, COM/2021/550 final.

¹⁸³⁴ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_fr - Consulté le

¹⁸³⁵ Règlement (UE) n°2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n°401/2009 et (UE) n°2018/1999 (« loi européenne sur le climat »)

¹⁸³⁶ Résolution du Parlement européen du 14 mars 2019 sur le changement climatique – une vision européenne stratégique à long terme pour une économie prospère, moderne, compétitive et neutre pour le climat conformément à l'accord de Paris [2019/2582(RSP)].

¹⁸³⁷ TREVIDIC Bruno, <https://www.lesechos-fr.cdn.ampproject.org/c/s/www.lesechos.fr/amp/1374956> - Publié le 27 déc. 2021, consulté le 3 janvier 2022.

les 3 et 4 février 2022. La Déclaration de Toulouse pour une neutralité carbone du transport aérien d'ici 2050 est un exemple de l'engagement des États membres, de la Commission et des parties prenantes à la transformation du secteur aérien. Pour avoir une chance d'atteindre l'objectif « zéro émission net » en 2050, le transport aérien européen a besoin des carburants d'origine non fossile, ce qui implique de parvenir à un accord sur le projet RefuelEU en 2022, accéléré durant la présidence française du Conseil de l'Union européenne. Le cadre juridique doit soutenir cette innovation sur d'autres points comme des entreprises communes telles que Clean Aviation. Il faudra enfin adopter un « panier de mesures assorties d'étapes intermédiaires efficaces et ambitieuses pour accélérer la transition du secteur de l'aviation tant européen qu'international, afin d'atteindre des émissions nettes de carbone nulles d'ici à 2050, telles que l'amélioration de la technologie des aéronefs, l'amélioration des opérations, l'utilisation de carburants d'aviation durables, les mesures fondées sur le marché, la tarification du carbone, les incitations financières et le soutien à l'innovation environnementale et climatique dans le secteur, dont un certain nombre est abordé dans le paquet "Fit for 55" »¹⁸³⁸.

1399. **Cette évolution environnementale s'accompagne selon la Commission européenne d'une transition sociale durable et une transition juste.** Les modifications du cadre réglementaire seront donc nombreuses. Un nouveau cadre doit donc être pensé en même temps que l'ancien cadre est adapté. On en veut pour preuve l'adaptation des aides d'État à la transition écologique¹⁸³⁹. Il s'agit en effet bien plus que d'un verdissement de la politique de concurrence. Ainsi, la Commission confirme la nécessité de poursuivre les travaux qui portent sur l'actualisation du Règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) en matière d'aides d'État comme la réécriture des nouvelles lignes directrices sur le climat, l'énergie et l'environnement. Elle combine cette démarche avec la révision des lignes directrices sur les aides aux entreprises ferroviaires, y associant aussi les récentes lignes directrices sur les aides régionales.

1400. La crise de la COVID-19 n'a pas eu raison de ce mouvement. Elle fut en premier lieu révélatrice des faiblesses du modèle économique sur lequel repose la concurrence dans le

¹⁸³⁸ Point C. de la Déclaration de Toulouse, https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/media/2hkh2v33/declaration-de-toulouse-pfue-ang_fr.pdf - *supra*.

¹⁸³⁹ https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_fr

transport aérien de passagers (§1) et elle a, en second lieu, précipité la nécessité d'un acte 3 de l'ouverture du ciel européen (§2)

§ 1 - La crise de la COVID-19 accélératrice de solutions déjà envisagées

1401. La question de la loyauté de la concurrence reprend toute son intensité dans le contexte de la pandémie qui, sur fond de cadre réglementaire en cours de refonte, tend à modifier les approches et les objectifs pour définir les conditions de survie pour le modèle ancien. Après la révolution de l'ouverture du marché aérien unique marqué par le *low cost*, ce secteur craint de jouer en effet sa survie, fortement impacté par les mesures restrictives de la liberté des personnes et plus encore par la transition écologique. Cette intégration des questions environnementales dans le modèle économique et commercial des compagnies aériennes vise à atténuer voire contrer la remise en cause du rapport de la population au mode de transport aérien (A). La crise de la COVID-19 a accéléré le mouvement et va permettre un certain nombre d'avancées qui pouvaient, jusque-là, être l'objet de réticences politiques et de blocages sociaux (B).

A - La remise en cause partielle du rapport à l'avion

1402. Dans ce secteur, **la concurrence repose d'abord sur le prix affiché plus que sur le produit proposé et l'arrivée de l'offre à bas tarifs basée sur de bas coûts avait logiquement bouleversé ce secteur.** L'une des réponses des compagnies aériennes traditionnelles avait été d'opérer une forte concentration, par des alliances puis des prises de participation, voire de contrôle, « signifiant que [ces] compagnies aériennes cherchent à se garantir contre l'instabilité du marché »¹⁸⁴⁰. C'est aussi la volonté de s'identifier à des structures aéroportuaires, autant pour des considérations techniques liées à l'infrastructure que pour une relation avec le territoire. Il en est ainsi le renforcement de l'attractivité touristique par la construction d'aérogares, véritables centres commerciaux et autres lieux d'expositions culturelles.

¹⁸⁴⁰ OCDE, chapitre 4 p 91, Rapport, 1997, *supra*.

1403. Ce développement est fortement dépendant des énergies fossiles, des aléas politiques et climatiques, et implique des coûts liés aux investissements et à la sécurité des passagers. Le bénéfice par passager est en conséquence relativement faible. Ainsi, Pierre DUSSAUGE¹⁸⁴¹ rappelle que ce secteur économique n'est plus rentable depuis environ une dizaine d'années malgré l'impression contraire issue des derniers chiffres de l'IATA¹⁸⁴² lors de son sommet mondial au Cap en mai 2013. Les années qui ont suivi, en présentant un caractère contrasté entre développement du secteur et faillites régulières de compagnies aériennes, n'ont pas démenti ce constat. Cette fragilité a été fortement mise à l'épreuve par la crise sanitaire apparue en 2020, questionnant la survie même du transport aérien de passagers. Il est alors intéressant de relever que les conséquences de la pandémie de la COVID-19 ont été fondamentales tant elles furent différentes selon les catégories de compagnies. Déjà, elles furent ressenties différemment par les compagnies aériennes à bas prix, comme Ryan Air ou easyJet qui n'ont pas eu besoin d'aides publiques alors que les compagnies aériennes traditionnelles de réseau (CATR¹⁸⁴³), comme Air France, Lufthansa ou Singapore Airlines, ont bénéficié d'un large soutien de leur État.

1404. Les CATR s'appuient sur des plateformes centrales où les vols court-courriers sont reliés aux vols long-courriers qui, avec leurs avions de plus grande capacité, sont économiquement plus intéressants. Ces avantages pour ces compagnies aériennes se font toutefois au prix de l'acceptabilité sociale par les passagers de ce type de mobilité. L'interdépendance entre les vols court-courriers et les vols long-courriers est également un immense obstacle à la reprise économique post-COVID. Pour les CATR, l'absence de vols long-courriers signifie que les vols court-courriers doivent être réduits. L'absence de vols court-courriers rendra alors impossible le remplissage des grands vols long-courriers sauf à reporter l'acheminement par un autre mode de transport, comme le train. Cela peut conduire à faire des choix. Les compagnies aériennes à bas coûts et à service complet qui exploitent un modèle

¹⁸⁴¹ DUSSAUGE Pierre, Pourquoi certaines entreprises réussissent-elles mieux que d'autres ? Un éclairage d'entreprise, conférence HEC, Jouy-en-Josas, 5 juin 2013.

¹⁸⁴² L'Association internationale pour le transport aérien est une organisation commerciale internationale de sociétés de transport aérien. Ces entreprises sont spécialement autorisées à consulter les prix entre elles par l'intermédiaire de cet organisme.

¹⁸⁴³ ROHRBECK René, <https://rene-rohrbeck.de/2020/12/04/air-transport-will-never-be-the-same-again/> ou la version française <https://theconversation.com/le-transport-aerien-ne-sera-plus-jamais-le-meme-151150> - Publié les 2 et 4 décembre 2020, consulté le 6 décembre 2020.

point à point peuvent être beaucoup plus réactives en cas de crise¹⁸⁴⁴, en ouvrant et en fermant des routes pour répondre à la fluctuation de la demande. Dans cette perspective, la vivacité du secteur est à rappeler, et il importe de relever le développement de « petites compagnies » régionales développant une ou deux lignes telles que ASL Airlines France en assurant des allers/retours entre Pau et Roissy Charles de Gaulle dès juin 2020, profitant des créneaux aéroportuaires laissés par Air France depuis le déconfinement du trafic aérien. Avant le confinement de l'aéroport de Pau, il y avait neuf liaisons quotidiennes entre Paris et Pau.

1405. La plupart des CATR ont eu pour stratégie de « tenir bon » et de redémarrer à terme leur modèle *hub-and-spoke*. Mais pour éviter une panne de leur système de vols long-courriers de ravitaillement des *hubs*, elles ont dû maintenir ouvertes les liaisons qui ne sont pas rentables, ou seulement grâce à une activité de fret qui ne s'est jamais vraiment arrêtée durant la crise. Cela les rendit, dans la plupart des cas, dépendantes des aides de l'État pour ce faire. **La question fut de savoir combien de temps cette stratégie pouvait être maintenue, entraînant, là aussi, un repositionnement de certaines compagnies historiques qui redécouvraient les voyages de vacances en offres point à point.**

1406. Il faut ajouter à ces perturbations majeures le phénomène du « *flight-shaming* » que la crise sanitaire a diffusé mondialement et dans toutes les classes de la société. La prise de conscience croissante de l'impact environnemental a conduit à faire naître en Suède un mouvement de *flygskam* (en anglais *flight shaming*) visant à éviter les voyages en avion qui a désormais largement dépassé les frontières du royaume. Or, les mesures liées au confinement, en réponse au COVID-19, ont pu augmenter l'envie des citoyens d'adopter un mode de vie plus calme. La reprise des vols aériens a pourtant rencontré une forte demande, dès que les mesures sanitaires et les autres restrictions au voyage ont été levées¹⁸⁴⁵. Cela soulève des questions sur le mode de vie cosmopolite que les classes moyennes ont si facilement adopté avec la démocratisation du transport par avion. Ce point est aujourd'hui au cœur des préoccupations des acteurs de l'aérien même si son influence réelle sur le comportement des consommateurs reste difficile à mesurer. La déclaration de Toulouse montre que l'Union ne renonce pas à l'aviation, loin de là. Ce secteur doit cependant opérer

¹⁸⁴⁴ TREVIDIC Bruno <https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/pourquoi-easyjet-ne-compensera-pas-de-sitot-la-reduction-de-loffre-domestique-dair-france-1206222> - Publié le 27 mai 2020, consulté le 3 juin 2021.

¹⁸⁴⁵ https://www.icao.int/sustainability/Documents/COVID-19/ICAO_Coronavirus_Econ_Impact.pdf

sa mue pour assurer sa « connectivité durable et inclusive sur les plans environnemental, social et économique en Europe et dans le monde ».

1407. La déclaration de Toulouse est en outre soutenue par dix États de la Conférence européenne de l'aviation civile (Norvège, Royaume-Uni, Géorgie, Islande, Suisse, Saint-Marin, Serbie, Albanie, Monaco et Moldavie), ce qui ancre l'action de l'Union dans le cadre réglementaire international tout en misant sur le caractère précurseur des législations de l'Union européenne. Car la décennie à venir sera décisive pour le transport aérien de passagers. Il est possible d'envisager la question portant sur la survie du « modèle ancien », mais celui-ci tend plutôt à évoluer, espérant plus dans ses capacités de résilience, qu'à préparer sa disparition. Après l'annonce du ministre de l'Économie et des Finances, Bruno LEMAIRE, de renoncer à transporter en France des passagers là où le train le permet en moins de 2h30, un ancien Directeur général d'Air France, citant Michel HOUELLEBECQ qui déclarait que l'après COVID « ce serait pareil qu'avant, mais en pire... », évoquait « le risque d'un coup de grâce »¹⁸⁴⁶ pour la compagnie aérienne. Cette issue fatale ne fut pas et le projet de loi¹⁸⁴⁷ dite « Climat et Résilience », dans la continuité du Pacte vert européen, a confirmé la volonté du gouvernement d'entériner cette renonciation, faisant peut-être de cette pandémie un « acte 3 » de l'ouverture du ciel européen en replaçant l'autorité publique dans son rôle de stratège.

1408. **Car le mouvement vers une aviation elle-même « durable » doit dépasser l'état d'un techno-optimisme, qui se contenterait qu'une innovation majeure advienne et apporte la solution idoine**¹⁸⁴⁸. Il est vrai que les gains d'efficacité énergétique se sont fortement réduits et que toutes les alternatives posent des questions ou des problèmes, tout comme d'ailleurs la voiture électrique face à la voiture thermique. Les rares solutions prometteuses impliquent de disposer d'électricité, elle-même durable, comme le permet la production d'hydrogène par électrolyse, renvoyant constamment à la question du niveau de consommation d'énergie comme de la nature de celle-ci. L'exemple de la société aéronautique ATR qui prépare une nouvelle génération d'avions régionaux décarbonés

¹⁸⁴⁶ *Supra*, BORDES-PAGES Gilles, <https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/quel-futur-pour-air-france-apres-le-covid-19-847005.html> – Consulté le 5 mai 2020.

¹⁸⁴⁷ Projet de loi n° 3875 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets déposé le 10 février 2021 et adopté en 1^{re} lecture par l'Assemblée nationale le 4 mai 2021.

¹⁸⁴⁸ DURAND Cédric, Techno-féodalisme - Critique de l'économie numérique, *La Découverte*, coll. « Zones », 2020.

équipés de nouveaux moteurs et d'une hybridation électrique, les « ATR Evo » devraient permettre d'éliminer, selon le constructeur, presque totalement les émissions nettes de CO² dès 2030. Cela concerne une nouvelle génération de ses avions régionaux à hélices de 40 à 70 places.

1409. **Les textes européens ne remettent pas en cause le transport aérien tant il relève de la convention de Chicago, pour les vols internationaux, et de la souveraineté des États pour les trajets domestiques.** Aussi, dans cet effort nécessaire de planification de la transition énergétique, les textes de l'Union se bornent à promouvoir les carburants alternatifs et à inciter au transport multimodal pour en développer l'intermodalité. En effet, l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), issue de la convention de Chicago, garantit le fonctionnement concret d'une circulation aussi libre que possible et sur le terrain, l'IATA veille à l'application concrète des conventions internationales. C'est ainsi que l'aviation civile a réussi, pendant plusieurs décennies plus tard, à s'affranchir de la lutte contre la pollution. En 1997 à Kyoto, le lobbying de l'IATA avait été efficace puisque les « routes internationales » avaient été exclues des calculs des émissions de gaz à effet de serre. L'argument avait été de dire qu'on ne saurait attribuer des quotas nationaux d'émission aux compagnies puisque celles-ci ont des activités principalement internationales : faudrait-il taxer le pays siège de la compagnie, celui de l'aéroport de départ ou d'arrivée, ou encore l'espace aérien du pays survolé ?

1410. Depuis 1997, au gré des COP successives, les « routes internationales » ont ainsi continué à se défendre avec succès. L'analyse des comptes des compagnies aériennes nous permet de dire que le prix du carburant représente entre le cinquième et le tiers des charges, en fonction de l'évolution du cours du baril de pétrole. Elles sont, par conséquent, systématiquement opposées à la taxation du kérosène, avec succès jusqu'à la nouvelle orientation de l'Union pour « transformer l'économie et la société européennes » afin de concrétiser les ambitions climatiques de l'UE, appelé « *Fit for 55* » (paré pour 55) combinant une initiative spécifique au transport aérien¹⁸⁴⁹ dans le cadre d'une politique renouvelée de l'énergie¹⁸⁵⁰. cette exception apparaissait de moins en moins tenable alors que la prise de

¹⁸⁴⁹ Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil relatif à l'instauration d'une égalité des conditions de concurrence pour un secteur du transport aérien durable, COM/2021/561 final du 14 juillet 2021.

¹⁸⁵⁰ Proposition de Directive du Conseil restructurant le cadre de l'Union de taxation des produits énergétiques et de l'électricité (refonte), COM/2021/563 final du 14 juillet 2021.

conscience du risque climatique s'accroît et prévaut dans les orientations politiques. L'avantage de nombre de textes de l'Union est qu'ils prévoient des clauses de revoyure régulière. L'activité de la Commission européenne entre communications, livres blanc ou vert et lignes directrices permet ainsi à l'Union d'adapter son cadre réglementaire en permanence aux enjeux économiques.

1411. La puissance publique se doit alors de planifier la transition de l'aviation en accompagnant ces décisions des opérateurs économiques pour assurer une transition juste et une concurrence loyale. On voit ce mouvement s'amorcer avec la réforme des aides d'État.

B - La planification par la puissance publique : entre stratégie et remédiation

1412. À ce titre, il peut être intéressant de souligner la recherche de solutions pour les interrogations sur l'efficacité de l'action publique¹⁸⁵¹, par exemple, lorsque la Commission européenne se penche, en 2001, sur l'applicabilité de l'ancien article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale. Même si ce texte ne s'applique pas au transport aérien, il marque cette introspection de la puissance publique que la crise de la COVID-19 sollicite à nouveau¹⁸⁵².

1413. À ce stade, dans le cadre des mesures adoptées par l'Union¹⁸⁵³ pour faire face aux difficultés rencontrées dans le secteur des transports aériens, on peut rappeler celles prises pour « aider » Air France et validées par la Commission européenne, puis confirmées lors du jugement du Tribunal à la suite du recours de Ryanair¹⁸⁵⁴. En contrepartie d'une garantie à 90

¹⁸⁵¹ Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (2001/C 3/02) actualisée par les lignes directrices (2011/C 11/01) du 14 janvier 2011.

¹⁸⁵² Communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir, COM(2020) 789 final du 9 décembre 2020.

¹⁸⁵³ Règlement (UE) n°2020/459 du 30 mars 2020 modifiant le règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté. Le 14 octobre 2020, la Commission étend la dérogation à l'attribution des créneaux horaires pour couvrir l'ensemble de la saison hivernale, soit jusqu'au 27 mars 2021. Le règlement (CEE) n°95/93 a une nouvelle fois été modifié en février 2021 [par le règlement (UE) n°2021/250] afin que les compagnies aériennes n'aient besoin d'utiliser que 50 % de leurs créneaux de décollage et d'atterrissage prévus pendant la saison d'été 2021 (au lieu des 80 % requis avant la pandémie) afin de répondre avec souplesse aux différents niveaux de trafic aérien. On peut aussi évoquer le règlement (UE) n°2020/696 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 2020 modifiant le règlement (CE) n°1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, compte tenu de la pandémie de COVID-19 qui par des mesures temporaires modifie les règles d'octroi de licences aux transporteurs aériens et simplifie les procédures de restriction du trafic aérien, par exemple.

¹⁸⁵⁴ Arrêt du Tribunal du 17 février 2021 dans l'affaire T259/20, Ryanair DAC c/ Commission.

% par l'État français des prêts que contracterait Air France pour un montant maximal de 4 milliards d'euros et pour une durée de 12 mois (avec possibilité de deux extensions d'un an) ainsi que l'octroi d'un prêt de l'État actionnaire de 3 milliards d'euros pour une durée de quatre ans (avec là aussi deux possibilités d'extension d'un an), la compagnie aérienne devait renoncer à transporter en France des passagers là où le train le permettait en moins de 2h30. **Donc le droit des aides est assoupli pour permettre de « passer » la crise, quitte à accepter un retour de l'État pompier.** Il apparaît cependant un enjeu nouveau.

1414. En vue de s'assurer que les fonds publics ne sont pas utilisés pour soutenir des entreprises ou des innovations contribuant au *dumping* environnemental ou social, les règles de l'UE en matière d'aides d'État devraient pleinement respecter et promouvoir le développement durable. Les aides d'État dites durables viendraient promouvoir des solutions écologiques, des emplois de qualité et une transition juste. Parallèlement, la réponse politique apportée à la pandémie de COVID-19 montre également l'importance de ces aides pour soutenir les activités « essentielles » en temps de crise. Bien qu'il soit urgent de soutenir les emplois et les entreprises, la relance au sein de l'UE représente en ce sens une opportunité de « nivellement par le haut » en termes d'accès à des emplois de qualité et d'industries respectueuses du climat.

1415. Car les crises font ressurgir les réflexes des États quand on sauve une compagnie aérienne par la nationalisation, comme pour Alitalia, lorsque fin mars 2020, le gouvernement italien a approuvé la renationalisation de la compagnie aérienne Alitalia, qui est en faillite depuis 2017 et avait déjà obtenu plusieurs renflouements. La compagnie aérienne italienne, qui n'a pas réalisé de bénéfices depuis 2002, sera finalement contrôlée par le ministère de l'économie lui-même.

1416. Comme, aussi, pour la TAP¹⁸⁵⁵, pour permettre aux compagnies aériennes de survivre, l'idée de leur nationalisation fit son chemin dans les différents pays compte tenu des situations prévues d'illiquidité à laquelle les compagnies ont dû faire face plus ou moins rapidement. Il faut rappeler que pour la première fois depuis les débuts de l'aviation, les compagnies ont dû faire face à un arrêt complet ou presque du transport de voyageurs sur la surface du globe. Ainsi, en mars 2020, le taux d'endettement (dettes financières/total actif)

¹⁸⁵⁵ *Supra*, Arrêt de la Cour dans l'affaire C-563/17, Associação Peço a Palavra e.a./ Conselho de Ministros.

dépassait la norme généralement admise de 33 % pour quatre d'entre elles (Air France-KLM, IAG, American Airlines et Air China)¹⁸⁵⁶. Un an plus tard, l'IATA estima que le rythme de la consommation de trésorerie des compagnies aériennes ne faiblissant pas, avec une prévision située entre 75 et 95 milliards de dollars en 2021, alors que leurs pertes affichées en 2020 sont déjà estimées à 120 milliards pour les 290 compagnies aériennes membres de l'association internationale.

1417. Les traitements furent différents, selon les États, dans un cadre commun européen adopté en urgence. C'est l'exemple de Lufthansa qui obtint un accord de la Commission européenne pour une aide de 9 milliards d'euros, faisant du gouvernement allemand le premier actionnaire avec 20 % des parts de la compagnie en mai 2020. Celui-ci envisagea même que le Fonds de stabilisation économique fédéral (WSF) puisse porter sa participation à 25 % plus une action pour obtenir un droit de blocage en cas d'OPA par un tiers sur l'entreprise. Là aussi, les contreparties furent demandées comme une association plus importante avec la Deutsche Bahn pour rapprocher leurs offres de transport et promouvoir une mobilité intermodale. Ces évolutions impliquent en réalité un surplus d'Europe pour parer le risque du retour de l'État sans contrepartie. La concurrence reste donc bien le principe de développement du marché, mais à la condition que ce développement soit mis au service de la transition écologique. La répartition des rôles entre États membres et la Commission européenne n'est pas remise en cause tant les orientations de cette dernière vont dans le sens d'un marché du transport aérien qui s'harmonise par le droit et par les pratiques des opérateurs privés qui s'alignent, voire jouent avec ce cadre normatif.

1418. Cela suppose d'établir par le droit un nouvel équilibre assurant une concurrence loyale parce que durable, reposant sur la nécessité, finalement, de pouvoir apporter une réponse commune à cet espace aérien européen, qui, pour l'aspect de l'offre de transport, est unique. La solution pourrait être une plus grande prise en compte du droit de la compliance, en tant que marque d'un intérêt général qui ne peut être que bénéfique à l'activité économique de l'entreprise. Cette approche souligne la nécessité d'une réinitialisation du

¹⁸⁵⁶ CABY Jérôme, <https://theconversation.com/faut-il-nationaliser-les-compagnies-aeriennes-134222> - Consulté le 6 juin 2020 ainsi que Faure Marc-Antoine et GUILLOU Sarah <https://www.ofce.sciences-po.fr/blog/le-parachute-du-renflouement-public-au-secours-dun-secteur-aerien-en-chute-libre/> - Consulté le 14 décembre 2020.

marché pour que les entreprises puissent ensuite se faire une concurrence loyale, parce que tenant pleinement compte des exigences de durabilité.

1419. Cela suppose alors que les opérateurs du secteur du transport par avion entrent dans une logique de partenariat avec les régulateurs nationaux et européens pour transformer leur modèle économique sans avoir à en payer le prix en termes de compétitivité.

1420. Donc c'est l'ensemble des codes de bonne conduite, chartes et autres normes complémentaires qui devrait être sollicité pour être dans une « anticipation vigilante du droit ». La Déclaration de Toulouse opère cette vision holistique en associant aux États membres et aux institutions européennes l'ensemble des parties prenantes. Par leurs engagements, les entreprises anticipent les violations du droit et tentent d'éviter la sanction. Nous serions dans une recherche de conformité *ex ante* et à ce titre dans une position classique de la régulation quand, traditionnellement, le droit de la concurrence permettrait une sanction *ex post*. À la suite de la professeure Marie-Anne FRISON-ROCHE, on peut estimer que dans la promotion de la loyauté comme garante des respects des engagements environnementaux, et à ce titre partie de la concurrence durable, la conformité relève très globalement du droit de la concurrence et que le droit de la régulation est le lien entre conformité et concurrence. Dans cette perspective, l'anticipation, et donc la maîtrise de son environnement¹⁸⁵⁷, impose un coût de vigilance et de respect de la conformité, mais qui s'avère bien moindre que le risque de sanction en cas de comportement illégal et de moralité assumée. La notion de loyauté se rapproche pleinement de cette logique de conformité pour en assurer la pleine efficacité. Les opérateurs économiques sont alors à même de maîtriser leur sphère d'influence économique et d'accepter ce coût d'être vigilant, coût bien moindre que le risque de sanction en cas de comportement illégal. Les entreprises renforcent par ce biais leur loyauté de comportement sur le marché. La Commission européenne participe d'ailleurs de ce mouvement.

1421. Dans sa décision « Google » de 18 juillet 2018, elle impose une obligation de compliance, en obligeant l'entreprise à s'organiser pour que la concurrence et l'innovation ne soient pas à l'avenir étouffées par ses pratiques commerciales. La Commission aurait

¹⁸⁵⁷ MARTY Frédéric, L'apport des programmes de conformité à la compétitivité internationale : une perspective concurrentielle, in Frison-Roche, M.-A. (dir.), Les buts monumentaux de la Compliance, collection "Régulations & Compliance", Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, à paraître.

internalisé dans la politique interne de Google, un but qui n'est pas le sien et qui concerne l'avenir. Il résulte de cette analyse que la Commission agit aussi de la sorte pour les engagements pris par les compagnies aériennes dans les affaires de concentration. Le lien avec les procédures transactionnelles ou d'engagement s'établit alors tant par la réplique de la règle dans la gouvernance interne de l'entreprise, comme une autorégulation plus efficace que l'action du régulateur ex post, que par la régulation interne à l'entreprise pour aller plus loin que la norme. Il s'agit de créer un avantage compétitif et donc de défendre un ordre économique concurrentiel.

1422. La même logique pourrait s'appliquer au contrôle des concentrations dans le secteur de l'aviation. La *compliance* offrirait en outre une possibilité de contrôle plus instrumental, en développant une concurrence au service de la transition écologique. Cela correspond aussi à la volonté de faire jouer aux considérations sociales et environnementales un rôle plus important dans le contrôle des fusions au sein de l'UE. Par le biais de fusions et acquisitions, les entreprises peuvent développer leur activité ou se spécialiser, pénétrer de nouveaux marchés ou renforcer leur pouvoir de gestion. Par conséquent, les avantages concurrentiels découlant d'une fusion peuvent avoir des effets positifs ou négatifs importants en matière de développement durable pour les produits, les services et les marchés du travail.

1423. À la suite de La Confédération européenne des syndicats (CES)¹⁸⁵⁸, il s'agirait d'envisager tant pour les fusions que pour les aides d'État des « critères de durabilité et d'inclusivité ». Ainsi, pour s'assurer que les aides d'État contribuent à accélérer la transition vers une économie neutre en carbone, ces aides doivent être subordonnées au respect du principe « d'innocuité » et privilégier le financement d'activités durables conformément au règlement n° 2020/852, dit « Règlement taxonomie verte ».

1424. Lors de l'évaluation du progrès économique propre aux règles de concurrence, une clause de durabilité pourrait être introduite, traduisant une obligation explicite à la charge des autorités de la concurrence d'examiner non seulement les impacts économiques, mais aussi environnementaux et sociaux d'une concentration. Ainsi, l'entreprise qui procède à

¹⁸⁵⁸ Résolution de la CES pour une politique de concurrence plus durable et inclusive du 28 juin 2021, <https://www.etuc.org/fr/document/resolution-de-la-ces-pour-une-politique-de-concurrence-plus-durable-et-inclusive>

l'acquisition ou qui obtient une aide d'État serait dans l'obligation de rendre compte des questions environnementales, sociales et de gouvernance (ESG).

1425. Cette idée va dans le sens d'une *compliance* intégrative, tant les entreprises concernées par cette évolution du contrôle des concentrations doivent faire des déclarations prospectives claires et prendre des engagements contraignants concernant l'impact sur l'emploi, les investissements et l'environnement. Les critères d'évaluation devraient ensuite être élargis pour examiner les répercussions de l'acquisition potentielle sur les conditions d'emploi et la situation du marché du travail dans le secteur. **L'objectif est de prévenir par ce biais les acquisitions prédatrices qui pourraient avoir un impact négatif sur l'innovation dans le domaine des technologies vertes.** L'entreprise acquéreuse devrait alors démontrer le respect de normes telles que l'Accord de Paris, les Principes directeurs de l'OCDE relatifs aux multinationales et les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Dans le cas contraire, l'entreprise acquéreuse doit s'engager à suivre une feuille de route pour la mise en conformité de l'entreprise acquise.

1426. Ces règles plus durables en matière de contrôle des fusions permettraient également de garantir des processus de fusion plus inclusifs. Un droit de consultation bien défini devrait être introduit pour que les parties prenantes telles que les travailleurs et les syndicats expriment leur opinion au cours du processus et assistent aux diverses auditions relatives aux fusions. De même, les travailleurs et les syndicats doivent être dûment impliqués et consultés lors de l'élaboration de mesures correctives de nature comportementale efficaces et durables. Le respect de la loyauté dans la concurrence passerait aussi par des conditions et des mesures correctives garantissant l'équité et la durabilité¹⁸⁵⁹. L'approbation des fusions peut ainsi être subordonnée au critère de durabilité, reprenant en cela les principes de la RSE. Il convient de mettre davantage l'accent sur les mesures correctives de nature comportementale pour prévenir les effets néfastes sur le développement durable, y compris sur les préoccupations en matière de marché du travail lors de fusions stratégiques.

1427. **Dès lors, la concurrence accentuerait son rôle de moteur du développement durable, notamment parce que la durabilité constitue un avantage concurrentiel.** Les règles européennes en matière de concurrence s'orienteraient ainsi vers la contribution à la

¹⁸⁵⁹ *Supra*, Collectif FORTES, sous la direction de RENOARD Cécile, La Grande transition, 2020.

promotion de pratiques commerciales durables, de marchés inclusifs et de protection des acteurs vulnérables, y compris les travailleurs. L'idée serait aussi d'envisager une interprétation plus large et plus globale de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE dans les lignes directrices de la Commission sur les accords de coopération horizontale¹⁸⁶⁰. Ces lignes directrices devraient être mises à jour afin d'assurer la sécurité juridique des accords de coopération entre concurrents visant à atteindre des objectifs politiques durables sur le plan écologique et social et à instaurer l'équité tout au long des chaînes de valeur. Les accords de durabilité viseraient, par exemple, à contribuer à la protection de l'environnement et du climat, à la mise en place d'une transition écologique et socialement juste, ainsi qu'au développement des compétences, aux conditions de travail décentes et au respect des droits de l'homme.

1428. Les accords de durabilité ainsi conclus doivent être considérés comme positifs à moins qu'un impact négatif notable ne soit démontré sur le plan de la concurrence, qui l'emporterait sur les avantages conférés en matière de durabilité. Les accords autorisés doivent démontrer que les effets obtenus ne peuvent l'être par aucun des acteurs agissant unilatéralement ni par les autorités publiques, dans la mesure où cela pourrait nécessiter, par exemple, d'agir en dehors des frontières de l'UE. Avant toute chose, l'autorisation exige que les impacts positifs et les objectifs en question ne puissent être efficacement atteints par une véritable concurrence dans les conditions du marché ou, par exemple, par une législation sectorielle. La coopération doit en ce sens toujours se limiter au strict nécessaire pour atteindre cet objectif et ne pas ouvrir la porte à un « *greenwashing* ». À cette fin, l'étroite participation des travailleurs et des syndicats aux accords de durabilité est également essentielle.

1429. C'est l'exemple de la plateforme aéroportuaire de Nice¹⁸⁶¹ qui, pour prendre en compte l'impact environnemental de ses activités, avait conduit le groupe Aéroports de la Côte d'Azur à s'engager, dès 2011, dans une démarche de certification. En 2016, Nice Côte d'Azur devenait le premier aéroport français à obtenir l'accréditation Carbone Neutre niveau 3+, le plus élevé des standards définis par l'Airport Carbon Accreditation. En septembre 2018,

¹⁸⁶⁰ *Supra*, Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 devenu 101 du traité du 27 avril 2004 puis du 14 janvier 2011.

¹⁸⁶¹ <https://www.nice.aeroport.fr/Le-groupe/Actualites-Aeroports-de-la-Cote-d-Azur/Nice-Cote-d-Azur-clot-une-huitieme-annee-de-croissance-record> - Consulté le 13 janvier 2019.

les deux autres plateformes gérées par le groupe, Cannes-Mandelieu et Golfe de Saint-Tropez, obtenaient à leur tour la certification. Désormais, les émissions générées par l'aéroport Nice Côte d'Azur ne dépassent pas les 130 grammes eq. CO² par passager, quand la moyenne des aéroports européens est, selon le gestionnaire de l'aéroport, de 1 610 grammes. Pour renforcer sa politique de préservation de l'environnement et de l'attractivité de son territoire, le groupe s'était par ailleurs engagé dans le chantier d'extension du tramway, cofinçant ses travaux à hauteur de 12,6 millions d'euros. Depuis le 14 décembre 2018, l'aéroport Nice Côte d'Azur est ainsi accessible avec ce nouveau mode de transport électrique qui devrait acheminer chaque jour 15 000 personnes, voyageurs, accompagnants et collaborateurs de la plateforme. La volonté affichée est bien de combiner respect de l'environnement et développement d'un système intermodal combinant le rail, le routier et l'aérien, pour devenir une alternative au traditionnel *hub* parisien. On pourra lire, à la lumière de cet exemple, la communication importante que les groupes ADP, Airbus et Air France avaient faite, en avril 2021, lors du lancement de leur programme de développement de « l'avion à hydrogène ».

1430. **Le rôle de la puissance publique dans la sauvegarde des objectifs secondaires à l'édification du marché intérieur¹⁸⁶² prend de l'ampleur.** Ainsi sont pris en compte, la loyauté des comportements, l'aménagement du territoire et la transition énergétique comme le risque de conflit entre ces objectifs. Il s'agit d'organiser dans un même temps protection de l'intérêt général et protection de l'intérêt du marché, donc des intérêts individuels qui s'y côtoient. On aboutirait alors à la recherche d'une nouvelle gouvernance¹⁸⁶³ faisant du jeu de la concurrence renouvelée, un écosystème viable et pérenne associant régulateurs et opérateurs économiques, compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroport. Cela reposerait sur un contrat d'organisation qui prévoit la supervision, incluant lanceur d'alerte et vigilance des autorités régulatrices, pour une concorde entre autorités politiques et opérateurs cruciaux, qui seraient régulateurs de second rang¹⁸⁶⁴, à l'image du *Digital Market Act*

¹⁸⁶² BERROD Frédérique, Les objectifs de la régulation et de la concurrence ou de l'esthétique du double, in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), Les objectifs de la régulation économique et financière, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 48 évoquant le rapport de l'OCDE de 2003 : « maintenir et encourager le marché concurrentiel : intégration des marchés et protection des consommateurs ».

¹⁸⁶³ LATOUR Daphnée, Les enquêtes internes au sein des entreprises, Frison-Roche, M.-A. (dir.), La juridictionnalisation de la Compliance, série "Régulations & Compliance", *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et *Dalloz*, à paraître.

¹⁸⁶⁴ FRISON-ROCHE Marie-Anne, Proposition pour une notion-- l'opérateur crucial, *Recueil Dalloz*, 2006, n°27.

(DMA)¹⁸⁶⁵. Ce dernier texte prévoit que des superviseurs publics puissent obliger les opérateurs cruciaux à intégrer cette supervision.

1431. **Il ne reste alors qu'à militer pour une extension de cette planification et compter sur la vertu systémique dans une économie globalisée, appliquant une théorie réaliste du droit**¹⁸⁶⁶, qui, comme le souligne le professeur Bruno DEFFAINS¹⁸⁶⁷, puisse prendre place dans les enjeux d'un abandon de la logique du *Doing Business*¹⁸⁶⁸ vers le droit de la conformité. Abandonné du fait de la polémique autour du favoritisme avéré, reposant sur des irrégularités dans les données sur *Doing Business* 2018 et 2020 concernant la Chine, la direction de la Banque mondiale avait suspendu le prochain rapport *Doing Business* puis, elle avait lancé une série d'examens et d'audits du rapport et de sa méthodologie¹⁸⁶⁹. Les enjeux planétaires des conséquences du droit applicable à une partie importante du marché globalisé sont ainsi mis en lumière. La concurrence existe entre les cadres normatifs, tel ce « RGPD » chinois dont le but est la protection de l'État plus que la protection des données¹⁸⁷⁰. Cet état de fait doit amener à penser un droit global de la conformité et éviter la question « pourquoi être vertueux si les autres ne le sont pas ? » qui est source de *forum shopping* et de pratiques déloyales. La *compliance* doit donc être mondiale, évoquant les effets sur sa façade externe du droit de l'UE. De l'ensemble de ces considérations, il semble bien que l'on puisse assister à un acte 3 du ciel européen après son ouverture à la concurrence puis sa recomposition.

¹⁸⁶⁵ Un accord politique provisoire est intervenu entre le Conseil et le Parlement en ce qui concerne la législation sur les marchés numériques le 24 mars 2022 qui est en attente de la position du Parlement en 1ère lecture, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0361\(COD\)&l=fr](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0361(COD)&l=fr) – Consulté le 6 juin 2021.

¹⁸⁶⁶ DEFFAINS Bruno et FERREY Samuel, L'économie du droit entre révolution cognitive et tournant réaliste, *Revue française d'économie*, vol. xxvii, n°4, 2012, pp. 45-80.

¹⁸⁶⁷ DEFFAINS Bruno et DESRIEUX Claudine, L'analyse économique du droit : bilan et perspectives, *Revue d'économie politique*, vol. 129, n°2, 2019, pp. 137-141.

¹⁸⁶⁸ Cet indicateur de la Banque Mondiale classait 190 pays par rapport à leur facilité à faire des affaires en mesurant la réglementation des affaires et son application effective dans ces 190 économies.

¹⁸⁶⁹ Banque mondiale, <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/84a922cc9273b7b120d49ad3b9e9d3f9-0090012021/original/DB-Investigation-Findings-and-Report-to-the-Board-of-Executive-Directors-September-15-2021.pdf>

¹⁸⁷⁰ FRISON-ROCHE Marie-Anne, Le droit de la compliance, *Recueil Dalloz*, n°32, 26 septembre 2016, p. 1872.

§ 2 - L'acte 3 de l'ouverture du ciel européen, l'équilibre entre soutien public aux compagnies aériens et respect de l'écologie

1432. Les germes de la recomposition actuelle du ciel européen étaient en réalité présents dès la fin de la décennie 2010, entre volonté des compagnies historiques de développer une offre TBC/LCC à côté de leurs marchés transcontinentaux comme la clarification des positionnements de JOON – Transavia pour Air France ou Germanwings pour Lufthansa, de développer des alternatives modales (rail-air) ou énergétiques (carburants dits « verts ») lors du renouvellement des flottes aériennes. Ce mouvement, opéré dès le début du siècle, est largement accéléré depuis 2020 (A). Par ailleurs, l'autorité publique, dans son rôle de stratège modal, est re-légitimé par des politiques guidées par l'impératif de transition écologique comme l'est le Pacte vert européen (B).

A – L'accélération de la modernisation des flottes aériennes

1433. Le pilotage politique des aides d'État au niveau de l'UE comme les stratégies de *compliance* des entreprises vont dans le sens d'une affirmation plus forte des contreparties environnementales à l'activité économique. Cela se traduit d'abord et avant tout dans la modernisation des flottes aériennes. Les objectifs environnementaux n'ont pas toujours été compris tant les considérations politiques et donc réglementaires¹⁸⁷¹ n'étaient pas alignées avec ce que les compagnies aériennes espéraient des évolutions de marché. Le mouvement s'inverse avec la mise en cohérence des textes par le Pacte vert.

1434. Alors que le monde espérait beaucoup dans la fin des restrictions sanitaires au début de l'automne 2020, Airbus publiait dès avant le salon du Bourget qu'il engrangeait 300 ventes nettes sur les neuf premiers mois de 2020, soit un doublement par rapport à la même période de 2019. Certaines évolutions étaient en cours, comme la remise en cause de la vague des transports de masse. Il en est ainsi, de l'histoire paradoxale de l'A380 qui de « plus bel avion du Monde » cumulant les superlatifs techniques et commerciaux fut un échec retentissant. Dès 2019, l'arrêt programmé de la production de cet avion engagea la critique de l'orientation prise par le secteur de « moins d'avions dans le ciel et donc dans les

¹⁸⁷¹ Notamment la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Initiative phare Europe 2020 — Une Union de l'innovation », COM(2010) 546 final du 6 octobre 2010 et celle concernant « Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation », (2014/C 198/01) du 27 juin 2014.

aéroports » pour correspondre aux logiques de concentration des passagers sur les *hubs* et de congestion des créneaux aeroportuaires. Pour cela, il fallait aussi des avions plus gros porteurs, comme l'A380. La conjonction des nouvelles formes de tourisme (moins de correspondance et plus de point à point), d'augmentation de cette offre par d'autres compagnies et enfin de considérations de coûts en énergie (c'est un quadriréacteur) a mis fin à cette aventure.

1435. La poursuite de la nécessaire modernisation des flottes aériennes s'est donc faite par la fin de l'Airbus A380, comme point d'une certaine idée du gigantisme dans le transport. Il reste toujours l'idée que ce programme pourrait être réactivé alors qu'à l'instar d'autres compagnies comme British ou les compagnies du Golfe persique, la compagnie aérienne China Southern Airlines (CSA) annonçait en juillet 2020 déployer à nouveau ses Airbus A380 vers cinq destinations, dont Londres et Amsterdam et de renforcer son réseau. Mais face à ces annonces de compagnies aériennes majeures d'une remobilisation d'une partie de la flotte d'A380 pour assurer la reprise du trafic en 2021 et au premier semestre 2022, la société Airbus n'envisage pas de nouvelle production. Le constructeur aéronautique européen confirme donc bien la décision prise, en février 2019, d'arrêter la production de son avion « géant » pour sortir de ce que certains avaient pu qualifier d'erreur stratégique majeure¹⁸⁷², en misant sur le transport de masse. Le groupe a également décidé de sortir de la flotte d'Air France les sept A380 restants d'ici à 2022, la sortie des trois autres appareils ayant été décidée précédemment. Le choix des appareils pour les remplacer n'a, à ce stade, pas encore été fait.

1436. Le plus gros avion commercial du monde pouvait transporter jusqu'à 800 passagers¹⁸⁷³ et il eut une carrière singulièrement courte pour un appareil entré en service il y a un peu plus de dix ans, alors que son rival, le Boeing 747, est produit et vendu depuis cinquante ans. Dans les années 1990, le constructeur européen était pourtant, enfin, parvenu à devenir le premier rival de Boeing et seul manque dans sa gamme un concurrent au mythique B747. Des travaux communs sont même, un temps, envisagés entre les deux groupes. Mais Boeing préfère améliorer son vieux jumbo. Airbus y voit une opportunité,

¹⁸⁷² ESCANDE Philippe, éditorialiste économique au « Monde ». Publié le 14 février 2019 à 11h13 - Mis à jour le 14 février 2019 à 11h13. – Consulté le 22 mars 2019.

¹⁸⁷³ A l'origine, la capacité maximale de 800 passagers était envisagée avec une cabine entièrement dévolue à la classe économique. Aucune compagnie n'a opté pour cet agencement ultra-densifié. En pratique, la disposition la plus répandue parmi les compagnies déjà clientes de l'A380 place les passagers de première et de classe affaires sur le pont supérieur, tandis que la classe économique occupe l'étage inférieur.

corroborée par les perspectives de croissance du marché asiatique et des compagnies du golfe Persique, donnant alors une impression d'obsession de la taille en croyant que le marché du futur sera celui du transport de masse concentré dans de gigantesques plateformes aéroportuaires, alimentées en permanence par des avions petits et moyens en provenance d'aéroports secondaires. D'où l'idée de concevoir de gigantesques avions pouvant embarquer trois à quatre fois plus de passagers qu'un avion ordinaire et consommant moins de carburant. Et pour les passagers, la promesse du confort d'un véritable paquebot des airs : un bar, des cabines privées, voire une salle de gym. C'est le modèle adopté par les compagnies porte-drapeaux de Dubaï et Singapour, qui deviendront les premiers clients de l'A380.

1437. Au même moment, Boeing s'est concentré sur le B787, un avion plus petit, plus léger, bimoteur, emportant deux fois moins de passagers, mais bien moins cher et plus flexible, permettant plus de fréquences et des voyages sans escale. Pour le caricaturer à peine, les clients et les compagnies ont préféré la souplesse et la rapidité au bar en altitude. En 2017, Airbus avait annoncé un ralentissement du rythme de sa production d'A380, d'abord douze par an, avant de passer éventuellement à six exemplaires chaque année ainsi qu'une refonte de l'offre. Lors de la 17^e édition du Salon international de l'aéronautique et de l'espace, le 19 juin 2017 au Bourget, le projet d'Airbus fut de remettre son avion à niveau pour le rendre plus performant et ainsi renforcer son attrait pour les compagnies aériennes clientes. Le super-jumbo se voyait ainsi doté de *winglets*, des sortes d'ailettes recourbées de quatre mètres de long ajoutées à l'extrémité des ailes de l'avion pour réduire la consommation de kérosène de l'A380 de 4 %. Airbus proposait aussi de densifier la cabine de son long-courrier en ajoutant 80 sièges supplémentaires. Avec une telle reconfiguration, l'A380 pouvait transporter jusqu'à 575 passagers, contre 495 initialement. Surtout, il permettait aux compagnies aériennes clientes d'abaisser le coût au siège de l'appareil de 13 %. Cet entêtement mène l'entreprise au constat d'échec, du fait du manque de commandes de l'avion.

1438. Avec ce reconditionnement de l'appareil, Airbus pensait séduire les compagnies aériennes, Airbus a choisi de réduire les coûts d'opération de l'appareil pour accroître sa compétitivité. En effet, nombre de compagnies aériennes pointent le coût élevé de l'utilisation de l'A380, comprenant davantage de personnel à bord, des infrastructures plus lourdes au sol pour embarquer et débarquer les centaines de passagers. Alors qu'initialement, l'A380 a été lancé pour alimenter les grands hubs, les plus importants aéroports, et les pays les plus

peuplés, la Chine, l'Inde et les États-Unis principalement, les compagnies américaines boudent l'avion depuis son lancement, tandis que l'Inde et la Chine n'en commandent pas ou très peu. Seules les compagnies du Golfe ont été les principales clientes. Au 30 avril 2017¹⁸⁷⁴, 94 appareils Airbus A380 ont été livrés à Emirates, 19 à Singapore Airlines, contre 36 les trois compagnies majeures européennes sur un total livré de 210 appareils. Mais l'avionneur espéra dans la montée en gamme des achats chinois d'avions qui, après avoir très largement assuré le succès des A320 puis des A321, se portait depuis 2017 sur des A330, version régionale, afin d'assurer leur trafic domestique. La prochaine étape aurait été la commande d'A380, pour assurer la liaison entre les grands centres urbains chinois distantes entre deux heures et trois heures, ou sur des trafics plus spécifiques comme le transport « des pèlerins de Malaisie vers La Mecque ».

1439. L'organisation des vols en point à point, sans remplacer celle du hub, semble être une autre face du marché que les compagnies aériennes historiques, clientes du l'A380, ne peuvent plus ignorer purement et simplement. L'évolution technologique des moteurs a condamné ce modèle en disqualifiant les avions quadrimoteurs, trop gourmands en kérosène. La concurrence est ainsi reconfigurée et le tournant pris pour des aménagements du territoire compatible avec la transition écologique rend très marginal le transport de masse, limitant les marchés sur lesquels l'A380 pouvait être exploité de façon rentable. Avec ses quatre réacteurs, l'A380 consommait 20 à 25 % de carburant en plus par siège que les appareils long-courriers de nouvelle génération et émet plus de CO². Cette obsession de la taille et de l'économie d'échelle semble pourtant encore à l'esprit de nombres d'opérateurs. Il aura ainsi fallu la crise de la COVID 19 pour abandonner le projet d'un sixième terminal pour l'aéroport Paris-CDG et réactiver les travaux de liaisons ferroviaires vers ce même aéroport. Si la multiplication des villes et des habitats demande une souplesse que les projets géants ne peuvent assurer seuls économiquement, la combinaison entre projets d'aménagement du territoire compatible avec la transition écologique et la rentabilité financière, exige un pilotage de la puissance publique. Celle-ci peut, parfois, renoncer à une offre de transport de masse. Le train de masse en fait l'expérience. Au mois de février 2022, la Californie a par exemple décidé d'abandonner son idée d'une ligne TGV entre San Francisco et Los Angeles ;

¹⁸⁷⁴ Source Airbus industries.

trop coûteuse pour être jamais rentable, quand les projets de LGV dans le sud de la France, comme les barreaux Montpellier-Perpignan et Bordeaux-Toulouse, soulèvent des oppositions financières et environnementales importantes.

1440. Dès lors, en 2017, les avionneurs pouvaient annoncer des avions de moins en moins gourmands en carburant et emporter des marchés importants auprès des TBC/LCC dans leur politique d'uniformisation de leur flotte, à l'exemple d'easyJet qui annonçait la réception de cent A320 neo, le nouvel avion d'Airbus, lancé en 2014. Cet aéroplane à 103 millions d'euros la pièce permet un gain d'efficacité en carburant de 15 % par rapport aux habituels A320. De plus, ce modèle émet moitié moins de bruit (soit 85 dB), améliorant les pratiques réglementées¹⁸⁷⁵ qui imposent une limitation à 75 dB perçus par les populations subissant la pollution sonore. Car la question de la pollution sonore¹⁸⁷⁶ est centrale dans l'acceptation sociale de ce mode de transport. Les compagnies aériennes sont de plus en plus nombreuses à privilégier l'«éco-pilotage», qui se décompose en compensation carbone pour les vols domestiques, renouvellement de la moitié de sa flotte, mise en place du tri sélectif à bord et dans lequel on retrouve l'optimisation de la route et la diminution du poids de l'appareil et du bruit de l'appareil. Au stade de la préparation du vol réalisée à l'aide de logiciels spécifiques, l'équipage choisit, par exemple, une route optimisée en donnant toujours une priorité absolue à la sécurité selon les phénomènes météorologiques prévus (orages, turbulence, vents dans la haute atmosphère, etc.). Il en ressort une quantité de carburant juste nécessaire et, dès lors, en moindre quantité pour assurer le vol avec le plus haut niveau de sécurité. Il s'agit de ne pas transporter inutilement du carburant, car cela alourdit l'avion et augmente sa consommation, et donc ses émissions de CO². Ainsi Airbus a enregistré en juin 2021, avec 73 commandes brutes et 77 livraisons à 44 compagnies aériennes et sociétés de leasing, confirmant la volonté des compagnies aériennes d'anticiper la reprise du trafic en offrant une nouvelle gamme d'avions au travers de commandes de monocouloirs remotorisés tels les

¹⁸⁷⁵ Règlement (UE) n°598/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif à l'établissement de règles et de procédures concernant l'introduction de restrictions d'exploitation liées au bruit dans les aéroports de l'Union, dans le cadre d'une approche équilibrée, et abrogeant la directive 2002/30/CE.

¹⁸⁷⁶ Directive n°2002/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement et Règlement (UE) n°598/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif à l'établissement de règles et de procédures concernant l'introduction de restrictions d'exploitation liées au bruit dans les aéroports de l'Union, dans le cadre d'une approche équilibrée, et abrogeant la directive n°2002/30/CE.

A321neo. Toutes les livraisons annoncées sont le fait d'appareils de nouvelle génération ou à tout le moins remotorisés.

1441. Depuis le début de l'année 2021, Airbus a livré 297 appareils à 67 clients (dont 258 monocouloirs), contre 196 au premier semestre 2020 – une année qui l'avait vu livrer seulement 566 avions pour cause de pandémie de COVID-19, contre 863 l'année précédente. Ainsi, la commande d'Air France-KLM, qualifiée d'historique, car portant sur près de 10 milliards de dollars, concerne des Airbus A320 et A321 afin de remplacer les Boeing 737 chez Transavia France, ainsi que chez Transavia Holland et KLM. C'est aussi la première fois que le groupe Air France-KLM passe une commande groupée pour ses quatre compagnies concrétisant un appel d'offres pour 160 avions destinés à KLM et Transavia lancé en juillet 2021. Ces nouveaux avions sont nécessaires tant pour renouveler la flotte moyen-courrier de KLM que pour développer Transavia, la marque *low cost* du groupe. C'est, enfin, une nécessité pour la compagnie de rattraper le temps perdu dans le renouvellement de sa flotte en marquant un achat groupé, et donc aux conditions financières plus avantageuses. En 2019, le groupe avait déjà entamé cette modernisation, en passant une commande de 60 Airbus A220 300¹⁸⁷⁷ la première depuis 2004. À cette époque, la fusion faisait pourtant d'Air France-KLM le plus grand groupe d'Europe, alors qu'il n'est actuellement que le numéro trois.

1442. Cette annonce de Ben SMITH, directeur général du groupe franco-néerlandais, confirmait ainsi l'optimisme de nombre de compagnies aériennes sur un haut niveau d'activité malgré la crise sanitaire. Pour Air France-KLM, il s'agit ainsi de simplifier et harmoniser sa flotte, mais aussi d'améliorer sa compétitivité avec des avions plus modernes, plus performants, et dont l'empreinte environnementale est largement réduite. Le double objectif de retrouver une marge opérationnelle aux meilleurs niveaux de l'industrie¹⁸⁷⁸ et de correspondre aux exigences environnementales est ainsi assuré.

¹⁸⁷⁷ Il s'agissait de remplacer progressivement les A318 et A319 qui composent la plus grande partie de la flotte court et moyen-courrier d'Air France correspondant à un prix catalogue de près de 5,5 milliards de dollars. En 2011, la dernière commande d'Air France portait sur des avions long-courriers A350 et Boeing 787. Le nouveau programme A220 – composé des appareils A220-100 et A220-300 – se positionne en dessous de la famille des A320, et propose une capacité de 100 à 150 sièges. Il est issu de la fusion avec entre les sociétés européenne Airbus et canadienne Bombardier. Il reprend les caractéristiques de la gamme CSeries de Bombardier.

¹⁸⁷⁸ Au sein du groupe Air France-KLM, la compagnie Air France souffre de la comparaison avec sa consœur néerlandaise. Alors qu'Air France affichait, en 2019, un bénéfice opérationnel de 266 millions d'euros, KLM dégageait un résultat d'un milliard d'euros. Air France-KLM exploite une flotte de 541 appareils pour ses trois principales marques, Air France, KLM et la *low cost* Transavia.

1443. Fin juin 2021, la première compagnie aérienne américaine United Airlines avait, elle aussi, marqué les esprits, en annonçant le plus gros achat d'avions depuis au moins quatre ans, avec une commande de 200 Boeing 737 MAX et de 70 Airbus A321. Cette reprise des commandes importantes qui avaient régulièrement marqué la concurrence entre les deux producteurs d'avions, est accompagnée d'annonces concernant l'utilisation de carburants alternatifs comme celle faite par Air France d'avoir réalisé un vol avec 30 % de SAF le 1^{er} octobre 2021. En effet, les sociétés Air France et Total Energies, qui opèrent ainsi aussi leur mue énergétique, la Métropole et l'Aéroport Nice Côte d'Azur se sont associés pour réaliser un vol alimenté en carburant d'aviation durable, ou SAF (« *Sustainable Aviation Fuel* »). Ce vol apparaît comme une volonté de concrétiser les recherches passées effectuées par des acteurs publics et privés pour répondre à un double enjeu majeur : poursuivre la décarbonation du transport aérien tout en soutenant le dynamisme économique et touristique des territoires. Ce travail en commun est l'illustration de la nécessité de construire ensemble les convergences entre les impératifs économiques et sociaux et la transition énergétique soutenue, sur ce sujet par le droit de l'Union¹⁸⁷⁹. Après un premier vol long-courrier alimenté en SAF produit en France en mai 2021, c'est pour Air France et Total Energies une réalisation supplémentaire et accroître le soutien et développement d'une filière française de production de carburants d'aviation durables, prérequis à la généralisation de leur utilisation dans les aéroports français.

1444. Le biocarburant utilisé pour ce vol est issu de déchets et de résidus provenant de l'économie circulaire. Il a été produit à partir d'huiles de cuisson usagées. Cette innovation technologique, qui veut illustrer l'écologie du futur, constitue une avancée dans un secteur qui doit impérativement réduire ses émissions de gaz à effet de serre allant jusqu'à l'engagement d'être « Zéro Carbone Net », c'est-à-dire sans compensation, à horizon 2030. L'initiative des opérateurs privés répond ainsi, et enfin, à la directive « carburants alternatifs » qui mettait en œuvre le livre blanc de la Commission de mars 2011 concernant « un système de transport compétitif et économe en ressources »¹⁸⁸⁰ qui prenait acte de la nécessité de

¹⁸⁷⁹ Directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs.

¹⁸⁸⁰ Commission européenne, livre blanc du 28 mars 2011 intitulé « Feuille de route pour un espace européen unique des transports — Vers un système de transport compétitif et économe en ressources »

poursuivre les orientations prises en 2009¹⁸⁸¹ et d'en accélérer la mise en œuvre : « afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre et de se conformer au protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique, ainsi qu'aux autres engagements pris au niveau communautaire et international en vue d'une diminution des émissions des gaz à effet de serre au-delà de 2012 ».

1445. L'enjeu est fondamental pour convaincre tant l'opinion que les autorités publiques que les compagnies aériennes internationales et les principaux acteurs de l'aéronautique mondiale se sont collectivement engagés à réduire ou compenser intégralement les émissions de CO² du transport aérien d'ici à 2050. C'est l'intention de l'association du transport aérien international (IATA), qui s'est réunie le 4 septembre 2021 en assemblée générale à Boston (États-Unis). Pour contrer les critiques à l'encontre du secteur et son empreinte carbone, l'association a annoncé un objectif clair, celui d'atteindre la neutralité carbone du secteur en 2050, un horizon plus ambitieux encore avec la division par deux des émissions de CO² en 2050, par rapport à celles de 2005 annoncées jusque-là.

1446. Cet objectif commun à 290 compagnies aériennes est fixé malgré les fortes turbulences générées par la pandémie mondiale de la COVID-19. L'IATA estime que le transport aérien accumulera pour 51,8 milliards de dollars (45 milliards d'euros) de pertes en 2021, davantage que ce qui avait été estimé en avril dernier avec 47,7 milliards de dollars de pertes. Il faut dire que la demande – mesurée en kilomètres-passagers payants (RPK) – ne se situait en 2021 qu'à 40 % du niveau de 2019, soit 2,3 milliards de passagers, et à 61 % en 2022 avec 3,4 milliards de passagers attendus. Dans cet élan, Qatar Airways a rejoint, en septembre 2021, la Coalition Internationale pour l'Aviation Durable, une plateforme de l'OACI pour « créer des synergies » entre les acteurs de l'aviation en vue de la décarbonation du secteur. Soumise à de fortes critiques quant à ses pratiques déloyales reposant sur du *dumping* social et fiscal, la compagnie nationale qatarie ne souhaitait pas être aussi l'objet de reproches sur les questions environnementales, encore moins subir une évolution de la réglementation aérienne mondiale plus favorable à la décarbonisation de ce mode de transport, comme le système d'échange de quotas d'émission de l'UE (EU ETS) ou encore le système de

¹⁸⁸¹ Directive n°2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives n°2001/77/CE et n°2003/30/CE.

compensation et de réduction du carbone pour l'aviation internationale (CORSIA) de l'OACI. Il s'agit donc de contribuer à l'élaboration et la mise en œuvre d'un ensemble de mesures et à la définition d'un objectif environnemental à long terme lié à l'aviation internationale.

1447. Car **l'argument de loyauté se démultiplie dans tous les champs commerciaux du secteur**, que cela soit dans la coopération entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroport pour le développement de la filière hydrogène, comme les Groupe ADP, Air France-KLM, Airbus et la Région Île-de-France avec le soutien de *Choose Paris Region*, qui ont lancé, le 11 février 2021, un appel à manifestation d'intérêt (AMI) dénommé « H2 HUB AIRPORT » pour explorer les opportunités offertes par l'hydrogène sur les aéroports franciliens et relever le défi de la décarbonation du transport aérien, ou l'annonce par la compagnie Finnair de son association avec l'entreprise de recyclage finlandaise Kuusakoski pour démanteler un Airbus A319, qui avait 21 ans de service. Ensemble, elles ont réussi à recycler plus de 99% de l'appareil. L'objectif premier étant de réduire les coûts par la moindre demande en achat de pièces détachées à des fournisseurs externes, comme la réduction de l'immobilisation, les appareils qui nécessitent une pièce de rechange, l'argument « écologique » est un élément de différenciation commercial et financier, que l'Union européenne soutient.

1448. Car le partage de ces considérations, économiques comme environnementales, est généralisé à tout le secteur, quand on voit, enfin, qu'Airbus signait, en septembre 2021, avec Air New Zealand, un accord de développement d'un projet de recherche conjoint afin de comprendre les occasions et les défis du vol d'avions à hydrogène à zéro émission sur toutes les dimensions de l'activité de transport aérien, tel que le développement du réseau, le maintien de ses opérations et ses infrastructures. Le choix est ici de combiner les deux orientations énergétiques qui se présentent au transport aérien, à savoir l'hydrogène électrique ou le carburant alternatif. La compagnie envisageait plutôt le premier pour les vols intérieurs plus courts, alors que le carburant d'aviation durable (SAF) serait réservé pour les vols long-courriers. Il apparaît que les opérateurs privés ont pris la mesure de la volonté politique de faire des conséquences de la pandémie et de la crise énergétique issue de la guerre en l'Ukraine.

B – Le rôle de stratégies modaux des États membres

1449. La logique d'intégration normative de l'environnement fait que les préoccupations environnementales deviennent l'arbitre des différents intérêts exprimés par les agents privés comme publics. **Il pourrait alors s'agir de dépasser l'idée d'un cadre normatif pour adopter la logique plus mouvante et adaptable de l'écosystème juridique à l'image de cet ensemble de milieux qui se côtoient et interagissent**¹⁸⁸². Ainsi, l'hydrogène devient un ensemble technologique et économique, tout autant que juridique qu'*in fine* politique, dans le choix d'une énergie pour envisager le maintien d'un mode de vie et les considérations environnementales. L'approche franco-allemande dans le traitement des aides aux compagnies aériennes Air France et Lufthansa est vécue comme la remise en cause du rôle de l'avion, mais elle est, plus simplement, la sanction du fonctionnement du marché du transport de passagers depuis la généralisation de l'offre de train à grande vitesse, une concurrence modale qui se conclut par une répartition « naturelle » des marchés.

1450. Comme en France, les vols intérieurs sont considérés comme particulièrement néfastes pour le climat¹⁸⁸³. Dès lors, le consensus entre le secteur ferroviaire et l'industrie aéronautique a abouti, non seulement, à la prévision de les remplacer par des liaisons ferroviaires, mais aussi de développer les connexions aux grands aéroports, qui sont encore bien trop faibles. À cette fin, la Deutsche Bahn et l'Association allemande du transport aérien (BDL) ont signé un plan d'action pour permettre le transfert chaque année d'environ 4,3 millions d'anciens passagers aériens vers le rail soit 18 % du volume de passagers domestiques de 23,9 millions de passagers domestiques à partir de 2019. Cela devrait correspondre à huit millions de passagers qui, d'un transfert de vol, iront plutôt utiliser le train par l'intermédiaire du service commun, Lufthansa et Deutsche Bahn, « Lufthansa Express Rail ». Cela correspond à l'extension de cinq à vingt-deux gares de départ et à des liaisons ferroviaires qui porteront, également, un numéro de vol Lufthansa et seront traitées de la même manière. En cas de retard, les passagers sont automatiquement replacés sur le prochain vol, finalisant ainsi une intermodalité complète. **La concurrence durable s'étend peu à peu sur les réseaux**

¹⁸⁸² (p177 du bouquin « Grande transition »)

¹⁸⁸³ <https://www.spiegel.de/auto/deutsche-bahn-statt-flug-fast-jeder-fuenfte-inlandsflug-soll-ueberfluessig-werden-a-b1fe3972-e4b8-47b9-bb97-bdf9fd07a8a5>

ferroviaires et aériens européens. Elle est renforcée par les choix politiques, comme l'allocation des ressources par la taxation¹⁸⁸⁴.

1451. Quelques mois après l'annonce par le gouvernement français de la mise en place d'une écotaxe sur les billets d'avion, un nouveau rapport de la Cour des Comptes, après ceux de 2005¹⁸⁸⁵ et de 2013¹⁸⁸⁶, publié en 2019, préconise de taxer le kérosène utilisé par les compagnies aériennes françaises¹⁸⁸⁷ tout en rappelant que « Une taxation harmonisée au niveau européen semble préférable à une initiative nationale » dans le jeu de la concurrence internationale, afin d'éviter toute distorsion de concurrence par une taxation nationale qui ne pourrait toucher que les compagnies immatriculées en France, ou alors toutes les compagnies qui utiliseraient le territoire. Dans une hypothèse comme dans l'autre, le défaut d'harmonisation de la taxation à l'échelle de l'Union européenne serait un contre-argument compétitif. Début juillet 2021, un projet de la Commission européenne avait été annoncé dans les médias concernant un niveau de taxe minimal au sein de l'UE dans le cadre de la refonte de la fiscalité énergétique de l'UE. À partir de 2023, la taxe minimale pour le carburant d'aviation commencerait à zéro et augmenterait progressivement sur une période de dix ans, jusqu'à ce que le taux plein soit imposé. Le projet de proposition ne précise pas quel serait le taux final. À l'époque, la Commission avait refusé de commenter le projet de proposition, pour finalement l'assumer en le publiant¹⁸⁸⁸ et confirmant ainsi les informations livrées à l'opinion publique quelques jours plus tôt. Parmi les douze propositions de son nouveau paquet législatif « Fit-for-55 », dont deux nouvelles révisions sur les énergies renouvelables et sur l'efficacité énergétique, présentées le 14 juillet 2021, la Commission européenne a inclus une

¹⁸⁸⁴ <https://plus.lesoir.be/382604/article/2021-07-06/la-bataille-sur-une-taxe-kerosene-europeenne-est-lancee-et>

https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/07/10/le-gouvernement-taxe-l-aerien-pour-financer-le-train_5487636_3234.html - Consultés le 28 juin 2021.

¹⁸⁸⁵ Cour des comptes, Conseil des impôts, Vingt-troisième rapport au Président de la République 2005, Fiscalité et environnement, <https://www.ccomptes.fr/fr/documents/33298> - Consulté le 29 juin 2021.

¹⁸⁸⁶ Cour des comptes, <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/les-depenses-fiscales-rattachees-la-mission-ecologie-amenagement-et-developpement> - Consulté le 30 juin 2021.

¹⁸⁸⁷ Cour des comptes, Conseil des prélèvements obligatoires, La Fiscalité environnementale au défi de l'urgence climatique, Synthèse, Septembre 2019, <https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-09/20190918-synthese-CPO-fiscalite-environnementale.pdf>

¹⁸⁸⁸ Commission européenne, Communiqué de presse du 14 juillet 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda_21_3662

mise à jour de sa directive sur la taxation énergétique¹⁸⁸⁹ qu'elle veut combiner avec l'initiative « ReFuelEU Aviation » visant à stimuler la production et l'adoption de carburants d'aviation durables dans le secteur du transport aérien. Le secteur aérien de transport de passagers verrait alors l'une de ses spécificités gommées, ce qui pourrait, à terme, accélérer la recomposition de cette partie du marché qui concerne les vols intérieurs, *a priori* compris comme des vols « nationaux », mais qui pourraient tout à fait envisager des liaisons intra-UE prises en compte par leur durée.

1452. En effet, pourquoi interdire les vols reliant Paris à Nantes, Lyon ou encore Bordeaux et ne pas, aussi s'intéresser, à un Paris – Amsterdam ou Frankfort, vols d'1h 20 environ, opérés par les groupes Lufthansa ou Air France-KLM ? La suppression de certaines lignes aériennes intérieures, en cas de trajet alternatif possible en train en moins de deux heures et demie, venait combler une critique importante formulée lors du plan de sauvetage d'Air France. Car la décision qu'Air France se retire des lignes, notamment vers Orly, pour lesquelles existe une alternative ferroviaire à moins de deux heures et demie, pouvait laisser libre cours à une compensation par les TBC/LCC.

1453. Cette mesure emblématique de la loi « climat et résilience » vise à supprimer des liaisons entre Paris-Orly et Nantes, Lyon ou encore Bordeaux, et prévoit des exceptions pour les trajets en correspondance. La loi entérine surtout l'existant, puisque le gouvernement avait contraint Air France à renoncer aux liaisons concernées en contrepartie d'un soutien financier en mai 2020. Il interdira aux concurrents de s'engouffrer dans la brèche. La contestation, comme annoncé dans les médias, mais sans mesure concrète auprès de la Commission européenne vint de l'Union des aéroports français (UAF), en estimant que l'article 145 de la loi Climat et résilience, adoptée en juillet 2021 en France, était « infondé juridiquement » s'opposant à l'interdiction des « services réguliers de transport aérien public de passagers concernant toutes les liaisons aériennes à l'intérieur du territoire français dont le trajet est également assuré sur le réseau ferré national sans correspondance et par plusieurs liaisons quotidiennes d'une durée inférieure à deux heures trente ». Cet article de la loi

¹⁸⁸⁹ Proposition de Directive du Conseil restructurant le cadre de l'Union de taxation des produits énergétiques et de l'électricité (refonte) COM(2021) 563 final le 14 juillet 2021.

française se fonde sur l'article 20 du règlement n° 1008/2008¹⁸⁹⁰, prévoyant des exceptions à l'exercice des droits de trafic « en cas d'atteinte grave à l'environnement », mais, aussi et dans le même temps pour des « raisons locales, temporaires ». Ce cadre européen s'applique-t-il alors au sujet du dérèglement climatique ? Le règlement européen énonce, sous l'article 20, que ces restrictions ont « une durée de validité limitée, ne dépassant pas trois ans, à l'issue de laquelle elles sont réexaminées ».

1454. La juridiction aura alors le soin d'envisager si le droit européen peut être ainsi appliqué et correspondre à l'objectif environnemental. Selon les détracteurs de la loi, un regroupement syndical de 165 aéroports français, mais aussi européens, les lignes aériennes ainsi interdites à partir de mars 2022 représentent « 0,23 % » des émissions des lignes intérieures françaises. Si le texte prévoit néanmoins des exceptions pour les correspondances, les liaisons entrant dans le périmètre de la loi sont Marseille - Lyon, Paris-Orly – Nantes, Orly - Lyon et Orly - Bordeaux pour laquelle, l'opposition est la plus forte de la part des élus et responsables locaux, qui rappellent que, avant la crise sanitaire, plus de 560 000 personnes voyageaient par an sur cette ligne, alors même que la LGV y était opérante depuis 2017¹⁸⁹¹.

1455. D'autant plus que le Conseil d'État, dans un avis¹⁸⁹² rendu public par le gouvernement, estimait que

« dans le chapitre relatif au transport aérien, aucune analyse du caractère soutenable des mesures projetées dans le contexte de la crise sanitaire, dont l'impact est pourtant majeur pour ce secteur, n'apparaît.

S'agissant de la mesure d'interdiction des vols intérieurs sur toute liaison également assurée par voie ferrée en moins de 2h30, l'étude ne justifie pas la possibilité de s'appuyer sur le régime de dérogation temporaire au principe de liberté du trafic aérien intracommunautaire prévu par l'article 20 du règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté. Les conséquences économiques et concurrentielles de l'interdiction sont trop succinctement abordées. »

¹⁸⁹⁰ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

¹⁸⁹¹ La LGV Sud Europe Atlantique (LGV SEA), également commercialement dénommée LGV L'Océane par la SNCF depuis avril 2016, est une ligne à grande vitesse française mesurant 302 kilomètres, ainsi que 38 kilomètres de nouveaux raccordements. Sa mise en service a eu lieu le 2 juillet 2017. La nouvelle Ligne à Grande Vitesse met Paris à 2h04 de Bordeaux avec trente-trois allers-retours programmés chaque jour, soit 35 000 places.

¹⁸⁹² Conseil d'État, avis du 4 février 2021, <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-un-projet-de-loi-portant-lutte-contre-le-dereglement-climatique-et-ses-effets>

1456. Ce conflit met aux prises train et avion, qui sont plus que jamais des frères ennemis. Les dirigeants de la SNCF, d'Air France et d'Aéroports de Paris peuvent tout aussi bien discuter des coopérations entre l'avion et le train le 21 juin 2021, lors du Paris Air Forum, sur le thème « comment réconcilier le train et l'avion » rappelant que

« la relation avec l'aérien sera toujours ambivalente. Nous sommes en coopétition. Mais cette concurrence est un peu dépassée et il est préférable d'entrer dans une logique de complémentarité. La loi peut certes fixer le curseur de cette complémentarité, mais nous devons travailler avec les acteurs de l'aérien pour la développer. »¹⁸⁹³

1457. Cela peut aussi être des désaccords profonds, notamment sur la fiscalité propre à chacun des modes de transports¹⁸⁹⁴, avec l'argument que ce ne serait pas le train qui soit trop cher, mais plutôt l'avion qui ne le serait pas assez, reprenant l'existence de la niche fiscale que représente le fait que les compagnies aériennes soient exemptées de toute taxe sur le kérosène. Il importe de relever que l'exonération fiscale du kérosène est figée dans la convention internationale de Chicago sur l'aviation civile internationale, ratifiée par la France en 1944. L'objectif à l'époque était de favoriser l'essor du trafic international. En revanche, la convention internationale ne régit que les vols internationaux, aussi, pour les vols intérieurs, aucune exemption n'est imposée. C'est donc à ce niveau que le débat se porte. Par ailleurs, il semble bien que ce soit sans compter que le transport aérien est l'un des secteurs les plus taxés, parfois davantage que les autres quand il s'agit, notamment, de la taxe dite « Chirac » pour financer les programmes de santé dans certains pays en développement, des taxes finançant les mesures drastiques de sûreté. Dans cette bataille de position, notamment pour déterminer qui pollue le plus entre les différents modes de transports, les arguments fusent. Au regard des émissions totales de gaz à effet de serre, la pollution du secteur aérien semble marginale. D'après les chiffres 2017 du Centre Interprofessionnel Technique d'Etudes de la pollution Atmosphérique¹⁸⁹⁵, si 29 % des émissions mondiales sont générées par les transports, le transport aérien n'est responsable que pour 3,5 % d'entre elles. Mais en basant

¹⁸⁹³ FARANDOU Jean-Pierre, tribune du 01 décembre 2021 <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/le-pdg-de-la-sncf-veut-une-taxe-kerosene-sur-l-aviation-le-train-n-est-pas-cher-c-est-l-avion-qui-ne-l-est-pas-assez-farandou-897614.html#:~:text=Nous%20sommes%20en%20'coop%C3%A9tition',,a%C3%A9rien%20pour%20la%20d%C3%A9velopper.%22>

¹⁸⁹⁴ FARANDOU Jean-Pierre, audition devant la commission du développement durable de l'Assemblée nationale 2021

¹⁸⁹⁵ Ministère chargé des Transport, Stratégie environnementale de la DSNA, <https://www.ecologie.gouv.fr/navigation-aerienne-et-environnement>

la comparaison sur le nombre de kilomètres parcourus, l'impact environnemental du kérosène apparaît comme bien plus conséquent. Selon une note de l'Ademe¹⁸⁹⁶, pour un trajet de 500 km aller-retour environ, l'empreinte carbone d'un vol en avion se situe entre 145 et 241 kg de CO² par passager contre 170,6 kg environ pour le transport en voiture. Et l'avion émet jusqu'à 40 fois plus de CO² que le train par kilomètre parcouru et par personne transportée.

1458. Le monde de l'aérien rappelle à l'envie que le bilan carbone du train doit prendre en compte les émissions de CO² liées aux infrastructures ferroviaires. Cela relève autant de la construction des LGV que des travaux de régénération du réseau ferroviaire. Leur bilan carbone est en effet souvent oublié, à l'heure où le gouvernement, après quatre ans de pause sur les grands projets, a relancé la construction de lignes à grande vitesse, en annonçant en mai un financement pour la ligne Bordeaux-Toulouse et en accélérant Montpellier-Béziers. Par ailleurs, les LGV, même décarbonées, ne doivent pas cacher que plus de 40 % des lignes ferroviaires ne sont pas électrifiées. Dès lors, le développement de « lignes ferroviaires obliques », ne desservant pas Paris, comme Metz-Marseille par exemple, fait de ces lignes à grande vitesse des dessertes régionales, irriguant le territoire par le cabotage. Malgré cette dispute d'arguments, en reprenant les chiffres de l'Ademe, l'avion émet 80 % de CO² de plus que le train. Ceci en raison de la part du nucléaire dans l'électricité produite en France. On comprend aussi l'enjeu, pour le secteur des transports de la classification par la Commission du nucléaire comme « énergie verte ». En décidant de classer le gaz et le nucléaire comme nécessaires à la transition écologique, tout en les soumettant à plus de restrictions que les énergies renouvelables, la Commission a fait le choix d'un certain réalisme, quand elle évoque que « L'article 3, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne vise à établir un marché intérieur qui œuvre pour le développement durable de l'Europe, notamment fondé sur une croissance économique équilibrée et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement ».

¹⁸⁹⁶ Ademe, Base Carbone : es facteurs d'émissions du transport de fret aérien sont classés selon deux typologies d'appareil (avion cargo ou avion passager), [https://bilans-ges.ademe.fr/documentation/UPLOAD_DOC_FR/index.htm?aerien.htm#:~:text=L'activit%C3%A9%20du%20transport%20a%C3%A9rien,\(%2B5%2C5%25\)%2C%20pour](https://bilans-ges.ademe.fr/documentation/UPLOAD_DOC_FR/index.htm?aerien.htm#:~:text=L'activit%C3%A9%20du%20transport%20a%C3%A9rien,(%2B5%2C5%25)%2C%20pour)

1459. Complétant la taxonomie lancée par la Commission européenne en 2018¹⁸⁹⁷, l'idée de créer une « taxonomie verte » pour les activités économiques repose donc sur un principe simple : définir un seuil d'émissions de CO² en deçà duquel une entreprise sera considérée comme « verte », car contribuant à l'évolution positive du climat ou atténuant le réchauffement climatique. En juin 2020, le Parlement européen et le Conseil ont adopté un règlement définissant cette taxonomie¹⁸⁹⁸, qui doit entrer en vigueur en plusieurs temps. D'abord partiellement, début 2022, puis totalement, au début de l'année 2023.

1460. C'est tout le débat sur la structure de coûts élevés de la société ferroviaire et de sa productivité alors que le transport routier de longue distance européen est exempté de toute taxe carbone, renvoyant au souhait d'une réflexion sur un élargissement de la fiscalité carbone à l'ensemble de l'activité de transport. L'orientation générale prise depuis la décennie 2010 va vers une intervention plus générale de l'Union européenne dans les questions des transports, au travers non plus de sa politique de transport, mais de la question énergétique, semblant favoriser un mode, le train, par rapport à un autre, l'avion. Dès lors, les opérateurs aériens ne peuvent que réagir et accélérer la transition énergétique vers la combinaison carburants alternatifs/hydrogène électrique. **Le renouveau des trains de nuits participe de cette orientation concernant le repositionnement des modes de transport**¹⁸⁹⁹. **L'importance des choix politiques correspond, ici, aux attentes que l'opinion publique met dans la concurrence multimodale.** Pour cela, le train de nuit, car il a répondu à la question des coûts et de la rentabilité, est l'exemple concret de la nécessité « d'adopter une approche systémique et prospective de la durabilité environnementale »¹⁹⁰⁰. Ainsi, en Suède, la réduction temporaire des péages ferroviaires fut autorisée par la Commission européenne, en vertu des règles de l'UE en matière d'aides d'État¹⁹⁰¹. Ce financement de 130 millions d'euros

¹⁸⁹⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Plan d'action : financer la croissance durable COM/2018/097 final du 8 mars 2018.

¹⁸⁹⁸ Règlement (UE) n°2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) n°2019/2088.

¹⁸⁹⁹ Ainsi, l'offre Green citytrip.nl permet aux voyageurs des Pays-Bas d'utiliser les trains couchettes GreenCityTrip pour rejoindre des destinations en Autriche, en Italie, au Danemark et en Suède. Le réseau de la compagnie compte ainsi 15 villes depuis Amsterdam ou Utrecht.

¹⁹⁰⁰ Considérant n°6 de la Communication, Plan d'action : financer la croissance durable COM/2018/097 final du 8 mars 2018, *supra*.

¹⁹⁰¹ Directive n°2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen et Règlement (UE) n°2020/1429 du Parlement européen et du Conseil du 7 octobre 2020 arrêtant des mesures pour un marché ferroviaire durable compte tenu de la propagation de la COVID-19.

(1,37 milliard de couronnes suédoises) a soutenu les secteurs ferroviaires de passagers et de fret pendant l'épidémie de coronavirus. L'objectif est d'empêcher le rail de perdre des parts de marché au profit de modes concurrents et pour encourager le transfert modal de la route vers le rail. La Commission a estimé que le programme était bénéfique pour l'environnement et pour la réduction de la congestion routière, proportionné et nécessaire pour soutenir le transfert modal tout en n'entraînant pas de distorsions de concurrence indues.

1461. Une politique de concurrence adaptée à la situation spécifique du transport ferroviaire s'impose d'autant plus que ce mode de transport subit une concurrence très forte des autres modes de transport et tout particulièrement du transport routier. Cette compétition est extrêmement difficile à soutenir pour le transport ferroviaire dans la mesure où les conditions de concurrence présentent certains déséquilibres. Le transport routier ne supporte pas, en effet, l'ensemble des coûts qu'il entraîne et se voit reprocher de ne pas payer ses infrastructures ; en outre le non-respect de la législation sociale constitue également une forme de concurrence déloyale. Ce problème est évoqué depuis longtemps tant il est la cause la plus importante des difficultés du transport ferroviaire. Dans un récent avis sur la nouvelle proposition de directive visant à élargir l'accès à l'infrastructure ferroviaire, la C.C.F.E. (Communauté des Chemins de Fer Européens), qui rassemble l'ensemble des opérateurs ferroviaires européens, a insisté sur ce problème

« la présence des concurrents routiers et aériens sur leurs marchés a fortement, et en permanence, stimulé les chemins de fer pour innover avec de nouveaux services. Cependant, le fait de ne pas être sur un pied d'égalité avec les autres modes de transport est demeuré l'un des plus grands obstacles. Tant que les conditions de concurrence entre les différents modes, voie navigable, rail, air et route, ne sont pas harmonisées, les chemins de fer subissent un désavantage concurrentiel. Les problèmes à considérer sont l'internalisation des coûts externes (environnement et santé publique, y compris le coût des accidents) dans les mécanismes de tarification, l'égalité du régime fiscal (T.V.A., ventes hors taxes et droits d'accises sur les huiles minérales), l'harmonisation de la législation sociale et l'application uniforme des règles sur le temps de travail »¹⁹⁰².

1462. Les institutions européennes ont pris conscience de ce problème très tôt, lorsque la Commission européenne a publié un livre vert intitulé : « Vers une tarification équitable et efficace dans les transports »¹⁹⁰³. Dans ce document, la Commission fit notamment valoir que,

¹⁹⁰² Document de politique de la C.C.F.E. quant à la proposition de la Commission pour une directive du Conseil modifiant la directive du Conseil 91-440 sur le développement des chemins de fer communautaires, 13 novembre 1995.

¹⁹⁰³ Livre vert présenté par la Commission le 20 décembre 1995, COM (95) final.

chaque année, les encombrements coûtent à l'Union européenne environ 2 % de P.I.B., les accidents 1,5 % et la pollution de l'air et le bruit au moins 0,6 %, soit au total 250 milliards d'ECU. La Commission observe que 90 % de ces coûts sont imputables aux transports routiers, ce qui sera largement repris dans la présentation du Green Deal européen. Dans ces conditions, la Commission formula un certain nombre de propositions visant à rapprocher la tarification des coûts réels. Elle suggéra, par exemple, l'introduction de redevances au kilomètre mesurées électroniquement et calculées en fonction des dégâts causés à l'infrastructure et éventuellement d'autres paramètres (pour les poids lourds), l'introduction d'un péage dans les zones encombrées ou sensibles, l'introduction de taxes sur les carburants modulées en fonction de la qualité des carburants. Naturellement, un livre vert a d'abord vocation à permettre un débat sur un sujet et ne contient par définition aucune mesure normative. Néanmoins, cette initiative démontre la prise de conscience actuelle des déséquilibres existant dans la compétition entre les différents modes de transport.

1463. Au niveau français, un récent rapport du commissariat général du plan consacré à ce problème propose une forte augmentation - voire un doublement - de la T.I.P.P. (Taxe Intérieure sur les Produits Pétroliers) sur le carburant des poids lourds, le gazole¹⁹⁰⁴. Il est important que ces réflexions puissent conduire à des solutions concrètes. Pour autant, il est illusoire de croire qu'à lui seul, ce rééquilibrage permettra au chemin de fer de regagner des parts de marché importantes¹⁹⁰⁵. En effet, la concurrence rail-route pour les marchandises concerne essentiellement le transport à longue distance, généralement sur autoroute à péage, de sorte qu'elle n'est théoriquement pas déloyale (si l'on exclut le problème des fraudes à la réglementation). Surtout, le transport ferroviaire ne profitera de ce rééquilibrage que s'il est à même d'améliorer sa qualité de service et de répondre aux attentes de ses clients.

1464. Dans le contexte actuel de libéralisation et de multiplication des échanges entre États membres de la Communauté, il paraît enfin souhaitable qu'une réflexion soit conduite sur la nécessité éventuelle d'une harmonisation sociale, particulièrement en ce qui concerne la durée du temps de travail. En novembre 1993, le Conseil des ministres de l'Union européenne a adopté une directive concernant certains aspects de l'aménagement du temps

¹⁹⁰⁴ Transports : le prix d'une stratégie, Atelier présidé par Alain BONNAFOUS, Commissariat général du Plan.

¹⁹⁰⁵ Rapport d'information n° 331 (1995-1996) de M. Nicolas ABOUT, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 24 avril 1996.

de travail¹⁹⁰⁶. Toutefois, cette directive ne s'applique pas au secteur des transports. La Commission européenne a alors souhaité que les comités paritaires (composés de représentants des employeurs et des salariés) négocient des dispositions particulières. Le comité paritaire des chemins de fer, malgré de longues négociations, n'est pas parvenu jusqu'à présent à un accord. Récemment, le comité a repris la négociation en examinant comment appliquer la directive générale aux personnels des compagnies ferroviaires dont les tâches ne sont pas considérées comme « spécifiques » (les tâches des conducteurs sont, par exemple, considérées comme « spécifiques »).

1465. Il est important qu'un tel volet social puisse être mis en place pour éviter que l'ouverture progressive à la concurrence ne conduise au développement de « pavillons de complaisance » exploitant l'absence de normes minimales en matière sociale. Il s'agit aussi d'envisager un objectif de loyauté dans tous les modes de transport, alors que le secteur ferroviaire tend à s'inspirer des évolutions opérées par le transport aérien.

1466. Le traitement jusque-là différencié des moyens de transport, par les autorités régulatrices, tend aussi à se rapprocher, amenant à l'idée d'une interrégulation¹⁹⁰⁷ que le principe de loyauté intègre, avec les mêmes vertus qu'une norme de régulation. L'émergence d'un devoir de loyauté sous forme de principe directeur offre beaucoup plus de flexibilité. Elle s'impose aux relations contractuelles *ex post* et *ex ante*, et traduit bien la nécessaire conciliation entre le droit de la concurrence et la protection du consommateur. Elle constitue « une limite imposée dans l'exercice du pouvoir et comme rééquilibrage des rapports de force ». Le principe de loyauté dans les comportements des compagnies aériennes, comme ferroviaires, ne doit cependant pas aboutir à une répartition des blocs géographiques. La liberté économique, appliquée à une industrie de réseau, a tendance à devenir une « polyphonie des acteurs et des lieux »¹⁹⁰⁸. Au mieux, les institutions peuvent opérer harmonieusement par une série d'équilibres dans le cadre de la concurrence régulée issue de l'article 3 TUE, comme entre marché et service public, ou encore avec la concurrence entre les différents modes de transport qui peut s'affaiblir parce que l'un, l'avion, renonce à concurrencer l'autre, le train.

¹⁹⁰⁶ Directive n°93-104 du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

¹⁹⁰⁷ Selon la définition proposée par FRISON-ROCHE Marie-Anne, <https://mafr.fr/fr/article/interregulation/>

¹⁹⁰⁸ LAGET-ANNAMAYER Aurore, La régulation des services publics en réseaux - Télécommunications et électricité, Bruylant, 548 pages, 05 décembre 2002.

Conclusion du chapitre 1

1467. **La plurimodalité renforce le recours au principe de loyauté du fait de l'intégration par l'article 11 TFUE (ex- 6 TCE).** Le risque de la régulation asymétrique, en tant que concurrence « forcée »¹⁹⁰⁹, entraînant des coûts irrécupérables pour les opérateurs historiques du fait de l'obligation de rétrocéder des actifs de production (centrales électriques) ou des biens produits (électricité ou gaz) aux concurrents, est non pertinent pour le transport aérien, mais bel et bien présent pour le transport ferroviaire. L'application des principes de libre accès au réseau et d'une indépendance du régulateur, principes cardinaux de la concurrence à ces deux modes de transport, pose la question, quasi philosophique, d'un système concurrentiel non encadré sectoriellement pour déterminer s'il peut être signe de durabilité. La réponse peut venir de la réobjectivation de la concurrence face à la nécessité climatique et aux conséquences de la pandémie. Alors que, par ailleurs, la remise en cause de la sectorisation s'opère, du moins en France, à l'image de l'ARAFER qui, à compter du 1^{er} octobre 2019, est devenue l'Autorité de régulation des transports en reprenant les missions précédemment exercées par l'Autorité de supervision indépendante (ASI) en tant qu'autorité de régulation des redevances aéroportuaires.

1468. **L'intégration européenne ne se réduit pas à ses aspects économiques et politiques, tant elle est aussi un phénomène d'ordre géographique. Cette intégration se traduit dans l'intensification, dans l'espace géographique, des liaisons entre les territoires européens, régions et villes.** La construction de nouvelles infrastructures de transport et de communication, les déplacements de personnes et les échanges d'information, la constitution de réseaux plus ou moins formalisés entre les entreprises, les associations et les collectivités locales sont les principales caractéristiques de cette intégration. Il en résulte des interdépendances croissantes entre les territoires, qui deviennent de plus en plus solidaires dans leurs fonctionnements et dans leurs évolutions¹⁹¹⁰. En particulier, les grandes villes européennes sont des nœuds essentiels d'un ensemble cohérent, fonctionnant comme un véritable système de villes européennes.

¹⁹⁰⁹ *Supra*, MARTY Frédéric, Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes, 2012.

¹⁹¹⁰ PUMAIN Denise et SAINT-JULIEN Thérèse, Le réseau des villes de dimension européenne, *Hommes et Terres du Nord*, 1993/1, L'Europe de 1993. pp. 15-25 ; doi : <https://doi.org/10.3406/htn.1993.2404>

1469. **Pour chaque strate de territoire, la question des effets structurants ou non de la transition énergétique et climatique semble perturber la hiérarchisation territoriale**, tant « l'approche Pacte vert » est holistique et convie donc à inclure les transports dans l'ensemble des politiques qui sous-tendent la transition écologique. Par ailleurs, il importe de relever que la transition énergétique ne nécessite pas nécessairement un bouleversement des financements privés / étatiques / européens. Les effets structurants ou non de la transition énergétique et climatique remettront-ils en cause, sinon pour la perturber, cette hiérarchisation pour améliorer encore la connectivité des zones périphériques qui restent encore laissées pour compte de l'approche globalisée des transports ?

1470. **Mentionnée dès le traité de Rome de 1957, la politique européenne des transports a évolué lentement, faite de rendez-vous réguliers, plus ou moins fortement marqués par des contextes politiques nationaux et internationaux.** L'année 2011 a été voulue comme un nouveau point de départ, la loyauté dans le transport aérien de passagers devenant un axe prégnant des relations commerciales avec les États tiers, tant du point de vue des droits sociaux que de considérations environnementales, faisant du développement durable un défi pour le droit de la concurrence. La Commission européenne inscrit ainsi, parmi ses priorités, la relance de la politique européenne des transports en publiant le 28 mars 2011 le livre blanc avec pour projet d'un espace unifié en la matière à l'horizon 2050. Ce document était attendu. C'est un rendez-vous que donne la Commission tous les dix ans. Il s'agit d'une prospective, comme à chaque fois. Mais ici, les ambitions apparaissent particulièrement fortes et se manifestent par un dépassement non dissimulé des seules préoccupations économiques. L'accent est mis avec force sur la protection de l'environnement. Le transport est clairement lié au principe de mobilité européenne et plus encore la mobilité durable, « réduire la mobilité n'est pas une option »¹⁹¹¹.

1471. Mais le scepticisme a marqué les premières réactions au document, du fait de l'objectif affiché de réduire de 60 % les émissions polluantes des transports d'ici 2050 par rapport à 1990. L'objectif paraissait pour beaucoup trop irréaliste, sans sacrifier la mobilité à la rentabilité économique. Cette ambition entraîna la critique d'un risque de freiner la compétitivité du transport de l'Union à l'égard du reste du monde, notamment dans les

¹⁹¹¹ GRARD Loïc Droit européen des transports, 1er janvier - 31 décembre 2011, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012 p. 531

secteurs aérien et maritime. Le transport européen respectueux de l'environnement fait consensus, mais les mesures évoquées soulèvent beaucoup d'interrogations alors que les États tiers pouvaient ne pas être sur la même ambition, sinon sur cette approche environnementale. Cet accueil pour le moins dubitatif le fut moins pour la stratégie « fit 55 ».

1472. **L'idée forte est donc que la loyauté sert au moins implicitement de guide à ces évolutions.** De plus, elle devient explicite pour ce qui concerne les États tiers et singulièrement avec les compagnies étrangères, des pays du golfe Persique. Le client des transports collectifs est souvent amené à réaliser des correspondances entre différents modes au cours de son déplacement, impliquant des ruptures de charge. Pour que cette intermodalité ne soit pas ressentie comme une contrainte, il est important d'aménager les lieux d'interconnexion entre ces modes de transport, ce que les orientations européennes n'impulsaient pas vraiment, les dépenses d'infrastructures étant plutôt encore segmentées par modalités de transport. Cela permet de minimiser les conséquences sur des correspondances et de proposer une chaîne de transport fluide. Cela passe par des aménagements physiques permettant un cheminement aisé et une attente confortable, une signalétique efficace et une information de qualité. Dans cette hypothèse, la gestion des bagages et les contraintes de sécurité, que cela peut impliquer, constituent un élément essentiel du choix modal tant pour le passager que de renonciation à en gérer les contraintes pour le transporteur. **Dans ce contexte, les effets de la normalisation européenne dépasse ses frontières externes,** les normes européennes portent aussi sur tout opérateur aérien qui souhaite accéder au marché de l'Union européen. Cela ne soulève pas de question lorsqu'il s'agit une compagnie aérien ayant obtenu sa licence d'exploitation dans un État membre. Il en va autrement pour les compagnies relevant d'État tiers. Certes le respect des normes européennes relève des accords de ciel ouvert négociés avec ces États tiers, mais cela passe, aussi, par l'application des évolutions de la règlement de l'Union qui tendent, progressivement, modifier les comportements.

Chapitre 2 : La loyauté entre compagnies européennes et compagnies d'États tiers, les effets de l'extraterritorialité de la réglementation européenne

1473. Dans cet écosystème juridique d'ores et déjà constitué par la concurrence durable, la loyauté prend aussi une dimension externe, d'autant plus qu'elle est associée à la politique

européenne d' « un modèle d'autonomie stratégique ouverte »¹⁹¹². Promouvoir ainsi la loyauté entre compagnies aériennes européennes et leurs concurrentes issues des États tiers implique un rééquilibrage du marché aérien international. **Les contours de la loyauté ont été rappelés au considérant 4 du règlement (UE) n° 2019/712** qui évoque l'UE dans son rôle de garantir « l'égalité des chances et des conditions de concurrence équitables pour les transporteurs aériens de l'Union et les transporteurs aériens de pays tiers qui opèrent dans l'Union¹⁹¹³ ». Mais **cette volonté européenne se heurte à la différence de moyens et d'approches entre réglementations unilatérales et opérateurs économiques**. Alors que les premières sont naturellement des acteurs territoriaux, les seconds sont le plus souvent continentaux, voire mondiaux. Le transport aérien est vu comme une partie structurante de l'offre globale par les conséquences urbanistiques et plurimodales qu'il prescrit. Ces deux ensembles se croisent bien évidemment, mais peuvent aussi, au travers des tentatives de captation de la réglementation européenne, s'opposer.

1474. La loyauté du jeu des opérateurs tiers sur le marché européen est nécessaire pour protéger l'espace aérien commun que tente de construire l'Union européenne. Pour éviter de détricoter les politiques menées en interne par l'UE, il importe que « L'UE dote son secteur des transports aériens d'un mécanisme visant à garantir une concurrence loyale avec les compagnies aériennes des pays tiers, qui devrait aussi contribuer à maintenir un niveau élevé de connectivité dans l'ensemble de l'UE. »¹⁹¹⁴ Enfin, les décisions européennes portent dans le domaine de l'aviation une dimension extraterritoriale intrinsèque du fait du système des droits de trafic accordés par les accords de « ciel ouvert ». La réorganisation de l'espace aérien européen entraîne, certes, des conséquences externes à l'Union européenne, mais celles-ci ne peuvent pas être prises en compte, car le principe même de réciprocité des accords de « ciel ouvert » efface cette extraterritorialité. Les décisions portent également sur la structure économique du marché ; nous avons déjà évoqué les alliances commerciales et les rapprochements capitalistiques. On peut évoquer aussi la portée extraterritoriale des

¹⁹¹² Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, COM(2020) 253 final, 17 juin 2020.

¹⁹¹³ Règlement (UE) n°2019/712 du 17 avril 2019 du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

¹⁹¹⁴ Communiqué de presse du Conseil de l'UE du 12 décembre 2018 concernant la Proposition 2017/0116(COD) de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la sauvegarde de la concurrence dans les transports aériens, abrogeant le règlement (CE) n°868/2004 du 8 juin 2007.

décisions prises par l'Union, incluant la liste noire des compagnies, les investissements publics¹⁹¹⁵ ou l'édition de standards techniques valables sur le territoire européen.

1475. Déjà, dans son rapport présenté en 1998 au lendemain de la libéralisation du transport aérien en Europe, le député DEROSIER estimait que la France avait « éprouvé une exceptionnelle difficulté à s'adapter »¹⁹¹⁶ à la concurrence tant au sein de l'Union européenne que vis-à-vis des États tiers. Ces deux volets de la concurrence sont donc indissociablement liés pour penser à une concurrence durable parce que loyale (Section 1).

1476. Par ailleurs, parce que le droit international du transport aérien n'a édicté aucune réglementation multilatérale spécifique, les services de transport aérien ont été, dans une large mesure, exclus des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) lors de l'accord de Marrakech qui ne les évoque que dans l'annexe 1B de l'accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'annexe sur les services de transport aérien. Ainsi, les services de réparation et de maintenance des aéronefs, la vente ou la commercialisation des services de transport aérien et les systèmes informatisés de réservation sont exclus des règles de l'OMC. Partant, l'UE a dû, dès le processus de démonopolisation entamé, légiférer sur cette dernière question pour établir un *level-playing field* européen¹⁹¹⁷, expression qui sera reprise lors des négociations entre l'UE et le Royaume-Uni lors du Brexit. L'évolution actuelle du transport aérien de passagers fait l'objet de nombreuses réflexions sur son avenir. Le « monde d'après - COVID-19 » se construit sur un vaste ensemble de revendications sociales comme environnementales, qui peuvent apparaître comme non conciliables tant elles sont, potentiellement, sources de comportements déloyaux. Allant jusqu'au questionnement de la stabilité du système, ce qui implique de rapprocher les points de vue et tenter d'obtenir un accord, déjà, sur les différentes attentes liées à ce secteur, pour ensuite envisager une nouvelle frontière pour le transport aérien de passagers (section 2).

¹⁹¹⁵ Directive n°2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises ; le Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union.

¹⁹¹⁶ Rapport de l'Assemblée nationale, Le transport aérien à l'heure européenne, n°737 du 26 février 1998.

¹⁹¹⁷ Règlement (CEE) n°3089/93 du Conseil du 29 octobre 1993 modifiant le règlement (CEE) n°2299/89 instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation (SIR) abrogé par le Règlement (CE) n°80/2009 du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation.

1477. Appliquée au droit de la concurrence dans le transport aérien de passagers, la résilience par le Pacte vert européen, la pandémie de COVID-19 renvoie aussi à la loyauté comme principe nécessaire. La recomposition du ciel mondial, et donc européen évoque autant une concentration de l'offre aérienne sur les trajets, non couverts par une ligne ferroviaire à grande vitesse, assurant la continuité des connexions avec le reste du monde, que la redéfinition de l'intervention de la puissance publique (Section 2). Originellement¹⁹¹⁸, le mot « résilience » est un concept physique qui désigne l'aptitude d'un corps à résister à un choc. Appliqué aux sciences sociales, il a pour objet l'évaluation de la capacité à vivre et réagir, de manière socialement acceptable, en dépit du stress ou d'une adversité.

Section 1 - L'analyse du regard européen porté sur les compagnies des États tiers

1478. « L'enfer c'est les autres »¹⁹¹⁹ est une de ces citations, qui sortit de son contexte est trop souvent mal comprise. Selon son auteur, elle le fut, car réduite à ce que les relations avec autrui seraient toujours infernales alors que c'est grâce aux autres que nous pouvons avoir une connaissance, une conscience de qui nous sommes¹⁹²⁰. Appliquée au marché aérien, elle correspond à l'exemple du sauvetage de la compagnie Alitalia, qui l'illustre tout particulièrement. La faiblesse chronique de cette compagnie n'a jamais empêché des repreneurs d'être intéressés par sa reprise, tout particulièrement parce qu'elle est l'une des portes d'entrée sud du territoire européen. Il est vrai qu'en se reportant au registre des aides d'État de la Commission, la liste des affaires traitées montre combien cette recapitalisation est sensible. Après les enquêtes de 1997 et 2002 portant déjà sur une recapitalisation, puis de 2005¹⁹²¹ et 2008¹⁹²², la Commission, en avril 2018 puis février 2020, avait ouvert deux nouvelles enquêtes approfondies pour déterminer si des prêts-relais d'un montant total de 900 et 400 millions d'euros octroyés par l'Italie à Alitalia en 2017 et 2019, étaient compatibles

¹⁹¹⁸ <https://www.cnrtl.fr/definition/r%C3%A9silience>

¹⁹¹⁹ SARTRE Jean-Paul, Huis Clos, pièce de théâtre écrite en 1944.

¹⁹²⁰ « Je veux dire que si les rapports avec autrui sont tordus, viciés, alors l'autre ne peut être que l'enfer. Pourquoi ? Parce que les autres sont, au fond, ce qu'il y a de plus important en nous, même pour la propre connaissance de nous-mêmes. Nous nous jugeons avec les moyens que les autres nous ont fournis. » Jean-Paul SARTRE, <http://expositions.bnf.fr/sartre/reperes/oeuvres/huis.htm>

¹⁹²¹ *Supra*, Décision de la Commission du 7 juin 2005 « plan industriel de restructuration d'Alitalia ».

¹⁹²² Décision de la Commission du 12 novembre 2008 concernant le prêt de 300 millions EUR consenti par l'Italie à la compagnie Alitalia C 26/08 (ex NN 31/08).

avec le droit de l'Union. Ainsi, en 2019, le sauvetage de la compagnie Alitalia était au cœur de toutes les manœuvres pour déterminer qui reprendrait la participation d'Etihad (Émirats arabes unis - EAU)¹⁹²³. Finalement, le gouvernement italien décida de renationaliser la compagnie, évitant de prolonger les discussions avec les repreneurs potentiels, dont les principaux étaient Lufthansa et Delta afin d'engager, enfin, une restructuration profonde d'Alitalia. L'intérêt de la compagnie aérienne Etihad d'investir dans Alitalia était de pouvoir obtenir une des portes d'accès au territoire et au marché européen en obtenant le contrôle d'une compagnie sous licence d'exploitation européenne. La recomposition du ciel mondial dans les années qui suivirent les attentats de 2011 fut, en Europe, le fruit de la fusion British-Iberia, mais aussi et peut-être essentiellement de Qatar Airways qui entra au capital de la compagnie Meridiana (2017) pour créer Air Italy ou encore d'Etihad qui après Air Berlin (2011), Aer Lingus (2012), prend des participations dans Air Serbia (2013) et une compagnie helvétique, Darwin Airlines (2014).

1479. Toutes ses participations ne furent finalement pas couronnées de succès économiques, mais elles furent le signal d'une concurrence accrue venant des États tiers, concurrence que les compagnies européennes et nord-américaines envisageaient largement comme déloyale¹⁹²⁴. C'est le cas par exemple de l'accord entre les États-Unis et le Qatar signé le 30 janvier 2018, qui envisageait bien plus de libertés aériennes que l'accord signé, cinq mois plus tard, avec les Émirats arabes unis. Ainsi, pour contrer les oppositions formulées par les compagnies aériennes nord-américaines, Emirates accepta de ne pas avoir de vols de 5^e liberté, l'empêchant donc de s'arrêter en Europe pour prendre des passagers et continuer à destination des États-Unis. Mais dans le même temps, la compagnie qatarie pouvait relier Dubaï à New York, via Milan, ou à Newark via Athènes, faisant de ces accords de ciel ouvert, des éléments de diplomatie, au gré des impératifs géopolitiques du moment. Les relations

¹⁹²³ Le 14 novembre 2014, la Commission européenne autorisa le projet de prise de contrôle en commun de New Alitalia, par Alitalia Compagnia Aereitaliana S.p.A. et Etihad Airways PJSC. New Alitalia reprendra la branche « aviation » d'Alitalia CAI. La décision fut subordonnée à l'engagement pris par Alitalia CAI et Etihad de mettre notamment des créneaux horaires à la disposition d'un nouvel arrivant aux aéroports de Rome Fiumicino et de Belgrade. Sur cette liaison opérait déjà Air Serbia, (anciennement Jat Airways) transporteur aérien national de Serbie et la principale compagnie aérienne du pays dans lequel Etihad détient une participation de 49 % assortie d'un accord de gestion avec les autorités serbes, qui détiennent les 51 % restants du capital. Affaire M.7333 ALITALIA / ETIHAD notifiée le 29 septembre 2014.

¹⁹²⁴ MAUSSION Catherine https://www.liberation.fr/futurs/2005/02/25/panique-a-bord-chez-les-concurrents-d-emirates_510894/ - Publié le 25 février 2005, consulté le 01 juin 2020.

aériennes ne sont pas seulement des services aériens, mais aussi des « relations aériennes diplomatiques » (§1).

1480. À côté de cette diplomatie aérienne, il importe de rappeler que l'impératif de loyauté, comme contrepartie à la participation de compagnies tierces au marché européen, est revendiqué depuis l'origine de la démonopolisation de l'espace aérien européen¹⁹²⁵, tant à l'occasion de nouveaux accords de ciel ouvert¹⁹²⁶, que lors des événements consolidant le secteur aérien de passagers. La volonté de l'Union européenne a consisté à réaffirmer, dans sa réglementation du secteur, un objectif d'une plus grande loyauté exigée des compagnies tierces (§2).

§1 - Les relations aériennes diplomatiques : retour d'une étatisation assumée

1481. La première caractéristique du transport aérien, son étatisation, reste directement ou indirectement prégnante dans le monde, particulièrement dans les relations diplomatiques. Cela s'exprime au travers de la volonté pour chaque État, de préserver, via « sa » compagnie porte-drapeau, une zone d'influence géopolitique et économique (A). Concrètement, la comparaison des programmes de vol d'Air France pour les saisons 2012-2013 et 2016-2017 montrait une volonté de pouvoir garder une présence significative vers la destination majeure qu'est la péninsule arabique tout en assurant des liens importants avec une région économiquement émergente, dont fait partie l'Iran. Ainsi, la fermeture, en 2012, des lignes vers Abu Dhabi et Djeddah fut équilibrée par la reprise en partage de codes par Saudia et compensée par une augmentation des fréquences vers Riyad. En mars 2016, Air France annonçait, dès l'accord sur le nucléaire iranien en juillet 2015¹⁹²⁷, la reprise de ses vols vers l'Iran avec la réouverture de la ligne Paris-Téhéran opérée par Air France. Même si, deux ans plus tard à la suite des menaces de sanctions des États-Unis exprimées lors de l'élection de Donald TRUMP, la compagnie française n'opérait plus que via sa filiale Joon, l'importance

¹⁹²⁵ « considérant [n°14] qu'il est souhaitable que les pays tiers accordent aux transporteurs communautaires un traitement équivalent; » Règlement n°95/93, *supra*.

¹⁹²⁶ https://www.tourmag.com/Accord-UE-Qatar-vers-la-fin-du-dumping-economique-de-Qatar-Airways_a97651.html - Publié le 4 mars 2019, consulté le 01 juin 2020.

¹⁹²⁷ L'Iran et les pays du « P 5+1 » (États-Unis, Russie, Chine, France, Royaume-Uni et Allemagne) sont parvenus à un compromis sur le nucléaire iranien, mardi 14 juillet 2015 à Vienne, après 12 ans de négociations et de sanctions internationales. Cet accord sera dénoncé par les États-Unis le 8 mai 2018.

des commandes aéronautiques de la compagnie aérienne Iran air¹⁹²⁸ imposait que la France reste présente, autant que possible, sur ce marché au titre de la diplomatie aérienne civile (B).

A – La permanence de l’orgueil national : un État doté d’une compagnie emblématique

1482. Au niveau international, les services aériens restent considérés par chaque pays comme étant liés à la sûreté nationale, aux relations diplomatiques, au commerce international, aux communications, et au développement économique. De ce fait, les nations ne permettent pas, en général, que cette activité puisse être contrôlée par des intérêts économiques étrangers. Déjà, en 1987, le rapport MAHLER¹⁹²⁹ actualisait cette préoccupation et recommandait une clause stricte de contrôle des entreprises de transport aérien par des capitaux nationaux ou « communautaires » après l’achèvement du marché intérieur. Cette préoccupation ne s’est traduite en droit que depuis récemment, quand fut formalisée l’impérieuse nécessité d’assurer la loyauté de la concurrence pour protéger les compagnies de l’UE¹⁹³⁰.

1483. Un tour d’horizon des autres grandes zones aériennes du monde permet aussi de conclure à une constante préoccupation d’une souveraineté aérienne. Concomitamment au développement économique de ces régions, l’émergence de duos « aéroport-compagnie aérienne » s’est faite il y a déjà plus d’une quinzaine d’années dans le Golfe persique et encore plus tôt en Asie sur la base d’une offre de transit. Ce fut particulièrement le cas au Moyen-Orient où, dans un marché local de seulement 55 millions d’habitants, se côtoient à la fois trois transporteurs de taille mondiale – Emirates, Etihad et Qatar Airways – et quatre compagnies challengers que sont Gulf Air, Oman Air et Saudia Airlines.

1484. L’exemple de la politique d’investissement de la compagnie émirienne Etihad, basée à Abu Dhabi, est, à ce titre, évocateur de cette combinaison d’intérêts commerciaux et

¹⁹²⁸ BAUER Anne, L’Iran confirme la commande de 100 avions Airbus, après 80 Boeing, Après un an de démarches administratives, Téhéran entame la modernisation de sa flotte aérienne. <https://www.lesechos.fr/2016/12/liran-confirme-la-commande-de-100-avions-airbus-apres-80-boeing-231474> - Consulté le 2 juin 2020.

¹⁹²⁹ Sénat, rapport d’information n° 222 (1987-1988) - 22 janvier 1988, https://www.senat.fr/rap/1987-1988/i1987_1988_0222.pdf - Consulté le 11 juin 2020.

¹⁹³⁰ *Supra*, Règlement (CE) n°1008/2008 « règles communes pour l’exploitation de services aériens » et, *supra*, Règlement (UE) n°2019/452 « filtrage des investissements directs étrangers dans l’Union » ou encore, le suivi fait par la Commission, Rapport au Parlement européen et au Conseil, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021) 714 final du 23 novembre 2021.

géopolitiques. Etihad Airways, neuf ans après sa création en 2003, avait déjà signé des partenariats avec trente-cinq compagnies allant de la prise de contrôle au simple accord interligne¹⁹³¹. La compagnie émiratie annonçait en juin 2012 un nouvel accord avec Virgin. Après Air Seychelles, Air Berlin et Aer Lingus¹⁹³², la compagnie des Émirats arabes unis (EAU) poursuivait ainsi sa politique d'entrée dans le capital de ses partenaires, confortant sa volonté de créer et organiser son activité de compagnie pivot du Moyen-Orient. Depuis 2010, les deux compagnies aériennes avaient conclu un accord d'alliance stratégique pour une durée de dix ans incluant, notamment, le partage de codes sur des vols et des équivalences au niveau de leurs programmes de fidélité respectifs. Cette situation, propre à la décennie 2010, montre autant les attermolements des compagnies aériennes européennes face à la situation de l'espace aérien européen démonopolisé, comme des accords de ciel mis en place par la Commission,¹⁹³³ que les limites atteintes à la démultiplication des compagnies du Golfe persique. En février 2012, Etihad Airways et Air France-KLM s'accordaient sur un système de partage de codes, permettant à l'une de vendre des vols vers des destinations desservies par l'autre, et vice versa, alors que la compagnie franco-néerlandaise critiquait ouvertement les pratiques de concurrence déloyale de leur concurrente arabe. Un an plus tard, Etihad Airways confirma officiellement le jeudi 10 octobre 2013 avoir augmenté ses parts dans le capital de Virgin Australia jusqu'à 19,9 %. En novembre 2015, cette coopération s'est étendue à travers un accord de maintenance d'équipements renouvelé en 2022, faisant de la maintenance technique, l'autre possibilité d'initier et/ou d'accroître la coopération aérienne.

1485. Dans le même temps, pointer ainsi les coopérations internationales, permet d'évoquer aussi des rapprochements commerciaux interzones comme celui, récent, entre Gulf Air et Saudia¹⁹³⁴, dont les analystes supposent qu'il constitue les prémices d'une fusion potentielle, sans oublier le serpent de mer régulièrement évoqué que constituerait une fusion

¹⁹³¹ Pratique courante dans le domaine aérien, les accords interlignes sont aussi appelés partage de codes (*code sharing* en anglais). Ils permettent de se partager le marché en proposant tous les vols d'une ligne sous un code double ou triple en fonction des compagnies associées qui mettent, ainsi, en commun leurs réseaux.

¹⁹³² En mai 2012, la compagnie émiratie Etihad entrait au capital de l'irlandaise Aer Lingus à hauteur de 25 %, pour un montant de 3 milliards et que dans le même temps elle prenait 29,21 % du capital de la deuxième compagnie aérienne allemande, Air Berlin, devenant son premier actionnaire.

¹⁹³³ Notamment le règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté et pour un rappel, cf. Document additif à la thèse « Mise en perspective »

¹⁹³⁴ <https://www.gulfair.com/media-centre/press-releases/gulf-air-and-saudi-arabian-airlines-%28saudia%29-hold-talks-to-enhance-partnership> – Consulté le 3 mai 2021.

d'Emirates et d'Etihad. Ces ballets aériens rappellent que le « rationnel économique » s'efface devant la volonté de souveraineté aérienne. Et ce alors même que ces deux transporteurs de même nationalité se livrent une compétition vive via leurs deux mégas *hubs* distants de 130 km seulement. On observe, en Asie, un même sentiment de fierté nationale qui, au-delà de la dénomination de la compagnie aérienne¹⁹³⁵, caractérise l'appréciation des concentrations dans le secteur aérien. La Chine, parce qu'elle peut encore rationaliser son secteur aérien par de possibles fusions, en est un exemple topique. Les trois grandes compagnies chinoises – China Southern, China Eastern et Air China – transportent chacune plus de 100 millions de passagers par an, représentant plus de 60 % de tout le trafic du pays. La fermeture de son espace aérien pour protéger le pays des risques sanitaires de la COVID-19 a encore accru le rôle des compagnies chinoises sur le territoire national. Du côté de la Corée du Sud, les difficultés d'Asiana, accentuées par cette même pandémie, ont conduit à une fusion avec sa concurrente Korean Air pour un montant de 1,4 milliard de dollars. Cette opération s'inscrit dans une logique de densification de l'offre. Ainsi,

« Généralement, les pays de moins de 100 millions d'habitants comptent un seul transporteur offrant un service complet », selon le communiqué de la compagnie de ce pays de 52 millions d'habitants. « Cependant, la Corée en compte deux, ce qui la rend moins concurrentielle par rapport à des pays comme l'Allemagne, la France et Singapour, qui n'ont qu'une seule grande compagnie aérienne. »¹⁹³⁶.

1486. Les États usent de la diplomatie aérienne¹⁹³⁷ pour accompagner les alliances géopolitiques et commerciales. Bien situées sur ces routes prometteuses, les compagnies du Golfe et du Pacifique Sud ont déployé à partir des aéroports internationaux de Hong Kong, Singapour, Dubaï, une stratégie de *hubs* efficace. Dès 2015, elles avaient ainsi réussi à capter 48 % des passagers vers l'Océanie et 25 % de ceux vers l'Asie. Dans cette course pour attirer le trafic indirect, nécessitant une correspondance, un autre concurrent a émergé à partir de

¹⁹³⁵ Le parlement taïwanais a voté, le 22 juillet 2020, en faveur du changement de nom de la compagnie aérienne China Airlines en Taiwan Airlines, afin d'éviter la confusion avec les transporteurs de Chine continentale que sont Air China, China Eastern Airlines ou China Southern Airlines.

¹⁹³⁶ https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/11/16/la-compagnie-korean-air-va-racheter-asiana-airlines-pour-1-4-milliard-d-euros_6059877_3234.html - Publié le 16 novembre 2020, consulté le 20 décembre 2020.

¹⁹³⁷ Le premier à utiliser l'expression est un diplomate. Paul Claudel employait, en effet, le terme diplomatie aérienne dans une interview qu'il donna au New York Times le 23 août 1927 avant de s'embarquer pour prendre son poste d'ambassadeur de France à Washington. Il évoquait ainsi le vol transatlantique de Charles Lindbergh le 21 mai 1927. CLAUDEL Paul, Œuvres diplomatiques : ambassadeur aux États-Unis, 1927-1933, Volume 1 citées par de LESPINOIS Jérôme, Qu'est-ce que la diplomatie aérienne ? *ASPJ Afrique & Francophonie* - 4 e trimestre 2012.

son aéroport pivot d'Istanbul. Turkish Airlines est devenue une compagnie aérienne majeure profitant de son positionnement géographique entre Europe et Asie. Ce développement est de nature géopolitique, le gouvernement turc s'étant toujours voulu le continuateur du rôle central d'Istanbul depuis l'empire ottoman, pont et frontière en deux continents. Cet exemple de la compagnie Turkish Airlines est ainsi emblématique de la stratégie de s'affirmer à égale qualité de services que son rival désigné, Dubaï. On peut aussi évoquer, plus récemment, l'accord entre les compagnies Air Arabia¹⁹³⁸ et Royal Air Maroc (RAM) pour desservir Tel-Aviv dès la reconnaissance par leurs États de l'existence d'Israël, respectivement en septembre et décembre 2020.

1487. La Turquie moderne tente de se constituer après le démantèlement de l'Empire ottoman. La compagnie Turkish Airlines est l'héritière de la State Airlines Administration, créée en 1933 à Ankara, nouvelle capitale de la République turque, sous l'égide du ministère de la Défense. De même que ces consœurs européennes, elle est née dans la période de l'entre-deux-guerres mondiales, pendant laquelle les grandes compagnies nationales comme Lufthansa (Allemagne), Aéroflot (URSS), Swissair (Suisse) ou Air France ont vu le jour. En mai 2006, l'État turc ne détient plus que 49,2 % du capital de Turkish Airlines à la suite d'une première privatisation. Depuis cette privatisation, le développement de la compagnie turque impressionne, tant dans sa volonté de modernisation de sa flotte que celle d'offrir un accès mondial à sa clientèle. D'importantes commandes¹⁹³⁹ confirment régulièrement les ambitions de la compagnie turque. Ainsi en 2009, Turkish Airlines transportait 29 millions de passagers, après plusieurs années de croissance entre 2004 et 2008 traversées dans l'anonymat. L'incroyable ascension de Turkish Airlines a été mise en lumière pendant la crise de 2008 et 2009. Contrairement à l'ensemble du secteur, qui perdait des milliards de dollars et réduisait la voilure pour mettre un frein sur les investissements, le transporteur turc dégagait des profits en maintenant une très forte croissance de ses capacités. Un profil partagé par seulement deux autres compagnies, Emirates (Dubai) et l'Irlandaise Ryanair. En 2019, Turkish Airlines enregistra une hausse du nombre de passagers en Extrême-Orient (+11,5 %), en

¹⁹³⁸ Air Arabia est une compagnie aérienne à bas coûts émirienne, basée à Charjah, aux Émirats arabes unis. Cette compagnie est le premier et plus grand transporteur à bas prix du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord.

¹⁹³⁹ En 2013, moins d'un mois après avoir commandé 117 Airbus pour 9,3 milliards de dollars au prix catalogue (dont 35 options), la compagnie turque annonçait avoir une nouvelle fois passé une commande auprès de Boeing cette fois : 70 B737 (pour 6,9 milliards de dollars) assortis de 25 options (2,5 milliards). Vingt avions seront livrés en 2016, 20 en 2018, 15 en 2019, 30 en 2020 et 10 autres en 2021.

Europe (+8,9 %), en Afrique (+8,2 %) et en Amérique du Nord (+6,8 %). Cette situation avait pu étonner tant, contrairement à ses deux concurrentes du golfe persique, le transporteur turc n'est pas soupçonné de bénéficier d'aides publiques. Son avantage concurrentiel, même s'il repose sur la faiblesse de ses coûts salariaux, plutôt que sur des aides d'État, suscite plutôt l'admiration de ses concurrentes. Avec une flotte de 215 avions (65 de plus qu'il y a à peine trois ans), l'arrivée de Turkish sur des aéroports du centre Europe comme Bâle-Mulhouse, puis Strasbourg, pour alimenter Istanbul est vu, notamment par Air France, comme une réelle menace. Car, si cette ouverture d'une ligne aérienne Strasbourg-Istanbul vise une clientèle qui souhaite une liaison avec la Turquie pour des raisons d'immigration, elle est aussi l'argument d'une connexion, depuis la région rhénane, à l'un des aéroports qui détient un nombre important de correspondances et notamment avec l'Asie.

1488. **Ce prisme géopolitique d'analyse des orientations prises par le transport aérien de passagers reste pertinent malgré la désétatisation due à la libéralisation du secteur du transport aérien de passagers.** La démonopolisation du trafic qui s'en suivit a, certes, été marquée par une volonté de privatisation des compagnies aériennes¹⁹⁴⁰, néanmoins, le rôle de l'État reste absolument central comme en témoignent différents liens maintenus avec les compagnies porte-drapeaux. Il s'agit de l'apparition des actions dites privilégiées d'une part ou d'un réflexe de « renationalisation » dès qu'une crise survient, comme du développement de l'offre de transport aérien à partir d'importants chantiers d'infrastructures aéroportuaires. Un exemple peut être pris avant d'évoquer le nouvel aéroport d'Istanbul qui, à l'instar de Paris-CDG, marque cet orgueil national. En 1964, le gouvernement français veut appuyer la croissance des Trente Glorieuses et en prévoyant la saturation de Paris-Orly décide d'une nouvelle infrastructure aéroportuaire afin de recevoir le trafic international de l'aéroport du Bourget, cette infrastructure aéroportuaire étant peu à peu absorbée par le développement urbain de Paris. Dix ans après la décision politique, le "T1" dispose d'une capacité annuelle de 10 millions de passagers par an. Dans un premier temps, il accueille TWA, puis Pan Am et UTA (qui était jusque-là basée au Bourget avec Aeroflot, JAL, Air Canada, Air Afrique et Air France qui y transfère la plus grande partie de ses activités. De telles prévisions de trafic avaient initié l'idée de proposer un terminal pour chaque groupe de compagnies (un pour les compagnies

¹⁹⁴⁰ 1993 pour Air France, confirmée en 1999 par une nouvelle cession d'actions puis loi 2003 sur la gouvernance d'AF pour assurer sa fusion avec KLM.

françaises, un autre pour les Américaines). Son concept était clair, celui qu'il n'y ait « pas plus de 50 mètres entre la voiture à l'avion ». Le premier choc pétrolier en 1973 bouleversa la donne. Les hypothèses de trafic sont revues à la baisse et, dès l'ouverture de CDG1, il fut acquis que ses quatre autres terminaux circulaires ne verront jamais le jour. Il faut penser à un aéroport plus modulaire, autrement dit avoir la possibilité d'ajouter des terminaux au fur et à mesure que le trafic augmente. Ce sera alors CDG2 pour accompagner le développement d'Air France. Sans revenir sur l'histoire de ce second aérogare, ouvert en 1982, il importe de relever que ces deux nouveaux terminaux en regroupant au même niveau les arrivées et les départs, confirmaient ainsi, la nécessaire compréhension mutuelle des attentes des opérateurs aériens et aéroportuaires, que l'on doit permettre notamment par la gestion coordonnée des créneaux aéroportuaires.

1489. Cet exemple français met en lumière le lien entre compagnie aérienne et gestionnaire d'aéroport, que la puissance publique contribue largement à faire perdurer. Il en fut ainsi quand les autorités locale et nationale turques ont appuyé la décision de la compagnie aérienne Turkish Airlines de faire d'Istanbul la nouvelle plaque tournante du trafic aérien mondial en détrônant Emirates et l'aéroport de Dubaï en nombre de passagers internationaux. Même l'interdiction de vol des Boeing 737 MAX du fait des problèmes techniques rencontrés sur ce type d'appareil et les tensions géopolitiques issues des premiers affrontements entre Russie et Ukraine en 2014, n'ont pas eu l'effet de contrarier les plans. Six mois après son installation dans le gigantesque nouvel aéroport d'Istanbul, la compagnie turque a désormais l'infrastructure aéroportuaire pour atteindre son objectif : ravir à la compagnie dubaïote la couronne de numéro un du trafic international en faisant d'Istanbul le plus grand carrefour des liaisons aériennes mondiales. De toutes les grandes compagnies, Turkish Airlines dessert le plus grand nombre de destinations en augmentant celles-ci, trois fois plus vite que la moyenne du transport aérien.¹⁹⁴¹

1490. Pour l'heure encore, l'aéroport de Dubaï reste le premier « *hub* » mondial pour le trafic international, avec 89,1 millions de passagers accueillis en 2018, contre 67,9 millions pour l'ancien aéroport Atatürk d'Istanbul. Et si Turkish Airlines affiche plus de passagers et

¹⁹⁴¹ TREVIDIC Bruno, <https://www.lesechos.fr/industrie-services/tourisme-transport/turkish-airlines-veut-faire-distanbul-la-nouvelle-plaque-tournante-du-traffic-aerien-mondial-1138651> -Publié le 9 oct. 2019 et consulté le 01 juin 2020.

d'avions qu'Emirates, 40 % de son trafic provient de son réseau domestique, ce qui n'est pas le cas pour Emirates. En nombre de passagers internationaux et d'avions long-courriers, la compagnie dubaïote conserve l'avantage. Mais un an après son inauguration officielle et six mois après le transfert de la totalité des vols de l'ancien aéroport Atatürk, le gigantesque aéroport, grand comme deux fois Roissy-CDG, ce qui est déjà le plus grand aéroport du monde en superficie a accueilli en six mois 32 millions de passagers et quelque 200 000 vols. Les projections sont d'atteindre 70 millions de passagers pour la première année, pour une capacité de 90 millions de passagers en phase 1, soit la configuration initiale de l'aéroport sans les projets d'agrandissement, soit presque autant que Roissy-CDG. Le développement de cet aéroport comporte quatre phases alors que la première représente déjà un investissement de 7,5 milliards de dollars. À l'été 2020, une troisième piste devait entrer en service, pour réduire de 50 % le temps de roulage des avions de l'atterrissage aux terminaux. Ce temps est, rappelons-le, un des éléments d'engorgements des infrastructures et un problème important dans le confort des passagers qui peuvent être indisposés par une attente jugée trop élevée.

1491. Dans le même ordre d'idée, une autre amélioration est attendue. Il était prévu qu'à la fin 2020, l'aéroport serait relié au centre-ville par une première ligne de métro. Une deuxième ligne est prévue ultérieurement, ainsi qu'une ligne de train à grande vitesse, proposant une perspective de plurimodalité. Vers 2022, un deuxième terminal plus petit, ainsi qu'une quatrième piste et une troisième tour de contrôle, porteraient la capacité totale à 120 millions de passagers. Enfin, entre 2024 et 2028, une quatrième phase de travaux ajouterait un terminal et une piste de plus, pour atteindre les 200 millions de passagers. Ces orientations sont soumises au rétablissement du marché comme avant mars 2020. Ainsi, à l'instar de la remise en cause du développement d'ADP qui prévoyait une troisième piste à Roissy, la crise liée au virus SARS-CoV-2 (COVID-19) peut remettre en cause les ambitions des gestionnaires aéroportuaires. **On envisage alors un parallélisme des relations dans ce marché aérien, caractéristique du marché biface que l'on apprend encore à envisager dans toutes ses dimensions tant juridiques qu'économiques.** La logique du binôme entre compagnie aérienne et gestionnaire d'infrastructure tend à se poursuivre par la tentation d'une autre relation privilégiée est forte, celle entre l'industriel aéronautique et la compagnie aérienne.

B - La diplomatie aérienne civile

1492. Les relations glorieuses et anciennes entre les deux rives de l'atlantique nord, depuis le vol transatlantique de Charles Lindbergh le 21 mai 1927, n'ont pas évité le contentieux entre les deux concurrents aéronautiques, Boeing et Airbus, à propos d'une rivalité économique autant que d'un rapport de force diplomatique sur les différents marchés aériens mondiaux. Comme souvent, dans ce secteur, il peut être intéressant d'analyser un symbole pour comprendre les perspectives offertes. Conçu en 1969 et commandité par la PanAm, le Boeing 747 était « l'appareil de prestige » que toutes compagnies aériennes se devaient de posséder et que l'Europe devait concurrencer. Depuis la perte du quasi-monopole des États-Unis sur le marché des avions de plus de cent places dans les années 1970, Airbus et Boeing se sont affrontées sur le terrain judiciaire en s'accusant mutuellement de bénéficier de subventions illégales et de ne pas respecter un accord bilatéral signé entre les États-Unis et l'Union européenne (à l'époque C.E.E.) en 1992¹⁹⁴². Celui-ci encadrait les soutiens à la production et au développement d'avions, il prévoyait ainsi, sous son article 3, que « les parties n'accordent aucun autre soutien public direct que celui qui a déjà été fermement engagé pour la production d'aéronefs civils de grande capacité. », renvoyant l'idée que toute intervention de l'État faisait courir le risque d'une action déloyale, faussant ainsi la concurrence. Dès les premières années de la démonopolisation du transport aérien de passagers, la question de la loyauté est posée. La concurrence durable pouvait alors émerger de cette logique déjà ancienne.

1493. Ce n'est que le 15 juin 2021 que le vice-président exécutif de la Commission européenne, Valdis DOMBROVSKIS et la représentante américaine au commerce Katherine TAI sont parvenus à un accord sur les aéronefs civils gros porteurs¹⁹⁴³ mettant fin à un différend de près de 17 ans¹⁹⁴⁴. Le litige qui opposait les États-Unis et l'Europe, portait sur le commerce d'aéronefs civils gros porteurs, impliquant des mesures de rétorsions douanières

¹⁹⁴² Accord entre la Communauté économique européenne et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application au commerce des aéronefs civils de grande capacité de l'accord du GATT relatif au commerce des aéronefs civils du 17 octobre 1992.

¹⁹⁴³ Règlement d'exécution (UE) n°2021/1123 de la Commission du 8 juillet 2021 suspendant les mesures de politique commerciale concernant certains produits originaires des États-Unis d'Amérique instituées par le règlement d'exécution (UE) n°2020/1646 à la suite du règlement d'un différend commercial relevant du mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

¹⁹⁴⁴ Organisation mondiale du commerce, https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds316_f.htm - Consulté le 29 juin 2021.

afin de mettre fin aux subventions et les autres mesures compensatoires pratiquées des deux côtés de l'Atlantique. Cette affaire fut parfois en faveur de l'Union européenne et donna lieu à des contre-mesures¹⁹⁴⁵. Mais elle subit également des mesures prises à son encontre sur certains points de ce mégalitige. Cette alternance de conformations et de sanctions prises à son encontre a semblé donner raison aux tenants d'une nécessaire négociation bilatérale pour aboutir à un compromis acceptable sous l'égide l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Car avant cela, les tentatives de règlements du litige avaient amené à permettre aux deux camps d'imposer des tarifs douaniers à l'autre pour sanctionner des pratiques de financement public aux producteurs d'aéronefs civils gros porteurs que sont Airbus et son concurrent Boeing. Ces violations visaient des aides portant sur la recherche et développement (R&D) ou des aides spécifiques comme des allègements fiscaux spéciaux ou les commandes publiques militaires, autant de mesures susceptibles de porter atteinte à la loyauté des comportements de marché.

1494. Ainsi, fin 2019, les États-Unis ont été autorisés à appliquer des taxes douanières sur près de 7,5 milliards de dollars de biens et services importés. Dans une procédure miroir, l'OMC a permis à l'Union européenne, un an plus tard, d'imposer des droits de douane sur quatre milliards de dollars d'importations provenant des États-Unis. L'importance pour les États du respect de leur souveraineté se matérialise ainsi dans la sphère économique par la détermination de secteur dit « stratégique », non sans entraîner un débat quant à cette qualification, particulièrement dans le cadre européen. Dès lors, tandis que l'on évoque la notion de souveraineté et d'indépendance énergétique pour expliquer les retards pris dans la libéralisation de ce secteur, il y a dans le transport aérien une autre dimension extérieure forte : la diplomatie avec le reste du monde. Elle est représentée par une flotte d'avions aux couleurs nationales assurant des liaisons rapides et sûres depuis la capitale d'un État vers le reste du monde. Ce phénomène était particulièrement prégnant au sortir de la Seconde guerre mondiale et de la période de colonisation puis de décolonisation, pendant laquelle les nouveaux États souhaitaient absolument que leur nouveau pays puisse avoir une compagnie « porte-drapeau ». C'est dans cette logique, que la coopération entre opérateurs de l'industrie

¹⁹⁴⁵ Règlement d'exécution du 7 novembre 2020 (UE) n°2020/1646 relatif à des mesures de politique commerciale concernant certains produits originaires des États-Unis d'Amérique à la suite du règlement d'un différend commercial relevant du mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

aéronautique civile se bâtit à partir d'un axe franco-allemand. Le 29 mai 1969, un accord intergouvernemental institue une coopération dans laquelle les industriels français et allemands sont à parité. Le gouvernement espagnol se joint bientôt à l'accord, suivi plus tardivement, en 1979, par le gouvernement du Royaume-Uni. L'année 2000 voit une évolution considérable. Trois des industriels partenaires d'Airbus, le Français Aerospatiale, l'Allemand DASA et l'Espagnol CASA, qui avaient fusionné l'année précédente pour créer EADS, signaient, en juin 2000, un accord avec le Britannique BAE Systems pour rassembler tous les actifs industriels dans une société unique, Airbus S.A.S., qu'ils détiendront à hauteur de 80 % et 20 % respectivement. Concomitamment avec la concentration du marché aéronautique civil entre les mains de Boeing, la concurrence entre les sociétés Airbus et Boeing a reposé sur un double objectif, partagé par les compagnies aériennes qui poussent parfois au paradoxe. Il s'agit déjà d'assurer une homogénéité des flottes permettant une meilleure flexibilité dans la gestion des pilotes qui doivent être certifiés sur des niveaux techniques d'appareils, développer ainsi une expertise dans la maintenance de ces appareils, et de pouvoir offrir des services aéronautiques à d'autres compagnies en mutualisant les compétences. Il s'agit aussi et dans le même temps d'assurer, par la possibilité de choix entre fournisseurs, une négociation tarifaire et d'éviter une interdépendance trop forte entre client et fournisseur, renforçant l'idée d'une plus grande loyauté dans les relations commerciales et politiques.

1495. C'est donc une guerre, au fond, psychologique et juridique que se livrent les avionneurs lors de chaque commande d'avions par une compagnie aérienne ou une société de location d'avions, particulièrement lors des salons aéronautiques. Organisé tous les deux ans, le salon dit du Bourget a ainsi rassemblé, en 2019, 2 450 exposants qui ont recueilli pour 140 milliards de dollars de commandes passées, alors que le salon de Farnborough a, lors de son édition 2018, connu 192 milliards de dollars de commandes annoncées sur l'évènement. Lorsque l'on combine toutes les faces du marché du transport aérien de passagers, telle que l'orgueil national et la diplomatie aérienne, on ne peut s'étonner de lire, en 2013, que « Turkish Airlines impressionne ». La compagnie turque, là encore, met en lumière cette combinaison des objectifs. En pleine ascension commerciale, moins d'un mois après avoir commandé 117 Airbus pour 9,3 milliards de dollars au prix catalogue (dont trente-cinq options), elle annonçait avoir une nouvelle commande géante auprès de Boeing cette fois comportant soixante-dix B737 (pour 6,9 milliards de dollars) assortis de vingt-cinq options (2,5

milliards). Ces commandes traduisent ses ambitions, mais aussi, à l'époque, confirmaient pour quelques années encore, l'hégémonie de Boeing face à Airbus et l'ancrage plus fort vis-à-vis des États-Unis que de l'Union européenne. Après un bond de 20 % du trafic passager en 2012 (à près de 39 millions) qui a accompagné l'ouverture de trente-deux nouvelles lignes, l'objectif affiché en 2013 était de 46 millions. Cette tendance s'est confirmée avec le dynamisme de l'économie turque et l'activisme diplomatique. Ainsi, la croissance de son trafic en 2019 était encore 8 % pour atteindre plus de 70 millions de passagers transportés avec un taux de remplissage de 82 %¹⁹⁴⁶.

1496. En septembre 2017, Turkish Airlines confirmait sa relation avec l'industriel américain en annonçant son intention d'acheter quarante Boeing 787-9 pour une valeur estimée à 10,8 milliards de dollars américains au prix catalogue. Mais lorsque le 5 janvier 2018, Turkish Airlines et Airbus ont signé un accord pour la vente de vingt Airbus A350-900, cette information devait donner le signe d'une réorientation des choix d'équipements de Turkish consacrant la première place mondiale d'Airbus acquise depuis 2011, quand l'avionneur européen annonce trois commandes records en quantité et en compagnies symboles d'ouverture des marchés asiatiques et nord-américains, avec les commandes massives d'Indigo (180 avions), d'Air Asia (200 avions), puis American Airlines (260 avions, 130 A320 classiques et 130 NEO). **Ces faits montrent le jeu de nature géopolitique qui se joue entre les compagnies et les avionneurs.** Par ailleurs, au-delà de l'aspect quantitatif, les relations diplomatiques peuvent aussi avoir des incidences sur le développement et la promotion d'un type d'appareils, qui peut être un emblème industriel, porteur de prestige. Il en est ainsi, des négociations commerciales autour de commandes d'avions civils, comme l'A380 puisque c'est de cet avion dont il s'agit, en marge d'un accord avec l'armée qatarie, clientèle régulière de l'industrie d'armement française, et concomitantes de l'obtention de droit de trafic aérien vers Lyon et Nice en 2017 1947 par Qatar Airways. Ainsi, tous les attermolements autour de l'avenir de l'A380 ont montré le rôle essentiel des compagnies aériennes du Golfe persique dans la poursuite de ce programme. Seules ces compagnies ont été les principales clientes. Au

¹⁹⁴⁶ 87% en moyenne pour les compagnies historiques pour 93% pour les compagnies à bas coûts easyJet/Ryanair. Données, 2019, des compagnies aériennes.

¹⁹⁴⁷ Paul CHIAMBARETTO, Capital, février- mars 2017 <https://docplayer.fr/48170725-Transports-dossier-special-la-fantastique-histoire-des-et-comment-elle-a-faconne-nos-economies.html>

30 avril 2017¹⁹⁴⁸, 94 appareils Airbus A380 ont été livrés à Emirates, 19 à Singapore Airlines ou 10 à Qatar airways, contre 36 pour les trois compagnies majeures européennes sur un total livré de 210 appareils.

1497. Alors qu'Airbus annonçait, lors de la 17^e édition du Salon international de l'aéronautique et de l'espace, le 19 juin 2017 au Bourget, son intention de relancer l'A380 en concevant une version plus sobre de son super-jumbo et avec davantage de passagers, le scepticisme des analystes était de mise dès qu'Emirates émettait des réserves sur cette annonce. L'aviation commerciale s'est donc progressivement détournée des avions gros porteurs sophistiqués au profit d'avions plus petits, donnant le sentiment d'un premier échec majeur dans la stratégie de l'avionneur européen. Le choix de l'avionneur se révèle ainsi éminemment stratégique et participe d'une diplomatie des relations aériennes qui fait des États des acteurs clés de la protection de leur souveraineté nationale. La loyauté de la concurrence est alors un déterminant juridique majeur pour appréhender cette géopolitique par le droit tout en protégeant l'ensemble européen issu de la désétatisation initiée par l'Union pour « faire » l'Europe de l'aviation civile. Depuis cette nouvelle orientation des accords bilatéraux entre l'Union européenne et les États tiers, le Conseil a donné son feu vert, en juin 2021 à la signature d'accords de voisinage avec l'Ukraine, l'Arménie et la Tunisie – ainsi que d'un accord sur le transport aérien avec le Qatar¹⁹⁴⁹ sans pour autant évincer les accords bilatéraux qui perdurent, tels que ceux signés entre la France et l'Éthiopie, le Mozambique et le Costa Rica en juillet 2018¹⁹⁵⁰. **Il reste donc du chemin vers l'européanisation totale du transport aérien de passagers, sur sa façade externe, tant cette différence d'approche des États membres relève d'un rapport de force diplomatique dans les négociations bilatérales.**

1498. Pendant ce temps-là, sur le continent nord-américain, la concentration continue et porte ses fruits¹⁹⁵¹ et les relations entre les autorités de la concurrence des deux côtés de l'atlantique sont au beau fixe, car il semble bien que l'ennemi soit commun. En mai 2015, les

¹⁹⁴⁸ Source Airbus industries.

¹⁹⁴⁹ *Supra*, Conseil de l'Union européenne, décision du 28 juin 2021.

¹⁹⁵⁰ *Supra*, Loi n° 2020-85 du 5 février 2020 autorisant l'approbation des accords entre le Gouvernement de la République française et les Gouvernements de la République fédérale démocratique d'Éthiopie, du Costa Rica et de la République du Mozambique.

¹⁹⁵¹ *Supra*, Décision de la Commission du 23 mai 2013 de non-opposition dans l'affaire AT.39595 — Continental/United/Lufthansa/Air Canada).

majors américaines - American, Delta et US Airways¹⁹⁵² -, trois fois plus grosses que les trois plus grosses compagnies du Golfe réunies, demandaient à leur gouvernement de dénoncer l'accord de ciel ouvert signé en 1999. Les compagnies américaines les accusent d'avoir reçu 42 milliards de dollars de subventions étatiques au cours des dix dernières années. Ce qui leur aurait permis de passer de 12 % à 40 % de parts de marché sur le trafic entre les États-Unis, l'Inde et l'Asie du Sud-Est entre 2008 et 2014. Ce constat ainsi dressé rejoint celui des compagnies aériennes européennes. En effet, en France, en 2002 et 2006, le président d'Air France, **Jean-Cyril SPINETTA, dénonçait la concurrence des compagnies du Golfe en appelant l'Union européenne à mieux défendre son transport aérien par une concurrence équitable**¹⁹⁵³. Le mot « déloyale » n'était pas prononcé, mais on pouvait comprendre que les critiques formulées relevaient d'une mise en accusation de la fraude aux intérêts européens ainsi constituée. Celle-ci fut régulière et constante. Ce fut le cas lorsque les groupes Air France-KLM et Lufthansa adressèrent, en juin 2014, un courrier commun aux commissaires européens Siim KALLAS, chargé des transports, et Joaquin ALMUNIA, en charge de la concurrence.

1499. Dans cette lettre, que la presse a largement relayée, **Air France et Lufthansa invitaient la Commission à agir au plus vite contre les menaces qui pèsent sur les compagnies régulières** selon les deux entreprises, « la plus importante, c'est la croissance excessive des compagnies de pays tiers, soutenues par leurs gouvernements telles des industries stratégiques pour assurer le futur développement économique de leurs économies »¹⁹⁵⁴ Air France et Lufthansa y dénonçaient des pratiques qui ignorent les principes d'une concurrence loyale appelant à prendre toutes les mesures appropriées pour assurer le respect de règles du « jeu équitable ». À nouveau, le groupe Air France-KLM, associé à son homologue allemand de Lufthansa, demandait à l'UE d'établir « des règles de concurrence homogènes » avec les

¹⁹⁵² Depuis American et US Airways ont fusionné après que la Justice et l'administration américaine ont, en effet, annoncé, mardi 12 novembre 2013, avoir trouvé un accord avec les deux compagnies aériennes, autorisant de fait leur fusion.

¹⁹⁵³ Assemblée nationale, Rapport d'information du 6 décembre 2006 portant sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Pour une Europe en mouvement Mobilité durable pour notre continent, Examen à mi-parcours du Livre blanc sur les transports publié en 2001 par la Commission européenne, <https://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/europe/rap-info/i3503.pdf> - Consulté le 27 juin 2019.

¹⁹⁵⁴ DUTHEIL Guy, https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/06/21/air-france-klm-et-lufthansa-present-bruxelles-de-s-attaquer-aux-compagnies-du-golfe_4442794_3234.html - Publié le 21 juin 2014, consulté le 9 février 2022.

compagnies du Golfe¹⁹⁵⁵. Ceci rencontra une oreille plus attentive de la part l'UE. Lors du Conseil des ministres des Transports, vendredi 13 mars 2015, qui fut saisi par les ministres allemands et français que l'octroi de nouveaux droits de trafic aux compagnies d'États tiers soit conditionné au respect d'une concurrence équitable et assortie d'un véritable contrôle du mode de fonctionnement de ces compagnies. La reprise par les gouvernements des États membres des arguments de leurs compagnies aériennes fut le point de départ de la réforme¹⁹⁵⁶ de la réglementation alors en vigueur qui datait de 2004¹⁹⁵⁷.

1500. Il est vrai que le débat, à l'époque, pointait des paradoxes. Relevant l'argumentaire du réflexe national et pour appuyer leurs récriminations, Air France-KLM et Lufthansa rappelaient leur poids économique et social en Europe avec 180 millions de passagers transportés chaque année et plus de 200 000 salariés. Dans le même temps, les compagnies aériennes des Émirats arabes unis et du Qatar eurent beau jeu de rappeler qu'elles comptent parmi les meilleures clientes de l'avionneur européen Airbus et à ce titre, pourvoyeuses d'emplois industriels sur le territoire européen. Par ailleurs, contrairement à ce qui avait pu se passer aux États-Unis, l'appel d'Air France-KLM et de Lufthansa n'a pas fait l'unanimité. La société IAG, la maison mère de British Airways et Iberia, avait ainsi quitté l'Association des compagnies européennes (AEA) pour protester contre les positions jugées antilibérales des adversaires des compagnies du Golfe. Alitalia menaça, un temps, d'en faire autant. Ces débats, entre Européens et au-delà, rendaient plus que nécessaire l'actualisation de la réglementation afin d'envisager un cadre commun à ses relations diplomatiques aériennes. Ce fut chose faite, en 2019 lorsque l'Union européenne a renforcé ses exigences de loyauté envers les compagnies d'États tiers¹⁹⁵⁸, confirmant en cela, que la logique de « plus d'Europe » dans l'espace aérien des vingt-sept États membres confine aussi à une émergence d'une diplomatie

¹⁹⁵⁵ HIAULT Richard et TREVIDIC Bruno <https://www.lesechos.fr/2015/05/compagnies-du-golfe-les-raisons-de-la-colere-1106770> – Publié le 11 mai 2015, consulté le 9 février 2022.

¹⁹⁵⁶ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2017, Procédure législative ordinaire, Préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien 2017/0116(COD) [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2017/0116\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2017/0116(COD)) – Consulté le 27 juin 2019.

¹⁹⁵⁷ Règlement (CE) n°868/2004 du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non-membres de la Communauté européenne.

¹⁹⁵⁸ *Supra*, Règlement UE n°2019/712 « concurrence loyale dans le transport aérien »

aérienne de l'Union¹⁹⁵⁹ qui poussée par les États membres qui ne peuvent que se rendre compte que **dans la mondialisation actuelle, marquée par les crises à répétition et cumulatives, l'europanisation des accords aériens est un atout.**

§ 2 – La progressive intégration de la concurrence loyale par le droit européen

1501. Le respect des règles de l'honneur et de la probité apparaît comme une caractéristique commune à la plupart des définitions proposées du terme « loyal »¹⁹⁶⁰. La difficulté d'application de cette notion impose autant une bonne foi qui peut, en tant qu'elle, être érigée en un principe protecteur des compagnies aériennes « bonnes élèves » face à leurs concurrentes déloyales. Elle peut, tout autant, incorporer une dimension morale dans l'analyse, par le droit, des comportements des opérateurs juridiques. Cette dimension est complexe, en fait et en droit, d'autant qu'elle se trouve confrontée à des considérations d'aménagement du territoire quand elle est appliquée au secteur de l'aviation, lesquels peuvent troubler l'appréhension de cette bonne foi. Avec la succession des crises qui a fragilisé le secteur du transport aérien de passagers, l'argument d'une concurrence déloyale est pourtant régulièrement mis en avant par les compagnies aériennes européennes et plus largement occidentales, vis-à-vis des compagnies d'État tiers et singulièrement du Golfe persique, mais aussi, nous le verrons ultérieurement entre les compagnies universelles et les TBC (A). Car il en va, au fond, de la compétitivité du transport aérien¹⁹⁶¹, secteur économique en croissance confronté à de nombreux défis et qui repose sur plusieurs parties prenantes, telles que l'État, les prestataires de navigation aérienne, les compagnies aériennes et les aéroports, régulateurs. Ayant des objectifs contradictoires, le principe de loyauté pourrait paradoxalement permettre de trouver une logique d'ensemble à cette part de la régulation de la concurrence dans le transport aérien de passagers (B).

¹⁹⁵⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, La politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation - Anticiper les défis à venir COM/2012/0556 final du 27 septembre 2012.

¹⁹⁶⁰ Le considérant 4 de Règlement (UE) 2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004 évoque « l'égalité des chances et des conditions de concurrence équitables ».

¹⁹⁶¹ Cour des comptes, Rapport pour la commission des finances du Sénat, L'État et la compétitivité du transport aérien : un rôle complexe, une stratégie à élaborer, le 12 octobre 2016.

A - L'objectif affiché d'une plus grande loyauté avec les compagnies tierces

1502. Singulièrement, les conditions du développement spectaculaire des compagnies tierces font régulièrement l'objet d'interrogations. Ce fut le cas, quand la Commission européenne souligna notamment en 2012¹⁹⁶² et 2020 qu'aucune compagnie n'aurait pu se développer aussi vite dans des conditions normales d'exploitation. Ainsi, sur une période de dix ans, 2001-2011, les transporteurs aériens européens ont connu une augmentation annuelle de 0,2 % du trafic entre leurs bases et la zone de l'ASEAN. Dans le même intervalle de temps, la croissance du trafic sur ces mêmes routes, enregistrée par les trois grandes compagnies du Golfe (Etihad Airways, Emirates et Qatar Airways), a été soixante fois supérieure, avec plus de 12 % d'augmentation par an. Les structures de coût de ces trois opérateurs semblent plus basses que celles de leurs concurrents européens. Par exemple, British Airways et Virgin Atlantic accusent des coûts unitaires supérieurs d'environ 30 %, comparés à ceux des compagnies du Golfe. On peut citer, un autre exemple, la pratique de la Fédération de Russie, dont le système permet la facturation aux transporteurs européens de l'utilisation des voies aériennes sibériennes pour se rendre, plus rapidement, vers des destinations asiatiques. D'après une estimation¹⁹⁶³, les compagnies aériennes de l'UE ont dû payer plus de 300 millions d'euros par an le droit de survoler la Sibérie, somme attribuée aux compagnies aériennes russes.

1503. Face à ces pratiques étatiques, des États membres de l'UE, comme la France ou l'Allemagne, ont appuyé l'engagement, accentué en 2011, de la Commission afin de mettre un terme à un dilemme national en européanisant la réponse aux compagnies tierces. En effet, tandis que les compagnies aériennes historiques basées dans ces deux pays – les groupes Air France-KLM et Lufthansa – appellent de leurs vœux une protection contre les pratiques déloyales énoncées plus haut, des aéroports régionaux français et allemands, de leur côté, demandent une ouverture des marchés afin de bénéficier d'une plus grande connectivité avec des régions du monde auxquelles ils n'ont pas accès directement.

1504. La décennie 2010 fut donc riche de développement sur la question de l'intégration de la loyauté dans les relations aériennes internationales. Comme proposé dans la

¹⁹⁶² *Supra*, Communication de la Commission, La politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation ? Anticiper les défis à venir, 2012

¹⁹⁶³ *Id. idem*

communication de la Commission de 2012 concernant « La politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation »¹⁹⁶⁴ reprenant les conclusions du Conseil qui s'y rapportent, la Commission et les États membres ont élaboré conjointement une clause de concurrence loyale à inclure dans les accords de transport aérien conclus avec des pays tiers. Dans le même temps, la Commission entamait le réexamen du règlement n° 868/2004 sur les pratiques déloyales. L'année suivante, l'Assemblée de l'OACI en adopta le principe par une résolution dans laquelle la concurrence loyale est considérée comme un principe essentiel dans l'exploitation des services aériens internationaux. Ce faisant, l'OACI réaffirmait une valeur énoncée au préambule de la Convention de Chicago qui stipule que les services internationaux de transport aérien devraient être « établis sur l'égalité des chances ». Enfin, dans un effort de rapprochement des législations nationales et favoriser ainsi la sécurité juridique, l'OACI, en marge de cette résolution, publiait un appendice listant et comparant les définitions des pratiques anticoncurrentielles¹⁹⁶⁵, telles que la prédation ou les discriminations, et leur traitement dans les grandes régions aériennes. On pouvait ainsi y lire la confirmation que, comme la Commission l'énonce elle-même, **le cadre normatif de l'Union est un des plus complets et sans qu'il ne s'impose aux autres États, sa qualité doit pouvoir être un modèle dont il faut se rapprocher.**

1505. Face aux réticences de certains États d'intégrer une telle clause dans un accord de « ciel ouvert », l'initiative conjointe des ministres français et allemand au Conseil des transports, qui s'est tenu en mars 2015, a consisté à admettre qu'il était opportun de conditionner la libéralisation des services aériens à l'acceptation par les Émirats arabes unis et le Qatar d'une clause de concurrence loyale¹⁹⁶⁶ pour tenter de compenser un rapport de force très largement défavorable à l'Union européenne, si l'on en croit les derniers chiffres connus. Ainsi, sur la période 2004-2014, les taux de croissance annuels moyens du trafic de passagers entre l'UE et, respectivement, les Émirats arabes unis (EAU) et le Qatar sont de 15,9 % et 23,4 % quand 83 % des parts de marché étaient détenues en 2014 par les transporteurs

¹⁹⁶⁴ *Supra*, Communication de la Commission, La politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation – Anticiper les défis à venir, 2012.

¹⁹⁶⁵ OACI, conférence mondiale du transport aérien, Montréal mars 2013 https://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp004_fr.pdf - Consulté le 22 mai 2019.

¹⁹⁶⁶ DGAC, Ministère chargé des Transports, Aviation civile magazine, n° 379_Mars 2017

du Golfe pour les services réguliers de transport de passagers entre l'UE, les EAU et le Qatar¹⁹⁶⁷.

1506. Ces écarts importants se fondent non seulement sur un ensemble de disparités contextuelles et/ou stratégiques, mais aussi sur des pratiques déloyales issues de deux situations différentes qui peuvent se cumuler. Par exemple, pour les premières, il s'agit du fait que les transporteurs de ces régions ne sont pas soumis aux règles adoptées en Europe, notamment en matière sociale et environnementale, ou encore le fait que ces compagnies moyen-orientales disposent d'avions très récents, sources d'économies de maintenance et de consommation de carburant. Dans la seconde situation, les soupçons de concurrence déloyale à l'égard des compagnies du Golfe sont entretenus par l'absence de transparence financière de ces entreprises. Ces soupçons apparaissent clairement, début 2015, dans un rapport commandité par les grandes compagnies aériennes américaines selon lequel les trois principaux transporteurs du Golfe auraient perçu plus de 40 milliards de dollars d'aides d'État en moins de dix ans de la part des États qui les contrôlent. En ce qui concerne ces aides, même si la Commission européenne elle-même ne dispose pas de toutes les données susceptibles d'étayer son analyse, le même doute existe. Dès lors, la démarche de l'Europe vis-à-vis des Émirats arabes unis (EAU) et de l'État du Qatar dans les négociations de droits de trafic consiste donc à engager des négociations de nature à accroître la transparence et préserver une concurrence équitable et loyale dans le cadre d'une stratégie aux résultats équilibrés entre les parties prenantes. Cet exercice ne va pas sans crispations¹⁹⁶⁸.

1507. L'idée générale qui a présidé à la demande adressée par les ministres français et allemand au Conseil des transports, qui s'est tenu en mars 2015, a consisté à admettre qu'il était opportun de conditionner la libéralisation des services aériens à l'acceptation par les Émirats arabes unis et le Qatar, d'une clause de concurrence loyale. Une telle clause fut introduite dans l'accord entre la France et Oman d'août 2015, en contrepartie d'une augmentation de la fréquence de ses vols hebdomadaires. Oman fut donc le premier État du Golfe à souscrire à une telle clause.

1508. Dans ce mouvement ainsi initié, la Commission européenne a publié, le 7 décembre 2015, une communication porteuse d'une nouvelle stratégie de l'aviation pour l'Europe à

¹⁹⁶⁷ Données fournies par la Commission européenne et le Conseil de coopération du Golfe, octobre 2014.

¹⁹⁶⁸ *Supra*, DGAC, Ministère chargé des Transports, 2017.

l'horizon 2020 en tant que l'une des initiatives annoncées dans le programme de travail de la Commission pour 2015¹⁹⁶⁹. Dans ce document, elle liste un certain nombre d'actions à mener qui, entre autres choses, régulent l'accès au marché et visent à rétablir des conditions de concurrence loyale entre les compagnies aériennes des États membres de l'Union européenne (UE) et celles des pays tiers. La raison d'être de cette communication se fonde sur les difficultés des compagnies aériennes européennes dont la rentabilité est amoindrie alors que le transport aérien est une industrie en croissance. La stratégie globale pour l'aviation vise donc à créer les conditions d'une croissance rentable des différents acteurs de l'aviation. Parmi les actions énoncées figure l'octroi à la Commission européenne de nouveaux mandats de négociation d'accords de services aériens dont, fait notable, avec les dix États de l'ASEAN, les six États du Conseil de coopération du Golfe. Pour ce qui concerne l'Asie du Sud-Est, dans les conclusions qu'il avait adoptées en décembre 2012, le Conseil des transports avait lancé l'idée de la mise en place d'un groupe de travail sur l'aviation avec les dix États de l'ASEAN. Ces pays étaient prêts à travailler à l'élaboration d'un accord avec l'UE et à y inclure des dispositions sur la concurrence loyale. Or, **dans la mesure où l'Europe cherche à rétablir la connectivité directe entre elle et plusieurs destinations asiatiques, il est apparu que ces bonnes dispositions pouvaient servir les intérêts européens en favorisant le développement du trafic aérien**, dont une partie est aujourd'hui captée par les transporteurs du Golfe. Ce sont des objectifs qui sont actuellement repris dans la proposition d'accord qui a été présentée en mai 2022¹⁹⁷⁰, mais assortis d'une plus grande considération pour les questions environnementales, comme l'indique la recherche d'une « efficacité de connexion » par l'évitement de correspondances et le développement de liaisons directes.

1509. Le cas de la Turquie, bien qu'il s'agisse d'un État du voisinage de l'Europe, est appréhendé d'une façon assez proche de celle des compétiteurs du Golfe, dans la mesure où la compagnie Turkish Airlines est un transporteur dynamique et également bien placé pour capter du trafic entre l'Europe et l'Asie, notamment l'Asie du Nord-Est. Cependant, en ce qui concerne les pays proches, les États européens signent des accords aériens particuliers, car

¹⁹⁶⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, Une stratégie de l'aviation pour l'Europe COM/2015/0598 final du 7 décembre 2015.

¹⁹⁷⁰ Proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union, de l'accord global dans le domaine du transport aérien entre les États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part COM(2022) 194 final du 6 mai 2022.

ceux-ci prévoient la reprise de la réglementation européenne en matière de sécurité, de sûreté, de navigation aérienne, de systèmes informatiques, pour que les modèles normatifs se rapprochent. Le 7 juin 2016, sur l'ensemble des mandats de négociation sollicités par la Commission, quatre lui ont été accordés par le Conseil des transports pour les EAU, le Qatar, l'ASEAN et la Turquie. Ce résultat est le fruit de la demande portée conjointement par la France et l'Allemagne depuis le Conseil de mars 2015. Et pour la première fois, ces mandats ont été dotés d'une durée de vie limitée, à trois ans pour les EAU et le Qatar, à quatre ans pour l'ASEAN et la Turquie. Ces techniques sont autant une façon d'apaiser les réticences de quelques États européens à déléguer leur pouvoir de négociation que d'inciter la Commission à mener les discussions à un rythme soutenu. En complément, les deux ministres ont plaidé pour une réforme du règlement n° 868/2004 pour que l'Union européenne puisse disposer d'un outil juridique solide et efficace afin de garantir le respect d'une concurrence équitable dans le transport aérien. Le rejet de comportements contraires « aux lois de l'honneur et de la probité » devait s'en trouver formalisé, ce qui permet, conséquence fondamentale, d'en sanctionner la méconnaissance.

1510. **Sous cet angle plus technique, et propre au langage juridique, la loyauté est proche de la bonne foi**¹⁹⁷¹. Elle pourrait être qualifiée de bonne foi objective ou de comportement honnête, souvent opposée à la bonne foi subjective ou à la croyance erronée. La bonne foi présente en effet ces deux facettes : l'une, objective, qui impose un comportement dans un esprit d'honnêteté et de sincérité, l'autre, subjective, qui matérialise une fausse représentation de la réalité. Le devoir de loyauté exclurait donc toute intention malveillante, ce qui permettrait de le distinguer des arguments moraux. Les accords sont ensuite négociés pour garantir une loyauté qui est essentiellement fonction de la situation politique de la compagnie tierce. Cette dimension politique est patente en France, puisque la DGAC est compétente pour négocier des accords aériens avec le plus souvent le soutien diplomatique du ministère des Affaires étrangères :

« nous sommes le point de contact au sein du ministère sur ces questions, en tant qu'interlocuteurs de la DGAC et des ambassades dans les pays concernés par l'accord aérien. Nous intervenons en

¹⁹⁷¹ MAGNON Xavier, *La loyauté : aspects institutionnels - Dossier spécial : La loyauté en droit de l'Union européenne*, Revue des Affaires Européennes, Law & European Affairs, 2, 2011. p. 245-251.

*fonction du degré de sensibilité dudit accord. Dans certains cas, nous allons jusqu'à participer aux négociations*¹⁹⁷² ».

1511. L'accord aérien fixe donc le cadre juridique de l'octroi et de l'exercice des droits de trafic. L'arsenal juridique international à la disposition des parties contractantes permet, à chaque fois que le dialogue s'engage, d'aboutir à des solutions différentes, mais qui doivent être satisfaisantes pour toutes les parties. Lorsqu'une négociation est ouverte, la proposition d'un accord inclut des dispositions largement inspirées de celles de la Convention de Chicago et de ses annexes, mais aussi des éléments de la réglementation européenne en ce qui concerne le droit à la concurrence et comprend, plus particulièrement, une clause de concurrence loyale. Ces accords de services aériens sont des traités destinés à définir l'ensemble des conditions dans lesquelles les liaisons aériennes peuvent être réalisées. Au niveau européen, ces accords procèdent d'une compétence mixte : certaines de leurs dispositions (comme en matière de droit de la concurrence) renvoient à une compétence exclusive de l'UE, tandis que d'autres, comme celles relatives à l'accès aux marchés (octroi des droits de trafic), relèvent encore des États ou de la DG Transport et Mobilité sous l'égide du SEAE. En obtenant des mandats de négociation, la Commission européenne se propose donc d'agir à la fois au nom des États membres et au nom de l'UE. À l'origine de cette demande, la stratégie des compagnies du golfe Persique, qui voulant sortir d'un marché national restreint, fondent leur développement sur leurs plateformes de correspondance entre de nombreuses villes d'Europe et l'Asie du Sud et du Sud-Est, voire l'Océanie et l'Afrique orientale. Elles captent ainsi un important trafic entre l'UE et ces régions du monde, au détriment des services directs et des transporteurs européens, ce qui menace la connectivité de l'UE.

*« L'idée générale qui a présidé à la demande adressée par les ministres français et allemand au Conseil des transports européen, qui s'est tenu en mars 2015, a consisté à admettre qu'il était opportun de conditionner la libéralisation des services aériens à l'acceptation par les Émirats arabes unis et le Qatar d'une clause de concurrence loyale »*¹⁹⁷³

expose Philippe GRATADOUR sous-directeur de l'Europe et de l'international à la Direction du transport aérien (DTA) de la DGAC.

¹⁹⁷² MARCHISIO Stephen, sous- directeur du soutien aux secteurs stratégiques à la direction des entreprises, de l'économie internationale et de la promotion du tourisme du ministère des Affaires étrangères et du développement international (MAEDI) 2016.

¹⁹⁷³ *Supra*, DGAC, Ministère chargé des Transports, 2017.

1512. **La clause de concurrence loyale fait partie des dispositions que les États, ou l'Union peuvent adopter afin de définir les pratiques déloyales pour éviter les comportements déloyaux.** Elle peut aussi prévoir un mode de règlement de tout litige éventuel. Cette clause type élaborée au niveau européen est systématiquement négociée dans les accords¹⁹⁷⁴. Elle vise donc à éviter toute distorsion dans la concurrence à laquelle se livrent les compagnies aériennes sur les marchés concernés par ces accords. Elle énonce les principes de base que doivent respecter les parties concernées par l'accord et leurs compagnies, afin d'assurer un cadre concurrentiel équitable pour les entreprises de transport aérien. Elle définit les pratiques considérées comme déloyales, en particulier les aides publiques indues reçues par des exploitants aériens comprenant les subventions publiques, les facilités bancaires avec des taux d'intérêt faibles ou nuls, les exemptions de charges ou de taxes aéroportuaires. L'une des conditions nécessaires à sa mise en œuvre est que les compagnies aériennes publient leurs comptes en toute transparence, selon les normes internationales. Il existe une base juridique interne pour justifier cette nécessité de transparence, à savoir la directive n° 2006/111/CE¹⁹⁷⁵ « transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques » qui semble avoir fortement inspiré la volonté de transposer aux États tiers, la réglementation qui s'impose déjà aux États membres, tant « en matière d'entreprises publiques, cette transparence doit permettre de distinguer clairement entre le rôle de l'État en tant que pouvoir public et en tant que propriétaire » comme évoqué dans le considérant n°8.

1513. Enfin, la clause précise la manière de contrôler que les règles du jeu sont respectées et les mesures qui peuvent être prises dans le cas contraire – cela peut aller jusqu'au retrait des droits de trafic, perspective très dissuasive pour les compagnies tierces. L'exemple de la négociation, en 2015, entre la France et le Sultanat d'Oman illustre l'orientation prise puisque cet État tiers fut le premier des six États du Golfe à accepter une telle clause. Parmi les préoccupations du ministère français des Affaires étrangères, le développement du tourisme tenait une place prééminente dans la politique plus large de renforcer l'attractivité du

¹⁹⁷⁴ DGAC, Ministère chargé des Transports, note d'analyse, 2016, <https://www.ecologie.gouv.fr/it/node/68>.

¹⁹⁷⁵ *Supra*, Directive n°2006/111/CE du 16 novembre 2006.

territoire national et aussi dans une certaine compétition européenne pour rester l'un des points majeurs d'entrée dans l'UE¹⁹⁷⁶.

1514. La clause de concurrence loyale permet aussi d'inclure des questions d'aménagement du territoire. La question de la connectivité des aéroports métropolitains ou de ceux situés outre-mer renvoie, en effet, à la fois au rôle de la plateforme de correspondances que constitue l'aéroport de Paris/Charles-de-Gaulle, mais aussi à celui des aéroports régionaux français. En reprenant le cas du secteur touristique, dont on voit bien à l'heure actuelle l'importance cruciale pour l'économie européenne, les discussions bilatérales avec les autorités chinoises, tant avant qu'après le confinement dû au SARS-CoV-2, montraient toute la complexité du dossier. L'intérêt pour le gouvernement français de susciter l'augmentation du nombre de touristes chinois désireux de visiter la France, puis de faciliter leur retour à un certain stade, ne peut pas s'envisager avec le seul point d'entrée de Paris/Charles-de-Gaulle. Il est nécessaire d'assurer la connectivité et donc la capacité de rayonnement sur le territoire européen, ce qui impose donc à la fois que les infrastructures, notamment régionales, et, le cas échéant, les droits de trafic accordés, le permettent. Ce qui rappelle que si l'importance du hub parisien est indispensable à la connectivité de la France – Paris/Charles-de-Gaulle tient un rang élevé dans les classements internationaux et contribue à la connectivité directe de la France –, son développement ne peut que se faire qu'avec des opportunités économiques pour les régions et leurs aéroports. Il serait alors intéressant qu'une véritable ligne de conduite acceptée par tous plutôt des études au cas par cas, soit mise en place et intégrée à toutes les négociations à venir.

1515. Toujours est-il qu'en pratique, il s'avère que la DGAC, dans la conduite des négociations de droits de trafic, veille à favoriser le développement d'une desserte équilibrée du territoire national. Elle prend en compte l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes, notamment les aéroports régionaux. Ces derniers bénéficient d'un espace aérien européen libéralisé et, par conséquent, d'accès à tous les aéroports pivots européens. En outre, ils profitent des accords aériens signés par l'Union européenne avec des États tiers, qu'il s'agisse des pays du voisinage ou des partenaires clés, en général très libéraux en matière de droits de

¹⁹⁷⁶ Colloque DGAC-CSAC du 4 mai 2015, D'une concurrence réglementée à une concurrence loyale, actes à l'adresse https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/SDE1 - 2078h - Actes colloque DGAC-CSAC_04mai2015.pdf - Consulté le 20 février 2020.

trafic. Dans certains cadres bilatéraux établis par la France avec des pays tiers, ils jouissent même de l'absence de toute restriction de droits de trafic, comme c'est le cas, par exemple, avec le Mexique ou le Japon. Ces éléments du cadre normatif ne sont cependant pas les seuls à même pour assurer une répartition, la plus harmonieuse, du trafic sur un territoire. La connectivité des aéroports régionaux est certes assurée, mais la disponibilité de droits de trafic n'est pas suffisante pour convaincre une compagnie aérienne, française ou étrangère, d'ouvrir une liaison régulière depuis ou vers un aéroport régional tant la demande de trafic doit être suffisante pour rendre cette liaison rentable. En effet, dans ce débat portant sur la mise en œuvre d'un marché du transport aérien international loyal, il résulte d'une volonté de combiner les considérations portant sur l'aménagement du territoire, les questions environnementales, enfin l'objectif d'éviter une concurrence sociale¹⁹⁷⁷, même s'il existe une contradiction apparente. La position des compagnies aériennes européennes est ainsi de restreindre autant que possible les droits de trafic pour les compagnies du Golfe, alors que les aéroports régionaux, et donc les territoires, réclament cet accès aux destinations internationales.

1516. Les contours de la loyauté seront ainsi rappelés au considérant 4 du règlement UE n°2019/712, réformant le règlement n° 868/2004. Ce texte « garantit l'égalité des chances et des conditions de concurrence équitables pour les transporteurs aériens de l'Union et les transporteurs aériens de pays tiers qui opèrent dans l'Union¹⁹⁷⁸ ». Cette avancée significative n'atténue pas pour autant la spécificité du transport aérien de passagers. Dans le cadre du droit international, l'OACI n'ayant édicté aucune réglementation multilatérale spécifique et que par ailleurs, les services de transport aérien de passagers ne sont pas inclus dans les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) lors de l'accord de Marrakech, les États sont confortés dans leur souveraineté et l'application de celle-ci au travers de la diplomatie aérienne civile. Cependant, la montée en puissance du régionalisme économique au sein même de l'OMC, singulièrement celui de l'Union européenne¹⁹⁷⁹, s'est accompagnée, en ce qui concerne notre étude, d'une européanisation de la question aérienne tant en interne

¹⁹⁷⁷ *Supra*, La Grande Transition, Les Liens qui libèrent, page 178, 2020 ainsi que l'annonce protocole CEDH Résolution 2396 (2021) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

¹⁹⁷⁸ Règlement (UE) n°2019/712 du 17 avril 2019 du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

¹⁹⁷⁹ BUSSIERE Éric, Régionalisme européen et mondialisation, *Les cahiers Irice*, vol. 9, n°. 1, 2012, pp. 5-10.

qu'en externe, faisant de la Commission européenne la nouvelle interlocutrice des accords aériens et, dès lors, lui donnant un rôle majeur dans la promotion de la loyauté des relations commerciales entre compagnies aériennes.

B – L'amélioration de la réponse juridique, une possible précision de la loyauté par le droit

1517. Le premier pas avait été l'adoption du règlement (CE) n° 1008/2008 en procédant à une refonte pour une consolidation en un seul texte des règles européennes. Il s'agissait de pouvoir conforter le cadre normatif européen afin d'en faire « un modèle » qui puisse faire l'objet d'intégration, ou pour le moins d'un rapprochement avec la législation des États tiers, en tout cas de base pour la nouvelle approche de la loyauté dans les relations aériennes extérieures, annoncée dès mars 2005 dans la communication « Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté »¹⁹⁸⁰. Ainsi, en actualisant les normes en matière de licences des transporteurs aériens, d'accès de ces derniers aux liaisons aériennes intracommunautaires et de tarifs des passagers et de fret des services aériens, puis en adoptant la réforme du droit des aides d'État appliquée aux aéroports, l'UE assurait la sécurité juridique du secteur aérien en interne et pouvait envisager de réformer sa législation quant à sa façade externe. À partir de l'ensemble des considérations, exprimées par tous les agents, l'amélioration de la réponse juridique a abouti en 2018 en reconnaissant le rôle central de la Commission pour assurer une procédure unique¹⁹⁸¹ applicable tant aux accords globaux au niveau de l'UE qu'aux accords bilatéraux dans le secteur des transports aériens conclus entre des pays de l'UE et des pays tiers. La Commission fut ainsi habilitée à ouvrir une enquête et à adopter des mesures de réparation si une pratique faussant la concurrence causait un préjudice à un transporteur aérien de l'UE ou représentait une menace claire de préjudice.

1518. Vis-à-vis des États tiers, la Commission a tenté un certain nombre d'adaptations du cadre juridique européen¹⁹⁸² à partir de la jurisprudence de la La Cour de justice de 2002, qui

¹⁹⁸⁰ Communication de la Commission, Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté COM(2005) 79 final du 11 mars 2005.

¹⁹⁸¹ Conseil européen, Analyse du texte de compromis final en vue d'un accord, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au maintien de la concurrence dans le domaine du transport aérien, abrogeant le règlement (CE) n°868/2004, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15115-2018-REV-1/en/pdf>

¹⁹⁸² Règlement (CE) n°868/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens

considérait comme « contraires aux traités européens les clauses de nationalité qui réservaient les droits de trafic aux compagnies nationales des pays concernés ». Le juge participait ainsi à l'affermissement d'une politique extérieure européenne dans le domaine du transport aérien, ce que la Commission ne pouvait ne pas souligner¹⁹⁸³ puis reprendre à son compte¹⁹⁸⁴. Dans cette perspective, la Commission se devait d'être à la hauteur de la tâche. Elle put ainsi, en faisant le bilan critique lors d'évaluation prospective¹⁹⁸⁵ ou de proposition pour l'adaptation du cadre normatif¹⁹⁸⁶, affirmer l'inefficacité des mesures engagées précédemment. Cela ne pouvait amener qu'à l'adoption, en 2019, d'une nouvelle législation qui s'est voulue d'emblée plus efficace, comme si la première législation n'avait été qu'une mise en œuvre trop prudente, rappelant au passage que « il est à la fois important et légitime que l'UE soit en mesure d'agir efficacement au niveau international pour préserver la compétitivité des compagnies aériennes de l'UE contre la concurrence et/ou les pratiques déloyales quelle que soit leur origine »¹⁹⁸⁷.

1519. Puisque la compétence de la Commission européenne est reconnue dans la négociation d'accords aériens avec des États tiers extraeuropéens depuis l'émergence de la politique extérieure européenne¹⁹⁸⁸ issue de la jurisprudence de la Cour de novembre 2002¹⁹⁸⁹, les États membres vont octroyer les mandats demandés pour de plus en plus de mandats de négociations au niveau de l'Union. **La Commission va imprimer dans sa pratique, sa vision de la loyauté.** La négociation d'accords globaux de transport aérien lui permet de renforcer la protection du consommateur, lequel a le droit de choisir son transporteur¹⁹⁹⁰. Le

communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non-membres de la Communauté européenne

¹⁹⁸³ Commission européenne, Communiqué de presse IP/02/1609 du 5 novembre 2002, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/document/ip_02_1609%2FIP_02_1609_FR.pf – Consulté le 20 janvier 2019.

¹⁹⁸⁴ *Supra*, Communication, Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté du 11 mars 2005.

¹⁹⁸⁵ *Supra*, Communication, La politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation — Anticiper les défis à venir du 27 septembre 2012.

¹⁹⁸⁶ Proposition COM(2017) 289 final de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

¹⁹⁸⁷ Règlement (UE) n°2019/712 du 17 avril 2019 du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

¹⁹⁸⁸ *Supra*, Communication du 27 septembre 2012.

¹⁹⁸⁹ *Supra*, Arrêts dits « ciels ouverts » de la Cour dans les affaires C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 et C-476/98 du 5 novembre 2002.

¹⁹⁹⁰ Communication de la Cour des comptes au Sénat de septembre 2016 puis position de la DGAC mars 2017.

premier intérêt ainsi protégé, dit offensif, suppose que l'octroi de larges droits de trafic apporte de réels avantages économiques, pour le secteur aérien comme pour l'économie française et européenne. L'accord de « ciel ouvert » avec le Maroc fut en 2006 et fut le premier de ce genre. Il favorise les déplacements touristiques¹⁹⁹¹ et les échanges économiques, notamment l'implantation sur le sol marocain d'entreprises industrielles. Le second, dit défensif, vise à assurer les conditions d'un fonctionnement du marché équitable pour tous les acteurs, à travers certaines clauses, en particulier celle qui concerne la concurrence loyale, désormais intégrée dans toutes les négociations européennes. De plus, dans les négociations avec ses voisins, l'Union envisage aussi l'objectif d'une harmonisation de leur réglementation, sur la base du droit européen, ce qui contribue selon l'UE à l'établissement d'un cadre concurrentiel global et équitable.

1520. L'Union européenne a ainsi conclu des accords aériens avec le plus grand nombre de ses voisins, ces accords visant en général à diffuser dans ces pays les normes et règles européennes en contrepartie d'un accès des compagnies locales au marché européen. De tels accords ont été signés avec le Maroc (2006), la Géorgie et la Jordanie (2010), la Moldavie (2012) et Israël (2013) ; d'autres ont été signés avec l'Ukraine (2013), l'Arménie et la Tunisie (2017). Par ailleurs, en 2006, un accord multilatéral a été conclu avec les six pays des Balkans occidentaux (candidats à l'adhésion européenne) et l'Islande et la Norvège, accord qui peut s'analyser comme une extension du marché intérieur européen. En 2012, le lancement des négociations avec les pays membres de l'Association des nations d'Asie du Sud-Est (ANASE/ASEAN), fut la première négociation de « bloc-à-bloc » de l'Union européenne dans le domaine du transport aérien. Elles évoquent aussi, par l'importance des marchés en cause, le mandat donné, par le Conseil des transports de 2003, à la Commission pour ouvrir des négociations avec les États-Unis et trouver avec eux un accord appelé à se substituer aux accords bilatéraux existants avec les États membres. **Ce nouveau niveau de négociation visait l'objectif d'une application uniforme, et la plus large possible, de la loyauté ainsi fixée par le droit de l'Union.**

¹⁹⁹¹ Sur l'année 2019, le pays annonce en effet un total de 13 millions de visiteurs, un chiffre en hausse de 5,2% par rapport à l'année précédente. Le volume des nuitées dans les établissements classés a également augmenté de 5%, pour atteindre les 25,2 millions de nuitées. La hausse est aussi significative du côté des recettes touristiques, qui atteignent les 78,6 milliards de dirhams (7,41 milliards d'euros), contre 73,04 milliards de dirhams (6,89 milliards d'euros) une année auparavant. Source Office du tourisme marocain.

1521. À l'origine de ce projet d'accord entre l'ASEAN et l'UE¹⁹⁹², il y avait la stratégie des compagnies du golfe Persique qui, parce qu'elle opère depuis un marché national restreint, fondent leur développement sur leurs plateformes de correspondance (hubs) entre de nombreuses villes d'Europe et l'Asie du Sud et du Sud-Est, voire l'Océanie et l'Afrique orientale. Elles captent ainsi un important trafic entre l'UE et ces régions du monde, au détriment des services directs et des transporteurs européens, ce qui menace à terme la connectivité de l'UE. **Ainsi, l'action de la Commission européenne est double.** En complément de la négociation d'accords aériens visant à faire accepter une telle clause, elle entame la révision du règlement européen n° 868/2004. Adopté historiquement à la suite du versement par l'État fédéral américain de subventions massives à des compagnies établies sur son sol au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, ce règlement vise essentiellement à empêcher des pratiques tarifaires déloyales comme le *dumping*, autrement dit une tarification basse censée attirer artificiellement la clientèle et permettre de revenir rapidement sur le marché.

1522. Pour ce qui concerne l'Asie du Sud-Est, dans ses conclusions qu'il avait adoptées en décembre 2012, le Conseil des transports européen avait lancé l'idée de la mise en place d'un groupe de travail sur l'aviation avec les dix États de l'ASEAN. Ces pays étaient prêts à travailler à l'élaboration d'un accord avec l'UE et à y inclure des dispositions sur la concurrence loyale. Or, dans la mesure où l'Union cherche à rétablir la connectivité directe entre elle et plusieurs destinations asiatiques, il est apparu que ces bonnes dispositions pouvaient servir les intérêts européens et qu'il était alors nécessaire de les étendre le plus possible à l'ensemble des négociations en cours et à venir, afin d'établir une politique générale de loyauté dans le transport aérien de passagers vers et depuis les États tiers. Ainsi, le cas de la Turquie, bien qu'il s'agisse d'un État du voisinage de l'Europe, est appréhendé d'une façon assez proche de celle des compétiteurs du Golfe, dans la mesure où la compagnie Turkish Airlines est un transporteur très dynamique et également bien placé pour capter du trafic entre l'Europe et l'Asie, notamment l'Asie du Nord-Est. Cependant, en ce qui concerne les pays proches, les

¹⁹⁹² Le 6 mai 2022, la Commission européenne a présenté une proposition de Décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union, de l'accord global dans le domaine du transport aérien entre les États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *supra*, Proposition de décision du Conseil concernant « l'accord global dans le domaine du transport aérien entre les États membres de l'Association des nations de l'Asie du SudEst », COM (2022) 194 final du 6 mai 2022.

États européens signent des accords aériens particuliers, car ceux-ci prévoient la reprise de la réglementation européenne en matière de sécurité, de sûreté, de navigation aérienne, de systèmes informatiques de réservation avec des dispositions appréhendant le risque de *dumping social*. **L'attractivité du marché intérieur des transports aériens est plus forte et facilite d'autant l'acceptabilité politique d'une clause préservant la concurrence loyale.**

1523. Le 7 juin 2016, sur l'ensemble des mandats de négociation demandés par la Commission, quatre lui ont été accordés par le Conseil des transports européen, visant les EAU, le Qatar, l'ASEAN et la Turquie. Ce résultat avait été le fruit de la demande portée conjointement par la France et l'Allemagne depuis le Conseil de mars 2015. Pour la première fois, ces mandats ont été dotés d'une durée limitée à trois ans pour les EAU et le Qatar, à quatre ans pour l'ASEAN et la Turquie. Une façon d'apaiser les réticences de quelques États européens à déléguer leur pouvoir de négociation et d'inciter la Commission à mener les discussions à un rythme soutenu. Enfin, le 8 juin 2017, la Commission européenne a annoncé qu'elle souhaitait concrétiser sa stratégie de l'aviation pour l'Europe en adoptant une série de mesures destinées à renforcer le soutien à la mise en place de marchés de l'aviation ouverts et connectés dans l'Union européenne et au-delà. Ces initiatives¹⁹⁹³ visent à préserver la concurrence et la connectivité dans le secteur du transport aérien, à faciliter l'investissement dans les compagnies aériennes européennes et à améliorer l'efficacité et la connectivité dans l'espace aérien européen. Et d'en faire l'application lors des négociations avec la Tunisie en vue d'un nouvel accord aérien en revendiquant l'objectif que « L'aviation européenne, qui est un puissant moteur de création d'emplois, de croissance économique et d'échanges commerciaux, en sortira renforcée. Mettre en place des marchés de l'aviation ouverts et connectés permet de faire baisser le prix des vols et d'étoffer l'offre de destinations à travers le monde. »¹⁹⁹⁴

¹⁹⁹³ Ainsi, les textes combinés : Communication de la Commission européenne, Aviation : une Europe ouverte et connectée, COM(2017) 286 final du 8 juin 2017 ; Proposition de règlement visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004, COM(2017) 289 final du 8 juin 2017 ; Document de travail sur des pratiques facilitant la continuité de la gestion du trafic aérien, SWD(2017)207 final du 8 juin 2017 ; Lignes directrices relatives au règlement (CE) n°1008/2008 sur les règles en matière de propriété et de contrôle des transporteurs aériens de l'UE, enfin des Lignes directrices relatives au règlement (CE) n°1008/2008 sur les obligations de service public.

¹⁹⁹⁴ BULC Violeta, commissaire européenne aux Transports au sein de la commission Juncker de 2014 à 2019 https://www.eeas.europa.eu/node/37135_en - Consulté le 07 juin 2019.

1524. Dès lors, **la révision du règlement n° 868/2004, aboutie en 2019, devait concrétiser cette volonté d'engager l'Union européenne dans la compétition aérienne mondiale**, que des évènements internationaux avaient mis à mal. Adopté à la suite du versement par l'État fédéral américain de subventions massives à des compagnies établies sur son sol au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, le règlement n° 868/2004 vise essentiellement à empêcher des pratiques tarifaires déloyales comme le *dumping*, autrement dit une tarification basse censée attirer artificiellement la clientèle et permettre de revenir rapidement sur le marché. Ce règlement établissait la possibilité d'imposer des mesures de réparation quand des transporteurs aériens non communautaires reçoivent des subventions directes ou indirectes ou quand ils ont des pratiques tarifaires déloyales sur une ou plusieurs routes à destination ou en provenance de l'Union, causant ainsi préjudice à l'industrie européenne. Ces mesures prennent de préférence la forme de taxes et sont imposées par règlement et mises en œuvre par les États membres. Selon ce règlement, une subvention existe si les pouvoirs publics, un organisme régional ou un autre organisme public accordent une contribution financière qui confère un avantage économique. Elle pouvait prendre principalement les formes de dons, de prêts, de participations au capital social, de transferts directs potentiels de fonds, d'une reprise de son passif ou de fourniture des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale ou leur achat par d'un organisme public. Pour être passibles des mesures de réparation, les subventions doivent être spécifiques à une industrie ou à un groupe d'entreprises ou d'industries relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention. On reconnaît la projection de la notion européenne d'aide d'État sur la façade externe de l'UE.

1525. Le règlement reprend ensuite la définition des droits *antidumping* pour définir la pratique tarifaire déloyale, qui existe donc lorsque les transporteurs aériens non européens bénéficient d'un avantage non commercial et pratiquent des tarifs suffisamment inférieurs pour causer un préjudice aux services communautaires aériens similaires. Le règlement établit les éléments à prendre en compte pour faire la comparaison des tarifs. Préalablement à l'ouverture de la procédure, il doit être démontré avec des faits précis qu'il existe un préjudice. Sa détermination doit être fondée sur des éléments de preuve positifs et comporte un examen du niveau des tarifs pratiqués et de leur incidence sur les tarifs communautaires ainsi que de l'incidence de ces services de transport aérien sur l'industrie européenne. Une enquête est

ouverte sur la base d'une plainte déposée par écrit au nom de l'industrie communautaire ou à l'initiative de la Commission, offrant une palette de mesures, comme des mesures provisoires pour une action rapide afin de faire cesser le préjudice subi par l'Union ou la décision de rendre contraignants des engagements pris pour éliminer les subventions publiques ou réviser les prix, causes du préjudice. Dans ce contexte de fortes négociations internes et externes à l'UE, la révision du règlement européen n° 868/2004¹⁹⁹⁵ est apparue nécessaire. Ce règlement qui visait essentiellement à empêcher des pratiques tarifaires déloyales fut en réalité inopérant, comme le constatèrent les institutions européennes¹⁹⁹⁶, tant il était devenu impossible de démontrer de telles pratiques dans le transport aérien commercial compte tenu de la disparité des prix au siège souvent pratiqués dans un même avion. Afin de permettre de traiter rapidement toutes les pratiques discriminatoires qui pénalisent les compagnies européennes, le nouveau règlement¹⁹⁹⁷ prévoit, au-delà des questions tarifaires, un éventail beaucoup plus large de pratiques inéquitables. C'est dans un premier temps définir quelles pratiques seront susceptibles d'être contrées¹⁹⁹⁸ puis par quels moyens elles le seront enfin de décrire le processus de décision à mettre en œuvre.

1526. Ce résultat est le fruit de la demande portée conjointement par la France et l'Allemagne depuis le Conseil de mars 2015. Ces deux États, en pointe dans ce dossier de loyauté du transport aérien commercial, visaient en effet, les pays tiers où des pratiques discriminatoires et des subventions, au sens de la définition dans la proposition du Parlement du 14 mars 2019 dans son article 2, consistaient en une contribution financière accordée par un gouvernement ou par un autre organisme public d'un pays tiers peuvent conférer des avantages concurrentiels déloyaux aux transporteurs aériens de ces pays. Par ailleurs, des compagnies traditionnelles telles qu'Air France-KLM et Lufthansa se plaignaient depuis longtemps de la concurrence qu'elles jugeaient déloyale du fait de l'attribution d'aides

¹⁹⁹⁵ Règlement (CE) n°868/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non-membres de la Communauté européenne.

¹⁹⁹⁶ Considérant 8 du règlement (UE) n°2019/712 visant à préserver de la concurrence dans le domaine du transport aérien, Supra.

¹⁹⁹⁷ Règlement (UE) n°2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004.

¹⁹⁹⁸ Parlement européen, Commission Transport et Tourisme, « Concurrence déloyale dans le secteur aérien » : audition du PDG de Qatar Airways, le 15 mai 2018, <https://www.europarl.europa.eu/committees/fr/tran/meetings/minutes> - Consulté le 20 février 2019.

publiques illégales portant principalement sur la fiscalité des carburants. Il semble bien, alors, que la réponse de l'Union à cette situation passe aussi, pour être la plus complète possible, par le développement de carburants alternatifs, promus par le Pacte vert européen. **L'UE, là encore, adopte une approche globale associant droit de la concurrence et les préoccupations environnementales.** Enfin, le fait même que des pays fusent nommés et mis en avant comme justification de la réforme, donnait une idée des attendus de la volonté d'affirmer à leur encontre, la puissance aérienne européenne. Ainsi, Markus PIEPER, le rapporteur du texte¹⁹⁹⁹ évoquait :

« La pression exercée par des transporteurs de pays tiers largement subventionnés est de plus en plus sensible ; elle peut saper une concurrence équitable sur le marché aux dépens des compagnies européennes. [...] Les transporteurs aériens de la région du Golfe, de Turquie, de Chine et de Russie ont des liens forts avec l'État qui peuvent causer des distorsions de marché ».

1527. Le Conseil, le 9 avril 2019, confirma cette approche, ouvrant alors la voie à un accord politique. C'est ainsi que l'on peut envisager l'imbrication plus ou moins consciente de plusieurs politiques de l'UE afin de garantir des conditions de concurrence loyales. L'ensemble du corpus réglementaire est depuis le début de la décennie 2010 en complète refonte, ce que la dernière avancée législative issue du règlement du 17 avril 2019 permet de constater dans son considérant 8 :

« Une concurrence loyale entre les transporteurs aériens peut également être assurée grâce à une législation appropriée de l'Union, telle que le règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil et la directive 96/67/CE du Conseil. Dans la mesure où une concurrence loyale suppose la protection des transporteurs aériens de l'Union contre certaines pratiques adoptées par des pays tiers ou des transporteurs de pays tiers, cette question a été précédemment traitée dans le règlement (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil. Toutefois, le règlement (CE) n° 868/2004 s'est révélé inefficace au regard de son objectif général sous-jacent de concurrence loyale. Ce fut notamment le cas de certaines de ses règles relatives à la définition des pratiques concernées, autres que les subventions, et aux exigences relatives à l'ouverture et à la conduite des enquêtes. En outre, le règlement (CE) n° 868/2004 a échoué à apporter une complémentarité avec les accords de transport aérien ou de services aériens auxquels l'Union est partie. Compte tenu du nombre et de l'importance des modifications qui seraient nécessaires pour traiter ces points, il y a lieu de remplacer le règlement (CE) n° 868/2004 par un nouvel acte. »

¹⁹⁹⁹ Résolution législative du Parlement européen du 14 mars 2019 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004 (COM(2017)0289 – C8-0183/2017 – 2017/0116(COD)).

1528. L'arsenal de sanctions est à la hauteur des enjeux. Ainsi, les compagnies aériennes extraeuropéennes risquent de voir leur droit à desservir l'Union européenne révoqué si elles s'engagent dans des pratiques commerciales discriminatoires, mais ce qui apparaît plus novateur est que les États européens puissent, également, imposer des « mesures compensatoires provisoires » à des compagnies de pays tiers avant même que ne soient connues les conclusions d'une éventuelle enquête. Certes, il s'agit d'empêcher des dommages irréversibles au marché européen, mais on peut imaginer la nécessité du contrôle juridictionnel de ces décisions étatiques et dès lors un risque de multiplication du contentieux. Le règlement ainsi applicable est finalement l'objet d'un compromis entre les pays de l'UE tant certains n'étaient pas totalement favorables à la suppression des droits aériens, rappelant le « traumatisme » vécu par eux en 2002 à la suite des arrêts « ciel ouvert ». En effet, ces droits aériens faisant habituellement d'accords bilatéraux, ils craignaient de perdre à leur tour leurs dessertes aériennes dans les pays visés. Par ailleurs, les États les plus « libéraux » reprenaient les arguments des voyageurs, qui, évoquant des éléments de fonctionnement du marché, rappelaient que les comportements monopolistiques des compagnies aériennes auraient à gagner de la concurrence accrue des compagnies aériennes extraeuropéennes, aux offres commerciales souvent meilleures que les compagnies nationales.

1529. L'adoption de ce texte confirme que les transporteurs aériens de l'Union sont au cœur d'un réseau mondial qui relie l'Europe en interne et avec le reste du monde. Pour cela, ils devraient être en mesure de concurrencer les transporteurs aériens des pays tiers dans un contexte de concurrence ouverte et loyale. Dans cette dernière adaptation de la réglementation du droit dérivé de l'Union, tous les acteurs sont cités ou pour le moins concernés. Cela confirme qu'avec un objectif qui reste inchangé, celui de la compétitivité de l'Union face à la concurrence au sein d'une économie mondialisée, il est nécessaire d'assurer cette concurrence, certes, mais aussi l'attractivité du territoire et les emplois de qualité au service du consommateur. **La loyauté est devenue une notion juridique opposable à toutes les compagnies aériennes, européennes comme relevant d'États tiers pour garantir ces objectifs.**

1530. Alors que le cadre européen pour le filtrage des investissements directs étrangers (IDE)²⁰⁰⁰ est devenu pleinement opérationnel le 11 octobre 2020 après une période transitoire d'application, on assiste depuis la nouvelle législature des institutions et en droite ligne avec les volontés politiques exprimées pour sortir l'Europe de la crise financière et économique de 2008, à l'affirmation sinon l'émergence d'une (nouvelle) Europe plus proactive quant à la concurrence qu'elle souhaite sur son territoire et pour ses consommateurs. Il importe, alors d'en souligner les aspects concrets pour notre secteur d'étude, qui transparaît dans la proposition d'accord aérien entre l'UE et l'ASEAN :

« En facilitant l'exploitation de liaisons directes de l'UE vers l'ASEAN, l'accord global de transport aérien UE-ASEAN contribuera à réduire la dépendance à l'égard des vols avec correspondance via des plateformes situées dans des pays tiers. Non seulement cette évolution profitera aux transporteurs de l'Union, mais elle réduira également l'empreinte environnementale des déplacements effectués entre l'UE et l'ASEAN en raccourcissant les routes aériennes et en réduisant le nombre de décollages et d'atterrissages, conformément aux objectifs définis dans la stratégie de mobilité durable et intelligente et dans la communication de la Commission sur le pacte vert pour l'Europe [COM(2019) 640 final]. »²⁰⁰¹

1531. La concurrence doit clairement être un moyen pour l'UE de résister aux crises et développant une capacité d'anticipation et de soutien aux agents économiques du secteur concerné, en l'occurrence, le transport aérien de passagers. La résilience n'est alors pas juste un terme à la mode. Elle devient un élément constitutif de la loyauté de la concurrence.

Section 2 - La résilience, nouvelle frontière du secteur aérien

1532. **La concurrence entre les compagnies aériennes est une concurrence pilotée pour servir non seulement leur compétitivité, mais aussi d'autres objectifs.** La crise de la COVID-19 agit comme révélateur d'un nouveau besoin dans ce secteur si durement touché : la concurrence devait alors permettre de renforcer la résilience. Au sens large, et en particulier pour ce qui concerne les sciences humaines, on peut considérer la résilience en tant que capacité, pour un système donné, de surmonter les altérations provoquées par un ou des

²⁰⁰⁰ *Supra*, Règlement (UE) n°2019/452 « filtrage des investissements directs étrangers » du 19 mars 2019.

²⁰⁰¹ Proposition de DÉCISION DU CONSEIL relative à la signature, au nom de l'Union, de l'accord global dans le domaine du transport aérien entre les États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part COM(2022) 194 final 2022/0139 (NLE) du 6 mai 2022.

éléments perturbateurs, pour retrouver son état initial et/ou un fonctionnement logique. Le 5 mai 2021, la Commission annonça avoir mis à jour²⁰⁰² la stratégie industrielle de l'Union²⁰⁰³, qu'Ursula VON DER LEYEN avait présentée dans son discours annuel prononcé devant le Parlement européen²⁰⁰⁴. D'après cette communication, il importe de faire en sorte que l'ambition industrielle mise en perspective dans cette fin de la décennie 2010²⁰⁰⁵ tienne compte des circonstances liées à la pandémie de la COVID-19 et puisse contribuer à mener la transition vers « une économie plus durable, numérique, résiliente et compétitive à l'échelle mondiale ».

1533. Cette volonté politique rejoint en tout point l'analyse économique tant « la crise sanitaire nous invite à nous interroger sur la capacité de nos systèmes de production à faire face aux aléas ». Dans une tribune²⁰⁰⁶, Elisabeth LAVILLE et Arnaud FLORENTIN appelaient, par exemple, à « réduire la dépendance à la mondialisation » et à développer la notion de résilience dans notre système de production, en établissant des scores afin de déterminer qui peut surmonter l'arrêt des chaînes logistiques qui les relient à l'extérieur. C'est aussi le sens de l'avis rendu par le Comité économique et social européen qui mettait en avant que « L'aviation est l'un des secteurs les plus durement touchés par la crise due à la pandémie de COVID-19, avec des conséquences dramatiques pour les revenus de toutes les parties prenantes de la chaîne de valeur de l'aviation et leurs salariés. »²⁰⁰⁷

1534. La pandémie à COVID-19, révélatrice des faiblesses passées, rappelle aussi en premier lieu l'urgence de la question climatique, impliquant de trouver les moyens juridiques de la protection de la souveraineté économique de l'UE (§ 1), renforçant alors son rôle pour écarter les réflexes nationaux à rétablir les frontières pour tenter de se protéger des crises (§2).

²⁰⁰² Commission européenne, communiqué de presse, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_1884 - Consulté le 22 mai 2021.

²⁰⁰³ Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-industrial-strategy_fr - Consulté le 19 mai 2020.

²⁰⁰⁴ Discours du 16 septembre 2020 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_20_1655

²⁰⁰⁵ Programme de Travail de la Commission : communication au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une Union pleine de vitalité dans un monde fragile, Com(2020) 690 final du 19 octobre 2020.

²⁰⁰⁶ https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/05/22/la-crise-sanitaire-nous-invite-a-nous-interroger-sur-la-capacite-de-nos-systemes-de-production-a-faire-face-aux-aleas_6040451_3232.html publiée le 22 mai 2020.

²⁰⁰⁷ Avis d'initiative du CESE, L'avenir du transport aérien de l'UE pendant et après la crise du coronavirus, TEN/709-EESC-2020 du 18 septembre 2020.

§1 – La loyauté comme moyen de défense de la souveraineté européenne

1535. Le règlement (UE) n° 2019/452 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union a été adopté le 19 mars 2019 et est entré en application le 11 octobre 2020. Il fixe une clause stricte de contrôle des entreprises de transport aérien par des capitaux nationaux ou européens après l'achèvement du marché intérieur. Pourtant, au niveau international, les services aériens sont considérés par chaque pays comme étant liés à la sûreté nationale, aux relations diplomatiques, au commerce international, aux communications, et au développement économique, relevant de secteurs stratégiques. Ce règlement autorisant un filtrage peut paraître contradictoire avec l'exigence de protection de la souveraineté nationale (A).

1536. Ce même caractère stratégique rend pourtant nécessaire de ne pas les laisser sous le contrôle d'intérêts économiques étrangers des services de transport aérien. Le rapport MAHLER (1987) actait déjà cette préoccupation, dans la mesure où il recommandait une clause stricte de contrôle des entreprises de transport aérien par des capitaux nationaux ou communautaires après l'achèvement du marché intérieur. La réaffirmation du rétablissement d'une souveraineté économique européenne est ainsi fortement ancrée pour le secteur des transports aériens de passagers (B).

A – Le transport aérien de passagers, un secteur stratégique pour la souveraineté nationale

1537. Les compagnies aériennes traditionnelles restent une « marque nationale ». Comme le rapportait Pierre BIPLAN,

« Air France, British Airways, Alitalia, Austrian, Swiss (qui a succédé à Swissair), American, US Airways, Air Canada, AeroMexico, [...], Korean, Air China, Air Algérie, Royal Air Maroc, Qatar Airways, etc. Environ la moitié des 268 compagnies membres de l'IATA, et ce sont les principales, portent le nom de leur pays en clair, ou de leur nationalité, ou bien enfin l'intègrent dans un sigle plus ou moins sous-titré ou décodé : ANA – All Nippon Airways –, TAP – Air Portugal, TAROM (Transporturile Aeriene Române) [...] On observe aussi que tous les pays neufs, comme ceux issus de l'ex-URSS s'empressent de créer des compagnies qui portent le nom du pays : Air Kazakhstan, Air Ukraine, etc. »²⁰⁰⁸

²⁰⁰⁸ BIPLAN Pierre, Les compagnies aériennes entre la nation et la mondialisation », *Hérodote*, n°114, 3/2004.

1538. Ainsi, lorsque la compagnie British Airways avait souhaité apparaître moins britannique et plus mondiale, les critiques des voyageurs et des professionnels du marketing l'ont fait changer d'avis : en 2011, elle remettait à l'honneur les couleurs nationales et communiquait à nouveau sous l'une de ses plus anciennes signatures « *to fly, to serve* » qui date des années 1920. Viviane de BEAUFORT à partir de l'article 346 TFUE, estime qu'« un secteur est stratégique parce qu'il appartient à la sphère souveraine de l'État », alors que la définition économique vise plus classiquement les « déficiences de marché [comme] marché spécifique, car marqué par la commande publique et donc nécessitant une gouvernance spécifique »²⁰⁰⁹. On peut enfin utiliser la définition d'un secteur stratégique telle qu'énoncée dans le rapport²⁰¹⁰ rédigé par Messieurs JUPPE et ROCARD pour établir les critères permettant l'allocation des ressources financières obtenues de l'Emprunt national. En combinant ces éléments d'analyse et en les appliquant à notre secteur d'étude, le secteur stratégique engendre donc un effet d'entraînement, qui peut être mesuré par la densité des échanges amont/aval et les échanges interindustriels, ce que le transport aérien de passagers illustre par les interactions entre compagnies aériennes, gestionnaires aéroportuaires et entreprises aéronautiques. Le lien avec la théorie économique des défaillances de marché permet, par ailleurs, d'identifier les monopoles naturels, les externalités, enfin les biens publics, comme des secteurs stratégiques car en sous-optimalité du marché. **Le transport aérien de passagers agrège toutes ses caractéristiques par l'enjeu autour des infrastructures aéroportuaires** comme les questions soulevées par les engorgements aux accès de ces mêmes infrastructures ou encore la pollution atmosphérique comme sonore, enfin le choix politique de définir le ciel, voire les capacités d'atterrissage/décollage, comme des biens publics, si on l'on suit le souhait exprimé par le Parlement européen dans le débat autour de la réforme du règlement n°95 / 93 « créneaux aéroportuaires ».

1539. Le transport aérien correspondrait donc explicitement à cette définition et sera alors référencé dans certaines thématiques évoquées par le rapport, comme la « mobilité du futur » ou encore la « Ville de demain », considérations que l'on peut rapprocher des objectifs énoncés dans la Stratégie de Lisbonne, en mars 2000 et plus encore, dix ans plus tard, lors de

²⁰⁰⁹ *Supra*, BEAUFORT (de) V. (sous la direction de), *Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques européens*, Bruylant, 2012.

²⁰¹⁰ JUPPE Alain et ROCARD Michel, « investir pour l'avenir, priorités stratégiques d'investissement et emprunt national », Rapport au Président de la république, 19 novembre 2009.

« la Stratégie 2020 ». L'objectif de 2000 visait à faire de l'UE, en 2010, « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale »²⁰¹¹, ce qui correspond à « la réponse de l'Europe à la mondialisation demeure une stratégie d'adaptation interne, c'est-à-dire une stratégie de réformes structurelles des économies européennes »²⁰¹². Même si les différentes périodes de privatisation ont amené une indépendance des compagnies aériennes vis-à-vis du pouvoir politique, **le transport aérien reste qualifié de secteur économique stratégique et les constantes interventions des autorités nationales**²⁰¹³ **en sont l'expression**. Sur cette base, dix ans plus tard, la volonté de l'Union d'une « croissance intelligente, durable et inclusive » pour la décennie 2020, n'évoque pas la politique des transports comme un objectif en soi, mais, en tant que support indispensable à la réussite de ces stratégies, elle y prend toute sa part, tant pour « Une Union pour l'innovation » que « Une Europe efficace dans l'utilisation des ressources »²⁰¹⁴.

1540. On peut rappeler que ce secteur est d'abord pourvoyeur de très nombreux emplois²⁰¹⁵. Ainsi, rien qu'en France, le transport aérien représente presque 95 000 emplois pour l'activité des compagnies aériennes et des aéroports (gestion des infrastructures, assistante en escales, maintenance) quand le secteur de l'industrie aéronautique emploie directement et indirectement près de 300 000 emplois²⁰¹⁶. Ce lien entre les deux secteurs économiques, le transport aérien et la production d'avions, est fait d'une dépendance techno-réglementaire qui renforce le poids de ceux-ci dans les décisions de la puissance publique. Dans cette hypothèse, il est intéressant de rappeler que la décision de l'administration Hoover en 1934 de créer trois grandes compagnies a permis, en parallèle, aux constructeurs

²⁰¹¹ Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, Conclusions de la présidence https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_fr.htm - Consulté le 30 mars 2019.

²⁰¹² *Supra*, MARTY Frédéric, Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, 2010.

²⁰¹³ Notamment le Rapport du député de COURSON devant la commission Économie ou encore l'État français, partie intervenante lors de litige easyJet contre la Commission européenne (Tribunal, Affaire T-177/04, easyJet c/ Commission, *supra*).

²⁰¹⁴ Communication de la Commission, EUROPE 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive COM(2010) 2020 final, le 3 mars 2010.

²⁰¹⁵ Observatoire prospectif des métiers et des qualifications de l'Aérien, Rapport emploi 2011, décembre 2012.

²⁰¹⁶ GLISZCZYNSKI Fabrice, www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/aeronautique-defense/20130423trib000761256/l-industrie-aeronautique-propose-des-milliers-d-emplois-en-france-mais-peine-a-recruter.html - Consulté le 2 juillet 2013.

aéronautiques américains de se développer et de faire des avions Douglas, Boeing et Lockheed des standards, exportés en Europe. La prépondérance des normes et usages américains à toutes les compagnies mondiales sera longtemps à l'œuvre. **L'Union européen, avec quelques retards par rapport aux États-Unis, s'est emparé de ce lien entre normalisations techniques²⁰¹⁷ et souveraineté.** Ainsi, l'idée qui est sous-jacente à cette volonté politique européenne d'assurer sa puissance économique²⁰¹⁸ et d'y inclure un maximum de développement humain, semble faire du secteur du transport aérien un exemple de ce *Brussels effect*²⁰¹⁹, et rendant, peut-être, cette concurrence durable, exportable ? Pour s'en convaincre, la décision de la Commission européenne, en 2012 et dans le cadre de sa stratégie de long-terme lié au Pacte vert, d'inclure l'aviation dans son système existant d'échange de quotas d'émission²⁰²⁰. Cela a entraîné la conséquence d'imposer à toute compagnie aérienne, quel que soit son pays d'origine, d'acheter des autorisations d'émettre, pour tout vol effectué dans l'Espace économique européen, augmentant de fait, le coût de la conformité à la réglementation de l'Union européenne sur les émissions dans l'aviation. La conséquence subséquente fut que les constructeurs ont dû concevoir des avions offrant une efficacité accrue et des émissions réduites, faisant de la norme de l'UE en matière d'aviation la plus stricte au Monde, les opérateurs s'y sont reportés pour toutes les flottes mondiales d'avions, quelle que soit leur juridiction ou nationalité.

1541. Car **le transport aérien de passagers implique un lien consubstantiel entre compagnie aérienne et souveraineté étatique.** Par l'intégration européenne, il semble bien que, dès lors, les États membres finalement acceptent que la loyauté soit protégée autant par un contrôle européen des investissements, ce que l'on pourrait appeler un contrôle direct, que par l'incorporation régulière des questions de transition énergétique dans la politique des transports. Dans ce second volet, la logique est tout autant de réformer le secteur aérien par une consommation modifiée de l'énergie nécessaire aux avions que d' « exporter » ses

²⁰¹⁷ Communication de la Commission, An EU Strategy on Standardisation Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market, COM(2022) 31 final du 2 février 2022.

²⁰¹⁸ Communication de la Commission, Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020 : construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe, COM (2021) 350 final du 5 mai 2021.

²⁰¹⁹ Sur cette notion, BRADFORD Anu The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, Oxford University press, march 27th 2020.

²⁰²⁰ Commission européenne, Communiqué, https://ec.europa.eu/clima/eu-action/transport-emissions/reducing-emissions-aviation_en - Consulté le 22 mars 2022.

préoccupations énergétiques, et donc ses objectifs environnementaux, au-delà de la façade extérieure de l'Union européenne. Cette nécessité d'adaptation, telle une forme de loyauté, certes fortement critiquée, de respecter un dogme de la politique de concurrence européenne, s'impose comme une évidence. **Alors que l'UE tentait difficilement de sortir de la crise économique qui sévissait depuis plus de dix ans, la Commission et les États membres avaient bien en ligne d'horizon que la résilience pouvait être une nouvelle frontière à conforter.** Déjà évoquée dans la Stratégie 2020, assurer la résilience de nos économies est devenu un objectif clairement assumé, tant lors de la formalisation des dotations du cadre financier pluriannuel 2021-2027 (426,7 milliards d'euros) et de *NextGenerationEU* (776,5 milliards d'euros) au travers du point n° 2 intitulé « Cohésion, résilience et valeurs » des orientations 2021-2027. **L'idée de résilience est alors mise en œuvre comme moyen de voir autrement le principe de loyauté et de pouvoir l'intégrer dans la concurrence durable.**

1542. L'Union européenne est souvent considérée comme le marché le plus ouvert aux investissements étrangers. La combinaison de la libre circulation des mouvements de capitaux, qui s'applique aussi bien aux capitaux en provenance des États membres qu'aux capitaux en provenance des États tiers, est favorisée notamment par les accords de libre-échange qui contiennent des dispositions applicables aux investissements étrangers. Même si le contrôle du capital d'une compagnie aérienne européenne est limité pour les investisseurs tiers, l'UE se devait d'assurer une protection globale de ses entreprises qui se retrouvent très fortement exposées à la concurrence des entreprises étrangères, sur le territoire de ses États membres. Par ailleurs, l'ouverture du marché européen ne favorise pas l'Union dans les négociations internationales qu'elle peut entreprendre avec les grands partenaires commerciaux comme les États-Unis ou la Chine tant le manque de réciprocité de la part de ces derniers est souvent pointé du doigt pour critiquer le libre-échange « naïf » défendu par la Commission européenne. Dans ce contexte, le cadre européen pour le filtrage des investissements directs étrangers (IDE)²⁰²¹ fut particulièrement attendu. Devenu opérationnel à partir du 11 octobre 2020²⁰²², le règlement avait prévu une période transitoire de dix-huit derniers mois entre son adoption et sa mise en œuvre. L'idée était de prendre le plus

²⁰²¹ *Supra*, Règlement (UE) n°2019/452 « filtrage des investissements directs étrangers » du 19 mars 2019.

²⁰²² Commission européenne, Communiqué de presse du 9 octobre 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1867 - Consulté le 12 octobre 2020.

rapidement possible une décision quant au cadre pour ensuite prendre le temps pour sa mise en œuvre et notamment un cadre de coordination efficace entre la Commission et les États membres. **Ce cadre servira désormais à préserver les intérêts stratégiques de l'Europe tout en maintenant l'ouverture du marché de l'UE aux investissements.** Pour notre secteur d'étude, à côté de la prise de contrôle d'une compagnie aérienne qui fait l'objet d'une réglementation particulière, autorisée par la Convention de Chicago, le règlement (UE) n° 2019/452 « filtrage des investissements » permet d'envisager ceux qui pourraient assurer la prise de contrôle de gestionnaires d'aéroports ou de sociétés assurant les services d'escale et d'assistance aéroportuaires. L'UE complète ainsi son droit afin de protéger les capacités économiques assurant la résilience de l'Union pour faire face à de futures crises comparables.

B – La volonté d'affermir une souveraineté européenne par le contrôle des investissements

1543. La souveraineté européenne n'est pas une nouvelle approche,²⁰²³ mais elle est plus régulièrement affirmée, sectoriellement²⁰²⁴ dans un premier temps puis, en ce généralisant dans les discours portés par la Commission européenne, en devient un débat de société²⁰²⁵. Concrètement, afin de préserver les intérêts stratégiques de l'Union liés aux investissements étrangers, le règlement (UE) n° 2019/452 « filtrage des investissements » crée un mécanisme de coopération permettant aux États membres et à la Commission d'échanger des informations. Il autorise aussi à la Commission d'émettre des avis lorsqu'un investissement constitue une menace pour la sécurité ou l'ordre public de plus d'un État membre, ou lorsqu'un investissement risque de porter atteinte à un projet ou un programme présentant un intérêt pour l'ensemble de l'Union. Le 25 mars 2020, la Commission a publié des orientations à l'intention des États membres²⁰²⁶, les appelant notamment à mettre en place

²⁰²³ VAYSSIERE, Bertrand, Europe et souveraineté. La notion d'État, des penseurs classiques aux réalités actuelles, *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 95, no. 3, 2007, pp. 151-166.

²⁰²⁴ Conseil de l'Union européenne, présidence française, <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/fr/evenements/construire-la-souverainete-numerique-de-l-europe/> - Consulté le 18 janvier 2022.

²⁰²⁵ UNGER Mathilde, La souveraineté européenne ou les limites d'un slogan politique, *Revue des affaires européennes* 2021/3, p. 579 comme COMAN Ramona, BRACK Nathalie et CRESPIY Amandine, La souveraineté européenne, est-elle une projection surtout française ?, Institut d'études européennes, Université Libre de Bruxelles <https://www.iee-ulb.eu/blog/academique/la-souverainete-europeenne-une-projection-surtout-francaise/> - Publié le 05 mai 2021, consulté le 10 juin 2021.

²⁰²⁶ Commission européenne, politique commerciale, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2124> – Consulté le 20 juin 2020.

un mécanisme de filtrage complet, et assurant une approche européenne solide en ce qui concerne le filtrage des investissements étrangers en période de crise de santé publique et de la vulnérabilité économique qui en découle. Avant ce mécanisme, les États membres restent libres d'adopter ou de modifier leurs propres mécanismes de filtrage des investissements directs étrangers.

1544. **Pour le secteur aérien, si des règles communes s'imposaient à tous les États membres²⁰²⁷, les activités nécessaires à l'activité des compagnies aériennes n'étaient pas protégées, au premier rang desquelles, l'acquisition de tout ou partie du capital d'un gestionnaire aéroportuaire.** Cette nouvelle réglementation peut être activée, y compris dans cette dernière hypothèse. Ainsi, les États membres restent en charge d'approuver ou non les investissements étrangers sur leur territoire, mais le nouveau dispositif permet aux autres pays de l'UE d'exiger des informations en cas d'opération qui suscite leur inquiétude. Ce mécanisme peut, par exemple, être mobilisé dans le cadre d'une opération qui, mise bout à bout avec d'autres opérations récentes ayant eu lieu sur leurs territoires, donnerait trop de poids à un pays tiers dans un secteur industriel donné. Au regard des débats autour des privatisations des gestionnaires des aéroports de Nice et Toulouse, il importe de rappeler que la part des IDE chinois en Europe consacrés aux infrastructures de transport est notamment passée de 20 % en 2016 à plus de 51 % en 2017²⁰²⁸, dans le cadre de la politique chinoise des « nouvelles routes de la soie ».

1545. Pour déterminer si un investissement direct étranger est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public, comme relevant des États membres, ceux-ci et la Commission européenne vont particulièrement s'intéresser à ses effets potentiels dans des secteurs jugés « clés », passant d'une vision nationale à une approche européenne pour envisager une solution dont le bénéfice recherché est valable pour tous. C'est tout à fait le cas, selon le règlement, des infrastructures et technologies « critiques » liées à des industries de réseaux, ce qui peut viser les transports. Comme illustration, il importe de rappeler que pour faire face aux conséquences de la crise économique et financière de 2008, plusieurs entreprises européennes ont dû, ces dernières années, augmenter leur capital ou procéder à

²⁰²⁷ Article 4 du règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

²⁰²⁸ Commission européenne, communiqué de presse du 5 mars 2019 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_1532 - Consulté le 12 mars 2019.

une vente des parts détenues. C'est notamment le cas, en 2016, de l'État grec qui a privatisé le Pirée, le plus grand port hellène, à l'armateur chinois Costco Shipping Corporation qui a poursuivi sa politique d'acquisition à Anvers, Rotterdam ou encore Zeebrugge, au début de l'année 2018. Dans le même temps, son concurrent public hongkongais China Merchants Port a acquis des parts dans les ports de Dunkerque, du Havre, de Marseille, de Nantes et de Marsaxlokk, à Malte²⁰²⁹. Avec ces opérations mises bout à bout, les entreprises publiques chinoises, qui autrefois restaient proches de leur marché national, contrôlent désormais près d'un dixième des capacités portuaires européennes selon les derniers chiffres largement partagés parmi les analystes. **La volonté de l'Union est donc assumée tant elle permet de mettre en œuvre un rapport de force suffisant pour dissuader un État tiers de mener à bien son projet de contrôle sur de telles infrastructures.** Ce nouveau cadre, en créant un mécanisme de coopération entre États membres et Commission pour échanger des informations et faire état de leurs préoccupations concernant des investissements spécifiques, permet d'identifier les projets « à risque ». Les informations recueillies et mises en commun concernent les actionnaires et les propriétaires réels de l'investisseur étranger et de l'entreprise européenne concernée, la source de financement de l'opération, pointant si des subventions d'État ont-elles été octroyées à l'investisseur, ou encore les domaines et pays d'activité de l'investisseur et de sa cible.

1546. Le règlement (UE) n° 2019/452 du 19 mars 2019²⁰³⁰, dans le cadre de la répartition des compétences au sein de l'Union, laisse ensuite aux États membres le soin de décider s'il convient d'autoriser ou non une opération d'investissement spécifique sur leur territoire. Mais, parce que les informations auront été échangées entre États membres, la pression entre voisins réunis à Bruxelles pourra avoir un effet sur les décisions de l'État qui doit prendre position. Cette coordination par les pairs, relevant de cet aspect informel de la fabrique européenne²⁰³¹ des décisions, établit peu à peu, une souveraineté européenne qui s'étend à l'espace aérien. **Le règlement est un instrument qui assure une concurrence équitable, donc loyale, et permet aujourd'hui de renforcer la résilience en protégeant la souveraineté**

²⁰²⁹ ZAUGG Julie, <https://www.letemps.ch/economie/pekin-assoit-presence-cotes-leurope> - Publié vendredi 19 octobre 2018, consulté le 12 mars 2019.

²⁰³⁰ *Supra*, règlement (UE) n°2019/452 « cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers » du 19 mars 2019.

²⁰³¹ COSTA Olivier et BRACK Nathalie, le fonctionnement de l'Union européenne, *Editions de l'Université de Bruxelles*, 2014.

européenne. La nécessité de conditions de concurrence loyale est régulièrement répétée face aux reproches formulés à l'encontre de l'Union. Celle-ci aurait, en interne, un « problème de concurrence »²⁰³² qui nuirait à l'émergence d'entreprises de grande taille quand, concernant les relations externes, elle serait naïve dans ses relations avec les pays tiers²⁰³³. Cette critique est récurrente, notamment lors de la négociation d'accords de libre-échange dans le cadre de la politique commerciale, mais aussi dans la perspective de l'après pandémie de COVID-19.²⁰³⁴

1547. **Afin de garantir des conditions de concurrence équitables sur le marché intérieur, l'UE doit s'attaquer aux effets de distorsion causés par les subventions étrangères** qui se traduisent par des avantages concurrentiels inéquitables pour les entreprises de pays tiers opérant dans l'UE, par l'acquisition facilitée d'entreprises européennes ou par la manipulation des procédures de marchés publics. Préserver l'autonomie politique et économique de l'UE, composantes essentielles de la souveraineté²⁰³⁵, ainsi que des industries et emplois européens exigent la mise en œuvre d'instruments ciblés sur les subventions étrangères et les marchés internationaux. C'est tout l'objet de la combinaison de différents textes autour d'un pivot, le règlement « exploitation de services aériens »²⁰³⁶ qui envisage cette recherche d'une souveraineté européenne, en tant que puissance de faire les lois et de les faire appliquer, en application du principe de subsidiarité. Relevant que

« l'application plus homogène de la législation communautaire en ce qui concerne le marché intérieur de l'aviation, ne peut pas être réalisée de manière suffisante par les États membres en raison du caractère international du transport aérien, et peut donc être mieux réalisée au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. »²⁰³⁷

²⁰³² SEBASTIEN Jean, PERROT Anne et PHILIPPON Thomas, Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? *Notes du conseil d'analyse économique*, vol. 51, n° 3, 2019, pp. 1-12.

²⁰³³ CAMPOS André et ALMEIDA Tiago, <https://www.euractiv.fr/section/concurrence/news/juncker-eu-has-to-be-less-naive-with-china/> - Publié le 3 mai 2021, consulté le 2 janvier 2022 ; Ou encore BOUISSOU Julien, https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/12/21/l-union-europeene-fait-elle-preuve-de-la-meme-naivete-avec-le-vietnam-qu-avec-la-chine-il-y-a-vingt-ans_6106910_3232.html - Publié le 21 décembre 2021, consulté le 2 janvier 2022.

²⁰³⁴ BERROD Frédérique, L'Union européenne et la COVID-19 ou le réarmement des frontières, *Europe*, Etude n°9, nov. 2020.

²⁰³⁵ Notamment FLEINER-GERSTER Thomas, *Théorie générale de l'État*. Nouvelle édition [en ligne]. Genève : *Graduate Institute Publications*, 1986 - DOI : <https://doi.org/10.4000/books.iheid.1767> - consulté le 13 avril 2021.

²⁰³⁶ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte).

²⁰³⁷ *Id idem*, Considérant 18 du règlement (CE) n°1008/2008 « licences des transporteurs aériens communautaires »

1548. **Cette européanisation de l'espace aérien, dans sa quête de plus de loyauté entre les compagnies aériennes, amène à adjoindre d'autres éléments**, dans un délai assez court, dont la prise en compte des pratiques déloyales dans le transport aérien²⁰³⁸ ou encore le filtrage des investissements directs²⁰³⁹ enfin, et pour compléter ce cadre, sur les investissements durables²⁰⁴⁰. C'est ainsi que se décline dans le transport aérien de passagers, la notion de l'intérêt de l'UE issu de l'article 3, paragraphe 5, du traité sur l'Union européenne. Concernant les subventions étrangères, sources principales de pratiques déloyales, la démarche est de proposer une définition globale de ces subventions pour y inclure les bénéfices découlant non seulement des subventions, des passifs et des avantages fiscaux, mais aussi du non-respect des normes internationales relatives au travail ou à l'environnement. Dans les faits, les concurrents étrangers reçoivent des subventions lorsqu'ils exploitent des travailleurs ou externalisent les coûts liés à la pollution. Les parties prenantes, y compris les partenaires sociaux, doivent être en mesure de présenter de tels abus à la Commission. Pour éviter les effets négatifs de longues enquêtes, une présomption de distorsion de concurrence doit être possible dans certaines conditions, lorsqu'il existe par exemple un historique avéré de pratiques de distorsion ou des signes de sous-enchère significative. La liste des critères d'évaluation doit être non exhaustive et prendre en compte les comportements globaux de l'opérateur sur le marché, le caractère de la subvention et de ses effets sur la concurrence, le développement durable et l'emploi. Pour être efficace, l'instrument doit être couplé à des mesures compensatoires, des sanctions dissuasives et à la possibilité d'interdire ou d'annuler une acquisition.

1549. Si les subventions publiques et les entreprises publiques sont des éléments clés de la politique industrielle et doivent être autorisées, **les pratiques de concurrence déloyale doivent dans ce cadre pouvoir subir l'examen « de l'intérêt de l'UE » lors de l'évaluation du caractère licite des investissements ou acquisitions subventionnés par des pays étrangers**, au regard des objectifs fondamentaux européens d'une économie sociale de marché durable et compétitive. Cela concerne donc la politique industrielle de l'UE, le développement durable

²⁰³⁸ *Supra*, règlement (UE) n°2019/712 « préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien » du 10 mai 2019.

²⁰³⁹ *Supra*, Règlement (UE) n°2019/452 « filtrage des investissements directs étrangers » du 19 mars 2019.

²⁰⁴⁰ Règlement (UE) n°2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) n°2019/2088.

et la nécessité de créer des emplois de qualité. Dans cette idée, le contrôle européen serait plus strict, car reposant plutôt sur des cessions d'actifs (engagements structurels)²⁰⁴¹. Pour notre secteur d'études, dans les affaires de concentration, les engagements comportementaux sont aussi importants que les structurels. Ce débat sur la qualité des engagements serait alors un élément de compétitivité dans la concurrence du commerce international. Dès lors, il est nécessaire de pouvoir mieux le prendre en compte les gains d'efficience dans toute opération relevant tant des concentrations que des coopérations commerciales relevant de l'article 101 TFUE et notamment pour y associer les directions sectorielles de la Commission européenne, pour une promotion des gains d'efficience, que l'on retrouve dès la communication de la Commission en 2001, sur ses propositions d'action²⁰⁴². Cela s'applique aux acquisitions prédatrices, mais sur ce sujet, le transport aérien de passagers n'est pas comparable au secteur numérique qui concentre les inquiétudes des régulateurs. L'arsenal juridique à la disposition de la Commission européenne est aussi complet que possible, quand on envisage la combinaison des règlements n° 1008/2008 sur le contrôle du capital d'une compagnie européenne et n° 139/2004 dit de « concentrations ».

1550. Par ailleurs, l'analyse comparée des deux secteurs, aérien et ferroviaire, tend à faire admettre qu'il est possible, tenant compte des contraintes procédurales et temporelles, de développer le contrôle *ex-post* des concentrations et se rapprocher, alors, des mesures mises en place pour le contrôle des abus de position dominante. Même si cette réglementation n'est que peu utilisée dans le secteur aérien, les craintes qui ont pesé sur l'avenir de certaines compagnies majeures ont pu mettre en avant les besoins de nouvelles concentrations. Certes, finalement, ces concertations n'ont pas été considérées plus avant qu'une simple évocation dans la presse, il n'en reste pas moins que les discussions autour de la recapitalisation d'Air France²⁰⁴³, nécessaire après le plan d'aide de 2020, ont relancé les idées de rapprochement avec d'autres compagnies aériennes, impliquant indirectement Lufthansa. Alors qu'elle-même se trouve dans un processus de désengagement des aides d'État obtenues et pouvoir se libérer, comme Air France, de la contrepartie des aides qui leur impose qu'elles ne puissent

²⁰⁴¹ PERROT Anne et BLONDE Victor, la politique de concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union européenne, *Concurrences* n°3-2019.

²⁰⁴² *Supra*, Livre blanc, La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix, COM(2001) 370 final, du 12 septembre 2001.

²⁰⁴³ <https://www.airfranceklm.com/fr/actualites/augmentation-de-capital-avec-maintien-du-droit-preferentiel-de-souscription-des> - Consulté le 5 mars 2021.

effectuer des acquisitions stratégiques au-delà de 10 % du capital des entreprises concernées tant que les aides d'État n'auront pas été remboursées à au moins 75 %, le dossier de la recapitalisation d'ITA, héritière d'Alitalia, est dans toutes les intentions.

1551. Finalement, d'autres intérêts ont prévalu en confirmant la volonté des États français et néerlandais de se maintenir au capital, tandis que les deux autres principaux actionnaires, les compagnies chinoise China Eastern et américaine Delta Air Lines, verront leur participation diminuer au profit de CMA CGM qui investira jusqu'à 400 millions d'euros, afin de développer une coopération renforcée dans l'activité du fret. Cet exemple illustre aussi l'idée qu'il peut être envisageable, pour coordonner politique de concurrence et intérêts stratégiques de l'Union européenne, d'y associer la politique commerciale de l'UE pour assurer « une concurrence par le mérite »²⁰⁴⁴ et non par la seule sanction des pratiques déloyales des États. Il s'agirait d'utiliser la promotion des compagnies aériennes « loyales » et dans le même temps d'une « présomption réfutable » que toute subvention d'un État tiers qui serait non déclarée soit présumée déloyale, renforçant ainsi la clause de concurrence loyale qui est possible dans tous les accords de ciel ouvert, sans être pour autant applicable à tous.

1552. La pandémie à COVID-19 en tant que révélatrice des faiblesses passées, si on a pu penser qu'elle devait accélérer les perspectives déjà esquissées et relancer les débats institutionnels initiés en 2011 et 2013, il n'en a rien été. Déjà, les initiatives prises par la Présidence française de l'UE pour le transport aérien n'avaient pas une place importante dans le programme énoncé, limitant au seul carburant alternatif l'objectif de transformation du secteur, sans évoquer par ailleurs les secteurs stratégiques des infrastructures de transport alors que la nécessité de « réduire la dépendance à la mondialisation »²⁰⁴⁵ continue d'exister. La notion de résilience était peu mise en avant dans les analyses qui tentaient d'établir qui peut surmonter l'arrêt des chaînes logistiques qui les relient à l'extérieur. Ainsi, le sommet sur l'aviation à Toulouse des 3 et 4 février 2022, dans la mesure des critiques sur le « mythe de l'avion vert »²⁰⁴⁶ formulées par les acteurs associatifs de la transition énergétique²⁰⁴⁷, a certes

²⁰⁴⁴ *Supra*, PERROT Anne et BLONDE Victor, 2019.

²⁰⁴⁵ LAVILLE Elisabeth et FLORENTIN Arnaud, La crise sanitaire nous invite à nous interroger sur la capacité de nos systèmes de production à faire face aux aléas, Le Monde, 22 mai 2020.

²⁰⁴⁶ <https://www.greenpeace.fr/action-lavion-vert-ne-sauvera-pas-le-climat/> - Consulté le 5 mars 2021.

²⁰⁴⁷ <https://www.greenpeace.fr/espace-presse/sommet-de-laviation-nouvelle-seance-de-promotion-des-faussees-solutions/> - Consulté le 27 janvier 2022.

rappelé la nécessaire transformation du secteur à l'échelle européenne pour en assurer la décarbonation, mais sans actionner concrètement l'emploi de nouveaux modes de propulsion, comme l'assistance de propulsion par l'hydrogène, l'amélioration des conditions de vols, ou encore la régulation du trafic aérien et la gestion des créneaux aéroportuaires. Pourtant, on peut espérer que cette volonté politique, ainsi exprimée *a minima* par les États membres de l'Union européenne comme par les États membres de la CEAC²⁰⁴⁸, vise tout autant à **éviter un réflexe national de repli sur soi en temps de crise qu'à promouvoir une idée européenne de l'aviation civile, renvoyant à la façade externe de l'Union, le rôle de modèle à suivre.**

§ 2 – La résurgence de la frontière comme moyen de protection de la loyauté

1553. **Les réflexes nationaux qui subsistent pour rétablir les effets de frontières posent régulièrement la question de la légitimité de la politique de concurrence.** Ainsi, lors de l'émergence des TBC/LCC et alors que ceux-ci remettaient durablement en cause le modèle économique des compagnies universelles et leur pérennité, puis lors de la pandémie à COVID-19, les choix politiques de la Commission européenne étaient remis en cause tant ils faisaient, tantôt la part belle au modèle du *low cost* fortement nimbé de libéralisme, tantôt sanctuarisait des compagnies aériennes historiques moribondes s'il n'y avait eu le soutien de leur État. Il faut rappeler que le trafic aérien mondial a enregistré au mois de mars 2020 la plus forte baisse de son histoire récente. Avec une réduction de 52,9 % par rapport au mois de mars 2019, les chiffres donnés par l'Association internationale du transport aérien ramenaient le trafic aérien au niveau de 2006. La réaction de l'Union devait être rapide alors que sa politique de transport aérien était remise en cause par l'opinion, du fait des « vols à vide », et des compagnies aériennes qui contestaient le régime des aides d'État mises en place.

1554. Les juristes de la Rome antique affirmaient que le droit est l'art du bien et du juste (*jus est ars boni et aequi*). Cet idéal semble discuté quand les crises que le secteur aérien traverse exacerbent les oppositions et les conflits entre les opérateurs économiques. La résurgence de la frontière protectionniste ou pour le moins des réflexes nationaux (A)

²⁰⁴⁸ La Conférence Européenne de l'Aviation Civile a été créée en 1957 par le Conseil de l'Europe, sur le modèle de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale. Elle regroupe 44 États membres qui œuvrent à l'harmonisation de l'aviation civile en Europe.

imposent de reposer le débat entre régulation et concurrence (B) tant l'Union se révèle, pour reprendre les mots appliqués à la gestion de la pandémie « un espace nécessaire de coordination entre les États, par ailleurs pleinement responsables des mesures concrètes » de gestion du ciel européen et ainsi évoquer la résilience de la politique de transport comme le souhaite l'UE (C).

A – Les intérêts nationaux subsistent voire se renforcent.

1555. **La récurrence des aléas économiques liés ou non à des crises sanitaires (pandémie à H1N1 ou SARS-CoV2 notamment) a rappelé la nécessité d'un État capable d'assurer un sauvetage des compagnies aériennes.** Cette présence d'un État, entre politique industrielle subie ou revendiquée²⁰⁴⁹, rappelle le débat actuel, porté par le Commissaire Breton sur « la production souveraine »²⁰⁵⁰ dans un marché qui dépasse le simple territoire national. Parmi toutes les affaires concernant le sauvetage de compagnies aériennes, entre les éléments qui rétablissent les équilibres ou qui permettent de résister aux chocs, les mesures provisoires ou encore les procédures d'urgence, il est possible d'en envisager trois pour évaluer les caractéristiques du lien qui se maintient malgré l'ouverture à la concurrence. Il s'agit autant de l'impérieuse nécessité de maintenir une connexion aérienne tant nationale qu'internationale que d'une intervention financière provisoire, jouant de la temporalité du lien capitaliste. En 2009, pour éviter la faillite de la compagnie Austrian Airlines, l'État autrichien procède à une recapitalisation de la compagnie de 500 millions d'euros devant favoriser la fusion avec Lufthansa pour un montant d'environ 400 000 euros. Cette double opération eut pour objet principal de maintenir l'activité internationale de l'aéroport de Vienne et l'attractivité du territoire autrichien²⁰⁵¹.

²⁰⁴⁹ Propos du ministre des transport, « L'État a été dans son rôle d'État à la fois brancardier et stratège » dans le secteur aérien <https://www.europe1.fr/emissions/l'interview-politique-de-8h20/jean-baptiste-djebbari-letat-a-ete-dans-son-rol-detat-a-la-fois-brancardier-et-stratège-dans-le-secteur-aerien-3983117>, reprenant la notion identifiée par Elie COHEN dans *L'Etat brancardier*, Politiques du déclin industriel (1974-1984), Calman-Lévy 1994.

²⁰⁵⁰ Cité par BERROD Frédérique, *Chronique Marché intérieur 2019*, *RTDEur*, Dalloz, 2020, pp. 2412-6002 qui évoque la Communication de la Commission, « Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe », du 10 mars 2020, COM(2020) 102 final.

²⁰⁵¹ *Supra*, décision de la Commission du 28 août 2009 dans l'Affaire COMP/M5440 validée par le Tribunal, le 13 mai 2015, qui rejette le recours introduit par la compagnie autrichienne Niki Luftfahrt (arrêt dans l'affaire T-511/09, ECLI:EU:T:2015:284).

1556. **Le cas d’Air France-KLM évoque aussi ce lien, maintes fois, maintenu, faisant tour à tour du rôle de l’État celui du brancardier ou du stratège.** Deux États sont actionnaires du groupe aérien et la défiance du gouvernement néerlandais face à la montée en puissance de l’État français évoque finalement le retour du réflexe étatique que seule l’eupéanisation accentuée pourrait endiguer. En revenant sur la polémique entre ces deux États, que la COVID-19 a finalement arbitrés en faveur de la France, il faut remonter en 2002. À cette époque, l’État français veut imposer les droits de vote double²⁰⁵² alors qu’il détient 15,88 % de la compagnie aérienne, et qu’il s’apprête à en acquérir 1,7 % supplémentaire. La direction d’Air France-KLM s’était dite favorable aux droits de vote double,²⁰⁵³ car « favorable à un actionnariat stable et de longue durée. » À l’image des salariés qui sont les deuxièmes actionnaires du groupe. Cette disposition de vote double, inscrite dans la « loi Florange » du 29 mars 2014, stipulait que les détenteurs d’actions d’une compagnie depuis plus de deux ans, se voient octroyer un double poids dans les décisions. Le but du gouvernement et du ministre de l’Économie de l’époque était de diminuer le poids des actionnaires spéculatifs de court terme, tout en favorisant ceux qui prônent une stratégie de long terme.

1557. Transformant la première aide accordée au printemps 2020 en recapitalisation, l’État français double son poids dans le capital du groupe (passant de 14,3% à 28,6%), et dans le même temps, la dilution de la participation des autres associés, notamment celle de Delta Airlines et China Eastern est actée. L’enjeu est primordial pour l’économie française et européenne, à savoir sauver une des trois compagnies assurant une porte d’entrée sur le territoire européen. **Mais, le lien, s’il est resserré, est limité.** Autant parce que l’idée d’un État actionnaire a fortement évolué que parce que cette aide se doit d’être proportionnée pour être validée par la Commission. Le nouvel engagement de l’État français est par ailleurs temporaire. Limité à douze mois et ne pouvant se maintenir au-delà de 25 %, la Commission y veille en tant que gardienne des traités européens afin que le rétablissement nécessaire des équilibres après un choc, le soit à partir d’éléments provisoires, car répondant à une urgence qui ne peut perdurer au risque de modifier la structure du marché. Le dépassement ou le réarmement des frontières²⁰⁵⁴ reprennent les éléments tels que « la frontière intérieure

²⁰⁵² *Supra*, LECAT Jean-Jacques, La propriété et le contrôle des compagnies aériennes. Le cas d’Air France, 2002.

²⁰⁵³ Article L. 225-123 du Code de commerce (modification législative issue de l’article 7 (V) de la loi n°2014-384 du 29 mars 2014 "visant à reconquérir l’économie réelle" dite "loi Florange").

²⁰⁵⁴ *Supra*, BERROD Frédérique, L’Union européenne et la COVID-19 ou le réarmement des frontières, 2020.

retrouve une fonction filtrante », car comme pour l'aspect sanitaire de la pandémie, la COVID-19 a rétabli les intérêts nationaux comme valeur suprême sous l'œil bienveillant, mais vigilant de la Commission européenne, qui reste, en tant que titulaire de la politique de concurrence, l'arbitre au profit du marché intérieur. Il convient, par ailleurs, d'éclairer cette situation par un autre exemple topique puisqu'évoquant une compagnie aérienne extra-UE. Alors que la concentration du secteur se ralentissait à la fin de la décennie 2010, la compagnie Qatar Airways menaçait de quitter Oneworld et de créer sa propre alliance mondiale. En dénonçant, en mai 2018, le manque de collaboration entre les membres de l'alliance et les critiques à son encontre sur ces pratiques dites déloyales de la part d'American et de Qantas, la compagnie tentait de rétablir un équilibre entre les partenaires. Ainsi la menace de quitter l'alliance pour créer sa propre alliance avec les compagnies dans lesquelles Qatar Airways est actionnaire, fut la réponse à cette remise en cause. Membre depuis 2013, Qatar Airways était jusqu'à présent la seule compagnie du Golfe à faire partie de l'une des trois alliances commerciales mondiales. Le départ de la compagnie de Doha reviendrait à fonctionner avec son propre réseau de partenaires, comme le font les compagnies de Dubaï et d'Abu Dhabi, Emirates et Etihad Airways. Cette menace, non effective à ce jour, avait tracé une perspective pour le moins originale tant le réseau de prise de participations de la compagnie qatarienne est important. En effet, cette rupture aurait été faite avec non seulement une rupture avec deux autres compagnies aériennes majeures, American et Quantas, mais aussi ainsi emporter la fin de l'alliance Oneworld telle que British Airways l'avait dessiné avec American en 1999. Il importe de rappeler qu'à l'époque Qatar Airways était actionnaire de groupe IAG, composé par British Airways, Iberia, AerLingus, Vueling et Level, à hauteur de 21 % du capital de la société mère et que par ailleurs, d'autres participations existaient dans le groupe sud-américain Latam (10 %), la compagnie de Hongkong Cathay Pacific (10 %) et l'Italienne Air Italy (49 %). L'affaire mettait en avant le refus de deux compagnies fondatrices de Oneworld, American et la compagnie australienne Qantas, de nouer des accords avec Qatar Airways, dont le développement est considéré comme une menace pour leur activité. Ceci sur fond de tensions sur la distorsion de concurrence des compagnies du Golfe, accusées par un grand nombre de compagnies, notamment américaines, de fausser le marché avec les aides publiques dont elles bénéficient de leur émirat-actionnaire. Bref, une série de comportements entre "partenaires" peu communs dans une alliance. D'autant plus que, American, annonça

en 2017 qu'elle mettait fin en mars à ses accords de *code-share* avec Qatar Airways et Etihad, au motif que ces accords avec ce type de compagnies n'avaient pas de sens économique. La compagnie nord-américaine semble ainsi mettre en avant les modèles occidentaux jusqu'à les imposer, envisageant alors **un conflit de culture économique quant à la place accordée à la loyauté**. Cette décision faisait suite à son enquête commune avec Delta et United en 2015 sur les subventions qu'auraient reçues les compagnies du Golfe depuis 10 ans, dans le but de pousser les autorités américaines à limiter leur accès au ciel américain à Emirates, Qatar Airways et Etihad. De son côté, Qantas a dénoncé l'essor de Qatar Airways en Australie, alors que cette expansion avait été initiée aussi par la coopération entre ces deux compagnies, Qantas ayant créé avec Emirates, une compagnie du Golfe « non-membre de Oneworld », une joint-venture entre l'Europe et l'Australie en 2013. **Ce jeu d'alliances faites et défaites évoque la souplesse et le pragmatisme qui animent les alliances donnant à la Commission européenne, matière à réfléchir sur ses approches du marché et ses pratiques de régulation**, autant dans la régulation du marché par l'application des règles de concurrence que dans sa recherche d'un équilibre entre des éléments qui permettent de rétablir la stabilité du marché après un choc et des éléments provisoires le plus souvent issus de procédures d'urgence. La pandémie de COVID-19 a eu l'effet de pacifier les relations, si l'on en juge par l'annonce récente d'American et Qatar²⁰⁵⁵ d'un accord pour renforcer la relation entre les compagnies en ouvrant un nouveau partage de codes afin de permettre aux clients de la compagnie américaine de réserver des vols de la compagnie qatarie via Doha à destination et en provenance de seize nouveaux pays. Les effets de frontières sont mouvants, en fonction des aléas économiques et/ou géopolitiques, comme des orientations dans la politique de concurrence.

B – L'effet de frontière entre régulation et concurrence

1558. La définition du couple *ex ante* / *ex post* ne va pas de soi²⁰⁵⁶ tant il aboutit à une difficulté de distinguer l'un de l'autre et d'articuler leur rapport. Au-delà de la chronologie,

²⁰⁵⁵ <https://www.air-journal.fr/2022-06-05-american-airlines-et-qatar-airways-etendent-leur-partage-de-codes-5236365.html> - Publié le le 5 juin 2022, consulté le 10 juin 2022.

²⁰⁵⁶ FRISON-ROCHE Marie-Anne, Le couple *ex ante* *ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation, Droit et économie de la régulation. 4. Les engagements dans les systèmes de régulation. *Presses de Sciences Po*, 2006, pp. 33-48.

faisant de l'approche *ex ante* une volonté normative par l'intervention sur un phénomène avant que celui-ci ne se cristallise, tandis que l'*ex post* relèverait de la seule réaction face à un phénomène après son avènement, la situation envisagée par l'autorité de la concurrence, régulatrice du marché, se développe aussi dans la durée. A l'approche *ex post* constitue l'*ex ante* de demain, la décision par la Commission européenne, confirmée ou non par un arrêt de la Cour de justice, étant autant l'*ex post* du problème qui a été concrètement tranché que l'*ex ante* d'un comportement prescrit ou en réaction à cette décision.

1559. Le droit de l'Union en acceptant les alliances aériennes, ou en faisant plus directement la promotion de celles-ci pour le secteur ferroviaire, en a fait des arguments juridiques et commerciaux importants qui peuvent avoir tendance à se substituer aux impératifs nationaux. Cette situation n'est pas sans créer un risque de populisme²⁰⁵⁷ que le principe de loyauté pourrait éviter sinon atténuer. La critique que les autorités de la concurrence aient pu abandonner le test du bien-être qui constituait le fondement de leur légitimité, au profit du seul test du surplus du consommateur, renvoie à cette idée, portée par les opérateurs économiques, d'un populisme des institutions européennes, organisant et promouvant le rapport de force entre entreprises et consommateurs. **Cette situation renvoie à un débat portant sur la désignation de l'agent économique qui doit subir les conséquences d'une crise et à son niveau de contribution**, à l'image de ce que les compagnies aériennes ont pu ressentir, quand, alors qu'elles se trouvaient à court de liquidités et à une immobilisation forcée de leur flotte d'avions, elles étaient sommées d'appliquer à la lettre la réglementation sur l'indemnisation des voyageurs. La pandémie de COVID-19 a, par ailleurs, pu éclairer d'une autre lumière, les stratégies mises en place par les compagnies historiques à l'apparition des compagnies *low cost*²⁰⁵⁸, en imposant des procédures de contrôle sanitaire que les compagnies aériennes et les gestionnaires d'aéroport ont tenté de faire supporter à l'autre dans la mesure du possible. Dans tous les cas, les aéroports ont dû s'adapter aux besoins et/ou exigences des transporteurs, accentuant le rapport entre compagnies et aéroports, qui apparaît comme souvent déséquilibré, et cela au détriment de ces derniers, sauf lorsque les compagnies mettent les plateformes en concurrence en raison de leur proximité²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁷ JENNY Frédéric et PHILIPPE Jérôme, Populisme et concurrence, *Concurrences*, Septembre, n°3-2018.

²⁰⁵⁸ *Supra*, Fayolle Corinne, La dérégulation du transport aérien en Europe. (1987-1997), 2003.

²⁰⁵⁹ *Supra*, CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux, 2013.

1560. Cette mise en concurrence par le biais de l'obtention d'aides d'État, s'exerce tant pour les aéroports de province, particulièrement concernés par une forte densité d'infrastructures aéroportuaires en Europe, que pour ceux desservant les grandes métropoles qui sont souvent marquées par une certaine substituabilité. La régulation possède par essence deux propriétés, d'une part, parce que proactive en faveur de la concurrence, elle est « asymétrique », c'est-à-dire soumet l'opérateur dominant à des dispositions particulières ne s'appliquant pas à ses concurrents ; d'autre part, c'est un phénomène transitoire, qui devrait progressivement s'effacer (*sunset*) au fur et à mesure que se développe le marché, ou à tout le moins opérer selon un mode de moins en moins prescripteur et de plus en plus incitatif. La concurrence ne peut donc plus être un objectif en soi, comme à l'origine de cette libéralisation, mais un moyen pour en atteindre d'autres, dans une vision très ordolibérale (Marché intérieur, dynamisme des agents en situation d'offre, satisfaction du consommateur et aménagement du territoire) que l'on retrouve dans les arrêts du Tribunal du 11 février 2021 qui rappelle à Ryanair qu'elle est « libre de venir obtenir une licence d'exploitation en France ou en Suède » et ainsi obtenir une protection de ce niveau et quelque part, et somme toute de manière assez ironique, de promouvoir un forum shopping plus loyal. On perçoit dans cette affaire, comme une crispation envers des comportements d'opérateurs qui pourraient être qualifiés de « trop opportunistes », sans savoir véritablement quel seuil il n'est pas envisageable de dépasser dans la recherche de la meilleure opportunité. Ainsi, le Tribunal rappelle que l'intérêt pour n'importe quel agent est de bénéficier de tout le cadre normatif et qu'il n'y a pas lieu de le contester alors que par ailleurs, le comportement visé tente de le contourner.

1561. L'émergence de la RSE qui devient une force normative²⁰⁶⁰, mais l'objet de notre propos n'est pas simplement de valider cela, comme si ce ne serait qu'une concurrence sous emprise de la RSE, mais qu'il s'agit bel et bien d'une nouvelle concurrence durable. Il s'agit, là, de la recherche d'efficience à différents niveaux. Ce qui correspond à l'idée que la RSE peut renforcer la dimension *ex ante* en renvoyant aux enseignements de la théorie de la compliance. La régulation juridictionnelle, en tant que régulation *ex post*, peut entraîner des conséquences sur les comportements futurs et de ce fait prend l'ascendant sur la régulation

²⁰⁶⁰ *Supra*, La Grande Transition, Les Liens qui libèrent, 2020.

ex *ante*. Le risque est, alors, que cette dernière régulation apparaisse plus rigide et donc moins apte à évoluer rapidement face aux changements techniques, économiques et sociaux. Mais à l'inverse, **on peut considérer l'émergence d'un écosystème juridique qui prenne en compte la plus grande part, sinon de la totalité, des caractéristiques du marché observé et régulé, faisant ainsi de la résilience un élément constitutif de la concurrence durable**. Le travail des juges et leur conception de la justice seraient fondés implicitement ou explicitement sur des raisonnements économiques et donc ils prendraient des décisions reflétant la rationalité économique en allouant les droits en fonction de leur valeur en direction des parties qui les valoriseraient le mieux. De la même manière, favoriser des arrangements privés, une régulation privée entre les agents eux-mêmes serait dans certaines circonstances, selon la théorie économique²⁰⁶¹ ou la doctrine juridique²⁰⁶², préférable au recours à la réglementation ou à la taxation.

1562. Par ailleurs, l'efficacité de ces règles juridiques en termes d'incitation, de création d'incitations à l'adoption de comportements permet de maximiser le bien-être social. En matière de traitement de contentieux, on s'interroge notamment sur l'efficacité comparée de l'arrangement privé (sans recourir au juge) et le traitement juridictionnel, c'est-à-dire la capacité à sélectionner des règles cohérentes avec une allocation efficace des ressources (qui maximisent le bien-être des agents en conflit et se rapproche de la conformité. Cette efficacité fut ainsi l'objet du litige qui avait opposé Lufthansa et la Commission européenne au sujet de la pertinence des engagements commerciaux pris par la compagnie alors que le temps avait passé et le marché évolué. La Cour en donnant raison à l'opérateur privé sanctionnait ainsi une idée de la Commission, que malgré la clause de revoyure, son idée du marché prévalait sur les compagnies aériennes. Autant d'orientations, portées par cette concurrence durable, que l'Union européenne reprend à son compte dans sa constante capacité d'adaptation²⁰⁶³.

²⁰⁶¹ *Supra*, BERTRAND Elodie et DESTAIS Christophe, Le « Théorème de COASE », une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique – 2002.

²⁰⁶² *Supra*, MEZAGUER Mehdi, Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne - Un exercice transactionnel de l'autorité publique, 2015.

²⁰⁶³ Commission européenne louait « la capacité intrinsèque de la politique de concurrence à s'adapter aux nouvelles conditions du marché, aux priorités stratégiques et aux besoins des consommateurs » https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_6101 du 18 novembre 2021.

C – La résilience de l’européanisation de la politique de transports

1563. Dès avant la gestion des crises que le secteur connaît depuis deux ans, cette européanisation passa par des rapports de force entre les autorités régulatrices entre elles, qui ont pu être géré dans une certaine concorde. À ce sujet, l’exemple de la coopération entre la Commission européenne le *Department of Transportation* (DOT) états-unien est topique des question de régulation²⁰⁶⁴.

1564. Les aléas sanitaires et politiques ont, jusqu’à aujourd’hui, eu plutôt l’effet de bloquer que de dégripper les blocages législatifs concernant l’attribution des créneaux aéroportuaires et l’indemnisation des passagers. On peut estimer que l’urgence de traiter la crise énergétique découlant du conflit entre la Russie et l’Ukraine à éclipser la volonté, pourtant afficher de faire avancer ces dossiers. Mais il semble bien aussi, que les États membres, et au premier ranger desquels ceux qui président l’Union depuis les dernières années comme la France lors du 1^{er} semestre 2022, se contentent du cadre normatif actuel. Il n’en reste pas moins que le 18 novembre 2021, la Commission européenne a adopté une communication intitulée « Une politique de concurrence adaptée aux nouveaux défis »²⁰⁶⁵, dans laquelle elle trace la voie à suivre afin de répondre aux principaux défis du jour. Cette communication évoque ainsi d’une part les mesures destinées à mettre progressivement fin aux mesures adoptées pour combattre la crise sanitaire actuelle et favoriser les investissements privés pendant la phase de reprise, et d’autre part la contribution de la politique de concurrence à la transition écologique et numérique en cours. Cette communication aborde donc des thèmes similaires – mais ici plus largement développés – à ceux évoqués dans le document de politique générale (ou *Policy Brief*) publié en septembre 2021.

²⁰⁶⁴ Commission européenne, Rapport de l’UE et du ministère américain des Transports sur les alliances, EU/DOT Alliance Report, du 16 novembre 2010 et *supra*, PAPY Romain, L’aviation commerciale et le droit antitrust, 2011, p 551-555.

²⁰⁶⁵ Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, “Une politique de concurrence adaptée aux nouveaux défis”, COM(2021) 713 final, 18 nov. 2021.

1565. **La transition, fut en premier lieu, celle d'un régime de crise vers un retour à une nouvelle normalité²⁰⁶⁶ puis devint celle liée au « Pacte Vert », ce « traité de paix avec la nature »²⁰⁶⁷ rendu public, le 11 décembre 2019. Il était appelé, dès l'origine, à devenir le cadre de toutes les nouvelles législations proposées par la Commission européenne à partir de 2020, ce pourquoi l'Union européenne a voulu voir appliquer²⁰⁶⁸ le plus rapidement possible, notamment du fait du conflit russo-ukrainien. Car finalement, alors que la politique des transports est une des politiques communes de l'Union européenne, elle était restée fortement morcelée du fait principalement des spécificités du transport aérien. Même si la prise en main, par le droit de l'Union, de certains de ses aspects comme la gestion des infrastructures et les droits des consommateurs, reste encore inachevée, les deux crises majeures successives que nous vivons actuellement, ont fortement accélérée l'europanisation de la politique de transport, qui était devenue dans la décennie 2010, celle de la mobilité, au travers de la question de la transition énergétique.**

1566. La politique européenne des transports a toujours été une source d'enjeux pour les mandatures de la Commission que l'on soit dans un outil parmi d'autres, même indispensable pour l'édification du marché intérieur ou que l'on soit, depuis le début de ce siècle, dans une logique plus globale, car donnant corps juridiquement aux environnements social et écologique de la mobilité. La mandature Juncker rappelle que la mobilité des passagers et des marchandises est un pilier historique de la construction européenne, reprenant en cela, les enseignements du livre blanc (2011) de la Commission européenne qui prévoyait des trafics fortement en hausse à l'horizon 2050, jusqu'à 50 % pour les voyageurs et 80 % pour le fret. Après un fléchissement du secteur, dû pour l'essentiel à la crise économique, la qualité des infrastructures de transports est apparue comme un atout compétitif capital pour l'Europe, lequel doit être préservé dans toutes ses dimensions - technologiques, sociales, environnementales, énergétiques, sécuritaires, etc. Dès lors, les enjeux qui guidaient l'action de la mandature de la Commission européenne sur la période 2014-2019, ont été repris et

²⁰⁶⁶ MARTUCCI Francesco, La politique de la concurrence face à la crise de la Covid-19 : « faire vivre et ne plus laisser mourir », *RTDeur. Revue trimestrielle de droit européen, Dalloz*, 2020, pp.551. (halshs-02969692)

²⁰⁶⁷ Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), rapport de synthèse, Faire la paix avec la nature Plan directeur scientifique visant à répondre aux urgences climatiques et à lutter contre l'appauvrissement de la biodiversité et la pollution du 19 février 2021.

²⁰⁶⁸ Commission européenne, conférence du 4 février 2021, https://ec.europa.eu/competition-policy/policy/green-gazette/conference-2021_en - Consulté le 12 mars 2021.

fondus dans le Pacte vert, devenant le nouveau guide politique de la Commission VON DER LEYEN. A côté de l'objectif, que l'on pourrait qualifier de classique, qu'est l'ouverture à la concurrence accompagnée de son volet social commun dans les différents modes de transport et d'une véritable stratégie industrielle prenant en compte la pérennité des entreprises de transport de l'Union, il existe une volonté intransigeante de découplage entre croissance économique et émissions de gaz à effet de serre. Elle repose prioritairement tant sur l'instauration d'un signal-prix carbone crédible dans le temps, que sur le renforcement de la recherche sur les motorisations et enfin sur un soutien accru aux véhicules propres en milieu urbain.

1567. Ces évolutions sont le résultat des inflexions logiques des programmes annuels de travail de la Commission européenne. Ainsi, ceux de 2021²⁰⁶⁹ et 2022²⁰⁷⁰ en prenant en compte la confirmation de la sortie de la crise de 2008, ont été revus pour tenir compte de la pandémie de Covid-19. Dans ces programmes de travail, le transport n'est plus envisagé que par la transition écologique incluant la décarbonation et la multimodalité, source de mobilité efficiente. En cela, il s'agit d'une continuité depuis la révision de la directive n° 2010/40/UE²⁰⁷¹ dite « systèmes de transport intelligents » qui ne concernait le transport aérien qu'au travers des « interfaces avec d'autres modes de transport », mais qui déjà posait les bases d'une reformulation générale des objectifs attribués à la politique de transport. Si la connectivité du territoire et le support au marché intérieur ne sont bien évidemment pas gommés, l'objectif de la transition énergétique pour le transport aérien afin de participer à la transition écologique devient le nouveau mantra de la politique européenne de transport et de concurrence, incluant un droit de la concurrence revu et corrigé.

1568. La Commission s'est lancée dans une mise à jour de sa politique de la concurrence, et s'attaquant à un tel pilier, il est remarquable que cette mise à jour se soit opérée par un binôme de commissaires en charge du marché intérieur, Thierry BRETON, et de la

²⁰⁶⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Programme de travail de la Commission pour 2021 : Une Union pleine de vitalité dans un monde fragile, COM(2020) 690 final du 19 octobre 2020.

²⁰⁷⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Programme de travail de la Commission pour 2022 : Ensemble pour une Europe plus forte, COM(2021) 645 final du 19 octobre 2021.

²⁰⁷¹ Directive 2010/40/UE du Parlement et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport.

concurrence, Margareth VESTAGER. Chacun dans leur domaine de compétence et au-delà d'une divergence qui n'est qu'apparente, ils impriment une vision des orientations que doit prendre la politique de concurrence. C'est ainsi que pour le commissaire BRETON « l'Europe restera ouverte, mais sans naïveté dans un monde qui a changé par rapport à il y a 30 ans. Nous sommes ouverts, mais attachés à nos normes, nos règles. Les autres sont les bienvenus s'ils respectent nos règles. »²⁰⁷²

1569. Ce constat commun, tant la politique de concurrence repose aussi sur le respect du principe de loyauté et le développe dans le secteur aérien, n'empêche pas des divergences lorsque la commissaire VESTAGER insiste, quant à elle, sur le caractère fondé du droit de la concurrence pour garantir les meilleurs prix aux consommateurs et stimuler l'innovation. Cette vision, classique au sens de la théorie économique, s'écarte de celle de son homologue qui entend plutôt « replacer les entreprises au centre de nos politiques et pas seulement les prix bas pour nos consommateurs ». Ce qui peut apparaître comme une opposition de principe entre politique de concurrence et politique industrielle, semble en fait totalement compatible, si l'on en juge les prises de position de la Commission européenne qui loin de harceler les compagnies aériennes sur l'indemnisation des voyageurs du fait du confinement de mars 2020, se borne, pour l'instant, à rappeler l'état de la réglementation sans engager plus avant d'actions.

1570. **Par ailleurs, c'est par le biais du régime des aides publiques que la Commission va pouvoir rapprocher ces perspectives ainsi esquissées. Il s'agit ici d'impulser une politique industrielle dans les secteurs d'avenir quand elle autorise, en effet, les aides d'État** depuis quelques années à travers les projets d'intérêts européens communs (IPCEI, selon l'acronyme anglais), selon l'article 107-3 du traité de fonctionnement de l'UE. En correspondant à quelques conditions comme l'implication de plusieurs États membres, que le secteur investi comporte des risques financiers ou technologiques élevés et que lesdits projets apportent « une contribution notable à la croissance économique, à l'emploi et à la compétitivité de

²⁰⁷² BERRETTA Emmanuel, https://www.lepoint.fr/politique/emmanuel-berretta/comment-vestager-et-breton-peuvent-se-completer-04-02-2020-2361086_1897.php - Publié le 04/02/2020, consulté le 6 mars 2021.

l'Europe », le secteur des nanotechnologies (plan Nano 2022²⁰⁷³), le transport résilient²⁰⁷⁴ ou encore les économies d'énergie²⁰⁷⁵ sont d'ores et déjà envisagés, en s'appuyant sur les entreprises communes européennes²⁰⁷⁶ comme SESAR (recherche sur la gestion du trafic aérien dans le ciel unique européen) et PCH (Piles à combustible et hydrogène).

1571. L'argument concurrentiel de la loyauté entre compagnies européennes et compagnies d'États tiers, les effets de l'extraterritorialité de la réglementation européenne.

Les créations de compagnies aériennes au début des années 80 et leur capacité d'intégration ont été largement²⁰⁷⁷ et régulièrement²⁰⁷⁸ encouragées par l'OCDE qui y voyait une concurrence effective, la seule apte à faire baisser durablement les prix, écornant au passage les préceptes de concurrence « efficace²⁰⁷⁹ », « potentielle » ou « praticable²⁰⁸⁰ » sans pour autant les écarter, édifiant ainsi les bases d'une concurrence durable. Cette vision idéalisée du fonctionnement d'un marché ouvert à la concurrence, encore à l'œuvre en à la fin de la décennie 2010²⁰⁸¹, en incluant les objectifs économiques et sociaux, mais aussi d'aménagement du territoire. Dans la fabrique des normes²⁰⁸², la loyauté peut apparaître comme s'associant à la résilience pour offrir une opportunité réelle dans le transport aérien de passagers pour implanter le réflexe de loyauté dans les relations concurrentielles entre

²⁰⁷³ Dans le cadre du règlement (CE) n°72/2008 du Conseil du 20 décembre 2007 portant établissement de l'entreprise commune ENIAC.

²⁰⁷⁴ Commission européenne, Communiqué de presse du 23 mai 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_22_2867

²⁰⁷⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, Plan de l'UE « Économiser l'énergie » COM(2022) 240 final du 18 mai 2022.

²⁰⁷⁶ Cour des comptes européennes, Rapport annuel sur les entreprises communes de l'UE relatif à l'exercice 2020 https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/JUS_2020/JUS_2020_FR.pdf

²⁰⁷⁷ OCDE, L'avenir du transport aérien international, quelle politique face aux mutations mondiales ? Rapport, OCDE, chap. 4 p93, 1997.

²⁰⁷⁸ OCDE, La concurrence dans le secteur aérien, Note de référence du Secrétariat, DAF/COMP(2014)14, des 18 et 19 juin 2014.

²⁰⁷⁹ *Supra*, RIEM Fabrice, Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil, 2008.

²⁰⁸⁰ John Maurice CLARK souligne, en 1940, que la notion de la dynamique concurrentielle est plus importante que l'évaluation statique d'un résultat : quel est le degré de satisfaction (en termes de prix, qualité et quantité) apporté par un état de concurrence ?

²⁰⁸¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour 2017 : Répondre aux attentes - Pour une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend, COM/2016/0710 final du 25 octobre 2016.

²⁰⁸² clair-BARRAUD Véronique, et al., La fabrique de la norme : Lieux et modes de production des normes au Moyen Âge et à l'époque moderne, *Presses universitaires de Rennes*, 2012. Web. <<http://books.openedition.org/pur/127806>>.

compagnies aériennes. Conçue comme un regard européen porté sur le transport aérien international, elle implique que la loyauté puisse être aussi comprise comme une idée de solidarité, à l'image de ce qu'il se passe dans une autre industrie de réseau, le marché intérieur du gaz naturel²⁰⁸³. Le litige opposait la Pologne à l'Allemagne, cette dernière ayant modifié le régime d'exploitation d'un gazoduc, OPAL²⁰⁸⁴, modification que la Commission européenne, par une décision d'exemption²⁰⁸⁵, validait afin de déroger aux règles du marché intérieur de l'énergie. À l'inverse, la Pologne estimait que Gazprom en étant autorisé à utiliser Opal pour contourner l'Ukraine et la Pologne, mettait en danger sa sécurité d'approvisionnement. La cour dans son arrêt rejette le pourvoi de l'Allemagne contre l'arrêt de Tribunal²⁰⁸⁶ qui annule la décision de la Commission pour atteinte au principe de solidarité énergétique, validant l'analyse que « seraient contraires au principe de solidarité énergétique les mesures des institutions de l'Union qui compromettent la sécurité énergétique de certaines régions ou de certains États membres, y compris leur sécurité d'approvisionnement en gaz. » comme évoqué au point 61 de la décision de la Commission.

1572. Dès lors, comment envisager une transposition de ce principe de solidarité dans notre champ d'études si un État refuse d'octroyer un mandat de négociation à la Commission pour un accord de « ciel ouvert » pour éviter la clause de loyauté et donc attirer le flux de voyageurs d'une compagnie indélicat vers son aéroport au détriment d'un autre ? La réponse pourrait bien tenir dans cette approche qu'est la concurrence durable qui ne se définit pas seulement par un rapprochement entre concurrence et développement durable, mais constitue bien un changement de paradigme²⁰⁸⁷. **Les modèles juridiques internationaux s'affrontent sur le niveau de la responsabilité des entreprises quant à leurs missions,**

²⁰⁸³ Arrêt de la Cour dans l'affaire C-848/19P du 15 juillet 2021, commentaire de BASSANI Vincent, normativité du principe de solidarité énergétique, Europe n°10, Jurisclasseur, juillet 2020.

²⁰⁸⁴ Long de 480 km, Opal est relié au gazoduc Nord Stream I qui transporte du gaz russe sous la mer Baltique vers l'Allemagne et plus loin vers la République tchèque. Il longe la frontière germano-polonaise.

²⁰⁸⁵ Décision C(2016) 6950 final de la Commission, du 28 octobre 2016 portant révision des conditions de dérogation de la ligne de raccordement du gazoduc de la mer Baltique aux règles relatives à l'accès des tiers et à la réglementation tarifaire, accordées en vertu de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

²⁰⁸⁶ Arrêt du Tribunal du 10 septembre 2019, dans l'affaire T-883/16, Pologne/Commission, ECLI:EU:T:2019:567 ; confirmé par l'arrêt de la Cour du 15 juillet 2021 dans l'affaire C-848/19 P, République fédérale d'Allemagne c/ République de Pologne, ECLI:EU:C:2021:598.

²⁰⁸⁷ Résolution de la CES pour une politique de concurrence plus durable et inclusive, 22 mars 2021, <https://www.etuc.org/fr/document/resolution-de-la-ces-pour-une-politique-de-concurrence-plus-durable-et-inclusive> - consulté le 3 juillet 2021.

amenant à une certaine nécessité de compétitivité du droit, notamment au travers de l'avantage réputationnel qui est inclus dans la conformité. Le modèle européen reste fondé sur l'économie sociale de marché dans laquelle les entreprises ont aussi une participation collective, d'ailleurs consacrée par la RSE. On arrive donc à un changement de modèle, pour un autre rapport entre entreprises et autorités publiques et les citoyens/consommateurs.

Conclusion 2e partie

1573. **La concurrence durable, nouvel écosystème juridique du transport.** À partir du constat de son imperfection, l'approche des institutions européennes aurait pu n'être qu'un accompagnement du fonctionnement de cette concurrence imparfaite en évitant ses errements et en atténuant l'effet des « trous d'air » normatifs. Il apparaît plutôt que l'UE a pensé une concurrence durable, car prenant en compte une plus grande diversité d'éléments à partir de la logique primaire/première de l'atteinte au marché²⁰⁸⁸. La croissance durable correspond à une combinaison de caractéristiques réglementaires qui dépasse les objectifs premiers que sont l'effectivité et la pérennité de la concurrence. Elle est donc cet écosystème juridique qui permet d'assurer la prise en compte qu'une politique globale de transport, c'est-à-dire embrassant toutes les modalités de mobilité, pour accompagner la réaffirmation forte du principe de loyauté. Cette loyauté que l'on souhaite aussi bien dans les rapports juridiques des agents intraeuropéens comme des États tiers, que dans les respects des engagements environnementaux nécessaires à la lutte contre le dérèglement climatique. L'argument concurrentiel se porte alors aussi sur le rôle de chacun dans la régulation et la planification écologique. La compagnie Emirates a décidé²⁰⁸⁹ alors qu'elle retirait de sa flotte son premier A380 livré en juillet 2008 et « inauguré » vers New York. Cet appareil fait l'objet d'un contrat avec Falcon Aircraft Recycling, basé aux EAU, dans le cadre d'une initiative pionnière dans laquelle ce premier A380 mis à la retraite sera « recyclé et upcyclé », réduisant

²⁰⁸⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour 2017 Répondre aux attentes - Pour une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend COM/2016/0710 final

²⁰⁸⁹ https://www.air-journal.fr/2021-11-02-emirates-repart-vers-alger-recycle-son-premier-a380-5231367.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+AirJournal+%28Air+Journal+-+Tout+sur+le+transport+a%C3%A9rien%29 - Publié le 2 novembre 2021, consulté le 10 décembre 2021.

considérablement l'impact environnemental du processus de démantèlement et les déchets mis en décharge. Après avoir terminé de récupérer les composants utilisables tels que les moteurs, les trains d'atterrissage et les composants des commandes de vol, l'avion a été démonté pour, en partenariat avec Wings Craft, une autre entreprise basée aux Émirats arabes unis spécialisée dans la production de meubles et de marchandises sur mesure à partir de matériaux aéronautiques, devenir des objets de collection et des articles de vente au détail uniques à partir des matériaux et des pièces retirés de l'avion (environ 190 tonnes). Ces articles seront lancés à la vente par phases au cours des prochains mois. De plus en plus souvent, rappelle la compagnie aérienne, les avions hors service sont transportés vers des endroits éloignés et laissés à l'abandon après avoir été dépouillés de leurs pièces. Les projets traditionnels de récupération et de recyclage se concentrent sur la récupération uniquement des composants rentables, laissant ainsi derrière eux une partie substantielle des avions et des matériaux qui vont dans les décharges ou restent inutilisés indéfiniment pendant des années. En outre, de nombreux articles d'avion peuvent être difficiles à recycler ou à éliminer, par exemple, les tissus ignifuges et les matériaux composites.

1574. Quand le droit de la concurrence participe du développement durable, une concurrence loyale, ouverte et bien réglementée permet aux entreprises de rivaliser à armes égales, tout en contribuant à la prospérité et au bon fonctionnement du marché intérieur. Car les inquiétudes sont partagées dans toutes les instances régulatrices²⁰⁹⁰ que l'enchaînement et l'accumulation des crises systémiques non seulement ne remettent en cause ces avancées, mais aussi débordent la puissance publique qui ne pourrait plus agir pour contrer les comportements anticoncurrentiels. Ce qui correspond, par ailleurs, à aller au-delà d'une concurrence inclusive, et évaluer plus encore les conséquences sociales de la recomposition de l'espace aérien européen alors que se multiplie les mouvements de grève des personnels navigants et aéroportuaires face aux conditions de la reprise du trafic post-COVID-19. Bien que l'UE fixe des objectifs ambitieux en matière de politique sociale et environnementale, son cadre juridique sur la concurrence ne tient pas suffisamment compte des préoccupations liées

²⁰⁹⁰ Notamment l'appel du 15 mars 2021 de Kristalina GEORGIEVA, directrice générale du Fonds monétaire international, Federico DIEZ, Romain DUVAL, département Recherche, et Daniel Schwarz, département juridique du FMI, Progression du pouvoir de marché : une menace pour la reprise ? supra, <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2021/03/15/blog-rising-market-power-a-threat-to-the-recovery> - Consulté le 2 avril 2021.

au développement durable ni du besoin de cohérence entre les différents domaines politiques²⁰⁹¹.

1575. Cela passe par une amélioration continue de la combinaison des articles 4 du TUE et 7 du TFUE, articulant le devoir de coopération des États membres qui « facilitent l’accomplissement par l’Union de sa mission et s’abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l’Union », et le rôle de l’Union à veiller « à la cohérence, entre ses politiques et actions, en tenant compte de l’ensemble de ses objectifs ». À cela, depuis le Pacte vert européen, l’UE y ajoute la garantie de la cohérence avec la politique de l’environnement. Il n’en est pas autrement quand les États membres et l’Union européenne se dotent d’un pacte résilient qui vise à « investir dans la résilience » quand en décembre 2020, le Conseil et le Parlement européen trouvent un accord sur la facilité pour la reprise et la résilience afin d’en faire la pièce maîtresse de l’instrument de relance Next Generation EU²⁰⁹². Pour cela, il s’est agi d’identifier les secteurs économiques, comme autant de points d’appui de ce nouvel objectif d’équilibre et de stabilité économique et sociale, faisant des transports, et notamment aérien, l’un des enjeux majeurs des décennies 2020 à 2050. **Dès lors, la concurrence durable, tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de l’Union européenne, ne peut que contribuer à cet élan par l’intégration de la loyauté et de la résilience comme autant de coordonnées pour l’utilisation d’une boussole.** La puissance normative de l’Union européenne tente ici d’offrir une alternative au modèle nord-américain, en exportant son modèle de valeurs par la normalisation, notamment quand elle envisage la protection de l’environnement ou plus directement par l’insertion systématique d’une clause de concurrence loyale dans les accords « ciel ouvert » avec les États tiers. Il lui reste « à faire ce qu’il faut » pour que cette orientation soit effective et contrebalancer la naïveté qu’on lui reproche, mais qui n’était qu’un reproche et non une réalité²⁰⁹³.

²⁰⁹¹ Résolution de la CES pour une politique de concurrence plus durable et inclusive, Résolution adoptée par le Comité exécutif de la CES lors de sa réunion des 22-23 mars 2021 et l’addendum concernant les marchés publics, adopté au Comité exécutif de la CES le 4 juin 2021, <https://www.etuc.org/fr/document/resolution-de-la-ces-pour-une-politique-de-concurrence-plus-durable-et-inclusive>

²⁰⁹² Commission européenne, https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_fr - Consulté le 22 août 2021.

²⁰⁹³ Il convient, ici de rappeler le constat dressé, par la Commission, de la non-application du règlement de 2004 alors qu’elle envisageait la refonte de 2019, *supra* Règlement (UE) 2019/712 « préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien ».

1576. Nous pourrions alors penser à un effort de concevoir un écosystème juridique qui permette une relecture d'un système de règles au bord du « déraillement ». Il n'est en effet, plus possible d'avoir pour seule optique la démonopolisation du secteur aérien, pour en comprendre les évolutions, celles-ci ayant été accentuées avec la crise sanitaire de la COVID-19 tant au niveau de la (re)définition de la politique de transports vers celle de la mobilité que de la réaffirmation d'une souveraineté européenne. Le secteur aérien de passagers a perdu, en 2004, une partie de sa spécificité, mais il n'en reste pas moins régulé de manière tout à fait singulière. Sans prise en charge par une institution de régulation sectorielle comme pour le secteur de l'énergie ou des télécommunications, le secteur du transport relève d'une autorité qui n'envisage « que » la tarification (péage du sillon ferroviaire ou taxes aéroportuaires), mais qui laisse à la « corporation » le soin de l'attribution des créneaux aéroportuaires, renvoyant à un traitement équitable des agents, pour correspondre à cette nécessité de loyauté. Cela impose de prendre en compte l'ensemble des situations et d'envisager la dimension hétéroclite de la déclinaison du principe de loyauté dans le transport aérien. D'autant plus que les objectifs de l'Union sont encore parfois contradictoires, alors que le Pacte Vert / *Green deal* sert de boussole aux institutions. **La loyauté, dès lors, doit devenir un facteur endogène de la concurrence.**

*

Conclusion générale

1577. L'objectif premier de l'ouverture à la concurrence du transport aérien de passagers, par l'eupéanisation progressive de la réglementation, devait en théorie amener les compagnies aériennes à s'emparer de toutes les libertés aériennes. À l'heure actuelle, les compagnies aériennes européennes n'en sont toujours pas à la 5^e liberté de l'air, alors qu'Emirates lançait en octobre 2013 des vols entre Milan et New York et que Singapore Airlines effectue régulièrement, en 2022, cette même liaison avec un A380. Ainsi, pour

l'alliance Skyteam, seule la compagnie nord-américaine Delta dessert, sans escale, ces destinations, Air France offrant systématiquement une escale à Paris-CDG.

1578. Ce constat renforce l'angle pris par notre analyse du secteur aérien. **La concurrence, comme on a l'habitude de l'envisager, une utilisation efficace des ressources, par la liberté d'action économique des divers opérateurs sur le marché, n'est finalement pas le seul objet de l'étude.** Cela passe par renoncer au raisonnement par mode de transport et de penser le transport dans sa globalité tant nous sommes passés d'une logique de transport à une logique de mobilité. Cela implique aussi d'intégrer les contraintes qui pèsent de plus en plus sur le secteur aérien, tant dans son rapport aux consommateurs-citoyens que dans sa participation à la transition écologique par ses efforts énergétiques.

1^{er} point – La transition vers une concurrence durable

1579. **Les nouveaux enjeux de la concurrence viennent, à notre sens, que cette durabilité, comme pour tout alliage, agit afin de modifier certaines propriétés de la concurrence, mais plus sûrement, d'obtenir des propriétés nouvelles.** Ainsi, d'une concurrence initialement effective et pérenne, l'Union européenne intègre les caractéristiques de multimodalité et de loyauté. La concurrence y acquiert une stabilité et assure ainsi une logique de sécurité afin de favoriser les investissements, jusqu'à devenir résiliente. Sans vouloir abuser de cette notion déjà fort utilisée dans les champs de la physiologie et de la psychologie, l'enjeu est alors de mobiliser une capacité à résister aux crises, environnementale et sociale, puis une aptitude à renouer avec les objectifs économiques de l'entreprise et du secteur tout entier.

1580. Les schémas de croissance et de développement de chaque organisation humaine, d'une civilisation à une zone économique intégrée comme l'Union européenne, passent par sa capacité à produire, stocker et à faire progresser les moyens de transport pour échanger. En cela, toute la politique de transport européenne demeure marquée, malgré les avancées du Pacte vert européen, par cette logique intégrative de modes de transport au service du marché intérieur. Pourtant, il semble bien que le secteur des transports intègre progressivement, et de manière structurante, les questions environnementales dans son modèle économique. Le secteur aérien de passagers est le premier secteur de consommation

finale de produits pétroliers. De ce fait, il est confronté à deux restrictions majeures. La première vient du coût important, accentué par la volatilité des cours, qu'il n'est pas envisageable de reporter intégralement sur les clients. La seconde restriction est une crise de production liée à la désaffection du consommateur pour un mode de transport fortement carboné et qui suscite donc de fortes interrogations quant à son avenir.

1581. Cette double contrainte confine à un paradoxe, en rapprochant l'avion de la voiture, par un rejet d'un mode de transport qui ne correspond plus à la conscience d'une transition écologique, que l'on fasse une longue ou une courte distance, mais auquel le consommateur ne souhaite pas totalement se défaire. Celui-ci confirme alors, et malgré les remises en cause, la logique contemporaine d'un passage de la « tyrannie de la distance » à la « valeur du temps »²⁰⁹⁴. Dès lors, **le transport aérien de passagers est un secteur pertinent pour comprendre et envisager, l'émergence de la concurrence durable, notion dépassant la simple application de la RSE** aux comportements des compagnies aériennes ou encore les contraintes nécessaires imposées à un secteur économique pour correspondre aux préceptes du développement durable. Issue de l'européanisation d'un mode de transport fortement empreint de souveraineté nationale, le transport aérien de passagers est traversé par des perturbations qui deviennent autant de lignes de force. La libéralisation et la démocratisation de ce mode de transport ont autant déconcentré le trafic aérien, par le développement d'aéroports régionaux lié à l'offre des compagnies aériennes à bas-coûts, que sanctuarisé les grands aéroports internationaux, dont l'accessibilité par voie ferrée conforte le rôle de point d'entrée majeur sur le territoire européen. **La concurrence durable accompagne ces évolutions en supposant une planification écologique qui devrait être pensée de la même manière pour la territorialité.**

1582. La libéralisation permet donc une réorganisation de l'offre de services de transport aérien entre les opérateurs sur le territoire européen. Elle mène aussi, au besoin d'une harmonisation complémentaire, celle de l'espace aérien européen, à un espace technique commun de circulation des avions. La libéralisation n'a pu donc aboutir à une concurrence parfaite, ce qui n'a finalement jamais été le but. La thèse sur ce point dépasse les analyses, déjà faites, de l'effectivité de la concurrence pour se porter sur la texture de concurrence

²⁰⁹⁴ Collectif FORTES, sous la direction de RENOARD Cécile et al., Manuel de la grande transition Editions Les liens qui libèrent, p71. - 447 pp, Octobre 2020.

obtenue par la démonopolisation. La concurrence est effective tant elle est caractérisée par une baisse des prix et une meilleure qualité et efficacité de services. La thèse montre que cette concurrence effective est aussi pérennisée, même si elle est dominée par quelques compagnies aériennes, le marché demeure contestable, fonctionnant comme une concurrence effective, « *workable competition* » comme alternative « réalisable » à la théorie économique de la concurrence parfaite, si rarement observée. La combinaison de la concurrence associée à la planification écologique semble établir que ces notions ne sont pas antinomiques, préférant alors la concurrence effective plutôt que la concurrence dogmatique.

1583. Ces deux caractéristiques composent un instrument de la politique de transport aérien incluse dans une politique globale de transport pour une meilleure mobilité. Cet état concurrentiel, imparfait au sens de la littérature économique, fut endogénéisée par la pratique de la Commission européenne, sous le contrôle de la Cour de justice, dans son raisonnement pour une analyse pragmatique au service du marché intérieur. En cela, la Commission a évité que les États ne trouvent le moyen de bloquer la libéralisation du secteur par l'argument de la protection de leur souveraineté. La libéralisation par la démonopolisation est donc trop partielle pour permettre une concurrence, même imparfaite, à l'échelle du ciel européen. **L'objet de cette thèse est de montrer que la concurrence issue de cette double évolution est novatrice à bien des égards, et bien au-delà de ce qu'il avait pu être envisagé dans les débuts de ces travaux de recherche.** Il convient de rappeler que les évolutions actuelles ne sont pas le fruit de la combinaison des seules crises vécues actuellement par le secteur économique, la pandémie de SARS-CoV2 ou la guerre entre la Russie et l'Ukraine. Car dès l'année 2019, les orientations stratégiques étaient en discussion. Depuis la fin de la décennie 2010, tous les opérateurs économiques du secteur du transport aérien de passagers vivent et participent à une deuxième européanisation du secteur. Dès 2019, l'orientation politique du Pacte vert européen, présenté par la Commission européenne issue de la nouvelle législature européenne, confortait l'idée d'un tournant fondamental de la politique générale de l'Union européenne, pris huit mois plus tôt par le règlement (UE) n°2019/712 dit « préservation de la concurrence dans le transport aérien », de la loyauté dans les rapports économiques et donc concurrentiels du ciel européen. L'Union européenne par la transition écologique et la nécessité de comportements loyaux des compagnies aériennes d'États tiers, assumait l'idée d'un écosystème normatif permettant une politique commune et

harmonieuse des transports. Tout ceci annonçait déjà une rupture, que le secteur, tente de prendre en compte pour ne pas être totalement remise en cause à la suite de la COVID-19²⁰⁹⁵ alors que l'on a pu lire et entendre que « L'aérien, facteur aggravant de la pandémie » et moins polémique « Une liberté subventionnée », incluant l'accès à un carburant non taxé et le régime des aides d'État pour le développement des aéroports et les lignes aériennes régionaux.

1584. La définition positive de la concurrence durable présentée ici est, à ce stade, composite, mais elle comporte d'ores et déjà tous les éléments pour que cette idée prospère.

2^e point – La fin du raisonnement par modes de transport pour penser la mobilité dans le cadre de la vision du Pacte vert européen

1585. À côté de la mise en place du marché intérieur, dans la mesure où l'on peut considérer qu'il n'est pas encore achevé, la possibilité offerte aux consommateurs d'opter entre différentes modalités de transport est venue interroger notre rapport aux libres choix de nos déplacements jusqu'à poser la question de la mobilité. **Le transport qui va vers la mobilité n'est pas qu'une question de régulation par modes pour envisager une globalité.** Il permet par l'application du Pacte vert qui envisage la transition énergétique pour une transition écologique que la concurrence ne soit définitivement plus qu'un moyen et dès lors, on peut en moduler l'intensité.

1586. D'ores et déjà, il pourrait s'agir ni plus ni moins que de la disparition, progressive de la « politique des transports », telle que l'Union européenne l'a mise en œuvre, pour une « politique de la mobilité durable ». Si c'est le cas, celle-ci n'est pas seulement une mobilité protectrice de l'environnement ni une mobilité qui rentrerait dans le cadre relevant de la RSE. Elle évoque aussi, et dans le même temps, une banalisation du transport comme un acte de la vie quotidienne, voulant alors éviter la dichotomie que la société opère entre population mobile et non-mobile, catégorie plus ou moins liée à l'acceptation sociale de la mondialisation.

²⁰⁹⁵ WOESSNER Raymond, Géographie du transport aérien. Quelle croissance pour quelle planète ? La crise du transport aérien - Vers une autre planète ? *Éditions Atlande*, juillet 2020 et aussi, <https://theconversation.com/aeronautique-le-covid-19-signe-t-il-la-fin-des-privileges-136126> 19 avril 2020, consulté le 25 avril 2020.

Dans ce cadre, le droit de la concurrence, appliqué au transport aérien de passagers, participe à la transition énergétique et doit intégrer une dimension sociale plus large incluant la recherche de loyauté.

1587. **L'étude de la durabilité appliquée à la concurrence a représenté quelques difficultés.** Celle, bien évidente de ne pas être une hagiographie de l'œuvre de la Commission européenne dans la libéralisation du secteur aérien de passagers, ce qui a amené à intégrer les évolutions du droit de l'Union depuis mars 2020 dans notre analyse en perspective. C'est ainsi qu'il a fallu prendre en compte l'évolution de la structuration des notions qui, en se complétant, pouvait aussi s'entrechoquer. La concurrence imparfaite relève intrinsèquement d'une industrie de réseau et la question de l'accès à la mobilité trouve une partie de sa réponse dans une concurrence multimodale reposant sur les préoccupations environnementales et d'aménagement du territoire. Tout ceci faisant alors écho aux travaux d'Alain SUPIOT²⁰⁹⁶ – équilibre entre casuistique et « tracé géométrique » - pour fonder un écosystème juridique, notion plus mouvante et adaptative que cadre normatif, peut-être comme une référence à Mireille DELMAS-MARTY²⁰⁹⁷ et son évocation des « fonctions innovantes du Droit ». Dès lors que le droit assume une fonction d'arbitre, il revient à la volonté du pouvoir politico-juridique de soumettre une activité aux règles du marché ou, au contraire, de la faire échapper à ces règles. Ce constat explique le caractère fluctuant de l'ordre concurrentiel et donc du marché, en fonction des époques, des sphères géographiques et surtout des objectifs poursuivis par la puissance publique²⁰⁹⁸. La nature éminemment évolutive de cet écosystème est particulièrement bien illustrée par l'ouverture à la concurrence des services publics de réseau, en l'occurrence au transport aérien de passagers.

1588. Formant un ciel européen, au sens de l'espace aérien commun et non du seul système technique de guidage des avions entre deux aéroports, cet écosystème peut apparaître comme complet, comportant la gestion de la ressource aéroportuaire, comme la promotion de la multimodalité et de l'aménagement du territoire ou encore, la défense contre

²⁰⁹⁶ SUPIOT Alain, *Homo juridicus*, collection Essais, Editions Point, septembre 2009.

²⁰⁹⁷ DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit, Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil / La couleur des idées, février 2006.

ou encore <https://collegededroitsorbonne.com/2020/07/23/mireille-delmas-marty-je-vois-le-droit-comme-un-processus-de-transformation-et-le-juriste-comme-un-paysagiste/> - Consulté le 13 mars 2022

²⁰⁹⁸ BERNARD Elsa, L' « activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, *Revue internationale de droit économique*, vol. xxiii,3, no. 3, 2009, pp. 353-385.

les pratiques déloyales tant fiscales que sociales. Celui-ci manque encore de cohérence, faute de volontés politiques pour avancer sur les dossiers en cours quant à la régulation des infrastructures ou le niveau de protection du consommateur. Mais c'est aussi à faire un choix de société clair et précis, permettant la définition d'un cap, quant à la place de la transition énergétique pour une transition écologique, alliant planification au sens d'anticipation, et fonctionnement du marché, dont l'aspect ferroviaire de la concurrence aérienne est fondamental.

1589. La complémentarité avec le train a pu faire croire qu'une ouverture à la concurrence de ce secteur pouvait être aussi bénéfique qu'elle l'a été dans le secteur aérien. L'expérience du transport aérien démontre que l'on a pu être allé trop loin et/ou trop vite dans la libéralisation. Dès lors, afin d'éviter une crise sociale et une remise en cause des opérateurs ferroviaires, l'ouverture à la concurrence du transport de passagers par voies ferrées n'ira pas jusqu'à ce point. Cependant, le verdissement du transport ne va pas épargner l'offre ferroviaire²⁰⁹⁹ qui à l'image du transport aérien de passagers, doit développer sa capacité à trouver une énergie renouvelable, réduisant sa dépendance à l'électricité nucléaire, que la taxonomie européenne n'a pas verdie de manière pérenne, et *a fortiori* au diesel. Il reste à ce niveau à envisager dans le futur, proche tant l'évolution des technologies numériques²¹⁰⁰ est exponentielle, les plateformes numériques et le marché qu'elle forme²¹⁰¹, pour une concurrence globalisée par une concurrence numérique intensifiée.

1590. La concurrence durable ne serait pas qu'une fiction, tant la question de la stabilité du système demeure l'objectif ultime face à la gestion de toutes les crises que le

²⁰⁹⁹ Assemblée nationale, Rapport final de Benoit SIMIAN Le verdissement des matériels roulants du transport ferroviaire en France Comment répondre aux défis de la sortie du Diesel et se tenir à la pointe de l'innovation technologique pour assurer la transition énergétique ? https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/verdissement_flotte_ferroviaire.pdf, novembre 2018

²¹⁰⁰ Notamment le séminaire, Droit et Economie de la concurrence dans le numérique / projet Stratégies et Régulation des Marchés (SRM), GREDEG, organisé avec l'OFCE-DRIC, Sciences Po. Paris par Sarah GUILLOU, Patrice BOUGETTE, Patrice REIS et Frédéric MARTY, <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/37550-droit-et-economie-de-la-concurrence-dans-le-numerique>, juin 2021.

²¹⁰¹ Le vendredi 25 mars 2022, le rapporteur du Parlement, Andreas SCHWAB (PPE, DE), le secrétaire d'État français à la transition numérique, Cédric O, au nom du Conseil, la vice-présidente exécutive de la Commission, Margrethe VESTAGER, en charge de la concurrence, et le commissaire au marché intérieur, Thierry BRETON, ont présenté l'accord tripartite portant sur le Digital Markets Act 2020/0374(COD) <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users> et [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/0374\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/0374(COD)) - Consulté le 13 mai 2022.

secteur a pu traverser²¹⁰². Il est probable que certaines de ces conclusions pourraient être remises en cause. Toutes les données chiffrées ont été arrêtées à l'année 2019 pour évoquer un secteur économique en pleine expansion, face à une année 2020 si brutalement récessive. Les différentes tendances statistiques ont confirmé une reprise lente, car erratique en 2021 puis rapide et importante en 2022, désorganisant tout le secteur. La mise sous tension des gestionnaires d'aéroport face à l'afflux des passagers, des compagnies aériennes, qui après procédé à des licenciements, peinent à recruter du personnel, complique l'observation actuelle du secteur, mais il est sûr que celui-ci ne reviendra pas à la situation Pré-covid-19 tant il s'agit plus fondamentalement d'une redistribue des cartes. Le marché perdure, mais se réinvente en restant un rêve d'enfance et une question de souveraineté. La fin des restrictions sanitaires a pu laisser ressurgir les réflexes concurrentiels des compagnies aériennes, notamment par le déploiement des TBC/LCC pour la mobilité intérieure du marché européen en lieu et place des transporteurs universels, de plus en plus tentés par le recentrage sur leur marché transcontinental. La question de la stabilité de l'état concurrentiel du transport aérien de passagers est à nouveau questionnée.

1591. La stabilité du système comprend autant les relations entre les concurrents que les relations entre les différents fournisseurs de service, incluant les relations de confiance entre les institutions réglementatrices et régulatrices pour établir une « sécurité juridique ». Ceci est particulièrement important en période de remise en cause fondamentale par la COVID-19²¹⁰³, tant la période actuelle évoque un rapport modifié au transport aérien. Cette modification de l'acceptation sociale du transport aérien implique une accélération vers la multi, voire l'intermodalité, du moins dans son aspect local comme accentuation de la répartition spatiale des modes de transport. Elle emporte, également, une acceptation du terme « durabilité » évoquant la viabilité du système de régulation afin de questionner l'efficacité de cette régulation. Ce qui pose notamment la question du niveau de régulation, celui de l'Union européenne ou de l'État central, voire d'une déconcentration vers des autorités indépendantes selon qu'elles représentent une garantie d'impartialité pour « réduire la distance entre l'autorité administrative gestionnaire du marché et les opérateurs,

²¹⁰² <https://www.eesc.europa.eu/fr/our-work/opinions-information-reports/opinions/lavenir-du-transport-aerien-de-lue-pendant-et-apres-la-crise-du-coronavirus> - Consulté le 13 mai 2022.

²¹⁰³ Arrêt du Tribunal du 19 mai 2021 dans l'affaire T-465/20, Ryanair DAC/Commission (TAP - Covid-19)

en particulier si le marché passe de l'état de monopole public à celui de la concurrence »²¹⁰⁴. Mais à ce niveau, la question se pose de leur champ de compétence, sectoriel au risque d'être concurrentes entre elles. La régulation de l'attribution de ces créneaux aéroportuaires et de l'absence de régulation européenne, voire nationale, illustre ce débat. De même, alors que l'UE est membre de la convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)²¹⁰⁵, il pourrait être pragmatique que les États membres transfèrent un peu de leur souveraineté aérienne en décidant d'une telle adhésion à la Convention de Chicago, en ligne avec la logique d'eupéanisation du transport aérien de passagers.

3^e point – La concurrence durable, nouvelle texture de la concurrence dans le transport aérien de passagers

1592. La concurrence durable, telle qu'ici présentée, renvoie à transformer la concurrence par une combinaison des différents objectifs et une volonté d'y intégrer la résilience comme une question de survie. La résilience tendrait à devenir un concept juridique en partant d'une mode sémantique, comportant une mutualisation des efforts pour changer la mobilité et poursuivre, notamment, le développement des avions, qui sont plus sobres et plus « verts », seraient aussi devenus plus modulables dans leur capacité à accueillir marchandises et/ou passagers. Il s'agit de transformer les coûts subis en opportunité. Les catégories changent, les marchés évoluent. Ainsi le train est en passe de devenir le mode de transport pour le *Business travel*, en complément du télétravail. Ou encore, quand la concurrence durable se rapproche, dans la logique d'une politique équilibrée entre les différents agents, de la transition juste telle qu'évoquée par Sabine LOCHMANN²¹⁰⁶. En refusant les activités polluantes, il est nécessaire d'anticiper et programmer les solutions afin de pallier les pertes d'emplois et les conséquences sociales de cette transition écologique. Il est alors inévitable de prendre en

²¹⁰⁴ DU MARAIS Bertrand, L'État à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique, Politiques et management public vol 20 n°1 p121-141, 2002.

²¹⁰⁵ Décision 2013/103/UE du Conseil, du 16 juin 2011, relative à la signature et à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires concernant l'adhésion de l'Union européenne à la convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980, telle que modifiée par le protocole de Vilnius du 3 juin 1999

²¹⁰⁶ LOCHMANN Sabine, ancienne directrice générale de BPI Group, présidente de Vigeo Eiris et directrice monde de Moody's ESG Solutions, colloque Effectivité de la compliance et compétitivité internationale, *Journal of Regulation & Compliance* (JoRC) et par le Centre de recherches en Economie et en Droit (CRED) de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 4 novembre 2021

compte des indicateurs sociaux et non seulement environnementaux afin d'assurer un financement pour cette transition juste. **La concurrence durable, somme des choix faits pour le transport aérien de passagers, serait alors un autre modèle de concurrence, plus planificateur.**

1593. Pour conclure, ce tour d'horizon, les mots de Jean MONNET ont ici aussi une résonance toute particulière, quand il estimait que « *J'ai toujours pensé que l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises.*²¹⁰⁷ ». La crise sanitaire liée à la COVID-19, redonne de la pertinence à ces mots, tant elle dégage la perspective que l'harmonisation complète par paliers jusqu'ici à l'œuvre, qui tient compte de la sensibilité des États et de la contrainte progressive sur leur souveraineté, les dernières évolutions politiques montre un tournant vers une concurrence durable.

²¹⁰⁷ MONNET Jean, Mémoires. Paris, Fayard, 1976, p. 488. Cité par Gilles GRIN, Fondation Jean Monnet pour l'Europe, 2013.

Glossaire

Accord de partage de codes : L'accord de commercialisation permet à deux ou plusieurs compagnies de vendre des sièges sur les vols de l'une ou l'autre sous leur propre code de désignation. Elles utilisent un système d'information et de réservation commun.

Accord interlignes : Cet accord de commercialisation officialise le transport par une compagnie des passagers d'une autre. Chaque compagnie agit pour le compte de l'autre tout en gardant son identité et son propre système d'information et de réservation.

Accord sur les services aériens (accord de transport aérien) : L'accord concerne deux gouvernements qui fixent les conditions de commerce des services aériens internationaux (accès au marché, les routes aériennes, la capacité et la fréquence des vols notamment).

Aéroport : Ensemble d'installations (aérodrome, aérogare, ateliers) nécessaires au trafic aérien ; Les autorités régulatrices distinguent entre aéroports principaux/secondaires et régionaux. Ainsi, les Lignes directrices de la Commission, d'avril 2014 (sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes 2014/C 99/03) définissent un « aéroport régional » comme un aéroport dont le trafic de passagers annuel n'excède pas 3 millions de personnes. Un aéroport pivot est un aéroport suffisamment important (longue et nombre de pistes) pour permettre la répartition du trafic aérien entre moyen et long-courrier par un système d'escale et de correspondance.

A.I.T.A (I.A.T.A en anglais) : Il s'agit de l'Association Internationale du Transport Aérien. Cette association regroupe plus de 240 compagnies aériennes. Elle représente, notamment, ses membres auprès des instances nationales et internationales. Elle est à l'origine du code AITA (ou IATA) qui désigne par une suite de lettres unique un aéroport ou encore une compagnie aérienne (ex. AF pour Air France et CDG pour Aéroport Charles de Gaulle).

Base commerciale : Choix d'un aéroport d'où sera assuré quotidiennement sinon fréquemment des départs et des arrivées et pour lesquels équipage et avions sont regroupés et stationnés.

Ciel unique : Le projet de « Ciel unique européen » a été lancé en 1999 afin d'améliorer les performances de la gestion du trafic aérien (GTA) et des services de navigation aérienne (SNA) au moyen d'une meilleure intégration de l'espace aérien européen. En cela, elle diffère de l'espace aérien européen qui évoque dans cette thèse un espace tant géographique que commercial.

Concentration : Diminution du nombre de compagnies aériennes présentes sur un marché, soit parce qu'elles disparaissent faute de rentabilité, soit en raison d'acquisition.

Compagnies aériennes : toute compagnie aérienne titulaire d'une licence d'exploitation en cours de validité délivrée par un État membre ou un membre de l'espace aérien commun européen conformément au règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil.

- Compagnies à bas-coûts :** Compagnie aérienne dont l'offre commerciale repose principalement sur les tarifs les plus bas possible, obtenus en réduisant les coûts d'exploitation, comme ceux liés à l'utilisation des appareils et aux services proposés aux passagers. Cela passe par une structure de réseau basée sur les liaisons de point à point (vol direct), une flotte composée d'un seul type d'appareil, ou encore des personnels multi-fonctions.
On évoque aussi « transporteurs à bas coûts (TBC) », ce qui se traduit par *LCC* en Anglais pour « *low cost company* ».
- Compagnies « porte-drapeaux » :** Une compagnie aérienne est dite « porte-drapeaux » quand elle opère sur des vols de moyen et long courrier et fortement qu'elle est liée, dans son histoire et sa dénomination sociale, à un État. On évoquera ainsi, par exemple, Air France, Iberia ou British Airways. On trouvera aussi les termes d'historiques ou universelles ou encore traditionnelles de réseaux.
- Créneaux aéroportuaires :** Un créneau est une période de 10 minutes. Il y a 6 créneaux dans une heure, du début de l'heure jusqu'à 9 minutes après, de 10 à 19 minutes, de 20 à 29 minutes, de 30 à 39 minutes, de 40 à 49 minutes et de 50 à 59 minutes. Par exemple, 6:00 et 6:05 appartiennent au même créneau de 10 minutes.
- Contestabilité :** Notion économique qui insiste sur l'importance de la possibilité (potentialité) que de nouvelles entreprises puissent pénétrer un marché. Plus la menace d'entrée est effective, moins les compagnies établies sur ce marché sont enclines à réaliser un surplus important.
- Droits acquis :** Droits dont dispose une compagnie aérienne à voir reconduire les créneaux horaires, d'atterrissage et de décollage, détenus et utilisés (à plus de 80 %) lors de la saison touristique précédente.
- Droits de trafic aérien (libertés « aériennes ») :** droits définis par des accords internationaux et qui définissent les fréquences de vols, les points de dessertes et d'escales, les possibilités de partages de codes, l'accès aux programmes de fidélisation des compagnies concernées par l'accord.
- Nouvel entrant :** droit, pour tout opérateur aérien qui se conforme à la réglementation en vigueur, de prétendre à entrer dans ce secteur des transports, s'il l'estime rentable.
- Economie de densité :** Elle correspond à la baisse du coût unitaire résultant de la proximité spatiale des producteurs.
- Economie d'échelle :** Economies induites par la diminution du coût de production unitaire moyen des compagnies aériennes lorsque le nombre de vol augmente.
- Escale :** Arrêt technique (ou commercial) au cours d'un vol.
- Espace aérien :** On évoque la portion de l'atmosphère terrestre, sur terre ou sur l'eau, qui est règlementée par un pays en particulier. Ainsi, les territoires nationaux sont découpés en régions d'information de vol (FIR, flight information region) pour permettre la communication entre les différents opérateurs tels que le contrôle aérien, les aéroports et les compagnies aériennes.

Marché du transport aérien : Le marché est représenté par le trafic réel et potentiel entre deux lieux quelconques par des aéronefs commerciaux. On distingue quatre catégories, dans une structure hiérarchique : **marché de paires de villes**, reliant deux villes dans un même pays ; **marché de paires de pays** constitué des routes entre paires de villes reliant deux pays (par exemple Canada — France), par ailleurs, le **marché de région à région**, englobant toutes les routes reliant deux régions (par exemple marché Amérique du Nord — Europe, dit aussi marché Atlantique Nord) enfin, le **marché mondial**, qui comprend tous les points desservis dans le monde par les compagnies aériennes.

OACI (ICAO en anglais) : L'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) fut créée en 1947. C'est une organisation internationale qui dépend de l'Organisation des Nations unies. Son rôle est de participer à l'élaboration des politiques et des normes qui permettent la standardisation du transport aéronautique international.

Réseau en étoile : Structure d'exploitation d'une compagnie aérienne qui concentre les activités sur un ou plusieurs aéroports, qui servent de plates-formes logistiques pour gérer le flux de passagers entre les vols moyen et long courrier.

Terminal : Les aéroports les plus importants disposent de terminaux. Chacun de ces terminaux est réservé pour un nombre défini de compagnies aériennes et leurs comptoirs.

Transit : Période ou zone réservée aux passagers devant changer d'avion lors d'une escale.

Transport Aérien : Le transport aérien regroupe les activités suivantes :

Exploitation : assurer la préparation du vol et son suivi et le traitement des passagers, des bagages, du fret et du courrier, ainsi que celui de l'aéronef lors de la touchée, de l'atterrissage au décollage ;

Maintenance : maintenir en état de navigabilité d'un aéronef et des engins de manutention / transport, et de modification / fabrication de pièces de structures ou systèmes de l'aéronef ;

Commercial : définir, proposer et vendre des produits et services adaptés aux besoins de la clientèle ;

Navigant : Ensemble des activités permettant d'assurer le vol d'un aéronef

Système d'information : concevoir et exploiter des applications utilisant les technologies systèmes d'information ;

Supports : Ensemble des activités concernant la gestion des ressources et des moyens communs aux différents métiers de l'entreprise.

Vol Charter : Par opposition à un vol régulier qui vole à heure et à destination définies à l'avance, le vol charter est un vol affrété sur demande (d'un tour-opérateur par exemple).

Vol direct : Vol réalisé sous le même numéro de vol mais pouvant avoir des escales, voire un changement d'appareil.

Vol long-courrier (moyen-courrier et court-courrier) : La définition reste floue. Cependant, on peut définir comme critère le temps de vol : moins d'une heure de vol pour le court-

courrier (ce qui fait que ce type de vol n'existe quasiment plus dans l'aviation moderne) ; moins de quatre heures de vol pour un moyen-courrier et au-delà pour un long-courrier.

Vol non-stop : Vol sans escale. On peut aussi évoquer un « vol direct »

Vol régulier : Liaison effectuée par une compagnie régulière et programmée à l'avance.

*

D'après :

Rapport de l'OCDE « l'avenir du transport aérien international, quelle politique face aux mutations mondiales » de 1997, www.aireemploi.org/f/transportaerien/presentationdusecteur.html et <http://transindemnite.com/page/lexique>, consultés le 30 août 2018.

Et

Communication de la Commission 2014/C 99/03, Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes du 4 avril 2014.

Annexes

Annexe 1 : Les libertés aériennes : le droit de trafic aérien ;

Annexe 2 : Un exemple d'Accord dit « de ciel ouvert » ;

Annexe 3 : Le tableau des alliances commerciales ;

Annexe 4 : Modalités d'application des règles de concurrence dans le transport aérien ;

Annexe 5 : Consolidation des marchés aériens aux États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne ;

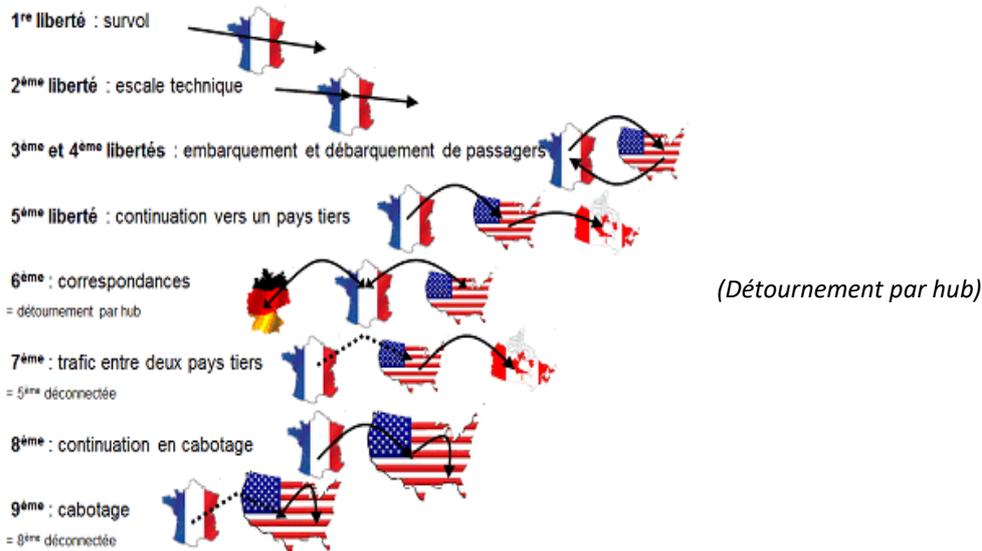
Annexe 6 : France, liaisons annuelles et saisonnières opérées par le plus grand nombre de transporteurs – 2019 ;

Annexe 7 : Classement des aéroports européens 2019 ;

Annexe 8 : Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires ;

Annexe 9 : Les co-entreprises (joint-ventures) de la SNCF.

Annexe 1 : Les libertés aériennes : le droit de trafic aérien



Source : Direction générale de l'aviation civile

Résumé des libertés de l'air prévues par la Convention de Chicago de 1944

Les libertés de l'air constituent des droits ou privilèges accordés par un État à un ou plusieurs autres États, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers. Il s'agit du droit de :

- de **survoler le territoire de cet État sans y atterrir (Première liberté de l'air, droit de survol).**
- **d'atterrir sur le territoire de cet État pour des raisons non commerciales (Deuxième liberté de l'air, droit d'escale technique).**
- de débarquer des passagers, du courrier et des marchandises embarqués sur le territoire de l'État dont l'aéronef possède la nationalité (Troisième liberté).
- **d'embarquer des passagers, du courrier et des marchandises à destination du territoire de l'État dont l'aéronef possède la nationalité (Quatrième liberté).**
- **d'embarquer des passagers, du courrier et des marchandises à destination du territoire de tout autre État contractant et de débarquer des passagers, du courrier et des marchandises en provenance du territoire de tout autre État contractant (Cinquième liberté).**

Les libertés 6 à 9 sont des combinaisons des 5 premières libertés. Ainsi pour la 7e liberté, il s'agit du droit de voler entre deux pays étrangers tout en n'offrant pas de vols dans son propre pays.

Source : Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI)

In : Rapport n° 434 (2013-2014) de Mme Josette DURRIEU, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, déposé le 9 avril 2014 pour le Projet de loi autorisant la ratification de l'accord sur la création d'un espace aérien commun entre l'Union européenne et ses États membres et la République de Moldavie – www.senat.fr

Annexe 2 : Un exemple d'Accord dit « de ciel ouvert »

2007/339/CE: Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part

ANNEXE 1

Section 1

Conformément aux dispositions de l'article 22 du présent accord, les accords bilatéraux suivants signés entre les États-Unis et les États membres sont suspendus ou remplacés par le présent accord :

- a) République d'Autriche : accord sur les services aériens, signé à Vienne le 16 mars 1989, modifié le 14 juin 1995 ;
- b) Royaume de Belgique : accord de transport aérien, conclu par échange de notes à Washington, le 23 octobre 1980, modifié le 22 septembre et le 12 novembre 1986 ; modifié le 5 novembre 1993 et le 12 janvier 1994 [modification conclue le 5 septembre 1995 (appliquée provisoirement)] ;
- c) République de Bulgarie : accord sur la sûreté de l'aviation civile, signé à Sofia le 24 avril 1991 ;
- d) République tchèque : accord de transport aérien, signé à Prague le 10 septembre 1996, modifié le 4 juin 2001 et le 14 février 2002 ;
- e) Royaume de Danemark : accord en matière de transports aériens, conclu par échange de notes à Washington, le 16 décembre 1944, modifié le 6 août 1954, modifié le 16 juin 1995 ;
- f) République de Finlande : accord de transport aérien, signé à Helsinki le 29 mars 1949 ; protocole y afférent signé le 12 mai 1980, accord modifiant l'accord de 1949 et le protocole de 1980 conclu le 9 juin 1995 ;
- g) République française : accord de transport aérien, signé à Washington le 18 juin 1998, modifié le 10 octobre 2000, modifié le 22 janvier 2002 ;
- h) République fédérale d'Allemagne : accord de transport aérien avec échange de notes, signé à Washington le 7 juillet 1955, modifié le 25 avril 1989 [protocole y afférent conclu le 1er novembre 1978 ; accord connexe conclu le 24 mai 1994 ; protocole modifiant l'accord de 1955 conclu le 23 mai 1996 ; accord modifiant le protocole de 1996 conclu le 10 octobre 2000 (tous appliqués à titre provisoire)] ;
- i) République hellénique : accord de transport aérien, signé à Athènes le 31 juillet 1991, prorogé jusqu'au 31 juillet 2007 par échange de notes du 22 et du 28 juin 2006 ;
- j) République de Hongrie : accord de transport aérien avec protocole d'entente, signé à Budapest le 12 juillet 1989, prorogé jusqu'au 12 juillet 2007 par échange de notes du 11 et du 20 juillet 2006 ;
- k) Irlande : accord en matière de transports aériens, réalisé par échange de notes à Washington, le 3 février 1945, modifié le 25 janvier 1988 et le 29 septembre 1989, modifié le 25 juillet et le 6 septembre 1990 [protocole d'entente sur les consultations, signé à Washington le 28 octobre 1993 (appliqué à titre provisoire)];

- l) République italienne: accord de transport aérien, avec protocole et échange de notes, signé à Rome le 22 juin 1970; modifié le 25 octobre 1988; protocole d'accord y afférent signé le 27 septembre 1990; modifications de l'accord de 1970 et du protocole d'accord de 1990 conclues le 22 novembre et le 23 décembre 1991; modifications de l'accord de 1970 et du protocole de 1990 conclues le 30 mai et le 21 octobre 1997; accord complétant l'accord de 1970 conclu le 30 décembre 1998 et le 2 février 1999 [protocole modifiant l'accord de 1970 conclu le 6 décembre 1999 (appliqué à titre provisoire)];
- m) Grand-Duché de Luxembourg : accord de transport aérien, signé à Luxembourg le 19 août 1986 ; modifié le 6 juin 1995 ; modifié le 13 et le 21 juillet 1998 ;
- n) Malte : accord de transport aérien, signé à Washington le 12 octobre 2000 ;
- o) Royaume des Pays-Bas : accord de transport aérien, signé à Washington le 3 avril 1957 ; protocole modifiant l'accord de 1957, conclu le 31 mars 1978 ; modification du protocole de 1978, conclue le 11 juin 1986 ; modification de l'accord de 1957, conclue le 13 octobre et le 22 décembre 1987 ; modification de l'accord de 1957, conclue le 29 janvier et le 13 mars 1992, modification de l'accord de 1957 et du protocole de 1978, conclue le 14 octobre 1992 ;
- p) République de Pologne : accord de transport aérien, signé à Varsovie le 16 juin 2001 ;
- q) République portugaise : accord de transport aérien, signé à Lisbonne le 30 mai 2000 ;
- r) Roumanie : accord de transport aérien, signé à Washington le 15 juillet 1998 ;
- s) République slovaque : accord de transport aérien, signé à Bratislava le 22 janvier 2001 ;
- t) Royaume d'Espagne : accord de transport aérien, signé à Madrid le 20 février 1973 ; accord connexe du 20 février, du 31 mars et du 7 avril 1987 ; modification de l'accord de 1973, conclue le 31 mai 1989 ; modification de l'accord de 1973, conclue le 27 novembre 1991 ;
- u) Royaume de Suède : accord en matière de transports aériens, conclu par échange de notes à Washington, le 16 décembre 1944 ; modifié le 6 août 1954 ; modifié le 16 juin 1995 ;
- v) Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord: accord sur les services aériens avec échange de lettres, signé aux Bermudes le 23 juillet 1977; accord relatif aux tarifs aériens sur l'Atlantique Nord, conclu le 17 mars 1978; accord modifiant l'accord de 1977, conclu le 25 avril 1978; accord modifiant et prorogeant l'accord de 1978 relatif aux tarifs aériens sur l'Atlantique Nord, conclu le 2 et le 9 novembre 1978; accord modifiant l'accord de 1977, conclu le 4 décembre 1980; accord modifiant l'accord de 1977, conclu le 20 février 1985; accord modifiant l'article 7, l'annexe 2 et l'annexe 5 de l'accord de 1977, conclu le 25 mai 1989; accord concernant les modifications de l'accord de 1977, fin de l'arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage de l'aéroport d'Heathrow et la demande d'arbitrage introduite par le Royaume-Uni dans sa note d'ambassade no 87 du 13 octobre 1993 et règlement des questions ayant conduit à ces procédures, conclu le 11 mars 1994; accord modifiant l'accord de 1977, conclu le 27 mars 1997.

Annexe 3 : Le tableau des alliances commerciales

	Star Alliance	Skyteam	Oneworld
Date de création	14 mai 1997	22 juin 2000	1 février 1999
Nombre de compagnies (10 exemples représentatifs)	26 (United, Lufthansa – et son groupe -, Air China, TAP AirPortugal, South African Airways, Singapore Airlines, Air Canada, Avianca et Asiana Airlines)	19 (Delta, Air France, KLM, China Airlines, Aeromexico, Korean Air, Saudia, TAROM, Kenyan Ariways et Aerolinas Argentinas)	13 (American Airlines, British Airways, Qatar, S7 Airlines – Russie -, Iberia, Cathay Pacific, Finnair, Royal Air Maroc et Qantas)
Passagers transportés en 2019 (en millions)	762	676	490
Pays	195	170	170
Destinations	> 1 300	> 1 150	> 1 000
Taille de la flotte	5 000	3 600	3 300
Vols quotidiens	> 19 000	> 15 445	> 13 000
Chiffre d'affaires en milliards USD (2018)	213,2	152,9	142,4

Sources : données 2019

<https://www.staralliance.com/documents/20184/680657/Star+Alliance+Facts+and+Figures+26+Members.pdf/25f43ec9-aef9-91a5-39e8-6ee22dc22e99?t=1571240115994>

<https://www.skyteam.com/en/about>

<https://www.oneworld.com/news/2020-03-12-oneworld-at-a-glance>

Annexe 4 : Modalités d'application des règles de concurrence dans le transport aérien

Le règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987* déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens

Liste visée à l'article 2

- a) L'introduction ou l'application uniforme de normes techniques obligatoires ou recommandées pour les aéronefs, les pièces d'aéronefs, le matériel et l'équipement d'aéronefs, lorsque de telles normes sont fixées par une organisation généralement reconnue à l'échelle internationale ou par un fabricant d'aéronefs ou de matériel ;
- b) l'introduction ou l'application uniforme de normes techniques pour les installations fixes servant aux aéronefs, lorsque de telles normes sont fixées par une organisation généralement reconnue à l'échelle internationale ;
- c) l'échange, l'exploitation en crédit-bail, la mise en commun l'achat en commun, ou l'entretien d'aéronefs, de pièces d'aéronefs, de matériel ou d'installations fixes à des fins d'exploitation de services aériens et l'achat en commun de pièces d'aéronefs, pour autant que de tels arrangements sont conclus sur une base non discriminatoire ;
- d) l'introduction, l'exploitation et l'entretien de réseaux techniques de communications, pour autant que de tels arrangements sont conclus sur une base non discriminatoire ;
- e) l'échange, la mise en commun ou la formation de personnel à des fins techniques ou opérationnelles ;
- f) l'organisation et l'exécution de transports supplétifs de voyageurs, de courrier et de bagages en cas de panne ou de retard d'un aéronef, soit sous charte-partie, soit par la fourniture d'un aéronef de remplacement en application de dispositions contractuelles ;
- g) l'organisation et l'exécution de services de transports aériens successifs ou complémentaires ainsi que la fixation et l'application de prix et conditions globaux pour ces services ;
- h) le groupage d'envois isolés ;
- i) l'établissement ou l'application de règles uniformes concernant la structure et les conditions d'application des tarifs de transport, pour autant qu'elles ne fixent pas directement ou indirectement les prix et conditions de transport ;
- j) les dispositions concernant la vente, l'endossement et l'acceptation des billets entre compagnies aériennes (« interlining ») ainsi que les méthodes de remboursement ou de calcul au prorata et les systèmes comptables mis au point à de telles fins ;
- k) la compensation et l'apurement des comptes entre les compagnies aériennes au moyen d'une chambre de compensation, avec tous les services annexes ou nécessaires à cet effet ; la compensation et l'apurement des comptes entre les compagnies aériennes et leurs agents agréés au moyen d'un plan ou d'un système d'apurement centralisé et automatisé, avec tous les services annexes ou nécessaires à cet effet.

* : Règlement (CE) n° 411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n° 3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n° 3976/87 ainsi que le règlement (CE) n° 1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers.

Annexe 5 : Consolidation des marchés aériens aux États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne

1978	1990	1995	2002	2010-2013	2022
American	US Airways	American } TWA }	American	American } US Airways }	American
TWA					
US Airways					
United	United	Continental	United	United } Continental }	United
Continental					
Northwest	Delta } Pan Am }	Delta	Delta	Delta } Northwest }	Delta
Delta } Western }					
Pan Am					

D'après fig.2.21 Chronologie de la concentration des transporteurs aériens basés aux États-Unis, ZEMBRI Pierre, Pour une approche géographique de la déréglementation des transport, Dossier d'habilitation à diriger des recherches, 2007, vol. 2 p 40.

1978	1990	1995	2002	2004-2010	2022
Air France	Air France	Air France	Air France	Air France	Air France
Air Inter					
KLM					
Lufthansa					
Swissair	Swissair	Swissair	Swissair	Swiss	Swiss
AOM French Airlines					
Air Littoral					
Air Liberté					
Sabena	SN Brussels	SN Brussels	SN Brussels devenue Brussels Airlines	Brussels Airlines	Brussels Airlines
Austrian Air					
British Airways					
Iberia					

Ainsi, le Groupe Air France – KLM les deux compagnies aériennes restent distinctes, comme pour les groupes IAG ou Lufthansa

Annexe 6 : France, liaisons annuelles et saisonnières opérées par le plus grand nombre de transporteurs – 2019.

Depuis Paris

Liaison	Pays	Nb transporteurs	Passagers 2019
Paris-New_York	Etats-Unis	8	2 294 191
Paris-Héraklion	Grèce	8	325 771
Paris-Palma	Espagne	7	363 256
Paris-Rhodes	Grèce	7	96 507
Paris-Milan	Italie	6	2 149 022
Paris-Porto	Portugal	6	1 524 929
Paris-Marrakech	Maroc	6	996 217
Paris-Palermo	Italie	6	215 966
Paris-Dubrovnik	Croatie	6	136 669
Paris-Lanzarote	Espagne	6	81 407
Depuis la province			
Lyon-Londres	Royaume-Uni	10	799 010
Bale/Mulhouse-Hurghada	Egypte	7	53 416
Bale/Mulhouse-Pristina	Kosovo	6	310 685
Lyon-Palermo	Italie	5	49 614
Nice-Londres	Royaume-Uni	4	1 510 138
Toulouse-Londres	Royaume-Uni	4	752 371
Lyon-Marrakech	Maroc	4	197 942
Bordeaux-Marrakech	Maroc	4	123 331
Lyon-Tel_Aviv	Israel	4	114 631
Nantes-Heraklion	Grèce	4	94 473

EEE + SUISSE				AMERIQUE DU NORD			
Trafic total		86,9 M Passagers		Trafic total		11,5 M Passagers	
Nombre compagnies		70		Nombre compagnies		14	
Rang	Compagnies	Passagers (M)	Parts de marché	Rang	Compagnies	Passagers (M)	Parts de marché
1	Easyjet	19,5	22,5 %	1	Air France	5,0	42,9 %
2	Air France	14,0	16,2 %	2	Delta Air Lines	1,9	16,7 %
3	Ryanair	8,7	10,0 %	3	American Airlines	0,9	7,8%
4	Vueling Airlines	6,0	6,9%	4	Norwegian	0,8	7,2%
Total Top 4		48,2	55,5 %	Total Top 4		8,6	74,7 %

https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Observatoire_2019.pdf

Annexe 7 : Classement des aéroports européens 2019

Statistiques de l'année 2019 en millions de passagers

Rang 2019	Pays	Aéroport	Ville	2018	2019	Évol. 2018-2019
1	Royaume-Uni	<u>Aéroport de Londres-Heathrow</u>	Londres	80,1	80,8	▲ 1,0 %
2	France	<u>Aéroport de Paris-Charles-de-Gaulle</u>	Paris	72,2	76,1	▲ 5,4 %
3	Pays-Bas	<u>Aéroport d'Amsterdam-Schiphol</u>	Amsterdam	71	71,7	▲ 0,9 %
4	Allemagne	<u>Aéroport de Francfort-Rhin/Main</u>	Francfort	69,5	70,5	▲ 1,5 %
5	Espagne	<u>Aéroport Adolfo-Suárez de Madrid-Barajas</u>	Madrid	57,9	61,7	▲ 6,6 %
6	Espagne	<u>Aéroport international de Barcelone-El Prat</u>	Barcelone	50,2	52,6	▲ 5,0 %
7	Turquie	<u>Aéroport d'Istanbul</u>	Istanbul	95,2	52,5	▲ 55 126,1 %
8	Russie	<u>Aéroport de Moscou-Cheremetievo</u>	Moscou	45,3	49,4	▲ 9,0 %
9	Allemagne	<u>Aéroport Franz-Josef-Strauß</u>	Munich	46,2	47,9	▲ 3,6 %
10	Royaume-Uni	<u>Aéroport de Londres-Gatwick</u>	Londres	46,	46,5	▲ 1,1 %
11	Italie	<u>Aéroport Léonard-de-Vinci de Rome Fiumicino</u>	Rome	42,9	43,5	▲ 1,3 %
12	Irlande	<u>Aéroport international de Dublin</u>	Dublin	31,4	32,9	▲ 4,5 %
13	France	<u>Aéroport de Paris-Orly</u>	Paris	33,1	31,8	▼ 3,8 %
14	Autriche	<u>Aéroport de Vienne-Schwechat</u>	Vienne	27,	31,6	▲ 17,1 %
15	Suisse	<u>Aéroport international de Zurich</u>	Zurich	31,1	31,5	▲ 1,3 %
16	Portugal	<u>Aéroport Humberto Delgado</u>	Lisbonne	29	31,1	▲ 7,3 %
17	Danemark	<u>Aéroport de Copenhague</u>	Copenhague	30,3	30,2	▼ 0,1 %
18	Espagne	<u>Aéroport de Palma de Majorque</u>	Palma de Majorque	29	29,7	▲ 2,2 %
19	Royaume-Uni	<u>Aéroport de Manchester</u>	Manchester	28,2	29,4	▲ 4,1 %
20	Italie	<u>Aéroport de Milan Malpensa</u>	Milan	24,7	28,8	▲ 16,7 %
21	Norvège	<u>Aéroport d'Oslo-Gardermoen</u>	Oslo	28,5	28,5	▲ 0,3 %

Rang 2019	Pays	Aéroport	Ville	2018	2019	Évol. 2018-2019
22	Russie	<u>Aéroport de Moscou-Domodedovo</u>	Moscou	29,4	28,2	▼ 3,9 %
23	Royaume-Uni	<u>Aéroport de Londres-Stansted</u>	Londres	27,9	28,1	▲ 0,5 %
24	Belgique	<u>Aéroport de Bruxelles-National</u>	Bruxelles	25,6	26,3	▲ 2,7 %
25	Suède	<u>Aéroport de Stockholm-Arlanda</u>	Stockholm	26,8	25,6	▼ 4,5 %
26	Grèce	<u>Aéroport international Elefthérios-Venizélos</u>	Athènes	24,1	25,5	▲ 6,0 %
27	Allemagne	<u>Aéroport international de Düsseldorf</u>	Düsseldorf	24,2	25,5	▲ 5,0 %
28	Allemagne	<u>Aéroport Otto-Lilienthal de Berlin-Tegel</u>	Berlin	22	24,2	▲ 10,1 %
29	Russie	<u>Aéroport international de Vnoukovo</u>	Moscou	21,4	24	▲ 11,7 %
30	Finlande	<u>Aéroport d'Helsinki-Vantaa</u>	Helsinki	20,8	21,8	▲ 4,9 %
31	Espagne	<u>Aéroport de Malaga-Costa del Sol</u>	Malaga	19	19,8	▲ 4,4 %
32	Russie	<u>Aéroport international Pulkovo</u>	St-Pétersbourg	18,1	19,5	▲ 8,1 %
33	Pologne	<u>Aéroport de Varsovie-Chopin</u>	Varsovie	17,7	18,8	▲ 6,3 %
34	Royaume-Uni	<u>Aéroport de Londres-Luton</u>	Londres	16,7	18,2	▲ 8,6 %
35	Suisse	<u>Aéroport international de Genève</u>	Genève	17,6	17,9	▲ 1,4 %
36	Tchéquie	<u>Aéroport de Prague-Václav-Havel</u>	Prague	16,7	17,8	▲ 6,0 %
37	Allemagne	<u>Aéroport Helmut-Schmidt</u>	Hambourg	17,2	17,3	▲ 0,4 %
38	Hongrie	<u>Aéroport international de Budapest-Ferenc Liszt</u>	Budapest	14,8	16,1	▲ 8,8 %
39	Turquie	<u>Aéroport d'Istanbul-Atatürk</u>	Istanbul	67,9	16	▼ 76,4 %
40	Ukraine	<u>Aéroport de Kiev Borjispil</u>	Kiev	12,6	15,2	▲ 21,1 %
41	Espagne	<u>Aéroport d'Alicante-Elche</u>	Alicante	13,9	15	▲ 7,6 %
42	Royaume-Uni	<u>Aéroport d'Édimbourg</u>	Édimbourg	14,2	14,7	▲ 3,1 %
43	Roumanie	<u>Aéroport de Bucarest-Henri-Coandă</u>	Bucarest	13,8	14,7	▲ 6,4 %
44	France	<u>Aéroport de Nice-Côte d'Azur</u>	Nice	13,8	14,4	▲ 4,6 %

Rang 2019	Pays	Aéroport	Ville	2018	2019	Évol. 2018-2019
45	Italie	<u>Aéroport de Bergame-Orio al Serio</u>	Milan, Bergame	12,9	13,8	▲ 7,1 %
46	Portugal	<u>Aéroport de Porto-Francisco Sá-Carneiro</u>	Porto	11,9	13,1	▲ 9,7 %
47	Allemagne	<u>Aéroport de Stuttgart</u>	Stuttgart	11,8	12,7	▲ 9,8 %
48	Royaume-Uni	<u>Aéroport international de Birmingham</u>	Birmingham	12,4	12,6	▲ 1,5 %
49	Allemagne	<u>Aéroport Konrad-Adenauer</u>	Cologne, Bonn	12,9	12,3	▼ 4,5 %
50	France	<u>Aéroport de Lyon-Saint-Exupéry</u>	Lyon	11	11,7	▲ 6,4 %
51	Italie	<u>Aéroport de Venise-Marco-Polo</u>	Venise	11,1	11,5	▲ 3,4 %
52	Allemagne	<u>Aéroport de Berlin-Schönefeld</u>	Berlin	12,7	11,4	▼ 10,3 %
53	Italie	<u>Aéroport de Naples-Capodichino</u>	Naples	9,9	10,8	▲ 9,3 %
54	Italie	<u>Aéroport de Catane-Fontanarossa</u>	Catane	9,9	10,2	▲ 2,9 %
55	France	<u>Aéroport de Marseille Provence</u>	Marseille	9,3	10,1	▲ 8,1 %
56	France	<u>Aéroport de Toulouse-Blagnac</u>	Toulouse	9,6	9,64	▼ 0,1 %
57	Italie	<u>Aéroport de Bologne-Borgo Panigale</u>	Bologne	8,5	9,4	▲ 10,6 %
58	Royaume-Uni	<u>Aéroport de Bristol</u>	Bristol	8,6	9,2	▲ 6,5 %
59	Suisse /France/ Allemagne	<u>Aéroport de Bâle-Mulhouse-Fribourg</u>	Bâle, Mulhouse, Fribourg	8,5	9,09	▲ 6,0 %
60	Portugal	<u>Aéroport de Faro</u>	Faro	8,6	9	▲ 3,7 %
61	Royaume-Uni	<u>Aéroport international de Glasgow</u>	Glasgow	9,6	8,8	▼ 8,4 %
62	Espagne	<u>Aéroport de Valence</u>	Valence	7,7	8,5	▲ 9,9 %
63	Pologne	<u>Aéroport-Jean-Paul II</u>	Cracovie	6,7	8,4	▲ 24,2 %
64	Belgique	<u>Aéroport de Charleroi-Bruxelles-Sud</u>	Charleroi	8	8,2	▲ 2,4 %
65	Espagne	<u>Aéroport d'Ibiza</u>	Ibiza	8,1	8,1	▲ 0,6 %
66	Grèce	<u>Aéroport international Níkos-Kazantzákis</u>	Héraklion	8	7,8	▼ 1,7 %
67	Lettonie	<u>Aéroport international de Riga</u>	Riga	7	7,79	▲ 10,5 %

Rang 2019	Pays	Aéroport	Ville	2018	2019	Évol. 2018-2019
68	France	<u>Aéroport de Bordeaux - Mérignac</u>	Bordeaux	6,7	7,7	▲ 13,3 %
69	Espagne	<u>Aéroport de Séville</u>	Séville	6,3	7,5	▲ 18,2 %
70	Malte	<u>Aéroport international de Malte</u>	La Valette	6,8	7,3	▲ 7,4 %
71	Islande	<u>Aéroport international de Keflavík</u>	Reykjavik	9,8	7,24	▼ 26,1 %
72	France	<u>Aéroport de Nantes Atlantique</u>	Nantes	6,19	7,2	▲ 16,6 %
73	Bulgarie	<u>Aéroport de Sofia</u>	Sofia	6,9	7,1	▲ 2,1 %
74	Italie	<u>Aéroport de Palerme</u>	Palerme	6,6	7	▲ 5,9 %
75	Grèce	<u>Aéroport de Thessalonique-Makédonia</u>	Thessalonique	6,6	6,8	▲ 3,1 %
76	Pays-Bas	<u>Aéroport d'Eindhoven</u>	Eindhoven	6,18	6,7	▲ 8,7 %
77	Suède	<u>Aéroport de Göteborg-Landvetter</u>	Göteborg	6,8	6,6	▼ 2,0 %
78	Italie	<u>Aéroport de Milan-Linate</u>	Milan	9,2	6,5	▼ 28,8 %
79	Norvège	<u>Aéroport de Bergen</u>	Bergen	6,3	6,5	▲ 3,2 %
80	Allemagne	<u>Aéroport international de Hanovre Langenhagen</u>	Hanovre	6,3	6,3	▼ 0,4 %
81	Royaume-Uni	<u>Aéroport international de Belfast</u>	Belfast	6,2	6,2	▲ 0,2 %
82	Serbie	<u>Aéroport Nikola-Tesla</u>	Belgrade	5,6	6,1	▲ 9,2 %
83	Espagne	<u>Aéroport international de Bilbao</u>	Bilbao	5,4	5,9	▲ 8,0 %
84	Italie	<u>Aéroport international de Rome Ciampino</u>	Rome	5,8	5,8	▲ 0,7 %
85	Italie	<u>Aéroport de Bari</u>	Bari	5	5,5	▲ 10,2 %
86	Grèce	<u>Aéroport de Rhodes</u>	Rhodes	5,5	5,5	▼ 0,5 %
87	Italie	<u>Aéroport international Galileo-Galilei</u>	Pise	5,4	5,3	▼ 1,4 %
88	Pologne	<u>Aéroport Lech Wałęsa</u>	Gdańsk	4,9	5,3	▲ 7,9 %
89	Royaume-Uni	<u>Aéroport international de Newcastle</u>	Newcastle upon Tyne	5,3	5,2	▼ 2,4 %
90	Ukraine Russie	<u>Aéroport international de Simferopol</u>	Simferopol	5,1	5,14	▼ 0,1 %
91	Royaume-Uni	<u>Aéroport de Londres-City</u>	Londres	4,8	5,12	▲ 6,3 %

Rang 2019	Pays	Aéroport	Ville	2018	2019	Évol. 2018-2019
92	Biélorussie	<u>Aéroport international de Minsk</u>	Minsk	4,5	5,11	▲ 12,5 %
93	Lituanie	<u>Aéroport international de Vilnius</u>	Vilnius	4,9	5	▲ 1,7 %
94	Royaume-Uni	<u>Aéroport John-Lennon</u>	Liverpool	5	5	▼ 0,9 %
95	Pologne	<u>Aéroport de Katowice-Pyrzowice</u>	Katowice	4,8	4,8	▲ 0,1 %
96	Italie	<u>Aéroport de Cagliari-Elmas</u>	Cagliari	4,3	4,7	▲ 8,6 %
97	Royaume-Uni	<u>Aéroport d'East Midlands</u>	Derby, Leicester, Nottingham	4,8	4,6	▼ 4,1 %
98	Russie	<u>Aéroport international de Krasnodar</u>	Krasnodar	4,1	4,6	▲ 11,3 %
99	Luxembourg	<u>Aéroport de Luxembourg-Findel</u>	Luxembourg-Ville	4	4,4	▲ 9,4 %
100	Norvège	<u>Aéroport de Trondheim Værnes</u>	Trondheim	4,4	4,3	▼ 1,3 %

Sources : IATA -Aéroports (mise en forme Wikipédia)

Annexe 8 : Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires

- ANNEXE I (Liste des aéroports de première catégorie)

[aux de distinction des aéroports nationaux et régionaux]

BELGIQUE: Bruxelles-Zaventem

DANEMARK: Système aéroportuaire de Copenhague

ALLEMAGNE: Francfort-Rhin-Main

Duesseldorf-Lohausen

Munich

Système aéroportuaire de Berlin

ESPAGNE: Palma-Majorque

Madrid-Barajas

Malaga

Las Palmas

GRÈCE: Athènes-Hellinikon

Salonique-Macédoine

FRANCE: Système aéroportuaire de Paris

IRLANDE: Dublin

ITALIE: Système aéroportuaire de Rome

Système aéroportuaire de Milan

PAYS-BAS: Amsterdam-Schiphol

PORTUGAL: Lisbonne

Faro

ROYAUME-UNI: Système aéroportuaire de Londres

Luton

- ANNEXE II (Liste des systèmes aéroportuaire)

[définissant le système aéroportuaire comme « deux aéroports ou plus regroupés pour desservir la même ville ou conurbation »]

DANEMARK: Copenhague-Kastrup/Roskilde

ALLEMAGNE: Berlin-Tegel/Schoenefeld/Tempelhof

FRANCE: Paris-Charles De Gaulle/Orly/Le Bourget

Lyon-Bron-Satolas

ITALIE: Rome-Fiumicino/Ciampino

Milan-Linate/Malpensa/Bergamo (Orio al Serio)

Venise-Tessera/Treviso

ROYAUME-UNI: Londres-Heathrow/Gatwick/Stansted

Annexe 9 : Les co-entreprises (joint-ventures) de la SNCF

Joint-ventures	Date de création	Entreprises partenaires lors de la création	Statut juridique	Entreprises partenaires mai 2021
Eurostar Group Ltd	Londres, 1994	SNCF (55 %), État britannique (40 %), SNCB (5 %) Affaires M.5655 SNCF LCR EUROSTAR du 05 octobre 2010 puis M.7449 du 13 mai 2015.	Opérateur ferroviaire	Entreprises fusionnées par absorption de Thalys dans Eurostar. Prévues en 2019, la fusion fut actée en avril 2022.
Thalys	Bruxelles, 1999	SNCF (62 %), SNCB (28 %), DB (10 %) puis SNCF (60 %) et SNCB (40 %) : Affaire M.7011 du 19 septembre 2014.	Opérateur ferroviaire	Affaire M.9603 du 28 mars 2022 SNCF MOBILITES / THIF).
Lyria	Paris, 2002	SNCF 74 %, CFF 26 % /	Société de commercialisation des trains à grande vitesse sous la dénomination commerciale « Lyria »	Lyria, actionnariat inchangé
Elipsos	Madrid, 2001	SNCF 50 %, RENFE 50 % /	Société de commercialisation des trains à grande vitesse sous la dénomination commerciale « Renfe-SNCF en Coopération »	Dissoute en 2020 après n'avoir été plus qu'une société de commercialisation de la coopération SNCF-RENFE
Alleo	Sarrebruck, 2007	SNCF 50%, DB 50% /	Société de commercialisation des trains à grande vitesse sous la dénomination commerciale « DB-SNCF en Coopération »	Partenariat en développement avec l'ouverture de la ligne Paris <-> Berlin

Table des textes

Texte européens

- *En vigueur, y compris pour le transport ferroviaire de passagers*
- i. Règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil, du 18 janvier 1993, fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté ;
- ii. Directive n° 96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté ;
- iii. Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations ») ;
- iv. Directive (UE) n° 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables ;
- v. Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91 ;
- vi. Règlement (CE) n° 411/2004 du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement (CEE) n° 3975/87 et modifiant le règlement (CEE) n° 3976/87 ainsi que le règlement (CE) n° 1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers ;
- vii. Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte) ;
- viii. Règlement (CE) n° 80/2009 du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation et abrogeant le règlement (CEE) n° 2299/89 du Conseil ;
- ix. Directive n° 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires ;
- x. Règlement (CE) n° 487/2009 du Conseil du 25 mai 2009, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens ;
- xi. Règlement (CE) n°1070/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 modifiant les règlements (CE) n°549/2004, (CE) n°550/2004, (CE) n°551/2004 et (CE) n°552/2004 afin d'accroître les performances et la viabilité du système aéronautique européen ;
- xii. Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen ;
- xiii. Règlement (UE) n° 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n° 661/2010/UE ;
- xiv. Directive (UE) n° 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil ;
- xv. Règlement (UE) n° 2018/1139 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2018 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne, et modifiant les règlements (CE) n° 2111/2005, (CE) n° 1008/2008, (UE) n° 996/2010, (UE) n° 376/2014 et les

directives 2014/30/UE et 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant les règlements (CE) n° 552/2004 et (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil ainsi que le règlement (CEE) n° 3922/91 du Conseil ;

- xvi. Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union ;
- xvii. Règlement (UE) n° 2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n° 868/2004 ;
- xviii. Règlement (UE) n°2021/782 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires (refonte) ;
- xix. Règlement (UE) 2021/1153 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 établissant le mécanisme pour l'interconnexion en Europe et abrogeant les règlements (UE) no 1316/2013 et (UE) n° 283/2014.

- *Propositions de réforme*

- i. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union Européenne /* COM/2011/0827 final - 2011/0391 (COD) */ du 1er décembre 2011.
- ii. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°261/2004 « indemnisation et d'assistance des passagers » ainsi que le règlement (CE) n°2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages /* COM/2013/0130 final du 13 mars 2013.
- iii. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants

alternatifs et abrogeant la directive n°2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil, COM/2021/559 final du 14 juillet 2021.

Conventions internationales

- i. Convention relative à l'aviation civile internationale, dite « de Chicago », signée le 7 décembre 1944 ;
- ii. Convention relative aux transports ferroviaires internationaux, signée à Berne le 9 mai 1980 et telle que modifiée par le protocole de Vilnius du 3 juin 1999, dite « COTIF ».

Textes français

- i. La loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales
- ii. La loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe)
- iii. Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

Table de jurisprudence

Décennie 1970

1. Arrêt de la Cour du 31 mars 1971 dans l'affaire C-22/70, Commission c/ Conseil, arrêt dit « AETR », ECLI:EU:C:1971:32.

Période 1985 – 1999

2. Arrêt de la Cour du 22 mai 1985 dans l'affaire 13/83 -, « Politique commune des transports », ECLI:EU:C:1985:220 ;
3. Arrêt de la Cour du 30 avril 1986 dans les affaires jointes C-209 à C-213/84, Ministère public c/ Lucas Asjes et autres, Andrew Gray et autres, Andrew Gray et autres, Jacques Maillot et autres et Léo Ludwig et autres, arrêt dit « Nouvelles Frontières », ECLI:EU:C:1986:188 ;
4. Arrêt du Tribunal du 19 mai 1994, dans l'affaire T-2/93, Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission des Communautés européennes, ECLI:EU:T:1994:55 ;
5. Arrêt du Tribunal du 6 juin 1995 dans l'affaire T-14/93, Union internationale des chemins de fer/Commission, ECLI:EU:T:1995:96 ; confirmé par l'arrêt de la Cour du 11 mars 1997 dans l'affaire C-264/95 P, Commission des Communautés européennes c/ Union internationale des chemins de fer (UIC), ECLI: EU:C:1997:143 ;
6. Arrêt de la Cour du 14 juillet 1998, dans l'affaire C-389/96, Aher-Waggon GmbH c/ Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:1998:357 ;
7. Arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998 dans l'affaire T-140/95, Ryanair Limited c/ Commission, ECLI:EU:T:1998:201.

Période 2000-2009

8. Arrêts du Tribunal du 12 décembre 2000 dans l'affaire T-296/97, Alitalia c/

- Commission, ECLI:EU:T:2000:289, et dans l'affaire T-128/98, Aéroports de Paris c/ Commission des Communautés européennes, ECLI:EU:T:2000:290 ;
9. Arrêts de la Cour du 5 novembre 2002 dans les affaires C-466/98 (Royaume-Uni), C-467/98 (Royaume de Danemark), C-468/98 (Suède), C-469/98 (Finlande), C-471/98 (Belgique), C-472/98 (Luxembourg), C-475/98 (Autriche) et C-476/98 (Allemagne) arrêts dits « Ciel ouvert », ECLI:EU:C:2002:63 ;
10. Arrêt de la Cour du 24 octobre 2002 dans l'affaire C-82/01, Aéroports de Paris c/ Commission des Communautés européennes, ECLI:EU:C:2002:617 ;
11. Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003 dans l'affaire T-219/99, British Airways/Commission, ECLI:EU:T:2003:343 ;
12. Arrêt du Tribunal du 4 juillet 2006, dans l'affaire T-177/04, easyJet c/Commission, EU:T:2006:187 ;
13. Arrêt de la Cour du 15 mars 2007 dans l'affaire C-95/04 P, British Airways plc c/ Commission des Communautés européennes, ECLI:EU:C:2007:166 ;
14. Arrêt du Tribunal du 17 décembre 2008 dans l'affaire T-196/04, Ryanair Ltd c/ Commission des Communautés européennes, ECLI:EU:T:2008:585 ;
15. Arrêt de la Cour du 19 novembre 2009 dans les affaires jointes C-402/07 et C-432/07, ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduites par le Bundesgerichtshof (Allemagne) et par le Handelsgericht Wien (Autriche) par décisions des 17 juillet et 26 juin 2007, parvenues à la Cour respectivement les 30 août et 18 septembre 2007, dans les procédures Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon c/ Condor Flugdienst GmbH (C-402/07), et Stefan

- Böck, Cornelia Lepuschitz c/ Air France SA (C-432/07), ECLI:EU:C:2009:716 ;
16. Arrêt de la Cour du 22 décembre 2008, dans l'affaire C-549/07, Friederike Wallentin-Hermann c/ Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA, ECLI:EU:C:2008:771.
- Période 2010 – 2019**
17. Arrêt du Tribunal du 6 juillet 2010 dans l'affaire T-342/07, Ryanair c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:280 ;
18. Arrêt du Tribunal du 6 juillet 2010 dans l'affaire T-411/07, AerLingus Group plc c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:2010:281 ;
19. Arrêt du Tribunal du 10 décembre 2010 dans l'affaire T-497/08 (Affaires jointes : T-494/08 - Aarhus, Danemark ; T-495/08 - Alghero, Italie ; T-496/08 - Berlin-Schönefeld, RFA ; T-498/08 - Lübeck-Blankensee, RFA ; T-499/08 (Pau-Béarn, France) ; T-500/08 - Tampere-Pirkkala, Finlande et T-509/08 - Bratislava, Slovaquie), Ryanair / Commission, ECLI:EU:T:2010:511 ;
20. Arrêt du Tribunal du 24 mars 2011 dans les affaires jointes T-443/08 et T-455/08, Mittel deutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig Halle GmbH c/ Commission, dit arrêt « Aéroport de Leipzig Halle », ECLI:EU:T:2011:117, confirmé par l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-288/11 P, Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH c/ Commission européenne, ECLI:EU:C:2012:821 ;
21. Arrêt de la Cour du 19 juillet 2012 dans l'affaire C-112/11, ebooker.com Deutschland c/ contre Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, ECLI:EU:C:2012:487 ;
22. Arrêt de la Cour du 19 décembre 2012 rendu dans l'affaire C-288/11 P, Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle v Commission, ECLI:EU:C:2012:821 ;
23. Arrêt de la Cour du 26 février 2013 dans l'affaire C-11/11, Air France c/ Heinz-Gerke Folkerts et Luz-Tereza Folkerts, ECLI:EU:C:2013:106 ;
24. Arrêt de la Cour du 4 septembre 2014, dans l'affaire C-452/13, Germanwings c/ Ronny Henning, ECLI:EU:C:2014:2141 ;
25. Arrêt de la Cour du 18 septembre 2014 dans l'affaire C-487/12, Vueling Airlines SA c/ Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia, ECLI:EU:C:2014:2232 ;
26. Arrêt de la Cour du 15 janvier 2015 dans l'affaire C-573/13, Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c/ Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, ECLI:EU:C:2015:11 ;
27. Arrêt du Tribunal du 5 février 2015, dans l'affaire T-473/12, Aer Lingus Ltd c/ Commission, ECLI:EU:T:2015:78 ;
28. Arrêt de la Cour du 28 avril 2015 dans l'affaire C-28/12, Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne, ECLI:EU:C:2015:282 ;
29. Arrêt du Tribunal du 13 mai 2015 dans l'affaire T-511/09, Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission, ECLI:EU:T:2015:284 ;
30. Arrêt du Tribunal du 13 mai 2015, dans l'affaire T-162/10, Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission, ECLI:EU:T:2015:283 ;
31. Arrêt de la Cour du 17 septembre 2015, dans l'affaire C-257/14, Van der Lans c/ contre Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, ECLI:EU:C:2015:618 ;
32. Arrêt de la Cour du 22 juin 2016 dans l'affaire C-255/15, Mennes c/ Emirates Direktion für Deutschland, ECLI:EU:C:2016:472 ;
33. Arrêt de la Cour du 6 juillet 2017 dans une demande de décision préjudicielle, Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c/ Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –

- Verbraucherzentraleundesverband eV,
ECLI:EU:C:2017:523 ;
34. Arrêt de la Cour du 7 septembre 2017 dans l'affaire C-559/16, Bossen et autres, ECLI:EU:C:2017:644 ;
35. Arrêt de la Cour du 14 septembre 2017 dans les affaires jointes C-168/16 et C-169/16 ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduites par la cour du travail de Mons (Belgique), ECLI:EU:C:2017:688 ;
36. Arrêt de la Cour du 5 décembre 2017 dans l'affaire C-600/14, République fédérale d'Allemagne c/ Conseil de l'Union européenne, ECLI:EU:C:2017:935 ;
37. Arrêt du Tribunal du 25 janvier 2018 dans l'affaire T-818/14, BSCAc/Commission, ECLI:EU:T:2018:33 ;
38. Arrêt de la Cour du 17 avril 2018 dans les affaires jointes C-195/17, C-197/17 à C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 à C-286/17 et C-290/17 à C-292/17, Helga Krüsemann e.a. contre TUiflyGmbH, lors de demandes de décision préjudicielle, introduites par l'Amtsgericht Hannover et par l'Amtsgericht Düsseldorf, ECLI:EU:C:2018:258 ;
39. Arrêt du Tribunal du 16 mai 2018 dans l'affaire T-712/16, Deutsche Lufthansa AG c/ Commission, ECLI:EU:T:2018:269 ;
40. Arrêt de la Cour du 4 juillet 2018 dans l'affaire C-532/17, W. W., T. M., R. M., G. W. c/ Thomson Airways Ltd, ECLI:EU:C:2018:527 ;
41. Arrêt de la Cour du 15 novembre 2018, dans une demande de décision préjudicielle, dans l'affaire C-330/17, Verbraucherzentrale Baden-Württemberg eV c/ Germanwings GmbH, ECLI:EU:C:2018:916 ;
42. Arrêt du Tribunal du 13 décembre 2018 dans l'affaire T-77/16, Ryanair DAC, anciennement Ryanair Ltd et Airport Marketing Services Ltd c/ Commission européenne, ECLI:EU:T:2018:947 ;
43. Arrêts du Tribunal du 13 décembre 2018 dans les affaires T-165/16 - ECLI:EU:T:2018:952 - ; T-77/16 - ECLI:EU:T:2018:947 - ; T-53/16 - ECLI:EU:T:2018:943 - ; T165/15 - ECLI:EU:T:2018:953 - et l'affaire T111-15 - ECLI:EU:T:2018:953, Ryanair c/ Commission ;
44. Arrêt de la Cour du 27 février 2019, sur renvoi préjudiciel, dans l'affaire C-563/17, AssociaçãoPeço a Palavra e.a. c/Conselho de Ministros, ECLI:EU:C:2019:144 ;
45. Arrêt de la Cour du 21 novembre 2019 dans l'affaire C-379/18 Deutsche Lufthansa AG c/ Land de Berlin, ECLI:EU:C:2019:1000 ;
46. Arrêt de la Cour du 19 décembre 2019, dans l'affaire C-532/18, GN contre ZU, demande de décision préjudicielle, introduite par l'Oberster Gerichtshof, ECLI:EU:C:2019:1127 ;
47. Arrêt du Tribunal du 13 mai 2020 dans l'affaire T-716/17, Germanwings c/ Commission, ECLI:EU:T:2020:181.

A partir de 2020

48. Arrêt de la Cour du 26 mars 2020 dans l'affaire C-215/18, Libuše Králová/Primera Air Scandinavia A/S, ECLI:EU:C:2020:235 ;
49. Arrêt de la Cour du 30 avril 2020 dans l'affaire C-191/19, OI c/ Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, ECLI:EU:C:2020:339 ;
50. Arrêts du Tribunal du 13 mai 2020 dans les affaires T-607/17 (Volotea / Commission, ECLI:EU:T:2020:180), T-716/17 (Germanwings c/ Commission, ECLI:EU:T:2020:181) et T-8/18 (easyjet c/ Commission, ECLI:EU:T:2020:182) ;
51. Arrêt de la Cour du 11 juin 2020, LE c/ Transportes Aéreos Portugueses SA, dans l'affaire C-74/19, ECLI:EU:C:2020:460 ;

52. Arrêts du Tribunal dans les affaires T-259/20 et T-238/20 du 17 février 2021, Ryanair c/ Commission, du 17 février 2021, respectivement, ECLI:EU:T:2021:92 et ECLI:EU:T:2021:91 ;
53. Arrêt de la Cour du 23 mars 2021 dans l'affaire C-28/20, Airhelp Ltd c/ Scandinavian Airlines System Denmark – Norway – Sweden, lors d'une demande de décision préjudicielle, introduite par l'Attundatingsrätt, ECLI:EU:C:2021:226 ;
54. Arrêts du Tribunal du 14 avril 2021 dans les affaires T-388/20, ECLI:EU:T:2021:196 ; T-378/20, ECLI:EU:T:2021:194 et T-379/20, ECLI:EU:T:2021:195, Ryanair DAC c/Commission ;
55. Ordonnance de la Cour du 22 avril 2021 dans l'affaire C-592/20, NT e.a. c/ British Airways plc., lors d'une demande de décision préjudicielle, introduite par le Landgericht Düsseldorf, ECLI:EU:C:2021:312 ;
56. Arrêt de la Cour du 22 avril 2021 dans l'affaire C-826/19, WZ c/ Austrian Airlines AG, Demande de décision préjudicielle, introduite par le Landesgericht Korneuburg, ECLI:EU:C:2021:318 ;
57. Arrêt du Tribunal du 14 juillet 2021 dans l'affaire T-677/20, Ryanair et Laudamotion c/ Commission, ECLI:EU:T:2021:465 ;
58. Arrêt du Tribunal du 20 octobre 2021 dans l'affaire T-240/18, Polskie Linie Lotnicze "LOT" S.A., c/ Commission, ECLI:EU:T:2021:723 ;
59. Arrêt de la Cour du 21 décembre 2021 dans l'affaire C-263/20, AirHelp c/ Laudamotion, ECLI:EU:C:2021:1039 ;
60. Arrêts du Tribunal du 4 mai 2022, dans l'affaire T-718/20, Wizz Air Hungary c/ Commission, ECLI:EU:T:2022:276 ;
61. Arrêt du Tribunal du 18 mai 2022 dans l'affaire T-577/20, Ryanair c/ Commission, ECLI:EU:T:2022:301.

Table des décisions

Décisions de la Commission européenne

Concentrations/ententes

- i. Décisions de la Commission concernant la non-opposition à une concentration notifiée (Affaire n° IV/M.130 — Delta/PanAm), le 13 septembre 1991 ;
- ii. Décision de la Commission du 2 octobre 1991 dans l'affaire n° IV/M053 - Aréospace-Alénia/De Havilland ;
- iii. Décision 92/213/CEE de la Commission du 26 février 1992 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (IV/33.544 - British Midland contre AerLingus) ;
- iv. Décision de la Commission du 05 octobre 1992 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N IV/M.157 - AIR FRANCE / SABENA) ;
- v. Décision de la Commission du 19 juillet 1995 de non-incompatibilité au Règlement CEE 2407/92 art. 2 et 4. d'une concentration dans l'Affaire 95/404/CE.
- vi. Décision 2000/74/CE de la Commission du 14 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways).
- vii. Décision n°95/259/CE du 14 mars 1995, relative à une procédure d'application du règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil (Affaire VII/AMA/9/94) ;
- viii. Décision du 23 mars 2000 de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.1855— Singapore Airlines/Virgin Atlantic Limited).
- ix. Décision de la Commission dans l'affaire COMP/38712 du 14 mars 2001 de non-opposition à l'accord de coopération tripartite entre British Midland, Lufthansa et SAS, notifié le 1er mars 2000.
- x. Décision de la Commission dans l'affaire IV/37730 du 14 décembre 2001 de non-opposition à l'accord de coopération entre Austrian Airlines et Lufthansa, notifié le 10 décembre 1999 ;
- xi. Décision du 28 octobre 2002 concernant les accords de coopération entre Lufthansa et United Airlines, puis entre SAS et United, puis, enfin, entre Lufthansa, United et SAS. (Affaires COMP/36201, 36076, 36078) ;
- xii. Décision de la Commission du 11 février 2004 dans l'affaire COMP/M.3280, contestée par easyJet le 14 mai 2004, devant le Tribunal qui rejette l'action (affaire T-177/04 du 4 juillet 2006) ;
- xiii. Décision de la Commission du 7 avril 2004 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (Case COMP/38.284/D2 Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.) ;
- xiv. Décision de la Commission du 4 juillet 2005 dans l'affaire COMP/M.3770, Lufthansa/Swiss.
- xv. Décision de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.5181 — Delta Airlines/Northwest Airlines) du 6 août 2008 ;
- xvi. Décision de la Commission du 22 juin 2009 dans l'affaire COMP/M.5335, Deutsche Lufthansa AG / SN Airholding SA/NV (devenue Brussels Airlines) notifiée le 26 novembre 2008 ;
- xvii. Décision de la Commission du 28 août 2009 dans l'affaire COMP/M5440, Lufthansa-Austrian ;
- xviii. Décision 2011/60/UE de la Commission, du 27 janvier 2010, concernant l'aide d'État C 12/08 (ex NN 74/07).
- xix. Décision de la Commission du 14 juillet 2010 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.5747 - IBERIA / BRITISH AIRWAYS) ;
- xx. Décision de la Commission de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire COMP/M.5889 — United Airlines/Continental Airlines) du 20 août 2010 ;
- xxi. Décision du 9 novembre 2010 dans l'affaire COMP/39258 et dans la même affaire, la décision de la Commission, C(2017) 1742 final de la Commission, du 17 mars 2017, relative à une procédure d'application de l'article 101 TFUE ;

- xxii. Décision du 26 janvier 2011 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et l'accord EEE (Affaire COMP/M.5830 — Olympic/Aegean Airlines) notifiée sous le numéro C(2011) 316 final ;
- xxiii. European Commission, Non-opposition to a notified concentration (Case COMP/M.6447 — IAG/BMI), 2012/C 161/02, 30 march 2012 ;
- xxiv. Décision de la Commission du 27 février 2013 dans l'affaire COMP/M.6663 — Ryanair c/AerLingus ;
- xxv. Décision du 9 octobre 2013 déclarant une concentration compatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE (affaire COMP/M.6796 — Aegean/Olympic II), notifiée sous le numéro C(2013) 6561 ;
- xxvi. Décision du 14 novembre 2014 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.7333 - ALITALIA / ETIHAD) sur base du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil ;
- xxvii. Décision l'affaire COMP/M 7449 du 13 mai 2015, SNCF Mobilités / Eurostar International Limited ;
- xxviii. Décision de la Commission du 12 décembre 2017 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire COMP/M.8672 - EASYJET / CERTAIN AIR BERLIN ASSETS) sur base du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil ;
- xxix. Décision de la Commission du 6 février 2019 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE (Affaire M.8677 — Siemens/Alstom) [notifiée sous le numéro C(2019) 921] ;
- xxx. Décision de la Commission du 12 février 2019 de non-opposition à une concentration notifiée dans l'affaire M.8964 — Delta/Air France-KLM/Virgin Group/Virgin Atlantic, (2021/C 15/01) ;
- xxxi. Décision de la Commission 2020/C 408/02 du 21 novembre 2020 de non-opposition à une concentration notifiée (Affaire M.9287 — Connect Airways/Flybe)

Aides d'États

- i. Décision de la Commission du 27 juillet 1994 concernant l'augmentation de capital notifiée d'Air France dans l'affaire n°94/653/CE ;
- ii. Décision de la Commission du 29 avril 2020 SA.57134 (2020/N) COVID-19: Aide sous forme de garanties de prêts au profit du groupe Renault ;
- iii. Décision de la Commission de non-opposition du 7 juin 2005 concernant le plan industriel de restructuration d'Alitalia [notifiée sous le numéro C(2005) 1651] ;
- iv. Décision 2006/176/CE de la Commission du 7 juin 2005 concernant le plan industriel de restructuration d'Alitalia [notifiée sous le numéro C(2005) 1651, 8 mars 2006 ;
- v. Décision C(2006)2333 final, le 22 juin 2006 dans l'affaire Aide d'État N 563/2005 ;
- vi. Décision du 12 novembre 2008 concernant le prêt de 300 millions EUR consenti par l'Italie à la compagnie Alitalia C 26/08 (ex NN 31/08).
- vii. Décision (UE) 2016/152, State aid to Zweibrücken airport, SA. 27339, 1er octobre 2014 ;
- viii. Décision (UE) 2015/1073 de la Commission du 9 janvier 2015 concernant les aides d'État SA.35888 (2013/C) octroyées par Chypre à Cyprus Airways (Public) Ltd ;
- ix. Décision (UE) 2015/1586, Setting up the Gdynia-Kosakowoairport, SA. 35388, 26 février 2015 ;
- x. Décision (UE) 2017/1861 de la Commission du 29 juillet 2016 concernant l'aide d'État SA33983 (/C) ;
- xi. Décision de la Commission C(2020) 2097 final du 31 mars 2020 relative à l'aide d'État SA.56765 (2020/N) — France — COVID-19 — Moratoire sur le paiement de taxes aéronautiques en faveur des entreprises de transport public aérien ;
- xii. Décision de la Commission du 24 avril 2020, concernant la Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France, Affaire n°SA.57082 ;

- xiii. Décision de la Commission européenne (UE), du 10 juin 2020, concernant l'aide d'État SA.57369 (2020/N) COVID-19 – Portugal – Aid to TAP ;
- xiv. Décision de la Commission du 11 décembre 2020 dans les affaires SA.58463 (aide à la restructuration) et SA.58125 (indemnisation) ;
- xv. Décision de la Commission du 5 avril 2021 dans l'affaire SA.59913 COVID-19 – Recapitalisation de Air France et de la société Air France – KLM.

Décisions du Conseil

- i. Décision n°78/174/CEE du Conseil du 20 février 1978 instituant une procédure de consultation et créant un comité en matière d'infrastructure de transport ; Abrogée par la décision n° 1692/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 1996 sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport ;
- ii. Décision n° 11323/03 du Conseil du 5 juin 2003 autorisant la Commission à entamer des négociations avec des pays tiers en vue de remplacer certaines dispositions des accords bilatéraux existants par un accord communautaire ;
- iii. Décision n°2007/339/CE du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part ;
- iv. Décision n 2010/465/UE du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil du 24 juin 2010 concernant la signature et l'application provisoire du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la

Communauté européenne et ses États membres, d'autre part - Protocole modifiant l'accord de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, signé les 25 et 30 avril 2007 ;

- v. Décision (UE) n°2020/1110 du Conseil du 23 janvier 2018 concernant la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part ;
- vi. Décision n 2013/103/UE du Conseil, du 16 juin 2011, relative à la signature et à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires concernant l'adhésion de l'Union européenne à la convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980, telle que modifiée par le protocole de Vilnius du 3 juin 1999.

Index général

- abus de position dominante**, 69, 330, 485, 560, 563, 619, 654, 662, 667, 841
- aéroports pivots**, 33, 199, 261, 315, 377, 380, 391, 402, 454, 458, 476, 482, 486, 489, 493, 505, 606, 637, 818
- aides d'État**, 11, 14, 33, 38, 43, 49, 61, 77, 102, 107, 108, 109, 113, 146, 150, 159, 172, 179, 200, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 220, 222, 226, 228, 252, 254, 259, 272, 275, 276, 281, 282, 283, 285, 290, 296, 299, 302, 303, 326, 329, 334, 351, 352, 353, 355, 356, 357, 358, 359, 361, 362, 363, 364, 365, 368, 416, 428, 439, 457, 460, 461, 464, 466, 467, 474, 475, 479, 482, 484, 489, 501, 502, 503, 507, 508, 509, 514, 518, 520, 521, 523, 527, 530, 531, 578, 600, 640, 659, 667, 670, 674, 696, 699, 727, 729, 731, 736, 754, 760, 761, 764, 769, 784, 793, 800, 813, 820, 841, 843, 849, 864, 873
- alliances**, 15, 20, 28, 42, 43, 76, 79, 88, 103, 115, 117, 124, 144, 172, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 199, 201, 203, 222, 227, 229, 250, 261, 264, 268, 271, 273, 290, 293, 295, 326, 329, 330, 334, 337, 340, 341, 345, 371, 373, 378, 390, 401, 404, 411, 417, 423, 424, 431, 482, 483, 486, 509, 525, 535, 544, 550, 556, 557, 573, 575, 601, 651, 655, 720, 721, 724, 755, 791, 798, 846, 848, 851
- aménagement du territoire**, 32, 35, 46, 77, 78, 80, 96, 128, 136, 146, 156, 285, 299, 310, 358, 373, 405, 443, 447, 450, 453, 460, 462, 463, 472, 501, 502, 507, 508, 509, 510, 514, 569, 586, 634, 656, 671, 681, 693, 694, 752, 767, 772, 810, 818, 819, 849, 855, 865
- bien-être du consommateur**, 103, 220, 468, 633, 667, 738, 741, 742, 743, 750
- carburant alternatif**, 44, 777, 842
- ciel unique européen**, 26, 35, 60, 62, 63, 89, 91, 94, 95, 116, 118, 125, 139, 203, 261, 305, 309, 408, 417, 427, 529, 542, 633, 688, 705, 707, 708, 709, 710, 712, 855, 917, 919
- compliance**, 645, 702, 762, 763, 764, 765, 768, 769, 849, 868
- concentration**, 19, 20, 28, 43, 49, 67, 68, 74, 78, 98, 106, 112, 128, 130, 138, 152, 153, 160, 162, 171, 172, 176, 177, 181, 183, 188, 189, 190, 192, 196, 199, 200, 206, 219, 223, 224, 232, 233, 234, 235, 236, 239, 240, 241, 243, 244, 246, 249, 250, 256, 257, 260, 265, 266, 267, 270, 284, 291, 293, 294, 309, 328, 329, 330, 331, 334, 335, 339, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 349, 350, 351, 361, 368, 375, 391, 418, 419, 420, 421, 422, 425, 426, 438, 443, 449, 452, 456, 459, 460, 465, 476, 480, 481, 498, 501, 502, 504, 529, 561, 564, 568, 569, 572, 594, 601, 602, 610, 616, 627, 628, 630, 648, 655, 656, 657, 661, 662, 664, 668, 669, 723, 742, 755, 764, 770, 793, 805, 807, 841, 846, 880, 896
- concurrence imparfaite**, 27, 36, 39, 51, 52, 158, 168, 200, 221, 271, 272, 275, 326, 377, 438, 441, 570, 857, 865
- concurrence modale**, 14, 573, 778
- consolidation**, 1, 37, 40, 42, 45, 50, 77, 94, 124, 175, 177, 187, 193, 196, 266, 291, 292, 338, 417, 418, 423, 424, 426, 434, 481, 556, 564, 571, 572, 601, 604, 649, 820
- coopétition**, 42, 380, 406, 556, 557, 563, 575, 782, 908
- créneaux aéroportuaires**, 20, 27, 29, 32, 34, 37, 45, 48, 52, 56, 60, 65, 66, 70, 71, 72, 73, 83, 89, 90, 93, 94, 96, 103, 112, 113, 114, 118, 132, 134, 136, 138, 140, 142, 143, 144, 149, 151, 152, 153, 155, 156, 163, 166, 167, 168, 176, 182, 185, 200, 213, 229, 233, 240, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 272, 275, 276, 277, 280, 290, 306, 307, 308, 309, 310, 312,

- 313, 315, 321, 322, 323, 325, 326, 340, 343, 347, 349, 356, 361, 375, 381, 400, 420, 427, 429, 430, 432, 433, 434, 435, 476, 477, 479, 484, 487, 492, 493, 529, 534, 557, 581, 593, 603, 609, 641, 647, 658, 667, 670, 687, 730, 757, 770, 801, 832, 843, 851, 860, 868
- démonopolisation**, 15, 20, 21, 35, 45, 46, 54, 55, 61, 64, 66, 67, 69, 83, 96, 106, 110, 112, 113, 120, 123, 129, 157, 202, 231, 271, 274, 283, 304, 335, 368, 369, 378, 430, 443, 444, 445, 447, 470, 530, 531, 541, 544, 555, 573, 590, 592, 596, 598, 599, 622, 637, 640, 648, 659, 667, 732, 792, 795, 800, 803, 860, 863
- désétatisation**, 20, 23, 24, 35, 45, 46, 54, 55, 56, 61, 64, 66, 80, 82, 89, 96, 106, 112, 116, 117, 129, 157, 186, 195, 225, 231, 271, 359, 363, 369, 439, 493, 548, 557, 593, 648, 727, 737, 800, 807
- économie sociale de marché**, 64, 80, 103, 172, 251, 254, 255, 329, 443, 548, 673, 704, 833, 840, 857, 908, 918
- écosystème juridique**, 20, 28, 29, 30, 31, 36, 42, 45, 162, 164, 173, 174, 176, 180, 405, 444, 635, 674, 778, 790, 850, 857, 860, 865
- engagements commerciaux**, 506, 568, 569, 570, 850
- ententes**, 14, 22, 49, 69, 74, 76, 103, 125, 131, 172, 180, 184, 193, 216, 268, 275, 276, 281, 290, 296, 329, 330, 333, 337, 339, 340, 600, 667, 896
- hydrogène**, 10, 107, 141, 142, 442, 646, 712, 753, 758, 767, 777, 778, 784, 843, 855
- interconnexion informationnelle**, 705, 718, 720, 721
- intermodalité**, 6, 9, 39, 345, 428, 445, 447, 449, 451, 452, 467, 468, 496, 498, 503, 529, 530, 531, 575, 585, 586, 599, 600, 605, 608, 615, 622, 630, 631, 632, 738, 759, 778, 790, 867
- libéralisation**, 8, 9, 12, 18, 20, 21, 22, 25, 26, 34, 35, 40, 41, 42, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 59, 61, 64, 65, 67, 68, 76, 78, 79, 80, 81, 87, 95, 98, 99, 103, 110, 113, 114, 117, 118, 120, 126, 127, 128, 131, 132, 142, 144, 156, 159, 160, 162, 164, 170, 173, 183, 186, 196, 199, 222, 223, 225, 226, 231, 233, 246, 255, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 279, 281, 282, 286, 287, 288, 290, 296, 297, 298, 304, 305, 306, 307, 316, 326, 327, 334, 337, 343, 345, 351, 358, 359, 378, 381, 382, 385, 405, 406, 408, 410, 411, 414, 419, 423, 432, 436, 438, 439, 444, 445, 446, 447, 450, 460, 463, 465, 479, 492, 501, 509, 522, 533, 535, 536, 538, 542, 544, 551, 552, 554, 556, 560, 565, 568, 573, 574, 575, 576, 587, 589, 596, 597, 599, 607, 609, 610, 615, 616, 622, 624, 626, 627, 629, 639, 643, 650, 652, 673, 679, 690, 696, 702, 703, 704, 742, 786, 792, 800, 804, 812, 813, 816, 849, 862, 863, 865, 866
- liberté aérienne**, 16, 372
- loyauté**, 27, 30, 38, 39, 46, 53, 267, 432, 438, 439, 443, 445, 529, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 651, 654, 655, 657, 658, 659, 662, 663, 666, 667, 669, 670, 671, 672, 674, 679, 682, 683, 686, 687, 688, 689, 690, 693, 702, 703, 704, 719, 720, 728, 732, 733, 736, 737, 740, 742, 743, 744, 745, 747, 750, 751, 753, 755, 763, 765, 767, 777, 787, 788, 789, 790, 791, 793, 795, 796, 804, 805, 807, 809, 810, 811, 815, 819, 820, 821, 822, 823, 826, 828, 829, 834, 840, 843, 847, 848, 854, 855, 856, 857, 859, 860, 861, 863, 865
- marché aérien européen**, 11, 25, 79, 94, 100, 107, 235, 256, 266, 291, 406, 417, 555, 638, 641, 643, 682, 737
- marché contestable**, 40, 304
- marché intérieur**, 6, 10, 12, 16, 19, 21, 22, 25, 27, 30, 32, 36, 38, 46, 52, 53, 55, 58, 60, 62, 63, 64, 66, 68, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 86, 87, 91, 93, 95, 96, 97, 101, 109, 110, 112, 119, 125, 128, 129, 130, 152, 155, 156, 157, 163, 181, 184, 234, 253, 258, 259, 270, 271, 272, 275, 277, 278,

- 281, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 306, 309, 331, 334, 338, 340, 341, 354, 364, 370, 408, 419, 427, 429, 436, 439, 442, 443, 445, 446, 447, 448, 449, 453, 454, 460, 462, 463, 483, 498, 507, 523, 524, 530, 532, 535, 538, 553, 557, 575, 576, 585, 597, 599, 608, 621, 633, 634, 637, 638, 639, 641, 648, 666, 670, 679, 687, 703, 705, 715, 726, 731, 735, 736, 737, 739, 740, 742, 751, 767, 783, 796, 822, 824, 831, 839, 846, 852, 853, 856, 858, 861, 863, 864, 866, 906, 909
- obligations de service public**, 11, 35, 36, 54, 55, 77, 119, 141, 210, 353, 354, 358, 361, 408, 463, 464, 531, 704, 726, 727, 729, 731, 734, 736, 824, 906
- Pacte vert**, 9, 10, 45, 253, 301, 325, 407, 446, 448, 522, 530, 643, 659, 705, 713, 737, 753, 758, 769, 789, 793, 827, 834, 853, 859, 861, 863, 864
- politique industrielle**, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 105, 106, 108, 109, 110, 152, 156, 159, 172, 196, 253, 254, 255, 276, 277, 285, 295, 329, 333, 359, 600, 603, 649, 657, 702, 703, 733, 751, 788, 840, 844, 854, 908, 909
- politique multimodale**, 534
- redevances aéroportuaires**, 31, 61, 252, 282, 299, 311, 364, 365, 387, 431, 449, 488, 521, 649, 650, 653, 654, 666, 668, 680, 682, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 701, 702, 788
- résilience**, 9, 39, 131, 178, 252, 644, 646, 758, 780, 793, 829, 830, 835, 836, 838, 842, 844, 850, 855, 859, 868
- souveraineté**, 15, 16, 18, 19, 34, 36, 48, 53, 62, 66, 74, 82, 83, 85, 88, 91, 92, 95, 96, 105, 121, 126, 178, 185, 195, 231, 234, 287, 326, 333, 372, 429, 444, 710, 719, 759, 796, 798, 804, 807, 819, 830, 831, 834, 836, 838, 839, 860, 862, 863, 867, 868, 869, 908, 909
- transition écologique**, 10, 44, 45, 211, 468, 479, 480, 488, 492, 496, 498, 501, 508, 522, 585, 599, 616, 703, 726, 751, 752, 766, 769, 772, 783, 851, 853, 861, 862, 863, 864, 868
- transport ferroviaire**, 18, 39, 60, 85, 86, 89, 142, 224, 229, 255, 272, 275, 345, 376, 436, 439, 446, 487, 495, 499, 524, 525, 530, 531, 533, 534, 536, 538, 539, 541, 542, 544, 545, 547, 548, 550, 553, 554, 555, 556, 557, 559, 560, 561, 563, 565, 568, 569, 573, 575, 576, 582, 584, 586, 588, 590, 591, 592, 593, 595, 597, 606, 607, 609, 621, 627, 637, 662, 667, 742, 743, 785, 786, 788, 866
- transport maritime**, 16, 42, 43, 339, 530, 678, 740
- transport routier de passagers**, 628

Index des opérateurs économiques

Aeroflot, 184, 268, 275, 727, 807

Aigle Azur, 136, 138, 139, 146, 167, 181, 209, 223, 232, 257, 320, 380, 406

Air China, 186, 421, 768, 804, 837

Air Europa, 184, 201, 202, 203, 204, 231

Air France, 11, 29, 30, 80, 83, 95, 104, 236, 457, 462, 539, 608

Air France-KLM, 16, 80, 84, 90, 100, 102, 103, 105, 109, 139, 141, 144, 147, 150, 152, 156, 157, 178, 180, 181, 182, 186, 190, 193, 199, 202, 205, 221, 224, 228, 235, 241, 249, 264, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 296, 299, 332, 339, 350, 356, 365, 380, 395, 397, 398, 401, 404, 405, 406, 409, 415, 422, 425, 430, 431, 432, 464, 484, 569, 599, 607, 609, 621, 622, 636, 652, 665, 675, 678, 725, 740, 768, 780, 781, 783, 786, 803, 815, 816, 818, 833, 851

Air Inter, 29, 81, 95, 108, 258, 347, 365, 380, 611, 612

Air Liberté, 29, 81, 130, 140, 149, 198, 238, 380

Air Nostrum, 203, 548, 550, 755

Alitalia, 102, 107, 118, 151, 153, 174, 176, 178, 181, 184, 193, 195, 197, 201, 205, 206, 218, 219, 221, 231, 232, 239, 244, 254, 264, 269, 270, 271, 272, 360, 378, 425, 431, 432, 599, 664, 665, 698, 754, 767, 800, 816, 837, 848

American Airlines, 104, 150, 184, 186, 196, 200, 202, 208, 210, 217, 270, 273, 417, 423, 424, 425, 427, 428, 429, 430, 432, 606, 607, 608, 706, 768, 813

Austrian airlines, 21, 170, 194, 228

bmi, 100, 141, 146, 245, 250, 251, 252, 253, 298, 439

British Airways, 15, 20, 29, 45, 50, 74, 80, 81, 90, 95, 100, 101, 103, 105, 127, 129, 130, 138, 140, 141, 142, 146, 148, 150, 152,

153, 155, 177, 184, 186, 190, 191, 192, 196, 197, 198, 199, 200, 202, 205, 221, 222, 225, 234, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 248, 251, 252, 253, 262, 270, 274, 299, 323, 334, 338, 349, 356, 376, 378, 379, 380, 385, 397, 401, 409, 410, 415, 425, 428, 429, 430, 432, 439, 457, 465, 492, 497, 606, 662, 682, 698, 816, 818, 837, 838, 852

Brussels Airlines, 100, 152, 157, 176, 189, 192, 199, 228, 241, 243, 245, 251, 340, 347, 355, 421, 433, 609, 610, 619, 730

China Eastern, 184, 186, 201, 235, 269, 271, 272, 365, 804, 848, 851

China Southern, 186, 776, 804

Cyprus, 333, 362

Delta Air Lines, 80, 104, 184, 186, 188, 197, 201, 202, 205, 208, 209, 231, 235, 236, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 406, 423, 424, 428, 429, 430, 431, 432, 666, 848

Deutsche Bahn, 44, 487, 506, 552, 555, 560, 563, 567, 568, 569, 574, 579, 593, 595, 604, 608, 613, 627, 768, 784

easyJet, 27, 53, 69, 80, 81, 122, 127, 136, 139, 142, 147, 153, 160, 178, 195, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 213, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 229, 246, 248, 254, 266, 272, 274, 278, 297, 306, 307, 324, 351, 352, 353, 363, 377, 379, 380, 381, 382, 384, 386, 387, 388, 393, 397, 398, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 408, 410, 421, 422, 439, 462, 465, 478, 491, 514, 549, 599, 607, 609, 619, 624, 659, 682, 730, 743, 762, 779, 812, 839

Emirates, 80, 120, 128, 129, 150, 208, 223, 274, 403, 405, 410, 415, 422, 478, 705, 706, 755, 778, 801, 803, 804, 806, 808, 813, 817, 852, 864, 867

Etihad, 102, 128, 205, 251, 253, 254, 272, 403, 410, 415, 422, 614, 705, 706, 800, 803, 804, 817, 852

Flybe, 253, 266, 332, 333, 397

Iberia, 18, 29, 45, 50, 80, 100, 101, 152, 153, 155, 184, 192, 199, 200, 202, 203, 204, 221, 240, 241, 249, 251, 270, 349, 356, 360,

378, 385, 409, 410, 428, 432, 462, 465, 492, 550, 662, 698, 725, 800, 816, 852

Joon, 148, 182, 267, 268, 379, 389, 401, 802

Lufthansa, 1, 8, 10, 16, 21, 29, 75, 80, 81, 90, 100, 102, 103, 104, 105, 127, 136, 139, 147, 152, 153, 157, 164, 170, 177, 178, 179, 181, 182, 184, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 196, 198, 199, 200, 205, 221, 222, 225, 227, 228, 231, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 263, 267, 268, 269, 270, 272, 274, 296, 297, 298, 299, 314, 339, 340, 347, 348, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 362, 365, 376, 378, 380, 388, 397, 400, 401, 405, 409, 410, 415, 421, 422, 425, 426, 427, 430, 433, 445, 457, 499, 606, 609, 611, 613, 619, 627, 659, 664, 665, 667, 697, 698, 704, 725, 730, 740, 762, 768, 775, 784, 785, 786, 800, 805, 814, 815, 816, 818, 833, 848, 851, 857

Lyria, 566, 567, 570, 579

Northwest Airlines, 29, 118, 186, 188, 195, 197, 270, 423, 607, 608

Norwegian, 53, 139, 142, 174, 195, 216, 217, 222, 273, 382, 395, 397, 398, 401, 403

Qantas, 104, 150, 184, 196, 217, 852

Renfe, 548, 550, 566, 570, 626

Royal Air Maroc, 139, 184, 416, 805, 837

Ryanair, 27, 30, 53, 69, 75, 79, 80, 81, 102, 105, 106, 122, 147, 158, 160, 170, 173, 176, 178, 199, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 239, 248, 251, 253, 260, 261, 266, 272, 302, 304, 305, 306, 308, 324, 347, 351, 361, 363, 370, 371, 379, 380, 381, 384, 386, 387, 388, 391, 392, 393, 394, 397, 398, 400, 404, 406, 408, 410, 422, 450, 462, 465, 491, 510, 512, 514, 517, 518, 519, 521, 522, 523, 525, 526, 624, 644, 660, 672, 673, 679, 680, 681, 682, 687, 688, 690, 692, 697, 699, 727, 728, 730, 733, 752, 754, 767, 806, 812, 855, 874

Sabena, 21, 149, 180, 181, 188, 196, 198, 199, 236, 238, 239, 252, 348, 360, 378, 430, 698

Singapore Airlines, 150, 186, 230, 270, 386, 405, 409, 427, 428, 762, 778, 813, 867

SN Brussels, 189, 198, 251, 298, 347

SNCB, 567, 569, 574, 577, 578, 579, 607, 608, 610, 614, 636

SNCF, 3, 16, 142, 145, 180, 229, 230, 280, 350, 431, 435, 480, 486, 487, 529, 538, 542, 546, 547, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 560, 561, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 585, 589, 593, 594, 595, 597, 600, 602, 604, 607, 608, 611, 612, 614, 615, 616, 617, 619, 620, 621, 623, 624, 625, 626, 627, 635, 636, 662, 677, 721, 725, 787, 788, 877

Swiss, 1, 100, 153, 179, 181, 192, 198, 199, 228, 241, 242, 243, 244, 245, 248, 249, 297, 298, 347, 353, 355, 433, 664, 837

TAP Air, 55, 139, 140, 152, 176, 366, 740, 767

Thalys, 16, 435, 545, 560, 564, 566, 567, 569, 570, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 599, 600, 607, 608, 610, 614, 619, 625, 636, 721

Transavia, 95, 136, 139, 148, 156, 209, 217, 220, 223, 249, 256, 267, 268, 363, 370, 379, 381, 389, 390, 393, 401, 404, 405, 410, 465, 491, 672, 678, 775, 780, 781

Trenitalia, 506, 547, 548, 549, 566, 567, 578, 594, 626, 721

Turkish Airlines, 198, 268, 274, 457, 805, 808, 812, 821, 830

United, 21, 29, 104, 150, 164, 184, 186, 187, 188, 196, 200, 203, 208, 209, 223, 240, 243, 244, 252, 421, 423, 424, 425, 426, 427, 429, 430, 432, 433, 505, 606, 706, 781, 814, 853

US Airways, 209, 270, 423, 424, 425, 427, 428, 606, 814, 837

Virgin Atlantic, 141, 166, 201, 234, 251, 252, 254, 269, 270, 271, 272, 332, 334, 353, 356, 405, 406, 415, 425, 428, 431, 432, 439, 465, 666, 818

Volotea, 27, 139, 147, 203, 204, 212, 370,
377, 381, 384, 388, 465, 470, 616, 680, 743

Wizz Air, 139, 210, 216, 225, 254, 363, 399,
680, 752, 756

WOW, 167, 216, 273, 382

XL Airways, 136, 181, 223, 232, 257, 380,
406

Bibliographie

Ouvrages

(Classement alphabétique)

Généraux

- i. Collectif FORTES, RENOUARD Cécile, BEAU Rémi, GOUPIL Christophe et KOENIG Christian (dir.), Manuel de la grande transition, *LLL Les liens qui libèrent*, 447 p., 2020.
- ii. DUC Gérard, PERROUX Olivier, SCHIEDT Hans-Ulrich, WALTER François, Collectif, Histoire des transports et de la mobilité - Entre concurrence modale et coordination (de 1918 à nos jours), *Alphil éditions*, 460 p., 2014.
- iii. FRIEDRICH Alexandre, *easyJet*, Editions Allia, 80 p., 2013.
- iv. SUPIOT Alain, Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, *Points – Essais*, 330 p., 2009.

Droit

- i. BLAISE Jean-Bernard et CHONE-GRIMALDI Anne-Sophie, Droit des affaires de l'Union européenne, PUF, Collection Thémis droit, 572 p., 2017.
- ii. COSTA Olivier et BRACK Nathalie, Le fonctionnement de l'Union européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, 380 p., 2014.
- iii. DE BEAUFORT V. (dir.) Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques, Bruylant, 210 p., 2012
- iv. DEZOBRY Guillaume, Théorie des facilités essentielles : essentialité et droit communautaire de la concurrence, LGDJ - Lextenso Editions, 508 p., 2009.
- v. FAYOLLE Corinne, La dérégulation du transport aérien en Europe. (1987-1997), Guerres mondiales et conflits contemporains, vol. 209, n° 1, PUF, 2003, pp. 75-89.
- vi. FREGET Olivier, La Concurrence, une idée toujours neuve en Europe et en France, « une idée sociale », Odile Jacob, 345 p., 2015.
- vii. Frison-Roche Marie-Anne, Le couple ex ante ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation, Droit et économie de la régulation. 4. Les engagements dans les systèmes de régulation. Presses de Sciences Po, 2006, pp. 33-48.
- viii. GIACOBBO PEYRONNEL Valérie, VERDURE Christophe, Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne : Questions d'actualité et perspectives, Bruylant, 2017
- ix. MEZAGUER Mehdi, Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne - Un exercice transactionnel de l'autorité publique, Bruylant, 582 p., 2015.
- x. RIEM Fabrice, La Transparence et le Droit de la Concurrence, L'Harmattan, 504 p., 2002.
- xi. ULLESTAD Antoine, Les frontières extérieures de l'Union européenne : étude de l'internationalisation du marché intérieur, L'Harmattan, 464 p., 2020.
- xii. VAN DEN BERGH Roger (dir.), Comparative Competition Law and Economics, Edward Elgar, 545 p., 2017.
- xiii. MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence interne et européen, Armand Colin, 8e édition 2019 n°480.
- xiv. ZEVOUNOU Lionel, Les usages de la notion de la concurrence en droit, LGDJ, coll. "Droit Public", 466 p., 2012.

Autres disciplines

- i. DENORD François, néo-libéralisme et « économie sociale de marché » : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950), Histoire, économie & société, *Armand Colin*, 2-2009 ;
- ii. COMBE Emmanuel, « III. Le low cost aérien, vecteur de concurrence », in : Le low cost, *La Découverte*, « Repères », p. 47-68, 2011 ;
- iii. DOBRUSZKES Frédéric, Libéralisation et desserte des territoires : le cas du transport aérien européen, Bruxelles, *P.I.E. Peter Lang*, 285 p., 2007.
- iv. TIROLE Jean, Théorie de l'organisation industrielle, *Edition Economica*, 978 p., 2015.

Thèses et dossiers d'habilitation à diriger une recherche

Droit

- i. BENBOUBKER Samira, Risque, sécurité et responsabilité du transporteur aérien à l'égard de son passager, Université Paris 5, sous la direction de A. SINAY-CYTERMANN, 2014 ;
- ii. COSKUN Alexis, La participation du droit de la concurrence de l'Union européenne à l'édification d'un modèle de compétitivité industrielle, Université de Strasbourg, sous la direction de F. BERROD, 2018 ;
- iii. DEZOBRY Guillaume, La théorie des facilités essentielles, Essentialité et droit communautaire de la concurrence, Université Paris-X Nanterre, sous la direction de J-M. THOUVENIN, 2007 ;
- iv. GUENOD Christian, Théorie juridique et économique du régulateur sectoriel, Université de Paris Dauphine, sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, 2009 ;
- v. KOSTOPOULOS Konstantinos, Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence, Université de Toulouse 1 sous la direction de S. POILLOT-PERUZZETTO, 2003 ;
- vi. KOVAR Jean-Philippe, L'Etat et les modes d'organisation du marché, Université de Strasbourg, sous la direction de G. ECKERT, 2005 ;
- vii. MEZAGUER Mehdi, L'approche transactionnelle en droit Antitrust de l'Union européenne : recherche sur un exercice transactionnel de l'autorité publique, Université de Toulouse 1, sous la direction de M. BLANQUET, 2013 ;
- viii. OPREA Ana Maria, Les opérateurs nouveaux entrants et l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire interne de voyageurs : étude à partir du droit de l'Union européenne et de ses applications dans les droits nationaux, Université Paris-Est, sous la direction de S. DE LA ROSA 2020.
- ix. PAPY Romain, L'aviation commerciale et le droit antitrust, Université Montesquieu -Bordeaux IV, sous la direction de L. GRARD, 2011 ;
- x. ULLESTAD Antoine, Les frontières extérieures de l'Union européenne : étude de l'internationalisation du marché intérieur, Thèse de doctorat en Droit de l'Union européenne, Université de Strasbourg sous la direction de F. BERROD, 2019 ;
- xi. VOUGIOUKAS Dimitrios, Le secteur de l'aviation et les règles de concurrence de l'Union européenne : étude des comportements et des rapprochements d'entreprises, Université de Lyon-3, sous la direction de J-P. VIENNOIS et R. WITTERWULGHE, 2012 ;
- xii. ZEVOUNOU Lionel, Le concept de concurrence en Droit, sous la direction de P. BRUNET, 2010.

Autres disciplines

- i. AGERON Pierre, L'intermodalité-voyageurs au prisme de la mondialisation : vers la structuration d'un méta-réseau intégré, Université de Grenoble, sous la direction de J. VARLET, 2013 ;

- ii. CHAUMET-Dalmasso Sophie, *Alliances et transport aérien*, Université de Nice, sous la direction de M. RAINELLI, 2006 ;
- III. CHEN Minghui, *Analyse de la concurrence intermodale : l'évaluation de la qualité des dessertes ferroviaires et aériennes*, Université de Lyon, sous la direction de S. SOUCHE 2019.
- iv. DEBIZET Gilles, *Déplacements urbains de personnes : de la planification des transports à la gestion durable de la mobilité. Mutations d'une expertise*, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, sous la direction de G. DUPUY, 2004 ;
- v. DEVRET-DEMETTRE, *Quand l'aéroport devient ville : géographie d'une infrastructure paradoxale*, Université Michel de Montaigne – Bordeaux III, sous la direction de B. CALAS, 2015 ;
- vi. FRANK Laurence, *La gestion des aéroports aux lendemains des réformes publiques. Des business models pour des aéroports en situation concurrentielle*, Université de Strasbourg sous la direction de P. COHENDET, 2010 ;
- vii. GONZVA Michaël, *Résilience des systèmes de transport guidé en milieu urbain : approche quantitative des perturbations et stratégies de gestion*, Université Paris-Est, sous la direction de Y. DIAB, 2017.
- viii. MONIER Constance, *De la détection à la sanction des cartels : Une évaluation économique de la politique antitrust communautaire*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, sous la direction d'É. COMBE, 2009.
- ix. PERENNES Patricia, *Spécificité du secteur ferroviaire et libéralisation : la question du signal prix*, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, sous la direction de Cl. MÉNARD, 2014.
- x. WARLOUZET Laurent, *Quelle Europe économique pour la France ? La France et le marché commun industriel, 1956-1969*, Université de Paris 4, sous la direction d'É. BUSSIERE, 2007
- xi. ZEMBRI Pierre, *Pour une approche géographique de la déréglementation des transports*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, HDR, 2007.

Doctrine

Sur l'intervention publique

- i. ALEMANNI Alberto, *The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?*, *European Law Journal*, 2008 puis *Better Regulation: Holding the European Commission Accountable?* (October 7, 2018). VerfBlog, 2018/9/11, Special Issue: Holding the Juncker Commission Accountable, *HEC Paris Research Paper* No. LAW-2018-1316 <https://ssrn.com/abstract=3262087> ;
- ii. BEAULANDE-BARRAUD Véronique, et al., *La fabrique de la norme : Lieux et modes de production des normes au Moyen Âge et à l'époque moderne*, *Presses universitaires de Rennes*, 2012. Web. <http://books.openedition.org/pur/127806> ;
- iii. BERTRAND Elodie et DESTAIS Christophe, *Le « Théorème de COASE », une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique - Reflets et perspectives de la vie économiques*, 2002/2 p.111-124 ;
- iv. BESSIS Franck, *Quelques convergences remarquables entre l'Économie des Conventions et la Théorie de la Régulation*, *Revue Française de Socio-Economie, La Découverte*, 2008, pp.9-25 ;
- v. BOUGETTE Patrice, DESCHAMPS Marc et MARTY Frédéric, *When Economics Met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law*, *Enterprise & Society* (2015), 16(2), pp. 313-353;
- vi. BOURREAU Marc et VERDIER Marianne, *Cours d'économie industrielle - Introduction*, Telecom ParisTech & Faculté des Sciences Economiques et Sociales de Lille, <http://ses.telecom-paristech.fr/bourreau/iren.htm>, consulté le 30 août 2013 ;
- vii. BUSSIERE Éric, *Régionalisme européen et mondialisation*, *Les cahiers Irice*, vol. 9, n°. 1, 2012, pp. 5-10 ;

- viii. CLASTRES Cédric, La régulation asymétrique : un mécanisme de financement des coûts échoués irrécupérables, *Revue d'économie politique*, vol. 126, n°1 2016 pp 89-126, 2016, <https://doi.org/10.3917/redp.261.0089> ;
- ix. COSTA Olivier, Que peut le Parlement européen ? *Pouvoirs* 2014/2 (n°149), pages 77 à 89 ;
- x. COMAN Ramona, BRACK Nathalie et CRESPIY Amandine, La souveraineté européenne, est-elle une projection surtout française ? Institut d'études européennes, Université Libre de Bruxelles <https://www.iew-ulb.be/blog/academique/la-souverainete-europeenne-une-projection-surtout-francaise/> - 5 mai 2021.
- xi. COMBE E., FAYOLLE J., MILEWSKI F., La politique industrielle communautaire, *Revue de l'OFCE*, 43, janvier 1993, p. 399-454.
- xii. DAGNINO Battista, LE ROY Frédéric et YAMI Saïd, La dynamique des stratégies de coopération, *Revue française de gestion*, vol. 176, no. 7, 2007, pp. 87-98 ;
- xiii. DANIEL Jean-Marc « L'économie de marché : liberté et concurrence », *L'Économie politique*, vol. 37, n°. 1, 2008, pp. 38-50 ;
- xiv. DE BEYS Julien, La décision de la Commission européenne du 12 février 2004 sur les aides d'État accordées à Ryanair », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 1852, no. 27, 2004, pp. 1-37.
- xv. DEFFAINS Bruno, d'ORMESSON Olivier et PERROUD Thomas, Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen, janvier 2020 <https://www.robert-schuman.eu> ;
- xvi. DOCKES Pierre, Les contraintes structurelles à la croissance : une perspective historique, in : GUILLAUME Marc, L'Europe, une nouvelle économie mondiale, *Descartes & Cie*, pp.261- 283, 2004. (halshs-00419866) ;
- xvii. DURAND Cédric, Techno-féodalisme - Critique de l'économie numérique, La Découverte, coll. « Zones », 2020 ;
- xviii. GLACHANT Jean-Michel, Repères pour l'analyse économique des réseaux européens de service public, *Annals of Public and Cooperative Economics*, 1995, pp. 211-228 ;
- xix. LOMBARD Jérôme et STECK Benjamin, Quand le transport est d'abord un lieu !, *Autre part*, vol. 32, no. 4, 2004, pp. 3-19 ;
- xx. MADDALON Philippe, BAROU des PLACES Ségolène, HERNU Rému (dir.), Morale(s) et droits européens, Pédone, Collection Cahiers européens, n°8, 2015, pp. 3-6 et pp. 125-136 ;
- xxi. MARTY Frédéric, Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, *document de travail de l'OFCE*, OFCE n° 2010-30, novembre 2010 ;
- xxii. MARTY Frédéric, Concurrence et politique industrielle : analyse de logiques distinctes, in : DE BEAUFORT (dir.), Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques européens, *Bruylant*, octobre 2012, pp. 131-153.
- xxiii. MARTY Frédéric, Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, SOLIS-POTVIN Laurence, Les valeurs communes dans l'Union européenne, *Bruylant*, pp. 341-377, 2014. fhalshs-01076354
- xxiv. MATHIEU Bertrand, La normativité de la loi : une exigence démocratique, *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : La normativité)* - janvier 2007 ;
- xxv. MICHAUD Claude, Théorie et pratique de la réglementation : l'exemple des États-Unis, *Politiques et management public*, vol. 1, n° 2, 1983. pp. 3-25 ;
- xxvi. MORVAN Yves (1983) cité par HUMBERT Marc, Élargissement des fondements théoriques standards des politiques industrielles, *Revue d'économie industrielle*, Année 1995 vol. 71, pp. 143-162 ;
- xxvii. MONGOUACHON Claire et ZEVOUNOU Lionel, La place du Parlement européen dans le modèle institutionnel de concurrence de l'Union européenne, *Concurrences*, Septembre n°3-2018 ;
- xxviii. PUMAIN Denise et SAINT-JULIEN Thérèse, Le réseau des villes de dimension européenne, *Hommes et Terres du Nord*, 1993/1, L'Europe de 1993. pp. 15-25 ; DOI : [HTTPS://DOI.ORG/10.3406/HTN.1993.2404](https://doi.org/10.3406/HTN.1993.2404)

- xxix. ROZENBLAT Céline, CICILLE Patricia, Les villes européennes, analyse comparative, UMR ESPACE CNRS 6012 - Université Montpellier III - une recherche réalisée à la demande de la DATAR (Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale) ;
- xxx. SAURUGGER Sabine et TERPAN Fabien, La Cour de justice au cœur de la gouvernance européenne, *Pouvoirs*, 2014/2 (n° 149), p. 59-75 ;
- xxxi. TOTI Jean-François, MOULINS Jean-Louis, Comment mesurer les comportements de consommation éthique ? *RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2015/4 (n° 18, vol. 4), p. 21-42. DOI : 10.3917/rimhe.018.0021 ;
- xxxii. TORRE-SCHAUB Marthe, Marché unique et environnement : quelle intégration ? *Revue internationale de droit économique*, vol. xx,3, n°3, 2006, pp. 317-338 ;
- xxxiii. UNGER Mathilde, La souveraineté européenne ou les limites d'un slogan politique, *Revue des affaires européennes* 2021/3, p. 579 ;
- xxxiv. Von der GROEBEN H., La politique de concurrence dans le marché commun, texte fondé sur deux exposés de l'auteur à Bad Godesberg et à l'université de Marburg, archive n° 31, février 1965.
- xxxv. VAYSSIERE, Bertrand, Europe et souveraineté. La notion d'État, des penseurs classiques aux réalités actuelles, *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 95, no. 3, 2007, pp. 151-166 ;
- xxxvi. WARLOUZET Laurent, Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire - La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960, *Histoire, économie & société*, vol. 27, no. 1, pp. 47-61, 2008.

Sur la politique de concurrence

- i. BERROD Frédérique, Chronique du droit du marché intérieur, Se réapproprier les frontières dans le marché intérieur. RTDeur. *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2021, pp.761
- ii. BONASSIES Pierre, Les Fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen / par, 1983 In : Études dédiées à Alex Weill, p. 51-67, 1983 ;
- iii. BOSCO David, Droit des concentrations, chronique, Concentration - Concurrence - Consommation, *Revue Jurisclasseur*, n° 8-9, août-septembre 2013 ;
- iv. CAYLA David, « Concurrence », de quoi parlons-nous ? : Préciser le concept économique pour clarifier le débat politique – <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00994773v2>, Université d'Angers, 2014 ;
- v. DARREN BRADY Nelson, Antitrust, anti-competition : Lessons from economics, février 2020, *Concurrences* N° 1-2020, Art. N° 92529 ;
- vi. DECOCQ Georges, Le jeu de la concurrence, Contrats-Concurrence- Consommation, *LexisNexis Jurisclasseur*, n°5, mai 2013 ;
- vii. DONY Marianne, « 3.3. - Portée des lignes directrices » in Aides d'État, Bruxelles, *Éditions Larcier*, 2019, p. 268-276 ;
- viii. DUMEZ Hervé et JEUNEMAITRE Alain, Concurrence et coopération entre firmes : les séquences stratégiques multidimensionnelles comme programme de recherche, *Finance Contrôle Stratégie*, Vol., n°1, p27-48, mars 2005 ;
- ix. BERROD Frédérique, Les objectifs de la régulation et de la concurrence ou de l'esthétique du double, in ECKERT G., KOVAR J.-Ph. (dir.), Les objectifs de la régulation économique et financière, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 48 ;
- x. FOLZ Jean-Martin, RAYSSEGUIER Christian, SCHAUB Alexander, CHANTREL Étienne et Ch. de NAVACELLE, L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles - Ministère de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi, sept. 2010 ;
- xi. FORAY Dominique, Innovation et concurrence dans les industries de réseau, *Revue française de gestion*, 2002/3-4 (n° 139), p. 131-154 ;

- xii. FRISON-ROCHE Marie-Anne, Le couple ex ante ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation, *Droit et économie de la régulation*. 4. Les engagements dans les systèmes de régulation. *Presses de Sciences Po*, 2006, pp. 33-48.
- xiii. GERADIN Damien, L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau : analyse de principaux enjeux du processus de libéralisation, *Cahiers de droit européen*, 1999 ;
- xiv. HARNAY Sophie et BERGE Jean-Sylvestre, Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? –*Revue internationale de droit économique*, 2011/2, p 165 à 192 ;
- xv. IDOT Laurence, Concentration autorisée et voies d'action des tiers, *Revue Europe*, n°10, octobre 2006 ;
- xvi. IDOT Laurence, Regards sur le règlement n° 1/2003, *Concurrences*, Art. N° 66396N° 3-2010, septembre 2010 ;
- xvii. IDOT Laurence, Droit européen de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles, *RTD Eur*, oct-déc. 2019, p 777 à 956, notamment à propos de l'affaire M.8677 — Siemens/Alstom [notifiée sous le numéro C(2019) 921] ;
- xviii. JENNY Frédéric, Droit européen de la concurrence et efficience économique, *Revue d'économie industrielle*, vol. 83 pp. 193-206, 1993 ;
- xix. KIPIANI Patricia, Les engagements : vers un droit « négocié » en matière de pratiques anticoncurrentielles - *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, décembre 2010 ;
- xx. LEON A. et T. SAUVIN, L'entreprise et son empreinte territoriale : Quelle politique d'attractivité ? –*Mondes en développement*, n°149, 2010 ;
- xxi. LE ROY Frédéric et YAMI Saïd, Les stratégies de coopération, *Revue française de gestion*, vol. 176, n° 7, pp. 83-86, 2007 ;
- xxii. MAGNON Xavier, *La loyauté : aspects institutionnels - Dossier spécial : La loyauté en droit de l'Union européenne*, *Revue des Affaires Européennes, Law & European Affairs*, 2, 2011. p. 245-251 ;
- xxiii. MARTUCCI Francesco, Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence, *Revue de jurisprudence commerciale*, novembre / décembre 2014, n° 6, pp. 12-24 ;
- xxiv. MARTUCCI Francesco, La politique de la concurrence face à la crise de la Covid-19 : « faire vivre et ne plus laisser mourir », *RTDeur. Revue trimestrielle de droit européen, Dalloz*, 2020, pp.551. halshs-02969692 ;
- xxv. MARTY Frédéric et J. PILLOT Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles : ambiguïté du droit et régulation de la concurrence, Document de travail n°2009-11, OFCE, mai 2009 ;
- xxvi. MERLE Marcel, Le contrôle exercé par les organisations internationales sur les activités des Etats membres, *Annuaire français de droit international*, volume 5, 1959. pp. 411-431 ;
- xxvii. MONGOUACHON Claire, Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *La Revue des Droits de l'Homme*, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux, Université de Paris-Nanterre, 2017 ;
- xxviii. MONTET C. et VENAYRE Florent, Politiques de concurrence : comment améliorer les performances de l'économie de marché ? - *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 10, janvier-mars 2007, p. 141
- xxix. PARENT Romain et CHANAL Valérie, Quels business models pour les plateformes Web 2.0. : les apports de la théorie des marchés bi-faces. Conférence de l'AIMS, Juin 2009, Grenoble, France. pp.1-27. fhalshs-00455382f ;
- xxx. PERROT Anne, Ouverture à la concurrence dans les réseaux, *Économie & Prévision*, 1995 ;
- xxxi. PERROT Anne, La politique de la concurrence contribue-t-elle à la croissance économique ? Une analyse à partir des cas américains et européens, *Économie publique/Public economics* n° 1, 2003.

- xxxii. PONS Jean-François, Marché commun, Marché unique et politique européenne de la concurrence de 1957 à 2007. In: Revue d'économie financière, n°88, 2007. 50 ans après le Traité de Rome. pp. 171-184. DOI : <https://doi.org/10.3406/ecofi.2007.4268>
www.persee.fr/doc/ecofi_0987-3368_2007_num_88_2_4268
- xxxiii. PRIETO Catherine, Politique de Concurrence : le traitement du pouvoir de marché -, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. n°1390, 10 Octobre 2009.
- xxxiv. RODRIGUE Lea, Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux, N° 3-2012, Revue concurrences, p. 273.
- xxxv. SEBASTIEN Jean, PERROT Anne et PHILIPPON Thomas, Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? *Notes du conseil d'analyse économique*, vol. 51, n° 3, 2019, pp. 1-12 ;
- xxxvi. HUVENEERS Ch. Les multiples objectifs de la politique de concurrence : un système de N équations à N+1 inconnues ? -, *Reflets et perspectives de la vie économiques*, 2008/1 p.9-37
- xxxvii. RIEM Fabrice, Concurrence effective ou concurrence efficace ? - *Revue internationale de droit économique*, 2008/1 p67-91
- xxxviii. SAGLIETTO Laurence, Transport aérien et montée en puissance des systèmes informatisés de réservation, *Gérer et comprendre*, n° 75, mars 2004.
- xxxix. Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? – Th. PÉNARD et S. SOUAM, *Revue d'économie politique*, volume 12, Dalloz, 2002/6.
 - xl. DU MARAIS Bertrand, L'Etat à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique, *Politiques et management public* vol 20 n°1 p121-141, 2002.
 - xli. DUSSAUGE Pierre, Pourquoi certaines entreprises réussissent-elles mieux que d'autres ? Un éclairage d'entreprise, conférence HEC, Jouy-en-Josas, 5 juin 2013.
 - xlii. "Transports et développement durable" Colloque de l'IFR/UT1 Capitole du 16 mars 2018 <http://www.ut-capitole.fr/recherche/equipes-et-structures/colloques-conferences-seminaires/transports-et-developpement-durable-colloque-organise-par-le-master-2-droit-des-transports-et-de-l-aeronautique-685970.kjsp>

Analyse du secteur aérien :

- i. ALBERT Jean-Luc, Ryanair Holding c/ Commission, 2010 (Note sous arrêt), *Semaine Juridique* (édition entreprise), sept. 2010 ;
- ii. AMIEL Magali, MELANÇON Guy, ROZENBLAT Céline, Réseaux multi-niveaux : l'exemple des échanges aériens mondiaux de passagers, *Mappemonde*, N° 79 (3-2005) ;
- iii. BEYER Antoine, Les frontières du « Ciel Unique Européen ». Enjeux techniques et territoriaux du contrôle aérien en Europe, *Flux*, 2008/1 (n° 71), p. 8-23. DOI : 10.3917/flux.071.0008 ;
- iv. BIPLAN Pierre, Les compagnies aériennes entre la nation et la mondialisation, *Hérodote*, n°114(3), pp 56-70, 2004 ;
- v. BONOVA Lucia, KOSKA Dagmara et SPECKER Axel, Consolidation of the EU airline industry: How the Commission kept seatbelts fastened in the 2009 airline merger wave - *Competition Policy Newsletter*, European Commission, 2009-3;
- vi. CAROL Pierre-Jean, Les recettes aéronautiques des aéroports commerciaux, *Droit et Ville*, 2016/2 n°82, p. 19-31.
- vii. CARRARD Michel, La réforme aéroportuaire et les relations stratégiques entre aéroports et compagnies aériennes : une analyse à l'aide de la théorie des jeux », *Revue d'Économie Régionale & Urbaine*, vol. no. 4, 2013, pp. 765-792 ;
- viii. CARTOU Louis, les services aériens réguliers internationaux et les accords intéressant la France, *Annuaire de droit international*, vol. 2, 1956.
- ix. CROZET Yves et LAWSON Fabien, la commercialisation des créneaux aéroportuaire : une fausse bonne idée ?, *Transports*, n° 399, janvier-février 2000 ;

- x. DACHARRY Monique, Transport aérien français et Marché Commun, *Hommes et Terres du Nord*, 1992/1. Transports. pp. 34-39 ;
- xi. DEMOLI Yoann, et SUBTIL Jeanne, Boarding Classes. Mesurer la démocratisation du transport aérien en France (1974-2008), *Perspectives à vingt ans*, note d'analyse, n°4 juillet 2013, *Sociologie*, vol. 10, no. 2, 2019, pp. 131-151 ;
- xii. DÉVOLVÉ Pierre, rapport de synthèse du colloque « L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence », sous la direction de AUBY Jean-Bernard et LOMBARD Martine, 139 p. LexiNexis, 2007 ;
- xiii. DOBRUSZYKES, Frédéric, Une géographie des services publics aériens en Europe, *L'Espace géographique*, vol. 36, no. 4, 2007, pp. 320-336 ;
- xiv. DOBRUSZYKES Frédéric Elargissement européen et réseaux aériens à bas-prix. À la conquête de l'Est ou de l'Ouest ? *Bulletin de l'Association de géographes français* « Mutations du transport aérien et des systèmes aéroportuaires », déc. 2009
- xv. DOBRUSZYKES Frédéric, GIVONI Moshe et VOWLES Timothy, Hello major airports, goodbye regional airports ? Recent changes in European and US low-cost airline airport choice, *Journal of Air Transport Management*, Elsevier, vol. 59(C), 2017, pp. 50-62.
- xvi. DUTHEIL de la ROCHERE Jacques, Transport aérien européen et problèmes de concurrence, *Annuaire français de droit international*, 1986.
- xvii. ENCOUA David, Ouverture à la concurrence des activités en réseau. Le cas du transport aérien européen, *Revue économique*, vol. 47, n° 6, 1996 ;
- xviii. GIRGENSON Ianis, Lufthansa acquiert trois compagnies aériennes, *Revue Lamy de la Concurrence*, Avril 2010 ;
- xix. GÖNENÇ Rauf, NICOLETTI Giuseppe, Le transport aérien de passagers : réglementation, structure du marché et performance, *Revue économique de l'OCDE*, vol. no32, no. 1, 2001, pp. 203-254.
- xx. GOURGEON Pierre-Henri, Les secrets du redécollage d'Air France », *Le journal de l'école de Paris du management*, vol. 63, no. 1, 2007, pp. 8-16, <https://www.cairn.info/revue-le-journal-de-l-ecole-de-paris-du-management-2007-1-page-8.htm> ;
- xxi. GRARD Loïc, Nouvelles régulations et nouveaux régulateurs dans le secteur des transports en Europe, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2001-04 n° 447, p.258-266.
- xxii. GRARD Loïc, L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile, *Annuaire français de droit international*, volume 49, 2003. pp. 492-515 ;
- xxiii. GRAD Loïc, Ryanair c/ Aer Lingus, premier épisode d'une nouvelle série judiciaire, *Revue de droit des transports*, n°5, mai 2008
- xxiv. GRARD Loïc, Un an de droit européen des transports 1 septembre 2007 - 31 août 2008, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009 ;
- xxv. GRARD Loïc Droit de la concurrence et regroupement national de compagnies aériennes : jurisprudence irlandaise en provenance du TPIUE, *Revue de droit des transports*, n° 10, Octobre 2010 ;
- xxvi. GRARD Loïc, Chronique Droit européen des transports - Transports aériens - L'indépendance « fonctionnelle » du coordinateur des créneaux horaires dans les aéroports doit être bordée par des règles de droit précises, *RTDeur*, *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2017, pp.249 ;
- xxvii. GRARD Loïc, Le principe de transparence garant de la comparabilité des tarifs aériens, *Droit européen des transports*, janv.-mars 2019, pp. 1 à 246.
- xxviii. GRARD Loïc, Vols annulés – Covid-19 : la transgression généralisée de la législation européenne va-t-elle être convertie en droit ? <https://blog.leclubdesjuristes.com/vols-annules-covid-19-la-transgression-generalisee-de-la-legislation-europeenne-va-t-elle-etre-convertie-en-droit/> publié le 10 avril 2020 ;
- xxix. IDOT Laurence, Ententes horizontales, Commentaire de l'arrêt TPICE, 18 juill. 2005, aff. T-241/01, Scandinavian Airlines SystemAB, *Revue Europe* n° 10, Octobre 2005 ;

- xxx. IDOT Laurence, Transport aérien et concentration, *Revue Europe*, Octobre 2010 ;
- xxxi. IDOT Laurence, Le Tribunal rejette le recours contre la décision déclarant incompatible le projet de concentration Ryanair/Aer Lingus, et confirme que la Commission ne peut ordonner la cession d'une participation antérieure à l'OPA. *Revue Europe*, n° 10, octobre 2010 ;
- xxxii. KENIGSWALD Laurent, Transport aérien : bilan de l'expérience américaine de libéralisation et leçon pour l'Europe – *Economie & Prévision*, n°119, 1995 ;
- xxxiii. LEBRAY Xavier, Transport aérien : restaurer une concurrence libre et loyale, 16/11/2015, Question d'Europe n°371 - <https://www.robert-schuman.eu/fr>;
- xxxiv. LECAT Jean-Jacques, La propriété et le contrôle des compagnies aériennes. Le cas d'Air France. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 415-440, DOI : <https://doi.org/10.3406/ridc.2002.18751>;
- xxxv. LENOIR Nathalie, Congestion et créneaux aéroportuaires, CEDECE 2004, colloque de la Commission pour l'Étude des Communautés Européennes, Oct 2004, Bordeaux, France. pp 377-388 ;
- xxxvi. MALAVOLTI Estelle, MARTY Frédéric, Analyse économique des aides publiques versées par les aéroports régionaux aux compagnies low cost. *European Consumer Law Journal / Revue européenne de droit de la consommation (R.E.D.C.)*, Larcier, 2010, n° 2010/3-4, pp.529-558 ;
- xxxvii. MARTY Frédéric, Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence. Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes, *Revue de l'OFCE* n°94, pp. 97 à 125, 2005 ;
- xxxviii. MAMONTOFF Catherine, La réforme aéroportuaire de la loi du 13 août 2004 à l'épreuve des faits, *L'Harmattan*, 2004 ;
- xxxix. MEDINA C., Autorisation inconditionnelle en Phase II dans le transport aérien malgré de fortes parts de marché combinées sur certaines routes, *Lamy Concurrence* 2009-19 ;
- xl. OUM Tae H. et FU Xiaowen, Influence des aéroports sur la concurrence dans le transport aérien : Regard sur les performances des aéroports et les relations verticales entre aéroports et compagnies aériennes – OCDE/ITF, sept. 2008 ;
- xli. PERROT Anne et BLONDE Victor, la politique de concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union européenne, *Concurrences* n°3-2019 ;
- xlii. PRIETO Catherine, Les restrictions de concurrence des compagnies aériennes, *Recueil Dalloz* 2004 ;
- xliii. PRIETO Catherine, Note sous Tribunal de première instance des Communautés Européennes, deuxième Chambre, 4 juillet 2006, EasyJet Airline contre Commission, affaire T-177/04, *Journal du droit international (Clunet)*, n°2, 2007 ;
- xliv. RODRIGUES Stéphane, FINGER Matthias and BUTTON Kenneth (dir.), *Air Transport Liberalization. A Critical Assessment*, February 2018, *Concurrences* n°1-2018, Art. N° 86296, p. 246 ;
- xlv. SAISSI Olivier, Nouvel entrant et déréglementation, enjeux et perspectives Le cas du transport aérien européen, *La Revue des Sciences de Gestion*, juin 2001 ; DOI : <http://dx.doi.org/10.1051/larsg:2001014>
- xlvi. SAISSI Olivier, Développement durable et concurrence, la coexistence impossible ? Le cas du transport aérien européen, *La Revue de science de gestion*, n°241, janv.-fév. 2010 ; DOI : 10.3917/reru.134.0765. URL : <https://www.cairn.info/revue-d-economie-regionale-et-urbaine-2013-4-page-765.htm>
- xlvii. SAGLIETTO Laurence et LEVY Denise, Etude morphologique du réseau des alliances stratégiques aériennes, *Métropolis – Flux* 2006/3 n° 65 | pages 17 à 32 DOI 10.3917/flux.065.0017,
- xlviii. SAGLIETTO Laurence et LEVY Denise, Le ciel européen sans frontières. Structures des alliances stratégiques, *Revue française de gestion*, n°177, 2007
- xlix. SUBRA Philippe, Roissy et le troisième aéroport : réalités économiques et manipulation géopolitique, *Hérodote*, vol. 114, n° 3, 2004, pp. 122-180.

- I. STRALE Mathieu, Géographie mondiale des alliances de compagnies aériennes, A world geography of airlines alliances, *Belgeo*, 4, p. 437-464, 2006.
- II. TRIGAUD Béatrice, Souveraineté et liberté dans un espace aérien civil et militaire, *Stratégie* 2019/3 n°123, pages 179 à 198.
- III. VENAYRE Florent et BLAYAC Thierry. L'organisation du marché européen des services de transport aérien face à la suppression annoncée des exemptions. *Transports, Editions techniques et économiques*, 2007, pp.153-162. ffhalshs-00645382f ;
- IV. ZEMBRI, Pierre, Structure des réseaux de transport et déréglementation, *Flux*, vol. 62, no. 4, 2005, pp. 21-30 ;
- V. ZEMBRI Pierre Les compagnies « low cost » face au ralentissement économique mondial. La robustesse du modèle économique et des choix de desserte à l'épreuve –, *Bulletin de l'Association de géographes français* « Mutations du transport aérien et des systèmes aéroportuaires », déc. 2009.

Analyse du secteur ferroviaire :

- i. CATIN Maurice, et al. "Infrastructures de Transport et Intégration Européenne: Efficacité Économique « versus » Équité Régionale." *Revue d'économie Politique*, vol. 112, no. 3, 2002, pp. 409–36. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/24701481>. Accessed 24 Jul. 2022.
- ii. A. CHI et Yves CROZET L'intermodalité TGV/AIR : quel second souffle pour la gare de Lyon Saint-Exupéry TGV ? –, *Transports*, n°428, nov.-déc. 2004 ;
- iii. GAUTHIER-LESCOP Laure, LEVEQUE Julien, De la régionalisation à la concurrence régulée. Analyse économique et juridique de la future organisation du transport ferroviaire régional de voyageurs. *Politiques et Management public*, Institut de management public, 2006, 24 (1), pp. 1-28 ;
- iv. GRESSIER Claude, La tarification de l'infrastructure ferroviaire : l'état actuel en Europe et les évolutions souhaitables, *Transports urbains*, 2005/2 (N° 108), p. 8-12. DOI : 10.3917/turb.108.0008. URL : <https://www.cairn.info/revue-transports-urbains-2005-2-page-8.htm>.
- v. Le quatrième paquet ferroviaire : l'impossible libéralisation ? A. PERRIER, Bruges Political Research Papers, College of Europe/Collège d'Europe, 2014;
- vi. SOUCHON Aurélie, De l'intermodalité à la multimodalité : enjeux, limites et perspectives, illustré par un projet d'expérimentation d'une tarification multimodale entre Martigues et Marseille. Mémoire de Master2, Gestion et management, Université Lyon 2, HAL 2006.
- vii. L'avenir du Transport ferroviaire - Rapport de la mission conduite par Jean-Cyril SPINETTA, Rapport au Premier Ministre, fév. 2018

Publications institutionnelles

(Classement catégoriel puis chronologique)

Programmes des présidences allemandes et françaises du Conseil de l'Union européenne

- Présidence allemande du Conseil de l'Union européenne, La politique commune des transports de l'Union européenne, 2^e semestre 2020, <https://www.eu2020.de/eu2020-fr/actualit%C3%A9s/artikel/politique-commune-transports-d%C3%A9carbonation-num%C3%A9risation/2410920>

- Présidence française du Conseil de l'Union européenne, 1^{er} semestre 2022, <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/>

Rapports publics

- OCDE, L'avenir du transport aérien international, quelle politique face aux mutations mondiales ? - Rapport, OCDE, chap. 4 p93, 1997 ;
- Une analyse de la concurrence dans le transport aérien intérieur – R. DUTHAUTOIS, *Notes de Synthèse du SES*, ministère des Transports, 1997 ;
- Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan par le groupe de travail sur l'avenir des dessertes aériennes régionales, ainsi que sur le fonctionnement du fonds d'investissement des aéroports et du transport aérien (FIATA), Sénat 15 mai 2001 ;
- Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur l'avenir du transport aérien français et la politique aéroportuaire, et présenté par M. Yannick FAVENNEC, Rapporteur, en conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par M. François-Michel GONNOT, le 9 juillet 2003 ;
- Manuel de la réglementation du transport aérien international de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI - ICAO en anglais), Doc 9626, Deuxième édition — 2004 ;
- ENCAOUA David et GUESNERIE Roger, Politiques de la Concurrence. Conseil d'Analyse Economique. La Documentation française, pp.302, 2006, Les Rapports du Conseil d'Analyse Economique. ffhals00177629f ;
- BEIGBEDER Charles, Rapport pour le Secrétariat d'État à la Consommation et au Tourisme Le « *low cost* » : un levier pour le pouvoir d'achat, 12 décembre 2007 ;
- SABOURIN Jacques et SOCIE Michel, Impact des coûts de transport sur le développement touristique des Territoires, en particulier celui des vols « à bas prix », rapport pour les CONSEIL GENERAL DES PONTS ET CHAUSSEES (CGPC) et CONSEIL NATIONAL DU TOURISME, mars 2008 Mise en ligne en févr. 2009, Affaire n°005647-01, <https://cgedd.documentation.developpement-durable.gouv.fr/recherche;jsessionid=A865B7738A77E4770FD18EEC94DFEE7E?sort=date&order=asc&p=1&hpp=25&lieu=France&date=2008&theme=TRANSPORTS&domaine=TRANSPORT%20AERIEN&auteur=SABOURIN,%20Jacques> ;
- Examen dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, texte déposé au Sénat le 27/09/2010 examiné le 10/05/2011 de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen (Refonte) COM(2010) 475 final du 17/09/2010 ;
- CROQ Aurélien, VIEILLARD François et ABRAHAM Claude, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, Les compagnies aériennes européennes sont-elles mortelles ? juillet 2013 ;
- COMBE Emmanuel, Le low cost, une révolution économique et démocratique, Fondation pour l'innovation politique, *fondapol.org*, novembre 2013 ;
- Autorité de la Concurrence, Avis n° 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar ;
- Conseil de l'Union européenne, Rapport du 26 mai 2014 sur l'accord politique sur la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne, (9768/1/14/REV 1).
- OCDE, La concurrence dans le secteur aérien, Note de référence du Secrétariat, DAF/COMP(2014)14, des 18-19 juin 2014 ;
- Comité de la concurrence de la Direction des affaires financières et des entreprises OCDE « La concurrence dans le secteur aérien », 26 janvier 2015 DAF/COMP (2014)14.
- Concurrence dans le transport aérien : l'indispensable transparence, Rapport d'information n°180(2015-2016) de MM. Jean BIZET, Éric BOCQUET, Claude KERN et Simon SUTOUR, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 19 novembre 2015.

- L'économie des aéroports et les aides d'Etat – A. SUBREMON, Mission « maillage aéroportuaire français » du Conseil supérieur de l'Aviation Civile, juin 2016
- L'Etat et la compétitivité du transport aérien : un rôle complexe, une stratégie à élaborer – *Rapport de la Cour des comptes*, Communication à la commission des finances du Sénat, sept. 2016 ;
- Cour des comptes, Rapport pour la commission des finances du Sénat, L'État et la compétitivité du transport aérien : un rôle complexe, une stratégie à élaborer, le 12 octobre 2016 ;
- Rapport maillage aéroportuaire français, DGAC et Commissariat général à l'égalité des territoires, fév. 2017 ;
- Aéroports européens : une compétition toujours plus vive – ACI Europe, 2017 ;
- Transport in the European Union - Current Trends and Issues, European commission, April 2018 ;
- Analysis of state aid to selected Ryanair airports: State aid helping drive Ryanair's emissions growth, but faces potential crackdown under revision of EU guidelines - Transport & Environment, European Commission, July 2019 ;
- Rapport d'information n° 734 (2018-2019) de Mme Josiane COSTES, fait au nom de la Mission d'Information « Transports aériens et aménagement des territoires », déposé le 24 septembre 2019, Sénat
https://www.senat.fr/commission/missions/transports_aeriens_et_aménagement_des_territoires.html ;
- Projet de loi de finances pour 2019 : Transports 22 novembre 2018 : Budget 2019 – Transports (avis - première lecture) Par MM. Jean-Pierre CORBISEZ, Gérard CORNU, Michel VASPART et Mme Nicole BONNEFOY au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable Avis n°152 (2018-2019) de MM. Jean-Pierre CORBISEZ, Gérard CORNU, Michel VASPART et Mme Nicole BONNEFOY, fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, déposé le 22 novembre 2018 <https://www.senat.fr/rap/a18-152-3/a18-152-312.html> ;
- European Aviation Environmental, Report 2019 élaboré par l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA), l'Agence européenne pour l'environnement (AEE) et Eurocontrol et Proposition de règlement relatif à l'instauration d'une égalité des conditions de concurrence pour un secteur du transport aérien durable COM(2021)561 du 14 juillet 2021.

Le dialogue interinstitutionnel

- Rapports de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, notamment les rapports de 2019 {SWD(2020) 126 final}, 2018 {SWD(2019) 297 final}, ou encore 2016 {SWD(2017) 175 final}, https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/annual-reports_en
- Résolutions du Parlement européen sur les rapports annuels sur la politique de concurrence notamment à propos du Rapport de la Commission de 2019, procédure 2019/2131(INI) [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2019/2131\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2019/2131(INI)) ou de 2016, procédure (2017/2191(INI)) [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2016/2100\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2016/2100(INI))

En France :

Autorité de régulation des transports : <https://www.autorite-transport.fr/les-autocars/gares-routieres/>

Autorité de la Concurrence ;

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-publie-une-etude-sur-les-engagements-comportementaux-en-droit-de-la>

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-publie-un-nouveau-document-cadre-sur-les-programmes-de-conformite>

Parlement européen

(Classement chronologique)

- Résolution du 01 avril 1996 sur les temps de vol et de service des équipages des aéronefs (B4-0307/96) ;
- Résolution du 29 mars 2012 sur le fonctionnement et l'application des droits établis des personnes voyageant par avion, 2011/2150 (INI) ;
- Résolution législative du 12 décembre 2012 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (refonte) (COM(2011)0827 — C7-0458/2011 — 2011/0391(COD)) ;
- Résolution du 10 décembre 2013 sur le volontariat et les activités de volontariat en Europe, Évaluer le coût de la non-Europe 2014-2019, 2013/2064(INI) ;
- Résolution législative du 5 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n°261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, ainsi que le règlement (CE) n°2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages ;
- Résolution du 26 janvier 2017 sur une stratégie de l'aviation pour l'Europe, 2016/2062(INI) ;
- Résolution législative du 14 mars 2019 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004 (COM(2017)0289 – C8-0183/2017 – 2017/0116(COD)).
- Résolution du 19 juin 2020 sur le tourisme et les transports en 2020 et au-delà (2020/2649(RSP)) ;
- Résolution du Parlement européen du 20 janvier 2021 sur la révision des orientations du réseau transeuropéen de transport (RTE-T) (2019/2192(INI)) ;
- Résolution d'actualité du Parlement européen, Impact de la crise de la Covid-19 sur le secteur de l'aviation, 2021/2666(RSP), Conditions de travail et d'emploi décentes dans le secteur de l'aviation - Incidence de la crise de la Covid-19 sur l'aviation (débat du 8 juillet 2021).

Commission européenne

(Classement chronologique)

- Memorandum sur l'orientation à donner à la politique des transports, Doc VII/COM 61/50 du 10 avril 1961 ;
- ENCOUA David et PERROT Anne, Concurrence et coopération dans le transport aérien en Europe, Rapport pour la Commission des Communautés européennes, 1991 ;
- Rapport au Conseil et au Parlement européen sur l'évaluation des régimes d'aides institués en faveur des transporteurs aériens de la Communauté », Document SEC(92) 431 final du 19 mars 1992 ;
- Communication, Application des articles 92 et 93 du Traité CE et de l'article 61 de l'accord EEE aux aides d'État dans le secteur de l'aviation, du 10 décembre 1994 ;
- Communication du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, COM(97/C 372/03) ;
- Communication, au Conseil et au Parlement européen :« La création du ciel unique européen » [COM (1999) 614 final du 1er décembre 1999 ;

- Livre blanc, La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix, COM(2001) 370 final du 12 septembre 2001 ;
- Communication au Conseil et au Parlement européen « Améliorer l'application des directives « nouvelle approche » COM(2003) 240 final du 7 mai 2003 ;
- Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, (2004/C 31/03) du 5 février 2004 ;
- Communication au Parlement européen et au Conseil sur l'application du règlement (CE) n° 261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol du 17 février 2004 ;
- Lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'État au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux. (2005/C-312/01) du 9 décembre 2005 ;
- Communication, Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté COM(2005) 79 final du 11 mars 2005 ;
- Communication, Développer une politique communautaire dans le domaine de l'aviation civile à l'égard de la Nouvelle-Zélande, COM/2005/0407 final du 19 septembre 2005 ;
- Communication COM/2006/0871 final de la Commission européenne, Définir une politique communautaire en matière d'aviation civile vis-à-vis du Canada du 9 janvier 2007 ;
- Communication sur l'application du règlement (CE) n°793/2004 fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, COM(2007) 704 final du 15 novembre 2007 ;
- Communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n°139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n°802/2004 de la Commission (2008/C 267/01) du 22 octobre 2008 ;
- Orientations sur l'appréciation approfondie des aides régionales en faveur des grands projets d'investissement (2009/C 223/02) du 16 septembre 2009 ;
- Communication de la Commission, EUROPE 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive COM(2010) 2020 final, le 3 mars 2010 ;
- Rapport sur la citoyenneté de l'Union « Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union » COM (2010) 603 du 16 octobre 2010 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Vers un Acte pour le Marché unique, Pour une économie sociale de marché hautement compétitive, 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble » COM(2010) 608 final du 27 octobre 2010 ;
- Livre blanc, Feuille de route pour un espace européen unique des transports - Vers un système de transport compétitif et économe en ressources, COM(2011) 144 final, du 28 mars 2011 ;
- Communication, Une vision stratégique pour les normes européennes : aller de l'avant pour améliorer et accélérer la croissance durable de l'économie européenne à l'horizon 2020, COM(2011) 311 final du 1er juin 2011 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 / COM(2011) 681 final du 25 novembre 2011 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Politique aéroportuaire de l'Union européenne – résoudre les problèmes de capacité et de qualité pour favoriser la croissance, la connectivité et la mobilité durable, COM(2011) 823, du 1er décembre 2011 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur la modernisation de la politique en matière d'aides d'État COM(2012) 209 final du 8 mai 2012 ;

- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Une meilleure gouvernance pour le marché unique, COM/2012/0259 final, du 8 juin 2012 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, La politique extérieure de l'UE dans le domaine de l'aviation - Anticiper les défis à venir COM/2012/0556 final du 27 septembre 2012 ;
- Lignes directrices sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes 2014/C 99/03 du 4 avril 2014 ;
- Communication, Encadrement des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation, (2014/C 198/01) du 26 juin 2014.
- Lignes directrices concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, 2014/C 249/01 du 31 juillet 2014 ;
- Livre blanc, Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, COM/2014/0449 final du 26 novembre 2014 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Une stratégie de l'aviation pour l'Europe, COM/2015/0598 final du 7 décembre 2015 ;
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre et les progrès accomplis dans la réalisation du ciel unique européen au cours de la période 2012-2014, COM(2015) 663 final le 16 décembre 2015.
- Communication COM(2015) 215 final au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE, du 19 mai 2015 qui déboucha sur l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016 ;
- Orientations interprétatives relatives au règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et au règlement (CE) n°2027/97 du Conseil relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident, tel que modifié par le règlement (CE) n°889/2002 du Parlement européen et du Conseil, C/2016/3502 du 15 juin 2016 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Aviation : une Europe ouverte et connectée {SWD(2017) 207 final} du 8 juin 2017.
- Communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Le pacte vert pour l'Europe, COM/2019/640 final du 11 décembre 2019 ;
- Communication, Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe, COM(2020) 102 final, reprise dans la Communication de la Commission du 5 mai 2021, Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020: construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe, COM(2021) 350 final du 10 mars 2020 ;
- Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, COM(2020) 253 final, 17 juin 2020
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Programme de travail de la Commission pour 2021 : Une Union pleine de vitalité dans un monde fragile, COM(2020) 690 final du 19 octobre 2020 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Stratégie de mobilité durable et intelligente – mettre les transports européens sur la voie de l'avenir, COM(2020) 789 final du 9 décembre 2020 ;

- Communication, Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, 2020/C 91 I/01 du 20 mars 2020, encadrement prolongé le 28 janvier 2021 ;
- Communiqué de presse, Construire un avenir résilient face au changement climatique — Une nouvelle stratégie de l'UE relative à l'adaptation au changement climatique du 24 février 2021 ;
- Communication de la Commission, Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020 : construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe, COM (2021) 350 final du 5 mai 2021 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Programme de travail de la Commission pour 2022 : Ensemble pour une Europe plus forte, COM(2021) 645 final du 19 octobre 2021 ;
- Rapport au Parlement européen et au Conseil, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021) 714 final du 23 novembre 2021 ;
- Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, Une stratégie de l'UE en matière de normalisation - Définir des normes mondiales à l'appui d'un marché unique européen résilient, vert et numérique, COM(2022) 31 final du 2 février 2022.

Cour de justice

- Cour de justice de l'Union européenne, rapport concernant Les droits des passagers aériens, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-05/qd-04-17-650-fr-n_2019-05-22_11-30-44_512.pdf - Publié en octobre 2017.

Comité économique et social européen

- Avis du Comité économique et social européen, Relations transatlantiques entre l'Union européenne et les pays d'Amérique du Nord dans le secteur du transport aérien — une véritable convergence réglementaire (avis exploratoire) (2009/C 306/01) du 11 juin 2009 ;
- Avis du comité économique et social européen sur la « révision des lignes directrices de 1994 et 2005 sur l'aviation et les aéroports dans l'UE », CCM&/095 du 11 juillet 2012 ;
- Avis du Comité économique et social européen sur le «Paquet aéroports» COM(2011) 827 final — 2011/0391 (COD), (2012/C 181/31) du 21 juin 2012 ;
- Avis du Comité économique et social européen sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée, Aviation : une Europe ouverte et connectée [COM(2017) 286 final] et sur la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien et abrogeant le règlement (CE) n°868/2004 [COM(2017) 289 final — 2017/0116 (COD)] du 19 juin 2017 ;
- Avis du Comité économique et social européen à propos de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée « Aviation: une Europe ouverte et connectée» COM(2017) 286 final du 8 juin 2018.

Comité des régions

- Opinion of the Committee of the Regions, AIRPORT PACKAGE, COTER-V-026, 96th plenary session, 18-19 July 2012.

Cour des comptes européenne

- Rapport spécial 15/2021 du 29 juin 2021, Droits des passagers aériens durant la pandémie de COVID-19 : malgré les efforts de la Commission, des droits essentiels n'ont pas été protégés.

Webographie

Organisations publiques :

ACI : <https://aci.aero/>

AITA / IATA : <https://www.iata.org/>

Autorité de la Concurrence : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

Autorité de régulation des transports : <https://www.autorite-transport.fr/>

Commission européenne

DG Mobilité : https://ec.europa.eu/info/departments/mobility-and-transport_fr

DG Concurrence : https://ec.europa.eu/info/departments/competition_fr

Conseil de l'Union européenne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/>

CESE / EESC : <https://www.eesc.europa.eu/fr>

DGAC : <https://www.ecologie.gouv.fr/direction-generale-laviation-civile-dgac>

Eurostat <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Transport>

Ministère chargé des Transports :

↳ Politiques publiques <https://www.ecologie.gouv.fr/statistiques-du-traffic-aerien>

↳ Observatoire de la concurrence, <https://www.ecologie.gouv.fr/observatoire-concurrence>

OCDE : <https://data.oecd.org/transport/passenger-transport.htm>

Parlement européen : <https://www.europarl.europa.eu/committees/fr/tran/home/highlights>

Presse :

Généraliste

<https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/aeronautique-defense/l-actualite-aeronautique-et-defense.html>

<https://www.lemonde.fr/transports/>

<https://www.lesechos.fr/industrie-services>

Spécialisée

<https://www.air-journal.fr/>

<https://www.deplacementspros.com/>

Table des matières

INTRODUCTION	4
Section 1 - Le transport aérien de passagers, objet économique en constante mutation.....	6
§1 - L'appréhension de l'environnement complexe du transport aérien de passagers.....	6
§ 2 - La libéralisation du secteur aérien : le transport de passagers plutôt que des marchandises	12
Section 2 - La spécificité d'un secteur économique dont les principes sont régis par le droit international	15
§ 1 - Le transport aérien de passagers, entre souveraineté des États et libertés du ciel.....	15
§ 2 - L'approche juridique de l'Union, un processus exemplaire dans un « moment politique ».....	19
§ 3 - Penser un véritable écosystème juridique	28
Section 3 - La concurrence durable : une tentative de caractérisation du marché des services de transport aérien en Europe	35
Section 4 - Les questions d'ordre méthodologique et sémantique.	40
Section 5 - La concurrence et son objectif de libéralisation : une logique de phase, cœur de la problématique	45
PARTIE 1 : L'ILLUSION DE LA CONCURRENCE PAR LA SEULE OUVERTURE DU MARCHÉ	48
Titre 1 : La durabilité de la concurrence par son caractère imparfait.....	52
Chapitre 1 : La libéralisation par la désétatisation	59
Section 1 - Le marché démonopolisé, préalable nécessaire à la désétatisation du transport aérien.....	62
§1 – L'application de la concurrence pour contrôler l'action des États membres	64
A – La recherche d'un équilibre concurrentiel.....	65
B – La refonte d'un système pour une surveillance continue du secteur aérien.....	74
§ 2 - La concurrence pour construire le marché intérieur ou la désétatisation du secteur aérien.	80
A – Le marché du transport aérien composant essentiel du marché intérieur	81
B – L'enjeu de l'interopérabilité ou la désétatisation technique.....	89
§ 3 – Le pragmatisme d'une politique industrielle « interstitielle » menée par la Commission européenne	97
A – L'articulation entre modèle industriel et objectif de concurrence.....	98
B – Les tentations d'une politique de concurrence raisonnée de la politique industrielle.....	108
Section 2 - Les spécificités de la mise en concurrence dans le secteur aérien.....	113
§ 1 – La spécificité du transport aérien dans la politique de transport.....	116
A – La cohabitation des enjeux nationaux souvent antagonistes.....	117
B – L'accompagnement nécessaire de la libéralisation par l'eupéanisation du transport aérien de passagers.....	123
§ 2 – La question fondamentale de la ressource aéroportuaire : l'attribution commune des créneaux horaires.....	129
A – Le cadre finalement imparfait de l'attribution des créneaux aéroportuaires	129
B – Les tentatives d'une correction de l'imperfection du marché par une meilleure gestion patrimoniale de la ressource aéroportuaire	135
§ 3 – L'appréhension de la relation « aéroport-compagnie aérienne » ou la dimension territoriale de la concurrence.....	142
A – La continuité dans la relation pour la concentration des flux de passagers	143
B – La segmentation et la substituabilité de l'offre aéroportuaire	149
Conclusion du chapitre 1.....	155
Chapitre 2 : Le constat d'une « libéralisation imparfaite »	158
Section 1- La nouvelle donne concurrentielle : le paradoxe d'une concurrence non envisagée par le régulateur européen	160

§ 1 – La nécessité de concevoir un écosystème normatif pour consolider la concurrence résultant de la libéralisation	163
A – L'instrumentalisation d'un écosystème juridique pour favoriser les innovations	164
B – Un droit au secours d'un secteur chroniquement fragile	174
§ 2 – L'effectivité relative de la concurrence résultant de la libéralisation du secteur aérien	180
A – La « consolidation » du marché par les coopérations commerciales	181
B – La coopération pour favoriser la concentration capitalistique : toujours plus de consolidation du marché.	193
§3 – L'offre alternative des compagnies à bas coûts (TBC) comme principal facteur de concurrence dans le ciel unique européen.....	203
A – La révolution de l'offre à bas coûts : un nouveau modèle concurrentiel	204
B – Une offre protéiforme par essence : easyJet et Ryanair, les deux pôles de cette révolution ...	215
Section 2 – Les mutations paradoxales de l'espace aérien européen.....	222
§ 1 – L'analyse complexe des marchés	224
A – La recombinaison des conditions de spatialisation de la concurrence	224
B – Le transport aérien reste une question de souveraineté nationale	231
§2 – La tentative d'un groupe aérien global face aux mutations de la concurrence.....	236
A – L'émergence d'un groupe global par la mise en œuvre d'une polycompagnie.....	237
B – La tentative de concurrence frontale à Londres-Heathrow, un équilibre concurrentiel dynamique et instable	246
§ 3 – La nécessité de clarifier la position des autorités régulatrices	251
A – L'objectivisation de la concurrence dans le transport aérien comme support au marché intérieur	251
B – La nouvelle stabilité de l'équilibre concurrentiel	260
Conclusion du Titre 1	270
Titre 2 : La pratique institutionnelle d'une concurrence imparfaite	272
Chapitre 1 : Le pilotage institutionnel de la régulation du transport aérien de passagers	274
Section 1 – Le pilotage adaptable par la Commission européenne	276
§ 1 - Le rapport de force entre les institutions : la quête de légitimité	277
A - Le triangle institutionnel dans la politique des transports	278
B – La mobilité dans un espace concurrentiel : l'objectif plus vaste de fonctionnement du marché intérieur	288
§ 2 – Le consensus sur l'objectif global de la politique des transports : l'efficacité et la qualité de services comme élément constitutif d'une concurrence durable	296
A – Le choc d'offre : le prix fait-il la seule différence ?	297
B – Le rapport entre qualité des services et prix payé : l'argument concurrentiel.....	303
§ 3 – La difficile adaptation du cadre normatif : les tentatives de régulation	306
A – L'attribution des créneaux aéroportuaires, la nécessité d'une refonte du cadre normatif du point de vue de la Commission européenne	307
B – La protection inachevée du consommateur du fait des divisions étatiques.....	316
Section 2 – Le pilotage pragmatique de la Commission par la politique de concurrence.....	327
§ 1 – L'effet bienveillant des exemptions catégorielles.....	330
A – L'exemption catégorielle favorise les concentrations	330
B – La confirmation de ce régime d'exemption, jusqu'à sa pérennisation	336
§ 2 – Le contrôle des concentrations systématiquement modulé par la pratique des engagements..	339
A – Le contrôle des concentrations, du droit particulier au droit commun de l'Union	341
B – La contestabilité d'un engagement : la réaction des compagnies aériennes	349
§ 3 – Les aides d'État ou le conflit permanent.....	352
A - La prise en compte des différents objectifs poursuivis	353
B – Les aides d'État et la gouvernance des compagnies aériennes	359
Conclusion du chapitre 1	369
Chapitre 2 : Les effets réglementaires sur le modèle économique du secteur aérien.....	370
Section 1 – Les « libertés aériennes » : la concurrence inaboutie.....	372
§ 1 - Les droits de trafic aérien : la consécration d'un accès partiel au réseau européen.....	373

A - La recomposition du ciel européen par segments concentriques.....	374
B – Les libertés aériennes inexploitées, la concurrence incomplète par les droits de trafic	378
§ 2 – L’apport révolutionnaire et contesté des TBC/LCC.....	383
A – L’appropriation de toutes les libertés aériennes à partir d’une mise en concurrence des législations nationales.....	383
B – Le nouvel horizon, pour l’instant bouché, du <i>low cost</i> aérien : les vols long-courriers	390
§ 3 – Le décloisonnement de l’offre, une tentative de concurrence effective ?	397
A – Le modèle ambivalent incarné par easyJet.....	398
B – Un décloisonnement possible à partir des aéroports majeurs	403
Section 2 – Les perturbations normatives extérieures : l’interdépendance des espaces aériens source de constante instabilité.....	406
§ 1 – L’approche paradoxale d’une meilleure connectivité du territoire européen	407
A – La connectivité aérienne de l’Union européenne : atout majeur du marché intérieur et source d’instabilité	407
B - La consolidation du ciel nord-américain, quels enseignements pour le ciel unique européen ?	418
§ 2 - La gestion déconcentrée de la capacité aéroportuaire européenne, un risque de déstabilisation du ciel européen	428
A - L’aéroport, les aéroports, ou la nécessité d’une régulation européenne des structures aéroportuaires	428
B – La question du marché des créneaux horaires comme avenir de la régulation de la ressource aéroportuaire.....	433
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	439
PARTIE 2 : LES PROMESSES D’UNE CONCURRENCE DURABLE.....	442
Titre 1 : La politique globale des transports, condition nécessaire à l’émergence d’une concurrence durable	446
Chapitre 1 : La relation systémique entre transport aérien et aménagement du territoire, l’approche de la multimodalité par la concurrence durable.....	448
Section 1 - La structuration du territoire par la combinaison des modes de transports pour une offre globalisée de transports	451
§1 – L’infrastructure aéroportuaire comme pivot territorial	453
A – Le maillage aéroportuaire, un équilibre entre aménagement du territoire et intérêts économiques des compagnies aériennes	454
B – Le transport aérien prescripteur d’aménagement du territoire urbain	465
C - La concurrence aéroportuaire par l’attractivité des infrastructures	470
§2 – La prise en compte de l’engorgement des infrastructures pour assurer une concurrence durable	477
A - La concentration du trafic sur des aéroports pivots.....	477
B – La nécessité d’une régulation complémentaire au niveau européen.....	484
Section 2 – La hiérarchisation de l’espace européen difficilement encadrée par les règles juridiques....	489
§ 1 – Le renforcement mutuel des métropoles pour créer un réseau européen de villes.....	490
A – Le processus de transformation des territoires européens.....	491
B – La difficile appréhension juridique du phénomène qui touche les métropoles régionales.....	502
C – Réguler la dépendance des aéroports régionaux face aux TBC	510
§ 2 - Les voies à suivre pour améliorer la desserte des zones périphériques.....	523
A – Les imperfections de la politique de concurrence pour garantir le développement régional...	524
B – La quête d’une solution pertinente pour les régions périphériques	528
Conclusion du chapitre 1.....	530
Chapitre 2 : La démonopolisation du transport ferroviaire comme nouvel élément d’une concurrence durable	532
Section 1 - Le transport ferroviaire de personnes sur les rails de la concurrence pour installer un espace commun de transport.....	535
§1 - L’espace ferroviaire unique européen : une ambition ancienne aux objectifs renouvelés	537

A – Les principes théoriques de l'ouverture à la concurrence.....	538
B – Une effectivité minimale.....	542
C – La concurrence internationale retardée à 2030	551
§ 2 – Le mimétisme comportemental du secteur ferroviaire de passagers avec le secteur aérien lors de son ouverture à la concurrence	556
A – Le mimétisme avec le secteur aérien par le comportement des entreprises dans la reconstitution du réseau ferroviaire	557
B – Le mimétisme avec le secteur aérien par application des règles de concurrence.....	560
C – Le paradoxe apparent de l'accès libre promu par une association de monopoleurs	574
§ 3 - Les deux obstacles majeurs à lever pour parfaire la concurrence ferroviaire	578
A – L'insuffisante capacité d'investissement dans les infrastructures.....	578
B – La (re)définition des choix stratégiques des opérateurs.....	587
Section 2 - La concurrence durable pour un réseau européen global des transports	600
§ 1 - L'imbrication institutionnalisée des offres de transport pour une réelle interconnexion multimodale.....	601
A – La fusion Air-France KLM, cas d'école d'une politique industrielle implicite	602
B – La réalité de l'offre intégrée « train/avion »	606
§ 2 – Le droit tente d'organiser la concurrence entre frères ennemis	610
A – La répartition des rôles dans le transport : le choix de la concurrence pour déterminer l'offreur pertinent de services ferroviaires dans le réseau domestique	611
B – Les modèles de LGV/HSR : une autre offre protéiforme qui accentue le mimétisme avec le secteur aérien	618
§ 3 – La concurrence durable par la pertinence de la modalité de transport	623
À – La multimodalité nécessaire à l'espace européen de transport.....	624
B – La consécration normative d'un duopole du transport routier de passagers.....	629
Conclusion du Titre 1	633
Titre 2 : La concurrence loyale pour éviter le déraillement du « système »	639
Chapitre 1 : La loyauté, facteur endogène de concurrence : une nouvelle perspective de régulation du secteur aérien de passagers	646
Section 1 – La loyauté ambitionne de recadrer la concurrence	649
§ 1 – Le maintien d'un équilibre entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroports	650
A – L'interdépendance des relations entre compagnies aériennes et gestionnaires d'aéroport	651
B - La perspective d'une intégration verticale pour un libre accès à l'infrastructure aéroportuaire.....	660
§ 2 – L'équilibre singulier entre les TBC et les aéroports régionaux contraint à repenser les termes d'une concurrence loyale	671
A – La loyauté dans l'utilisation de la réglementation sociale	672
B – Le risque de la concurrence fiscale comme facteur d'affaiblissement de la loyauté des rapports commerciaux.....	680
§ 3 - Les redevances aéroportuaires : réguler le pouvoir de marché des aéroports par le principe de loyauté	689
A - Les finalités des redevances aéroportuaires questionnées par la loyauté.....	689
B - La régulation par l'harmonisation des redevances aéroportuaires.....	696
Section 2 - La nécessité de réobjectiver la politique de concurrence par la loyauté	704
§ 1 - La poursuite de l'eupéanisation du marché unique aérien, un nouvel élan par la réobjectivation de la concurrence	705
A - Le ciel européen, un espace toujours en construction.....	706
B - La certification des technologies, enjeu technologique de la concurrence.....	714
C – Les perspectives juridiques de l'interconnexion informationnelle par la coordination des opérateurs privés	719
§ 2 - Les obligations de Service public (OSP), un autre axe pour réobjectiver la concurrence.....	728
A – Un contenu plus ciblé des OSP pour assurer la connectivité du territoire	729
B - La définition des OSP permet de renforcer la position de certains opérateurs « cruciaux »	734
§ 3 - Le rôle du consommateur citoyen / consomm'acteur dans la concurrence loyale.....	738
A – La mutation du surplus économique face au bien-être du consommateur	739

B – L’activation progressive du rôle du consommateur par la jurisprudence	748
Section 3 – La loyauté comme contrepoids à la concurrence	752
§ 1 - La crise de la COVID-19 accélératrice de solutions déjà envisagées.....	756
A - La remise en cause partielle du rapport à l’avion.....	756
B - La planification par la puissance publique : entre stratégie et remédiation	761
§ 2 - L’acte 3 de l’ouverture du ciel européen, l’équilibre entre soutien public aux compagnies aériens et respect de l’écologie.....	770
A – L’accélération de la modernisation des flottes aériennes	770
B – Le rôle de stratégies modaux des États membres	779
Conclusion du chapitre 1.....	789
Chapitre 2 : La loyauté entre compagnies européennes et compagnies d’États tiers, les effets de l’extraterritorialité de la réglementation européenne.....	791
Section 1 - L’analyse du regard européen porté sur les compagnies des États tiers	794
§1 - Les relations aériennes diplomatiques : retour d’une étatisation assumée.....	796
A – La permanence de l’orgueil national : un État doté d’une compagnie emblématique	797
B - La diplomatie aérienne civile	804
§ 2 – La progressive intégration de la concurrence loyale par le droit européen	811
A - L’objectif affiché d’une plus grande loyauté avec les compagnies tierces.....	812
B – L’amélioration de la réponse juridique, une possible précision de la loyauté par le droit	821
Section 2 - La résilience, nouvelle frontière du secteur aérien	830
§1 – La loyauté comme moyen de défense de la souveraineté européenne.....	832
A – Le transport aérien de passagers, un secteur stratégique pour la souveraineté nationale	832
B – La volonté d’affirmer une souveraineté européenne par le contrôle des investissements	837
§ 2 – La résurgence de la frontière comme moyen de protection de la loyauté.....	844
A – Les intérêts nationaux subsistent voire se renforcent.....	845
B – L’effet de frontière entre régulation et concurrence.....	848
C – La résilience de l’eupéanisation de la politique de transports	852
 CONCLUSION 2E PARTIE	858
 CONCLUSION GENERALE	861
 1^{er} point – La transition vers une concurrence durable	862
 2^e point – La fin du raisonnement par modes de transport pour penser la mobilité dans le cadre de la vision du Pacte vert européen	865
 3^e point – La concurrence durable, nouvelle texture de la concurrence dans le transport aérien de passagers	869
 GLOSSAIRE	871
 ANNEXES.....	875
Annexe 1 : Les libertés aériennes : le droit de trafic aérien	876
Annexe 2 : Un exemple d’Accord dit « de ciel ouvert »	877
Annexe 3 : Le tableau des alliances commerciales	879
Annexe 4 : Modalités d’application des règles de concurrence dans le transport aérien	880
Annexe 5 : Consolidation des marchés aériens aux États-Unis d’Amérique et de l’Union européenne.....	881
Annexe 6 : France, liaisons annuelles et saisonnières opérées par le plus grand nombre de transporteurs – 2019.....	882
Annexe 7 : Classement des aéroports européens 2019.....	883
Annexe 8 : Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l’accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires	888
Annexe 9 : Les co-entreprises (joint-ventures) de la SNCF	889

TABLE DES TEXTES	891
TABLE DE JURISPRUDENCE	893
TABLE DES DECISIONS.....	897
INDEX GENERAL	900
INDEX DES OPERATEURS ECONOMIQUES	903
BIBLIOGRAPHIE	906
Ouvrages	906
Généraux	906
Droit.....	906
Autres disciplines.....	907
Thèses et dossiers d'habilitation à diriger une recherche.....	907
Droit.....	907
Autres disciplines.....	907
Doctrines.....	908
Sur l'intervention publique.....	908
Sur la politique de concurrence.....	910
Analyse du secteur aérien :	912
Analyse du secteur ferroviaire :	915
Publications institutionnelles	915
Programmes des présidences allemandes et françaises du Conseil de l'Union européenne	915
Rapports publics	916
Parlement européen.....	918
Commission européenne.....	918
Comité économique et social européen.....	921
Comité des régions	921
Cour des comptes européenne	922
Webographie.....	922
Organisations publiques :	922
Presse :	922
TABLE DES MATIERES	923

Résumé

Le secteur du transport aérien de passagers est l'un plus ancien secteur économique libéralisé, alors que le transport ferroviaire de passagers n'en est qu'au début de son ouverture à la concurrence. La politique de concurrence, par le droit européen qu'elle a mise en œuvre, a démonopolisé et, dans une moindre mesure, désétatisé un secteur économique stratégique pour la connectivité du territoire et l'édification du marché intérieur. Même si la structure du marché, ainsi obtenue, reste imparfaite au sens de la théorie économique, et relève d'une illusion de la concurrence par la seule ouverture du marché, le marché aérien européen met en lumière une concurrence durable.

Par la pratique institutionnelle de cette concurrence imparfaite, et en tenant compte des perturbations normatives extérieures venant principalement des États-Unis, l'Union européenne crée cette nouvelle texture de la concurrence comme on le ferait d'un alliage, cette incorporation d'éléments, effectuée dans le but de modifier certaines de leurs propriétés voire de leur conférer des propriétés nouvelles. La thèse vise à proposer une nouvelle lecture de l'application de la politique de concurrence de l'Union européenne à un mode de transport qui s'insère dans une logique globale de mobilité.

Les objectifs du Pacte vert européen, en devenant les nouvelles orientations générales de l'Union, s'appliquent à notre secteur d'étude. On perçoit, dès lors, la constitution d'un écosystème normatif progressivement constitué des décisions pragmatiques du régulateur, de recherche d'une plus grande loyauté dans les relations entre opérateurs économiques européens comme issus d'États tiers, enfin, d'une planification écologique qui doit permettre autant la transition énergétique du secteur aérien que sa résilience face aux crises régulières. Autant d'éléments qui constituent, au sens de cette thèse, une concurrence durable.

*

Abstrat

The air passenger transport sector is one of the oldest liberalised economic sectors, while rail passenger transport is only at the beginning of its opening to competition. Competition policy, through the European law it has implemented, has demonopolised and, to a lesser extent, de-statised an economic sector that is strategic for the connectivity of the territory and the construction of the internal market. Even if the structure of the market thus obtained remains imperfect in the sense of economic theory, and is the result of an illusion of competition through the mere opening of the market, the European air market highlights sustainable competition.

Through the institutional practice of this imperfect competition, and taking into account the external normative disturbances coming mainly from the United States, the European Union creates this new texture of competition as one would do with an alloy, this incorporation of elements, carried out with the aim of modifying some of their properties or even conferring new properties on them. The thesis aims at

proposing a new reading of the application of EU competition policy to a mode of transport that is part of a global logic of mobility.

The objectives of the European Green Deal, by becoming the new general orientations of the Union, apply to our sector of study. We can therefore see the constitution of a normative ecosystem progressively made up of pragmatic decisions by the regulator, the search for greater fairness in relations between European economic operators and those from third countries, and finally, ecological planning which should allow both the energy transition of the air transport sector and its resilience to regular crises. All these elements constitute, in the sense of this thesis, sustainable competition.

N.B. : Thèse de doctorat de 872 pages comportant 364091 mots hors résumé et abstract, bas de pages, sommaire, glossaire, index, bibliographie, tables et annexes.