

# Comment concilier l'ouverture à la concurrence des sociétés aéroportuaires et leur statut ?

- Le paysage aéroportuaire a connu tout récemment de nombreux changements portant autant sur le statut des aéroports français que sur les logiques de gestion du secteur.
- C'est ainsi que l'ouverture à la concurrence influence autant le choix des modes de gestion des aéroports locaux que la composition du capital des sociétés aéroportuaires.

## Auteurs

Gilles Le Chatelier et Romain Granjon, avocats associés cabinet Adamas

## Mots clés

Aéroport • Société aéroportuaire régionale • Capital social • Composition • Gestion • Exploitation • Concurrence • Privatisation • Actionnariat privé • Concession aéroportuaire • Cession de contrat •

Le statut des aéroports français a connu des modifications importantes dans les dernières années. Sans même évoquer la transformation du statut d'Aéroports de Paris (ADP) en société de droit privé, c'est l'ensemble du paysage aéroportuaire qui a vu son organisation largement modifiée. D'abord, la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 a organisé le transfert aux collectivités territoriales ou à leurs groupements de la propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion des aérodromes civils appartenant antérieurement à l'État. La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 a modifié le statut des aérodromes continuant de relever de la compétence de l'État en prévoyant leur transformation en sociétés commerciales. Politique de décentralisation dans le premier cas, volonté de donner de plus grandes capacités de développement dans le second, l'action des pouvoirs publics a abouti à une réelle modification des logiques de gestion du secteur aéroportuaire.

Même si chacune des deux catégories – aéroports d'intérêt local et aéroports demeurant de la compétence de l'État – reste marquée par ses spécificités propres, toutes deux ont été en même temps confrontées, selon des modalités différentes, à des exigences nouvelles et accrues en termes de droit de la concurrence. Le secteur aéroportuaire l'avait dans un premier temps été à titre global à propos du niveau et du contenu des redevances aéroportuaires. Aujourd'hui, le droit de la concurrence concerne aussi les modes de gestion des aéroports faisant porter sur les autorités concédantes des obligations nouvelles avec lesquelles le secteur devra se familiariser dans les années à venir.

Si le secteur des aéroports d'intérêt local est principalement confronté aux problématiques de choix des modes de gestion et de recours éventuel à certaines formules donnant plus ou moins de place à la concurrence (I), l'État, s'agissant des sociétés aéroportuaires régionales, est pour sa part confronté aux conditions et aux effets de l'évolution de la composition du capital de ces sociétés au regard du droit de la concurrence (II).

## I. Les aéroports d'intérêt local et les différents modes d'exploitation

La loi du 13 août 2004 a procédé à une modification de l'autorité chargée de la propriété des aéroports, appartenant antérieurement à l'État et souvent gérés par les CCI. La loi a institué le principe du volontariat, avec un droit prioritaire reconnu aux régions, aboutissant à une situation nécessairement contrastée. Ainsi, sur les 150 plateformes concernées, 19 ont été attribuées à des régions (seules ou en groupement), 29 à des départements, 61 à des EPCI et 41 à des communes. Cette hétérogénéité rejoint d'ailleurs la très grande diversité d'activité de ces plateformes : parmi elles, seules une vingtaine ont un trafic de plus de 100 000 passagers par an.<sup>(1)</sup> À l'issue de ce processus de transfert, achevé le 1<sup>er</sup> mars 2007, la collectivité bénéficiaire devient l'autorité responsable du service public aéroportuaire.<sup>(2)</sup> L'article L.6321-2 du code des transports prévoit que l'exploitation de l'aéroport peut être soit assurée en régie, soit confiée à un tiers, une convention devant au demeurant être signée dans tous les cas de figure avec l'État, conformément aux dispositions de l'article L.6321-3 du code des transports.

Si la collectivité locale propriétaire se prononce en faveur d'une gestion externalisée, la loi renvoie aux dispositions du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales. Trois modes contractuels y sont mentionnés : la délégation de service public (articles L.1411-1 et suivants), le contrat de partenariat (article L.1414-1 et suivants), la concession de travaux publics (articles L.1415-1 et suivants).

La collectivité peut aussi faire le choix d'une solution intermédiaire que constituerait l'exploitation par une société publique locale (SPL) depuis sa création par la loi du 28 mai 2010. Si le recours à ce type de montage exonère la collectivité délégante de toute mise en concurrence préalable, il nécessite en revanche, pour sa constitution, que la collectivité initiatrice s'associe au moins avec une autre collectivité qui bénéficie d'une compétence matérielle et territoriale dans le domaine des activités aéroportuaires.

Bien évidemment, comme dans les conditions de droit commun, la collectivité locale compétente est totalement libre du mode de gestion de l'aéroport<sup>(3)</sup>, de même qu'elle peut choisir à tout moment d'en changer, le Conseil d'État ayant récemment jugé qu'un tel changement de mode de gestion pouvait constituer un motif d'intérêt général suffisant pour justifier la résiliation avant terme d'une convention d'exploitation en cours<sup>(4)</sup>.

Si la collectivité décide de confier la gestion de sa plateforme aéroportuaire à un tiers, se posera alors la question du choix de la formule contractuelle employée. On peut ici se demander si les dispositions de l'article L.6321-2 du code des transports, en renvoyant aux seules dispositions du livre IV de la première partie du CGCT, ne sont pas un peu trop restrictives. En effet, on peut imaginer une gestion confiée à un opérateur sous la simple forme d'un marché public de services dans l'hypothèse, par exemple, où la part de risque d'exploitation qui serait transférée à l'opérateur serait minimale. De même, on peut imaginer une

gestion assurée sur la base d'une convention d'occupation du domaine public constitutive de droits réels avec une convention de gestion qui y serait jointe. Dès lors, le recours à la délégation de service public est loin d'être le seul mode de gestion externalisée des plateformes aéroportuaires, même s'il paraît être à ce jour le plus répandu.

Dans l'hypothèse où la gestion de l'aéroport s'accompagnerait d'investissements importants liés, par exemple, à des programmes de développement de grande ampleur, on peut aussi sans doute imaginer un recours possible au contrat de partenariat ou à la concession de travaux publics. S'agissant de la première formule, se pose néanmoins la question – à ce jour pas clairement tranchée – de la possibilité d'utiliser cette formule contractuelle pour gérer une activité de service public au-delà de la simple formule d'association du titulaire du contrat à la gestion dudit service. Indiquons simplement à ce stade que le recours à cette formule ne sera pas nécessairement le mieux adapté ni aux caractéristiques du secteur, ni aux besoins de la collectivité contractante. La question pourrait se poser sous un jour différent si la gestion de l'aéroport ne constituait qu'une partie d'une opération complexe plus vaste.

En tout état de cause, il appartient à la collectivité de procéder à un examen préalable et approfondi de ses projets avant de choisir le mode de gestion le plus approprié à ses besoins.

## II. Les sociétés aéroportuaires : ouverture du capital et droit de la concurrence

La problématique des sociétés aéroportuaires régionales (SAR) est sensiblement différente.

La loi du 20 avril 2005 a donné la possibilité d'un nouveau statut de société commerciale aux 12 principaux aéroports métropolitains et ultramarins concernés. Si l'autorité concédante – l'État – demeure ici inchangée, c'est le statut du concessionnaire qui est ici modifié, des sociétés commerciales prenant la place des CCI qui assuraient auparavant l'exploitation des aéroports concernés. Il s'agit bien là, à proprement parler, d'une opération de privatisation, un établissement public administratif cédant le pas à une société commerciale de droit privé pour la gestion de ce service public.

Pour procéder à cette opération, l'article L.6322-2 du code des transports prévoit que l'initiative appartient à la CCI concernée qui peut autoriser la cession ou l'apport de la concession aéroportuaire à une société « dont le capital initial est détenu entièrement par des personnes publiques dont la chambre de commerce et d'industrie titulaire de la concession cédée ». Au cours des discussions parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 20 avril 2005, le gouvernement avait indiqué deux éléments supplémentaires : d'une part, la répartition du capital entre personnes publiques devait obéir à la règle suivante – État 60 %, CCI 25 %, collectivités territoriales ou leurs groupements 15 % ; d'autre part, l'État prenait l'engagement de demeurer majoritaire au capital des sociétés aéroportuaires jusqu'en 2013, au plus tard.

L'article L.6322-2 prévoyait également qu'à l'occasion de ce changement de statut, la durée des concessions aéroportuaires pouvait être prolongée pour une durée ne pouvant pas excéder 40 ans<sup>(5)</sup>. Le transfert de la concession s'est effectué sans mise

(1) Données issues de l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-04 du 22 février 2010 sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français.

(2) Sur l'ensemble du processus et son déroulement, voir « La décentralisation des aéroports et le nouveau paysage aéroportuaire français », Dominique Bonnet, Revue de droit des transports, n° 1, janvier 2009.

(3) Pour une confirmation récente CE 19 janvier 2011 Commune de Limoges, req. n° 323924.

(4) Même décision.

(5) Cette possibilité a été utilisée pour les premières SAR, la concession de l'aéroport de Lyon Saint-Exupéry ayant été prolongée jusqu'en 2047, celle de Toulouse-Blagnac jusqu'en 2046 et celle de Bordeaux jusqu'en 2037.

en concurrence, la loi ayant expressément prévu que les dispositions des articles 38 et 40 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 organisant cette mise en concurrence et limitant les hypothèses de prolongation de durée des DSP en cours n'étaient pas applicables à cette occasion. En revanche, l'applicabilité des dispositions du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 38 de la loi Sapin aux concessions aéroportuaires qualifie clairement ces dernières de délégations de service public.

Si l'ensemble de ce dispositif a été agréé par Bruxelles, son évolution est susceptible de poser certaines difficultés dont l'ampleur ne paraît pas aujourd'hui suffisamment prise en compte. Elle concerne bien évidemment l'entrée au capital des SAR de sociétés privées. Un certain nombre d'entre elles ont d'ailleurs d'ores et déjà fait valoir, directement ou indirectement, leur intérêt.

Une des premières questions qui se poserait dans une telle hypothèse est bien évidemment l'évolution du statut juridique des entités aéroportuaires régionales au regard du droit de la commande publique : aujourd'hui entités adjudicatrices soumises pour leurs marchés aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005, leur statut pourrait évoluer avec l'entrée à leur capital d'actionnaires privés<sup>(6)</sup>. L'effet sur la concurrence s'agissant des marchés passés par les exploitants d'aéroports serait loin d'être neutre, compte tenu des spécificités économiques et concurrentielles du secteur<sup>(7)</sup>.

Mais, avant d'examiner cette question, se pose une difficulté préalable : à quelles conditions de concurrence doit s'effectuer une évolution de la composition du capital des SAR dans lequel des actionnaires privés entreraient ?

Rien dans les textes n'est prévu à ce titre. Ni les dispositions de la loi du 20 avril 2005, ni celles du décret n°2007-244 du 23 février 2007 portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession des aérodromes appartenant à l'État n'apportent aucun élément à ce sujet. Seul l'article 89 du cahier des charges annexé au décret du 23 février 2007 prévoit que :

« Toute cession totale ou partielle de la concession, quelle qu'en soit la forme, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation préalable du ministre chargé de l'aviation civile. Toute opération entraînant un changement de contrôle du concessionnaire au sens de l'article L.233-3 du code de commerce vaut, pour l'application du présent article, cession du contrat de concession. »

S'agissant d'une concession en cours d'exécution, la modification du capital social du concessionnaire en place n'impose pas, en droit interne, de procédure de mise en concurrence ni pour la sélection des nouveaux actionnaires, ni pour l'attribution du contrat de concession en cours. Par son avis du 8 juin 2000<sup>(8)</sup>, le Conseil d'État a estimé que la cession de contrat correspondait à la situation où celui-ci était cédé à une personne morale distincte du titulaire du contrat initial, un changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire ne correspondant en aucun cas à cette situation. En l'absence de toute cession du contrat en cours et de toute règle imposant la mise en concurrence des actionnaires nouveaux souhaitant entrer dans le capital de la société aéroportuaire détenant la concession d'exploitation de l'aéroport, il faut dès lors en conclure que l'en-

trée d'actionnaires privés dans le capital des SAR pourrait se faire librement au regard des règles de droit interne. Le droit européen semble cependant poser d'autres exigences en ce domaine.

En effet, la Cour de Justice a adopté une position différente de celle du Conseil d'État sur la question des cessions de contrat. Pour elle, la cession de parts sociales du titulaire d'un marché à une autre entreprise engendre un changement effectif de cocontractant, constituant dès lors une modification « de l'un des termes essentiels du marché ».

En présence d'un nouveau contrat, il appartient dès lors au pouvoir adjudicateur d'organiser une nouvelle procédure de passation pour permettre de respecter les principes de libre concurrence<sup>(9)</sup>. Cette solution vaut également pour une concession de service, au nom du respect des principes d'égalité et de transparence<sup>(10)</sup>. La seule condition concernant l'application de ces règles européennes est le caractère « transfrontalier » du contrat, consistant dans le fait qu'il « est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel cette concession est attribuée »<sup>(11)</sup>.

Les concessions aéroportuaires consenties aux SAR entrent dans le champ d'application de cette jurisprudence, leur caractère « transfrontalier » ne paraissant pas contestable. S'agissant de concessions de service au sens du droit européen<sup>(12)</sup>, le changement de la composition du capital social des sociétés aéroportuaires semble constituer un changement substantiel de nature à entraîner une remise en concurrence des concessions en cours. On objectera sans doute à ce stade que la cession des concessions à laquelle il a été procédé en application des dispositions de la loi du 20 avril 2005, lors de la constitution des SAR, s'est faite sans mise en concurrence. Mais cette circonstance est sans effet sur une évolution affectant ultérieurement le contrat de concession en cours d'exécution. Quant aux stipulations de l'article 89 du cahier des charges type des concessions aéroportuaires qui ne prévoient pas de mise en concurrence en cas de cession du contrat, elles paraissent de peu d'effet face à la jurisprudence qui vient d'être rappelée.

Une telle situation pose une difficulté supplémentaire : après avoir modifié la composition de son capital social, la société titulaire de la concession pourrait perdre le bénéfice de celle-ci au profit d'un de ses concurrents. Le droit européen offre une parade à cette difficulté en suggérant, dans cette situation, d'organiser la mise en concurrence au stade de la sélection du nouvel actionnaire, l'attribution de la concession à la nouvelle entité en résultant n'ayant pas, elle, à faire l'objet d'une mise en concurrence<sup>(13)</sup>. La seule difficulté réside ici dans le fait que notre droit interne ne paraît pas encore à ce jour admettre une telle procédure<sup>(14)</sup>... Comme on le voit, à la veille d'engager le mouvement voyant l'entrée de nouveaux actionnaires privés dans le capital des sociétés aéroportuaires, il paraît nécessaire de clarifier les conditions procédurales dans lesquelles cette opération devra s'effectuer. ■

(9) CJCE 19 juin 2008, *Presstext*, C-454/06.

(10) CJUE 13 avril 2010, *Wall AG*, C-91/08.

(11) CJCE 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, C-507/03.

(12) On peut en effet considérer que l'objet principal du contrat est bien l'exploitation de la plateforme aéroportuaire quand même la concession prévoirait un montant de travaux à réaliser loin d'être négligeable.

(13) CJCE 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08.

(14) *Avis du Conseil d'État du 1<sup>er</sup> décembre 2009*, Études et documents du Conseil d'État 2010, p.353.

(6) Thomas Laffargue, Pierre Reine, « Quel statut pour les aéroports ? », CP-ACCP n°110, mai 2011, p.52.

(7) Voir avis de l'Autorité de la concurrence du 22 février 2010, précité.

(8) *Avis du Conseil d'État du 8 juin 2000*, req. n°364803, Études et Documents du Conseil d'État 2001, p.231.