

# Quel statut pour les aéroports ?

- Les mutations intervenues dans le secteur aéroportuaire ces dernières années, et celles à venir encore, ont modifié en partie le statut et le régime applicables aux aéroports.
- Les sociétés aéroportuaires des aéroports de l'État et/ou des collectivités territoriales risquent bien d'être qualifiées d'entités adjudicatrices avec les conséquences que cela emporte sur les procédures et les règles d'achat.

## Auteurs

Thomas Laffargue et Pierre Reine, avocats,  
Cabinet Earth Avocats

## Références

- Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004
- Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics
- Code des transports
- Code des marchés publics

## Mots clés

Entité adjudicatrice • Société d'aéroport  
• Qualification • Activité • Gestionnaire •  
Opérateur de réseaux • Capital social •  
Droit spécial ou exclusif • Entreprise  
publique • Achat •

Les évolutions récentes des entités en charge de la gestion d'aéroports permettent d'aborder concrètement les différents contours de la qualification d'entité adjudicatrice. Jusqu'à une période relativement récente, les chambres de commerce et d'industrie (CCI) ont occupé une place et joué un rôle significatifs dans la gestion des aéroports en France. Un grand nombre d'aéroports français étaient, et certains le sont encore, concédés aux CCI, ce qui avait pour effet de les qualifier d'entités adjudicatrices au sens du code des marchés publics. Les CCI sont en effet des établissements publics de l'État<sup>(1)</sup> à caractère administratif<sup>(2)</sup> et, à ce titre, sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 2 du code des marchés publics. En outre et parce qu'elles exercent une activité d'opérateur de réseau, à savoir « l'exploitation d'une aire géographique permettant d'organiser et de mettre à disposition des transporteurs, des aéroports »<sup>(3)</sup>, elles peuvent, conformément à l'article 134 de ce même code, être qualifiées d'entités adjudicatrices. Ce schéma traditionnel qui consistait à faire des CCI les gestionnaires des principaux aéroports français a été remis en cause ces dernières années par d'importantes mutations :

- la présence désormais, parmi les gestionnaires d'aéroports, de grandes entreprises françaises et internationales, qui se sont vues attribuer plusieurs concessions aéroportuaires qu'elles exploitent au travers de sociétés dédiées de droit privé (dont les CCI sont d'ailleurs parfois actionnaires) ;
- le transfert de la gestion des principaux aéroports relevant de la compétence de l'État à des sociétés aéroportuaires<sup>(4)</sup> dont le capital initial est détenu entièrement par des personnes publiques, dont la CCI antérieurement gestionnaire, en application de l'article 7 de la loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports<sup>(5)</sup>,

(1) Article L. 710-1 du code de commerce.

(2) CE, 27 juin 1986, *Leouzou*, n°28242 ; CAA Paris, 30 juin 2009, *CCI de Paris*, n°07PA02812.

(3) Article 135 du code des marchés publics.

(4) Les aéroports concernés sont, conformément à l'article 1 du décret n°2007-244 du 23 février 2007, les aéroports suivants : Bordeaux-Mérignac, Lyon-Saint-Exupéry et Lyon-Bron, Marseille-Provence, Aix-les-Milles et Marignane-Berre, Montpellier-Méditerranée, Nice-Côte d'Azur et Cannes-Mandelieu, Strasbourg-Entzheim, Toulouse-Matabiau, Fort-de-France-Le Lamentin, Pointe-à-Pitre-Le Raizet, Saint-Denis-Gillot et Cayenne-Rochambeau.

(5) Aujourd'hui codifié aux articles L. 6322-1 et suivants du code des transports.

– la future ouverture du capital de ces sociétés aéroportuaires à des entreprises publiques et privées.

Il semble toutefois que ces mutations ne devraient pas avoir pour effet d'exclure catégoriquement ces nouveaux gestionnaires d'aéroports de la qualification d'entité adjudicatrice.

Il existe un risque plus ou moins élevé, selon les cas, pour que ces nouveaux gestionnaires d'aéroports, que sont, d'une part, les sociétés aéroportuaires des principaux aéroports de l'État et, d'autre part, les sociétés dédiées de droit privé détenues, au moins en partie, par de grands groupes, soient, eux aussi, des entités adjudicatrices, en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

En effet, si ces nouveaux gestionnaires n'entrent pas dans le champ d'application du code des marchés publics, ils seront qualifiés d'entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 si les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- ils devront exercer une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 de l'ordonnance du 6 juin 2005. Cette première condition semble remplie puisque parmi les activités d'opérateurs de réseaux énumérées par l'article 26 précité figurent « les achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition des transporteurs des aéroports » ;
- ils devront également être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs, d'entreprises publiques ou d'organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, selon des critères définis par les articles 3 et 4 de ladite ordonnance.

Cette seconde condition pourrait bien elle aussi être remplie dans la plupart des cas, à la fois pour les sociétés aéroportuaires de l'État (I) et pour les sociétés de droit privé détenues au moins en partie par de grandes entreprises françaises et internationales (II).

## I. Les sociétés aéroportuaires de l'État et la qualification d'entité adjudicatrice

Un organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics (tels que l'État, les CCI ou les collectivités territoriales) exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent, est une entreprise publique, au sens de l'article 4 de l'ordonnance du 6 juin 2005. À cet égard, l'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante, selon cet article 4, notamment « lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital »<sup>(6)</sup>.

Or, l'article L. 6322-2 du code des transports prévoit que le capital initial des sociétés aéroportuaires de l'État doit être détenu entièrement par des personnes publiques. Ce même article vise expressément, parmi les personnes publiques potentiellement détentrices du capital de sociétés aéroportuaires de l'État, d'une part, la CCI titulaire de la concession cédée à ladite société et, d'autre part, les collectivités territoriales intéressées et leurs

groupements. En pratique, le capital des sociétés aéroportuaires de l'État déjà créées (sous la forme de sociétés anonymes) est détenu par l'État, les CCI et les collectivités territoriales.

En outre, la production ou la commercialisation de biens ou de services marchands de l'article 4 de l'ordonnance du 6 juin 2005 renvoie à la notion d'« activité économique » au sens de la jurisprudence communautaire<sup>(7)</sup> et il a notamment été jugé :

« Constitue une activité économique la mise à disposition des compagnies aériennes et des différents prestataires de services, moyennant le paiement d'une redevance dont le taux est fixé librement par ADP, d'installations aéroportuaires »<sup>(8)</sup>.

Ainsi, les sociétés aéroportuaires de l'État seraient aujourd'hui des entreprises publiques au sens de l'article 4 de l'ordonnance et donc, lorsqu'elles effectuent des achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition des transporteurs des aéroports, des entités adjudicatrices<sup>(9)</sup>.

L'ouverture du capital de ces sociétés aéroportuaires, qui est imminente, ne devrait pas remettre en cause ce raisonnement, au moins pour le moment. L'État a en effet annoncé vouloir céder une partie du capital qu'il détient dans certaines sociétés aéroportuaires<sup>(10)</sup> mais cette cession devrait, dans un premier temps, être limitée, afin que les participations de l'État, associées à celles des CCI et celles des collectivités territoriales, maintiennent une part de capitaux publics majoritaires dans chaque société aéroportuaire concernée.

À supposer qu'une telle majorité de capitaux publics ne soit pas conservée<sup>(11)</sup>, le cas échéant à la suite d'un nouveau désengagement de l'État du capital de ces sociétés, ces dernières pourraient ne plus être qualifiées d'entreprises publiques mais rester néanmoins des entités adjudicatrices en tant que pouvoir adjudicateur (au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005) effectuant des achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition des transporteurs des aéroports.

De surcroît, les sociétés aéroportuaires, même dans l'hypothèse d'une privatisation de leur capital, pourraient rester des entités adjudicatrices et seraient qualifiées d'organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs n'ayant pas été octroyés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires<sup>(12)</sup>.

En effet, comme l'a rappelé l'Autorité de la concurrence saisie de cette question, les droits concédés à ces sociétés ont pour effet, compte tenu notamment de la durée de la concession, de leur réserver l'exercice de l'activité aéroportuaire et d'affecter substan-

(7) *CJCE, 16 juin 1987, Commission contre République italienne, aff. C-118/85 ; CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, aff. C-82/01.*

(8) *CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, aff. C-82/01.*

(9) *Il est précisé que le raisonnement est le même pour la société Aéroports de Paris dont la majorité du capital est détenue par l'État, conformément à l'article L. 6323-1 du code des transports.*

(10) *D'après certaines sources, la cession, par l'État, d'une partie de ses participations pourrait, dans un premier temps, ne concerner que quatre aéroports : Lyon, Toulouse, Bordeaux et Montpellier.*

(11) *Et à supposer également que les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, ne disposent pas de la majorité des droits de vote ni ne puissent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.*

(12) *L'article 4 de l'ordonnance du 6 juin 2005 prévoit que ces droits ont pour effet de réserver à l'entité détentrice « l'exercice d'une ou de plusieurs des activités énumérées à l'article 26 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités » et que « ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs pour l'application de ces dispositions les droits accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ».*

(6) *L'influence est également réputée dominante lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.*

tiellement la capacité des autres entités, auxquelles de tels droits n'ont pas été conférés, d'exercer cette activité dans la même zone géographique. Par ailleurs, il ressort de la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports que ces droits n'ont pas été octroyés sur la base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires<sup>(13)</sup>.

## II. Les sociétés de droit privé gestionnaires d'aéroports locaux et la qualification d'entité adjudicatrice

S'agissant des sociétés de droit privé qui exploitent des aéroports locaux et qui sont détenues au moins en partie par de grands groupes français et internationaux, plusieurs situations doivent être distinguées.

En premier lieu, il se peut que des pouvoirs adjudicateurs, tels que les CCI, participent eux aussi au capital de ces sociétés de droit privé. Lorsque la participation, directe ou indirecte, d'un pouvoir adjudicateur au capital d'une société gestionnaire d'un aéroport local est majoritaire<sup>(14)</sup>, celle-ci, de la même manière qu'une société aéroportuaire de l'État dans laquelle la part de capitaux publics est majoritaire, sera une entreprise publique au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 et, partant, une entité adjudicatrice lorsqu'elle effectuera des achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition des transporteurs des aéroports. En second lieu, il se peut que les sociétés de droit privé comptent, parmi leurs actionnaires un pouvoir adjudicateur minoritaire, voire, aucun pouvoir adjudicateur. Plusieurs aéroports locaux sont ainsi exploités par des sociétés filiales à 100% de grands groupes français et internationaux.

Dans cette hypothèse, la qualification d'entité adjudicatrice ne doit pourtant pas être exclue catégoriquement.

Il est possible en effet que ces sociétés soient qualifiées de pouvoirs adjudicateurs, au sens de l'ordonnance et donc, lorsqu'elles font des achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition des transporteurs des aéroports, d'entités adjudicatrices. L'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 exige ainsi la réunion de plusieurs conditions pour que la qualification de pouvoir adjudicateur soit retenue pour ces sociétés :

- En premier lieu, la personnalité juridique ; les sociétés gestionnaires en sont dotées et cette première condition ne pose *a priori* aucune difficulté.

- En deuxième lieu, la satisfaction spécifique, par ces sociétés, de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. La jurisprudence s'appuie sur un faisceau d'indices tels que l'absence de concurrence<sup>(15)</sup>, l'absence de poursuite d'un but lucratif<sup>(16)</sup> et l'absence de prise en charge des risques liées à l'activité des sociétés<sup>(17)</sup>, pour apprécier si cette deuxième condition est remplie. Il convient également de noter que cette deuxième condition peut être remplie même

si une partie seulement de l'activité des sociétés répond à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial<sup>(18)</sup>.

Or, si l'on s'intéresse uniquement aux activités de sûreté, de sauvetage et de lutte contre les incendies d'aéronefs et de prévention du péril animalier, les sociétés gestionnaires<sup>(19)</sup> en charge de ces missions ne devraient pas être en situation de concurrence, ni poursuivre un but lucratif (ces activités étant financées par le produit de la taxe d'aéroport, conformément à l'article 1609 *quater* du code général des impôts, et ne donnant lieu à aucun bénéfice) et, bien que le produit de la taxe d'aéroport pourrait ne pas couvrir l'ensemble des coûts, elles pourraient prendre en charge de manière limitée les risques liés à ces activités ; la deuxième condition pourrait donc être remplie.

- En troisième et dernier lieu, la nécessité qu'un pouvoir adjudicateur, soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005, finance majoritairement l'activité de ces sociétés, contrôle sa gestion ou désigne plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

À cet égard, dès lors qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas actionnaire majoritaire d'une société gestionnaire d'un aéroport (et *a fortiori* dès lors que celle-ci ne compte aucun pouvoir adjudicateur parmi ses actionnaires), il est peu probable, que celui-ci finance majoritairement l'activité de cette société ou désigne plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

Toutefois, les dispositions du cahier des charges imposé par la collectivité territoriale propriétaire de l'aéroport à l'exploitant de l'aéroport, peuvent permettre d'établir l'existence d'un éventuel contrôle de la gestion de cette société par la collectivité territoriale. Ainsi, l'obligation pour la société d'obtenir l'accord préalable de la collectivité pour la conclusion de ses contrats d'exploitation, de transmettre à la collectivité un compte rendu de ses activités de service public, de laisser la collectivité effectuer des contrôles sur pièces et sur place, de réaliser des études, des audits et formuler des propositions sur les suites à donner, de payer des pénalités en cas de manquement à ses obligations, sont autant de clauses pouvant démontrer l'existence d'un contrôle du pouvoir adjudicateur sur la gestion d'une société exploitant l'aéroport<sup>(20)</sup>.

Même à supposer qu'un pouvoir adjudicateur ne soit pas actionnaire majoritaire, ni en capital ni en droit de vote, d'une société gestionnaire d'un aéroport local, voire qu'aucun pouvoir adjudicateur ne soit actionnaire de cette société, la qualification d'entité adjudicatrice pour cette société ne peut être exclue.

Le raisonnement est le même pour les sociétés aéroportuaires de l'État dès lors que ce dernier, les chambres de commerce et d'industrie et les collectivités territoriales viendraient à ne plus être actionnaires majoritaires de ces sociétés.

La qualification d'entité adjudicatrice devra donc être appréciée au cas par cas en fonction des critères évoqués et ne pas être exclue *a priori* pour ces sociétés gestionnaires d'aéroports. Compte tenu des conséquences qu'elle emporte sur les procédures et les règles d'achat à respecter, la prudence voudrait d'ailleurs, en cas de doute, de conseiller aux aéroports d'opter pour la qualification d'entité adjudicatrice. ■

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

(14) Le raisonnement est le même lorsque le pouvoir adjudicateur, directement ou indirectement, dispose de la majorité des droits de vote ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

(15) CJCE 10 avril 2008, *Fernwärme Wien GmbH*, aff. C-396/06.

(16) CJCE 16 octobre 2003, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, aff. C-283/00.

(17) CJCE 16 octobre 2003, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, aff. C-283/00.

(18) CJCE 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, aff. C-44/96.

(19) Articles L. 6332-3 et L. 6341-2 du code des transports.

(20) CJCE 1<sup>er</sup> février 2001, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. C-237/99.