
La libéralisation du marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté – une raison suffisante pour négliger les droits fondamentaux des entreprises traditionnelles?

Stefanie Schmahl*

Sommaire

1. Introduction	297
2. L'admissibilité d'une redevance commerciale selon la directive	299
3. L'admissibilité d'une redevance commerciale à la lumière des principes fondamentaux du droit communautaire	303
a) Droit de propriété	304
b) Liberté d'entreprise	305
4. Principe de non-discrimination	306
5. Conclusion	307

1. Introduction

Selon l'article 2 CE, l'établissement du marché commun est l'un des devoirs principaux de la Communauté européenne. Malgré le fait que la Communauté ait déjà arrêté diverses mesures destinées à mettre en œuvre le concept du marché intérieur,¹ cette mission demeure toujours un devoir permanent.²

Pour garantir pleinement les libertés fondamentales à l'intérieur de la Communauté, l'action de la Communauté s'étend aux politiques communes dont l'objectif consiste, entre autres, à supprimer les restrictions à la libre prestation de services dans tous les secteurs des transports (v. l'article 3 lit. f CE). Parmi tous les modes de transport, ce sont les transports aériens qui ont enregistré la croissance

* Dr. Stefanie Schmahl, LL.M., Assistante à la chaire du droit constitutionnel, droit international public et droit communautaire de l'Université de Potsdam. Cet article résulte de l'étude de l'affaire C-363/01, *Flughafen Hannover/Lufthansa*.

¹ La Commission a présenté pour la première fois le concept du marché intérieur, en 1985, dans son «Livre Blanc sur l'achèvement du marché intérieur», COM (85) 310 final.

² *Monti*, Der Binnenmarkt und das Europa von morgen, 1997, p. 26 et suivantes.

la plus considérable dans l'Union européenne au cours des vingt dernières années.³ C'est ainsi que la Communauté a progressivement mis en place une politique commune de transport aérien.⁴ Par ses règlements (CEE) n° 2407/92, n° 2408/92 et n° 2409/92,⁵ le Conseil a concrétisé cet objectif pour ce qui est des services de transport aérien proprement dits. Etant donné que les services d'assistance en escale sont indispensables à la bonne exécution du mode de transport aérien et qu'ils fournissent une contribution essentielle à l'utilisation efficace des infrastructures du transport aérien, le Conseil a arrêté, le 15 octobre 1996, une directive relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté⁶ (ci-après «la directive»). Cette décision se justifie du fait que les services d'assistance en escale faisaient l'objet d'un monopole dans de nombreux aéroports de l'Union. De plus, l'ouverture du marché de l'assistance en escale doit contribuer à réduire les coûts d'exploitation des compagnies aériennes et à améliorer ainsi la qualité offerte aux usagers.

La bonne interprétation de cette directive a été soumise au juge communautaire suite à des différends, entre d'une part, des compagnies aériennes, et d'autre part, des aéroports de la Communauté qui louent des guichets d'enregistrement aux prestataires de services d'assistance en escale et/ou aux usagers pratiquant l'auto-assistance. En contrepartie, les entités gestionnaires d'aéroports exigent des prestataires une redevance domaniale, avec, en sus, une redevance commerciale correspondant au droit spécifique de la possibilité d'accès au marché. Ils font valoir que leurs droits fondamentaux, notamment le droit de propriété et le principe de libre-entreprise, ne seraient pas respectés s'ils n'avaient pas droit à une compensation pour l'ouverture du marché et pour la mise à disposition des biens immobiliers. C'est pourquoi il est intéressant de se demander dans quelle mesure les entreprises traditionnelles, telles qu'un aéroport ou une entreprise portuaire, peuvent se prévaloir de leurs droits fondamentaux pour exiger ladite redevance commerciale.

3 Le trafic aérien des quinze Etats membres de l'Union a quintuplé depuis 1970.

4 Jung, *Luftverkehrsmärkte im europäischen Wirtschaftsraum. Staatsverträge, Regulierung und «Open Skys»*, dans: Immenga/Schwintkowski/Weitbrecht (eds.), *Airlines und Flughäfen: Liberalisierung und Privatisierung im Luftverkehr*, Baden-Baden, première édition, 1999, p. 11 et suivantes.

5 Règlement (CEE) n° 2407/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant les licences des transporteurs aériens, J.O. n° L 240 du 24 août 1992, p. 1; règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaire, J.O. n° L 240 du 24 août 1992, p. 8; règlement (CEE) n° 2409/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, sur les tarifs des passagers et de fret des services aériens, J.O. n° L 240 du 24 août 1992, p. 15. V. aussi règlement (CEE) n° 2343/90 du Conseil, du 24 juillet 1990, concernant l'accès de 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 Etats membres, J.O. n° L 217 du 11 août 1990, p. 8.

6 Directive 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, J.O. n° L 272 du 25 octobre 1996, p. 36.

Ainsi, l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le-Main est actuellement saisi d'un litige entre l'aéroport de *Hannover-Langenhagen* et la compagnie aérienne *Lufthansa*,⁷ le premier ayant exigé de la seconde le paiement d'une redevance spécifique d'accès au marché de l'assistance en escale. Le tribunal a donc soumis une demande de décision préjudiciale à la Cour de justice des Communautés européennes, pour que celle-ci prenne position sur l'admissibilité de cette prétention au regard de la réglementation communautaire applicable. Le problème central de cette demande préjudiciale est de savoir si la directive prévoit que l'entité gestionnaire d'un aéroport soit en droit d'exiger le paiement d'une redevance commerciale spécifique pour l'autorisation d'accès, qui viendrait s'ajouter, dans le cadre d'un bail, à une redevance d'utilisation des installations (loyer).

Aux termes de l'article 16, paragraphe 1, de la directive, les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour garantir l'accès des installations aéroportuaires aux prestataires de services en escale et aux usagers désirant pratiquer l'auto-assistance, dans la mesure où cet accès leur est nécessaire pour exercer leurs activités. Si l'entité gestionnaire de l'aéroport, ou le cas échéant, l'autorité publique ou une autre entité qui la contrôle, impose des conditions à cet accès, celles-ci doivent être pertinentes, objectives, transparentes et non-discriminatoires. Lorsque l'accès aux installations aéroportuaires entraîne la perception d'une rémunération, celle-ci sera déterminée en fonction de critères pertinents, objectifs, transparents et non-discriminatoires (article 16, paragraphe 3, de la directive). Par conséquent, le débat juridique se cristallise autour de l'interprétation de l'article 16, paragraphe 3, de la directive, qui précise explicitement que le fait générateur de la perception de la rémunération est l'accès aux installations aéroportuaires.

2. L'admissibilité d'une redevance commerciale selon la directive

Si l'on examine le libellé de la directive, le terme général de «rémunération» ne doit pas être interprété de manière restrictive, n'incluant ainsi que le droit de perception d'une redevance d'utilisation répondant à une réalité concrète. En effet, la directive ne se borne pas à réglementer seulement le loyer versé pour l'utilisation de biens se trouvant dans l'aéroport: elle n'exclut pas la possibilité qu'une redevance commerciale, émanant d'une possibilité immatérielle de bénéfice, soit imposée en contrepartie aux prestataires de services.⁸ Dans sa décision du 11 juin 1998, relative à l'affaire *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, la Commission re-

⁷ Arrêt de l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le-Main du 31 juillet 2001, 11 U (Kart) 27/00.

⁸ De même cf. *Rittner*, Flughafengebühren und Marktzugang zu den Bodenabfertigungsdiensten nach Gemeinschaftsrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 1998, p. 651 (654).

connaissait déjà expressément la possibilité de distinction et de cumul de ces deux types de rémunérations. Elle considérait que «la redevance commerciale variable constitue une charge d'accès versée en contrepartie de l'autorisation d'activité dans l'aéroport. Cette redevance assise sur le chiffre d'affaires du prestataire rémunère les services rendus par le gestionnaire de l'aéroport qui ne concernent pas la mise à disposition de biens immobiliers»⁹. Le Tribunal de première instance ainsi que la Cour de justice des Communautés européennes se sont ralliés à cette définition.¹⁰ Tandis que la rémunération commerciale se base sur les chiffres d'affaires du prestataire de services, la redevance domaniale se fonde sur l'amortissement des biens immobiliers loués et sur les coûts de leur maintenance. Il est dès lors étonnant de constater que l'avocat général *Mischo* ne partage pas cette évaluation dans ses conclusions récemment présentées dans l'affaire de l'aéroport *Hannover-Langenhagen*¹¹. L'avocat général *Mischo* semble, au contraire, défendre l'idée selon laquelle un accès au marché libre signifie un accès gratuit à ce marché.

Du fait de l'exigence de pertinence, objectivité, transparence et non-discrimination liée au montant de la rémunération découlant de l'article 16, paragraphe 3, de la directive, ledit montant doit être alors lié à des critères objectifs. Ainsi, quand l'avocat général *Mischo* en déduit que la possibilité de réaliser un bénéfice ne saurait jamais être objective,¹² son avis apparaît comme inapproprié. La possibilité de réaliser un bénéfice dépend en effet d'un ensemble de facteurs: en plus du succès et de la profitabilité du prestataire accédant au marché, la taille de l'aéroport et surtout le chiffre d'affaires du prestataire, qui se calcule de manière objective et pertinente, en fonction du nombre de passagers enregistrés, doivent être pris en compte.¹³ Tant que la redevance est régie par un décret officiel, le principe de transparence est également respecté.

Par ailleurs, l'interprétation qui découle du libellé de l'article 16, paragraphe 3, de la directive est confirmée par l'analyse de l'objet de la directive. L'objet principal de la directive est l'accès au marché, comme l'indique déjà son intitulé de: «directive relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté». De plus, le deuxième considérant de la directive souligne d'emblée

⁹ Décision de la Commission du 11 Juin 1998 relative à une procédure d'application de l'article 86 du Traité, *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, J.O. n° L 230 du 18 août 1998, p. 10 (24), considérants 105 et 106. Même si cette décision porte sur la situation juridique avant l'entrée en vigueur de la directive 96/67/CE, elle peut être consultée pour des raisons d'homogénéité de l'ordre juridique communautaire.

¹⁰ Arrêt du Tribunal de première instance du 12 décembre 2000, affaire T-128/98, *Aéroports de Paris/Commission*, Rec. 2000, p. II-3929 (3966), considérant 113; arrêt de la Cour du 24 octobre 2002, affaire C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Commission*, considérants 58 et 90.

¹¹ Conclusions de l'avocat général *Mischo* du 28 janvier 2003, dans l'affaire C-363/01, *Flughafen Hannover/Lufthansa*, considérants 20 et 21.

¹² Ibid., considérant 27.

¹³ De même *Rittner*, (cf. note 8), EuZW 1998, p. 654.

que l'objectif de la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans la Communauté doit être atteint dans le cadre de la politique commune des transports qui contribue à la réalisation du marché intérieur. Le cinquième considérant justifie l'ouverture de l'accès au marché de l'assistance en escale en énonçant que celle-ci doit contribuer à réduire les coûts d'exploitation des compagnies aériennes et à améliorer la qualité offerte aux usagers.

En outre, cette vue est en accord avec la «doctrine des installations essentielles» (*essential facilities doctrine*) développée dans le cadre de l'article 81 CE. On peut déduire des conclusions de l'avocat général *Jacobs* dans l'affaire *Bronner* que la notion d'«installations» inclut, en droit communautaire, celle de «marché», puisqu'il constate qu'une installation essentielle peut être un produit, tel qu'une matière première, ou un service, tel que la concession d'accès à un lieu, comme par exemple un port ou un aéroport.¹⁴

Enfin, cette interprétation de la directive s'assooie sur son historique.¹⁵ La proposition initiale présentée par la Commission le 10 avril 1995¹⁶ prévoyait une rémunération visant à couvrir les coûts de mise à disposition des infrastructures nécessaires à la prestation de services d'assistance en escale.¹⁷ Suite à cette proposition le Parlement européen a adopté un amendement, relatif à la question de la rémunération prévue par l'article 16, paragraphe 3. Selon cet amendement, l'accès et l'utilisation des installations aéroportuaires, par des prestataires de services et par des usagers désirant pratiquer l'auto-assistance, peuvent entraîner la perception d'une redevance. Cette redevance doit se baser sur les frais engendrés, pour l'aéroport, par l'accès et la mise à disposition des infrastructures et refléter leur niveau. En outre, une rémunération est exigible pour la jouissance par des tiers des possibilités lucratives créées par l'exploitant de l'aéroport.¹⁸ La Commission s'est ralliée

¹⁴ Conclusions de l'avocat général *Jacobs* du 28 mai 1998, dans l'affaire C-7/97, *Bronner*, Rec. 1998, I-7791 (7809), considérant 50.

¹⁵ Les idées des institutions communautaires, qui ont participé à la naissance d'un acte juridique, peuvent être consultées dans la mesure où elles ont été prises en compte dans le texte final de l'acte. Voir: *Due, Understanding the Reasoning of the Court of Justice*, *Mélanges en hommage à Ferdinand Schockweiler*, 1999, p. 73 (77); arrêt de la Cour du 26 février 1991, affaire C-292/89, *Antonissen*, Rec. 1991, p. I-745 (778), considérant 18 ; arrêt de la Cour du 21 janvier 1992, affaire C-310/90, *Egle*, Rec. 1992, p. I-177 (201), considérant 12.

¹⁶ COM (94) 590 final du 10 avril 1995, J.O. n° C 142 du 8 Juin 1995, p. 7.

¹⁷ Article 14, paragraphe 3, de la proposition de la Commission COM/94/590 final: «L'accès aux installations aéroportuaires des prestataires de services et des usagers désirant pratiquer l'autoassistance peut entraîner la perception d'une rémunération destinée à couvrir les coûts que cet accès entraîne pour l'aéroport et reflétant le niveau de ceux-ci». Cette disposition était le précurseur de l'article 16, paragraphe 3.

¹⁸ Avis du Parlement européen du 16 novembre 1995, J.O. n° C 323 du 4 décembre 1995, p. 94, amendement 29. Voir aussi l'avis du Comité économique et social du 13/14 septembre 1995, J.O. n° C 301 du 13 novembre 1995, p. 28, considérant 4.11: «Outre les coûts liés à l'accès des prestataires de services et des usagers aux installations, il est impératif de prévoir une participation aux coûts d'infrastructure», et l'avis du Comité des régions du 17 janvier 1996, J.O. n° C 129 du 2 mai 1996, p. 9,

à cet amendement du Parlement. Cependant, la proposition amendée de la Commission présentée le 12 mars 1996,¹⁹ ne se réfère plus à ce principe de couverture des coûts. Il ressort, au contraire, de la déclaration que la Commission a fait inscrire au procès-verbal à l'occasion de l'adoption de la directive par le Conseil, que la rémunération visée à l'article 16, paragraphe 3, de la directive, doit former une source indépendante d'autofinancement pour les aéroports et garantir leur bon fonctionnement. Une telle rémunération peut être entendue au sens d'une redevance commerciale, dans la mesure où celle-ci est déterminée en fonction de critères pertinents, objectifs, transparents et non-discriminatoires.²⁰ La directive doit donc être interprétée comme permettant la perception d'une redevance d'accès au marché. Toutefois, même si le texte de la directive finalement adoptée mentionne seulement l'expression: «accès aux installations aéroportuaires», ce terme doit être interprété à la lumière de la signification que lui a donnée la déclaration de la Commission.

Finalement, l'interprétation qui se dégage des termes de l'article 16, paragraphe 3, de la directive – l'admissibilité de l'imposition d'une redevance commerciale – est corroborée par l'économie de la directive. La directive établit une réglementation générale introduisant une pondération globale des intérêts en présence, dont les intérêts des aéroports, d'une part, et ceux des prestataires de services d'assistance en escale, de l'autre. C'est dans ce contexte qu'il faut replacer la redevance d'accès au marché. Elle vise à apporter une compensation aux aéroports non seulement pour le fait qu'ils autorisent la pratique des activités, mais encore pour toutes les charges que la directive impose aux aéroports. La redevance d'accès au marché contribue à l'autofinancement des aéroports et donc à réaliser l'objectif de bon fonctionnement de ceux-ci.²¹ Le vingt-cinquième considérant de la directive énonce que l'accès aux installations aéroportuaires doit être garanti aux prestataires autorisés à fournir des services d'assistance en escale et aux usagers autorisés à pratiquer l'auto-assistance, seulement dans la mesure nécessaire à l'exercice de leurs droits; cet accès permet une concurrence loyale et effective. Toutefois, ce même accès doit pouvoir donner lieu à la perception d'une rémunération. De plus, il découle du neuvième considérant de la directive que le législateur a estimé que le libre accès au marché de l'assistance en escale est compatible avec le bon fonctionnement des aéroports communautaires.

considérant 7: «Pour l'utilisation partagée des infrastructures générales de l'aéroport par les prestataires de services et les utilisateurs souhaitant pratiquer l'autoassistance, l'exploitant de l'aéroport devrait pouvoir bénéficier d'une rétribution appropriée (taxe d'infrastructure) ainsi que d'une rétribution (taxe sur la confession) pour l'utilisation d'une possibilité de réaliser un bénéfice».

¹⁹ COM (96) 75 final, J.O. n° C 124 du 27 avril 1996, p. 19 (24).

²⁰ Déclaration de la Commission au procès-verbal n° 254/96, Addendum 1 (9835/96), dossier inter-institutionnel n° 94/0325 (SYN) du 26 septembre 1996; voir aussi, le document du Conseil n° 10299/96 du 14 novembre 1996.

²¹ Avis du Comité des régions du 17 janvier 1996, J.O. n° C 129 du 1996, p. 9.

Cette situation serait compromise s'il était permis aux opérateurs de se soustraire au paiement de ladite redevance, privant de ce fait l'aéroport d'une source de financement. Cette perte ne pourrait être compensée par une augmentation des loyers, du fait de l'exigence de transparence découlant de l'article 16, paragraphe 3, de la directive; cette exigence implique une séparation stricte entre la redevance d'accès au marché et les loyers. En effet, ces rémunérations devraient être ventilées en fonction des prestations de l'aéroport auxquelles elles se rapportent. En outre, compenser la perte de la redevance d'accès par une augmentation des loyers reviendrait à obliger tous les locataires à payer pour les prestataires de services qui exercent leurs activités en accédant aux installations aéroportuaires, sans rien louer dans l'enceinte de l'aéroport.

3. L'admissibilité d'une redevance commerciale à la lumière des principes fondamentaux du droit communautaire

L'interprétation proposée est la seule susceptible de garantir le respect des principes fondamentaux du droit communautaire. Aucun acte du droit communautaire dérivé ne doit être interprété de manière contraire aux droits fondamentaux.²² Selon l'article 6, alinéa 2 UE, l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après «la Convention de Rome»), et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. En concrétisant ce principe de droit et en le rendant plus visible, le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont proclamé solennellement, le 7 décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte »).²³ Bien que la Charte n'engendre pas encore d'obligation juridique, elle est souvent consultée par des avocats généraux et par le Tribunal de première instance pour clarifier les positions garanties par les Traités.²⁴

²² Conclusions de l'avocat général *Léger* du 10 juillet 2001, dans l'affaire C-353/99, *Hautala*, Rec. 2001, p. I-9565, considérant 57. Voir aussi l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-98/91, *Herbrink*, Rec. 1994, p. I-248 (252), considérant 9; et *Wölker*, Grundrechtsschutz durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und nationale Gerichte nach Amsterdam, Europarecht (EuR), Beiheft 1/1999, p. 97 (109).

²³ J.O. n° C 364 du 18 décembre 2000, p. 1. Voir aussi la communication de la Commission du 11 décembre 2000, COM (2000), 644 final, p. 4.

²⁴ Voir par exemple les conclusions de l'avocat général *Alber* du 1 février 2001, dans l'affaire C-340/99, *TNT Traço*, considérant 94; de l'avocat général *Tizzano* du 8 février 2001, dans l'affaire C-173/99, *BECTU*, Rec. 2001, p. I-4883, considérant 26; de l'avocat général *Misch* du 22 février 2001, dans l'affaire C-122/99 P et C-125/99 P, *Suède/Conseil*, considérant 97; de l'avocat général *Stix-Hackl* du 31 mai 2001, dans l'affaire C-49/00, *Commission/Italie*, Rec. 2001, p. I-8577, considérant 57; de l'avocat géné-

a) Droit de propriété

Le droit de propriété est établi par l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention de Rome et par l'article 17, premier alinéa de la Charte. En outre, il est reconnu par la Cour depuis longue date comme droit fondamental.²⁵ Le droit de propriété implique que toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser et d'en disposer. Il inclut, au-delà du droit au remboursement des dépenses, la possibilité de réaliser un bénéfice en faisant usage du bien possédé.²⁶ Si celle-ci lui était enlevée, le propriétaire aurait droit à une juste indemnité pour sa perte.²⁷ Tout au moins, si cette possibilité de réaliser un bénéfice était limitée dans la mesure nécessaire à l'intérêt général, il serait indispensable que l'usage restrictif du bien soit réglementé par une loi.²⁸

Par conséquent, une interprétation de la directive conforme au droit fondamental à la protection de la propriété demande que la directive soit lue comme empêchant que les aéroports soient expropriés ou restreints dans leur droit de propriété au bénéfice des prestataires de service d'assistance en escale, ou alors qu'elle soit lue comme prévoyant une indemnisation raisonnable pour les aéroports. Il semble que le législateur ait choisi cette dernière solution qui permet que la restriction apportée au droit de propriété des aéroports soit compensée par le versement d'une redevance d'accès au marché.

De même, l'avocat général *Mischo* ne conteste pas que la rémunération puisse prendre en compte des facteurs qui reflètent le bénéfice donné par l'accès au marché, tels que le nombre de passagers ou le chiffre d'affaires des prestataires de services.²⁹ Il considère que les aéroports peuvent fixer les redevances d'utilisation en tenant compte non seulement des coûts de l'entretien des biens immobiliers aéro-

ral *Léger* du 10 juillet 2001, dans l'affaire C- 309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1582; de l'avocat général *Geelhoed* du 5 juillet 2001, dans l'affaire C-413/99, *Baumbast*, considérant 59. Voir aussi la décision du Tribunal du 20 février 2001, l'affaire T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, Rec. 2001, p. II-729 (758), considérant 76, et l'arrêt du Tribunal du 3 mai 2002, l'affaire T-177/01, *Jégo-Quéré*, Rec. 2002, p. II-2365 (2381), considérant 42.

²⁵ Voir par exemple les arrêts de la Cour, dans l'affaire 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491 (507), considérant 14, et dans l'affaire 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 3727 (3745), considérant 17. Une analyse approfondie se trouve chez *Schilling*, *Eigentum und Marktordnung nach Gemeinschafts- und nach deutschem Recht*, *Europäische Grundrechtezeitschrift* (EuGRZ) 1998, p. 177 et suivantes.

²⁶ Voir les arrêts de la Cour, dans l'affaire 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 3727 (3746), considérant 19, et dans l'affaire 258/81, *Metallurgiki Halyps*, Rec. 1982, p. 4261 (4280), considérant 13.

²⁷ Article 17, premier alinéa, seconde phrase de la Charte, et les conclusions de l'avocat général *Jacobs* du 28 mai 1998, dans l'affaire C-7/97, *Bronner*, Rec. 1998, p. I-7791 (7813), considérant 64.

²⁸ Article 17, premier alinéa, troisième phrase de la Charte, et l'arrêt de la Cour, affaire 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 3727 (3746), considérant 20; *Müller-Michaels*, *Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union*, 1997, p. 74.

²⁹ Conclusions de l'avocat général *Mischo* du 28 janvier 2003, dans l'affaire C-363/01, *Flughafen Hannover/Lufthansa*, considérant 71.

portuaires, mais également d'une marge bénéficiaire raisonnable.³⁰ Vu le libellé de l'article 16, paragraphe 3, de la directive, il est difficile de partager cette analyse. Une absence de différenciation entre les redevances d'utilisation d'une part, et les redevances commerciales d'autre part, conduirait à une confusion légale qui ne serait pas en accord avec la transparence de la rémunération exigée par l'article 16, paragraphe 3 de la directive.

b) Liberté d'entreprise

Toute interprétation de la directive interdisant la perception d'une redevance commerciale violerait également le principe fondamental de la libre entreprise reconnu par l'article 16 de la Charte. Ce principe couvre, comme corollaire, la libre détermination de ses prix par une entreprise.³¹ Si le principe de la libre détermination des prix n'implique pas que l'accès au marché doive-t-être rémunéré séparément de l'accès aux installations dont il est fait usage, il n'interdit pour autant pas le droit de réaliser cette distinction. Certainement, l'article 16, paragraphe 3, de la directive, n'oblige pas les aéroports à exiger une redevance commerciale. Mais il ne s'oppose pas non plus à la liberté des aéroports à déterminer leurs prix eux-mêmes, ni à percevoir une redevance commerciale. Ainsi, la directive établit uniquement les critères qui doivent être respectés concernant le montant de la rémunération. En dehors de ces conditions, la loi est tacite et doit, dès lors, être interprétée *in dubio pro libertate*. Il semble que l'avocat général *Mischo* ne fasse pas clairement la distinction entre l'interdiction d'une redevance commerciale d'un côté, et son autorisation de l'autre.³²

De plus, toute exception à la liberté d'entreprise doit être strictement interprétée et doit figurer explicitement dans la directive. Selon l'article 52 de la Charte, toute limitation dans l'exercice des droits et des libertés reconnus par la Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Comme déjà mentionné, la directive ne contient pas de dispositions qui soient déterminées à limiter l'exercice de la libre entreprise. Afin de respecter le principe de l'Etat de droit, sur lequel l'Union est fondée selon l'article 6, alinéa 1 UE, l'unique interprétation de l'article 16, paragraphe 3, de la directive, conforme aux droits fondamentaux serait d'accepter l'admissibilité de la redevance commerciale.

³⁰ Ibid., considérant 70.

³¹ Cf. par exemple les arrêts de la Cour, dans les affaires conjointes 63/84 et 147/84, *Finsider*, Rec. 1985, p. 2857 (2882), considérants 23 et 24, et dans les affaires conjointes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, Rec. 1991, I-415 (552), considérants 72 et suivants.

³² Voir les conclusions de l'avocat général *Mischo* du 28 janvier 2003, dans l'affaire C-363/01, *Flughafen Hannover/Lufthansa*, considérant 75.

4. Principe de non-discrimination

Il est étonnant de constater que l'avocat général *Mischo* soit d'avis que la question de la discrimination posée par la requérante au principal repose sur une prémissse erronée. Cet avis de l'avocat général repose sur l'hypothèse que l'aéroport ne serait pas obligé d'imposer le paiement d'une redevance d'accès au marché.³³ Comme la directive n'empêche pas la perception d'une redevance commerciale, l'entité gestionnaire de l'aéroport peut se prévaloir d'un tel droit. Si elle en fait usage à l'encontre des prestataires de services – tel est le cas dans l'affaire en question –³⁴, elle est obligée de respecter le principe de non-discrimination. Le principe de non-discrimination exprimé à l'article 12, premier alinéa, CE, interdit que, dans le cadre de la fixation des rémunérations qu'ils perçoivent, les aéroports fassent une discrimination directe ou indirecte selon la nationalité des compagnies aériennes.³⁵ Tous les prestataires de services en escale doivent avoir accès au marché selon les mêmes conditions, sauf si la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives.

Il s'ensuit alors que l'aéroport qui exige une rémunération commerciale, doit l'imposer aux prestataires de services également dans les cas où le libre accès au marché de l'assistance en escale leur était déjà garanti avant l'entrée en vigueur de la directive. Dans le cas contraire, les aéroports seraient incités à fixer des tarifs différents pour les usagers pratiquant l'auto-assistance et les prestataires de service qui ne paient pas de redevance d'accès au marché d'une part, et pour les prestataires de services qui ont toujours payé une telle redevance, d'autre part.³⁶ Il s'ensuit que les aéroports seraient contraints à faire une discrimination entre les compagnies aériennes nationales et celles d'autres Etats membres. En effet, pour une compagnie aérienne, l'auto-assistance sur tous les aéroports d'un autre Etat membre qu'elle dessert ne serait souvent pas rentable, de sorte qu'elle serait contrainte, à l'instar d'une compagnie de petite taille, à confier l'assistance en escale à un tiers et à payer en dernière analyse la redevance d'accès au marché versée par ce tiers à l'aéroport. En revanche, une compagnie nationale généreraient, *a priori*, dans les aéroports situés dans son Etat d'établissement, un volume de trafic suffisant pour justifier le recours à l'auto-assistance et d'échapper ainsi au paiement de la redevance d'accès au marché.³⁷ En outre, il y aurait discrimination en ce que les grandes

³³ Ibid., considérant 64.

³⁴ Arrêt de l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le-Main du 31 juillet 2001, 11 U (Kart) 27/00.

³⁵ Arrêt de la Cour du 26 juin 2001, affaire C-70/99, *Commission/Portugal*, Rec. 2001, p. I-4845 (4875), considérant 27; arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, affaire T-128/98, *Aéroports de Paris/Commission*, Rec. 2000, p. II-3929 (3991), considérant 201; confirmé par l'arrêt de la Cour du 24 octobre 2002, affaire C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Commission*, considérants 43 à 46, 115, 116.

³⁶ Arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, affaire T-128/98, *Aéroports de Paris/Commission*, Rec. 2000, p. II-3929 (3992), considérants 206 à 210. A cet égard voir aussi: l'arrêt de la Cour du 6 février 2003, affaire C-92/01, *Stylianakis*, considérants 25 et 28, non encore publié au recueil.

compagnies aériennes seraient avantagées par rapport aux petites. Les premières, pouvant enregistrer elles-mêmes leurs passagers, seraient dispensées de verser la redevance d'accès au marché, alors que les secondes, pour lesquelles il n'est pas rentable de procéder à l'enregistrement de leurs propres passagers, devraient confier ce dernier à des prestataires de service d'assistance en escale qui devraient continuer de verser aux aéroports la redevance d'accès au marché qu'elles versent depuis toujours.

Il est de juridiction constante que l'interdiction de discrimination n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui fait partie des principes fondamentaux du droit communautaire; alors les règles d'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux prohibent non seulement des discriminations ostensibles fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat.³⁸ Seules des circonstances objectives pourraient justifier une distinction de traitement des compagnies aériennes nationales et celles d'autres Etats membres;³⁹ une telle raison objective n'est pas visible dans l'affaire en question.

5. Conclusion

Les seules conditions que l'article 16, paragraphe 3, de la directive pose à la perception d'une rémunération pour l'accès aux installations aéroportuaires concernent le montant de cette rémunération, qui doit être déterminé en fonction de critères pertinents, objectifs, transparents et non discriminatoires.⁴⁰ Ainsi, la rémunération imposée par un aéroport peut couvrir aussi bien une redevance commerciale que domaniale. Les droits fondamentaux des entreprises traditionnelles ne seraient, sinon, pas respectés. La libéralisation d'un secteur du marché par le législateur communautaire, si nécessaire et si utile qu'elle soit, ne légalise jamais le non-respect des droits fondamentaux et la négligence du principe de l'Etat de droit, établi par l'article 6, paragraphe 1 UE et concrétisé par l'article 52 de la Charte.

³⁷ De manière similaire voir l'arrêt de la Cour du 26 juin 2001, affaire C-70/99, *Commission/Portugal*, Rec. 2001, p. I-4845 (4873), considérant 20; et l'arrêt de la Cour du 6 février 2003, affaire C-92/01, *Stylianakis*, considérants 25 et 28.

³⁸ Arrêt de la Cour du 16 octobre 1980, affaire 147/79, *Hochstrass*, Rec. 1980, p. 3005 (3019), considérant 7; arrêt de la Cour du 19 mars 2002, affaire C-224/00, *Commission/Italie*, considérants 14 et suivants.

³⁹ Arrêt de la Cour du 16 octobre 1980, affaire 147/79, *Hochstrass*, Rec. 1980, p. 3005 (3019), considérant 7; arrêt de la Cour du 2 octobre 1997, affaire C-122/96, *Saldanha*, Rec. 1997, p. I-5325, considérants 25 et suivants. Voir aussi: *Epiney*, dans: Calliess/Ruffert (éds.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2^e éd., 2002, Art. 12 EGV considérants 38 à 42.

⁴⁰ V. à cet égard *Rittner*, (cf. note 8), *EuZW* 1998, p. 654.

