



UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

PÔLE TRANSPORTS

INSTITUT DE FORMATION UNIVERSITAIRE ET DE RECHERCHE DU  
TRANSPORT AÉRIEN (IFURTA)

---

L'IMPÉRATIVE ADAPTATION DES POLITIQUES EUROPÉENNES ET  
INTERNATIONALES EN RÉPONSE À LA CONCURRENCE DU TRANSPORT  
AÉRIEN

Mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit et Management du Transport aérien

par Barbara MARTINEZ

Sous la direction de Mme. le professeur Julie LABORDE DIT BOURIAT

Année universitaire 2021-2022



## RESUME

Le développement du trafic aérien et la croissance économique sont intimement liés. En effet, comme le rappelle un rapport de l'OACI, « l'industrie du transport aérien est non seulement un moteur essentiel de la croissance socio-économique mondiale, mais elle est également d'une importance cruciale en tant que catalyseur du développement économique, par la création d'emplois directs et indirects, par l'appui au tourisme et aux entreprises locales et par la stimulation de l'investissement étranger et du commerce international »<sup>1</sup>.

Cependant, la pandémie de Covid-19 a ralenti l'ensemble du trafic aérien, et a ainsi fragilisé fortement les compagnies aériennes notamment celles de l'UE qui apparaissent encore plus faibles face à leurs concurrents venant des États tiers. Cette crise a par conséquent fragilisé la concurrence du transport aérien, et a remis en évidence la fragmentation du marché du transport aérien.

L'ambition de ce rapport est de mettre en évidence les adaptations au droit de la concurrence émises par les politiques européennes et internationales face au bouleversement de l'ordre juridique et économique international induit par la concurrence du transport aérien.

---

<sup>1</sup> OACI, Développement économique du transport aérien, Faits et chiffres

## **REMERCIEMENTS**

Je souhaite avant tout remercier ma directrice de mémoire, Madame le Professeur Julie Laborde dit Bouriat ainsi que pour sa disponibilité et ses conseils, ainsi que ma directrice d'alternance, Madame Fabienne Castelli-Maudoux pour sa confiance et son encadrement professionnel.

Je tiens à également à exprimer ma gratitude aux intervenants et au Secrétariat du Pôle Transports de l'Université Aix-Marseille et à la Direction des Affaires Juridiques d'Air France, grâce à laquelle j'ai pu m'épanouir professionnellement et humainement durant cette année.

## TABLE DES ABREVIATIONS

- DTA : Direction du transport aérien ;
- DGAC : Direction générale de l'aviation commerciale ;
- PAX : passager ;
- OACI : Organisation de l'aviation civile internationale ;
- SARP : Standards And Recommended Practices
- UE : Union européenne
- CJCE : Cour de justice des communautés européennes ;
- CEE : Communauté économique européenne ;
- CJUE : Cour de justice de l'Union européenne.
- TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- COVID-19 : Abréviation désignant le coronavirus apparu en décembre 2019 et devenu pandémique en 2020 ;

- IATA : Association du transport aérien international ;
  
- EEE : Espace Economique Européen ;
  
- Espace aérien commun européenne (EACE) ;
  
- DGCCRF : Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes ;
  
- OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques.

## **SOMMAIRE**

### **Titre 1 : Le bouleversement de l'ordre juridique et économique international induit par l'hégémonie des États**

#### **Partie 1 : La libéralisation européenne et internationale des marchés**

Chapitre 1 : La libéralisation en matière d'accès au marché du transport aérien dans l'Union européenne

Chapitre 2 : La libéralisation en matière d'accès au marché à l'égard des États tiers

#### **Partie 2 : Le cadre réglementaire applicable à la concurrence aérienne**

Chapitre 1 : Les règles de concurrence applicables aux marchés aériens au travers des articles 101 et 102 du TFUE

Chapitre 2 : Les obstacles à la construction de la concurrence

### **Titre 2 : La régulation de la concurrence au service de l'intérêt commun**

#### **Partie 1 : La création d'effets anticoncurrentiels, catalyseur des comportements restrictifs de concurrence**

Chapitre 1 : Les effets anticoncurrentiels possibles des concentrations horizontales

Chapitre 2 : Les comportements restrictifs de concurrence

**Partie 2 : La neutralisation des effets anticoncurrentiels par la régulation des regroupements aériens**

## INTRODUCTION

Dans le transport aérien, le contexte concurrentiel est façonné par de multiples règles. Ces règles influent nécessairement sur la concurrence et les performances des compagnies. Le droit de la concurrence s'applique à l'aérien comme aux autres secteurs économiques. Pour autant, le droit de la concurrence sait s'adapter, lorsque cela est justifié, aux spécificités de l'aérien. <sup>2</sup>

Appréhender le droit de la concurrence au sein du transport aérien implique de saisir ce qui constitue son essence, son histoire et son développement. Pour ce faire, il est important de dissocier la libéralisation de la régulation. En effet, la libéralisation d'un marché a pour objectif de mettre en concurrence les entités du secteur, tandis que la régulation du marché a pour objectif d'en corriger les imperfections.

Le développement du trafic aérien et la croissance économique sont intimement liés. En effet, comme le rappelle un rapport de l'OACI, « l'industrie du transport aérien est non seulement un moteur essentiel de la croissance socio-économique mondiale, mais elle est également d'une importance cruciale en tant que catalyseur du développement économique, par la création d'emplois directs et indirects, par l'appui au

---

<sup>2</sup> Emmanuel Combe, Vice-Président de l'Autorité de la concurrence Professeur des Universités Professeur affilié à ESCP Europe, colloque DGAC, 4 Mai 2015



tourisme et aux entreprises locales et par la stimulation de l'investissement étranger et du commerce international »<sup>3</sup>.

L'hégémonie du secteur de l'aviation s'explique tout d'abord par la manière dont le transport aérien apporte une contribution importante aux piliers sociaux, économiques et environnementaux. Ainsi, l'aviation est devenue l'un des opérateurs hégémoniques du domaine des transports.

Le transport aérien est « le mode de transport le plus récent et celui qui connaît le développement le plus rapide »<sup>4</sup>. Comme l'explique l'auteur Pierre Merlin, « le secteur a été totalement remodelé du fait des profonds bouleversements intervenus sur les plans institutionnels et économiques ; les politiques de déréglementation ont obligé les pouvoirs publics et les compagnies aériennes à s'engager dans un processus qui n'est pas encore totalement achevé »<sup>5</sup>.

Considéré à tort comme une activité polluante et réservé à quelques privilégiés, le transport aérien n'est pas pris en compte dans l'élaboration de la politique économique

---

<sup>3</sup> OACI, Développement économique du transport aérien, Faits et chiffres

<sup>4</sup> Pierre MERLIN, *Le transport aérien*, Les études de la Documentation française, octobre 2000

<sup>5</sup> Pierre MERLIN, *Le transport aérien*, Les études de la Documentation française, octobre 2000

du pays à la hauteur de sa contribution <sup>6</sup>. Pourtant, « le transport aérien est un moteur dans une économie »<sup>7</sup>.

Pour saisir au mieux le sujet soumis à l'étude, il est important au préalable d'étudier l'histoire du cadre réglementaire international et européen du transport aérien. Cela nous permettra de mettre le sujet en perspective et d'appréhender davantage les enjeux.

La règle historique a voulu que l'aviation commerciale soit soumise au principe de souveraineté des États. « Le transport aérien international est ainsi régi par un système complexe de plus de 3 500 accords bilatéraux, dont chacun est le résultat de négociations bilatérales d'échanges de droits de trafic entre États. Le contenu de ce cadre réglementaire a longtemps constitué un frein aux échanges économiques comparé aux autres secteurs marchands régis par les règles de la libre concurrence. L'implication des États et la défense de leur souveraineté et de leurs intérêts nationaux y sont pour beaucoup dans le particularisme de ce secteur » <sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Bruno LE ROUX, Rapport du groupe de travail compétitivité du transport aérien français, Assemblée Nationale, novembre 2014

<sup>7</sup> OACI, Economic Contribution of Civil Aviation, Ripples of prosperity

<sup>8</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

Cependant, l'économie du transport aérien s'exerce tout de même dans un cadre réglementaire global issu de la Convention relative à l'aviation civile internationale, rédigée en 1944 par 54 nations, et qui a été établie pour promouvoir la coopération et créer et préserver l'amitié et la compréhension entre les nations et les peuples du monde. Connu plus communément aujourd'hui sous le nom de Convention de Chicago, cet accord historique a établi les principes fondamentaux permettant le transport aérien international et a conduit à la création de l'agence spécialisée qui le supervise depuis lors - l'Organisation de l'aviation civile internationale.<sup>9</sup>

La Seconde Guerre mondiale a été un puissant catalyseur du développement technique de l'avion. Un vaste réseau de transport de passagers et de marchandises a été mis en place pendant cette période, mais de nombreux obstacles, tant politiques que techniques, se sont opposés à l'évolution de ces installations et de ces routes vers leurs nouvelles utilisations civiles.

À la suite de plusieurs études lancées par les États-Unis, ainsi que de diverses consultations qu'ils ont entreprises avec leurs principaux alliés, le gouvernement américain a invité 55 États à participer à une conférence internationale sur l'aviation civile à Chicago en 1944. En fin de compte, 54 des 55 États invités ont participé à la conférence de Chicago et, à sa conclusion le 7 décembre 1944.

---

<sup>9</sup> OACI, *The History of ICAO and the Chicago Convention*, site internet officiel

La Convention de Chicago a posé les bases des normes et procédures pour une navigation aérienne mondiale pacifique. Son objectif premier était de développer l'aviation civile internationale « de manière sûre et ordonnée »<sup>10</sup>, et de faire en sorte que les services de transport aérien soient établis « sur la base de l'égalité des chances et exploités de manière saine et économique »<sup>11</sup>.

Au cours de cette marche vers l'ère du transport aérien moderne, les annexes de la Convention ont augmenté en nombre et évolué de telle sorte qu'elles comprennent aujourd'hui plus de 12 000 normes et pratiques recommandées internationales (SARP), toutes ayant été approuvées par consensus par les 193 États membres actuels de l'OACI<sup>12</sup>.

Ces SARP, ainsi que les progrès technologiques considérables et les contributions apportées au cours des décennies précédentes par les exploitants et les fabricants du transport aérien, ont permis la réalisation de ce que l'on peut désormais considérer comme un moteur essentiel du développement socio-économique et l'une des plus

---

<sup>10</sup> Convention relative à l'aviation civile internationale Signée à Chicago, le 7 décembre 1944

<sup>11</sup> Convention relative à l'aviation civile internationale Signée à Chicago, le 7 décembre 1944

<sup>12</sup> OACI, *Au sujet de l'OACI*, États membres, site internet officiel

grandes réalisations de l'humanité en matière de coopération - le réseau moderne de transport aérien international.<sup>13</sup>

Dans son manuel de la réglementation du transport aérien international, l'OACI donne des définitions des libertés de l'air dans le cadre de services aériens internationaux réguliers.

Le transport aérien international est régi par 9 libertés de l'air qui vont dresser l'ensemble des règles et des droits octroyées par les États aux compagnies aériennes sur les possibilités en matière de survol au niveau de l'espace aérien des territoires des États. Elles sont définies par l'OACI dans son manuel de la réglementation du transport aérien international<sup>14</sup> :

- Première liberté : Droit de survol - Droit ou privilège accordé par un État à un autre ou plusieurs États, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, de survoler son territoire sans y atterrir ;

---

<sup>13</sup> OACI, *The History of ICAO and the Chicago Convention*, site internet officiel

<sup>14</sup> OACI, *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, Approuvé par le Secrétaire général et publié sous son autorité, 1996 — 2004 — 2008

- Deuxième liberté : Droit d'escale technique - Droit ou privilège accordé par un État à un autre ou plusieurs États, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, d'atterrir sur son territoire pour des raisons non-commerciales ;
- Troisième liberté : Privilège ou Droit de débarquer - Droit ou privilège accordé par un État à un autre État, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, de débarquer, dans le territoire du premier État, du trafic (pax, marchandise, courrier) en provenance de l'État dont le transporteur a la nationalité ;
- Quatrième liberté : Droit d'embarquer - Droit ou privilège accordé par un État à un autre État, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, d'embarquer, dans le territoire du premier État, du trafic (pax, marchandise, courrier) à destination de l'État dont le transporteur a la nationalité ;
- Cinquième liberté : Droit d'embarquer et de débarquer - Droit ou privilège accordé par un État à un autre État, dans le contexte de services aériens internationaux réguliers, d'embarquer et de débarquer, dans le territoire du premier État, du trafic (pax, marchandise, courrier) en provenance ou à destination d'un État tiers.

Les 5 premières libertés précédemment citées ont été officiellement reconnues par des annexes à la convention de Chicago. Concernant les autres libertés, elles ne figurent pas dans la convention de Chicago et ses annexes, mais sont issues de la pratique et restent

donc officieuses. L'OACI les a tout de même définies dans la continuité des autres libertés :

- Sixième liberté : Droit ou privilège, dans le contexte de services aériens réguliers, de transporter, en passant par l'État dont le transporteur a la nationalité, du trafic entre deux autres États<sup>15</sup> ;
- Septième liberté : Droit ou privilège accordé par un État à un autre État, dans le contexte de services aériens réguliers, de transporter du trafic entre le territoire de l'État qui accorde ce droit ou privilège et un troisième État quelconque sans obligation d'inclure dans cette opération un point du territoire de l'État bénéficiaire<sup>16</sup> ;
- Huitième liberté : Droit ou privilège, dans le contexte de services aériens réguliers, de transporter du trafic (pax, fret et courrier) de cabotage entre deux points situés à l'intérieur du territoire de l'État qui accorde ce droit au moyen d'un service qui commence ou se termine dans le territoire de l'État dont le transporteur étranger a la nationalité ou à l'extérieur du territoire de l'État qui accorde ce droit<sup>17</sup> ;

---

<sup>15</sup> Cette liberté permet l'installation des hubs.

<sup>16</sup> Il n'est donc pas nécessaire que le service soit en correspondance avec un service à destination ou en provenance de l'État dont le transporteur possède la nationalité.

<sup>17</sup> On parle aussi de « cabotage consécutif ».

- Neuvième liberté : Droit ou privilège de transporter du trafic (passager, fret et courrier) de cabotage de l'État qui accorde ce droit ou privilège au moyen d'un service effectué entièrement à l'intérieur du territoire de cet État<sup>18</sup>.

Les libertés de l'air ont ainsi permis de poser un cadre aux droits octroyés par les États aux compagnies aériennes sur les possibilités en matière de survol.

Nous allons poursuivre dans cette perspective en étudiant de plus près la politique de la concurrence qui s'inscrit dans le cadre législatif du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence est constitué de « trois volets fondamentaux<sup>19</sup> :

- Volet 1 : Les accords horizontaux et verticaux entre firmes visant à « restreindre le commerce » - Aux États-Unis, on retrouve ces dispositions dans la section 1 du Sherman Act<sup>20</sup> et dans la section 3 du Clayton Act<sup>21</sup> ; nous les trouvons également dans le paragraphe 1 de l'article 81 du Traité de Rome 1 pour la Communauté

---

<sup>18</sup> On parle aussi de « cabotage autonome ».

<sup>19</sup> Emmanuel Combe, *Objectifs et instruments de la politique de la concurrence*, La politique de la concurrence, 2016

<sup>20</sup> Sherman Anti-Trust Act, 2 juillet 1890 : première tentative du gouvernement américain de limiter les comportements anticoncurrentiels des entreprises, il signe la naissance du droit de la concurrence moderne.

<sup>21</sup> Clayton Act, 15 octobre 1914 : Aux États-Unis, le Clayton Antitrust Act fut voté pour remédier aux insuffisances du Sherman Antitrust Act de 1890, la première loi du droit moderne de la concurrence rendant illégales certaines pratiques anticoncurrentielles.



européenne ; et en France dans l'article L. 420-1 du Code du commerce<sup>22</sup> qui stipule que « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

- Volet 2 : L'abus de position dominante - Expression très générale désignant tout à la fois les pratiques de prix prédateurs, d'exclusion de concurrents, ou bien encore de forclusion ou de discrimination par les prix. Aux États-Unis, la section 2 du Sherman Act condamne de manière générale les tentatives de « monopolisation » d'un marché,

---

<sup>22</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000006231970/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006231970/)

tandis que la section 2 du Clayton Act et le Robinson Pactman Act<sup>23</sup> traitent plus spécifiquement de la discrimination. Au niveau européen, l'abus de position dominante relève de l'article 82 du traité CE. De même, en France, l'article L. 420-2 du Code du commerce<sup>24</sup> prohibe l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme » ;

---

<sup>23</sup> La loi Robinson-Patman de 1936 est une loi fédérale des États-Unis qui interdit les pratiques anticoncurrentielles des producteurs, en particulier la discrimination par les prix.

<sup>24</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000038725501/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038725501/)

- Volet 3 : Le contrôle des opérations de concentration, et notamment sur la formation d'une position dominante par le biais de fusion-acquisition - énoncé dès le Clayton Act en son article 7, ce dispositif de contrôle a été renforcé aux États-Unis avec l'adoption du Hart Scott Rodino Act<sup>25</sup> et occupe aujourd'hui une part importante de l'activité des autorités antitrust. Dans le cas européen, ce volet est apparu assez tardivement puisqu'il faut attendre le règlement du 1er décembre 1989 pour qu'entre en vigueur un contrôle préalable et systématique des opérations de concentration. Au niveau de la France, le contrôle des concentrations relève des articles L. 430-1 à L. 430-7 du Code du commerce<sup>26</sup> et a été modifié en mai 2001 avec l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques<sup>27</sup> »<sup>28</sup>.

De surcroît, la crise pandémique de Covid-19 qui nous a affectés en 2020, et qui produit encore ces effets, a remis en cause les modèles économiques et sociétaux. Cette crise a ralenti l'ensemble du trafic aérien, et les compagnies de l'UE apparaissent

---

<sup>25</sup> La loi Hart-Scott-Rodino de 1978 a établi le programme fédéral de notification préalable aux fusions, qui fournit à la Federal Trade Commission et au ministère de la justice des informations sur les grandes fusions et acquisitions avant qu'elles ne se produisent.

<sup>26</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_1c/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006133185/#LEGISCTA000006133185](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_1c/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006133185/#LEGISCTA000006133185)

<sup>27</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000223114/>

<sup>28</sup> Emmanuel Combe, *Objectifs et instruments de la politique de la concurrence*, La politique de la concurrence (2016)

comme encore plus en difficulté que leurs concurrentes américaines. Cette différence tient d'abord à « l'acuité de la pandémie dans l'UE et au fait que les mesures sanitaires adoptées diffèrent d'un État membre à l'autre, rendant la circulation intra-européenne très complexe »<sup>29</sup>.

Cette crise nous amène alors à nous questionner sur le positionnement, le contrôle, ainsi que la régulation de la concurrence au sein du transport aérien et soulève une prise de conscience de l'ordre juridique à l'échelle européenne et internationale.

À la lumière de ces divers éléments, il est alors légitime de se demander comment les politiques européennes et internationales réagissent aux pratiques anticoncurrentielles sévissant le droit de la concurrence, et alors que les enjeux de souveraineté démocratique s'ajoutent aux enjeux économiques et juridiques est-ce que les réponses apportées par les États offre une garantie suffisante pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles menaçant le marché du transport aérien international ?

---

<sup>29</sup> Marine Bardou, *La fragmentation du marché du transport aérien de l'Union européenne, un enjeu persistant*, Etudes des relations internationales et du global 2021

Cette étude fera apparaître le bouleversement de l'ordre juridique et économique international induit par l'hégémonie des États (Titre 1). De ce constat, pourront être présentées les stratégies et les solutions potentielles dégagées par les politiques européennes et internationales afin de réguler la concurrence au service de l'intérêt commun (Titre 2).

## **Titre 1 : Le bouleversement de l'ordre juridique et économique international induit par l'hégémonie des États**

Durant une longue période, la majorité des États ont disposé de leur propre compagnie aérienne nationale. Largement subventionnées, elles avaient été concurrencées par des compagnies privées de même nationalité. Cependant, les États-Unis ont libéralisé leur marché aérien en 1978 menant à une déréglementation du marché. Par conséquent, la concurrence aérienne s'exerce dans un cadre réglementaire spécifique.

En effet, la transformation progressive de la dynamique des marchés passe par une libéralisation européenne et internationale des marchés (Chapitre 1).

De cette libéralisation, bien qu'incomplète, en résulte des règles de concurrence qui vont permettre de poser des règles de comportements aux entités à l'intérieur des marchés (Chapitre 2). Ainsi, les transporteurs, qu'ils soient européens ou étrangers, opérant vers ou depuis l'EEE doivent respecter les règles de concurrence établies dans le TFUE et les règles applicables aux concentrations.

## **Partie 1 : La libéralisation européenne et internationale des marchés**

La libéralisation est un phénomène ancien dans le transport maritime, le droit des mers reposant sur le principe de la liberté de navigation. En revanche, les États ont toujours exercé un contrôle exclusif sur les transports terrestres, ainsi que, par analogie, sur l'espace aérien au-dessus de leur territoire.<sup>30</sup>

Actuellement, nous sommes certes en présence d'une libéralisation aboutie en matière d'accès au marché aérien au sein de l'UE (Chapitre 1), mais l'absence de politique commune à l'échelle internationale endigue la libéralisation de jouer entièrement son rôle. Cette situation ne permet pas aux compagnies traditionnelles de se concurrencer l'une l'autre sur leurs marchés historiques, mais plutôt de façon indirecte à travers leur réseau. Cependant, suite aux arrêts « Open skies », l'UE a amorcé une phase d'unification avec les pays-tiers (Chapitre 2).

---

<sup>30</sup> Rapport d'information n° 300 (2000-2001) de M. Jacques OUDIN, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, *La politique commune des transports*, déposé le 3 mai 2001

## **Chapitre 1 : La libéralisation en matière d'accès au marché du transport aérien dans l'Union européenne**

La libéralisation du transport aérien au sein de l'UE s'est faite sous la pression du mouvement de déréglementation parti des États-Unis.

Initialement, le transport aérien était très encadré. En effet, la Convention de Chicago de 1944 établit la souveraineté complète et exclusive de chaque État sur l'espace atmosphérique au-dessus de son territoire. Les lignes régulières sont exclues du bénéfice des libertés commerciales, qui doit être négocié dans le cadre d'accords bilatéraux.

Dans un arrêt du 30 avril 1986<sup>31</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes, tout en « confirmant l'incompatibilité des règles françaises d'homologation des tarifs aériens des agences de voyage avec le droit de la concurrence, constatait l'absence de

---

<sup>31</sup> Document 61984CJ0209, Arrêt de la Cour du 30 avril 1986, Ministère public contre Lucas Asjes et autres, Andrew Gray et autres, Andrew Gray et autres, Jacques Maillot et autres et Léo Ludwig et autres.

Demandes de décision préjudicielle: Tribunal de police de Paris - France.

Fixation des tarifs aériens - Applicabilité des règles de concurrence du traité CEE.

Affaires jointes 209 à 213/84.



dispositions communautaires spécifiques au transport aérien »<sup>32</sup>. En conséquence, le règlement du Conseil de 1987<sup>33</sup> concernant l'exemption des règles de concurrence (article 85 paragraphe 3 du traité) à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens. À ce règlement s'ajoute des directives, notamment la Directive européenne de 1987<sup>34</sup> sur les tarifs des services aériens réguliers entre États membres, ainsi que la décision n°87/602 de 1987<sup>35</sup> concernant la répartition de la capacité en sièges entre les transporteurs aériens sur les services aériens réguliers entre États membres et l'accès des transporteurs aériens aux liaisons des services aériens réguliers entre États membres.

Cependant, en matière de politique de la concurrence, les États-Unis font figure de pays pionnier. En effet, la politique antitrust voit le jour aux États-Unis en 1890 avec l'adoption du Sherman Act. Ce texte, relatif aux comportements d'entente et de position dominante, est né dans un contexte historique très particulier : « la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle est, en effet, marquée sur le continent nord-américain par une forte concentration

---

<sup>32</sup> Rapport d'information n° 300 (2000-2001) de M. Jacques OUDIN, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, *La politique commune des transports*, déposé le 3 mai 2001

<sup>33</sup> Règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987

<sup>34</sup> Directive européenne n°87-601 du 14 décembre 1987

<sup>35</sup> Décision n°87/602 du Conseil du 14 décembre 1987

industrielle, donnant naissance à de véritables « géants » (appelés trusts) dans des secteurs tels que le pétrole, la sidérurgie, l'industrie électrique ou les chemins de fer. Ce processus de concentration ne manque pas de susciter la crainte des consommateurs et des petits producteurs américains, crainte relayée par le sénateur Sherman qui y voit une véritable menace pour la démocratie économique. Le Sherman Act est peu appliqué après son adoption et il faut attendre en réalité les crises financières du début du XX<sup>ème</sup> siècle (1902, puis 1907-1908) pour que les premiers grands trusts américains soient inquiétés, et même démantelés pour abus de position dominante. À la suite du Sherman Act, les États-Unis adoptent en 1914 le Clayton Act et le FTC Act : ces trois textes formeront le socle de la politique antitrust américaine, même s'ils connaîtront au cours du temps des amendements ».<sup>36</sup>

Sur cette base, l'UE a réussi à créer un marché commun du transport aérien, pour les compagnies communautaires, communément appelé « ciel unique européen ». En effet, dans le sillage de l'Acte unique européen de 1986<sup>37</sup> et de l'achèvement du marché intérieur, plusieurs paquets de mesures réglementaires de l'Union ont

---

<sup>36</sup> Emmanuel Combe, *L'essor des politiques de la concurrence*, La politique de la concurrence, 2016

<sup>37</sup> L'Acte unique européen a été signé par 12 États les 17 et 28 février 1986, respectivement à Luxembourg et à La Haye, et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1987.

progressivement fait passer les marchés de l'aviation nationaux protégés à un marché unique compétitif du transport aérien :

« Le premier paquet de 1987 et le deuxième paquet de 1990 ont commencé par assouplir les règles relatives aux tarifs et aux capacités. En 1992, le troisième paquet (à savoir les règlements du Conseil (CEE) n°2407/92<sup>38</sup>, n°2408/92<sup>39</sup> et n°2409/92<sup>40</sup>, à présent remplacés par le règlement (CE) n°1008/2008<sup>41</sup>) ont levé 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 marché a ensuite été étendu à la Norvège, à l'Islande et à la Suisse. Ce troisième paquet a remplacé les transporteurs aériens nationaux par les transporteurs aériens communautaires et a établi comme principe de base que tout transporteur aérien communautaire peut librement fixer des tarifs pour le transport de passagers et de fret et peut accéder à toute route à l'intérieur de l'Union européenne sans permis ni autorisation (exception faite de certaines routes très particulières sur lesquelles les États

---

<sup>38</sup> Règlement (CEE) n° 2407/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant les licences des transporteurs aériens

<sup>39</sup> Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires

<sup>40</sup> Règlement (CEE) n° 2409/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, sur les tarifs des passagers et de fret des services aériens

<sup>41</sup> 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

membres peuvent imposer des obligations de service public, sous certaines conditions et pour un temps limité) »<sup>42</sup>.

Cependant, le marché du transport aérien demeurait fragilisé puisque les relations aériennes internationales étaient encore régies par des accords bilatéraux entre un État de l'Union et un État tiers, et non par une norme communautaire. Par conséquent, l'UE ne disposait d'aucune influence sur les décisions prises en matière de transport aérien au niveau international. Saisie de ce problème, la Commission au travers de sa jurisprudence a ouvert la voie à une certaine libéralisation en matière d'accès au marché à l'égard des États tiers (Chapitre 2).

---

<sup>42</sup> <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/131/transports-aeriens-regles-du-marche>

## **Chapitre 2 : La libéralisation en matière d'accès au marché à l'égard**

### **des États tiers**

L'absence de compétence de l'UE en ce qui concerne la partie internationale du transport aérien a entraîné une « inefficacité du marché intérieur du transport aérien en raison de la concurrence déloyale de la part des compagnies aériennes non-communautaires, surtout américaines »<sup>43</sup>.

La jurisprudence communautaire à travers les arrêts « Open skies » a ouvert la voie au processus d'unification de la politique extérieure européenne à l'égard des pays-tiers.

Les États-Unis se sont engagés à partir de 1995 dans des accords bilatéraux du type « Open skies » avec un certain nombre d'États membres dans le but de faciliter le libre accès illimité à toutes les routes et la fixation des prix. Il s'agit d'accords bilatéraux qui donnent la possibilité aux compagnies aériennes ayant la nationalité des États signataires d'effectuer des liaisons aériennes entre ces deux États. Cet accord interdit le cabotage, mais autorise les compagnies aériennes à assurer une liaison avec un autre État à partir d'un aéroport du pays partenaire. Les compagnies aériennes américaines ont

---

<sup>43</sup> Valentin, Buruiana, Les relations extérieures de l'Union européenne dans le domaine du transport aérien, 2005

ainsi obtenu « la possibilité de relier deux aéroports européens se trouvant dans deux pays différents, donc le droit au cabotage au niveau communautaire.

Cependant, étant donné qu'il s'agit d'accords bilatéraux, la Commission ne jouit pas, dans le domaine du trafic international à destination et/ou en provenance de l'Union européenne, des mêmes pouvoirs en matière de respect de la concurrence que ceux dont elle jouit pour le transport aérien intracommunautaire. La seule exception est le régime juridique des fusions, qui s'applique entièrement à l'aviation internationale »<sup>44</sup>.

À la suite de ces accords, la Commission avait introduit des recours contre sept États membres signataires des accords, à savoir le Luxembourg, le Danemark, la Finlande, la Belgique, la Suède, l'Allemagne et l'Autriche, et également un recours intenté contre le Royaume-Uni. La CJCE avait jugé contraire au droit communautaire les accords de libéralisations bilatérales, dits « Open skies », conclus entre ces pays de l'Union et les États-Unis, car ils avaient pour effet d'assurer le « libre accès à toutes les routes entre tout point situés dans les deux États, sans limitation de capacité et de fréquence, sans restriction quant aux points intermédiaires et à ceux situés avant ou au-delà (behind,

---

<sup>44</sup> Valentin, Buruiana, Les relations extérieures de l'Union européenne dans le domaine du transport aérien, 2005

between and beyond rights). Pour ce faire, les accords prévoyaient une clause dite de nationalité relative à la propriété et au contrôle des compagnies aériennes. Cette dernière permettait aux États-Unis de révoquer ou de limiter l'accès d'une compagnie aérienne non détenue substantiellement ou non contrôlé effectivement par l'État européen parti à l'accord ou par ses ressortissants. La reconnaissance de la violation du droit d'établissement au sein de la communauté trouve son origine dans le contenu des accords bilatéraux (clauses de nationalité) avec les pays-tiers »<sup>45</sup>.

En conséquence, les arrêts du 5 novembre 2002<sup>46</sup> de la CJCE ont marqué le point de départ d'une véritable politique extérieure de l'aviation. En effet, dans ces arrêts, la CJCE déclare que l'UE acquiert une compétence externe en droit du transport aérien du fait de l'exercice de sa compétence interne : « lorsque les engagements internationaux relèvent du domaine d'application des règles communes » ou « en tout cas d'un domaine

---

<sup>45</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

<sup>46</sup> Document 61998CJ0476, Arrêt de la Cour du 5 novembre 2002. Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne.

Manquement d'État - Conclusion et application par un État membre d'un accord bilatéral dit 'de ciel ouvert' avec les États-Unis d'Amérique - Droit dérivé régissant le marché intérieur du transport aérien [règlements (CEE) nos 2299/89, 2407/92, 2408/92, 2409/92 et 95/93] - Compétence externe de la Communauté - Article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) - Article 5 du traité CE (devenu article 10 CE).

Affaire C-476/98.

déjà couvert en grande partie par de telles règles »<sup>47</sup>. La Cour déclare à ce propos que « lorsque la Communauté a inclus dans ces actes législatifs internes des clauses relatives au traitement à réserver aux ressortissants des pays tiers (...) elle acquiert une compétence externe exclusive dans la mesure couverte par ces actes »<sup>48</sup>.

La Cour a identifié « trois domaines spécifiques de compétence exclusive de la Communauté :

- les créneaux horaires dans les aéroports ;
- les systèmes informatisés de réservation ;
- et les tarifs intracommunautaires ». <sup>49</sup>

Dans les arrêts « open skies », la Cour a condamné ces accords sur deux points principaux :

---

<sup>47</sup> Pascale JOANNIN, *Les relations extérieures de l'Union européenne dans le domaine du transport aérien*, 18 juillet 2005

<sup>48</sup> Pascale JOANNIN, *Les relations extérieures de l'Union européenne dans le domaine du transport aérien*, 18 juillet 2005

<sup>49</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011



- Les États membres de l'UE avaient pris des engagements dans des domaines dont la compétence a été transférée à la Communauté ;
- Les États membres ont manqué à l'un des principes de base du Traité, à savoir le principe de non-discrimination.

Sur ces fondements, la Cour s'est ainsi appuyé sur un arrêt datant du 15 janvier 2002 précisant que « lorsqu'un État membre conclut avec un pays tiers une convention internationale bilatérale, le principe fondamental d'égalité de traitement impose à cet État membre d'accorder aux ressortissants des autres États membres les mêmes avantages que ceux dont bénéficient ses propres ressortissants en vertu de ladite convention »<sup>50</sup>.

Ces arrêts « open skies » marquent un nouveau tournant dans les relations internationales du transport aérien pour la Communauté. Ils marquent également un tournant pour les États membres puisque dorénavant, les États membres ne négocient plus d'accords de transport aérien dans le seul intérêt de leurs compagnies aériennes nationales respectives. Certes, les intérêts des transporteurs nationaux resteront un

---

<sup>50</sup> Arrêt Elide Gottardo, 15 janvier 2002

argument lors des négociations, mais dorénavant, les droits de trafic se négocieront au sens des transporteurs communautaires.

Par voie de conséquence, le règlement (CE) n° 847/2004<sup>51</sup> a été établie afin d'élaborer un cadre de coopération entre la Communauté et les États membres, et il permet aux États membres de négocier des accords avec les pays tiers en vue de mettre leurs accords en conformité avec le nouveau droit communautaire. Ainsi, l' « introduction de clauses-types permet de supprimer les discriminations fondées sur la nationalité des transporteurs. La clause de nationalité doit être remplacée par une condition d'établissement, et si les États gardent la compétence pour réviser ou entamer des négociations avec un pays tiers concernant un nouvel accord ou la modification d'un accord de services aériens existant, la compétence des États est fermement encadrée par la Communauté »<sup>52</sup>.

Cette nouvelle disposition avantage la Commission puisque dorénavant, les États tiers vont négocier plus facilement avec la Commission sur les droits de trafic des

---

<sup>51</sup> 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

<sup>52</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

compagnies communautaires, qu'avec un État membre, qui a une seule compagnie aérienne de taille.

Quelque temps après les arrêts « open skies », la Commission s'est empressée de mettre en place les éléments de la politique extérieure. En effet, elle a notamment reçu un mandat de négociation dont le but était d'éliminer les problèmes juridiques des accords existants.

Mais là encore un nouveau tournant a été marqué par l'obtention en 2003 d'un mandat de négociation d'un accord avec les États-Unis pour créer un espace aérien ouvert de part et d'autre de l'Atlantique a été donné à la Commission.

Le 25 juin 2003 marque le lancement des négociations de l'accord à Washington entre l'UE et les États-Unis. Ces négociations ont abouti à la signature de l'accord « Open skies I » en date du 30 avril 2007. Cet accord remplace ainsi les accords bilatéraux existants entre les États membres de l'UE et les États-Unis. Malgré ce pas en avant, on constate que cet accord ne garantit pas une égalité d'accès parfaite au marché intérieur aérien pour l'une et l'autre des parties.

Le 25 juin 2010 fût signé l'accord « Open skies II » permettant la consolidation du cadre des régulations relatives à la protection sociale, la concurrence, l'environnement et à la sûreté. Il prévoit également la suppression des restrictions sur les droits de trafic concernant les 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> libertés pour les compagnies de chacune des deux parties, de desservir n'importe quel point situé sur le territoire de l'autre partie.

Cela signifie donc que les compagnies américaines vont pouvoir desservir toutes les villes d'Europe à partir des États-Unis, et que les compagnies européennes vont pouvoir desservir toutes les villes des États-Unis à partir de toutes les villes se situant en Europe. Les compagnies américaines et européennes sont également libres de fixer leurs prix en fonction du marché et d'opérer sur le nombre d'appareils, de routes et de vols qu'elles souhaitent. Par ailleurs, l'accord s'applique également pour les compagnies européennes sur les liaisons entre les États-Unis et des pays tiers faisant partie de l'Espace aérien commun européenne <sup>53</sup>.

Cependant, on constate que l'accès au marché intérieur des États-Unis reste barré et que les interdictions relatives aux investissements dans les compagnies américaines demeurent présentes d'où la nécessité d'un cadre réglementaire applicable à la concurrence aérienne (Partie 2).

---

<sup>53</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

## **Partie 2 : Le cadre réglementaire applicable à la concurrence aérienne**

Le droit de la concurrence au niveau européen se concentre principalement sur les règles de concurrence applicables aux marchés aériens au travers des articles 101 et 102 du TFUE (Chapitre 1). Cependant, malgré les règles précises de concurrence instituées par le TFUE, le marché aérien rencontre des obstacles à la construction de la concurrence (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 : Les règles de concurrence applicables aux marchés aériens au travers des articles 101 et 102 du TFUE**

### **Section 1 : L'application de l'article 101 du TFUE au droit de la concurrence**

L'article 101 du TFUE fut rédigé dans le cadre des ententes et prévoit l'interdiction des ententes dont l'objectif est de fixer en commun les prix de vente ou d'achat, à limiter la production, à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, à opérer une discrimination entre les partenaires commerciaux et à subordonner un contrat à l'acceptation de prestations complémentaires qui n'ont pas de lien avec ce contrat. Le critère d'appréciation du caractère restrictif de concurrence sera établi si l'accord est prouvé avoir été créé au détriment des consommateurs ou des concurrents.

L'article 101 TFUE énonce que certaines ententes qui seraient de nature à entraver la libre concurrence sont interdites. Par le terme entente, on désigne notamment « tout

partage de marché, fixation de quota de production ou accord sur les prix entre entreprises pour les maintenir artificiellement élevés. Ces différents comportements faussent le marché, au détriment des consommateurs et des autres producteurs. Elles sont interdites par l'Union européenne, d'autant qu'elles pourraient affecter le commerce entre les États membres »<sup>54</sup>.

En effet, l'article 101 du TFUE (ex-article 81 TCE) dispose que :

« 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

---

<sup>54</sup> <https://www.touteleurope.eu/economie-et-social/concurrence-que-prevoit-l-union-europeenne-contre-les-ententes-et-les-abus-de-position-dominante/>

- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :
  - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,



- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence »<sup>55</sup>.

La Commission européenne a une définition large du terme entente : « il inclut tous types d'accords, qu'ils soient formalisés ou simplement tacites. Une simple note, même non signée, peut être considérée comme un élément de preuve. Ainsi, pour déterminer si un comportement suspect relève bien d'une entente entre les entreprises ou seulement d'une décision logique pour chacune prise individuellement, la Commission va mener des enquêtes dans le but de recueillir des preuves »<sup>56</sup>.

Cependant, l'article 101 paragraphe 3 du TFUE prévoit que certaines ententes puissent être autorisées sous certaines conditions :

- elles amélioreraient la production ou la distribution d'un produit ;
- elles continuent à promouvoir le progrès technique ou économique ;

---

<sup>55</sup> Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - TROISIÈME PARTIE: LES POLITIQUES ET ACTIONS INTERNES DE L'UNION - TITRE VII: LES RÈGLES COMMUNES SUR LA CONCURRENCE, LA FISCALITÉ ET LE RAPPROCHEMENT DES LÉGISLATIONS - Chapitre 1: Les règles de concurrence - Section 1 : Les règles applicables aux entreprises - Article 101 (ex-article 81 TCE) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12008E101>

<sup>56</sup> <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/concurrence-que-prevoit-l-union-europeenne-contre-les-ententes-et-les-abus-de-position-dominante/>

- les restrictions doivent être indispensables à l'atteinte de ces objectifs, c'est-à-dire qu'elles doivent être strictement proportionnées à ce but, et ne peuvent pas avoir pour conséquence d'éliminer la concurrence ;
- les consommateurs doivent recevoir une partie équitable du profit qui en résulte.

## **Section 2 : L'application de l'article 102 du TFUE au droit de la concurrence**

L'article 102 du TFUE interdit « l'exploitation abusive d'une position dominante par une entreprise ou plusieurs entreprises. En effet, lorsqu'une entreprise domine un marché donné, elle peut avoir tendance à profiter de cette situation pour imposer des conditions de vente déloyales : prix abusifs, accords de vente exclusifs, primes de fidélité visant à détourner les fournisseurs de leurs concurrents. On parle alors d'abus de position dominante. Le droit européen de la concurrence ne sanctionne pas les positions dominantes en tant que telles mais seulement les abus »<sup>57</sup>.

En effet, l'article 102 du TFUE (ex-article 82 TCE) dispose qu' « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre

---

<sup>57</sup> <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/concurrence-que-prevoit-l-union-europeenne-contre-les-ententes-et-les-abus-de-position-dominante/>

États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non-équitable,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats »<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - TROISIÈME PARTIE: LES POLITIQUES ET ACTIONS INTERNES DE L'UNION - TITRE VII: LES RÈGLES COMMUNES SUR LA CONCURRENCE, LA FISCALITÉ ET LE RAPPROCHEMENT DES LÉGISLATIONS - Chapitre 1: Les règles de concurrence - Section 1: Les règles applicables aux entreprises - Article 102 (ex-article 82 TCE) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E102&from=PL>

Quant à la notion d'abus de position dominante, elle n'est pas définie par le traité. Ce sont les services de la Direction générale de la concurrence de la Commission qui s'occupent d'analyser la position dans laquelle se trouve une entreprise. Une position est dominante lorsqu'une entreprise peut mener « la politique qu'elle désire sans se préoccuper de celles de ses concurrents sur ce marché »<sup>59</sup>.

Précisément, l'article 102 du TFUE se saisit des comportements prédateurs d'une compagnie en position dominante qui établirait des restrictions par les prix en dessous de ses coûts moyens afin de capter la clientèle face à un nouvel entrant ou par la mise en place des systèmes de fidélisation entraînant un verrouillage de la demande et empêchant ainsi tout concurrent d'entrer sur le marché (nous étudierons ce point dans le Titre 2 de cette étude).

Ces abus peuvent donc engendrer des effets d'éviction en rendant difficile ou impossible l'accès au marché des concurrents, et également en rendant plus difficile pour le consommateur le choix entre plusieurs sources d'approvisionnement ou de services aériens. Les pratiques abusives consisteront en effet « à utiliser son pouvoir sur le

---

<sup>59</sup> Boran Tobelem, *Concurrence : que prévoit l'Union européenne contre les ententes et les abus de position dominante ?*, 07 janvier 2021

marché pour empêcher un concurrent nouveau d'y rester ou un concurrent potentiel d'y entrer »<sup>60</sup>.

Concernant les systèmes de fidélisation, les droits de la concurrence nationaux, européens ou internationaux ne prévoient aucune règle spécifique concernant ces systèmes de fidélisation. Ainsi, ils sont appréhendés par les règles de l'article 102 du TFUE. Les regroupements, les alliances stratégiques et les fusions prévoient très souvent la mise en commun des programmes de fidélisation. Cependant, ils peuvent également être appréhendés par les règles de l'article 101 du TFUE dans le cas où cela aurait pour effet de créer ou de renforcer des barrières à l'entrée.

Les règles de concurrence aux marchés aériens sont donc applicables au travers des articles 101 et 102 du TFUE, et dont la Commission a été habilitée par le règlement n°411/2004 de 2004<sup>61</sup> à appliquer ces articles aux services aériens sur les liaisons entre la Communauté et les pays tiers. Cependant, cela n'empêche pas que des obstacles subsistent à la construction de la concurrence (Chapitre 2).

---

<sup>60</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

<sup>61</sup> Règlement (CE) n°411/2004 du 26 février 2004

## **Chapitre 2 : Les obstacles à la construction de la concurrence**

Les obstacles à la concurrence ne sont pas toujours le résultat des entreprises, mais il peut s'agir des États eux-mêmes (Section 1) ou encore des autorités européennes (Section 2).

### **Section 1 : À l'échelon national**

Les obstacles à la construction de la concurrence sont nombreux, et parfois peuvent relever des États eux-mêmes. En effet, ils respectent certes les règles du marché, mais les États restent contrebalancés avec leurs intérêts propres dans la protection de leurs entreprises nationales.

Comme l'explique Romain Papy, les États sont « face à un dilemme qui consiste à doser une certaine part de défense de ses intérêts économiques et la nécessité de gagner des

parts de marché pour que ses entreprises s'implantent à l'étranger. Il doit de plus éviter les mesures de réciprocité ou de rétorsions commerciales »<sup>62</sup>.

En effet, on peut voir le lien étroit qu'entretient l'État avec les compagnies aériennes puisque la moitié des compagnies membres de l'IATA portent le nom de leur pays : Air France, British Airways, Alitalia, Austrian, Swiss, American, Air Canada, AeroMexico, Aerolíneas Argentinas, Japan Airlines, Korean, Air China, Air Algérie, Royal Air Maroc, Qatar Airways, etc.

Le transport aérien présente donc là encore une spécificité propre puisque les compagnies ont une identité nationale très présente, et « certains pays craignent les conséquences pour l'emploi d'une éventuelle faillite de leur compagnie aérienne nationale. D'autres, en particulier dans le monde en voie de développement, estiment que les compagnies aériennes doivent être soutenues et protégées par l'État parce que ce sont des industries naissantes. D'autres encore considèrent que la compagnie aérienne nationale est une importante source de revenus, en particulier pour le tourisme, et que le soutien de l'État est nécessaire pour faire profiter tous les citoyens de ces revenus »<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

<sup>63</sup> ICC (International Chamber of Commerce) Déclaration de politique générale, *Les aides publiques aux compagnies aériennes*, Commission des transports par air, 13 juin 1995

Cependant, la tentative des États de protéger leurs compagnies nationales se heurte aux limites d'une économie ouverte dont le principe même est celui du libre-échange. Une défense trop manifeste pourrait empêcher les compagnies nationales à se développer à l'étranger en raison des mesures de réciprocité qui peuvent avoir lieu sur les acquisitions extérieures. De plus, les États se trouvent également en concurrence pour attirer les capitaux étrangers puisque « les investissements et l'implantation à l'étranger sont souvent un passage nécessaire pour accéder à de nouveaux marchés à l'étranger, ce qui contribue également à augmenter le nombre d'opérateurs et la concurrence »<sup>64</sup>.

## **Section 2 : À l'échelon européen**

La Commission européenne a affirmé que sa politique commerciale n'était pas destinée uniquement à protéger l'UE, mais elle était également destinée à ouvrir ces marchés mondiaux.

Les institutions de l'UE doivent promouvoir la création des compagnies européennes sans décourager les investissements extérieurs. La politique de concurrence ne peut être

---

<sup>64</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011



tout à fait neutre sur les marchés. En effet, « au-delà du strict respect des règles de concurrence, la Commission peut œuvrer dans le sens de regroupements ou de la consolidation de certains secteurs. Cette consolidation en vue de la création de grands groupes européens est appréhendée comme quelque chose de nécessaire dans le contexte de concurrence entre entreprises communautaires et extra-communautaires. Dans le transport aérien, la restructuration autour de trois grands groupes (Air France/KLM, Lufthansa/Austrian/Swiss/BMI/SN Brussels et British Airways/Iberia) reprend la logique des trois grandes alliances globales (Skyteam, Star Alliance et Oneworld). La politique de concurrence n'est donc pas entièrement neutre, car elle peut encourager la restructuration du marché intérieur afin de préparer les entreprises européennes à l'ouverture des marchés transatlantiques »<sup>65</sup>.

C'est ainsi que l'UE renforce ses pouvoirs afin de lutter contre la concurrence déloyale venue de l'étranger. En effet, un accord politique provisoire<sup>66</sup> a été conclu le 30 juin 2022 pour doter l'UE de nouveaux pouvoirs en vue de mieux contrôler les investissements étrangers. Ce texte ne vise pas officiellement à contrer un pays en particulier, mais il est une réponse européenne à la montée en puissance de la Chine.

---

<sup>65</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

<sup>66</sup> Cet accord provisoire conclu devra être approuvé par le Conseil et le Parlement européen. S'agissant du Conseil, l'accord politique provisoire sera soumis à l'approbation du Comité des représentants permanents, avant de passer aux étapes formelles de la procédure d'adoption.

Dans un communiqué de presse du 30 juin 2022, le conseil de l'UE pose le cadre de cet accord prévoir : « Il établit un cadre global permettant à la Commission d'examiner toute activité économique bénéficiant d'une subvention d'un pays tiers sur le marché intérieur. Ce faisant, le règlement vise à restaurer une concurrence équitable entre toutes les entreprises – européennes et non-européennes – qui opèrent sur le marché intérieur »<sup>67</sup>.

On constate donc que l'application du droit de la concurrence n'est jamais totalement neutre que ce soit à l'échelle nationale ou européenne. Mais le risque de réciprocité permet de maintenir un équilibre au sein du droit de la concurrence puisque par analogie cela suppose l'acceptation réciproque du principe de concurrence. Cependant, la régulation de la concurrence demeure inéluctable puisqu'il est au service de l'intérêt commun (Titre 2).

---

<sup>67</sup> Conseil de l'UE, Communiqué de presse, 30 juin 2022 : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/06/30/foreign-subsidies-regulation-political-agreement/>

## **Titre 2 : La régulation de la concurrence au service de l'intérêt commun**

La régulation de la concurrence au sein du transport aérien est d'une importance fondamentale à la survie du marché aérien. On constate la création de nombreux effets anticoncurrentiels qui est un catalyseur des comportements restrictifs de concurrence (Partie 1). Face à ces pratiques anticoncurrentielles, la neutralisation de celles-ci paraît essentielle à la survie du transport aérien, cela passe nécessairement par la régulation des regroupements aériens (Partie 2).

## **Partie 1 : La création d'effets anticoncurrentiels, catalyseur des comportements restrictifs de concurrence**

La concentration horizontale permet un regroupement d'entreprises ayant une activité semblable, et va ainsi remplacer la concurrence par la collaboration. Il en résulte une nouvelle entreprise plus forte sur le marché. De ce regroupement peut résulter des effets anticoncurrentiels multiples (Chapitre 1), ce qui entraîne là encore des comportements restrictifs de concurrence (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 : Les effets anticoncurrentiels possibles des concentrations horizontales**

Les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises datant de 2004<sup>68</sup> posent tout d'abord les conditions générales de la concurrence en indiquant que « la concurrence effective génère des avantages pour les consommateurs, comme des prix modiques, des produits de qualité, un grand choix de biens et de services et l'innovation. Grâce au contrôle qu'elle exerce sur les opérations de concentration, la Commission empêche la réalisation des opérations qui priveraient les clients de ces avantages en augmentant significativement le pouvoir de marché de certaines entreprises. Par augmentation du pouvoir de marché, il faut entendre la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence »<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> 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

<sup>69</sup> II. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES, 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

De surcroît, elles donnent les deux manières principales d'une entrave à la concurrence dans le cadre des concentrations horizontales :

- « en supprimant d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient alors un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements (effets non coordonnés) ;
- en changeant la nature de la concurrence de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, seraient dorénavant beaucoup plus susceptibles de le faire et de majorer leurs prix ou de porter atteinte, d'une autre manière, à la concurrence effective. Une opération de concentration peut également faciliter, stabiliser ou rendre plus efficace la coordination entre des entreprises qui coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération (effets coordonnés) »<sup>70</sup>.

### **Section 1 : La création d'une position dominante**

L'abus de position dominante consiste, pour une entreprise présente sur un marché, ou un groupe d'entreprises, à adopter un comportement visant à éliminer, à

---

<sup>70</sup> IV. EFFETS ANTICONCURRENTIELS POSSIBLES DES CONCENTRATIONS HORIZONTALES, 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

contraindre ou encore à dissuader tout concurrent d'entrer ou de se maintenir sur ce marché ou un marché connexe, faussant ainsi la concurrence.<sup>71</sup>

La notion de position dominante a été définie dans le contexte du règlement n° 4064/89 du Conseil de 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Il s'agit donc d' « une situation de puissance économique détenue par une ou plusieurs entreprises qui leur donnerait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs »<sup>72</sup>.

Comme le rappelle la DGCCRF, « le simple constat de la forte part de marché d'une entreprise ne permet pas de conclure à lui seul à l'existence d'une position dominante. En revanche, si l'entreprise concernée dispose d'une avance technologique telle qu'elle

---

<sup>71</sup> DGCCRF, L'abus de position dominante, 23 novembre 2020

<sup>72</sup> Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, 21 décembre 1989, Contrôle des opérations de concentration entre entreprises

lui permet d'augmenter ses prix sans craindre une érosion de sa clientèle, cette entreprise peut être considérée comme étant en position dominante »<sup>73</sup>.

Cependant, une telle position associée à certaines pratiques peuvent caractériser un abus de position dominante. En droit français, on retrouve l'article L. 420-2 du Code de commerce<sup>74</sup> qui énumère des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante. Cette liste n'est pas limitative. En 2009, la Commission a également publié une communication relative à la mise en œuvre de l'article 102 du TFUE.<sup>75</sup>

Certaines pratiques considérées comme « admissibles du point de vue de la concurrence, lorsqu'elles émanent d'entreprises ne détenant qu'une faible position sur leur marché et étant de ce fait soumises à une concurrence effective, deviennent anticoncurrentielles lorsqu'elles émanent d'une entreprise en position dominante »<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> DGCCRF, L'abus de position dominante, 23 novembre 2020

<sup>74</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000038725501/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038725501/)

<sup>75</sup> Communication de la commission des communautés européenne du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité CE (devenu article 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02)

<sup>76</sup> DGCCRF, L'abus de position dominante, 23 novembre 2020



Par un arrêt de la Cour de justice en date de 2012<sup>77</sup>, il est énoncé que « pour établir une violation de l'article 102 TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés, mais seulement qu'il tend à restreindre la concurrence ou qu'il est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet ».

D'une manière générale, sont considérés comme abusifs tous les comportements excédant les limites d'une concurrence normale de la part d'une entreprise en position dominante et qui ne trouvent d'autres justifications que l'élimination des concurrents effectifs ou potentiels, ou l'obtention d'avantages injustifiés.

L'une des spécificités de l'aérien concerne la création d'une position dominante au travers des regroupements aériens. En effet, « un regroupement entre plusieurs entités sera susceptible d'éliminer la concurrence qui existait entre ces entités préalablement au regroupement. En sus, si ce regroupement procure un pouvoir de marché suffisant, alors ce dernier pourra éliminer la concurrence en verrouillant la demande, les

---

<sup>77</sup> Arrêt de la Cour de justice du 19 avril 2012, Tomra, affaire C-549/10P

consommateurs ne disposant pas d'offres alternatives, cela aboutira à une élimination de la concurrence sur le marché.

La notion de position dominante a en outre été appliquée dans un contexte oligopolistique aux cas de position dominante collective. C'est pourquoi, selon toute vraisemblance, la plupart des cas d'incompatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun continueront à être fondés sur la conclusion que l'opération crée ou renforce une position dominante »<sup>78</sup>.

Il peut s'agir d'une concentration avec des concurrents proches (A) ou avec des concurrents potentiels (B), mais la concentration en elle-même ne constitue-t-elle pas un moteur de frein dans l'expansion des concurrents ? (C).

#### **A. Concentration avec des concurrents proches**

La Commission a établi des lignes directrices en date du 5 février 2004 sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif

---

<sup>78</sup> Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 5 février 2004 (2004/C 31/03)

au contrôle des concentrations entre entreprises<sup>79</sup>. L'objectif étant d'établir si une opération de concentration entraverait de manière significative la concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.

En effet, les lignes directrices indiquent que : « Sur un même marché en cause, les produits peuvent être différenciés de telle sorte que certains produits sont des substituts plus proches que d'autres. Plus le degré de substituabilité entre les produits des parties à une opération de concentration est élevé, plus il est probable que celles-ci augmenteront significativement leurs prix<sup>80</sup>. À titre d'exemple, une opération de concentration entre deux producteurs qui offrent des produits qu'un très grand nombre de clients considèrent comme leur premier ou leur second choix pourrait engendrer d'importantes augmentations de prix. Ainsi, le fait que la rivalité entre les parties ait été une source de concurrence importante sur le marché peut constituer un facteur clé dans l'analyse<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004

<sup>80</sup> Affaire COMP/M.2817 - Barilla/BPS/Kamps ; décision 2001/403/CE de la Commission dans l'affaire COMP/M.1672 - Volvo/Scania

<sup>81</sup> Décision 94/894/CE de la Commission dans l'affaire IV/M.430 ; arrêt du Tribunal du 27 novembre 1997, Kaysersberg/Commission, T-290/94 ; décision 97/610/CE de la Commission dans l'affaire IV/M.774 - Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM ; décision 2002/156/CE de la Commission dans l'affaire COMP/M.2097 - SCA/Metsä Tissue ; arrêt du Tribunal du 22 octobre 2002, Schneider/Commission, T-310/01

L'existence, avant la concentration, de marges élevées peut aussi rendre plus probables des augmentations de prix significatives »<sup>82</sup>.

C'est ainsi que les concentrations entre concurrents proches - dit concentrations horizontales - sont fortement susceptible d'entraver de manière significative la concurrence effective et donc de créer des effets anticoncurrentiels.

Dans le cadre d'une concentration avec des concurrents proches, nous pouvons nous pencher sur l'affaire Ryanair et Aer Lingus de 2007<sup>83</sup>. Dans cette affaire, la Commission s'est intéressée au fait de savoir « si la différenciation entre les services offerts par les compagnies pouvait jouer un rôle dans la caractérisation de Ryanair et d'Air Lingus comme concurrent les plus proches. En effet, Ryanair pouvait être qualifiée de compagnie offrant des services typiquement low cost selon un modèle de gestion des coûts et de recettes très établi alors qu'Aer Lingus pouvait plus s'apparenter à une compagnie middle cost. Cependant, la notion de concurrent proche doit s'entendre en

---

<sup>82</sup> 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

<sup>83</sup> Affaire n°COMP/M.4439 – Ryanair / Aer Lingus du 27 juin 2007

fonction du marché préalablement définie et non en fonction nécessairement des services proposés »<sup>84</sup>.

En effet, la Commission a indiqué qu'il n'était pas nécessaire que les entités à la concentration soient des substituts identiques, mais qu'il fallait plutôt prendre en compte le degré élevé de substituabilité et surtout le fait que les parties soient en concurrence de façon effective sur le marché au départ et à destination de l'Irlande : « pour que deux compagnies aériennes soient considérées comme proposant des services qui sont des substituts proches les uns des autres, il n'est pas nécessaire que ces deux services soient identiques. Certains services peuvent être des substituts plus proches que d'autres. D'un point de vue concurrentiel, c'est le degré (élevé) de substituabilité entre les services d'Aer Lingus et de Ryanair qui importe le plus. Le fait qu'il existe certaines différences entre Ryanair et Aer Lingus en termes de taille globale, de structure de coûts, d'offre de services, de régions desservies et de marque, ne remet pas en question que les deux compagnies aériennes sont le concurrent le plus proche l'un de l'autre sur les liaisons au départ et à destination de l'Irlande »<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

<sup>85</sup> Affaire n°COMP/M.4439 – Ryanair / Aer Lingus du 27 juin 2007

La Commission a dû réitérer son refus à ce sujet en 2009 et en 2013, et les arguments sont restés les mêmes, à savoir que Ryanair et Aer Lingus pouvaient être considérés comme des concurrents proches puisque les deux compagnies ont une position forte en Irlande et comptaient peu de concurrents. Les résultats de l'enquête de la Commission montraient par ailleurs que les passagers de chaque compagnie considéraient les deux compagnies comme pouvant être une solution alternative pour leur voyage.

Le vice-président de la Commission et Commissaire chargé de la concurrence<sup>86</sup> de l'époque avait déclaré que « Ce refus à multiples reprises avait pour seul but de protéger les consommateurs, et que la décision de la Commission protège les quelque 11 millions et plus de passagers irlandais et européens qui voyagent chaque année à destination ou au départ de Dublin, Cork, Knock et Shannon et pour qui le rachat d'Aer Lingus par Ryanair aurait plus que probablement été synonyme de hausse des prix »<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Joaquín Almunia, Vice-président de la Commission européenne et Commissaire européen à la Concurrence du 10 février 2010 au 1er novembre 2014

<sup>87</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne, « Concentrations : la Commission interdit à Ryanair de prendre le contrôle d'Aer Lingus », Bruxelles, 27 février 2013

## **B. Concentration avec un concurrent potentiel**

Là encore les Lignes directrices au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises précisent les effets anticoncurrentiels dans le cas d'une concentration avec un concurrent potentiel puisque les concentrations qui regroupent une entreprise déjà présente sur un marché en cause et un concurrent potentiel pour ce marché peuvent produire des « effets anticoncurrentiels comparables à ceux que génèrent des concentrations entre deux entreprises déjà présentes sur un même marché en cause et, dès lors, peuvent entraver de manière significative la concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante. Une concentration avec un concurrent potentiel peut produire des effets anticoncurrentiels horizontaux, qu'il s'agisse d'effets coordonnés ou non coordonnés, si ce concurrent exerce une contrainte significative sur le comportement des entreprises présentes sur le marché. Tel est le cas si le concurrent potentiel possède des actifs qui peuvent aisément lui servir à pénétrer sur le marché sans avoir à supporter des coûts irrécupérables élevés »<sup>88</sup>.

Une concentration peut aussi générer des effets anticoncurrentiels si l'une des parties à l'opération a de « fortes chances d'assumer les coûts irrécupérables nécessaires pour

---

<sup>88</sup> 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

entrer sur le marché en un laps de temps relativement court, après quoi elle exercera une contrainte sur le comportement des entreprises déjà établies sur le marché »<sup>89</sup>.

Pour qu'une concentration avec un concurrent potentiel puisse produire des effets anticoncurrentiels significatifs, il faut que deux conditions fondamentales soient réunies :

- « le concurrent potentiel doit déjà peser sensiblement sur le comportement des autres entreprises ou, à tout le moins, il doit exister une forte probabilité que ce concurrent devienne un moteur de la concurrence. Des éléments prouvant qu'un concurrent potentiel envisage d'entrer sur un marché d'une manière significative permettraient à la Commission de parvenir à une telle conclusion ;
- il faut que le nombre d'autres concurrents potentiels, capables de maintenir des pressions concurrentielles suffisantes à l'issue de la concentration, soit insuffisant »<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Affaire IV/M.1630 — Air Liquide/BOC ; arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, ARD/Commission, T-158/00

<sup>90</sup> 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



### **C. La concentration, moteur de frein dans l'expansion des concurrents ?**

L'opération de regroupement peut avoir pour effet d'éliminer la concurrence effective qu'exerçaient mutuellement les parties l'une sur l'autre avant l'alliance ou la fusion. Une distinction est à opérer entre alliance et fusion. En effet, dans le cadre d'une alliance portant sur des éléments non-essentiels certains effets concurrentiels peuvent subsister, contrairement à une fusion dont l'effet final est d'annuler la concurrence existante entre les entités.

Le recours à l'article 102 TFUE a très rapidement été légitimé par la CJCE<sup>91</sup> puisque celle-ci a reconnu que le recours à l'article pouvait être utilisé pour prévenir qu'une entreprise en position dominante sur le marché n'abuse de cette position dominante en rachetant une entreprise concurrente et, par voie de conséquence, renforce sa position dominante.

Cependant, au vu du caractère détourné de l'application de l'article 102, le recours à cet article, pour le cas des concentrations, reste limité puisque l'entreprise souhaitant acquérir une autre entreprise doit être dans une situation de position dominante pour que l'article soit utilisable. L'utilisation de cet article est court-circuitée lorsque deux ou plusieurs entreprises désirent fusionner en vue de créer une position dominante ou

---

<sup>91</sup> CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes. Affaire 6-72

encore lorsqu'une entreprise en position dominante est rachetée par une entreprise ne se trouvant pas en situation de position dominante. Dans le cadre de l'article 102, celui-ci ne permet de contrôler uniquement le renforcement d'une position dominante, mais aucunement la création d'une position dominante.

## **Section 2 : Les barrières à l'entrée facteur d'exclusion des concurrents potentiels**

Une barrière à l'entrée désigne le fait que « les conditions de marché limitent ou rendent impossible l'entrée de nouvelles firmes sur le marché. Le concept de barrière à l'entrée est crucial dans l'orientation de la politique de la concurrence. La prise en compte de ce concept permet en particulier de mieux évaluer la contestabilité du marché ainsi que la présence de pouvoir de marché ».<sup>92</sup>

Avant toute chose, il est important de rappeler que les barrières à l'entrée se retrouvent aggravées par la saturation de la capacité aéroportuaire. En effet, l'exploitation des pistes est limitée par le nombre d'atterrissages et de décollages d'avions, ainsi que par des contraintes liées à la sécurité imposant un délai minimum entre les atterrissages et les

---

<sup>92</sup> Jean-Marc Zogheib, *Barrière à l'entrée*, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 12145

décollages. Il en va de même pour la capacité des infrastructures restant limitée à la taille des zones de stationnement disponible dans les aérogares. En ce sens, résulte le règlement n° 95/93 de 1993<sup>93</sup> relatif à l'attribution des créneaux horaires ayant pour but d'organiser la pénurie de ressources dans les aéroports. Par conséquent, les créneaux d'atterrissage et de décollage doivent être distribués d'une façon équitable, non-discriminatoire et transparente. Ce règlement a consacré le système des droits acquis selon lequel une compagnie aérienne à qui l'on a attribué un créneau horaire peut l'utiliser sans limite dans la mesure où elle l'utilise de manière régulière. Système vivement critiqué en raison des situations grotesques qui peuvent en résulter puisqu'il arrive que certaines compagnies fassent voler des avions vides afin de ne pas faire perdre à la compagnie ses créneaux. Ainsi, cela permet de maintenir en dehors du marché les nouveaux entrants potentiels qui ne se voient attribuer aucun créneau horaire. De plus, le règlement permet l'échange de créneaux horaires entre les transporteurs aériens sans qu'aucune compensation financière ne soit nécessaire. Ce vide juridique a conduit certains aéroports à mettre en place un marché secondaire des créneaux horaires.

---

<sup>93</sup> Règlement (CEE) n° 95/93, 18 janvier 1993

Par ailleurs, en février 2021, le règlement 2021/250 a modifié le règlement n° 95/93 afin d'accorder un nouvel allègement temporaire des règles d'utilisation des créneaux horaires dans les aéroports de l'UE du fait de la crise liée à la Covid-19.

Les regroupements ne sont pas en reste dans l'instauration des barrières à l'entrée pour les concurrents potentiels puisqu'elles permettent aux « compagnies regroupées de protéger l'accès au marché par le simple renforcement du nombre de fréquences exploitées, notamment sur les liaisons présentant une part élevée de clients sensibles au facteur temps. Les compagnies qui opèrent en réseau hub-and-spoke acquièrent en général une position dominante sur les routes radiales et les liaisons directes entre les hubs »<sup>94</sup>.

L'OCDE dans son rapport de 1999 sur les fusions et les alliances de compagnies aériennes précisait déjà qu' « il est difficile pour de nouveaux entrants d'ébranler ce pouvoir de marché. Ceux qui y sont parvenus sont soit des réseaux concurrents, soit des compagnies offrant de nouveaux services suffisamment différenciés pour éviter une

---

<sup>94</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

concurrence frontale, soit encore, sur certaines paires de villes, des opérateurs dont les coûts d'exploitation sont sensiblement plus bas »<sup>95</sup>.

Dans la continuité des regroupements, les systèmes de fidélisation peuvent là encore constituer des barrières à l'entrée. En effet, la mise en commun des systèmes de fidélisation au sein d'un même regroupement peut « renforcer la domination d'une compagnie sur ses marchés, empêcher la demande de se reporter vers une offre concurrente et ainsi exclure un concurrent potentiel ou réel du marché. Cela est le cas notamment lorsqu'une compagnie a une forte présence (voire un monopole) sur son marché historique intérieur et que le renforcement du système de fidélisation induit par le regroupement tend à renforcer les barrières à l'entrée pour un nouvel entrant. Si l'effet de fidélisation rend toute concurrence improbable et toute captation de la clientèle découragée, il se produit un effet de verrouillage du marché qui peut s'assimiler à un comportement restrictif de concurrence »<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Rapport OCDE, *Airline Mergers and Alliances*, 1999

<sup>96</sup> Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011

## **Chapitre 2 : Les comportements restrictifs de concurrence**

Les cartels au sein du marché aérien prennent généralement deux formes : le partage de marchés ou les ententes sur les hausses des prix. Nous allons nous intéresser ici aux ententes sur les hausses de prix (Section 1). Nous verrons que ces comportements restrictifs s'exercent également par le verrouillage de la demande au travers de la pratique des prix prédateurs (Section 2).

### **Section 1 : Les ententes sur les hausses de prix**

Dans le secteur du transport aérien, nous avons à notre disposition plusieurs illustrations d'affaires incluant des ententes sur des surcharges carburant et des hausses de taxes.

On peut citer notamment l'affaire du cartel mondial du fret aérien datant de 2010. Entre décembre 1999 et février 2006, onze compagnies (Lufthansa, Air France-KLM, British Airways, Cargolux, SAS, Singapour Airlines, Cathay Pacific, Air Canada, Qantas, LAN Chile, Korean Airlines) se sont secrètement entendues pour exiger de conserver une

surtaxe carburant forfaitaire par kilo de fret transporté à partir de ou vers l'Union européenne, ainsi qu'une surtaxe de sécurité. Ce cartel avait pour but d'éviter toute concurrence entre transporteurs. La Commission a enquêté durant 4 ans pour établir les faits et a bénéficié des aveux de Lufthansa qui, en dénonçant l'entente, a évité une amende. En effet, Lufthansa, qui avait dénoncé la constitution de ce cartel, et sa filiale Swiss ont bénéficié d'une immunité totale et ne paieront pas d'amende. Dans ce type d'affaires, la Commission européenne peut infliger à une entreprise une amende représentant jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires en cas d'infraction à la réglementation européenne.<sup>97</sup>

Air France-KLM écoperà donc d'une amende de 310 millions d'euros pour entente illicite. L'amende atteint 339,6 millions en ajoutant la compagnie Martinair, qui appartient aussi au groupe franco-néerlandais. Sur les 27 compagnies aériennes liées à cette affaire, onze d'entre elles ont été condamnées par Bruxelles à payer une amende totale de 799 millions d'euros.

---

<sup>97</sup> Le Figaro, Fret : amende de 310 millions d'euros pour Air France-KLM, 09 novembre 2010

Par ailleurs, ce cartel avait déjà été condamné par les autorités de concurrence étrangères, notamment aux États-Unis (504 millions de dollars, dont 350 millions pour Air France-KLM), au Canada, et en Australie.<sup>98</sup>

## **Section 2 : Le verrouillage de la demande au travers de la pratique des prix prédateurs**

Le verrouillage de la demande va permettre à une compagnie dominante d'utiliser la variable des prix pour abuser de sa position à travers la fixation de tarifs dans le but d'exclure un concurrent du marché ou d'en rendre l'entrée difficile. Une compagnie peut abuser de sa position dominante en baissant ses prix en dessous de ses coûts à travers la pratique des prix prédateurs permettant alors d'exclure les concurrents du marché. Une compagnie peut également rendre l'entrée au marché difficile avec les systèmes de fidélisation.

Les prix prédateurs sont justiciables de l'article 102 TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce. Il s'agit d'une « stratégie d'éviction mise en place par une

---

<sup>98</sup> Jean Quatremer, *Le Cartel du fret aérien*, 11 novembre 2010



entreprise dominante aux fins d'éliminer des concurrents potentiels ou actuels du marché. Précisément, l'entreprise en position dominante accepte délibérément de supporter des pertes ou de renoncer à des bénéfices à court terme de façon à évincer ses concurrents réels ou potentiels. Aussi, mettre en place une stratégie de prix prédateurs, est-ce parier sur un avenir concurrentiel paisible, c'est-à-dire sans concurrents. Ici, le dessein de l'entreprise dominante est clair : maintenir son monopole à long terme tantôt en dissuadant l'entrée d'un rival sur le marché en lui adressant un signal faussé ; tantôt en asphyxiant les entreprises d'ores et déjà présentes sur le marché. Partant, les prix prédateurs apparaissent redoutables tant dans leur dimension préventive que dans leur dimension curative ».<sup>99</sup>

L'arrêt Akzo rendu par la CJCE le 3 juillet 1991 a consacré la notion de prix prédateurs, à laquelle se réfèrent désormais les autorités communautaires et nationales<sup>100</sup>. La poursuite de cette pratique de bas prix par référence au droit des pratiques anticoncurrentielles suppose que « puisse être démontrée l'atteinte portée à la libre

---

<sup>99</sup> Walid Chaiehloodj, Prix d'éviction (ou prédatore ou prédateur), Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 12335

<sup>100</sup> Document 61986CJ0062 ; Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 3 juillet 1991. AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes. Article 86 - Pratiques d'exclusion d'une entreprise dominante. Affaire C-62/86

concurrence présente sur le marché du fait de la mise en œuvre de cette pratique. Ainsi, lorsque les prix affichés par une entreprise en position dominante sur un marché sont inférieurs aux coûts variables moyens, l'intention prédatrice est établie de plein droit. Si l'entreprise n'occupe pas une telle position sur le marché, la volonté d'éviction doit être rapportée par référence à d'autres éléments. Si les prix de vente sont fixés à un niveau plus élevé et sont simplement inférieurs aux coûts totaux (mais sont supérieurs aux coûts moyens variables), la volonté prédatrice de l'auteur ne pourra se déduire de ces seuls faits »<sup>101</sup>.

Dans le transport aérien, on peut relever sur ce point l'affaire concernant Lufthansa et Germania. de 2005. Les autorités allemandes de la concurrence avaient accusé la compagnie Lufthansa de recourir à la pratique des prix prédateurs pour éliminer la compagnie Germania sur la liaison Francfort-Berlin. Auparavant, Lufthansa, jouissait d'un monopole sur la liaison Francfort-Berlin. Mais la compagnie Germania a lancé une offensive en cassant les prix à 99 euros pour un aller simple. Lufthansa a alors aligné sur Germania en affichant un prix à 100 euros pour un aller simple. Cependant, l'office anticartel estime que ce tarif ne permettait pas à la compagnie de couvrir ses coûts par passagers et constituait donc une pratique prédatrice. L'autorité allemande de la

---

<sup>101</sup> <https://www.lettredesreseaux.com/P-325-678-P1-seuil-de-predation.html>

concurrence soupçonne la Lufthansa de vouloir éliminer Germania du marché par cette pratique de vente à perte. Il lui a donc ordonné d'appliquer des tarifs en les majorants d'au moins 35 euros par rapport à ceux de Germania, jusqu'à un maximum de 134 euros aller et retour, pendant deux ans.

En appel, Lufthansa s'est fortement appuyée sur l'argument de l'alignement sur la concurrence et la Cour d'appel de Düsseldorf a convenu qu'il s'applique dans les cas d'abus de position dominante. Elle a néanmoins décidé qu'en l'occurrence, bien que les tarifs de Lufthansa aient été en termes nominaux supérieurs à ceux de Germania, ce mode de défense ne pouvait être invoqué. Le tribunal est convenu avec l'Office fédéral que lorsque ses services différenciés étaient pris en compte, Lufthansa avait en fait vendu ses vols à des tarifs inférieurs à ceux de Germania. La Cour d'appel a aussi approuvé le principe correcteur consistant à quantifier la meilleure qualité des services proposés par Lufthansa, mais elle n'était pas d'accord avec le calcul de l'Office fédéral. Elle a donc ramené cet écart de 35 euros à 30.5 euros.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Jeremy West, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007

## **Partie 2 : La neutralisation des effets anticoncurrentiels par la régulation des regroupements aériens**

Dans le cadre de son pouvoir de régulation, la Commission peut prononcer l'interdiction d'un regroupement. La Commission a eu l'occasion de rendre des décisions dans 28 affaires concernant des fusions aériennes depuis la création du règlement (CEE) n° 4064/89 de 1989 relatif aux concentrations. Sur ces 28 affaires, la Commission a autorisé 93 % des fusions et en a interdit 7 %.

Parmi ces 7 %, on peut citer l'affaire Aegean et Olympic Air en date du 26 janvier 2011<sup>103</sup>. L'enquête de la Commission a porté sur « 17 liaisons aériennes au départ d'Athènes sur lesquelles les activités d'Olympic et Aegean se chevauchaient. Les parties faisaient valoir que l'opération permettait l'émergence d'un champion national, accroissant ainsi la concurrence internationale. Il ressortait néanmoins de l'enquête de marché qu'Olympic et Aegean contrôlaient une grande partie du trafic de passagers au sein de l'aéroport d'Athènes.

---

<sup>103</sup> Affaire COMP/M.5830 — Olympic/Aegean Airlines, 26 janvier 2011

Cependant, Aegean et Olympic étaient les deux concurrents les plus proches sur le marché. Éliminant la pression concurrentielle que les deux compagnies grecques exerçaient l'une sur l'autre, et compte tenu de la faible concurrence exercée par les autres compagnies et les modes de transport alternatifs, la Commission a conclu que l'opération aurait éliminé une concurrence effective sur neuf liaisons intérieures. Un monopole de fait aurait même été créé sur l'ensemble de ces liaisons pour les passagers sensibles au facteur temps »<sup>104</sup>.

Le vice-président de la Commission et Commissaire chargé de la concurrence<sup>105</sup> de l'époque avait déclaré que « 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, et les mesures correctives proposées par les entreprises n'auraient

---

<sup>104</sup> David Tayar, Interdiction : La Commission européenne publie le texte intégral d'une décision interdisant le projet de fusion de deux compagnies aériennes (Olympic/Aegean Airlines), 26 janvier 2011

<sup>105</sup> Joaquín Almunia, Vice-président de la Commission européenne et Commissaire européen à la Concurrence du 10 février 2010 au 1er novembre 2014

malheureusement pas protégé de manière adéquate les intérêts des quatre millions de consommateurs qui empruntent les liaisons concernées »<sup>106</sup>.

Il est noté que par une décision du 9 octobre 2013<sup>107</sup>, la Commission a finalement accordé la fusion en raison de la récession en Grèce. L'argument autorisant cette fusion en l'espèce tombe sous le sens puisque la fermeture d'Olympic Air était inévitable qu'elle soit rachetée ou pas. Par conséquent, la fusion n'ayant donc pas d'effets négatifs sur la concurrence dans le transport aérien grec, elle fut autorisée.

Mais cette approbation de fusion par la Commission en 2013 n'enlève en rien les arguments précédemment cités justifiant le refus par la Commission en 2011. En effet, cela permet de démontrer le raisonnement utilisé par la Commission pour interdire purement une fusion.

---

<sup>106</sup> 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

<sup>107</sup> Affaire No COMP/M.6796 – AEGEAN/ OLYMPIC II, 9 octobre 2013

## CONCLUSION

En 2019, le trafic aérien s'est élevé à 173 millions de passagers transportés, contre 166 millions en 2018, soit une croissance de +4,2 %. Le nombre de PKT (passagers kilomètres transportés), en hausse de 5 %, a atteint 410 milliards. La distance moyenne parcourue, tous faisceaux géographiques confondus, s'établit à 2 368 km. Au départ de la France métropolitaine, le nombre total de liaisons directes exploitées en 2019 atteint 1439, soit 44 liaisons supplémentaires comparées à 2018.<sup>108</sup>

Ainsi, antérieurement à la crise, le taux de croissance du trafic mondial était estimé à 5 % par an environ. Ainsi, l'apparition de l'épidémie du coronavirus a porté un coup très dur à l'ensemble du secteur de l'aviation, causant la fermeture des frontières, la mise en place de mesures sanitaires, et restreignant considérablement les déplacements<sup>109</sup>. L'OACI a estimé la « baisse du trafic aérien international de passagers à 60 % en 2020, le trafic retrouvant dès lors son niveau de 2003 »<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Direction du transport aérien (DTA), Observatoire de la concurrence, année 2019

<sup>109</sup> Jean-Luc Lagleize - Sylvia Pinel, Rapport d'information sur l'avenir du secteur aéronautique en France, 12 janvier 2022

<sup>110</sup> OACI, La COVID-19 fait chuter le nombre total de passagers de 60 % en 2020 et continue à faire des ravages sur le plan de la mobilité internationale, communiqué du 15 janvier 2021

Le nombre de passagers aériens en 2020 est estimé à 1,8 milliard, contre 4,5 milliards en 2019. Sur la totalité des vols intérieurs, « le trafic de passagers a diminué de 50 % en moyenne, avec des situations inégales selon les restrictions mises en œuvre par les pays ».<sup>111</sup> Certes, le trafic a progressivement repris en 2021 plus ou moins rapidement selon certains pays puisque la réouverture de certaines frontières aux touristes étrangers en 2021 a pu favoriser la reprise du trafic mondial. Cependant, il s'agit d'une reprise qui demeure encore très modeste. En effet, les chiffres de IATA nous permettent de constater qu'en septembre 2021, « le trafic de passagers internationaux était toujours inférieur de 69,2 % par rapport à son niveau de septembre 2019 ».<sup>112</sup>

La pandémie de Covid-19 a ainsi ralenti l'ensemble du trafic aérien, et a ainsi fragilisé fortement les compagnies aériennes notamment celles de l'UE qui apparaissent encore plus faibles face à leurs concurrents venant des États tiers. Cette crise a par conséquent fragilisé la concurrence du transport aérien, et a remis en évidence la fragmentation du marché du transport aérien.

---

<sup>111</sup> Jean-Luc Lagleize - Sylvia Pinel, Rapport d'information sur l'avenir du secteur aéronautique en France, 12 janvier 2022

<sup>112</sup> IATA, Reprise modérée du trafic de passagers en septembre, communiqué du 3 novembre 2021



Comme on a pu l'étudier dans ce rapport de recherche sur le droit de la concurrence du marché aérien, le transport aérien est caractérisé par la dynamique et la constante évolution de son écosystème.

Par conséquent, notre droit doit impérativement adapter les méthodes et les outils des régulateurs afin de pouvoir contrer les pratiques anticoncurrentielles. À défaut d'une telle régulation, la concurrence du transport aérien n'existera plus, les abus de positions dominantes deviendront la norme et ces entreprises dominantes deviendront les grands organisateurs de notre société surpassant alors les États.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **• Textes Législatifs et réglementaires**

- Communication de la commission des communautés européenne du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité CE (devenu article 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02) ;
- Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 5 février 2004 (2004/C 31/03) ;
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 ;
- 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 ;
- Règlement (CEE) n° 3976/87 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

(version codifiée) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ;

- Sherman Anti-Trust Act, 2 juillet 1890 ;
- Clayton Act, 15 octobre 1914 ;
- Article L. 420-1 du Code du commerce ;
- Article L. 420-2 du Code du commerce ;
- Articles L. 430-1 à L. 430-7 du Code du commerce ;
- Robinson Pactman Act de 1936 ;
- Hart Scott Rodino Act de 1978 ;
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ;
- Règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 ;
- Directive Européenne n°87-601 du 14 décembre 1987 ;
- Acte unique européen de 1986 ;
- Règlement du Conseil (CEE) n°2407/92 ;
- Règlement du Conseil (CEE) n°2408/92 ;

- Règlement du Conseil (CEE) n°2409/92 ;
- Règlement (CE) n°1008/2008 ;
- Accord Open skies I, 30 avril 2007 ;
- Accord Open skies II, 25 Juin 2010 ;
- Article 101 du TFUE ;
- Article 102 du TFUE ;
- Article 103 du TFUE ;
- Règlement (CE) n°411/2004 du 26 février 2004 ;
- Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, 21 décembre 1989, Contrôle des opérations de concentration entre entreprises ;
- Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 ;
- Règlement (CEE) n° 95/93, 18 janvier 1993 ;
- Règlement 2021/250 a modifié le règlement n° 95/93, février 2021 ;
- Directive Européenne n°87-601 du 14 décembre 1987 sur les tarifs des services aériens réguliers entre États membres ;

- 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 ;
- Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, 05 mai 2021 ;
- Convention relative à l'aviation civile internationale Signée à Chicago, le 7 décembre 1944.

- **Jurisprudence**

- Arrêt de la Cour du 30 avril 1986, Ministère public contre Lucas Asjes et autres, Andrew Gray et autres, Jacques Maillot et autres et Léo Ludwig et autres, Fixation des tarifs aériens - Applicabilité des règles de concurrence du traité CEE, Affaires jointes 209 à 213/84 ;
- Arrêt de la Cour du 5 novembre 2002, Affaire C-476/98, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne ;
- Décision n°87/602 du Conseil du 14 décembre 1987 ;
- Arrêt de la Cour du 5 novembre 2002, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, Affaire C-476/98 ;
- Arrêt Elide Gottardo, 15 janvier 2002 ;
- Arrêt de la Cour de justice du 19 avril 2012, Tomra, affaire C-549/10P ;
- Affaire COMP/M.2817 - Barilla/BPS/Kamps ;
- Décision 2001/403/CE de la Commission dans l'affaire COMP/M.1672 - Volvo/Scania ;
- Décision 94/894/CE de la Commission dans l'affaire IV/M.430 ;

- Arrêt du Tribunal du 27 novembre 1997, Kaysersberg/Commission, T-290/94 ;
- Décision 97/610/CE de la Commission dans l'affaire IV/M.774 - Saint-Gobain/Wacker-Chemie ;
- Décision 2002/156/CE de la Commission dans l'affaire COMP/M.2097 - SCA/Metsä Tissue ;
- Arrêt du Tribunal du 22 octobre 2002, Schneider/Commission, T-310/01 ;
- Affaire n°COMP/M.4439 – Ryanair / Aer Lingus du 27 juin 2007 ;
- Affaire IV/M.1630 — Air Liquide/BOC ; arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, ARD/Commission, T-158/00 ;
- CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes. Affaire 6-72 ;
- Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes, Affaire C-62/86 ;
- Affaire COMP/M.5830 — Olympic/Aegean Airlines, 26 janvier 2011 ;
- Affaire No COMP/M.6796 – AEGEAN/ OLYMPIC II, 9 octobre 2013 ;

- Affaire T-219/99, British Airways contre Commission des Communautés européennes.



- **Ouvrages, études et rapports**

- Avis et rapport du Conseil économique et social, *La France dans l'Europe des transports*, 23 juillet 1992 ;
- Henri Nallet, *Rapport d'information sur les transports aériens en Europe*, Bulletin n°2 de la délégation pour l'Union européenne, février 1998, publié par le service des Affaires européennes de l'Assemblée nationale ;
- Dominique-Paola Bourqui, *L'accès au marché unique du transport aérien dans l'Union européenne*, 13 février 2007 ;
- Rapport d'information n° 300 (2000-2001) de M. Jacques OUDIN, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, *La politique commune des transports*, déposé le 3 mai 2001 ;
- Ariane Debyser, *Transports aériens : règles du marché*, mars 2022 ;
- Communiqué de presse de la Commission européenne, *Concentrations : la Commission interdit à Ryanair de prendre le contrôle d'Aer Lingus*, 27 février 2013 ;
- DGCCRF, *L'abus de position dominante*, 23 novembre 2020 ;
- Maertens et Grimme, *Traffic impacts of EU horizontal air service agreements*, 2019 ;
- OACI, *The History of ICAO and the Chicago Convention*, site internet officiel ;

- Niestadt, *Single European Sky 2+ package Amended Commission proposal*, European 2020 ;
- Neelie Kroes, *N'ayez pas peur de la concurrence*, 29 avril 2008
- Woll, *The road to external representation: the European Commission's activism in international air transport*, 2006 ;
- Jean-Marc Zogheib, *Barrière à l'entrée*, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 12145 ;
- Walid Chaiehloudj, *Prix d'éviction (ou prédateur ou prédateur)*, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 12335 ;
- Jérémy West, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007 ;
- Frédéric Marty et Julien Pillot, *Remises de fidélité et abus d'éviction : quelles évolutions dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne ?*, dans *Revue internationale de droit économique*, 2011 ;
- David Tayar, *Interdiction : La Commission européenne publie le texte intégral d'une décision interdisant le projet de fusion de deux compagnies aériennes (Olympic/Aegean Airlines)*, 26 janvier 2011 ;

- Commission européenne, *Concentrations : la Commission autorise l'acquisition de la compagnie aérienne grecque Olympic Air par Aegean Airlines*, 9 octobre 2013 ;
- OACI, Développement économique du transport aérien, Faits et chiffres ;
- Emmanuel Combe, Vice-Président de l'Autorité de la concurrence Professeur des Universités Professeur affilié à ESCP Europe, colloque DGAC, 4 Mai 2015 ;
- Pierre MERLIN, *Le transport aérien*, Les études de la Documentation française, octobre 2000 ;
- Bruno LE ROUX, Rapport du groupe de travail compétitivité du transport aérien français, Assemblée Nationale, novembre 2014 ;
- OACI, Economic Contribution of Civil Aviation, Ripples of prosperity ;
- Romain PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, 15 septembre 2011 ;
- OACI, *Au sujet de l'OACI*, États membres, site internet officiel ;
- OACI, Manuel de la réglementation du transport aérien international, Approuvé par le Secrétaire général et publié sous son autorité, 1996 — 2004 — 2008 ;
- Emmanuel Combe, *Objectifs et instruments de la politique de la concurrence*, La politique de la concurrence, 2016 ;

- Emmanuel Combe, *L'essor des politiques de la concurrence*, La politique de la concurrence, 2016 ;
- ICC (International Chamber of Commerce) Déclaration de politique générale, *Les aides publiques aux compagnies aériennes*, Commission des transports par air, 13 juin 1995 ;
- Rapport OCDE, *Airline Mergers and Alliances*, 1999 ;
- Jean Quatremer, *Le Cartel du fret aérien*, 11 novembre 2010 ;
- Direction du transport aérien (DTA), Observatoire de la concurrence, année 2019 ;
- Jean-Luc Lagleize - Sylvia Pinel, Rapport d'information sur l'avenir du secteur aéronautique en France, 12 janvier 2022 ;
- IATA, Reprise modérée du trafic de passagers en septembre, communiqué du 3 novembre 2021 ;
- Marine Bardou, *La fragmentation du marché du transport aérien de l'Union européenne, un enjeu persistant*, Etudes des relations internationales et du global 2021 ;
- Valentin, Buruiana, *Les relations extérieures de l'Union européenne dans le domaine du transport aérien*, 2005 ;

- Communication de la commission des communautés européenne du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité CE (devenu article 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02) ;
- Commission européenne, *Concentrations : la Commission ouvre une enquête approfondie sur le projet d'acquisition d'Air Europa par IAG*, 29 juin 2021 ;
- Commission européen, *Concurrence : la Commission européenne et le Département américain des transports publient un rapport commun sur les alliances transatlantiques*, 16 novembre 2010 ;
- Commission européenne, *Antitrust : la Commission ouvre une enquête sur l'entreprise commune transatlantique établie entre Air France-KLM, Alitalia et Delta et clôt les procédures ouvertes à l'encontre de huit membres de l'alliance aérienne SkyTeam*, 27 janvier 2012 ;
- Pascale JOANNIN, *Les relations extérieures de l'Union européenne dans le domaine du transport aérien*, 18 juillet 2005 ;
- Boran Tobelem, *Concurrence : que prévoit l'Union européenne contre les ententes et les abus de position dominante ?*, 07 janvier 2021.

- **Sites internet**

- Site internet du Sénat, <https://www.senat.fr/rap/r00-300/r00-300.html>
- Site internet de la Commission européenne, [https://ec.europa.eu/info/index\\_fr](https://ec.europa.eu/info/index_fr)
- Site internet du Parlement européen, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/131/transports-aeriens-regles-du-marche>
- Site internet de la DGCCRF, <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf>
- Site internet des lois françaises, Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr> ;
- Site internet des lois de l'UE, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>
- Site internet de l'OACI, <https://www.icao.int/Pages/default.aspx> ;
- Site internet du Conseil européen : <https://www.consilium.europa.eu/fr/>.

- **Publications de presse et blogs**

- <https://www.icao.int/about-icao/Pages/member-states.aspx> ;
- <https://www.robert-schuman.eu/fr/supplements-lettre/0221-les-relations-externes-de-l-union-europeenne-dans-le-domaine-du-transport-aerien> ;
- <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/barrieres-a-l-entree> ;
- [https://www.liberation.fr/debats/2010/11/11/cartel-du-fret-aerien-le-gouvernement-francais-perd-encore-une-fois-une-occasion-de-se-taire\\_1813635/](https://www.liberation.fr/debats/2010/11/11/cartel-du-fret-aerien-le-gouvernement-francais-perd-encore-une-fois-une-occasion-de-se-taire_1813635/) ;
- <https://www.lefigaro.fr/societes/2010/11/09/04015-20101109ARTFIG00431-cartel-du-fret-aerien-amende-salee-en-vue-pour-air-france.php> ;
- <https://www.lettredesreseaux.com/P-597-678-P1-prix-predateur.html> ;
- <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/Prix-d-eviction-ou-predatoires-ou> ;
- [https://www.liberation.fr/futurs/2002/01/23/lufthansa-accusee-de-dumping\\_391326/](https://www.liberation.fr/futurs/2002/01/23/lufthansa-accusee-de-dumping_391326/) ;
- <https://www.air-journal.fr/2013-10-10-la-fusion-aegean-airlines-olympic-air-approuvee-586555.html> ;
- <https://www.lepetitjuriste.fr/refus-de-fusion-entre-ryanair-aer-lingus-commission-europeenne/> ;

- <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/concurrence-que-prevoit-l-union-europeenne-contre-les-ententes-et-les-abus-de-position-dominante/> ;
- <https://erigstra.hypotheses.org/1284> ;
- <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/131/transports-aeriens-regles-du-marche> ;
- <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-la-concurrence-aerienne-survivra-t-elle-a-la-decroissance-1195576> ;
- <https://www.robert-schuman.eu/fr/supplements-lettre/0221-les-relations-externes-de-l-union-europeenne-dans-le-domaine-du-transport-aerien> ;
- <https://www.lesechos.fr/2009/11/nadege-chapier-granier-la-regulation-internationale-de-la-concurrence-dans-laerien-nexiste-pas-encore-476130> ;
- <https://www.concurrences.com/fr/review/issues/no-2-2022/alertes/sanction-le-tribunal-de-l-union-europeenne-confirme-pour-l-essentiel-les> ;
- <https://www.lemoci.com/les-entreprises-francaises-attaquent-les-cartels-du-fret-aerien/> ;
- <https://www.emulation-innovation.be/import-export/> ;



- <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Abus-de-position-dominante> ;
- <https://www.dbfbruxelles.eu/entente-et-abus-de-position-dominante-secteur-aerien-entreprise-commune-transatlantique-procedure-formelle-dexamen/> ;
- <https://www.journal-aviation.com/actualites/32985-l-iata-s-attaque-a-la-position-dominante-des-oem-dans-la-maintenance> ;
- <https://www.senat.fr/questions/base/2021/qSEQ211225603.html> ;
- [https://www.bfmtv.com/economie/entreprises/transports/entente-sur-les-prix-la-condamnation-d-air-france-et-d-autres-compagnies-confirmee-par-l-ue\\_AD-202203300371.html](https://www.bfmtv.com/economie/entreprises/transports/entente-sur-les-prix-la-condamnation-d-air-france-et-d-autres-compagnies-confirmee-par-l-ue_AD-202203300371.html) ;
- <https://www.latribune.fr/economie/union-europeenne/l-ue-s-outille-pour-defendre-les-entreprises-europeennes-contre-la-concurrence-chinoise-924110.html> ;
- <https://www.sudouest.fr/international/europe/l-ue-renforce-ses-pouvoirs-pour-mieux-lutter-contre-la-concurrence-deloyle-venue-de-l-etranger-11498391.php> ;
- <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/06/30/foreign-subsidies-regulation-political-agreement/> ;

- <https://www.robert-schuman.eu/fr/supplements-lettre/0221-les-relations-externes-de-l-union-europeenne-dans-le-domaine-du-transport-aerien> ;
- <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/concurrence-que-prevoit-l-union-europeenne-contre-les-ententes-et-les-abus-de-position-dominante/>.

## TABLE DES MATIÈRES

Titre 1 : Le bouleversement de l'ordre juridique et économique international induit par l'hégémonie des États .....	22
Partie 1 : La libéralisation européenne et internationale des marchés .....	23
Chapitre 1 : La libéralisation en matière d'accès au marché du transport aérien dans l'Union européenne .....	24
Chapitre 2 : La libéralisation en matière d'accès au marché à l'égard .....	29
des États tiers .....	29
Partie 2 : Le cadre réglementaire applicable à la concurrence aérienne .....	37
Chapitre 1 : Les règles de concurrence applicables aux marchés aériens au travers des articles 101 et 102 du TFUE .....	38
Section 1 : L'application de l'article 101 du TFUE au droit de la concurrence ..	38
Section 2 : L'application de l'article 102 du TFUE au droit de la concurrence ..	42
Chapitre 2 : Les obstacles à la construction de la concurrence .....	46
Section 1 : À l'échelon national .....	46
Section 2 : À l'échelon européen .....	48

Titre 2 : La régulation de la concurrence au service de l'intérêt commun .....	51
Partie 1 : La création d'effets anticoncurrentiels, catalyseur des comportements restrictifs de concurrence .....	52
Chapitre 1 : Les effets anticoncurrentiels possibles des concentrations horizontales .....	53
Section 1 : La création d'une position dominante .....	54
A. Concentration avec des concurrents proches .....	58
B. Concentration avec un concurrent potentiel .....	63
C. La concentration, moteur de frein dans l'expansion des concurrents ? .....	65
Section 2 : Les barrières à l'entrée facteur d'exclusion des concurrents potentiels	66
Chapitre 2 : Les comportements restrictifs de concurrence .....	70
Section 1 : Les ententes sur les hausses de prix .....	70
Section 2 : Le verrouillage de la demande au travers de la pratique des prix prédateurs .....	72

Partie 2 : La neutralisation des effets anticoncurrentiels par la régulation des  
regroupements aériens .....76