Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PAOLO MENGOZZI
présentées le 17 septembre 2015 [1]

Affaire C-205/14

Commission européenne
contre

République portugaise

«Manquement d'État — Transport aérien — Règlement (CEE) nº 95/93 — Attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté — Article 4, paragraphe 2, sous b) — Indépendance du coordonnateur — Notion de 'partie intéressée' — Entité gestionnaire de l'aéroport — Séparation fonctionnelle — Système de financement»

1. Dans la présente affaire, la Commission européenne a saisi la Cour, sur le fondement de l'article 258, deuxième alinéa, TFUE, d'un recours tendant à constater que, en n'ayant pas garanti l'indépendance fonctionnelle et financière du coordonnateur des créneaux horaires, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent au titre de l'article 4, paragraphe 2, du règlement (CEE) nº 95/93 du Conseil, du 18 janvier 1993, fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté [2].

2. Lorsqu'un aéroport se trouvant sur le territoire d'un État membre est saturé, c'est-à-dire lorsque sa capacité est insuffisante, au point que des retards importants ne peuvent être évités, l'article 3, paragraphe 5, du règlement nº 95/93 impose à cet État de le désigner comme un aéroport «coordonné». Selon l'article 2, sous g), du règlement nº 95/93, un aéroport coordonné est un aéroport d'où les transporteurs aériens ne peuvent atterrir et décoller que si un créneau horaire leur a été attribué, le créneau horaire étant défini à l'article 2, sous a), de ce règlement comme une autorisation d'utiliser toutes les infrastructures de l'aéroport nécessaires à l'atterrissage et au décollage à une date et à une heure précises.

3. L'État membre responsable d'un aéroport coordonné désigne une personne physique ou morale qui exerce la fonction de «coordonnateur». Selon l'article 4, paragraphes 5 et 6, du règlement nº 95/93, le coordonnateur attribue les créneaux horaires aux transporteurs aériens et s'assure, en coopération avec l'entité gestionnaire de l'aéroport, que les activités des transporteurs aériens sont conformes aux créneaux horaires qui leur ont été attribués. L'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93 impose à l'État membre d'assurer l'indépendance du coordonnateur.

1 — Langue originale: le français.
2 — JO L 14, p. 1.

4. Dans la présente affaire, la Commission reproche à la République portugaise de ne pas avoir assuré l'indépendance du coordonnateur. Si la Cour s'est déjà penchée sur l'indépendance d'autres autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de l'Union dans les États membres, comme l'autorité en charge de la gestion des infrastructures ferroviaires [3] ou l'autorité de contrôle du traitement des données à caractère personnel [4], elle ne s'est en revanche jamais interrogée sur l'indépendance du coordonnateur d'un aéroport. Elle sera donc amenée à préciser ici à quelles conditions le coordonnateur d'un aéroport peut être considéré comme indépendant.

I – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

5. Le deuxième considérant du règlement nº 95/93 indique que «l'attribution de créneaux horaires dans les aéroports saturés devrait être fondée sur des règles neutres, transparentes et non discriminatoires».

6. Le cinquième considérant du règlement nº 95/93 précise qu'«il appartient à l'État membre responsable de l'aéroport coordonné de veiller à désigner un coordonnateur dont la neutralité soit incontestée».

7. Dans sa version originale, l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93 disposait que «l'État membre veille à ce que le coordonnateur accomplisse en toute indépendance les tâches prévues par le présent règlement».

8. Le règlement nº 95/93 a été modifié par le règlement (CE) nº 793/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, modifiant le règlement nº 95/93 [5]. Pour plus de facilité, je désignerai ci-après le règlement nº 95/93 tel qu'il résulte de sa modification par le règlement nº 793/2004 comme le «règlement nº 95/93, tel que modifié».

9. L'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, dispose que l'État membre responsable d'un aéroport à facilitation d'horaires ou coordonné veille «dans le cas d'un aéroport coordonné, à l'indépendance du coordonnateur en le séparant fonctionnellement de toute partie intéressée. Le système de financement des activités des coordonnateurs est propre à garantir leur indépendance». Le sixième considérant du règlement nº 793/2004 justifie ainsi cette modification:

«[…] dans les aéroports coordonnés, le coordonnateur joue un rôle central dans le processus de coordination. Par conséquent, le coordonnateur devrait être dans une position d'indépendance totale et ses responsabilités devraient être décrites en détail».

3 — Arrêts Commission/Autriche, C-555/10, EU:C:2013:115; Commission/Allemagne, C-556/10, EU:C:2013:116; Commission/France, C-625/10, EU:C:2013:243; Commission/Slovénie, C-627/10, EU:C:2013:511; Commission/Luxembourg, C-412/11, EU:C:2013:462; Commission/Italie, C-369/11, EU:C:2013:636.

4 — Arrêts Commission/Allemagne, C-518/07, EU:C:2010:125; Commission/Autriche, C-614/10, EU:C:2012:631; Commission/Hongrie, C-288/12, EU:C:2014:237.

5 — JO L 138, p. 50.

10. La communication de la Commission du 30 avril 2008 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à l'application du règlement nº 95/93, tel que modifié [6] (ci-après la «communication de 2008») précise la portée de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié. Selon le point 1, quatrième et cinquième alinéas, de la communication de 2008:

«La Commission est d'avis que la séparation fonctionnelle implique, entre autres, que le coordonnateur agisse de manière autonome vis-à-vis de l'organisme gestionnaire de l'aéroport, des prestataires de services ou des compagnies aériennes exploitant des liaisons au départ de l'aéroport en question, ne reçoive pas de consignes de leur part et ne soit pas tenu de leur présenter de rapport.

La Commission estime en outre que le système de financement des activités du coordonnateur devrait être conçu de manière à permettre à ce dernier d'être indépendant, sur le plan financier, de toute partie intéressée directement concernée par ses activités ou ayant un intérêt dans ses activités. Il conviendrait donc que le coordonnateur tienne des comptabilités séparées et gère des budgets distincts, et que le financement de ses activités ne dépende pas uniquement du gestionnaire de l'aéroport, d'un prestataire de service ou d'un seul transporteur aérien».

B – *Le droit portugais*

11. L'article 3, paragraphe 1, du décret-loi nº 109/2008, du 26 juin 2008 [7], désigne comme aéroports coordonnés les aéroports de Lisbonne, Porto et Madère (Portugal). L'article 3, paragraphe 2, de ce décret-loi désigne comme aéroport coordonné l'aéroport de Faro (Portugal), mais uniquement pour la période courant du dernier dimanche de mars au dernier samedi d'octobre.

12. L'article 1, paragraphe 2, dudit décret-loi désigne comme coordonnateur national ANA, Aeroportos de Portugal, S.A. (ci-après «ANA»).

13. L'article 5 du même décret-loi traite de l'indépendance du coordonnateur. Aux termes de cette disposition:

«1. Dans l'exercice de ses fonctions de facilitateur et de coordonnateur national pour l'attribution des créneaux horaires, [ANA] veille à ce que cette activité soit indépendante de son activité de gestionnaire d'aéroport grâce à une séparation appropriée.

2. Aux fins des dispositions du paragraphe précédent, [ANA] garantit cette indépendance, à tout le moins au niveau fonctionnel, et tient une comptabilité propre aux activités liées à la coordination des créneaux horaires, strictement séparée de celle des autres activités».

14. L'article 11 du décret-loi nº 109/2008 prévoit l'instauration, au bénéfice de ANA, d'une redevance d'attribution de créneaux. Aux termes de cet article:

«1. La prestation des services de coordination et d'attribution de créneaux horaires est soumise, en contrepartie de leur utilisation, à une redevance d'attribution de créneaux, prélevée en même temps que les redevances d'atterrissage et de décollage, par mouvement, et fixée par arrêté du ministre chargé de l'aviation civile.

[…]

3. La redevance visée au paragraphe 1 constitue une recette de [ANA]».

6 — COM(2008) 227 final.

7 — *Diário da República*, 1re série, nº 122, du 26 juin 2008, p. 3965.

II – La procédure précontentieuse

15. ANA a été créée sous forme d'entreprise publique en 1979. Elle a ensuite été transformée en société anonyme par le décret-loi nº 404/98, du 18 décembre 1998, et s'est vue attribuer, pour une durée de 40 ans, la concession des services publics aéroportuaires d'aide à l'aviation civile dans les aéroports de Lisbonne, Porto, Madère et Faro. Par résolution du Conseil des ministres en date du 28 décembre 2012[8], ANA a été privatisée: l'État a cédé la totalité du capital de ANA à Vinci-Concessions SAS.

16. À la suite de sa désignation, par le décret-loi nº 109/2008, comme coordonnateur des aéroports de Lisbonne, Porto, Madère et Faro, ANA a créé en son sein une division chargée de leur coordination, la Divisão de Coordenação Nacional de Slots (la division de coordination nationale des créneaux horaires) (ci-après la «DCNS»).

17. La Commission s'est interrogée sur l'indépendance de la DCNS, qui exerce la fonction de coordonnateur dans ces quatre aéroports, par rapport à ANA, dont elle est une division et qui est l'entité gestionnaire de ces mêmes aéroports. Elle a donc demandé des informations à la République portugaise à ce sujet, les 19 juillet 2010, 4 octobre 2010 et 14 avril 2011. La République portugaise a répondu à ces demandes, respectivement, les 28 août 2010, 28 octobre 2010 et 28 avril 2011.

18. Le 30 avril 2012, la Commission a adressé une lettre de mise en demeure à la République portugaise, dans laquelle elle reprochait à celle-ci de violer ses obligations au titre de l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93, tel que modifié. Selon la Commission, il n'y avait pas séparation fonctionnelle, au sens de cet article, sous b), entre la DCNS et ANA, la première étant une division de la seconde. En outre, le financement de la DCNS n'était pas propre à garantir son indépendance. Une telle indépendance ne pouvait en effet être assurée qu'au moyen d'une comptabilité et d'un budget propres à la DCNS. Or, la DCNS était intégralement financée par ANA, la redevance d'attribution des créneaux horaires prévue à l'article 11 du décret nº 109/2008 n'ayant jamais vu le jour.

19. Par lettre du 19 juillet 2012, la République portugaise a présenté ses observations sur ladite lettre de mise en demeure.

20. Le 25 janvier 2013, la Commission a adressé à la République portugaise un avis motivé, pour violation de l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93, tel que modifié. Dans la mesure où le personnel affecté à la DCNS venait de ANA et où la DCNS ne semblait pas avoir de locaux propres, il n'y avait pas, selon la Commission, séparation fonctionnelle entre la DCNS et ANA. Quant à l'indépendance financière de la DCNS, la Commission réitérait que, en l'absence de redevance d'attribution des créneaux horaires, ANA avait jusque-là supporté toutes les dépenses de la DCNS.

21. Par courrier du 27 mars 2013, la République portugaise a présenté ses observations sur l'avis motivé.

22. N'étant pas convaincue par les arguments de la République portugaise, la Commission a introduit le présent recours.

III – Le recours de la Commission

23. La Commission fait grief à la République portugaise d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent, en vertu de l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93, tel que modifié, en n'ayant pas garanti l'indépendance fonctionnelle et financière du coordonnateur.

8 — Résolution du Conseil des ministres nº 111-F/2012 (*Diário da República*, 1re série, nº 251, du 28 décembre 2012).

24. La Commission soutient que l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, doit faire l'objet d'une interprétation large, à la lumière du cinquième considérant de ce règlement, selon lequel la «neutralité» du coordonnateur doit être «incontestée», et de son objet, tel que défini au deuxième considérant dudit règlement, à savoir l'attribution des créneaux horaires en vertu de «règles neutres, transparentes et non discriminatoires». La Commission s'appuie sur la modification de cet article 4, paragraphe 2, par le règlement nº 793/2004, modification qui met l'accent, selon le sixième considérant du règlement nº 793/2004, sur «l'indépendance totale» du coordonnateur et remplace, en conséquence, la simple exigence que «le coordonnateur accomplisse en toute indépendance les tâches» qui lui incombent en vertu de cet article 4.

25. Quant à la séparation fonctionnelle de toute partie intéressée, prévue à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, la Commission soutient que la notion de «partie intéressée» doit être interprétée au sens large et inclut tant les transporteurs aériens que les prestataires de services, les organismes publics des États membres et l'entité gestionnaire des aéroports en cause. Elle souligne, notamment, que l'entité gestionnaire de l'aéroport peut avoir un intérêt commercial à ce que celui-ci devienne la plaque tournante d'un transporteur aérien donné, et qu'il est donc indispensable que le coordonnateur soit indépendant de cette entité. Or, en l'espèce, la DCNS aurait le même personnel et les mêmes locaux que ANA. Il n'y a donc pas, selon la Commission, séparation fonctionnelle entre la DCNS et ANA. Au demeurant, en déclarant, dans sa réponse à la lettre de mise en demeure, que, à la suite de la privatisation de ANA, elle allait mettre en place une nouvelle entité qui serait chargée de la coordination des créneaux horaires et que la création de cette entité permettrait d'assurer l'entière indépendance du coordonnateur, la République portugaise aurait elle-même reconnu que, à l'heure actuelle, le coordonnateur ne serait pas fonctionnellement indépendant.

26. Quant au système de financement du coordonnateur, il ne saurait, comme l'exige l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, être indépendant que si le coordonnateur tient une comptabilité séparée, gère un budget distinct et n'est pas financé par une ou par plusieurs parties intéressées. Or, en l'espèce, la DCNS serait entièrement financée par ANA, laquelle approuverait également son budget. La DCNS n'est donc pas, selon la Commission, indépendante de ANA sur le plan financier.

27. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en n'ayant pas garanti l'indépendance du coordonnateur, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent au titre de l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93, tel que modifié, et

— condamner la République portugaise aux dépens.

IV – La procédure devant la Cour

28. Dans son mémoire en défense, la République portugaise soutient que la DCNS répond aux exigences de l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93, tel que modifié.

29. La République portugaise prétend que ANA ne saurait être considérée comme une partie intéressée dont la DCNS devrait être séparée. En effet, dès lors que le règlement nº 95/93, tel que modifié, ne définit pas les parties intéressées, seul un examen au cas par cas permettrait de qualifier une partie d'«intéressée». Or, en déduisant de sa seule qualité d'entité gestionnaire des aéroports la qualification de ANA comme partie intéressée, la Commission aurait omis de procéder à un tel examen. De plus, l'intérêt de ANA serait de recevoir un maximum de redevances aéroportuaires. Elle

aurait donc intérêt à ce qu'un maximum de transporteurs aériens se voie attribuer des créneaux horaires, et non à ce qu'un transporteur aérien précis soit favorisé par la DCNS. Il en irait autrement si ANA détenait une participation dans le capital d'un transporteur aérien, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

30. À supposer que ANA soit considérée comme une partie intéressée, la République portugaise n'en aurait pas moins respecté l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié. En effet, cette disposition n'imposerait pas que le coordonnateur soit une entité juridique distincte du gestionnaire de l'aéroport: elle exigerait simplement une séparation fonctionnelle. Or, il y aurait bien séparation fonctionnelle entre la DCNS et ANA, dès lors que la DCNS gère seule la coordination des créneaux horaires, sans recevoir d'instructions de ANA et sans que ses décisions doivent être approuvées par le conseil d'administration de ANA, qu'elle tient une comptabilité séparée et qu'elle dispose de son propre personnel.

31. Quant au système de financement propre à garantir l'indépendance du coordonnateur, prévu à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, il ne s'agirait pas d'une condition dont le non-respect entraînerait automatiquement la violation de cette disposition. Il ne faudrait y voir que l'un des éléments, au demeurant secondaire, pris en compte pour déterminer si le coordonnateur est indépendant. La non-instauration de la redevance d'attribution des créneaux horaires ne permettrait donc pas de conclure au manque d'indépendance de la DCNS.

32. La République portugaise conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— déclarer que le coordonnateur satisfait à l'exigence d'indépendance fonctionnelle prévue à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié;

— déclarer que la République portugaise satisfait aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union applicable;

— rejeter le recours comme étant non fondé, et

— condamner la Commission aux dépens.

33. Dans son mémoire en réplique, la Commission prétend que c'est en tant qu'entité gestionnaire des aéroports que ANA doit être considérée comme une partie intéressée, au sens de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, sans qu'il soit besoin d'établir qu'elle a, en l'espèce, un intérêt à ce que des créneaux horaires soient attribués à tel transporteur aérien plutôt qu'à tel autre. En effet, l'entité gestionnaire d'un aéroport peut, selon la Commission, avoir intérêt à ce que des créneaux horaires soient attribués à ses cocontractants, par exemple, à des locataires d'espaces dans l'aéroport, ou à certains transporteurs aériens. À cet égard, elle relève qu'il est étrange que la DCNS continue d'exercer l'activité de coordonnateur après la privatisation de ANA, alors que cette activité n'a pas été attribuée à ANA dans le cadre de la concession de services publics et que ANA l'exerce donc à titre gratuit.

34. Il n'y aurait pas, selon la Commission, séparation fonctionnelle entre la DCNS et ANA. La DCNS étant une division de ANA, son rapport et ses comptes annuels feraient l'objet d'un examen par le conseil d'administration de ANA, conformément aux articles 405 et 406 du code portugais des sociétés commerciales. Seule une «muraille de Chine» entre la DCNS et ANA serait à même de garantir l'indépendance de la DCNS.

35. La tenue par la DCNS d'une comptabilité séparée n'établirait pas l'existence d'un financement propre à garantir son indépendance. En effet, toute division d'une société commerciale pourrait tenir une telle comptabilité, qui est ensuite intégrée à celle de cette société. En l'espèce, selon la Commission, c'est ANA qui paie les frais de la DCNS et recouvre les créances de celle-ci, et le compte de résultat de l'exercice de ANA intègre le solde de l'exercice de la DCNS.

36. Enfin, la Commission souligne que les conclusions de la République portugaise, tendant à ce que la Cour déclare que la DCNS satisfait à l'exigence d'indépendance fonctionnelle et que la République portugaise satisfait aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union, constituent des demandes reconventionnelles irrecevables, parce que, notamment, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne prévoit pas de recours par lequel la Cour constaterait la conformité au droit de l'Union.

37. Dans son mémoire en duplique, la République portugaise souligne que la communication de 2008, qui exige, notamment, que le coordonnateur ne soit pas financé intégralement par l'entité gestionnaire de l'aéroport, ajoute au texte du règlement nº 95/93, tel que modifié. Or, les communications de la Commission ne lieraient pas les États membres. Quant à la notion de «partie intéressée», la République portugaise réitère que, faute d'un examen du cas d'espèce, la Commission se serait bornée à démontrer que ANA, en qualité d'entité gestionnaire des aéroports, est susceptible d'être une partie intéressée, non qu'elle l'est effectivement. La République portugaise souligne que l'attribution des créneaux horaires est une activité de nature technique, qui n'est pas soumise au conseil d'administration de ANA. Elle maintient les deux chefs de conclusions dont la Commission a soulevé l'irrecevabilité.

V – Appréciation

38. Avant de me pencher sur le fond du recours, j'examinerai les deux premiers chefs de conclusions de la République portugaise, dont la Commission soulève l'irrecevabilité.

A – *Sur la recevabilité des deux premiers chefs de conclusions de la République portugaise*

39. La République portugaise conclut non seulement au rejet du recours et à la condamnation de la Commission aux dépens, mais également à ce qu'il plaise à la Cour, d'une part, déclarer que «au Portugal, l'actuel coordonnateur assure le respect des exigences tenant à l'indépendance fonctionnelle prévue à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93», tel que modifié, et, d'autre part, déclarer que «la République portugaise remplit les obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union applicable». Dans son mémoire en duplique, la République portugaise précise que, par ce dernier chef de conclusions, elle entendait demander à la Cour de déclarer que la République portugaise remplit ses obligations au titre du règlement nº 95/93, tel que modifié.

40. La Commission soutient que ces demandes reconventionnelles sont irrecevables.

41. À cet égard, je rappelle que l'article 259 TFUE permet à un État membre de saisir la Cour d'une action tendant à ce que celle-ci constate qu'un autre État membre a manqué à ses obligations au titre du droit de l'Union. Il ne permet pas à un État membre de saisir la Cour d'un recours tendant à ce que celle-ci constate que *lui-même* n'a pas manqué à ses obligations.

42. De plus, je relève qu'aucune disposition du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne donne compétence à la Cour pour prendre position par la voie d'une déclaration positive. Si la Cour devait rejeter le présent recours, elle reconnaîtrait que la République portugaise s'est conformée à ses obligations au titre de l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93, tel que modifié, mais la République portugaise ne peut former une demande ayant un tel objet.

43. Peu importe, au demeurant, que la demande formée par la République portugaise porte sur la conformité au règlement nº 95/93, tel que modifié, de l'action du coordonnateur ou de celle de la République portugaise. En effet, c'est à l'État membre qu'est imputé le manquement, même si c'est l'un de ses organes qui en est à l'origine [9], qu'il s'agisse du législateur national, du juge national ou, en l'espèce, du coordonnateur, qui est chargé d'une mission réglementaire (à savoir l'attribution des créneaux horaires).

44. Par conséquent, les premier et deuxième chefs de conclusions de la République portugaise doivent être déclarés irrecevables.

B – *Sur le fond*

45. L'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, prévoit que le coordonnateur doit être «sépar[é] fonctionnellement de toute partie intéressée». Par conséquent, afin d'établir que la République portugaise a manqué à ses obligations au titre de l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93, tel que modifié, il incombe à la Commission de démontrer, d'une part, que ANA est une partie intéressée et, d'autre part, que la DCNS n'est pas séparée fonctionnellement de ANA. J'aborderai successivement ces deux points. Lors de l'analyse de la séparation fonctionnelle, j'examinerai si l'exigence d'un «système de financement des activités des coordonnateurs [soit] propre à garantir leur indépendance», prévue à la deuxième phrase de cet article 4, paragraphe 2, sous b), doit être regardée comme une condition à part entière, distincte de la condition de séparation fonctionnelle, ou si le financement indépendant ne constitue qu'un indice de la séparation fonctionnelle.

1. Sur la notion de «partie intéressée»

46. Il me semble difficilement contestable que l'entité gestionnaire d'un aéroport puisse être qualifiée de partie intéressée.

47. En effet, l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, dispose que le coordonnateur doit être séparé fonctionnellement de «toute» partie intéressée. Il me semble donc que sont susceptibles d'être qualifiées de parties intéressées non seulement les parties qui ont un intérêt direct à l'attribution des créneaux horaires, c'est-à-dire les transporteurs aériens qui en sont les bénéficiaires, mais également les parties qui y ont un intérêt indirect, comme l'entité gestionnaire de l'aéroport coordonné.

48. L'article 4, paragraphe 8, du règlement nº 95/93, tel que modifié, vient au soutien de cette position. En effet, il prévoit que le coordonnateur communique «aux parties intéressées, notamment aux membres […] du comité de coordination» les informations relatives aux créneaux horaires demandés, attribués et encore disponibles. Or, l'entité gestionnaire fait partie du comité de coordination [10]. Elle doit donc être regardée comme une partie intéressée.

49. Je relève, au demeurant, que la République portugaise ne conteste pas que l'entité gestionnaire *puisse* être qualifiée de partie intéressée.

9 — Arrêt Commission/Belgique, 77/69, EU:C:1970:34, point 15.

10 — Voir article 5, paragraphe 1, du règlement nº 95/93, tel que modifié.

50. La difficulté tient ici à la détermination de la charge de la preuve qui pèse sur la Commission. Celle-ci soutient que la qualification de partie intéressée résulte de la seule qualité d'entité gestionnaire de l'aéroport, alors que la République portugaise affirme que la qualification de partie intéressée ne peut être déduite de la qualité d'entité gestionnaire et que l'intérêt de l'entité gestionnaire à l'attribution des créneaux horaires doit être établi au cas par cas.

51. Afin de déterminer si l'entité gestionnaire est présumée être une partie intéressée ou s'il incombe à la Commission de démontrer que l'entité gestionnaire a, en l'espèce, un intérêt à l'attribution des créneaux horaires, j'examinerai, dans un premier temps, quel intérêt économique une entité gestionnaire peut avoir à l'attribution des créneaux horaires et, dans un second temps, les conclusions qui peuvent en être tirées quant à la preuve d'un tel intérêt.

a) Sur l'intérêt de l'entité gestionnaire à l'attribution des créneaux horaires

52. Premièrement, l'entité gestionnaire peut, me semble-t-il, avoir intérêt à ce qu'un transporteur aérien déterminé soit privilégié lors de l'attribution des créneaux horaires parce qu'elle détient une participation dans le capital de ce transporteur.

53. Deuxièmement, l'entité gestionnaire peut avoir intérêt à ce que les transporteurs aériens qui lui versent les redevances aéroportuaires les plus élevées soient privilégiés lors de l'attribution des créneaux horaires. Les redevances aéroportuaires, auxquelles la République portugaise fait allusion sans préciser leur objet, sont, selon la définition qu'en donne la directive 2009/12/CE du Parlement et du Conseil, du 11 mars 2009, sur les redevances aéroportuaires [11], les redevances qui sont versées par les transporteurs aériens à l'entité gestionnaire en contrepartie de services qu'elle seule peut fournir, à savoir la mise à disposition des installations aéroportuaires et la fourniture de services liés, notamment, à l'atterrissage et au décollage des avions [12]. Or, la directive 2009/12, si elle interdit à l'entité gestionnaire d'appliquer des redevances discriminatoires, l'autorise à faire varier la qualité et le champ de certains services et à différencier le niveau des redevances en fonction de la qualité et du champ de ces services [13]. L'entité gestionnaire pourrait donc avoir intérêt à ce que le transporteur aérien auquel elle fournit le meilleur service, par exemple la mise à disposition d'un terminal entier [14], et dont elle perçoit, en conséquence, la redevance aéroportuaire la plus élevée, soit privilégié lors de l'attribution des créneaux horaires.

54. À cet égard, l'argument de la République portugaise, selon lequel l'intérêt de l'entité gestionnaire est que le nombre le plus élevé possible de transporteurs aériens se voie attribuer des créneaux horaires, parce qu'elle percevrait ainsi davantage de redevances aéroportuaires, ne me convainc pas. Cet argument ne tient pas compte de la différenciation des services, donc des redevances, décrite au point précédent.

55. Troisièmement, il est possible que l'entité gestionnaire ne se contente pas de gérer les infrastructures aéroportuaires mais exerce également d'autres activités, par exemple qu'elle soit présente sur le marché en aval de la fourniture de services d'assistance en escale. Les services d'assistance en escale, qui se distinguent des services rémunérés par les redevances aéroportuaires mentionnés au point 53 des présentes conclusions [15], consistent notamment, selon la définition qu'en donne la directive 96/67/CE du Conseil, du 15 octobre 1996, relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté [16], dans le contrôle des billets et des

11 — JO L 70, p 11.

12 — Voir article 2, point 4), de la directive 2009/12.

13 — Voir article 10, paragraphe 1, de la directive 2009/12.

14 — L'article 10 de la directive 2009/12 mentionne, parmi les services dont l'entité gestionnaire peut faire varier la qualité et le champ, la mise à disposition de terminaux ou d'éléments de terminaux.

15 — Voir article 1, paragraphe 4, de la directive 2009/12.

16 — JO L 272, p 36.

passeports des passagers, le chargement et le transport des bagages, le nettoyage de l'avion ou le plein de carburant [17]. Les services d'assistance en escale sont des services qui peuvent être fournis aux transporteurs aériens, soit par l'entité gestionnaire, soit par des prestataires indépendants. Un transporteur aérien peut également se fournir de tels services à lui-même. Par conséquent, si l'entité gestionnaire est présente sur le marché de la fourniture des services d'assistance en escale, elle a des transporteurs aériens pour clients ou pour concurrents [18]. Elle peut donc avoir intérêt à ce que le transporteur aérien qui est un client important soit privilégié lors de l'attribution des créneaux horaires ou, à l'inverse, à ce que le transporteur aérien avec lequel elle est en concurrence pour la fourniture de services d'assistance en escale soit défavorisé lors de l'attribution des créneaux horaires [19].

56. Quatrièmement, l'entité gestionnaire, s'il s'agit d'une entreprise publique ou détenue par l'État, peut être tentée de favoriser le transporteur aérien national lors de l'attribution des créneaux horaires [20]. Dans une telle hypothèse, ce n'est pas son propre intérêt que l'entité gestionnaire poursuit, mais celui d'un tiers, à savoir le transporteur national; elle n'en est pas moins susceptible d'exercer une influence sur le coordonnateur [21].

57. Nous avons vu ci-dessus que l'entité gestionnaire peut avoir un intérêt à l'attribution des créneaux horaires. Doit-elle, en tant qu'entité gestionnaire, être présumée détenir un tel intérêt, ou incombe-t-il à la Commission, dans le cadre d'un recours en manquement, d'établir cet intérêt?

b) Sur la preuve de l'intérêt de l'entité gestionnaire

58. À la question posée au point précédent, il convient, selon moi, de répondre que l'entité gestionnaire doit, en tant que telle, être qualifiée de partie intéressée, sans qu'il soit besoin d'examiner si, dans le cas d'espèce, elle a un intérêt à l'attribution des créneaux horaires.

17 — Voir annexe à la directive 96/67.

18 — Voir, à cet égard, Papy, R., *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, dont le paragraphe 646 dispose: «depuis la mise en place de la libéralisation de l'assistance en escale [par la directive 96/67], le nombre d'aéroports gestionnaires impliqués dans l'assistance en escale n'a pas changé de façon significative (au sein des 15 États membres existant en 1996). Les parts de marché des prestataires d'assistance en escale filiales des gestionnaires d'aéroport ont diminué mais restent à un niveau élevé. Cette situation crée des conflits d'intérêts potentiels qui ne sont pas tous prévus par la directive et ce qui peut nécessiter donc en complément l'intervention du droit de la concurrence. Les restrictions de concurrence concernent à la fois l'accès au marché lui-même (refus injustifiés d'accès des prestataires), la qualité des conditions d'exploitation sur le marché (attribution de lieux et de surfaces d'exploitation discriminatoires) et les coûts d'accès au marché (redevances discriminatoires)».
Voir, également, rapport COM(2006) 821 final de la Commission, du 24 janvier 2007, sur l'application de la directive 96/67, dont le point 16 énonce que «dans bon nombre d'États membres ([…] Portugal), l'opérateur aéroportuaire est présent sur le marché de l'assistance en escale et se trouve donc en concurrence directe avec les prestataires de services d'assistance en escale et les transporteurs aériens qui fournissent ces services à des tiers […]. Dans un grand nombre des plus grands aéroports où suffisamment de prestataires de services sont prêts à proposer leurs services et où les usagers des aéroports fournissent aussi des services d'assistance aux tiers, les entités gestionnaires des aéroports sont présentes sur le marché. Elles jouissent d'une position dominante dans de nombreux aéroports de ce genre, et il est de ce fait difficile pour leurs concurrents ou pour un nouveau venu d'obtenir une part de marché (supplémentaire)».

19 — Voir, à ce sujet, décision du Conseil français de la concurrence n° 98-D-34, du 2 juin 1998, relative à la situation de la concurrence sur le marché des services d'assistance en escale à l'aéroport d'Orly et sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroports de Paris sur l'aéroport d'Orly (citée par Papy, R., op. cit.). Dans cette décision, le Conseil de la concurrence constate que, en refusant au transporteur aérien TAT l'ouverture de nouvelles lignes à partir du terminal Ouest d'Orly pour l'autoriser à les ouvrir à partir du terminal Sud d'Orly, l'entité gestionnaire de l'aéroport d'Orly, Aéroports de Paris, a abusé de la position dominante (un monopole) qu'il détient sur le marché des infrastructures aéroportuaires de l'aéroport d'Orly. Le Conseil s'appuie, notamment, sur la circonstance que, alors que TAT pratiquait l'auto-assistance en escale au terminal Ouest d'Orly, tel n'était pas le cas au terminal Sud d'Orly, où TAT était donc contrainte d'avoir recours aux services d'assistance en escale fournis par l'entité gestionnaire: «considérant […] que la société TAT qui, lorsqu'elle utilisait l'aérogare d'Orly Ouest, assurait les services d'assistance en escale pour ses vols avec ses personnels, qu'elle avait spécialement formés, a été contrainte par [Aéroports de Paris] à utiliser exclusivement des équipes d'[Aéroports de Paris] pour assurer le service de conduite des passerelles, après son transfert à l'aérogare d'Orly Sud […]; qu'en imposant ainsi à la société TAT de ne pas recourir à son propre personnel, mais d'utiliser les services d'assistance en escale qu'il propose sur l'aérogare d'Orly Sud, [Aéroports de Paris] a traité de façon discriminatoire la société TAT».

20 — De même que l'entité gestionnaire peut être tentée de faire bénéficier les transporteurs nationaux de rabais discriminatoires sur les redevances d'atterrissage (voir arrêt Portugal/Commission, C-163/99, EU:C:2001:189, point 56: «le système de rabais apparaît plus favorable à certaines compagnies aériennes, en l'occurrence de facto les compagnies aériennes nationales»).

21 — Voir, à cet égard, décision 95/364/CE de la Commission, du 28 juin 1995, au titre de l'article 90, paragraphe 3, du traité CE (JO L 216, p 8), dont le point 17 énonce: «dans le cas d'espèce, […] la [Régie des Voies Aériennes, l'entité gestionnaire de l'aéroport de Bruxelles-Zaventem] ne tente pas de fidéliser sa clientèle ou d'attirer une nouvelle clientèle […], mais l'État, par son intermédiaire, favorise une entreprise spécifique, en l'occurrence la compagnie nationale Sabena».

59. En effet, il me semble que la preuve d'un intérêt de l'entité gestionnaire à l'attribution des créneaux horaires peut s'avérer délicate à apporter. Afin d'établir que l'entité gestionnaire a, en l'espèce, un intérêt à l'attribution des créneaux horaires, la Commission devrait démontrer que celle-ci détient effectivement une participation dans le capital d'un transporteur aérien utilisant l'aéroport coordonné, qu'elle loue un terminal entier à un transporteur aérien ou qu'elle est présente sur le marché des services d'assistance en escale. Or, si l'entité gestionnaire détient la totalité du capital d'un transporteur aérien, il semble évident qu'elle doit être considérée comme une partie intéressée. Mais doit-elle l'être si elle détient seulement, par exemple, un cinquième du capital de ce transporteur? Si l'entité gestionnaire loue un terminal à un transporteur aérien, il semble évident qu'elle doit être qualifiée de partie intéressée. Mais doit-elle l'être si elle se contente de louer certains éléments d'un terminal à ce transporteur, ou si, bien que présente sur le marché des services d'assistance en escale, elle n'en détient qu'une part de marché modeste? La démonstration d'un intérêt de l'entité gestionnaire à l'attribution des créneaux horaires implique de procéder à une analyse du marché des infrastructures aéroportuaires et des marchés en aval.

60. Par ailleurs, dans une situation où l'entité gestionnaire ne tire elle-même aucun profit de l'attribution des créneaux horaires mais se contente de privilégier un transporteur national auquel elle n'est pas liée [22], je vois mal comment la Commission pourrait démontrer que l'entité gestionnaire a elle-même un intérêt à l'attribution des créneaux horaires. Une telle situation risque donc d'échapper à l'application de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, alors que, nous l'avons vu, elle est susceptible de donner lieu à des abus.

61. Par conséquent, exiger de la Commission qu'elle démontre que l'entité gestionnaire est une partie intéressée pourrait aboutir à ce que des situations dans lesquelles l'intérêt de l'entité gestionnaire à l'attribution des créneaux horaires est faible (par exemple, lorsqu'elle a une faible part du marché des services d'assistance escale) ou simplement futur (lorsqu'elle envisage de louer un terminal entier à un transporteur aérien) échappent à l'examen de la séparation fonctionnelle d'avec le coordonnateur. Or, une vérification systématique de la séparation fonctionnelle entre le coordonnateur et l'entité gestionnaire me semble seule à même de répondre à l'objectif du règlement nº 95/93, à savoir l'attribution des créneaux horaires selon «des règles neutres, transparentes et non discriminatoires» [23], ce qui implique que le coordonnateur soit d'une «neutralité […] incontestée» [24]. A fortiori, elle est seule à même de répondre à l'objectif du règlement nº 793/2004, qui est de renforcer l'indépendance du coordonnateur en plaçant celui-ci «dans une position d'indépendance totale» [25].

62. À cet égard, je souhaiterais mentionner l'arrêt Commission/Allemagne [26] qui, bien qu'il ait été rendu dans un autre domaine, celui du traitement des données à caractère personnel, me semble pertinent. La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données [27] dispose, à son article 28, paragraphe 1, que les États membres mettent en place des autorités chargées de surveiller l'application, sur leur territoire, des dispositions transposant la directive, et que ces autorités «exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies». Dans l'arrêt Commission/Allemagne, la Cour s'est prononcée sur la réglementation allemande qui soumet l'autorité de contrôle à la tutelle de l'État, plus précisément du Land concerné. Elle relève que le gouvernement de celui-ci «*peut* avoir intérêt à ne pas observer les dispositions relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel», soit parce qu'il traite lui-même de telles données, soit parce qu'il a un intérêt à avoir accès, notamment à des fins fiscales ou répressives, à des données à caractère personnel détenues par

22 — Voir point 56 des présentes conclusions.

23 — Voir deuxième considérant et article 4, paragraphe 2, sous c), du règlement nº 95/93, tel que modifié.

24 — Voir cinquième considérant du règlement nº 95/93, tel que modifié.

25 — Voir considérant 6 du règlement nº 793/2004.

26 — Arrêt Commission/Allemagne, C-518/07, EU:C:2010:125.

27 — JO L 281, p. 31.

des tiers, soit parce qu'il a un intérêt à ce que des sociétés ayant un poids économique important pour le Land ne soient pas inquiétées par les autorités de contrôle [28]. Elle en conclut que, en raison de la tutelle du Land, l'autorité de contrôle n'exerce pas sa mission en toute indépendance, comme l'exige l'article 28, paragraphe 1, de la directive 95/46 [29].

63. En d'autres termes, dans une situation proche de celle qui nous occupe, puisque, si le règlement nº 95/93, tel que modifié, ne définit pas les parties intéressées, la directive 95/46 ne précise pas davantage de quelles parties les autorités de contrôle doivent être indépendantes, la Cour considère qu'il y a atteinte à l'indépendance de l'autorité de contrôle, non pas lorsque le Land a un intérêt à influencer cette autorité, mais simplement lorsqu'il peut avoir un tel intérêt. Une telle solution est d'autant plus remarquable que l'avocat général Mazák avait conclu en sens contraire: il considérait que la Commission aurait dû apporter la preuve de l'échec du système de tutelle ou d'une pratique constante du Land consistant à perturber l'exercice indépendant de sa mission par l'autorité de contrôle [30].

64. Je propose d'adopter, dans la présente affaire, un raisonnement semblable à celui suivi par la Cour dans l'arrêt Commission/Allemagne. Il suffirait qu'une partie puisse avoir un intérêt à l'attribution des créneaux horaires pour que l'État membre concerné soit tenu d'assurer la séparation fonctionnelle entre elle et le coordonnateur. Or, s'agissant de l'entité gestionnaire, nous avons démontré précédemment qu'elle peut avoir divers intérêts à l'attribution des créneaux horaires. Ces intérêts résultent de sa qualité d'entité gestionnaire, comme les intérêts du Land énumérés par la Cour dans l'arrêt Commission/Allemagne [31] résultent de la qualité de celui-ci d'opérateur économique et d'autorité fiscale et répressive.

65. Par conséquent, la qualification de partie intéressée doit, à mon avis, être déduite de la seule qualité d'entité gestionnaire de l'aéroport coordonné.

66. En l'espèce, l'article 5, paragraphe 1, du décret-loi nº 109/2008 désigne ANA comme l'entité gestionnaire des quatre aéroports coordonnés en cause. Peu importe donc que les arguments de la Commission portent sur la qualification de partie intéressée de l'entité gestionnaire en général, et non sur la qualification de partie intéressée de l'entité gestionnaire en cause dans la présente affaire, à savoir ANA [32]. Celle-ci doit, en sa seule qualité d'entité gestionnaire, être considérée comme une partie intéressée au sens de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié.

67. Dès lors, afin d'établir que la République portugaise a manqué à ses obligations au titre de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, la Commission doit démontrer que celle-ci n'a pas assuré la séparation fonctionnelle entre la DCNS et ANA.

28 — C'est moi qui souligne. Arrêt Commission/Allemagne, C-518/07, EU:C:2010:125, dont le point 35 énonce que «le gouvernement du Land concerné peut avoir intérêt à ne pas observer les dispositions relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel lorsqu'il est question du traitement de telles données par le secteur non public. Ce gouvernement peut lui-même être une partie intéressée à ce traitement, s'il y participe ou pourrait y participer, par exemple dans le cas d'un partenariat public-privé ou dans le cadre de marchés publics avec le secteur privé. Ce gouvernement peut également avoir un intérêt spécifique s'il lui est nécessaire, voire simplement utile, d'accéder à des bases de données pour accomplir certaines de ses missions, notamment à des fins fiscales ou répressives. Ce même gouvernement peut par ailleurs avoir également tendance à privilégier des intérêts économiques dans l'application desdites dispositions par certaines sociétés importantes, d'un point de vue économique, pour le Land ou la région».

29 — Arrêt Commission/Allemagne, C-518/07, EU:C:2010:125, dont le point 36 dispose: «le seul risque que les autorités de tutelle puissent exercer une influence politique sur les autorités de contrôle suffit pour entraver l'exercice indépendant des missions de celles-ci».

30 — Conclusions de l'avocat général Mazák dans l'affaire Commission/Allemagne, C-518/07, EU:C:2009:694, dont le point 34 énonce: «nous estimons que la Commission n'a pas satisfait à la charge de la preuve qui lui incombe. Elle n'a prouvé ni l'échec du système de tutelle ni l'existence d'une pratique constante des autorités de tutelle qui consisterait en un abus de leurs compétences impliquant une perturbation de l'exercice en toute indépendance des missions dévolues aux autorités de contrôle en matière de protection des données à caractère personnel».

31 — Arrêt Commission/Allemagne, C-518/07, EU:C:2010:125.

32 — À l'exception de l'argument relatif à la privatisation de ANA, mentionné au point 33 des présentes conclusions, qui n'explique cependant pas pourquoi ANA continue à assurer la coordination après sa privatisation.

2. Sur la séparation fonctionnelle des activités du coordonnateur

68. L'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, exige, rappelons-le, que l'État membre responsable d'un aéroport coordonné veille à l'indépendance du coordonnateur en le séparant fonctionnellement de toute partie intéressée, et que le système de financement des activités des coordonnateurs soit propre à garantir leur indépendance.

69. La séparation fonctionnelle entre le coordonnateur et les parties intéressées, visée à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, doit, à mon avis, s'entendre d'une séparation des fonctions, c'est-à-dire des activités. La deuxième phrase de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, fait d'ailleurs expressément référence aux «activités» du coordonnateur, lorsqu'elle exige un système de financement «des activités des coordonnateurs» qui soit propre à garantir l'indépendance de ceux-ci. De même, avant sa modification par le règlement nº 793/2004, l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93 faisait référence aux «tâches» du coordonnateur: il prévoyait que le coordonnateur «accompli[t] en toute indépendance les tâches prévues par le présent règlement». Par conséquent, l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, impose aux États membres de veiller à ce que les activités du coordonnateur, telles que définies par ce règlement, à savoir, notamment, l'attribution des créneaux horaires aux transporteurs aériens et le contrôle du respect de ces créneaux par ces transporteurs aériens [33], soient séparées des activités des parties intéressées. En particulier, les activités du coordonnateur doivent être séparées de celles de l'entité gestionnaire de l'aéroport coordonné, qu'il s'agisse de la gestion des infrastructures aéroportuaires ou des autres tâches qu'elle est susceptible d'effectuer, par exemple la fourniture de services d'assistance en escale.

70. Le règlement nº 95/93, tel que modifié, ne donne aucune indication sur les critères de la séparation fonctionnelle.

71. Selon la Commission, bien que l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, n'exige pas que le coordonnateur soit une entité juridique distincte des parties intéressées, il convient néanmoins, si l'État membre concerné a mis en place une telle entité, d'en tenir compte aux fins de l'appréciation de la séparation fonctionnelle. Or, en l'espèce, la DCNS est une division de ANA et le personnel et les bureaux de la DCNS sont ceux de ANA. De plus, dès lors que ANA est une société anonyme, son conseil d'administration, conformément aux articles 405 et 406 du code portugais des sociétés commerciales, gère les activités de la société, y compris celles de la DCNS. Il ne saurait donc, selon la Commission, y avoir de séparation fonctionnelle entre la DCNS et ANA.

72. Il me semble que, en exigeant une séparation des seules activités, le règlement nº 95/93, tel que modifié, n'exige pas une séparation juridique, c'est-à-dire qu'il laisse les États membres décider s'ils entendent créer une entité juridique distincte pour la fonction de coordonnateur. J'examinerai brièvement ce point ci-dessous, avant de proposer, par analogie avec la jurisprudence de la Cour dans d'autres domaines, des critères d'appréciation de la séparation fonctionnelle. Je m'interrogerai ensuite sur le système de financement indépendant, expressément prévu à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, afin de déterminer s'il doit être considéré comme un critère de la séparation fonctionnelle ou comme une exigence à part entière.

a) Sur la création d'une entité juridique distincte

73. Il me semble incontestable que l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, n'impose pas aux États membres de créer une entité juridique distincte en charge de l'attribution des créneaux horaires.

33 — Voir article 4, paragraphes 5 à 8, du règlement nº 95/93, tel que modifié.

74. En effet, si l'intention du législateur de l'Union avait été d'imposer la création d'une entité juridique distincte, il l'aurait dit expressément, comme il l'a fait dans d'autres domaines [34]. De plus, la proposition de la Commission, formulée dans le cadre des travaux préparatoires du règlement nº 793/2004, d'une «séparation institutionnelle» entre le coordonnateur et les parties intéressées [35] n'a pas été retenue.

75. Au demeurant, la Commission ne soutient pas, nous l'avons vu, que le coordonnateur doit être une entité juridique distincte. Telle est également la position qu'elle avait adoptée dans sa communication de 2008 [36].

76. Peu importe donc, afin de déterminer si la République portugaise a manqué à ses obligations au titre de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, qu'elle n'ait pas doté la DCNS de la personnalité morale [37].

b) Sur les critères de la séparation fonctionnelle

77. Afin de déterminer quels sont les critères de la séparation fonctionnelle, la jurisprudence relative à l'article 28, paragraphe 1, de la directive 95/46 [38] peut, me semble-t-il, fournir quelques indications utiles pour la présente affaire. Parmi les critères pris en considération par la Cour pour déterminer si l'autorité nationale de contrôle opère en toute indépendance au sens de l'article 28, paragraphe 1, de la directive 95/46 figurent les instructions d'un tiers (l'État), qui lient l'autorité nationale de contrôle [39], le lien hiérarchique entre le personnel de l'autorité de contrôle et l'État, qui permet à celui-ci de

34 — Voir, notamment, directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (JO L 75, p. 29), dont l'article 14, paragraphe 2, exige que le gestionnaire de l'infrastructure soit «indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan *juridique*, organisationnel et décisionnel» (c'est moi qui souligne). Dans une affaire où était en cause l'indépendance de l'organisme en charge de la répartition des sillons, la Direction des circulations ferroviaires, la Cour a jugé que la réglementation française n'assurait pas l'indépendance sur le plan juridique de cet organisme parce qu'il était une division d'une entreprise ferroviaire, la Société nationale des chemins de fer français. Elle a notamment relevé que celui-ci «ne disposait pas d'une personnalité juridique distincte de celle de la [Société nationale des chemins de fer français]» (arrêt Commission/France, C-625/10, EU:C:2013:243, point 52).
Voir, également, directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre») (JO L 108, p. 33), dont l'article 3, paragraphe 2, dispose que «les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient *juridiquement distinctes* et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques» (c'est moi qui souligne).
Voir, également, directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176, p. 37), dont l'article 10, paragraphe 1, prévoit que «lorsque le gestionnaire de réseau de transport fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il doit être indépendant, au moins *sur le plan de la forme juridique*, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées au transport» (c'est moi qui souligne).

35 — Proposition de règlement COM(2001) 335 final du Parlement européen et du Conseil, du 20 juin 2001, modifiant le règlement nº 95/93, présentée par la Commission le 22 juin 2001 (JO C 270, p. 131). Voir article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, selon lequel l'État membre veille à ce que «dans le cas d'un aéroport coordonné, l'indépendance de fait du coordonnateur soit assurée en outre par la séparation *institutionnelle* et financière de toute partie intéressée» (c'est moi qui souligne).

36 — Voir point 9 des présentes conclusions. La communication de 2008 définit la séparation fonctionnelle comme impliquant, «entre autres», que le coordonnateur «agisse de manière autonome» vis-à-vis de l'entité gestionnaire, des transporteurs aériens ou des prestataires de services présents dans l'aéroport concerné, qu'il «ne reçoive pas de consignes de leur part et ne soit pas tenu de leur présenter de rapport», mais ne dit mot de la création d'une entité juridique distincte.

37 — Il est vrai que la Cour a interprété l'article 6 de la directive 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication (JO L 131, p. 73), qui disposait que l'agrément des terminaux de télécommunication est effectué «par une entité indépendante» des entreprises publiques et privées offrant des biens ou des services de télécommunications, comme interdisant de confier la délivrance d'un tel agrément à une direction du ministère des postes et télécommunications parce que celui-ci était également chargé, notamment, de l'exploitation du réseau (arrêt Taillandier, C-92/91, EU:C:1993:854, point 15). Cependant, outre que cette disposition fait référence à une «entité» indépendante, là où l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº95/93, tel que modifié, se contente d'exiger «l'indépendance» du coordonnateur, une telle interprétation irait à l'encontre des travaux préparatoires du règlement nº 793/2004, mentionnés au point 74 des présentes conclusions.

38 — Voir point 62 des présentes conclusions. Il est vrai que, contrairement à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, cette disposition n'exige pas la séparation fonctionnelle des autorités de contrôle du traitement des données à caractère personnel. Cependant, elle fait référence à l'exercice «en toute indépendance» de leurs missions par ces autorités et fait ainsi écho à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, aux termes duquel la séparation fonctionnelle du coordonnateur n'est qu'un moyen d'assurer son indépendance. L'État membre doit en effet veiller «à l'indépendance du coordonnateur *en* le séparant fonctionnellement de toute partie intéressée» (c'est moi qui souligne).

39 — Arrêts Commission/Autriche, C-614/10, EU:C:2012:631, point 42, et Commission/Hongrie, C-288/12, EU:C:2014:237, point 52.

contrôler les activités de ce personnel et d'entraver, le cas échéant, son avancement [40], la circonstance que le personnel de l'autorité nationale de contrôle est composé entièrement de fonctionnaires fédéraux, c'est-à-dire qu'elle est imbriquée dans l'administration fédérale [41], et la possibilité de mettre fin de manière anticipée au mandat de l'autorité nationale de contrôle [42].

78. La Cour a retenu des critères similaires pour apprécier si l'entité chargée de l'agrément des terminaux de télécommunication était, comme l'exige l'article 6 de la directive 88/301, «indépendante» [43] (personnel composé de membres du tiers intéressé) [44], ou pour apprécier si l'autorité chargée d'émettre un avis sur l'incidence environnementale d'un plan répondait à l'exigence de «séparation fonctionnelle» (moyens administratifs et humains qui soient propres à l'autorité) [45].

79. Les critères énumérés aux points 77 et 78 des présentes conclusions me semblent pouvoir être transposés à l'appréciation de la séparation fonctionnelle du coordonnateur, prévue à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié. Je vois mal, en effet, comment le coordonnateur pourrait prétendre à l'indépendance s'il reçoit d'une partie intéressée des instructions qui le lient, s'il ne dispose pas de son propre personnel, ou s'il existe un lien hiérarchique entre ce personnel et une partie intéressée. D'autres critères devraient être pris en considération, notamment la circonstance, le cas échéant, que le coordonnateur est doté de la personnalité juridique. Comme le soutient la Commission, si le règlement nº 95/93, tel que modifié, n'impose pas la création d'une entité juridique distincte, un tel élément n'en est pas moins pertinent aux fins de l'appréciation de l'indépendance du coordonnateur.

c) Sur le système de financement indépendant

80. Quant au système de financement indépendant, expressément prévu à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, s'agit-il d'un critère d'appréciation de la séparation fonctionnelle du coordonnateur ou d'une condition à part entière, qui s'ajouterait à celle de la séparation fonctionnelle?

81. Si le système de financement indépendant devait être considéré comme une condition à part entière, alors la violation de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, devrait être constatée dès lors que le coordonnateur n'est pas indépendant financièrement, même s'il satisfait à l'exigence de séparation fonctionnelle des parties intéressées, définie au moyen des critères résumés aux points 77 à 79 des présentes conclusions. Si, en revanche, le financement indépendant n'est que l'un des critères de la séparation fonctionnelle, alors la violation de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, ne saurait être établie au seul motif du défaut d'indépendance financière du coordonnateur.

82. J'estime que l'existence d'un système de financement indépendant doit être considérée comme un simple critère de la séparation fonctionnelle du coordonnateur.

40 — Arrêt Commission/Autriche, C-614/10, EU:C:2012:631, points 48 à 51.

41 — Arrêt Commission/Autriche, C-614/10, EU:C:2012:631, point 61.

42 — Arrêt Commission/Hongrie, C-288/12, EU:C:2014:237, point 55.

43 — Voir note 37 en bas de page des présentes conclusions.

44 — Arrêt Tranchant, C-91/94, EU:C:1995:374, dont le point 21 énonce que le directeur du laboratoire chargé d'effectuer les essais préalables à l'agrément des terminaux de télécommunication était un agent de France Télécom, l'exploitant du réseau de télécommunications.

45 — La directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement (JO L 197, p 30) dispose, à son article 6, paragraphe 3, que les États membres désignent des autorités qui sont consultées sur l'incidence environnementale de certains plans et programmes. Alors que cette disposition n'exige pas que ces autorités soient indépendantes, ni qu'elles soient séparées fonctionnellement des parties qui élaborent ces plans, la Cour a introduit une telle exigence. Elle a jugé que, si, selon la réglementation d'un État membre, une même autorité est chargée à la fois d'élaborer un plan et de donner son avis sur les incidences environnementales de celui-ci, une «séparation fonctionnelle» doit être organisée en son sein. La Cour a défini cette séparation fonctionnelle comme «impliquant notamment [que l'entité en question] soit pourvue de moyens administratifs et humains qui lui sont propres» (arrêt Seaport (NI) e.a., C-474/10, EU:C:2011:681, point 42).

83. En effet, aucune conjonction de coordination ne relie les deux phrases de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié. Rien dans la lettre de cet article ne suggère donc que la deuxième phrase, qui formule l'exigence d'un système de financement indépendant, s'ajoute à la première, qui fait obligation aux États membres d'assurer la séparation fonctionnelle entre le coordonnateur et les parties intéressées.

84. En outre, je relève que, dans le cadre des travaux préparatoires du règlement nº 793/2004, la Commission avait proposé de modifier l'article 4, paragraphe 2, du règlement nº 95/93 de manière à ce qu'il prévoie que «l'indépendance de fait du coordonnateur soit assurée en outre par la séparation institutionnelle *et financière* de toute partie intéressée» et que l'État membre veille «à ce que des ressources suffisantes soient disponibles afin que le financement des activités de coordination n'affecte pas son indépendance» [46]. Le Comité économique et social avait, quant à lui, souligné que «les États membres doivent défrayer les coordonnateurs de façon à leur permettre de poursuivre leur mandat et de respecter les principes qui leur ont été fixés en toute liberté» [47]. Or, ces propositions n'ont pas été retenues. En effet, l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, ne prévoit pas que les frais du coordonnateur lui soient remboursés (qu'il soit «défrayé», selon l'expression du Comité économique et social), encore moins qu'il dispose de son propre budget.

85. Il ressort donc des travaux préparatoires que les États membres n'ont pas l'obligation de mettre à la disposition du coordonnateur les ressources suffisantes à couvrir ses frais de fonctionnement. Ils n'ont pas non plus, me semble-t-il, l'obligation de le doter d'un budget *séparé*, puisque le législateur de l'Union s'est refusé à exiger la *séparation* financière du coordonnateur. Dans ces conditions, il serait incohérent, à mon sens, de considérer que le système de financement indépendant est une condition à part entière, puisque les États membres conservent une marge de manœuvre considérable quant aux moyens d'assurer un tel financement. Cette marge de manœuvre va, notamment, jusqu'à les autoriser à ne pas doter le coordonnateur de ressources suffisantes à couvrir ses frais de fonctionnement, ce qui semble pourtant la condition sine qua non de son indépendance financière.

86. Je souligne, à cet égard, que la communication de 2008, qui fait référence à la tenue d'une comptabilité séparée par le coordonnateur ainsi qu'à un budget distinct et à la diversification de ses sources de financement [48], ne saurait en aucun cas être considérée comme imposant de telles obligations aux États membres. En effet, le règlement nº 95/93, tel que modifié, a pour base juridique l'article 84, paragraphe 2, du traité instituant la Communauté économique européenne, lequel donnait compétence au Conseil, statuant à la majorité qualifiée, pour adopter des dispositions dans le domaine aérien. Seul le Conseil était donc compétent pour imposer aux États membres des obligations non prévues par le règlement nº 95/93, tel que modifié, et non la Commission, au moyen d'une communication.

87. Au demeurant, telle ne semble pas avoir été l'intention de la Commission. En effet, la communication de 2008 précise, dans son introduction, que son objet est simplement «d'exposer la position de la Commission» [49]. De plus, c'est au conditionnel que la Commission fait référence à la tenue d'une comptabilité séparée par le coordonnateur ainsi qu'au budget distinct et au financement par plusieurs parties [50].

46 — Voir note 35 en bas de page des présentes conclusions. (C'est moi qui souligne).

47 — Avis du Comité économique et social, du 20 mars 2002, sur la «Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement nº 95/93» (JO C 125, p 8), points 4.5.2.1 et 5.2.

48 — Voir point 9 des présentes conclusions.

49 — Voir introduction de la communication de 2008, p. 3. Voir, également, conclusions de la communication de 2008, p. 8, qui indiquent que, «[…] au vu des résultats, la Commission déterminera s'il est nécessaire de présenter une proposition de modification du règlement».

50 — Voir communication de 2008, point 1, p. 4: «[…] *il conviendrait* donc que le coordonnateur tienne des comptabilités séparées et gère des budgets distincts, et que le financement de ses activités ne dépende pas uniquement du gestionnaire de l'aéroport, d'un prestataire de services ou d'un seul transporteur aérien» (c'est moi qui souligne).

88. Je relève, enfin, que la communication de 2008 n'a pas fait l'objet d'une publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, qu'elle a été adoptée quatre ans après le règlement nº 793/2004, et que, bien que la Commission ait présenté, le 1er décembre 2011, une proposition qui reprend en partie le contenu de la communication de 2008, celle-ci n'a, à ce jour, pas donné lieu à une modification du règlement nº 95/93 [51].

89. La Commission ne saurait donc utilement s'appuyer sur la communication de 2008 pour établir que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent [52].

d) Application au cas d'espèce

90. À mon avis, la Commission n'a pas démontré qu'il n'y avait pas séparation fonctionnelle entre la DCNS et ANA.

91. Certes, la circonstance que la DCNS est une division de ANA plutôt qu'une entité distincte dotée de la personnalité morale ne plaide pas en faveur de son indépendance. Il en va de même de la circonstance que la DCNS est entièrement financée par ANA, puisque la redevance d'attribution des créneaux, prévue à l'article 11 du décret-loi nº 109/2008, n'a pas été mise en place et que son budget soit approuvé par ANA.

92. Cependant, ces deux éléments doivent être mis en balance avec la circonstance que la DCNS dispose de son propre personnel, et que la Commission n'a pas démontré que ANA a la faculté de s'immiscer dans l'attribution des créneaux horaires.

93. Premièrement, la Commission ne conteste pas que la DCNS ait son propre personnel, qui se consacre exclusivement aux activités d'attribution des créneaux horaires. Elle n'apporte aucun élément tendant à démontrer qu'il existe un lien hiérarchique entre le personnel de la DCNS et celui de ANA, par exemple que la direction de ANA décide de l'avancement du personnel de la DCNS ou peut lui imposer des sanctions. L'unique argument développé par la Commission à cet égard tient à l'absence d'une «muraille de Chine» entre la DCNS et ANA, c'est-à-dire d'une organisation interne à ANA qui empêche la circulation d'informations confidentielles entre la DCNS et les autres divisions de ANA. Un tel argument n'emporte pas la conviction, car je vois mal comment l'exigence d'une «muraille de Chine» pourrait être déduite de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, qui ne fait aucune référence au personnel du coordonnateur.

94. Deuxièmement, la Commission n'a pas établi que ANA peut donner des instructions à la DCNS. Elle ne saurait, à cette fin, se contenter de considérations générales relatives au droit des sociétés portugais, selon lesquelles le conseil d'administration de toute société anonyme, comme ANA, gère les activités de la société, divisions comprises, et examine le rapport annuel et les comptes annuels de la société, y compris la comptabilité séparée de la DCNS. En effet, soutenir qu'il n'y a pas séparation fonctionnelle entre la DCNS et ANA parce que le conseil d'administration de ANA gère les activités de la société revient en réalité, me semble-t-il, à soutenir qu'il n'y a pas séparation fonctionnelle parce

51 — Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de l'Union européenne (Refonte) du 1er décembre 2011 [COM(2011) 827 final]. La proposition de la Commission introduit un nouvel alinéa dans l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, [devenu article 5, paragraphe 3, sous c)]:
«le financement prévu au point c) est assuré par les transporteurs aériens qui opèrent dans les aéroports coordonnés et par les aéroports, de manière à garantir une distribution équitable de la charge financière entre toutes les parties intéressées et à éviter à ce que le financement dépende principalement d'une seule partie intéressée. Les États membres veillent à ce que le coordonnateur dispose en permanence des ressources nécessaires, tant financières qu'humaines, techniques et matérielles, ainsi que de l'expertise pour mener à bien ses activités».

52 — Voir, à cet égard, conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire Commission/Allemagne, C-556/10, EU:C:2012:528, point 60 et arrêt Commission/Allemagne, C-556/10, EU:C:2013:116, point 62.

que la DCNS est une division de la société anonyme qu'est ANA. Or, dès lors que l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, n'impose pas aux États membres une séparation juridique entre le coordonnateur et les parties intéressées, mais une simple séparation fonctionnelle, l'argumentation développée par la Commission ne saurait prospérer [53].

95. Je relève, à cet égard, que la Commission ne s'est pas penchée sur le processus décisionnel de la DCNS, n'a pas cherché à savoir si les organes dirigeants de cette division tenaient ceux de ANA informés et les consultaient avant l'adoption de décisions, s'ils étaient susceptibles de recevoir de ANA des instructions sur des cas individuels, de simples orientations générales, ou s'ils ne recevaient de ANA aucune directive. Un tel examen aurait été d'autant plus nécessaire que la République portugaise affirme, dans ses mémoires en défense et en duplique, que les décisions de la DCNS ne sont soumises ni à l'appréciation ni à l'approbation du conseil d'administration de ANA.

96. Troisièmement, il n'est pas contesté que la DCNS tient une comptabilité séparée. L'article 5, paragraphe 2, du décret-loi nº 109/2008 le prévoit expressément [54].

97. Quant à la circonstance que, lors de la privatisation de ANA, la République portugaise a annoncé la création d'une entité indépendante qui sera chargée de l'attribution des créneaux horaires, je relève, d'une part, que la décision de privatiser ANA précède d'un mois seulement l'avis motivé [55] et qu'il semble que la privatisation ait été réalisée un mois après cet avis motivé [56] et, d'autre part, que, si l'État portugais ne souhaite pas déléguer l'activité de coordination à une entreprise privée, ce que le règlement nº 95/93, tel que modifié, ne lui interdit pas, il se retrouve contraint de créer une nouvelle entité à cette fin dès lors qu'il privatise l'entité gestionnaire, dont le coordonnateur était une division.

98. Enfin, il est vrai que, interrogée à l'audience, la République portugaise n'a pas pu préciser selon quelle procédure et quelles modalités est désigné le coordonnateur. Cependant, outre que la Commission n'a abordé ce point ni dans sa requête ni dans son mémoire en réplique, je souligne que ces éléments relèvent de l'article 4, paragraphe 1, du règlement nº 95/93, tel que modifié, qui impose aux États membres de veiller à la nomination comme coordonnateur d'une personne qualifiée, plutôt que de l'article 4, paragraphe 2, de ce règlement. Or, c'est à ses obligations au titre du seul paragraphe 2 que la Commission reproche à la République portugaise d'avoir manqué, car elle ne fait nulle part mention du paragraphe 1.

99. Par conséquent, la Commission n'a pas démontré que la République portugaise a manqué à l'obligation qui lui incombe au titre de l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93, tel que modifié, de veiller à ce que le coordonnateur soit indépendant de l'entité gestionnaire des aéroports coordonnés.

VI – Conclusion

100. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour:

1) de rejeter comme irrecevables les demandes de la République portugaise tendant à ce que la Cour déclare que l'actuel coordonnateur respecte les exigences tenant à l'indépendance fonctionnelle prévue à l'article 4, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 95/93 du Conseil, du 18 janvier 1993, fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la

53 — Voir, à cet égard, arrêt Commission/France, C-625/10, EU:C:2013:243, point 67.

54 — Voir point 13 des présentes conclusions.

55 — La décision de privatiser ANA a été adoptée le 28 décembre 2012 et l'avis motivé le 25 janvier 2013. Voir points 15 et 20 des présentes conclusions.

56 — Selon la Commission, la cession aurait eu lieu le 21 février 2013.

Communauté, tel que modifié par le règlement (CE) nº 793/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, et que la République portugaise remplit les obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union;

2) de rejeter le recours, et

3) de condamner la Commission européenne aux dépens.