

DÉCISION D'EXÉCUTION (UE) 2017/132 DE LA COMMISSION**du 24 janvier 2017****relative à l'applicabilité de l'article 34 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil aux marchés attribués pour la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires pour le fret en Autriche***[notifiée sous le numéro C(2017) 260]***(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi)****(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)**

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ⁽¹⁾, et notamment son article 30, paragraphe 5,vu la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ⁽²⁾, et notamment son article 35, paragraphe 3,

vu la demande introduite par Flughafen Wien,

considérant ce qui suit:

1. CADRE FACTUEL**1.1. La demande**

- (1) Le 16 janvier 2015, la Commission a reçu de Flughafen Wien (aéroport de Vienne, ci-après le «demandeur») une demande au titre de l'article 30 de la directive 2004/17/CE (ci-après la «demande»).
- (2) La demande portait sur des activités en rapport avec l'exploitation d'une aire géographique aux fins de mettre à disposition des infrastructures aéroportuaires sur le territoire autrichien ⁽³⁾.
- (3) La demande est accompagnée d'un avis rendu par l'autorité indépendante compétente pour les services aéroportuaires en Autriche, le ministère fédéral des transports, de l'innovation et de la technologie (ci-après le «BMVIT»), en date du 22 décembre 2014. Cet avis (ci-après l'«avis») traite de la question de savoir s'il existe un libre accès au marché et si les activités visées par la demande sont directement exposées à la concurrence.
- (4) En 2010, le demandeur a pris contact une première fois avec la Commission afin de discuter, de manière informelle, des possibilités d'une exemption des règles relatives à la passation des marchés publics. Les premiers échanges de points de vue étaient basés sur un projet de demande examiné lors d'une réunion le 17 mars 2010. À la suite de cette réunion, la Commission a transmis une liste écrite informelle d'observations et de questions au demandeur le 12 avril 2010.
- (5) Le 26 septembre 2013, le demandeur a soumis un projet de demande mis à jour. La Commission lui a ensuite transmis ses observations par écrit (par lettre du 15 novembre 2013). Le demandeur a répondu à la lettre de la Commission le 2 avril 2014 et un nouvel échange informel de points de vue a eu lieu lors d'une réunion organisée le 26 juin 2014.

⁽¹⁾ JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ JO L 94 du 28.3.2014, p. 243.

⁽³⁾ Si le demandeur est l'aéroport de Vienne, la demande porte sur l'activité de mise à disposition d'aéroports en Autriche et couvre donc tous les aéroports autrichiens.

- (6) Le 16 janvier 2015, le demandeur a introduit formellement sa demande d'exemption.
- (7) Le 5 février 2016, le demandeur a retiré cette demande, dans la mesure où la vente au détail était concernée ⁽¹⁾.
- (8) La législation autrichienne relative à la passation de marchés publics ⁽²⁾ permet aux entités adjudicatrices de soumettre des demandes au titre de l'article 30 de la directive 2004/17/CE.
- (9) L'aéroport de Vienne se présente comme une entité adjudicatrice conformément à l'article 4, paragraphe 1, point b), de la directive 2014/25/UE, dans la mesure où il exerce une activité liée à l'exploitation d'une aire géographique aux fins de mettre des aéroports à disposition au titre de l'article 12 de la directive 2014/25/UE et agit sur la base d'un droit spécial au sens de l'article 4, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE.
- (10) À la suite d'un premier examen de cette demande, la Commission a estimé qu'elle ne contenait pas les informations nécessaires à une évaluation adéquate des critères applicables aux fins d'une exemption des règles relatives à la passation des marchés publics.
- (11) Le 27 février 2015, la Commission a invité le demandeur à compléter la demande avec les informations manquantes et à fournir des éléments probants empiriques à l'appui de la définition du marché retenue, ainsi que des données plus fiables sur la situation de concurrence sur chacun des marchés. Le demandeur a transmis ses réponses par courriers électroniques des 4 et 15 septembre 2015. Le 21 septembre 2015 et le 23 octobre 2015, la Commission a invité le demandeur à apporter des précisions supplémentaires à sa réponse du 15 septembre 2015. Elle a reçu les réponses du demandeur respectivement le 14 octobre 2015 et le 5 février 2016. Étant donné que les réponses n'ont pas été reçues dans les délais fixés par la Commission, le délai prévu pour l'adoption d'une décision a été suspendu pendant la période allant de l'expiration du délai établi dans la demande de renseignements (13 mars 2015) à la réception des informations complètes (5 février 2016). Une extension supplémentaire du délai a été mutuellement convenue entre les parties. Le nouveau délai pour l'adoption de la décision a été fixé au 29 juillet 2016.
- (12) Dans le même temps, le 20 avril 2015, la Commission a demandé des renseignements complémentaires aux autorités autrichiennes. Celles-ci ont transmis leurs réponses par courriers électroniques en date du 3 juillet 2015.
- (13) Un nouvel échange de correspondance a eu lieu concernant le statut juridique du demandeur en tant qu'entité adjudicatrice. Le 22 avril et le 19 mai 2016, la Commission a sollicité des informations complémentaires auprès du demandeur. Le demandeur a répondu respectivement le 4 mai et le 1^{er} juillet 2016. En outre, la Commission a demandé un complément d'information à ce sujet de la part des autorités autrichiennes, le 11 juillet et le 23 septembre 2016. Les autorités autrichiennes ont répondu respectivement le 31 août et le 30 septembre 2016.
- (14) Le 5 juillet 2016, compte tenu de la nécessité d'obtenir et d'examiner les renseignements complémentaires, le délai pour l'adoption d'une décision de la Commission sur la présente affaire a été prorogé avec l'accord des parties au 31 octobre 2016.
- (15) Étant donné que les réponses à la demande d'informations n'ont pas été reçues dans les délais fixés par la Commission, le délai prévu pour l'adoption d'une décision a été suspendu pendant la période allant de l'expiration du délai établi dans la demande de renseignements (9 août 2016) à la réception des informations complètes (31 août 2016) et le nouveau délai d'adoption d'une décision de la Commission a été fixé au 23 novembre 2016.
- (16) Le 8 novembre 2016, le demandeur a retiré la demande, dans la mesure où elle s'étend à la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires en matière de trafic de passagers, d'assistance en escale et de stationnement. La demande a donc été maintenue uniquement en ce qui concerne la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires pour le fret. Un nouveau délai pour l'adoption d'une décision de la Commission a été mutuellement convenu par les parties le 18 novembre 2016. Ce délai a été fixé au 31 janvier 2017.

⁽¹⁾ Voir la lettre du demandeur du 5 février 2016, p. 1.

⁽²⁾ Bundesvergabegesetz, section 179(5).

- (17) Le 23 septembre 2015, l'International Air Transport Association (IATA) a soumis un avis à titre volontaire sur l'évaluation de la concurrence dans le secteur aéroportuaire autrichien dans le cadre de la demande d'exemption des règles relatives à la passation des marchés publics. Cette soumission était basée sur l'avis ⁽¹⁾ d'ouverture de la présente procédure. Le document de prise de position est axé sur l'évaluation de la mise à disposition de services internationaux de transport aérien de passagers origine-destination.

1.2. Le secteur aéroportuaire en Autriche

- (18) Il existe actuellement six aéroports commerciaux en Autriche, à savoir l'aéroport de Vienne (ci-après désigné par son code IATA, «VIE»), l'aéroport de Graz (ci-après «GRZ»), l'aéroport d'Innsbruck (ci-après «INN»), l'aéroport de Klagenfurt (ci-après «KLU»), l'aéroport de Linz (ci-après «LNZ») et l'aéroport de Salzbourg (ci-après «SZG»).
- (19) L'opérateur de VIE est une société anonyme ⁽²⁾ cotée à la bourse de Vienne depuis 1992, tandis que les opérateurs des autres aéroports autrichiens sont tous des sociétés anonymes.
- (20) Les six aéroports commerciaux autrichiens ont accueilli un total de 26,3 millions de passagers en 2013 ⁽³⁾ et environ [...] ⁽⁴⁾ tonnes de fret par an ⁽⁵⁾.

2. CADRE JURIDIQUE

- (21) La directive 2014/25/UE s'applique à l'attribution de marchés destinés à permettre la poursuite d'activités relatives à la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires, à moins que ces activités ne soient exemptées au titre de l'article 34 de cette directive.
- (22) Conformément à l'article 34 de la directive 2014/25/UE, les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée par la directive ne sont pas soumis à ladite directive, si, dans l'État membre où l'activité est exercée, celle-ci est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. L'exposition directe à la concurrence est évaluée en fonction de critères objectifs prenant en considération les caractéristiques spécifiques du secteur concerné. L'accès au marché est réputé non limité dès lors que l'État membre a transposé et appliqué la législation pertinente de l'Union européenne concernant l'ouverture totale ou partielle du secteur en cause. Les différents actes concernés sont énumérés à l'annexe III de la directive 2014/25/UE. Toutefois, cette annexe ne mentionne aucune législation pertinente libéralisant ce secteur pour la mise à disposition d'installations aéroportuaires. Par conséquent, la liberté d'accès au marché ne peut être présumée et doit être démontrée en fait et en droit.
- (23) L'exposition directe à la concurrence devrait être évaluée sur la base de différents indicateurs dont aucun n'est, nécessairement, déterminant en soi. S'agissant des marchés concernés par la présente décision, les parts de marché représentent un critère qui devrait être pris en considération. Compte tenu des caractéristiques des marchés concernés, d'autres critères pourraient également être pris en compte.
- (24) La présente décision est sans préjudice de l'application des règles concernant la concurrence et d'autres dispositions du droit de l'Union. En particulier, les critères et la méthodologie utilisés pour évaluer l'exposition directe à la concurrence en vertu de l'article 34 de la directive 2014/25/UE ne sont pas nécessairement identiques à ceux utilisés pour effectuer une évaluation en vertu de l'article 101 ou 102 du traité ou du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil ⁽⁶⁾. Ce point a également été retenu par le Tribunal dans un récent arrêt ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ JO C 93 du 20.3.2015, p. 22.

⁽²⁾ VIE est détenu en dernier ressort à 40 % par les autorités régionales au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE, mais son statut juridique d'entreprise publique, au sens de l'article 2, paragraphe 1, point b), de la directive 2004/17/CE, a été confirmé par le Bundesvergabeamt (réf. Bundesvergabeamt, N/0117-BVA/02/2009-24 et Bundesvergabeamt, N/0117-BVA/02/2009-EV8).

⁽³⁾ D'après l'étude «The Austrian Aviation sector in the context of business location Austria», juin 2014, p. 3.

⁽⁴⁾ Informations confidentielles.

⁽⁵⁾ Selon les informations fournies dans l'annexe 7, le total des volumes de fret était de 226 606 tonnes en 2010, 208 913 tonnes en 2011 et 188 261 tonnes en 2012.

⁽⁶⁾ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises («le règlement CE sur les concentrations») (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1).

⁽⁷⁾ Arrêt du 27 avril 2016, Österreichische Post AG/Commission, T-463/14, EU:T:2016:243, point 28.

- (25) Il convient de garder à l'esprit que la présente décision a pour objectif d'établir si les services visés par la demande sont exposés à un niveau de concurrence (sur les marchés dont l'accès n'est pas limité au sens de l'article 34 de la directive 2014/25/UE) susceptible de garantir que, même en l'absence de la discipline qu'imposent les règles détaillées de passation des marchés fixées par la directive 2014/25/UE, la passation de marchés pour les activités concernées reposera sur des procédures transparentes et non discriminatoires et sur des critères permettant aux acheteurs de retenir la solution globalement la plus avantageuse sur le plan économique.

3. ÉVALUATION

3.1. Libre accès au marché

- (26) En l'espèce, l'activité concernée est la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires pour le fret.
- (27) En ce qui concerne la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires, il n'existe pas de législation de l'Union sur la base de laquelle le libre accès au marché peut être présumé et il est donc nécessaire d'effectuer l'analyse requise en se fondant sur la jurisprudence existante de la Cour de justice en ce qui concerne la liberté d'établissement prévue à l'article 49 du TFUE.
- (28) D'après le demandeur, l'accès au marché n'est pas limité en droit. En Autriche, la section 71(1) de la *Luftfahrtgesetz* (LFG, loi sur l'aviation) dispose qu'un opérateur demandant une autorisation pour un aéroport civil peut recevoir une «licence d'aéroport civil» si le plan de création de l'aéroport est approprié d'un point de vue technique et qu'une gestion sûre de cet aéroport peut être escomptée, si l'opérateur est fiable, adéquat et possède suffisamment de ressources financières et s'il n'existe aucun «autre intérêt public» en conflit. À cet égard, conformément à la section 71(2) de la LFG, un aéroport public planifié est considéré comme ne relevant pas de l'intérêt public si les trois conditions suivantes sont remplies simultanément: i) l'aéroport se trouve à moins de 100 km d'un aéroport public existant; ii) l'aéroport est susceptible de nuire aux fonctions de transport d'un aéroport existant et iii) l'aéroport existant est apte et disposé à reprendre dans un délai de six mois les futures responsabilités de l'aéroport planifié.
- (29) Il est utile de rappeler que, selon une jurisprudence constante, un régime d'autorisation préalable ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver les dispositions du droit de l'Union de leur effet utile ⁽¹⁾. Pour qu'un régime d'autorisation préalable soit justifié alors même qu'il déroge au principe fondamental de la libre prestation des services, il doit, en tout état de cause, être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas exercé de manière arbitraire ⁽²⁾.
- (30) En outre, si le système d'autorisation impose des conditions relatives à la distance minimale entre les entreprises, ce système peut être considéré comme justifié s'il est en principe propre à atteindre l'objectif visant à assurer la fourniture de services au public, tels que la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires et de services connexes, et s'il est sûr et de qualité ⁽³⁾. Selon la jurisprudence de la Cour, la législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif recherché que si elle répond véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique ⁽⁴⁾.
- (31) S'agissant du deuxième critère établissant une présomption d'absence d'intérêt public, c'est-à-dire la condition que l'aéroport planifié soit susceptible de nuire aux fonctions de transport d'un aéroport existant, le demandeur invoque un arrêt rendu dans une affaire relative au code autrichien sur les voies de transport motorisé ⁽⁵⁾ (*Kraftfahriniengesetz*, KfLg), dans lequel la Cour administrative suprême autrichienne (VwGH) avait considéré que le deuxième critère ne devait pas être interprété dans le sens où une entreprise existante devrait être protégée de la concurrence. Toutefois, selon la Cour administrative suprême autrichienne, même si le détenteur d'une nouvelle concession peut être contraint d'accepter pour son entreprise la concurrence d'autres entreprises, ce principe

⁽¹⁾ Affaire C-157/99, Smits et Peerbooms, Rec. 2001, ECLI:EU:C:2001:404, point 90; affaire C-385/99, Müller-Fauré et van Riet, Rec. 2003, ECLI:EU:C:2003:270, point 84; affaire C-372/04, Watts, Rec. 2006, ECLI:EU:C:2006:325, point 115. Le point 70 est tiré des conclusions de l'avocat général et le point 115 est tiré de l'arrêt.

⁽²⁾ Affaire C-205/99, Analir e.a., Rec. 2001, ECLI:EU:C:2001:107, point 38; affaire C-372/04, Watts, Rec. 2006, ECLI:EU:C:2006:325, point 116.

⁽³⁾ Affaires jointes C-570/07 et C-571/07, Blanco Pérez et Chao Gómez, Rec. 2010, ECLI:EU:C:2010:300, point 94.

⁽⁴⁾ Voir, par exemple, l'affaire C-169/07, Hartlauer, Rec. 2009, ECLI:EU:C:2009:141, point 55; et les affaires jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Placanica e.a., Rec. 2007, ECLI:EU:C:2007:133, points 53 et 58.

⁽⁵⁾ Arrêt du 25 mars 2009, 2008/03/0090.

trouve ses limites lorsque le détenteur de concession existant risque une perte de recettes mettant manifestement en péril l'exploitation économique d'une liaison existante. En outre, toujours selon cette Cour, une détérioration de nature purement transitoire du rapport entre les revenus et les coûts, qu'elle soit due à des fluctuations saisonnières, à des facteurs externes transitoires ou à des investissements dans une liaison que le détenteur de la concession entend amortir sur une période donnée, ne saurait justifier un refus d'octroi d'une nouvelle concession.

- (32) Au vu de ce qui précède, il ressort que, selon la Cour administrative suprême autrichienne, le deuxième critère n'a pas pour but de limiter la concurrence à proprement parler, mais de limiter les possibilités de décisions arbitraires de l'autorité chargée d'octroyer les concessions. On peut également déduire de l'arrêt de la Cour administrative suprême autrichienne qu'un système d'autorisations définissant des critères spécifiques pour l'établissement d'une présomption d'absence d'intérêt public pour un nouvel aéroport a été établi sur l'hypothèse que le nouvel aéroport fournirait des services sûrs et de qualité. La législation autrichienne pertinente ainsi que l'interprétation du deuxième critère susmentionné par la Cour administrative suprême autrichienne semblent répondre véritablement au souci d'atteindre les objectifs de la législation d'une manière cohérente et systématique. Dès lors, aux fins de la présente décision, il peut être conclu que les conditions d'octroi d'une licence pour l'établissement d'un aéroport en Autriche répondent aux critères d'objectivité, de non-discrimination et de transparence et que, dès lors, l'accès au marché dans le but de mettre à disposition des infrastructures aéroportuaires peut être considéré comme libre en droit.
- (33) S'agissant de l'évaluation de l'accès libre au marché en fait, le demandeur affirme que l'accès n'est pas limité puisque de nouveaux aéroports commerciaux sont actuellement construits. À titre d'exemples, le demandeur cite l'aéroport de Berlin-Brandebourg et l'aéroport de Lublin. Selon le demandeur, l'aéroport de Berlin-Brandebourg est considéré par le groupe Lufthansa et le groupe airberlin comme une solution concrète de substitution à l'aéroport de Vienne. Par ailleurs, les aéroports militaires peuvent être adaptés afin de servir d'aéroports commerciaux, comme c'est le cas de GRZ et LNZ en Autriche. Le demandeur affirme également que les aéroports commerciaux existants peuvent s'étendre, comme c'est notamment le cas des aéroports de Francfort-Hahn et de Weeze en Allemagne.
- (34) Sur la base des informations soumises par le demandeur, il est difficile de déterminer de façon concluante si l'accès au marché de la création de nouveaux aéroports est limité en fait. La création d'un nouvel aéroport nécessite la réalisation d'investissements majeurs en capital, ce qui engendre un risque significatif de fonds perdus susceptible de décourager les nouveaux venus potentiels. Il semble néanmoins que ces coûts fassent partie des risques commerciaux normaux qu'un entrant doit supporter lorsqu'il décide de créer un nouvel aéroport. Aucune information n'indique l'existence d'obstacles concrets à l'entrée sur le marché en question, hormis le risque commercial normal inhérent à la réalisation d'un investissement majeur portant sur la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires. Aux fins de la présente décision, il est dès lors supposé que l'accès au marché est libre en fait.

3.2. Appréciation de la concurrence — Analyse du marché

- (35) La présente section vise à déterminer si la deuxième condition d'exemption est remplie, autrement dit, si l'activité visée par la demande et qui satisfait au critère de libre accès au marché en droit et en fait est directement exposée à la concurrence. À cette fin, le marché de produits et le marché géographique correspondant sont définis et, sur cette base, une analyse du marché est effectuée.

3.2.1. Définition du marché de produits

- (36) Selon les décisions antérieures de la Commission ⁽¹⁾, les marchés de produits suivants ont été considérés comme des marchés de produits pertinents aux fins de l'application du droit de la concurrence de l'Union aux aéroports et compagnies aériennes: i) mise à disposition de services d'infrastructures aéroportuaires (y compris développement, maintenance, utilisation et mise à disposition des infrastructures de pistes, des voies de circulation et autres structures aéroportuaires, ainsi que coordination et contrôle des activités réalisées dans ces infrastructures); ii) fourniture (ou sous-traitance) de services d'assistance en escale; et iii) fourniture (ou sous-traitance) de services commerciaux connexes (par exemple alimentation et boissons ou vente d'espaces publicitaires) ⁽²⁾.

⁽¹⁾ M.7398 — Mirael/Ferrovial/NDH1, considérant 19; M.786 — Birmingham International Airport, considérant 15, M.6732 — Ferrovial/Qatar Holding/CDPQ/Baker Street/BAA, considérant 21; M.5652 — GIP/Gatwick Airport, considérant 21; M.1035 — Hochtief/Aer Rianta/Düsseldorf Airport considérant 11; M.2262 Flughafen Berlin II considérant 13; et M.3823 — MAG/Ferrovial Aeropuertos/Exeter Airport, considérant 15.

⁽²⁾ Les services de sûreté aéroportuaire ne sont généralement pas considérés comme une activité économique et ne sont dès lors habituellement pas concernés par les règles de concurrence (p.ex. décision de la Commission du 2 mai 2005 dans l'affaire COMP/D3/38469, plainte relative au prélèvement de certaines redevances par AIA SA et la Olympic Fiel Company SA.).

- (37) Les services d'infrastructures aéroportuaires peuvent être classés, en fonction de l'objet du transport, en deux catégories: les services relatifs au trafic de passagers et les services relatifs au transport de fret, puisque, hormis les pistes de décollage, le trafic de passagers et le transport de fret nécessitent des infrastructures différentes.
- (38) Le fret est habituellement transporté par des moyens transmodaux en amont et en aval des points de provenance et de destination. Par ailleurs, contrairement aux passagers, le fret peut être acheminé avec un nombre plus important d'escales. En outre, selon les précédentes décisions de la Commission ⁽¹⁾, les marchés du transport aérien de fret sont intrinsèquement unidirectionnels vu les différences sur le plan de la demande au départ et à l'arrivée.
- (39) Le demandeur est d'accord avec la définition du marché de produits établie par la pratique de la Commission et a structuré sa demande en conséquence.
- (40) Au vu des facteurs examinés aux considérants 36 à 39, afin d'évaluer si les conditions fixées à l'article 34 de la directive 2014/25/UE sont remplies et sans préjudice de l'application des règles de concurrence ou d'autres dispositions du droit de l'Union, le marché de produits pertinent est la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires pour le fret.

3.2.2. Définition du marché géographique et appréciation de la concurrence

- (41) La présente section examine la définition du marché géographique pertinent correspondant au marché de produits défini, énumère les arguments du demandeur, présente les observations et conclusions de la Commission s'y rapportant et évalue la situation concurrentielle.
- (42) Selon le demandeur ⁽²⁾, il n'est pas nécessaire, aux fins de la demande, de connaître la définition exacte retenue par le marché pour le terme «fret». Le demandeur affirme par ailleurs que le marché géographique semble s'étendre à toute l'Europe.
- (43) Si la Commission a considéré, dans de précédentes décisions ⁽³⁾, que le marché pertinent pour le transport de fret sur les liaisons intra-européennes pouvait être défini comme correspondant à l'Europe entière et devait inclure les modes de transport alternatifs, notamment le transport routier et ferroviaire, il convient de rappeler que le marché de produits visé par la présente décision n'est pas le transport aérien de fret, mais la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires pour le fret.
- (44) Aux fins de l'évaluation des conditions énoncées à l'article 34 de la directive 2014/25/UE et sans préjudice du droit de la concurrence ou de tout autre domaine du droit de l'Union, la Commission considère que la question de la dimension géographique exacte du marché de produits pertinent peut rester ouverte étant donné que, même en retenant la définition la plus étroite possible, la part de marché du demandeur resterait faible.
- (45) Selon les informations fournies par le demandeur ⁽⁴⁾, en supposant que le marché géographique pertinent est l'Europe entière, les parts de marché de VIE ⁽⁵⁾ pour le fret se sont chiffrées à [...] % en 2010, [...] % en 2011 et [...] % en 2012, tandis que les autres aéroports ont affiché des parts de marché inférieures à 1 % pour les trois années. Si, de manière plus conservatrice, on considère que le marché géographique ne recouvre que les plates-formes de Lufthansa, les parts de marché de VIE se sont élevées à [...] % en 2010, [...] % en 2011 et [...] % en 2012, tandis que les autres aéroports autrichiens ont affiché des parts de marché inférieures à 1 % pour les trois années. Ces facteurs sont dès lors à considérer comme des indices de l'exposition directe à la concurrence dans le cadre de cette activité.

⁽¹⁾ M.5141 — KLM/Martinair, considérant 38; M.5440 — Lufthansa/Austrian Airlines, considérant 31.

⁽²⁾ Lettre du demandeur du 4 septembre, p. 19.

⁽³⁾ Affaire M.3280 — Air France/KLM, point 36 en date du 11 février 2004; affaire M.5440 — Lufthansa/Austrian Airlines, point 29 en date du 28 août 2009; affaire M.5747 — Iberia/British Airways, point 41, en date du 8 septembre 2010.

⁽⁴⁾ Annexe 7 de la demande.

⁽⁵⁾ Les parts de marché ont été calculées en tenant compte non pas de l'ensemble des aéroports en Europe, mais d'un nombre plus limité d'aéroports, qui sont les plus susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur VIE. Ces aéroports sont les suivants: l'aéroport d'Amsterdam-Schiphol (AMS) l'aéroport Charles de Gaulle (CDG); l'aéroport de Düsseldorf (DUS); l'aéroport de Fiumicino (FCO); l'aéroport de Francfort (FRA); l'aéroport de Munich (MUC); l'aéroport de Milan Malpensa (MXP); SZG; l'aéroport de Tegel Airport (TXL) et l'aéroport de Zurich (ZRH).

- (46) Aux fins de la présente décision et sans préjudice du droit de la concurrence, les facteurs indiqués au considérant 45 doivent être considérés comme une indication de l'exposition à la concurrence de cette activité en Autriche. Par conséquent, étant donné que les conditions énoncées à l'article 34 de la directive 2014/25/UE sont remplies, il convient de constater que la directive 2014/25/UE ne s'applique pas à la passation de marchés destinés à permettre l'exercice de cette activité en Autriche.

4. CONCLUSIONS

- (47) Au vu des paramètres examinés aux considérants 1 à 46, la condition d'exposition directe à la concurrence énoncée à l'article 34 de la directive 2014/25/UE est considérée comme satisfaite en Autriche eu égard à la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires pour le fret.
- (48) La condition de l'accès sans restriction au marché étant réputée satisfaite, la directive 2014/25/UE ne devrait pas s'appliquer lorsque des entités adjudicatrices attribuent des marchés destinés à permettre la prestation en Autriche de ces services, ni lorsqu'elles organisent des concours en vue de l'exercice d'une telle activité dans ce même pays.
- (49) La présente décision est fondée sur la situation juridique et factuelle de janvier 2015 à novembre 2016, telle qu'elle ressort des informations transmises par le demandeur et les autorités autrichiennes. Elle pourra être révisée si, par suite de changements significatifs dans la situation juridique ou factuelle, les conditions d'applicabilité de l'article 34 de la directive 2014/25/UE ne sont plus remplies.
- (50) Étant donné que certains services liés à la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires aux compagnies aériennes (telles que les infrastructures pour le transport des passagers, l'assistance en escale, les services non aéronautiques) restent soumis aux dispositions de la directive 2014/25/UE, il est rappelé que les marchés couvrant plusieurs activités doivent être traités conformément à l'article 6 de ladite directive. Cela signifie qu'une entité adjudicatrice qui prévoit d'attribuer un marché «mixte», c'est-à-dire un marché visant à permettre l'exercice à la fois d'activités exemptées de l'application de la directive 2014/25/UE et d'activités qui n'en sont pas exemptées, doit tenir compte des activités auxquelles ce marché est principalement destiné. S'agissant d'un marché mixte dont l'objet principal est de soutenir des activités qui ne sont pas exemptées, il y a lieu d'appliquer les dispositions de la directive 2014/25/UE. S'il est objectivement impossible de déterminer à quelle activité le marché est principalement destiné, il convient d'attribuer le marché conformément aux règles énoncées à l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE ⁽¹⁾.
- (51) La Commission rappelle que l'article 16 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾ prévoit une exemption à l'application de la directive pour les concessions accordées par des entités adjudicatrices si, dans l'État membre où ces concessions doivent être exécutées, l'activité est directement exposée à la concurrence conformément à l'article 34 de la directive 2014/25/UE. Étant donné qu'il a été conclu que l'activité de mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires aux compagnies aériennes pour le fret est exposée à la concurrence, les contrats de concession destinés à permettre la réalisation de cette activité en République d'Autriche seront exclus du champ d'application de la directive 2014/23/UE.
- (52) Les mesures énoncées dans la présente décision sont conformes à l'avis du comité consultatif pour les marchés publics,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La directive 2014/25/UE ne s'applique pas aux marchés attribués par des entités adjudicatrices dans le but de permettre la mise à disposition d'infrastructures aéroportuaires pour le fret en Autriche.

⁽¹⁾ L'application de l'article 9 de la directive 2004/17/CE donnerait également le même résultat sur le fond.

⁽²⁾ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JO L 94 du 28.3.2014, p. 1).

Article 2

La République d'Autriche est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 24 janvier 2017.

Par la Commission
Elżbieta BIEŃKOWSKA
Membre de la Commission
