



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MÉMOIRES

Master 2 Droit public approfondi
Dirigé par M. le Professeur Guillaume Drago
2018-2019

La constitutionnalité de la privatisation d'Aéroports de Paris.

Félix Charroux

Sous la direction du Professeur Thomas Perroud



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

La constitutionnalité de la privatisation d'Aéroports de Paris.

Félix Charroux

Mémoire de Master 2 – Droit public approfondi

Sous la direction de Monsieur le Professeur Thomas Perroud

2018 – 2019

« L'université Paris II Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de recherche ; elles doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

Remerciements

Mes plus vifs remerciements sont adressés à Monsieur le Professeur Thomas Perroud pour l'aide qu'il a pu m'apporter dans la réalisation de ce mémoire. Merci de m'avoir donné l'opportunité de mener à bien ce travail et d'avoir accompagné son accomplissement.

Je tiens également à remercier ma famille pour leur soutien indéfectible au cours de mes études.

Que soient également remerciées toutes les personnes qui ont contribué, directement ou indirectement, à la réalisation de ce travail.

PRINCIPALES ABREVIATIONS.

AdC : Autorité de la Concurrence.

ADP : Aéroports de Paris.

AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif.

ATB : Aéroport de Toulouse-Blagnac.

C. const. : Conseil constitutionnel.

C. transp. : Code des transports.

CAA : Cour d'appel administrative.

CNR : Conseil National de la Résistance.

CGPPP : Code général de la propriété et des personnes publiques.

CJCE : Cour de Justice des Communautés européenne.

FIPECO : Finances Publiques et Economie.

Op. cit. : Opere citation.

OPA : Opération Publique d'Achat.

Loi Pacte : Loi relative au Plan d'action pour Croissance et la Transformation des Entreprises.

PIB : Produit Intérieur Brut.

PLU : Plan Local d'Urbanisme.

PSA : Peugeot Société Anonyme.

PUF : Presse Universitaire Française.

RIP : Référendum d'Initiative Partagée.

SCoT : Schéma de Cohérence Territoriale.

SNCF : Société Nationale des Chemins de Fer.

SOMMAIRE

CHAPITRE PREMIER

L'ALINEA 9 DU PREAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1946

Section 1. L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : entre service public national et monopole de fait

Paragraphe 1. Un service public national

Paragraphe 2. Un monopole de fait

Section 2. Les interrogations sur l'application de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 à Aéroports de Paris

Paragraphe 1. La qualification juridique d'Aéroports de Paris comme monopole de fait

Paragraphe 2. La nécessité de retrouver l'esprit de l'alinéa 9

CHAPITRE DEUXIEME

LES BIENS AFFECTES AU SERVICE PUBLIC AEROPORTUAIRE

Section 1. Un régime de biens original centré sur l'affectation au service public

Paragraphe 1. Le régime des biens affectés au service public

Paragraphe 2. Le régime particulier des biens d'Aéroports de Paris

Section 2. La protection constitutionnelle des biens affectés au service public

Paragraphe 1. Le principe constitutionnel de continuité du service public

Paragraphe 2. L'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics

« L'Etat français feint de braver l'Europe, mais c'est pour mieux aller au-delà de ses exigences. En vérité, il avance en crabe vers toujours plus d'abandons. Qu'il mette aux enchères les péages des autoroutes ou qu'il entame la cession des aéroports, il perd prise, et nous fait courir des risques que bien de nos voisins européens préfèrent éviter »

Martine Lombard, L'Etat schizo¹.

¹ Martine Lombard, L'Etat schizo, J.-C. Lattès, 2007.

Propos introductifs.

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'ordonnance du 24 octobre 1945 n°45-2488 créait l'établissement public « *L'Aéroport de Paris* » (ci-après ADP).

L'article 2 de cette ordonnance précisait qu'il était « *chargé d'aménager, d'exploiter et de développer l'ensemble des installations de transport civil aérien ayant leur centre dans la région parisienne et qui ont pour objet de faciliter l'arrivée et le départ des aéronefs, de guider la navigation, d'assurer l'embarquement, le débarquement et l'acheminement à terre des voyageurs, des marchandises et du courrier, transportés par air, ainsi que toutes installations annexes. Il se tient en liaison permanente avec les autres aérodromes français et étrangers, auxquels il doit éventuellement demander ou prêter le concours qu'imposent les nécessités du trafic aérien* ».

Le 21 avril 1949, un décret interministériel est venu compléter ces dispositions en donnant la liste de l'ensemble des aérodromes qui constituent ADP². Il s'agit ainsi des aérodromes de Paris-Orly et de Paris-le-Bourget, mais également d'autres structures plus petites, comme l'aérodrome d'Issy-les-Moulineaux ou de Saint-Cyr-L'Ecole. Alors que le trafic aérien augmente considérablement dans une économie de plus en plus mondialisée, l'aéroport de Paris-Orly devient le site d'activité principal d'ADP, prenant le relais du Bourget. Plus tard, devant la croissance toujours plus importante du trafic aérien, le pari est fait de concentrer l'activité autour d'un nouvel aéroport, Roissy-Charles-de-Gaulle, inauguré en mars 1974³. L'établissement public devient par la suite « *Aéroports de Paris* » le 4 janvier 1989, par le décret n° 89-10⁴.

I. Présentation du groupe Aéroports de Paris

Le groupe ADP, avec actuellement à sa tête la société Aéroports de Paris (6 400 salariés), a ainsi développé de nombreuses filiales dans des activités d'ingénierie, de gestion et de développement aéroportuaire dans de nombreux pays, lui assurant un développement et une influence internationale⁵. La filiale Aéroports de Paris Ingénierie d'abord, né de l'expertise des architectes et ingénieurs de l'établissement public, a été fondé en 2000, et « *réalise des missions*

² Décret n° 49-610 du 21 avril 1949, portant désignation des aérodromes faisant partie de l'ensemble constitué par l'aéroport de Paris.

³ SUBRA, P., « Roissy et le troisième aéroport : réalités économiques et manipulation géopolitique », *Hérodote*, 2004/3 n° 114, p. 123.

⁴ Décret n° 89-10 du 4 janvier 1989, modifiant le code de l'aviation civile et relatif à l'Aéroport de Paris.

⁵ ECALLE, F. « 7) Faut-il privatiser Aéroport de Paris ? », Notes d'analyse de FIPECO, 27/11/2018, page 1.

d'audit, de conseil, de conception, de supervision et d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour de grandes infrastructures aéroportuaires » sur 4 continents⁶. De la même manière, Aéroports de Paris Management, une autre filiale créée en 1991, participe à la stratégie d'un développement international, en réunissant les activités de gestion et de prise de participation⁷. ADP est également actionnaire à hauteur de 46,12 % du gestionnaire aéroportuaire turc « *TAV Airports* » (leader des services aéroportuaires au Moyen-Orient et en Afrique du Nord), et 49 % de « *TAV Construction* » (entreprise spécialisée dans la construction et la maintenance d'infrastructures aéroportuaires)⁸. ADP a aussi conclu une « *alliance industrielle* » avec *Schipol Group*, le gestionnaire de l'aéroport d'Amsterdam, et un accord de coopération avec *Schipol Group* et *Incheon*, l'aéroport de Séoul⁹. ADP a multiplié ses développements dans de nombreux secteurs d'activité liés à la gestion de structures aéroportuaires, comme par la création d'un opérateur de télécommunications *Hub One* spécialisé dans les services de télécommunications sur les sites complexes comme les aéroports, les ports ou les centres de congrès¹⁰. ADP gère également le complexe « *Cargo city* », le plus grand *hub* cargo d'Europe grâce à ses infrastructures autour de l'aéroport Charles-de-Gaulle, mais aussi de par sa proximité avec le marché de Rungis¹¹. Le groupe s'occupe enfin de la gestion immobilière de commerces et de services autour de ses aéroports franciliens, ce qui en fait un acteur économique incontournable en Ile-de-France, ADP étant propriétaire de terrains d'une superficie de 6 686 hectares. La valeur nette, au 31 décembre 2015, des terrains et aménagements s'élevait à 120 millions d'euros, et les constructions à 5 615 millions d'euros¹².

En 2016, du fait de ces très nombreuses missions et de ce patrimoine hors norme, ADP a décidé de refonder sa stratégie à travers deux marques distinctes¹³. D'un côté le Groupe ADP, concentré sur le développement international, qui regroupe les filiales techniques d'ADP comme sur l'ingénierie, le management ou les télécommunications ; et de l'autre Paris Aéroport, chargé du développement des trois aéroports franciliens (Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly et Paris-Le Bourget).

⁶ <https://www.parisaeroport.fr/groupe/groupe-et-strategie/international/aeroports-paris-ingeniere-back>

⁷ <https://www.parisaeroport.fr/groupe/groupe-et-strategie/international/aeroports-paris-management-back>

⁸ <https://www.parisaeroport.fr/groupe/groupe-et-strategie/international/tav-airports-tav-construction-back>

⁹ <https://www.parisaeroport.fr/groupe/groupe-et-strategie/international/schiphol-group-back>

¹⁰ <https://www.parisaeroport.fr/en/group/group-strategy/expertise/telecoms-it/hub-one>

¹¹ <https://www.parisaeroport.fr/entreprises/cargo/bienvenue-a-cargo-city>.

¹² AÉROPORT DE PARIS, « Document de référence et rapport financier annuel », 2015, page 77. Disponible sur : <https://www.parisaeroport.fr/docs/default-source/groupe-fichiers/finance/information-r%C3%A9glement%C3%A9-amf/documents-de-r%C3%A9f%C3%A9rence/2015/2016-03-31-document-reference-2015.pdf>).

¹³ MAUIREL, J.L, « Aéroports de Paris souhaite exporter son savoir-faire à l'international », *Les Echos*, 6 mai 2016, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://investir.lesechos.fr/actionnaires/interview/aeroports-de-paris-souhaite-exporter-son-savoir-faire-a-l-international-1549858.php> .

En 2017, le chiffre d'affaires du groupe ADP était de 3,6 milliards d'euros : 1,8 milliard d'euros s'agissant des activités aéronautiques en France, 0,8 milliard d'euros pour les commerces et services, 0,2 milliard d'euros pour les activités immobilières et 0,7 milliard d'euros pour les activités internationales¹⁴. L'aéroport Roissy-Charles-de-Gaulle, sa principale infrastructure, a accueilli 69,5 millions de passagers en 2017 (dixième aéroport le plus fréquenté dans le monde), alors que ce nombre s'établissait à 32 millions de passagers pour Orly. Ce total de 101,5 millions de passagers est considérable. Le troisième aéroport français, Nice Côte-d'Azur, n'a accueilli en 2017 que 13,3 millions de personnes. ADP tire la majeure partie de ses recettes des redevances prélevées sur les passagers (0,7 milliard d'euros), des redevances prélevées sur les compagnies aériennes pour les atterrissages par exemple (0,2 milliard d'euros), du stationnement des avions (0,2 milliard d'euros) ou des services divers comme la mise à disposition de comptoirs d'enregistrement ou sur le tri des bagages (0,2 milliard d'euros). Enfin ADP reçoit 0,5 milliard d'euros du fait de la taxe d'aéroport pour financer les mesures de sûreté (sur le filtrage des passagers par exemple)¹⁵. Du fait de cette activité, la valeur boursière d'ADP s'établissait à 19,4 milliards d'euros le 18 juillet 2018, soit 9,8 milliards d'euros pour les actions de l'Etat¹⁶.

La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports¹⁷ a réformé le statut juridique d'ADP, faisant passer sa forme juridique d'un établissement public à une société anonyme (SA). L'objectif est de faciliter la valorisation des propriétés d'ADP. Est ainsi prévu par la loi le déclassement et le transfert des biens meubles et immeubles du domaine privé de l'Etat ou de l'ancien établissement public à la nouvelle société, faisant d'ADP le premier propriétaire foncier d'Ile-de-France, d'une surface représentant l'équivalent « des XIX^{ème} et XX^{ème} arrondissements de Paris »¹⁸. Le modèle voulu est ainsi celui d'une société anonyme dominée par la participation capitalistique de l'Etat, et l'introduction en bourse de la nouvelle société¹⁹. A l'origine, le capital de cette nouvelle société était exclusivement détenu par l'Etat, mais le décret du 22 mai 2006 a permis d'ouvrir son capital à des acteurs privés²⁰. Le capital d'ADP est ainsi aujourd'hui détenu en majorité par l'Etat (50,6%). La deuxième partie du capital est possédée par divers acteurs

¹⁴ <https://www.parisaeroport.fr/groupe/finance/rerelations-investisseurs/resultats-chiffre-affaire/resultats-chiffre-affaire-2017> .

¹⁵ ECALLE. F., « 7) Faut-il privatiser ... », *op cit.*, p. 1.

¹⁶ ECALLE. F., « 7) Faut-il privatiser ... », *op cit.*, p. 1.

¹⁷ Loi n° 2005-537 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

¹⁸ LEGUEVAQUES. C., « Aéroports de Paris c'est un peu 'Notre Dame' d'Air France... », 30 avril 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.leguevaques.com/AEROPORT-DE-PARIS-c-est-un-peu-Notre-Dame-d-air-France_a566.html.

¹⁹ LIGNIERES P., « L'origine et l'état des réformes du secteur aéroportuaire », in AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007, p. 12.

²⁰ Décret n° 2006-675 du 22 mai 2006, autorisant une ouverture minoritaire au capital d'Aéroports de Paris.

privés, comme le *Royal Schiphol Group* (8,0 %), le groupe *Vinci* (8,0 %), des actionnaires individuels (4,3 %), le *Crédit Agricole Assurances/Predica* (5,1%), ou encore les salariés du groupe (1,6 %).

II. La privatisation de l'établissement public Aéroport de Paris

Il est possible de distinguer deux phases différentes dans ce que l'on appelle plus largement la « *privatisation* » d'ADP. D'abord, la loi de 2005 a en fait opéré une *sociétisation*, c'est-à-dire une privatisation de la forme juridique uniquement. C'est le passage de la forme de droit public de l'établissement public à la forme de droit privé de la société anonyme. Le capital de la nouvelle société est toujours entièrement détenu par l'Etat. Ce changement de la forme juridique d'ADP s'inscrit dans un phénomène plus large de *sociétisation* d'établissements publics historiques et majeurs français, comme La Poste²¹ ou plus récemment la SNCF²². La formule juridique de l'établissement public est en effet pointée du doigt, en France mais surtout au niveau de l'Union européenne, car s'opposant aux principes du droit de la concurrence qui sont au fondement de la construction économique de l'Union. Si, pour justifier l'ouverture de la République Populaire de Chine à l'économie de marché Deng Xiao-Ping affirmait « *Qu'un chat soit blanc ou noir, qu'importe ! L'essentiel est qu'il attrape les souris* », l'établissement public français est depuis plusieurs décennies considéré comme incompatible pour affronter l'ouverture des services publics à la concurrence.

A. L'établissement public incompatible avec le dynamisme de l'économie de marché

L'une des principales critiques repose ainsi sur la supposée rigidité du droit public, incompatible avec la conduite et la gestion efficace des affaires (notamment du fait du principe de spécialité limitant les initiatives économiques des établissements publics).

Les aéroports, comme le souligne le Professeur Pierre Delvolvé²³, pourtant créés comme des installations publiques, des infrastructures essentielles à la réalisation d'un service public, sont de plus en plus perçus comme des entités économiques. Il serait alors préférable d'adopter une forme juridique de droit privé, réputée plus flexible et adaptable aux exigences du marché et de

²¹ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010, *relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*.

²² Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018, *pour un nouveau pacte ferroviaire*.

²³ DELVOLE P., « Rapport de synthèse », in AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007, p. 111.

ses acteurs. Le statut juridique privé permettrait également une meilleure valorisation des propriétés et des espaces commerciaux détenues par ces sociétés. Les espaces publics gérés par les sociétés publiques de transport sont désormais pensés autour de ces espaces de ventes, qui deviennent presque la préoccupation principale de l'entreprise et de ses actionnaires, à la place de son activité initiale²⁴. « *Dites-moi où sont les boutiques, on verra après où on fait embarquer les passagers* » a pu ainsi dire Pierre Graff²⁵, qui fut président d'ADP de septembre 2003 à novembre 2012. Le développement des activités commerciales d'ADP a considérablement modifié son équilibre financier, impliquant une privatisation de sa forme juridique, donc de son modèle d'exploitation. Autrefois surtout perçu comme un vecteur de la politique des transports, du développement économique et de l'aménagement du territoire, l'arbitrage nouveau entre les forces du marché et l'intérêt général a fortement modifié la manière de penser la gestion des aéroports²⁶. Et ADP, qui gère les deux plus grands aéroports français, n'a pas échappé à la règle.

La privatisation, ou plus précisément la *sociétisation* de la forme juridique est surtout un passage obligé pour l'ouverture du capital de la nouvelle société aux personnes privées, seconde phase dans la privatisation d'une entreprise publique, une privatisation bien plus profonde. L'objectif est ici de permettre des financements croisés entre l'Etat, qui n'a plus les moyens de ses ambitions, et des acteurs privés désireux d'entrer sur un nouveau marché, autrefois protégé pour d'impérieuses raisons d'intérêt général. Dans un contexte de concurrence entre les plus grands aéroports européens, l'apport des capitaux privés ainsi autorisé permet d'augmenter le capital et la capacité d'investissement de la nouvelle société. Cet objectif a été réalisé pour la première fois pour ADP avec le décret du 22 mai 2006²⁷, ouvrant le capital de cette nouvelle société à des acteurs privés, et c'est notamment ce que la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises²⁸ (ci-après loi Pacte) veut poursuivre aujourd'hui.

L'ouverture du capital aux personnes privées et la nouvelle philosophie de valorisation des biens des entreprises publiques n'impliquent pourtant pas un oubli de la nature profonde des infrastructures aéroportuaires. Ainsi, la loi de 2005 a bien maintenu des obligations de service public pour certains biens affectés tout spécialement à ce but. Son article 2 vise ainsi les

²⁴ REKACEWICZ. P., « Aéroports, de l'espace public à l'espace privé », *Le Monde diplomatique*, février 2013, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://www.monde-diplomatique.fr/2013/02/REKACEWICZ/48733>.

²⁵ BRISSON, J.F., « La privatisation et la gestion des aéroports en France et à l'étranger », in AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007, p. 51.

²⁶ BRISSON, J.F., « La privatisation ... », *op cit.*, p. 51-52.

²⁷ Décret n° 2006-675 du 22 mai 2006, *autorisant une ouverture minoritaire au capital d'Aéroports de Paris*.

²⁸ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*. Il est intéressant de noter qu'à côté de la privatisation d'ADP, d'autres cessions de parts de l'Etat dans des entreprises publiques sont prévues : la Française des jeux et Engie.

équipements aéroportuaires, nécessaires à l'exécution des missions de service public, qui continueront de bénéficier du régime des travaux et ouvrages publics. L'Etat garde donc un pouvoir fort de contrôle sur la destination de certains biens, pour garantir l'affectation de ces biens au service public aéroportuaire. Ce régime très particulier, qui ne tombe pas dans la recherche de la valorisation économique à tout prix, montre selon le Professeur bordelais Jean-François Brisson, l'existence d'une conception encore très forte d'économie administrée²⁹. Il insiste également sur le fait que l'Etat peut toujours s'opposer aux opérations de cession ou d'apport de biens, ou sur les créations de sûretés sur les biens affectés au service public aéroportuaire³⁰.

B. L'établissement public face au désengagement de l'Etat dans l'économie

A côté de ces justifications économiques, il y a également des justifications politiques, d'aucuns diront idéologiques. Si nous avons pu voir que l'Etat ne peut plus assurer seul le financement des entreprises publiques, justifiant ainsi l'ouverture de leur capital, l'Etat préfère également stratégiquement bénéficier à court terme des recettes assurées par la cession de ses parts plutôt que de profiter sur le long terme des dividendes assurés par ses entreprises publiques³¹. Le fruit des cessions des parts d'ADP détenues par l'Etat ira ainsi alimenter le désendettement de l'Etat, pour faire baisser la dette publique de 0,5 point (elle était de 98,6 % du produit intérieur brut (ci-après PIB) en 2019 selon la loi de finances de la même année). Une autre partie de cette somme, 10 milliards d'euros, sera placée en obligations d'Etat, pour un rendement de 2,5 %, soit 250 millions d'euros par an, une somme qui financera un « *fonds pour l'innovation de rupture* » qui subventionnera des projets technologiques (intelligence artificielle, nanoélectronique etc.)³².

Les gouvernements qui se sont succédé à la tête de l'Etat ces dernières années - qu'ils soient de droite comme de gauche - ont ainsi souhaité que l'Etat se désengage massivement de l'exercice d'une activité économique afin de laisser cette initiative aux personnes privées. Le gouvernement actuel, « *ni de droite, ni de gauche* », ne fait pas exception à la règle, et souhaite une désétatisation de l'économie³³.

²⁹ BRISSON, J.F., « La privatisation ... », *op cit.*, p. 56.

³⁰ BRISSON, J.F., « La privatisation ... », *op cit.*, p. 57.

³¹ NICINSKI. S., « Droit public des affaires », LGDJ, coll. Précis Domat, 5^e édition, p. 340.

³² DURAND. A.A., « Les questions que pose la privatisation des aéroports de Paris », *Les décodeurs du Monde*, 13 mars 2019, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2019/03/13/loi-pacte-les-enjeux-de-la-privatisation-d-aeroports-de-paris-en-six-questions_5435432_4355770.html.

³³ NICINSKI. S., « Droit public des affaires », LGDJ, coll. Précis Domat, 5^e édition, p. 340.

A ce titre le projet de privatisation d'ADP est fortement révélateur de la nouvelle conception de l'Etat, dans l'économie mais aussi dans la société. Autrefois dit « *opérateur* », c'est-à-dire intervenant dans certains secteurs clés et sensibles de l'économie, les « *services publics* », l'Etat était alors vu comme l'acteur le plus légitime à décider de l'intérêt général et concilier les intérêts de tous les citoyens. L'Etat est alors le seul acteur pouvant regrouper les intérêts de tous, de l'ensemble de la Nation : indépendance et la souveraineté, aménagement du territoire, distribution juste et équitable des richesses etc. Associé au modèle de l'Etat providence, un Etat omniprésent dans la vie sociale³⁴, c'est bien l'Etat opérateur qui a bâti, à la fin de la Seconde Guerre Mondiale des grandes entreprises publiques françaises qui sont bien souvent à la pointe de l'innovation mondiale dans leurs secteurs respectifs. Ce sont les fameux « *opérateurs historiques* », modèle d'une certaine conception très française de l'Etat et de son intervention sur l'économie et la société, qui sont aujourd'hui fortement concurrencés du fait de la libéralisation de nombreux secteurs économiques.

En effet, sous l'influence du droit de l'Union européenne *via* la création du vaste marché économique européen, la libéralisation des services publics a conduit à l'ouverture de ces secteurs à la concurrence. Les entreprises publiques ont alors dû suivre un nouveau modèle, en devenant des personnes privées. Et ce phénomène suit son cours aujourd'hui. L'emblématique établissement public La Poste est devenu en 2010 une société de droit privé³⁵, à capital entièrement détenu par l'Etat, et la SNCF est tout récemment passée à un statut de droit privé également, pour pouvoir « *s'adapter* » à la libéralisation prochaine du secteur ferroviaire³⁶. L'ouverture du capital de certaines de ces sociétés publiques aux personnes privées permet à l'Etat de se délaisser d'une partie des investissements, lourds dans de tels secteurs, tout en gardant un pouvoir de contrôle direct. C'est l'avènement d'un Etat actionnaire. Par l'actionnariat, l'Etat garde une place de choix et un contrôle direct, mais dilué, sur les orientations économiques et sociales de ces sociétés. C'est depuis 2005 le choix qui a été fait ADP, mais c'est également le cas pour d'anciennes entreprises publiques qui opèrent dans des secteurs très concurrentiels comme Renault ou le groupe PSA.

Et pourtant l'Etat actionnaire lui-même recule de plus en plus. L'époque est ainsi à l'Etat régulateur, c'est-à-dire un Etat qui assure les équilibres concurrentiels, dans un simple rôle d'arbitre, laissant aux opérateurs privés le soin d'assurer seuls l'activité économique, y compris dans les secteurs d'utilité publique, les services publics. Ce nouveau rôle de l'Etat, un Etat

³⁴ CHEVALLIER, J., « L'Etat régulateur », Revue française d'administration publique, vol. n°111, n° 3, 2004, p. 473-482.

³⁵ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010, *relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*.

³⁶ Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018, *pour un nouveau pacte ferroviaire*.

« *modeste* » selon les mots du professeur Jacques Chevallier³⁷, qui se replie dans un rôle limité, celui d'assurer la préservation des grands équilibres économiques et sociaux, rompant totalement avec l'interventionnisme et le dirigisme des Trente Glorieuses³⁸. L'Etat régulateur serait ainsi le résultat du processus de mondialisation, qui interdit à l'Etat d'utiliser des outils directs pour influencer l'économie : c'est la soumission de l'Etat au marché. L'Etat régulateur implique également la transformation de ses prérogatives dans la société, faisant de lui un « *Etat propulsif, prenant en charge le développement économique et social* » par des modes d'action nouveaux, indirects. C'est le développement par exemple du droit souple et des autorités de régulation, illustrant un modèle étatique nouveau basé sur la flexibilité et l'accompagnement des acteurs économiques et sociaux.

Cette nouvelle philosophie de redéploiement des prérogatives de l'Etat est particulièrement prégnante dans le projet de privatisation d'ADP. Le gouvernement souhaite que l'Etat se délaïsse de ses actions dans le capital d'ADP pour se concentrer sur d'autres fonctions, jugées plus régaliennes. Nous l'avons vu précédemment, l'activité des aéroports est de plus en plus assimilée à la gestion des espaces commerciaux plutôt qu'à la réalisation du service public aéroportuaire. « *Ce n'est pas à l'Etat de gérer la Maison du chocolat, Hugo Boss ou les macarons Ladurée* », estime ainsi Roland Lescure, le rapporteur de la loi Pacte³⁹. C'est toute la philosophie de la volonté du projet de privatisation d'ADP, entre redéploiement des obligations - et non plus mission - de service public, et la nouvelle conception avant tout commerciale des espaces publics aéroportuaires.

Suivant cette philosophie du désengagement de l'Etat dans la participation au capital des entreprises publiques, la loi Pacte, à son article 48⁴⁰, permet au gouvernement de vendre les parts de l'Etat dans le capital d'ADP – aujourd'hui majoritaire - pour le confier à des acteurs privés. Il est intéressant de noter par ailleurs que le gouvernement actuel ne sait pas encore s'il veut vendre l'ensemble de ses parts dans ADP, ou devenir un actionnaire minoritaire (on parle souvent d'un maintien de 20 % du capital⁴¹).

Le régime proposé par la loi est à bien des égards très original. L'article 44 de la loi prévoit ainsi à son paragraphe 1 le transfert à l'Etat des biens qui ont déjà été transférés par la loi de 2005 à ADP (il s'agissait des biens de l'ancien établissement public ADP et de certains biens appartenant à l'Etat). Il est alors prévu une indemnisation en deux temps des actionnaires actuels d'ADP du fait de ce transfert, par un calcul très savant et technique que nous nous garderons de décrire ici.

³⁷ CHEVALLIER, J., « L'Etat régulateur », *op cit.*, p. 473-482.

³⁸ CHEVALLIER, J., « L'Etat régulateur », *op cit.*, p. 473-482.

³⁹ DURAND, A.A., *op cit.*

⁴⁰ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*.

⁴¹ DURAND, A.A., *op cit.*

D'abord, si aujourd'hui, l'Etat, par la vente du capital qu'il détient dans ADP, permet à de nouveaux investisseurs d'acquérir des actions dans ADP pour 70 ans, les actionnaires minoritaires actuels d'ADP (donc le *Royal Schiphol group* ou *Vinci* par exemple), perdront, au terme de la concession dans 70 ans, des dividendes, puisqu'ils ne seront plus propriétaires des titres qu'ils ont achetés entre 2005 et la mise en œuvre de la loi Pacte. Il est donc prévu pour eux une indemnisation, qu'ils recevront dès la privatisation, au titre d'une « *perte d'éternité* » (donc en 2020 par exemple si la privatisation est alors lancée définitivement). En bref, les actionnaires actuels et minoritaires d'ADP, autres que l'Etat, vont recevoir aujourd'hui, une indemnisation du fait qu'ils ne toucheront plus les dividendes lorsque l'Etat récupéra l'ensemble des capitaux d'ADP au terme de la concession, dans 70 ans. Un tel calcul, très compliqué en pratique, implique un montant « *très forfaitaire et contestable* », et qui est aujourd'hui « *totalement imprévisible* »⁴². Il est également prévu un second mécanisme d'indemnisation, au terme de la concession, pour compenser la perte de l'ensemble des actionnaires du fait du transfert des biens d'ADP à l'Etat dans 70 ans.

Plus généralement, la loi fixe le cadre général, notamment de régulation, qui s'appliquera à ADP. L'article 50 de la loi Pacte dispose ainsi qu'ADP « *est assimilée à un délégataire de service public au sens de l'article L. 111-11 du code des juridictions financières* », permettant à la Cour des comptes certaines prérogatives de contrôle des comptes du délégataire. L'article 44 à son paragraphe 2 donne les cas où le contrat peut être résilié unilatéralement par l'Etat en cas de certains manquements, qui sont énumérés. Les articles 45 et 46 prévoient ainsi le cadre de la régulation qui est prévu par l'Etat, notamment la soumission des achats d'ADP aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévue par le droit de la commande publique, ou un système de sanctions en cas de manquement aux obligations inscrites dans le cahier des charges. Le régime juridique pour ADP est ainsi très particulier, à mi-chemin entre le droit public et le droit privé. Enfin, les articles 47 et 48 fixent le régime des redevances aéroportuaires.

La loi Pacte illustre bien la consécration de plus en plus forte de l'Etat régulateur, un Etat qui, face aux demandes impérieuses du marché délaisse la gestion de ses services publics aux acteurs privés pour se concentrer sur un rôle d'arbitrage. Cette consécration du nouveau rôle de l'Etat est la conséquence du passage de l'Etat opérateur vers l'Etat actionnaire, pour arriver à l'Etat régulateur. La personne publique se délaisse de plus en plus de son rôle d'opérateur direct dans la gestion des services publics au profit des personnes privées. Ainsi il semble bien que la privatisation de la forme juridique d'un établissement public est en fait la première étape vers une

⁴² ECALLE. F., *op cit.*, p. 7.

première ouverture du capital des entreprises publiques, voire sa privatisation totale. ADP en est le plus cruel exemple. Les opposants aux privatisations ont donc tout à fait raison de signaler que la privatisation de la forme juridique d'une entreprise publique gérant un service public est le premier pas vers la privatisation totale des services publics. On ne peut s'empêcher de penser à La Poste, une société de droit privé depuis 2010, mais aussi la SNCF, tout récemment *sociétisée*. S'agissant d'ADP, la doctrine voyait déjà, à l'occasion d'un colloque à propos de la loi du 20 avril 2005 *relative aux aéroports* qui *sociétisait* ADP que l'on s'attendait à une ouverture toujours plus importante du capital de l'Etat, jusqu'à ce que ce dernier devienne minoritaire⁴³. La loi Pacte n'est donc que l'aboutissement d'un processus de privatisation d'ADP qui a commencé, dans le droit, en 2005.

III. Les privatisations face à des risques multiples

Les privatisations peuvent susciter de nombreuses critiques et interrogations, qui prennent le plus souvent un parti-pris idéologique plutôt que scientifique. On peut toutefois légitimement s'interroger sur les risques liés aux privatisations, et sur les défaillances de l'Etat régulateur, qui peine à s'affirmer dans ce rôle d'arbitre, en garant de la cohésion de la collectivité et des intérêts de la Nation. Puisque la grande majorité des entreprises auparavant nationalisées ont été privatisées par les gouvernements successifs depuis le retour de la droite aux affaires en 1986, on peut observer dans cette pratique des carences importantes de l'Etat régulateur dans quelques cas précis.

En 2005, le Premier ministre Dominique de Villepin décidait de privatiser 9 000 kilomètres d'autoroutes à travers d'imposantes concessions, alors que l'Etat venait juste d'en amortir le coût de la construction et de l'aménagement. Les sociétés *Vinci*, *Eiffage* et *Abertis* rachetèrent ainsi pour 15 milliards d'euros les parts de l'Etat dans les sociétés autoroutières (ils étaient déjà des propriétaires minoritaires à la hauteur de 7 milliards d'euros). L'objectif affiché était, comme pour la loi Pacte aujourd'hui, d'affecter le fruit de cette vente au désendettement de l'Etat. Une goutte d'eau pour les opposants à la privatisation des autoroutes, comme pour ceux qui refusent actuellement la privatisation d'ADP. Ainsi, depuis cette privatisation en 2006, les sociétés concessionnaires ont reversé près de 27 milliards d'euros de dividendes à leurs actionnaires. Les

⁴³ JEANNENEY. P.A., « La privatisation, jusqu'où ? », in AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007, p. 71.

critiques furent et sont encore très fortes, l'Etat étant alors accusé d'offrir une rente au secteur privé. Même si pour un ancien acteur de cette privatisation, « *le prix de vente a été calculé en fonction des flux de recettes futures ; s'il y a une rente, c'est l'Etat qui est parti avec* »⁴⁴. Mais les tarifs des péages autoroutiers, déjà en hausse avant la privatisation, ont continué à augmenter à la suite de la privatisation. Par une habile optimisation des coûts de gestion, ces entreprises affichèrent rapidement des résultats très largement positifs.

A la suite de différents rapports de la Cour des comptes, du Parlement et de l'Autorité de la Concurrence en 2013 et en 2014, le débat est relancé ; il est décrit « *des hausses de tarifs continues et souvent supérieures à l'inflation, une rentabilité extraordinairement élevée et un modèle économique sans risque, les investissements des sociétés étant compensés par des hausses de péages ou des allongements des concessions, et non financés grâce à leurs bénéfices...* »⁴⁵.

Les faiblesses du système de régulation mis en place par l'Etat sont aussi pointées du doigt⁴⁶. La renégociation du contrat en 2015, dont la teneur ne fut révélée qu'en 2018, fut très avantageuse pour les sociétés concessionnaires, ce qui « *va conduire à verrouiller davantage le système* »⁴⁷. Le véritable fiasco de la privatisation des autoroutes et de sa renégociation, largement en faveur du secteur privé, fait craindre aux opposants à la privatisation d'ADP une répétition de ce scénario.

L'exemple de la privatisation de l'Aéroport de Toulouse-Blagnac (ci-après ATB) est également très instructif, notamment dans l'hypothèse d'une cession des parts de l'Etat en faveur d'une société détenue ou ayant des liens forts avec une puissance étrangère. Ce fut la première expérience d'une privatisation d'un aéroport, « *conçue comme un test de la capacité à privatiser un aéroport, [conditionnant] la possibilité de mener d'autres opérations de cession concernant des participations aéroportuaires de l'Etat* » selon un rapport de la Cour des comptes de 2018⁴⁸. Les magistrats financiers ont ainsi été très critiques envers ce processus de privatisation en particulier, notamment du fait du choix « *d'un montage complexe destiné à servir des intérêts contradictoires et d'un cahier des charges pas assez exigeant* », ce qui a conduit « *à un échec de la privatisation* »⁴⁹. En effet, la société *Casil Europe*, société de droit français créée pour l'opération, détenue par deux sociétés chinoises et nouvel actionnaire d'ATB à hauteur de 49,99 %, se caractérisait par son « *manque*

⁴⁴ ALIX. G., « La privatisation des autoroutes, un traumatisme originel », *Le Monde*, 8 avril 2019, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/04/08/la-privatisation-des-autoroutes-un-traumatisme-originel_5447341_3234.html.

⁴⁵ ALIX. G., *op cit.*

⁴⁶ ALIX. G., *op cit.*

⁴⁷ ALIX. G., *op cit.*

⁴⁸ Cour des comptes, *Le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice*, 2018, p. 36.

⁴⁹ *Ibid.*

d'expérience (...) en matière de gestion aéroportuaire »⁵⁰, de « son manque de transparence financière »⁵¹ mais également de ses « liens avec la puissance publique chinoise »⁵².

La privatisation de près de la moitié du capital d'ATB n'a ainsi pas qu'apporté des avantages. Si les résultats financiers de la plateforme aéroportuaire sont bons, les promesses faites par *Casil Europe* lors de la privatisation se font toujours attendre (investissements dans la région etc)⁵³. Et l'Etat, toujours actionnaire d'ATB à hauteur de 10,01 %, peine à faire respecter ses intérêts du fait d'un pacte d'actionnaires, un document confidentiel signé au moment de la privatisation, qui lui empêche toute marge de manœuvre⁵⁴.

Plus tard, dans une décision n° 17PA01605 du 16 avril 2019⁵⁵, la Cour administrative d'appel de Paris a annulé les différentes décisions autorisant la cession des parts de l'Etat à la société concessionnaire de l'aéroport, *Casil Europe*, c'est-à-dire l'autorisation du ministre de l'Economie du 7 avril 2015 et l'arrêté ministériel du 15 avril 2015. Les requérants mettaient en avant que l'offre de cession était déposée par la société *Casil Europe*, associé à la *SNC Lavalin*, alors que l'offre ne fut finalement présentée que par *Casil Europe*. Même si cette décision n'annule pas la privatisation car n'ayant pas d'effet sur l'application du contrat de cession passé entre l'Etat et la société concessionnaire, elle montre, peu après les critiques de la Cour des comptes, les conséquences juridiques des manquements de l'Etat régulateur dans une telle opération.

Les risques d'un contrôle total d'une société aéroportuaire par des capitaux étrangers sont donc réels, et doivent être bien pris en considération par l'Etat quand il décide de privatiser⁵⁶. A ce titre on peut évoquer en Grande-Bretagne l'*Airports Act* de 1986, qui a privatisé complètement la *British Airports Authority*⁵⁷. En plus de modifier le régime juridique de l'entreprise pour le faire passer en société de droit privé, cette loi a décidé de céder totalement ses actions en Bourse⁵⁸. Un groupe espagnol de travaux publics, *Ferrovial*, a pu ensuite lancer avec succès en 2006 une Opération Publique d'Achat (ou OPA)⁵⁹. Les conséquences sont ainsi importantes : « la société

⁵⁰ Cour des comptes, *Le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice*, 2018, p. 40

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibidem*, p. 41.

⁵³ POMMIER S., « Aéroport de Toulouse : le fiasco de la privatisation », *L'Express*, 01/03/2019, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/aeroport-de-toulouse-le-fiasco-de-la-privatisation_2063434.html.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ CAA Paris, 16 avril 2019, n° 17PA01605.

⁵⁶ DELVOLE P., « Rapport de synthèse », in AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », jui 2007, p. 115.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ DELVOLE P., « Rapport de synthèse », in AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », jui 2007, p. 115.

gérant les principaux aéroports britanniques est désormais propriété étrangère ; il ne reste plus aux autorités publiques que leurs pouvoirs de régulation aéroportuaire pour la contrôler »⁶⁰.

Il est également possible d'évoquer brièvement le processus de privatisation de l'aéroport de Nice Côte-d'Azur, troisième aéroport français s'agissant du trafic, décidé également en 2015 par le ministre de l'Economie de l'époque, et des critiques sur la présence risquée de conflits d'intérêts.

« (La banque) Mediobanca s'est retrouvée des deux côtés en même temps. La banque d'affaires était à la fois conseillère de l'Agence des Participations de l'Etat, et informée à ce titre de tous les choix de l'État comme de toutes les offres concurrentes, et, en tant qu'actionnaire d'un des principaux consortiums en lice, l'un des principaux intéressés de la privatisation de Nice, un des plus grands aéroports régionaux d'Europe. (...) Figure emblématique du capitalisme italien de connivence, la banque d'affaires italienne semble avoir su parfaitement s'adapter au système français de la haute fonction publique, de cette caste qui évolue, au gré de ses intérêts, entre sphère publique et intérêts privés. (...) Ce soudain développement coïncide avec l'arrivée d'Emmanuel Moulin à la direction de la banque. Ancien directeur adjoint de cabinet de Christine Lagarde puis conseiller économique de Nicolas Sarkozy, ce haut fonctionnaire du Trésor a choisi le grand large du privé après la présidentielle de 2012. Et il a rejoint la banque d'affaires italienne. À partir de son arrivée, la banque d'affaires a vu toutes les portes de l'État s'ouvrir. (...) L'embauche d'Emmanuel Moulin se révèle un investissement porteur pour la banque d'affaires italienne. D'autant que ce dernier a regagné le ministère des Finances. Il est maintenant directeur de cabinet de Bruno Le Maire. Et à ce titre, il est chargé d'engager et de contrôler toutes les privatisations annoncées par le gouvernement, à commencer par les Aéroports de Paris et la Française des jeux »⁶¹.

Le contexte et le résultat de ces privatisations, et notamment les risques importants que nous avons pu voir quand elles relèvent du sensible secteur aéroportuaire, peuvent ainsi nous amener à nous interroger, non pas sur la pertinence économique ou idéologique de ces opérations, mais plutôt sur leur licéité. A ce titre, la loi Pacte, votée définitivement par le Parlement le 11 avril 2019 a déjà fait l'objet de plusieurs contestations juridiques s'agissant de la privatisation d'ADP. La première s'est appuyée sur le contrôle de constitutionnalité classique, dit *a priori*, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Des parlementaires ont en effet saisi le Conseil constitutionnel, qui a conclu dans une décision du 16 mai 2019 à la constitutionnalité de

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ ORANGE. M., « Privatisation de l'aéroport de Nice : quand l'Etat se met au-dessus des lois » *Mediapart*, 14 novembre 2018 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://www.mediapart.fr/journal/france/141118/privatisation-de-l-aeroport-de-nice-quand-l-ape-se-met-au-dessus-des-lois>.

la privatisation d'ADP au regard des moyens invoqués par les requérants⁶². La seconde contestation concerne l'organisation inédite d'un Référendum d'Initiative Partagée (ci-après RIP), validée par le Conseil constitutionnel, pour qu'ADP soit qualifié de service public national. Désormais, les opposants à la privatisation d'ADP disposent de 9 mois afin que soient recueillies les signatures d'au minimum 10 % de l'électorat, soit 4,7 millions de signatures pour que la procédure suive son cours.

S'il était déjà possible de passer à côté de la question de la constitutionnalité du projet de privatisation d'ADP ces derniers mois, la campagne qui se profile pour recueillir lesdites signatures va encore plus placer cette question au cœur de l'actualité.

IV. Les intérêts multiples liés à la gestion d'Aéroports de Paris

Si nous avons pu voir qu'ADP est une société imposante d'un point de vue économique sur le plan local, national, et même international, sa gestion pose de nombreux et importants enjeux pour l'ensemble des citoyens. La privatisation totale d'une telle structure d'intérêt public pose ainsi des problématiques très diverses qu'il convient d'éclairer, afin de comprendre les multiples enjeux qui gravitent autour d'ADP.

A. Les intérêts économiques

Les intérêts économiques sont colossaux, nous l'avons vu, mais il est utile d'approfondir ces enjeux. D'abord, l'activité des aéroports est fondamentalement spéciale car elle repose sur l'exploitation d'un monopole. Cette caractéristique des aéroports est d'ailleurs largement reconnue.

Il n'existe pas de définition strictement juridique du monopole. La section 2 du *Sherman Act*, législation centrale du droit de la concurrence américain, est consacrée à la notion du monopole. Mais les termes restent flous, et c'est surtout la théorie économique qui a développé la notion de monopole, qui peut être comprise de nombreuses manières. De façon générale, on peut définir le monopole comme étant une situation où une entreprise (l'offreur), est dans une position d'exclusivité sur un marché donné de produit ou de service. L'entreprise en situation de monopole est alors seule face aux acheteurs (les consommateurs). Cette définition semble très caricaturale de la situation monopolistique, ou en tout cas très théorique, puisqu'en pratique, elle

⁶² C. const., n°2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises*.

n'arrive que très rarement, si ce n'est jamais. Sans surprise, le droit a essayé de qualifier juridiquement cette situation étudiée par la théorie économique, pour caractériser des situations monopolistiques plus précises.

Pour le Professeur Jean-François Brisson, les aéroports français ont toujours été perçus comme des monopoles, ce qui a justifié historiquement leur appropriation publique⁶³. Le monopole est alors garanti par le droit : c'est le monopole légal. Déjà, l'ordonnance du 24 octobre 1945 organisait l'activité aéroportuaire en région parisienne autour du seul établissement public ADP, lui donnant « *un avantage en nature (...) au détriment de ses concurrents* »⁶⁴, ce qui constitue pour certains juristes l'« *une des plus lourdes atteintes inimaginables à la liberté de commerce et d'industrie* »⁶⁵. C'est aujourd'hui l'article L. 6323-2 du code des transports qui confie pour mission à ADP « *d'aménager, d'exploiter et de développer les aérodromes de Paris - Charles-de-Gaulle, Paris - Orly, Paris - Le Bourget, ainsi que les aérodromes civils situés dans la région Ile-de-France dont la liste est fixée par décret* »⁶⁶. L'activité aéroportuaire de la région parisienne est ainsi un monopole légal, c'est-à-dire garanti par la loi, confiant à la seule société ADP l'exclusivité de l'exploitation de ces infrastructures uniques pour une durée indéterminée.

La justification de ce monopole légal au moment des nationalisations d'après-guerre s'est largement appuyée sur la théorie du monopole naturel. La situation d'un monopole naturel s'explique « *par la présence de coûts fixes très importants et de coûts variables restreints, et donc par des économies d'échelles phénoménales* »⁶⁷. Ainsi les grands services en réseaux, comme l'eau ou les transports ont souvent été considérés comme des activités s'exerçant dans le cadre d'un monopole naturel⁶⁸. Justifiant une prise en charge par la collectivité, ces monopoles naturels, comme l'exploitation des infrastructures aéroportuaires par ADP, sont devenus des monopoles légaux⁶⁹. Pour réguler un monopole naturel, le droit de la concurrence classique n'est pas efficace car la concentration d'entreprises autour de ces infrastructures étant nécessaire, les acteurs doivent opérer une concentration, le maintien d'une multitude d'acteurs conduisant à un gaspillage des ressources⁷⁰.

⁶³ BRISSON, J.F., « La privatisation ... », *op cit.*, p 57.

⁶⁴ BAZEX. M., ECKERT. G., LANNEAU. R., LE BERRE. C., du MARAIS. B., SEE. A., Dictionnaire des régulations 2016, LexisNexis, p. 408.

⁶⁵ Lexique des termes juridiques, 2014, Dalloz, 21^e édition, p. 619.

⁶⁶ C. transp, art. L. 6323.

⁶⁷ BAZEX. M., ECKERT. G., LANNEAU. R., LE BERRE. C., du MARAIS. B., SEE. A., Dictionnaire des régulations 2016, LexisNexis, p. 409.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

Le monopole naturel se caractérise ainsi par la présence d'infrastructures essentielles. Dégagée au début du XX^{ème} siècle aux Etats-Unis lors de l'affaire de la *Terminal railroad association*, l'infrastructure essentielle ou facilité essentielle et un équipement indispensable pour qu'un nouveau concurrent puisse exercer une activité économique. En effet, l'aménagement de telles infrastructures est impossible du fait de contraintes juridiques ou économiques très fortes⁷¹. Cette théorie est encore très utilisée de nos jours, notamment par le droit de la concurrence de l'Union européenne⁷². Ainsi pour Alice Philippe, auteure d'une thèse récente sur le monopole de fait, l'infrastructure essentielle se caractérise par le fait que « *l'infrastructure doit être le support indispensable à l'exercice d'une activité donnée* », et qu' « *il n'existe pas d'alternative raisonnable, en termes de substitution ou de duplicabilité de l'infrastructure* »⁷³. Il existe donc bien un risque dans l'exploitation d'un monopole naturel du fait de ces infrastructures essentielles, pouvant provoquer des distorsions dans le marché.

Ainsi, la gestion d'infrastructure aéroportuaire rentre bien dans un cadre particulier : le monopole légal, le monopole naturel et les facilités essentielles. La privatisation de la gestion d'ADP, et encore plus à l'aune de la privatisation majoritaire de son capital, a amené le législateur à créer des mécanismes de régulation divers, et notamment tarifaires. En effet, il s'agit de réguler ce monopole naturel, par exemple pour garantir les compagnies aériennes, premiers usagers des plateformes aéroportuaires, contre d'éventuels abus de position dominante⁷⁴. Selon certains observateurs économiques, celles-ci pourraient être les principaux perdants d'une privatisation d'ADP « *si des voyageurs renoncent à prendre l'avion à cause du prix ou de la qualité des services aéroportuaires* »⁷⁵. De plus, les compagnies aériennes « *subiront directement la hausse du prix et la baisse de la qualité des services qui leur sont rendus par ADP* »⁷⁶.

A ce titre, la compagnie nationale *Air France* pourrait être la première victime d'une privatisation d'ADP. Sa santé financière est en effet intrinsèquement liée à l'activité économique d'ADP, et surtout au « *fonctionnement du hub de Charles-de Gaulle à un prix raisonnable* »⁷⁷.

L'expression *hub* désigne en anglais le centre d'une roue. Dans le secteur des transports aériens, le *hub* aérien ou la plate-forme de correspondance aéroportuaire est un aéroport permettant aux passagers de changer rapidement et facilement de vol. Ainsi *Air France* a fait de

⁷¹ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 62 et s.

⁷² CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, aff. C-418/01.

⁷³ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 67.

⁷⁴ BRISSON, J.F., « La privatisation ... », *op cit.*, p 57.

⁷⁵ ECALLE. F., *op cit.*, p. 5.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ ECALLE. F., *op cit.*, p. 6.

Roissy-Charles-de Gaulle son *hub*, appuyant sa stratégie de développement autour du premier aéroport français. La compagnie aérienne française avait ainsi en 2002 près de 30 000 salariés employés directement à Roissy, et y a déménagé son siège social en 1995⁷⁸. La stratégie d'*Air France* ne se conçoit ainsi plus sans son hub de Roissy-Charles-de Gaulle⁷⁹.

La santé financière voire la survie de la compagnie a pu d'ailleurs se reposer fortement sur ce lien stratégique avec ADP, comme ce fut le cas au milieu des années 90, quand *Air France* était au plus mal économiquement⁸⁰. De son côté, si ADP n'est pas aussi dépendant d'*Air France* (celle-ci pourrait en effet décider de s'associer avec d'autres compagnies aériennes à moyen terme), sa stratégie de développement actuelle est très fortement liée à la compagnie nationale, qui contribue « *pour plus de la moitié à l'activité de Roissy et d'Orly* »⁸¹.

Ainsi, si la régulation issue de la loi de 2005 prévoyait déjà les prix et la qualité des services de la société ADP via un contrat pluriannuel, celle-ci s'effectuait selon la position ambivalente de l'Etat, entre Etat actionnaire et Etat régulateur. A ce titre, il faut bien noter que si l'Etat actionnaire est encore pour le moment l'actionnaire majoritaire d'ADP, il est également actionnaire à hauteur de 14,3 % dans le capital de la compagnie nationale française, *Air France*. En pratique, cette double position de l'Etat a impliqué dans le passé des arbitrages entre la gestion d'ADP et le développement d'*Air France*, cette dernière étant notamment vu comme « *un porte-drapeau de la Nation dans les pays lointains* »⁸². Cette future position contradictoire entre Etat régulateur du côté de la gestion d'ADP et Etat actionnaire du côté d'*Air France* est parfaitement résumée par François Ecalles : « *Pour maximiser le produit de la vente de ses actions, l'Etat a intérêt à autoriser ADP à augmenter ses prix et à relâcher les contraintes exercées sur la qualité de ses services* », ce qui s'oppose en pratique à l'intérêt des compagnies aériennes, les principaux clients d'ADP, et *a fortiori* d'*Air France*⁸³. Et il ajoute d'ailleurs que le projet de loi de finances prévoit une régulation apparemment stricte⁸⁴.

Cette situation future peut également être mise en parallèle avec le « *raid boursier* » effectué par l'Etat néerlandais sur le groupe Air France-KLM en février 2019, portant sa participation à 14,0 %, contre 14,3 % pour l'Etat français⁸⁵. Par cette acquisition, « *le gouvernement néerlandais veut*

⁷⁸ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 137.

⁷⁹ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 145.

⁸⁰ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 141.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 6.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 5.

⁸⁵ LE MONDE AVEC AFP., « Les Pays-Bas entrent au capital d'Air France-KLM à hauteur de 12,68 % », *Le Monde*, 26 février 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur :

pouvoir influencer directement le développement futur d’Air France-KLM afin d’assurer la meilleure façon possible l’intérêt public néerlandais», a précisé le ministre des Finances néerlandais, Wopke Hoekstra⁸⁶. Contrairement à l’Etat néerlandais qui, en dépit de son héritage libéral, adopte une attitude très pragmatique, si ce n’est empreint de protectionnisme, l’Etat français peine, quant à lui, à trouver une stratégie cohérente.

Au-delà des compagnies aériennes et d’*Air France*, les retombées économiques liées ADP s’inscrivent plus largement dans le développement de la région Ile-de-France. Il est possible de distinguer plusieurs impacts qui sont le résultat de l’activité aéroportuaire. D’abord les impacts dits « *directs* », c’est-à-dire en lien direct avec l’exploitation de la plateforme aéroportuaire (transport aérien, services aéroportuaires, commerces, hôtels, restaurations, fret etc.)⁸⁷. Lorsque des entreprises gérant ces activités effectuent des commandes auprès d’autres sociétés, cela crée à nouveau de l’activité, c’est l’impact « *indirect* », tel un effet ricochet⁸⁸. Les impacts « *induits* » ensuite, qui sont le fait de la consommation des ménages, liés aux salaires versés, et des dépenses des administrations publiques⁸⁹. Les impacts « *catalytiques* » enfin, liés au trafic passager, correspondent « *aux retombées socioéconomiques dont les dépenses des touristes d’affaires et de loisirs transitant par les aéroports parisiens sont à l’origine* »⁹⁰. Ainsi, si ADP soutenait en 2016 570 860 emplois, soit 2,2 % de l’emploi en France et 30,3 milliards d’euros de création de richesses, soit 1,4% du PIB français⁹¹. Les emplois soutenus représentaient ainsi près de 8 % de l’emploi en Ile-de-France⁹². 100 % des emplois directs se situent en Ile-de-France (dont 95 % de contrats à durée indéterminée en 2016⁹³), mais également 87 % des emplois indirects et 72 % des emplois catalytiques⁹⁴.

L’impact économique de l’activité d’ADP, et surtout sur l’Ile-de-France est donc considérable, et notamment en Seine-Saint-Denis, où se trouvent les importantes infrastructures de Roissy-Charles de Gaulle. Les collectivités territoriales, et notamment les communes qui

https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/02/26/le-gouvernement-neerlandais-a-pris-une-part-de-12-68-dans-air-france-klm_5428639_3234.html.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ UTOPIES, « Etudes d’impact socio-économique des aéroports Paris-Charles de Gaulle, Paris-Orly et Paris-Le Bourget », Rapport 2017, p. 6 [consulté le 3 juin 2019]. Disponible sur : https://www.parisaeroport.fr/docs/default-source/groupe-fichiers/rse/rapports-rse/adp_empreinteeco_2017_utopies_vfu_impression.pdf?sfvrsn=6ef2f6bd_2.

⁸⁸ UTOPIES, « Etudes d’impact socio-économique des aéroports Paris-Charles de Gaulle, Paris-Orly et Paris-Le Bourget », Rapport 2017, p. 6 [consulté le 3 juin 2019]. Disponible sur : https://www.parisaeroport.fr/docs/default-source/groupe-fichiers/rse/rapports-rse/adp_empreinteeco_2017_utopies_vfu_impression.pdf?sfvrsn=6ef2f6bd_2

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.* p. 8.

⁹² *Ibid.* p. 9.

⁹³ *Ibid.* p. 17.

⁹⁴ *Ibid.* p. 7.

jouxtent les infrastructures aéroportuaires profitent de retombées financières très importantes⁹⁵. Surtout, cette croissance en matière d'emploi ne va aller qu'en s'accroissant. Ainsi selon les responsables d'ADP, chaque million de passagers supplémentaires se traduit par 1 300 emplois directs, et autant d'emplois induits⁹⁶. Du fait de ce dynamisme incomparable, les entreprises sont fortement attirées par le site l'aéroport, et notamment ses abords immédiats⁹⁷. Les hôtels, entreprises, entrepôts se multiplient, et notamment les sociétés de *handling*, les prestataires de services des compagnies aériennes⁹⁸. Ainsi, les immenses structures de Roissy-Charles-de-Gaulle par exemple, ne sont plus qu'un simple aéroport international, mais bien plutôt ce que l'on nomme maintenant, une « *aéroville* »⁹⁹.

L'organisation de ces immenses espaces commerciaux est d'autant plus la compétence d'ADP. Nous l'avons vu, à la suite de la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports, l'Etat a doté la société ADP d'un actif conséquent, « *dont 6 700 hectares de foncier mutable, soit l'équivalent des XIX^{ème} et XX^{ème} arrondissements* »¹⁰⁰. Et à la suite de la privatisation prévue par la loi Pacte, c'est bien la société ADP, dont le capital sera majoritairement privé, qui devra valoriser ce territoire, et notamment en décidant de l'organisation de ces espaces commerciaux. Surtout, ADP se voit titulaire d'un « *statut dérogatoire aussi exorbitant que discriminatoire* » sur les règles locales d'urbanisme (PLU et SCoT¹⁰¹). ADP, « *nouveau propriétaire féodal* », bientôt détenue majoritairement par des personnes privées, pourra allègrement organiser ses activités sur un territoire francilien immense, sans tenir compte des autres acteurs, notamment des collectivités territoriales¹⁰², qui sont élues démocratiquement.

B. Les intérêts stratégiques

Au-delà des intérêts économiques on peut également observer d'importants enjeux stratégiques, notamment liés à la souveraineté nationale et à la sécurité. L'aéroport est à ce titre souvent considéré comme une frontière, et dans le cas d'ADP, c'est même la première porte d'entrée des migrations internationales en France¹⁰³. La gestion d'un aéroport présente donc des

⁹⁵ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 138.

⁹⁶ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 137.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 138.

⁹⁹ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 138.

¹⁰⁰ Proposition de loi n°1867 visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris.

¹⁰¹ LEGUEVAQUES. C., « Aéroports de Paris c'est un peu 'Notre Dame' d'Air France... », 30 avril 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.leguevaques.com/AEROPORT-DE-PARIS-c-est-un-peu-Notre-Dame-d-air-France_a566.html.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ FRETIGNY. J.B., « La frontière à l'épreuve des mobilités aériennes : étude de l'aéroport de Paris Charles-de-Gaulle », *Annales de Géographie*, 2013/2 n° 690, p. 154.

enjeux très particuliers, permettant à un Etat de contrôler les flux entrants et sortants sur son territoire. L'Etat, garant des intérêts de la Nation, doit à ce titre veiller à son indépendance et à sa souveraineté nationale. A l'heure de la mondialisation, les aéroports internationaux comme Roissy, l'un des plus importants au monde dans un contexte de forte croissance du trafic aérien, constituent des infrastructures uniques qui doivent être préservées pour garantir le bien commun. Malgré le fait que le gouvernement mette en avant l'argument selon lequel l'Etat gardera ses fonctions visant à la protection des frontières, on peut tout de même s'interroger sur l'efficacité d'un contrôle de l'Etat dans ce nouveau cadre. Peut ainsi être interrogé le volontarisme d'ADP pour assurer la sécurité des infrastructures, sans la participation capitalistique de l'Etat, dont les intérêts sont multiples, et non pas uniquement financiers. Par ailleurs, dans un entretien accordé au journal *Les Echos*, l'actuel dirigeant d'ADP Augustin de Romanet, avait montré que la société ADP participait en effet elle-même directement à la sécurité des aéroports¹⁰⁴.

C. Les intérêts liés à l'aménagement du territoire

ADP présente également d'énormes enjeux quant à l'aménagement du territoire français. Depuis sa création après la Seconde Guerre mondiale, le développement d'ADP entre complètement dans la stratégie de rayonnement international de la France, *a fortiori* dans le contexte actuel de la mondialisation. Ainsi, Paris et l'Ile-de-France se sont construits et se construisent de nos jours autour d'ADP et de ses infrastructures. C'est notamment la construction du projet dit du Grand Paris, une « affaire nationale »¹⁰⁵ du fait du poids économique de la capitale, qui vise à donner à la ville lumière « un rôle dans l'économie européenne et dans l'économie mondiale »¹⁰⁶. ADP est donc en première ligne pour assurer à Paris et à l'Ile-de-France une connectivité et une attractivité internationale dans la guerre féroce que se livrent les *Competitives States*.

Pour permettre un aménagement dynamique de ce large territoire, la connectivité des grands pôles d'emplois ou de plateformes de transport est ainsi vitale. C'est le développement voulu par les architectes du Grand Paris via l'« *Arc Express* »¹⁰⁷, pour améliorer qualitativement et quantitativement les transports dans la région francilienne, et les infrastructures d'ADP y occupent une place centrale. C'est notamment, sur le modèle du *Gatwick Express* à Londres que

¹⁰⁴ MAUREL J.L. « Aéroports de Paris souhaite exporter son savoir-faire à l'international », entretien avec Augustin de Romanet, *Les Echos Investir*, 6 mai 2016 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://investir.lesechos.fr/actionnaires/interview/aerports-de-paris-souhaite-exporter-son-savoir-faire-a-l-international-1549858.php>.

¹⁰⁵ BOURDEAU-LEPAGE. L., « Introduction. Grand Paris : projet pour une métropole globale », *Revue d'Economie Régionale & Urbaine*, 2013/3 août, p. 405.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 407.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 420.

s'effectue la construction du *Charles de Gaulle Express*, « qui reliera dès 2014, le cœur de la capitale à l'aéroport Paris-Charles de Gaulle »¹⁰⁸. ADP et son infrastructure mère, Roissy Charles de Gaulle, livrent en effet une compétition sans merci contre Londres, et Roissy est un atout essentiel pour Paris¹⁰⁹, surtout dans le contexte actuel du *Brexit* : « l'enjeu principal de la compétition est de savoir, qui de Londres ou de Paris, sera dans l'avenir la première porte d'entrée aérienne (...) en Europe »¹¹⁰.

Dans cette compétition, mondiale mais surtout européenne (face aux aéroports londoniens surtout, mais également d'Amsterdam ou de Francfort¹¹¹), Paris *via* ADP se doit de développer le trafic de ses plateformes. Pourtant des questions se posent et les enjeux se contredisent : si pour répondre aux besoins de développement de la ville mondiale qu'est Paris, le développement de l'activité aéroportuaire semble vital, cela s'accompagne de nuisances, notamment sonores, pour les habitants de la région d'Ile-de-France¹¹². Sur ce point, les débats et oppositions autour des agrandissements des infrastructures actuelles d'ADP ou plus largement sur la construction d'un troisième aéroport dans le bassin parisien dans les années 1990 montrent les crispations passées des riverains et des communes voisines sur ces sujets¹¹³.

Il est donc clair que les infrastructures d'ADP n'ont pas d'équivalent en France métropolitaine, et sont le siège de nombreux enjeux. Elles constituent bien des infrastructures uniques, dont le développement nécessite une attention toute particulière de la part des pouvoirs publics, si ce n'est un contrôle direct. Elles cristallisent des intérêts et des enjeux cruciaux pour le développement économique mais aussi stratégique du pays, d'un point de vue local, national, et environnemental.

¹⁰⁸ <https://cdgexpress.groupeadp.fr/>

¹⁰⁹ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 138.

¹¹⁰ SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 141.

¹¹¹ *Ibid.* p. 130.

¹¹² *Ibid.* p. 122.

¹¹³ Voir à ce titre les développements très complet dans SUBRA. P, « Roissy et le troisième aéroport ... », *op cit.*, p. 122 à 180.

Dès lors, se pose la question de savoir s'il est possible ou non de privatiser totalement une telle entreprise.

La loi Pacte, qui vise à privatiser totalement le capital d'ADP et à lui confier pour 70 ans les droits exclusifs d'exploitation du service public aéroportuaire francilien a été adopté définitivement par l'Assemblée nationale le 11 avril 2019.

Certains juristes ont ainsi critiqué la constitutionnalité de cette décision. Ainsi, l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, qui a une valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel de 1971 dite *Liberté d'association*¹¹⁴, est souvent avancé pour contester utilement la loi Pacte. En effet, l'alinéa 9 est interprété comme étant la disposition constitutionnelle la plus à même de s'opposer aux privatisations. Il énonce que « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* »¹¹⁵. Cet argument est d'ailleurs souvent relayé dans la presse généraliste par les opposants de tous bords à ce projet de privatisation : ADP pourrait constituer un service public national et / ou un monopole de fait. Si l'interprétation du monopole de fait réside bien dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la qualification de service public national a posé, dans le processus de privatisation d'ADP, de nouvelles - et même inédites - questions constitutionnelles, notamment par l'utilisation par l'opposition parlementaire de l'outil constitutionnel du Référendum d'Initiative partagée (ou RIP) de l'article 11 de la Constitution du 4 octobre 1958¹¹⁶ (Chapitre Premier).

De plus, la réforme issue de la loi de 2005 relative aux aéroports a fortement modifié le régime des biens affecté au service public. En effet, ces infrastructures sont des équipements très particuliers, qui ont été déclassés du domaine public pour devenir la propriété d'une personne privée, tout en restant affecté à la bonne réalisation du service public aéroportuaire. Le législateur a dès lors bâti un régime original, particulier, copié sur celui de la domanialité publique. La privatisation totale de la société ADP pose ainsi des questions de constitutionnalité sur une éventuelle atteinte à l'affectation de ces biens, notamment sur la continuité du service public ou la protection de la propriété publique (Chapitre Deuxième).

¹¹⁴ C. const. n° 71-44 DC, 1971, *Liberté d'association*, Rec. p. 29.

¹¹⁵ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 9.

¹¹⁶ Article 11 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Chapitre Premier.

L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

Depuis les premières privatisations opérées par le gouvernement Chirac en 1986, les opposants ont systématiquement opposés l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Assimilée à la nationalisation alors qu'il énonce « *la propriété de la collectivité* », l'alinéa 9 permettrait ainsi de s'opposer aux privatisations. Les deux hypothèses de service public national et de monopole de fait peuvent ainsi être évoquées pour s'appliquer à ADP (Section 1), une attention particulière sur la seconde hypothèse s'imposant, tant la notion est sujet à interprétation (Section 2).

Section 1. L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : entre service public national et monopole de fait.

« *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». C'est dans ces termes que l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 évoque les notions de service public national (Paragraphe 1) et de monopole de fait (Paragraphe 2). Souvent pensé comme justifiant les nationalisations, c'est l'interprétation du Conseil constitutionnel dans sa décision fondatrice *Privatisations* en 1986 qui en donnera toute la portée¹¹⁷.

Paragraphe 1. Un service public national.

Par sa jurisprudence, les sages ont, avec l'appui de la jurisprudence du Conseil d'Etat, donné la portée à ce que le constituant de 1946 entendait par la notion de « *service public national* ». Cette interprétation rend ainsi le service public national inapplicable pour ADP (A). Mais l'utilisation inédite du RIP en l'espèce a soulevé de nouvelles problématiques constitutionnelles et pourrait donner un nouveau souffle à la notion (B).

A. La qualification de service public national par le législateur.

Dans la décision communément connue sous le nom de *Privatisations*, les juges de l'aile Montpensier du Palais-Royal ont distingué les différents types d'entreprises pouvant être insusceptibles de privatisations.

Certains services publics dits nationaux sont considérés comme tel du fait « *de principes ou de règles de valeur constitutionnelle* »¹¹⁸. Ce sont les services publics constitutionnels dont la nécessité, l'existence et le fonctionnement « *découlent de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, et soit sont exigés par la Constitution, soit trouvent leur fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle* »¹¹⁹. Les services publics constitutionnels sont ainsi la première catégorie d'entreprises impossibles à privatiser, une telle qualification ne pouvant être contestée par le législateur. Les services publics

¹¹⁷ C. const., n° 86_2017 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. p. 61.

¹¹⁸ NICISNKI. S., « Droit public des affaires », *op cit.*, p. 342.

¹¹⁹ *Ibid.*

constitutionnels sont donc directement protégés par les dispositions constitutionnelles d'une éventuelle privatisation.

Le Conseil constitutionnel n'a pas donné d'exemple concret de service public constitutionnel. Il semble cependant communément admis que certaines activités comme les services répondant aux fonctions de souveraineté (la défense, la justice, les affaires étrangères, la police) sont des activités dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution¹²⁰, donc insusceptibles d'être privatisés.

Pour Pierre-Alain Jeanneney, ADP ne semble d'ailleurs pas aller dans cette catégorie des services publics constitutionnels, car « *aucun des services publics, dont la nécessité découle des principes ou des règles à valeur constitutionnelle, ne (...) semble concerner l'activité aéroportuaire* »¹²¹.

D'autres services publics peuvent obtenir la qualité de services publics nationaux par l'« *appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire* »¹²². Ainsi pour le Conseil constitutionnel, ce que le législateur – tout comme le pouvoir réglementaire - peut faire, il peut le défaire : c'est le parallélisme des compétences. Si le législateur a pu décider de qualifier un service public de service public national, il peut tout à fait modifier cette qualification par une nouvelle loi, considérant que l'activité de service public ne répond plus à cette qualité¹²³. Le législateur tout comme le pouvoir réglementaire ne sont également pas tenus par d'éventuels critères d'identification, la qualification de service public national dépendant bien entièrement de leur seule volonté créatrice¹²⁴.

Les jurisprudences administratives comme constitutionnelles ont cependant apporté certaines limites fixant le cadre juridique des services publics nationaux. D'abord, le Conseil d'Etat dans sa décision de 2006 *Bayrou* précise que l'activité doit être exercée à l'échelon national¹²⁵. Cette conception territoriale du service public national a ensuite été confirmée par le Conseil constitutionnel dans une décision de 2006, *loi relative au secteur de l'énergie*¹²⁶, en plus

¹²⁰ NICISNKI. S., « Droit public des affaires », *op. cit.*, p. 342 – 343.

¹²¹ JEANNENEY. P.A., « La privatisation, jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 72.

¹²² NICISNKI. S., « Droit public des affaires », *op. cit.*, p. 342.

¹²³ JEANNENEY. P.A., « La privatisation, jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 72.

¹²⁴ RIVERO. J., VEDEL. G., « Les principes économiques et sociaux de la Constitution ; le Préambule », *Droit social*, 1947, vol. XXXI, p. 13. In NICISNKI. S., « Droit public des affaires », *op. cit.*, p. 343.

¹²⁵ CE, Sect., n° 290716, 27 septembre 2006, *Bayrou et autres* ; GLASER. E., RFDA, 2006, p. 1147.

¹²⁶ C. const, n°2006-543 DC, 30 novembre 2006, *loi relative à l'énergie*.

d'affirmer un critère organique précisant que l'activité doit être confirmée à une seule entreprise¹²⁷.

C'est la loi du 20 avril 2005 *relative aux aéroports* qui définit la mission de service public dont est chargé ADP, notamment d'assurer les services publics liés à l'exploitation de ces aérodromes et exécuter des missions de police administrative¹²⁸. Rien n'y est dit sur l'éventuelle qualification de ce service public en particulier de service public national.

Si d'après Pierre-Alain Jeanneney la mission incombant à ADP était bien une mission de service public national du fait des activités et de la place de la société en France¹²⁹, alors selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel la privatisation d'une telle entreprise est bien possible¹³⁰. Cependant, préalablement à cette privatisation, le législateur doit retirer au service public national qu'il a créé la qualification de service public national¹³¹.

L'obstacle constitutionnel, s'il semble donc sérieux, est néanmoins très facilement contournable par le législateur en l'espèce d'un point de vue strictement juridique. En effet, si comme l'affirme Pierre-Alain Jeanneney la mission incombant à ADP semble bien correspondre à un service public national¹³², à aucun moment le législateur en 2005 comme en 2019 n'a qualifié explicitement le service public aéroportuaire de service public national. ADP n'exploite donc qu'un « simple » service public. La qualification de service public national ne dépend que de la simple volonté créatrice du législateur, qui peut considérer pour diverses raisons, que le service public aéroportuaire n'est pas un service public national, ce qui est bien le cas en l'espèce.

Les notions de service public constitutionnel comme de service public national ne sont donc pas très pertinentes pour s'opposer à la privatisation d'ADP. Une telle qualification ne s'aurait en effet découler des textes constitutionnels ou de la volonté actuelle du législateur. D'ailleurs, dans sa décision de contrôle de constitutionnalité de la loi Pacte¹³³, le Conseil

¹²⁷ NICINSKI. S., « Droit public des affaires », *op. cit.*, p. 343.

¹²⁸ JEANNENEY. P.A., « La privatisation, jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 72.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ C. const. n°83. 207 DC ; C. const., n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la Caisse nationale du Crédit agricole*, Rec. p. 17.

¹³¹ C. const., n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, France Télécom, Rec. p. 107.

¹³² JEANNENEY. P.A., « La privatisation, jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 72.

¹³³ C. const., n° 2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises* ; Communiqué de presse disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2019-781-dc-du-16-mai-2019-communique-de-presse> .

constitutionnel confirme sa jurisprudence relative au service public national, refusant ainsi la qualification de service public national pour ADP.

Pourtant, la notion pourrait être utilisée autrement, et surtout de façon totalement inédite, dans le cadre du RIP, qui semble donner un nouveau souffle à la notion de service public national.

B. La qualification de service public national par le Référendum d'Initiative Partagée.

La révision constitutionnelle de juillet 2008 a introduit des mécanismes nouveaux dans la Constitution de la Vème République. C'est notamment la création d'un nouveau type de référendum, « destinée à favoriser les minorités politiques »¹³⁴. L'article 11 alinéas 3 de la Constitution de 1958¹³⁵ porte ainsi sur le Référendum dit d'Initiative Partagée, ou RIP. Sur initiative d'un cinquième des parlementaires, soutenu par un dixième du corps électoral, une proposition de loi est déférée au Conseil constitutionnel « qui vérifie la régularité de la proposition et des opérations de recueil de soutiens »¹³⁶.

L'alinéa 4 de l'article 11 de la Constitution donne compétence au Conseil constitutionnel pour contrôler cette proposition de loi. Les modalités sont contenues dans l'article 45-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958. Ainsi le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la régularité du processus de déclenchement du RIP. Les sages doivent ainsi contrôler qu'il y a bien au moins un cinquième des membres du Parlement qui ont soutenu la proposition de loi, que « son objet respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, les délais qui y sont mentionnés étant calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel », et enfin que les dispositions de ladite proposition ne sont pas contraires à la Constitution¹³⁷.

Après la déclaration de conformité du Conseil constitutionnel, un délai de 9 mois s'ouvre. Si la proposition de loi n'a pas été examinée par chacune des assemblées parlementaires, le Président de la République la soumet au référendum¹³⁸.

¹³⁴ PORTELLI. H., « Droit constitutionnel », Dalloz, coll. HyperCours, 12^e édition, p. 116.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Const. du 4 oct. 1958, art. 11, al. 3.

¹³⁶ PORTELLI. H., « Droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 116.

¹³⁷ Ordonnance n° 58-1067, 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 45-2.

¹³⁸ Const., du 4 octobre 1958, art. 11, al. 5.

En réaction au projet de privatisation totale d'ADP par la loi Pacte, des parlementaires ont ainsi déposé, le 10 avril 2019, une proposition de loi « *visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris* »¹³⁹, via le RIP de l'article 11 de la Constitution. L'utilisation d'un RIP est inédite depuis la création de cet outil. Ainsi, à côté de la voie législative classique, une nouvelle procédure législative concurrente est mise en branle.

C'est dans une décision du 9 mai 2019 que le Conseil constitutionnel a rendu sa première décision de contrôle d'un déclenchement parlementaire d'un RIP¹⁴⁰. Les sages ont d'abord validé la proposition en ce qu'elle a bien été signée par au moins un cinquième des membres du Parlement à la date d'enregistrement de la saisine du Conseil. Ils ont ensuite confirmé cette procédure car son objet rentrait bien dans l'un des objets mentionnés au premier alinéa de l'article 11 de la Constitution, à savoir « *des réformes relatives à la politique économique (...) et aux services publics qui y concourent* »¹⁴¹. De plus, la proposition était conforme aux dispositions constitutionnelles puisque « *à la date d'enregistrement de la saisine, elle n'avait pas pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. Et aucune proposition de loi portant sur le même sujet n'avait été soumise au référendum depuis deux ans* »¹⁴². Enfin, le Conseil laisse bien au législateur une entière discrétion pour déterminer quelles activités autres que les services publics constitutionnels peuvent être érigées en service public national.

Si la décision semblait validée totalement le RIP et permettant ainsi à la procédure de suivre son cours, l'interprétation de la Constitution par le Conseil a cependant été l'objet d'intense débat par la doctrine. En effet, dans une tribune publiée au journal *Le Monde*¹⁴³, les professeurs Olivier Duhamel et Nicolas Molfessis ont soulevé les éventuels problèmes constitutionnels issus de cette décision et de la première interprétation de l'article 11 alinéas 3 de la Constitution qui a été faite. Ils critiquent la décision du Conseil en ce que le recours au RIP se présente ici comme un « *détournement de la procédure référendaire* », puisque « *les partisans du RIP revendiquent expressément de faire échec à la loi* »¹⁴⁴. Ainsi, le Conseil constitutionnel aurait mal interprété la Constitution en ce qu'elle exige que le RIP « *ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une*

¹³⁹ Proposition de loi n°1867 *visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris*.

¹⁴⁰ C. const. n°2019-1 RIP, 9 mai 2019.

¹⁴¹ Const., du 4 octobre 1958, art. 11, al. 1.

¹⁴² C. const. n°2019-1 RIP, 9 mai 2019.

¹⁴³ DUHAMEL. O., MOLFESSIS. N., « Avec le RIP, le Conseil constitutionnel joue avec le feu », *Le Monde*, 14 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/05/14/adp-avec-le-rip-le-conseil-constitutionnel-joue-avec-le-feu_5461684_3232.html.

¹⁴⁴ DUHAMEL. O., MOLFESSIS. N., « Avec le RIP, le Conseil constitutionnel joue avec le feu », *Le Monde*, 14 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/05/14/adp-avec-le-rip-le-conseil-constitutionnel-joue-avec-le-feu_5461684_3232.html

disposition législative promulguée depuis moins d'un an ». Pour les deux professeurs, les sages auraient par leur interprétation méconnue « *l'esprit même de l'article 11 de la Constitution* », commettant de ce fait une « *faute juridique* »¹⁴⁵.

A côté, le Conseil constitutionnel aurait commis une « *faute politique* »¹⁴⁶. Ils précisent en effet que cette interprétation présente un « *problème démocratique* » et un « *risque pour la démocratie représentative* », car elle « *donne cours, ici, à une opposition des deux expressions de la souveraineté nationale que sont le vote des représentants du peuple et le référendum. Au risque de dépôts, demain, de propositions de loi référendaire pendant que le Parlement légifère sur des textes qui déplairaient à une minorité* »¹⁴⁷. Dans un billet, le Professeur Olivier Beaud explique ainsi leur position : « *chaque loi adoptée serait désormais suspendue à cette épée de Damoclès de l'initiative d'un RIP qui pourrait à tout instant la remettre en question* »¹⁴⁸. Le risque étant que « *la minorité parlementaire pourrait mettre en échec la majorité parlementaire (...), l'éventuelle application de la loi, désormais promulguée, est reportée d'au moins quinze mois* »¹⁴⁹.

En réponse, le Professeur Paul Cassia et le politiste Patrick Weil ont affirmé au contraire que « *le Conseil constitutionnel n'a commis ni faute juridique, ni faute politique* »¹⁵⁰. En effet, dans le cadre de cette proposition de loi RIP, la date d'enregistrement de la saisine mentionnée à l'article 45-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 relatif au Conseil constitutionnel correspond à la date du 10 avril, alors que l'Assemblée nationale a voté en lecture définitive la loi Pacte le 11 avril¹⁵¹. Ainsi, la proposition de loi RIP n'avait, à la date du 10 avril 2019, pas pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis le 10 avril 2018¹⁵². Le Conseil constitutionnel a donc simplement appliqué la lettre de la Constitution pour résoudre un problème qui, en définitive, « *est né d'une mauvaise écriture de la Constitution* »¹⁵³.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ BEAUD. O., « Remarques sur le référendum d'initiative parlementaire et sur les arguments de ceux qui ont voulu bloquer la procédure », *JP Blog*, 23 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur :

<http://blog.juspoliticum.com/2019/05/23/remarques-sur-le-referendum-dinitiative-parlementaire-et-sur-les-arguments-de-ceux-qui-ont-voulu-en-bloquer-la-procedure-par-olivier-beaud/>.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ CASSIA. P., WEIL. P., « Référendum sur ADP : « le Conseil constitutionnel n'a commis ni faute juridique, ni faute politique », *Le Monde*, 16 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur :

https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/05/16/referendum-sur-adp-le-conseil-constitutionnel-n-a-commis-ni-faute-juridique-ni-faute-politique_5462653_3232.html.

¹⁵¹ CASSIA. P., WEIL. P., « Référendum sur ADP : « le Conseil constitutionnel ... », *op. cit.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ BEAUD. O., « Remarques sur le référendum ... », *op. cit.*

De plus, un autre débat est venu s'ajouter sur la question du RIP. En effet, le Gouvernement, en déposant de nouvelles observations auprès du Conseil constitutionnel s'agissant de la constitutionnalité de la loi Pacte, a tenté de convaincre les sages que cette future décision serait contradictoire avec la décision RIP qu'ils avaient déjà pris. En effet, le Gouvernement a voulu montrer que le RIP « *doit être considéré comme ayant pour objet l'abrogation de ses articles 130 à 136, promulgués depuis moins d'un an, en contrariété avec le troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution* », en invitant le Conseil à déclarer que la procédure de recueil des signatures devrait être interrompue¹⁵⁴. Dans un communiqué de presse, le président du Conseil, Laurent Fabius, a réitéré la position du Conseil constitutionnel, en réaffirmant que les deux décisions sont indépendantes l'une de l'autre¹⁵⁵.

Malgré ces nombreuses controverses et débats constitutionnels, la procédure du RIP suit finalement son cours, et ADP pourrait à terme être qualifié de service public national. Reste à l'opposition parlementaire de recueillir les signatures des citoyens : 10 % du corps électoral soit environ 4,7 millions de personnes.

Si le comité Balladur, qui travaillait sur cette réforme constitutionnelle en 2007, souhaitait instaurer par le nouvel alinéa 3 de l'article 11 un « *droit d'initiative populaire* »¹⁵⁶, la doctrine a plutôt utilisé, pour décrire ces nouvelles dispositions constitutionnelles, le terme de Référendum d'Initiative Partagée au vu de son mode d'activation, une expression que le Conseil constitutionnel a d'ailleurs consacré dans son unique décision RIP. Certains auteurs ont de leur côté plutôt vu dans cette procédure référendaire une « *usine à gaz institutionnelle* »¹⁵⁷, la qualifiant de « *référendum d'initiative parlementaire minoritaire* »¹⁵⁸. Ainsi, les doutes sur la réussite de cette procédure sont importants du fait d'un seuil de signatures citoyennes très difficile à atteindre. A ce titre, le RIP a souvent été critiqué car « *élaborée pour qu' [il] ne s'applique jamais ou presque...* »¹⁵⁹.

A ce titre, on peut rajouter que si les 4,7 millions de signatures étaient tout de même réunies, le Parlement pourrait, comme l'annonce la procédure de mise en œuvre du RIP, tout à fait confronter la proposition de loi à un vote. Et si les parlementaires décident de refuser

¹⁵⁴ De MONTECLER. M.C., « Loi PACTE : feu vert du Conseil constitutionnel aux privatisations », *AJDA*, 2019, p. 1077.

¹⁵⁵ C. const., n° 2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises* ; Communiqué de presse disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2019-781-dc-du-16-mai-2019-communiquede-presse>.

¹⁵⁶ RAMBAUD. R., « Référendum d'initiative partagée : une première historique ? », *AJDA*, 2019, p. 1073.

¹⁵⁷ BEAUD. O., « Remarques sur le référendum ... », *op. cit.*

¹⁵⁸ HAMON. F., « Le référendum d'initiative partagée », *RFDC*, 2014, n°98, p. 253.

¹⁵⁹ BEAUD. O., « Remarques sur le référendum ... », *op. cit.*

d'adopter ladite proposition de loi, la Constitution ne prévoyant rien, la procédure du RIP serait close, sans passer par l'organisation par le Président de la République d'un référendum¹⁶⁰.

La notion de service public national pourrait donc, à supposer que le RIP aboutisse positivement, s'opposer à la privatisation totale d'ADP. Pourtant, ce que le législateur peut faire, il peut le défaire. ADP serait alors privatisable si le législateur le privait de cette nouvelle qualité de service public national. Dès lors, cette notion montre toute ses limites, tant elle est soumise à la volonté du législateur. L'autre notion proposée par l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, le monopole de fait, pourrait ainsi venir s'opposer plus efficacement à la privatisation totale d'ADP.

Paragraphe 2. Un monopole de fait.

La jurisprudence, constitutionnelle comme administrative, a pu interpréter l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 et la notion de monopole de fait (A). Cette notion est pourtant floue et sujet à de nombreux débats. Ainsi certains auteurs sont très critiques envers l'interprétation qui est faite par la jurisprudence (B).

A. Les critères jurisprudentiels du monopole de fait.

Il est encore une fois nécessaire de partir de la décision du Conseil constitutionnel qui a donné toute sa portée à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, la fameuse décision *Privatisations*. Ainsi, le monopole de fait « *doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises* », et ne sont pas prises en compte les « *positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une partie de ses activités* ». Dans une décision du 30 novembre 2006 relative à la privatisation de Gaz de France, le Conseil constitutionnel avait ainsi exclu l'hypothèse de l'application de l'alinéa 9 du fait de l'ouverture à la concurrence progressive des marchés du gaz naturel¹⁶¹. Le Conseil constitutionnel rajoute par ailleurs que l'alinéa 9 « *fait obstacle à ce qu'une loi confère un monopole à l'échelon national à une entreprise privée* »¹⁶².

¹⁶⁰ NEUER. L., « ADP : 'Notre Constitution démocratique donne au peuple la possibilité de s'exprimer' », entretien avec Denis Baranger, *Le Point*, 16 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lepoint.fr/editos-du-point/laurence-neuer/adp-notre-constitution-democratique-donne-au-peuple-la-possibilite-de-s-exprimer-16-05-2019-2313090_56.php.

¹⁶¹ C. const. n° 2006- 543 DC.

¹⁶² PERROUD. T., DEFFAINS. B., « La privatisation d'Aéroports de Paris et l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : Aéroports de Paris est un monopole de fait ! », *JP Blog*, 28 janvier 2018 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <http://blog.juspoliticum.com/2019/01/28/la-privatisation-daeroport-de-paris-et-lalineea-9->

Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel a été appliquée lors de la privatisation des autoroutes dans une décision du Conseil d'Etat de 2006 dite *Bayrou*¹⁶³. Ainsi, l'appréciation d'un monopole de fait s'effectue désormais à l'échelon nationale, l'alinéa 9 n'était pas applicable, et le monopole de fait n'était pas constatable en l'espèce. Le commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser avait alors en effet soutenu que si chaque société était potentiellement en situation de monopole dans son périmètre géographique, aucune ne disposait d'un monopole à l'échelon national¹⁶⁴.

Souvent utilisé comme argument pour s'opposer aux privatisations, le monopole de fait a donc été interprété restrictivement par les juridictions. Ainsi, la saisine de la loi Pacte par les parlementaires dans le cadre de la privatisation d'ADP n'a pas échappé à la règle, et les députés et sénateurs se sont appuyés sur cette notion. Et sans surprise, la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi Pacte a été rendue dans la continuité de la jurisprudence constitutionnelle et administrative passée.

D'abord, les sages reprennent la jurisprudence antérieure en utilisant à nouveau l'idée que le monopole de fait doit s'analyser compte tenu de l'exercice de l'activité à l'échelon national. Dès lors, si ADP est chargé d'exploiter plusieurs aéroports franciliens, dont les deux plus importants sur le territoire français, il existe bien « *d'autres aéroports d'intérêt national ou international* » (considérant 45). L'actuelle domination d'ADP sur le secteur aéroportuaire français serait ainsi rééquilibrée par la « *la situation de concurrence croissante avec les principaux aéroports régionaux, y compris en matière de dessertes internationales* » (considération 45). Le Conseil semble par ailleurs aller quelque peu au-delà du critère national pour analyser le monopole de fait. Prenant une échelle continentale, il avance désormais que « *les grandes plateformes européennes de correspondance aéroportuaire* » (considérant 45) sont également en situation de concurrence avec ADP.

Le Conseil constitutionnel analyse ensuite le marché pertinent sur lequel s'effectue l'activité d'ADP. Cette notion est sujet à beaucoup de débats juridiques tant « *tant le droit peine à s'approprier certaines notions telles que celles d'entreprise et de marché pertinent, le niveau d'expertise économique [supplantant] le niveau d'expertise juridique* »¹⁶⁵, et se situe pourtant au cœur des analyses des

[du-preambule-de-la-constitution-de-1946-aeroport-de-paris-est-un-monopole-de-fait-par-bruno-deffains-et-thomas-perroud/](#).

¹⁶³ CE, Sect., n° 290716, 27 septembre 2006, *Bayrou et autres* ; GLASER. E., RFDA, 2006, p. 1147.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 147.

juridictions dans l'appréhension du monopole de fait. L'ancien Conseil de la concurrence a ainsi donné une définition du marché pertinent¹⁶⁶ :

« Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. A l'inverse, un offreur sur un marché pertinent n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables »

S'agissant d'ADP, le Conseil constitutionnel a dès lors retenu que sur « *le marché du transport sur lequel s'exerce l'activité d'Aéroports de Paris* » (considérant 46), nombre de liaisons aériennes proposées par ADP sont substituables par d'autres modes de transport, comme la route ou le rail (considérant 46). ADP se trouve ainsi en concurrence pour certains trajets avec les autoroutes et les chemins de fer, et à plus forte raison pour ce dernier selon le Conseil du fait « *du développement des lignes à grande vitesse* » (considérant 46).

Terminant son analyse, le Conseil constitutionnel retient qu'ADP « *ne peut être regardée comme une entreprise dont l'exploitation constitue un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* »¹⁶⁷.

Il est toutefois intéressant de noter que la notion de substituabilité dans l'analyse du marché pertinent n'est pas une première dans les décisions relatives aux privatisations. Ainsi déjà le Conseil d'Etat, saisi pour avis en 2005 par le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie dans le cadre du projet de privatisation des autoroutes, avait analysé que « *pour chaque itinéraire autoroutier, un autre itinéraire [permettait] de relier les deux points desservis* »¹⁶⁸. La haute juridiction administrative fait ici référence aux fameux « *itinéraires bis* », des trajets substituables aux axes autoroutiers qui renvoient en fait au réseau des routes nationales et départementales. Le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la constitutionnalité de la loi Pacte analyse donc la situation concurrentielle des aéroports franciliens de la même manière que les hauts magistrats

¹⁶⁶ PERROUD. T., DEFFAINS., « La privatisation d'Aéroports de Paris... », *op.cit.*.

¹⁶⁷ Cons. const., n°2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises*, cons. 47

¹⁶⁸ CE, Ass. Avis n° 372.147, 25 et 29 août 2005.

administratifs en 2005, grâce à la notion de substituabilité notamment, mais aussi par celle d'échelon national.

Pourtant comme nous l'avons démontré auparavant, la privatisation des autoroutes a bien été perçue comme un échec par un grand nombre de personnes, et en premier lieu par les usagers. La pertinence de l'analyse du marché pertinent par nos juridictions, et notamment sur la substituabilité des modes de transport pourrait ainsi être largement critiquée, tant les usagers des autoroutes s'avéraient en fait bien être des usagers captifs des sociétés autoroutières.

A ce titre, l'interprétation de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 par les juridictions constitutionnelle et administrative semble avoir largement neutralisée la notion de monopole de fait, qui ne semble désormais que pouvoir justifier les nationalisations, et non plus contester les privatisations. L'analyse des juges prend ainsi largement appui sur une définition très large du marché pertinent, ce qui a été largement contestée par la doctrine.

B. Les critiques doctrinales de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Lors des travaux préparatoires de 1946, la notion de monopole de fait semblait pourtant claire, et non sujet à débats. Cet apparent consensus était ainsi dû à la réelle complexité de la notion de monopole, aux confins de l'économie et du droit, d'où notamment le faible intérêt de la doctrine pour la question¹⁶⁹. Ainsi, la juridiction administrative comme constitutionnelle partagerait cette faible attirance pour la notion de monopole de fait, du fait de la question délicate – mais néanmoins centrale – de la définition du marché à prendre en compte¹⁷⁰. Dès lors, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, tout comme celle du Conseil d'Etat qui s'appuie largement dessus, a été largement critiqué par la doctrine, qui voit dans le monopole de fait une notion largement insaisissable¹⁷¹, qualifiant même l'interprétation des juges de « *non-sens* »¹⁷².

L'analyse du monopole de fait ne peut se faire comme on le ferait en droit de la concurrence, c'est-à-dire par le contrôle des abus de position dominante ou du contrôle des concentrations¹⁷³. En effet, les constituants de 1946 n'étaient pas exclusivement préoccupés par

¹⁶⁹ LOMBARD. M., « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole », *in* Mélanges Moderne, Dalloz, p. 675.

¹⁷⁰ LOMBARD. M., « Les limites constitutionnelles ... », *op. cit.*, p. 677.

¹⁷¹ BRISSON, J.F., « La privatisation ... », *op. cit.*, p. 68.

¹⁷² CHEROT. J.Y., « Droit public économique », n° 30, p. 64 *in* BRISSON, J.F., « La privatisation ... », *op. cit.*, p. 68.

¹⁷³ LOMBARD. M., « Les limites constitutionnelles ... », *op. cit.*, p. 678.

une finalité économique, puisqu'ils associaient à ce texte d'autres objectifs notamment politiques et sociaux¹⁷⁴. Pourtant, le Conseil constitutionnel, dès sa décision des 25 et 26 juin 1986¹⁷⁵, « *semble confondre situation monopolistique et monopole de fait* »¹⁷⁶ ; et « *si le marché pertinent n'est pas correctement identifié, alors toute appréhension d'une situation monopolistique est vaine* »¹⁷⁷. En analysant la jurisprudence du Conseil, Martine Lombard a pu ainsi constater que les juges manquaient de cohérence économique dans leurs interprétations¹⁷⁸.

Dès lors, même si le Conseil constitutionnel utilise bien, la notion de marché, tout comme le Conseil d'Etat, il semble confondre situation monopolistique et monopole de fait. Sa manière d'appréhender ce concept reste « *rudimentaire, puisqu'il ne le caractérise ni en termes géographiques, ni en termes de produits ou services* »¹⁷⁹. L'utilisation du terme « *l'ensemble du marché* » perturbe ainsi pour Martine Lombard le sens même de la phrase¹⁸⁰. Mais c'est surtout l'utilisation par le juge dans son analyse des « *positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités* » qui vient donner une nouvelle signification à l'alinéa 9. A ce titre, Martine Lombard affirme que « *l'analyse économique d'un marché pertinent est en effet totalement indépendante du point de savoir si telle ou telle production ne représente qu'une partie ou la totalité des activités d'une entreprise donnée* »¹⁸¹. Pour Alice Philippe, auteure d'une thèse sur le monopole de fait, l'analyse du Conseil constitutionnel est plutôt timide, les sages ne cherchant pas à définir pleinement le monopole de fait, et allant même jusqu'à le confondre avec la situation monopolistique¹⁸².

A ce titre, Pierre-Alain Jeanneney constatait dès 2006 l'inapplicabilité du monopole de fait sur ADP avec une telle définition. Puisque la loi de 2005 *relative aux aéroports* a permis à la société de se diversifier dans de nouveaux secteurs d'activité, dès lors, la part de son activité exercée en monopole allait mécaniquement diminuer. Et justement, selon le Conseil constitutionnel, c'est bien l'ensemble des activités de l'entreprise qui doit être prise en compte pour apprécier l'existence d'un monopole de fait¹⁸³.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ C. const., n° 86_2017 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. p. 61.

¹⁷⁶ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 166.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ LOMBARD. M., « Les limites constitutionnelles ... », *op. cit.*, p. 678.

¹⁷⁹ LOMBARD. M., « Les limites constitutionnelles ... », *op. cit.*, p. 679.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 166.

¹⁸³ JEANNENEY. P.A., « La privatisation, jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 73-74.

La décision du 7 janvier 1988 relative à la mutualisation du Crédit agricole, qui vient compléter la décision des 25 et 26 juin 1986, est également révélatrice pour Martine Lombard d'une absence de cohérence économique dans la jurisprudence du Conseil. Les sages avaient en effet avancé que la si le Crédit agricole avait un monopole de droit sur la distribution de « *prêts bonifiés destinés à l'agriculture, il existe également des prêts bonifiés destinés à d'autres secteurs et dont la distribution relève d'autres organismes* »¹⁸⁴. Ainsi, le Conseil constitutionnel « *a pris en compte l'ensemble des prêts bonifiés, comme s'il fallait considérer la seule offre de prêts, indépendamment de la nature de la demande à laquelle elle répond* »¹⁸⁵ ; « *Son analyse du marché ne porte que sur les offreurs de service, sans se préoccuper en rien de la rencontre de l'offre et de la demande qui caractérise un marché* »¹⁸⁶.

La décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2006¹⁸⁷, relative à l'examen de la conformité de la loi relative au secteur de l'énergie à la Constitution, a également posé la question de la qualification de monopole de fait lors d'une privatisation. La doctrine a pu se montrer très critique envers cette décision, notamment car le Conseil « *s'attache aux conditions d'exercice de cette activité, de manière générale, mais directement à l'exploitation de l'activité par l'entreprise en cause pour déterminer si celle-ci est en situation de monopole de fait* »¹⁸⁸. Aucune distinction n'est à nouveau fait entre le monopole et le monopole de fait ; pourtant, si le monopole est un indice du monopole de fait, il « *ne saurait le présumer* »¹⁸⁹.

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle par la doctrine montre ainsi les égarements de la juridiction constitutionnelle dans son interprétation de l'alinéa 9 du Préambule. Ainsi pour Alice Philippe, « *le raisonnement du juge est en retrait de ce qui a pu être énoncé par le Programme du CNR* »¹⁹⁰. S'agissant des décisions relatives aux nationalisations ou aux privatisations, le Conseil constitutionnel semble donc bien souvent timide dans sa jurisprudence, tant il ne cherche pas à faire rentrer son contrôle sur un terrain politique. A ce titre, Rivero disait que « *le Conseil se refuse à exercer un contrôle politique sur les textes qui lui sont soumis* »¹⁹¹, puisque d'ailleurs, les juges de l'aile Montpensier se cantonnent à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le contrôle des lois relatives aux privatisations¹⁹².

¹⁸⁴ C. const., n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la Caisse nationale du Crédit agricole*, Rec. p. 17. cons. 31.

¹⁸⁵ LOMBARD. M., « Les limites constitutionnelles ... », *op. cit.*, p. 680.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ C. const., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120.

¹⁸⁸ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 167 - 168.

¹⁸⁹ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 168.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ RIVERO (J.), « Les conditions de conformité à la Constitution de la première loi de privatisation », *AJDA*, n° 10, 1986, p. 583 in PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 169.

¹⁹² PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 167.

Cette réticence du Conseil constitutionnel a véritablement donné une portée effective à l'alinéa 9, et donc à contrôler efficacement les privatisations par le monopole de fait a ainsi été fortement critiquée par la doctrine. A ce titre, il est possible de sortir de la vision particulière du Conseil constitutionnel pour essayer de démontrer qu'ADP est bien une entreprise visée par l'alinéa 9 du Préambule, et qu'elle doit à ce titre rester la « *propriété de la collectivité* », au sens large, pour éviter les risques induits par le monopole de fait.

Section 2. Les interrogations sur l'application de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 à ADP.

Pendant les longs débats précédents la décision du Conseil constitutionnel sur la loi Pacte, différents auteurs ont essayé de démontrer en quoi ADP présente bien les caractéristiques d'un monopole de fait. A ce titre, si le Conseil a jugé qu'ADP ne présente pas les caractéristiques d'un monopole de fait, cette position est contestable de par les qualités intrinsèques de cette société et de son activité principale (Paragraphe 1). En allant contre la lettre de l'alinéa 9, les sages en ont ainsi oublié son esprit. Pourtant la doctrine propose une interprétation plus souple de l'alinéa 9, au-delà de la simple opposition nationalisation / privatisation, pour retrouver l'esprit du texte de 1946, un travail nécessaire pour que des garanties soient apportées aux privatisations de la gestion des services publics (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La qualification juridique d'Aéroports de Paris comme monopole de fait.

L'interprétation restrictive de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par les juridictions a amené le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'Etat à refuser la qualification d'un monopole de fait pour les entreprises privatisées. Pourtant pour une partie de la doctrine, ADP semble bien détenir un monopole de fait (A). Cette qualification de monopole de fait pour ADP serait ainsi nécessaire pour en éviter les dérives – comme le voulaient d'ailleurs les constituants de 1946 – et notamment la rente de situation (B).

A. Les débats sur l'existence d'un monopole de fait détenu par ADP.

La doctrine a été fortement critique envers l'interprétation particulière que font les juridictions du monopole de fait de l'alinéa 9. La décision sur la constitutionnalité de la loi Pacte, qui a refusé la qualification de monopole de fait pour ADP dans la continuité de la jurisprudence constitutionnelle, sera ainsi sûrement très critiquée dans les mois et années à venir.

Malgré les critiques de la doctrine sur cette interprétation que nous avons pu voir, le Gouvernement ou même le Conseil d'Etat n'ont pas entrepris une analyse poussée du pouvoir de marché pour rechercher si véritablement, l'activité d'ADP pouvait être qualifiée de monopole de fait.

En effet, l'avis du Conseil d'Etat relatif à la loi Pacte reprenait encore une fois les arguments des juridictions :

« Il relève en effet que si la société ADP est chargée, à titre exclusif, d'exploiter une dizaine d'aéroports civils, ceux-ci sont tous situés dans la région d'Ile-de-France. Il estime donc qu'ADP, nonobstant l'importance des aéroports qu'elle exploite, n'exerce pas une activité présentant le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait, au sens et pour l'application du neuvième alinéa du Préambule de 1946 »¹⁹³.

Devant ce refus des juridictions, et même du conseiller du gouvernement, de véritablement effectuer une analyse approfondie du marché sur lequel s'effectuait l'activité d'ADP, certains auteurs ont essayé de montrer que l'activité d'ADP constituait bien un monopole de fait.

Pour déceler un monopole de fait, il faut d'abord utiliser la notion de marché pertinent dont nous avons vu la définition qu'en faisait le Conseil de la concurrence : *« Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou service spécifique »,* où *« les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs »¹⁹⁴.*

Ainsi, la vocation principale d'ADP, malgré l'importance accrue des activités commerciales dans la gestion aéroportuaire, reste sa mission de service public aéroportuaire. C'est l'article L. 6323-2 du code des transports qui lui confère un monopole, et qui dispose *« Aéroports de Paris est chargée d'aménager, d'exploiter et de développer les aérodromes de Paris - Charles-de-Gaulle, Paris - Orly, Paris - Le Bourget, ainsi que les aérodromes civils situés dans la région Ile-de-France dont la liste est fixée par décret »¹⁹⁵.* L'activité d'ADP repose ainsi bien sur une activité particulière, le marché des installations aéroportuaires - dont l'enjeu est très fort car étant de service public - et qui correspond dans la définition du Conseil de la concurrence au *« produit ou service spécifique »* proposé sur un marché donné, le fameux marché pertinent.

Pourtant la définition très large du marché faite par la jurisprudence vient empêcher une analyse approfondie de ce secteur d'activité en particulier, qui constitue pourtant le cœur de l'activité d'ADP. Le Conseil constitutionnel, en prenant en compte l'ensemble des activités de la société, minimise dès lors le fait qu'ADP opère dans un secteur particulier, ce qu'a pu critiquer Martine Lombard. Il est donc normal que par son interprétation de la notion de monopole, le

¹⁹³ CE, Ass., n°349.599 et 395.021, 14 juin 2018, *avis sur un projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises*, cons. 77.

¹⁹⁴ AdC, n° 06-D-18 du 28 juin 2006, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique*.

¹⁹⁵ C. transp. art. L. 6323-2.

Conseil constitutionnel conclue à l'inexistence d'un monopole de fait pour ADP, puisqu'il prend en compte l'ensemble des activités de la société. Dès lors, la *sociétisation* d'un établissement public semble bien être un premier pas vers une privatisation totale, puisque cela permet à la nouvelle société de se diversifier dans d'autres activités, rendant à terme l'application de la notion de monopole de fait impossible.

Pour analyser si ADP constitue bien un monopole de fait sur un marché, il faut donc analyser un seul marché, et en l'occurrence son activité principale. La raison qui a conduit le législateur à créer l'établissement public l'Aéroport de Paris en 1945 était ainsi la gestion du marché des installations aéroportuaires, un marché spécifique qu'il faut bien séparer de toutes les activités de nature commerciale.

Ainsi pour le Professeur de droit public Thomas Perroud et le Professeur d'économie Brunon Deffains, ADP est bien en situation de monopole sur le marché des installations aéroportuaires utilisées pour les transports aériens en provenance et à destination de l'Ile-de-France¹⁹⁶. En effet, ADP n'a aucun concurrent dans un rayon de 300 kilomètres, et sa zone de chalandise correspond à peu près à 25 millions d'habitants¹⁹⁷. En 2017, ADP assurait environ 55 % (102 millions de passagers) du trafic aérien en France, qui est de 197 millions de passagers environ, dont 73 % est lié au trafic international¹⁹⁸. Les deux tiers des passagers transitant par ADP (soit 67 millions environ) sont des passagers qui viennent de l'extérieur de l'espace Schengen¹⁹⁹. ADP possède effectivement infrastructures essentielles pour toutes compagnies aériennes qui souhaitent desservir la France et sa capitale, Paris, l'une des premières destinations touristiques mondiales²⁰⁰. La clientèle est ainsi dite captive, car elle « *n'a guère de marges de négociation pour discuter les tarifs que lui impose ADP* »²⁰¹.

Dès lors, il apparaît clair qu'ADP tire sa rentabilité de ce modèle économique très particuliers²⁰². Le *hub* à dimension internationale de Roissy-Charles de Gaulle, le premier *hub* européen de l'alliance *Skyteam*, premier aéroport français, deuxième aéroport européen et dixième mondial, est ainsi une structure privilégiée, sans véritable équivalent pour passer d'un vol long-courrier, via par l'exemple un A380, à une correspondance locale²⁰³. Ainsi ADP, surtout via son

¹⁹⁶ PERROUD. T., DEFFAINS., « La privatisation d'Aéroports de Paris... », *op.cit.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ PERROUD. T., DEFFAINS., « La privatisation d'Aéroports de Paris... », *op.cit.*

hub de Roissy est une « porte d'entrée majeure pour l'ensemble du territoire », et le qualificatif « exclusif » utilisé par la jurisprudence ne vaut pour les deux professeurs que pour l'Ile-de-France²⁰⁴.

Les deux auteurs ne sont par ailleurs pas les seuls à avoir une telle analyse. Ainsi Jean-Pierre Le Goff, de la Fédération nationale de l'aviation marchande, a également analysé que les aéroports « détiennent le plus souvent une situation de monopole de fait dans un territoire, les exploitants aériens n'ont que très rarement sur le territoire où ils sont basés, le choix entre deux plateformes pour desservir un bassin de chalandise »²⁰⁵.

La Cour des comptes a également analysé la place prépondérante - si ce n'est unique - qu'occupait ADP sur le marché des installations aéroportuaires alors qu'elle n'était encore qu'un établissement public, donc soumise au principe de spécialité qui pouvait empêcher ses diversifications dans d'autres secteurs d'activités. Ainsi dans son rapport public annuel pour 2002, les magistrats financiers évoquent « le caractère monopolistique de la plupart [de ses] activités »²⁰⁶ et qu'il prélevait ses recettes « en situation monopolistique »²⁰⁷. Quelques années plus tard dans un rapport de 2008 « Les aéroports français face aux mutations du transport aérien », la Cour des comptes a analysé que la loi de 2005 qui sociétisait ADP « a abouti à conférer de fait à ADP un monopole d'exploitation pour une durée illimitée des aéroports existant en Ile-de-France »²⁰⁸.

Si l'on a réussi à se détacher de la définition du marché du Conseil constitutionnel, ADP peut dès lors être considéré comme étant un monopole de fait. Il est désormais possible d'observer les risques liés à l'exercice d'un monopole de fait notamment dans le cadre d'ADP.

B. Les risques liés à la privatisation d'un monopole de fait possédé par ADP

Pour Alice Philippe, le monopole de fait est une situation dangereuse. En effet, il correspond à :

« une situation où une entreprise dispose d'un fort pouvoir de marché qu'elle utilise pour faire primer son intérêt particulier aux dépens de l'intérêt général, plus précisément aux dépens des parties prenantes. Cette

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ LE GOFF, J.P., « Opinion sur la réforme », in AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007, p.102 et s.

²⁰⁶ Cour des comptes, « Rapport public annuel », 2002, p. 412, in CASSIA. P., « Halte à la Privatisation d'Aéroports de Paris ! », *Mediapart*, 8 janvier 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/311218/halte-la-privatisation-d-aeroport-de-paris>.

²⁰⁷ Cour des comptes, « Rapport public annuel », *op. cit.*, p. 402.

²⁰⁸ Cour des comptes, « Les aéroports français face aux mutations du transport aérien », 2008, p. 158 in CASSIA. P., « Halte à la privatisation ... », *op. cit.*

situation se matérialise par l'existence d'une rente de situation. Rente accaparée par l'entreprise parce que les rapports de pouvoir entre elle et ses parties prenantes sont déséquilibrés. Rente injustifiée car si les rapports de pouvoirs étaient équilibrés, ce surplus de profit n'existerait pas »²⁰⁹.

Dès lors, si l'on considère qu'ADP est un monopole de fait, le risque que les actionnaires à sa tête abusent de ce pouvoir monopole est très important, d'un point de vue quantitatif comme qualitatif. En effet, une entreprise privée en situation de monopole abusera de cette situation par rapport à une entreprise mise en concurrence, en augmentant le prix de ses produits et en baissant la quantité de l'offre, « *le prix d'un monopole est d'autant plus élevé que l'élasticité de la demande est faible, ce qui semble assez largement le cas des usagers d'infrastructures aéroportuaires*²¹⁰ ». De plus, une entreprise en situation de monopole n'aurait que peu d'intérêt à améliorer la qualité du service qu'elle propose, du fait de l'absence de concurrence²¹¹.

Les inquiétudes de la doctrine sont ainsi nombreuses s'agissant de la privatisation d'ADP, du fait d'un abus potentiel de la part du futur gestionnaire. La régulation de l'Etat semble primordiale pour éviter qu'ADP ne puisse abuser de son monopole, puisqu'un actionnaire privé pourrait tout à fait réduire ses coûts de production tout en refusant d'améliorer la qualité de son offre, ce qui crée mécaniquement des recettes supplémentaires pour l'exploitant²¹².

Le projet de loi Pacte qui entend céder la majeure partie du capital que l'Etat détient dans ADP à des personnes privées prévoit d'ailleurs une régulation forte, qui permettra à l'Etat d'exercer un fort pouvoir de régulation sur les activités et les prix d'ADP²¹³. Par exemple, les dirigeants d'ADP devront être agréés par l'Etat ; ADP appliquera à ses achats les obligations relatives à la commande publique (publicité, mise en concurrence etc.) ; ADP devra obtenir une autorisation expresse de l'Etat s'il veut prendre des engagements dont la durée dépasse de 18 mois la future expropriation prévue dans 70 ans ; l'Etat encadrera et autorisera les modifications apportées aux installations aéroportuaires ; si ADP ne respecte pas le futur cahier des charges, la société pourra être sanctionnée « *par une amende égale à 2 % de son chiffre d'affaires par manquement, le total des amendes étant plafonné à 10 % du chiffre d'affaires* »²¹⁴ etc. La régulation va même jusqu'à pouvoir interdire l'exploitation des infrastructures aéroportuaires par ADP « *si ce plafond est atteint à*

²⁰⁹ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p.26.

²¹⁰ PERROUD. T., DEFFAINS., « La privatisation d'Aéroports de Paris... », *op.cit.*

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ ECALLE. P., « Faut-il privatiser ADP », *op.cit.*, p. 7.

²¹⁴ *Ibid.*

deux reprises sur quatre exercices successifs ou pour tout autre manquement d'une particulière gravité»²¹⁵. De plus et comme c'est le cas actuellement, les redevances aéroportuaires reçues par ADP et prélevées sur les compagnies aériennes et les passagers feront l'objet d'un contrat pluriannuel avec l'Etat d'une durée maximale de cinq ans²¹⁶. Sans un tel contrat, les tarifs seront fixés directement par le ministre en charge de l'aviation civile selon les conditions prévues dans le cahier des charges²¹⁷.

Pourtant, l'impossible retour d'expérience permis par la privatisation d'une infrastructure aussi particulière et importante qu'ADP ne permettrait pas d'établir un cahier des charges suffisamment solide²¹⁸. Ainsi, s'agissant des redevances aéroportuaires, il y a un risque que la régulation prévue par la loi Pacte ne permette pas d'empêcher une majoration de celles-ci. En effet, les grands aéroports mondiaux ont deux sources principales de recettes : « *les redevances prélevées sur les passagers et les compagnies aériennes en contrepartie des services aéroportuaires* » et les « *loyers tirés de la location des emplacements commerciaux dans les aérogares et des immeubles situés dans la zone aéroportuaire* »²¹⁹. La régulation des redevances aéroportuaires suit ainsi deux modèles différents, l'un dit de « *caisse unique* » (les redevances aéroportuaires sont alors minorées par les bénéfices liés à la gestion des surfaces commerciales), et l'autre dit de « *double caisse* » (les redevances aéroportuaires sont alors couvertes par le coût des services aéroportuaires, et les bénéfices liées aux locations commerciales sont laissés au propriétaire de l'aéroport)²²⁰.

Les économistes pensent ainsi que le modèle de la caisse unique est à privilégier pour les aéroports non congestionnés, du fait de l'incitation qu'ils ont à réduire les redevances aéroportuaires pour augmenter l'activité²²¹. Ainsi, ADP est dans une situation où les possibilités d'extension de ses infrastructures sont encore possibles, d'où la théorique nécessité de préférer ce modèle²²². Mais depuis 2010, ADP est géré selon le modèle de la double caisse, sans que la future régulation prévue dans la loi Pacte ne cherche à modifier cela. Ainsi, « *le potentiel de développement des activités commerciales et immobilières dans les aérogares et sur les terrains d'ADP est considérable et les recettes*

²¹⁵ ECALLE. P., « Faut-il privatiser ADP », *op.cit.*, p. 8.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ ECALLE. P., « Faut-il privatiser ADP », *op.cit.*, p. 9.

²¹⁹ ECALLE. P., « Faut-il privatiser ADP », *op.cit.*, p. 8.

²²⁰ ECALLE. P., « Faut-il privatiser ADP », *op.cit.*, p. 8.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

qui en seront tirées pourraient contribuer à limiter la progression des redevances aéroportuaires », ce que le projet de loi ne permet pas²²³.

Dans une note pour le Conseil d'analyse économique, les professeurs Stéphane Saussier et Jean Tirole font également état que 40 à 92 % des délégations de services publics ou des partenariats publics privés sont en fait renégociés avant la fin du contrat initial²²⁴. En effet, il « *est impossible de prévoir tous les événements pouvant survenir durant l'exécution de ces contrats qui sont nécessairement incomplets* »²²⁵, et que ces potentielles renégociations tendent « *à réduire, voire à faire disparaître les bienfaits des procédures concurrentielles d'attribution* »²²⁶, à la manière de la renégociation des contrats de concession des autoroutes en 2015.

Aussi, le cadre de régulation prévue par la loi Pacte et le futur cahier des charges sera difficile à faire respecter pour de nombreuses raisons, et notamment du fait d'une importante asymétrie d'information en faveur d'ADP qui lui permettra de majorer les coûts et les risques pour obtenir une rémunération plus importante²²⁷.

Les limitations mises en place par l'Etat ne seraient donc pas assez suffisantes pour réguler le pouvoir de marché de la nouvelle société ADP entièrement détenue par des actionnaires privées, qui pourraient dès lors facilement s'émanciper des règles de concurrence et du projet de régulation²²⁸. Or, pour Alice Philippe, l'élément central du monopole de fait est le résultat d'un abus de pouvoir de marché, ce qui amène la constitution d'une rente de situation²²⁹, lorsque « *les opérateurs économiques se laissent vivre* »²³⁰. C'était précisément ce que voulaient éviter l'idéologie post Résistance, théorisés par les constituants de 1946 comme par les membres du CNR. L'alinéa 9 est ainsi directement issu d'une volonté de modération du pouvoir privé, synthétisé à l'époque à travers l'idée de démocratie économique²³¹. Il est ainsi nécessaire de

²²³ *Ibid.*

²²⁴ SAUSSIÉ. S., TIROLE. J., « Renforcer l'analyse de la commande publique », Note du Conseil d'analyse économique, n° 22, avril 2015, p. 4, in ECALLE. P., « Faut-il privatiser ADP », *op.cit.*, p. 8.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.* p. 9.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 138.

²²⁹ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 7.

²³⁰ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 58.

²³¹ BEAUD., O., « Nationalisations et souverainetés de l'Etat », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 24, septembre-décembre 2014 in PERROUD. T., « Face aux privatisations, retrouver l'esprit de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, JP Blog, 10 juillet 2018 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <http://blog.juspoliticum.com/2018/07/10/face-aux-privatisations-retrouver-lesprit-de-laline-9-du-preambule-de-la-constitution-de-1946-par-thomas-perroud/>.

retrouver l'esprit de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, afin d'éviter la constitution de puissances économiques privées si fortes qu'elles pourraient en abuser.

Paragraphe 2. La nécessité de retrouver l'esprit de l'alinéa 9.

Si une partie de la doctrine considère que la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat a jugé contre la lettre et l'esprit de l'alinéa 9, il convient d'en étudier quelque peu l'origine (A), pour mieux comprendre la volonté des auteurs actuels de réinterpréter ce texte pour en retrouver l'esprit (B).

A. L'origine de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

« *Nul monopole ne pourra abuser des hommes ni dresser aucune barrière dans l'intérêt général* »²³². C'est en ces termes que le général de Gaulle consacrait l'idée, repris dans le Programme du CNR et dans l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, que le monopole de fait doit être régulé, dans le but de lutter contre les féodalités économiques, prémisses de la notion de monopole de fait²³³.

Le CNR et ensuite les constituants de 1946 ont ainsi mis en avant, à la sortie de la Seconde Guerre mondiale, l'idée d'instaurer une démocratie dite économique et sociale. L'objectif est de lutter contre les féodalités économiques, qui « *opère subtilement la synthèse entre les activités économiques et la société* », dont l'essence est l'inégalité de pouvoir²³⁴. Contre les pouvoirs des corporations et des situations monopolistiques, le Programme du CNR comme les constituants de 1946 cherchaient à combattre l'institution de monopole de fait. C'est ainsi l'Etat, vu comme le seul véritable garant de l'intérêt général qui, à la fois guide et gardien, a la mission de lutter contre les féodalités économiques. Un Etat puissant est alors vu comme garant de la réalisation de la démocratie économique et sociale, évitant que les puissances privées prennent la direction de l'économie pour permettre « *l'adéquation des activités économiques avec la réalisation de l'intérêt général* »²³⁵, et empêcher la subordination des intérêts particuliers à l'intérêt général²³⁶.

²³² DE GAULLE. C., « Discours et messages », 1940-1946, Discours du 11 novembre 1942, *Plon* 1970, p. 239. In PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 93.

²³³ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 93.

²³⁴ *Ibid.* p. 93.

²³⁵ *Ibid.* p. 93 – 64.

²³⁶ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 95.

La condamnation des féodalités économiques est ainsi intimement liée au rejet des situations rentières, l'élément central du monopole de fait pour Alice Philippe²³⁷. Ainsi, elle souligne que l'essor du système capitaliste a tendu à reproduire le même schéma que sous l'Ancien Régime, puisque le capitalisme est « *traditionnellement entendu comme un mode de production particulier fondé sur la détention d'un capital et la volonté de maximisation de celui-ci* »²³⁸. Les constituants de 1946 ont ainsi vu la résurgence de ces rapports de pouvoir, et ont entendu les soumettre, les contenir, pour parvenir à réguler le phénomène du monopole de fait et des phénomènes de rentes en faveur des seuls intérêts privés.

Sans vouloir aller jusqu'à la réaction la plus brutale face à capitalisme, c'est-à-dire la collectivisation des moyens de production, les constituants de 1946 ont plutôt tenté de rechercher une troisième voie entre le modèle communiste et le modèle capitaliste du monde anglo-saxon. En effet, la simple opposition Etat contre marché ne semble pas pertinente, et il existe sûrement une situation intermédiaire, entre le « *laisser faire, laisser passer* » et la planification centralisée, permettant une société laissant les individus libres, notamment s'agissant de la liberté d'entreprendre²³⁹.

Le Préambule de 1946 vise donc d'abord à éviter que les monopoles ne servent qu'uniquement des intérêts privés. En effet, si les débats montrent que l'alinéa 9 est une solution de « *compromis* », qui fait « *l'objet à l'époque de certains malentendus* », il est avant tout un texte de consensus qui assure qu'il faut lutter contre les monopoles²⁴⁰.

Et de la même manière, les débats autour de l'alinéa 9 montrent que certains constituants étaient également préoccupés par l'appropriation des monopoles de fait par l'Etat lui-même. Ainsi, M. Frédéric-Dupont voulait éviter une telle appropriation, pour ne pas substituer un monopole public à un monopole privé, pour ne pas remplacer un monopole par un autre, de donner un monopole l'« *l'Etat-trust* »²⁴¹.

En 1946, les libéraux avaient fortement avancé la nécessité de pouvoir contrôler les monopoles. Ils s'appuyaient en effet sur les travaux des auteurs libéraux les plus classiques comme John Stuart Mill, ou les ordo libéraux allemands de l'entre-deux-guerres, qui s'inquiétaient

²³⁷ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 107.

²³⁸ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 107-108.

²³⁹ PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018, p. 117.

²⁴⁰ PERROUD. T., « Face aux privatisations, retrouver l'esprit de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 », JP Blog, 10 juillet 2018 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <http://blog.juspoliticum.com/2018/07/10/face-aux-privatisations-retrouver-l'esprit-de-l-alinea-9-du-preambule-de-la-constitution-de-1946-par-thomas-perroud/>.

²⁴¹ J.O. A.N. n° 29 de 1946, p. 968 – Séance du 21 mars 1946 in PERROUD. T., « Face aux privatisations ... », *op. cit.*

tous des risques liés à l'appropriation par les intérêts privés des monopoles²⁴². Pour Mill par exemple, octroyer un véritable monopole sans réserve, c'est prendre le risque de donner à un individu le pouvoir de lever un impôt sur la société pour son seul bénéfice²⁴³.

Ainsi, si la volonté des constituants de 1946 était de lutter contre la constitution de monopoles - notamment privés - et l'interprétation du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel de l'alinéa 9 ne vise pourtant pas à analyser la notion de monopole et ses conséquences pratiques. Pour certains auteurs, l'alinéa 9 du Préambule serait dès lors plus que jamais d'actualité pour protéger les citoyens des situations monopolistiques.

B. Le dépassement de l'interprétation actuelle de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

La nécessité de retrouver l'esprit du Préambule de la Constitution de 1946 est centrale. En effet, ce texte qui se voulait à l'origine être une limite à la création de puissances économiques privées jouissant d'un pouvoir arbitraire sur le marché a été dépossédée de sa portée par les juridictions. Ainsi, l'alinéa 9 est de plus en plus commenté comme étant dépossédé de sa portée et de sa capacité à venir s'opposer aux privatisations. Le monopole de fait ne peut, en l'état actuel de la jurisprudence, être qualifié que dans de très rares cas, qui ne correspondent d'ailleurs à aucune entreprise publique actuelle.

L'enjeu de retrouver l'esprit de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 se pose avec une acuité particulière dans le contexte de la mondialisation, de la libéralisation et de la constitution d'entreprises gigantesques et très puissantes, « *too big to fail* ». Ainsi pour Martine Lombard, l'enjeu est aujourd'hui l'existence ou non d'une doctrine française des limites aux privatisations, susceptible de présenter une certaine originalité par rapport au modèle anglo-saxon d'entreprises entièrement privatisées. A nouveau, le parallèle avec l'idéologie de 1946 est flagrant, lorsqu'à l'époque déjà, nous l'avons vu, le constituant français cherchait une « *troisième voie* ». De tels travaux de recherche seraient certainement nécessaires aujourd'hui, afin de réaffirmer une *propriété éminente de l'Etat*.

Ainsi la doctrine cherche à dépasser la traditionnelle lecture de l'alinéa 9 qui consiste à simplement opposer nationalisation aux privatisations, et à donner à ce texte un second souffle.

²⁴² PERROUD. T., « Face aux privatisations ... », *op. cit.*

²⁴³ STUART MILL. J., « Principes d'économie politique avec quelques-unes de Leurs applications à l'économie sociale », Volume 2, Guillaumin et Cie, 1861, p. 508 (traduction de H. Dussard). *In* PERROUD. T., « Face aux privatisations ... », *op. cit.*

Le Professeur Thomas Perroud a ainsi pu proposer de « *retrouver l'esprit de cet alinéa* » sans nécessairement « *fonder un pouvoir d'appropriation* », mais plutôt « *un pouvoir de contrôle, de police économique* »²⁴⁴. Plus précisément, l'alinéa 9 pourrait servir de fondement à un pouvoir de fixation des prix des monopoles²⁴⁵.

Plus généralement, Thomas Perroud appelle à une réinterprétation de l'alinéa 9 « *comme excluant l'hypothèse dans laquelle le tarif conférerait des rentes* », pour éviter que le contrat ne soit opposable à l'Etat²⁴⁶, signant par là même un réengagement de l'Etat à assurer des équilibres économiques et sociaux viables. Si l'alinéa 9 autorise le législateur à adopter un mode de gestion externalisée des services publics, la régulation doit être forte et contraignante pour éviter une situation où l'utilisateur est captif, et le concessionnaire propriétaire d'une rente. A ce titre, la privatisation des autoroutes que nous avons maintes fois citée pourrait constituer une expérience instructive, tant l'Etat a dans cette affaire, failli à son rôle régulateur. En effet, lors de la renégociation des tarifs en 2015, l'Etat n'a pas su mettre en avant ses intérêts par « *peur du contentieux* », et parce qu'il s'est « *lié les mains dans le contrat en prévoyant que toute hausse de la fiscalité ou abandon des hausses pourrait permettre de remédier à ce problème* »²⁴⁷.

En effet, la forme contractuelle qui a été utilisée pour cette privatisation, pour faire primer la liberté contractuelle et la sécurité juridique du concessionnaire, n'a pas permis à l'Etat de conserver une position plus forte que son cocontractant, pourtant nécessaire pour que soit garantie l'intérêt général. C'est au fondement même de l'autonomie du droit administratif, et l'absence de telles clauses exorbitantes de droit commun a empêché l'Etat de réviser les tarifs.

Pour éviter la répétition de cette situation, le Conseil constitutionnel doit consacrer « *un pouvoir de réglementation du monopole dans l'alinéa 9* », qui serait confié à une autorité de régulation comme l'Autorité de la concurrence. L'auteur prend l'exemple des Etats-Unis où le pouvoir de réglementation existe depuis la fin du XIX^e siècle par l'arrêt *Munn v. Illinois*, « *qui juge que les biens affectés d'un intérêt public peuvent être réglementés* »²⁴⁸.

En réaction à ces critiques et prenant en compte le retour d'expérience que fut la privatisation des autoroutes, le gouvernement a prévu que le cahier des charges qui complétera le cadre de la régulation de l'activité d'ADP ne sera pas de nature contractuelle mais plutôt de

²⁴⁴ PERROUD. T., « Face aux privatisations ... », *op. cit.*

²⁴⁵ PERROUD. T., « Face aux privatisations ... », *op. cit.*

²⁴⁶ PERROUD. T., « Face aux privatisations ... », *op. cit.*

²⁴⁷ PERROUD. T., « Face aux privatisations ... », *op. cit.*

²⁴⁸ PERROUD. T., « Face aux privatisations ... », *op. cit.*

nature réglementaire²⁴⁹. A ce titre, l'Etat semble essayer de se prémunir contre une répétition de l'épisode des autoroutes, car le projet de loi contient des dispositions dérogatoires au droit commun limitant le droit d'ADP de rechercher de responsabilité de l'Etat quand celui-ci prendrait des décisions de nature à bouleverser les conditions économiques de l'exploitation concédée²⁵⁰.

Mais comme nous l'avons souligné précédemment, le contrôle du respect du cahier des charges, notamment s'agissant des tarifs des redevances aéroportuaires mais également sur la qualité des services, sera difficile, car peu facilement mesurable²⁵¹. Plus généralement la régulation prévue par l'Etat a été assez largement critiquée. D'ailleurs, l'une des dispositions prévoit la possibilité d'interdire purement et simplement à ADP l'exploitation des infrastructures aéroportuaires. Pourtant, selon François Ecalle, ce qui semble être un précieux garde-fou pour l'Etat, seraient en fait en pratique quasiment inutilisable²⁵².

La décision du Conseil constitutionnel relevant de la constitutionnalité de la loi Pacte n'a absolument pas pris en compte ces considérations. En effet, les sages ont continué à suivre l'interprétation qui est faite par les juridictions de l'alinéa 9. Cette interprétation s'éloigne pourtant largement de l'esprit de l'alinéa, de la raison pour laquelle les constituants de 1946 s'étaient entendus pour adopter cette disposition.

²⁴⁹ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 9.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 9.

²⁵² *Ibid.*

Conclusion du Chapitre Premier.

L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 semble être la disposition la plus adaptée pour s'opposer aux privatisations. Pourtant les juridictions en ont fait une interprétation restrictive, tant s'agissant du service public national que du monopole de fait. Certains auteurs plaident à ce titre pour un retour l'esprit de l'alinéa 9, en passant notamment par sa réinterprétation.

La jurisprudence, administrative comme constitutionnelle, ayant neutralisé l'alinéa 9, il existe cependant toujours une possibilité pour qu'ADP soit déclaré service public national, même après la décision du Conseil relative à la loi Pacte. C'est en effet la procédure du RIP qui malgré les controverses constitutionnelles que l'on a pu citer, suit toujours son cours. A partir du 15 juin 2019, le ministère de l'Intérieur met en ligne le site internet permettant le recueil des 4,7 millions de signatures.

Devant le succès – jusqu'à présent – de cette procédure, le Gouvernement, s'est lourdement inquiété de cette utilisation du RIP par les parlementaires. Dans le contexte social actuel et face aux demandes de démocratie directe, le RIP pourtant vu comme étant une procédure fermée, semble avoir revigoré quelque peu notre démocratie tant elle a apporté un regain à la démocratie représentative, avant très prochainement de mobiliser directement les citoyens. Dans son projet de révision constitutionnelle, le Président de la République a ainsi annoncé que le RIP verrait un abaissement du seuil à un million de d'électeurs, et un dixième des membres du Parlement (contre un cinquième aujourd'hui)²⁵³. Surtout, le Gouvernement semble vouloir tirer des leçons de la procédure du RIP actuelle, puisque ce même projet prévoit qu'il serait impossible d'engager un RIP contre une loi promulguée depuis moins de 3 ans. En l'état actuel du projet de révision, on ne sait pas s'il sera question de promulgation, ou bien d'adoption, puisque cette question était fondamentale dans la procédure du RIP actuelle.

Même si un tel changement ne concerne pas le RIP engagé pour déclarer ADP comme étant un service public national, les débats autour de la privatisation des aéroports parisiens auront conduit une disposition jugée par certains inutiles à être au centre des questions politiques,

²⁵³ AFP, « RIP, écologie... Ce que contient le projet de loi de réforme constitutionnelle », *L'Express avec AFP*, 31 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lexpress.fr/actualite/politique/rip-ecologie-ce-que-contient-le-projet-de-loi-de-reforme-constitutionnelle_2081361.html?fbclid=IwAR1or1ma8KxDJrdoIy2GiqZyB7rE3Xf83Y6XyMSbB9qHdnYe1w82vyAFZQ8.

juridiques, démocratiques. Et à travers la question de savoir si ADP constitue un service public national ou non, le contexte est intéressant pour, comme en 1946, pouvoir débattre ces questions. De tels débats seraient ainsi fertile pour soit redécouvert l'esprit de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

Chapitre Deuxième.

Les biens affectés au service public aéroportuaire.

Qu'elle soit considérée comme exploitant ou non un service public constitutionnel, un service public national ou un monopole de fait, la société ADP a toujours pour mission d'organiser un service public, à ce titre, les lois du service public s'appliquent sur ses activités. En 2005, la loi a prévu le passage d'une propriété publique des biens à une propriété privée du fait de la *sociétisation*, et le Conseil constitutionnel est venu consacrer un régime inédit, très particulier, centré sur l'affectation des biens au service public pour que soient garanties les lois du service public (Section 1). Ainsi, certains principes régissant le service public ont une assise constitutionnelle, et à ce titre leur confèrent une protection constitutionnelle (Section 2).

Section 1. Un régime de biens original centré sur l'affectation au service public.

Les privatisations mises en œuvre par les gouvernements successifs ont, sous toutes leurs formes, cherchées à contourner le droit de la domanialité publique, dans le but d'échapper à ce droit vu comme rigide. C'est la naissance d'un nouveau régime juridique pour les biens déclassés du domaine, le régime des biens affectés au service public (Paragraphe 1). Chaque privatisation passe ainsi par des dispositions législatives organisant spécialement ce régime pour un service public en particulier, et ADP, qui exploite le service public aéroportuaire en Ile-de-France, ne fait pas exception à la règle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le régime des biens affectés au service public.

Le régime des biens affectés au service public est issu de la volonté du législateur de valoriser économiquement le domaine en contournant les règles supposées rigides de la domanialité publique (A). Pourtant le législateur s'est retrouvé face à la survivance de l'affectation de ces biens à la réalisation du service public. Ainsi le régime des biens affectés au service public, qui se voulait débarrasser de certaines contraintes propres au domaine public, va en fait être issu largement des règles de domanialité publiques (B).

A. Un régime issu d'une volonté de valorisation économique du domaine public.

Depuis les années 1980, un grand mouvement secoue le droit de la domanialité publique. En effet, une partie de la doctrine le voit comme rigide, peu adapté au développement économique efficace d'infrastructures publiques pourtant pourvues d'une très grande valeur économique²⁵⁴, comme les ports, les gares ou les aéroports. Ces auteurs vont chercher à influencer sur le droit positif pour rendre plus économiquement compatible les règles du domaine public : c'est le mouvement dit de valorisation économique du domaine public. Ainsi, le droit de la domanialité publique est détricoté de son essence originelle, qui mettait en avant un régime de régime de protection de biens particuliers, taillés sur mesure pour des besoins particuliers, et au premier desquels se trouve l'accomplissement du service public.

²⁵⁴ FATOME. E., « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA* 2003. p. 1192.

Ce régime de protection est ainsi vu comme un corpus de principes lourds et contraignants pour celui qui veut valoriser économiquement le domaine public. Certains de ces principes sont en effet impensables en droit privé, comme le principe de précarité qui « *permet à l'administration de mettre fin avant le terme fixé à toute occupation qui apparaît de nature à contrarier la réalisation de l'affectation* »²⁵⁵.

Deux conceptions s'affrontent alors. D'un côté le régime de protection des biens grâce au droit de la domanialité publique, élaborée depuis le XIX ème siècle grâce à l'œuvre de la jurisprudence administrative, et de l'autre une conception qui vise à valoriser économiquement les biens du domaine public pour qu'ils participent pleinement à l'activité économique du pays. Si le Conseil d'Etat s'est montré souvent très réticent à l'idée de modifier le droit de la domanialité publique pour rendre possible une plus grande valorisation économique du domaine, le législateur va pourtant bien multiplier la création de nouveaux outils juridiques à destination des personnes publiques. Le législateur autorise ainsi la constitution de droits réels sur le domaine public, permettant une valorisation économique de celui-ci. Ces lois ont été prises à partir des années 1980 et 1990, comme la loi portant sur les baux emphytéotiques administratifs²⁵⁶ - et toutes ses déclinaisons depuis - ou la loi créant les autorisations d'occupation temporaires²⁵⁷. Plus largement, les parlementaires sont venus « *atténuer les aspérités de la domanialité publique* »²⁵⁸, excluant directement les biens de certains services publics de la domanialité publique comme pour les biens de France Télécom (loi n° 96-660 du 26 juillet 1996), ou les biens de La Poste (loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001)²⁵⁹. C'est ainsi en 2006 la création et l'application d'un code général de la propriété et des personnes publiques qui résume à lui seul toute cette nouvelle philosophie qui abreuve le droit de la domanialité publique.

Pourtant, ces deux idées que l'on peut se faire du domaine public semblent contradictoires, comme l'affirme le président Labetoulle :

« Il faut sans doute se garder d'une illusion : on peut atténuer les aspérités de la domanialité publique, mais il est sans doute illusoire de penser que l'on peut avoir simultanément les avantages inhérents à des logiques sinon opposées du moins substantiellement différentes. On ne peut pas revendiquer, d'une part, l'idée d'une protection domaniale forte, au nom de la police, ou des libertés publiques ou de l'intérêt

²⁵⁵ FATOME. E., « A propos ... », *op. cit.*

²⁵⁶ Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988, *relative au développement et à la transmission des entreprises*, art. 13.

²⁵⁷ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994, *complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*.

²⁵⁸ LABETOULLE. D., « Rapport de synthèse », colloque : *Domaine public et activités économiques*, in FATOME. E., « A propos ... », *op. cit.*

²⁵⁹ FATOME. E., « A propos ... », *op. cit.*

général, et revendiquer, d'autre part, les avantages économiques d'une exploitation en quête de rentabilité ; il y a là deux approches également légitimes et respectables, mais entre lesquelles il faut choisir et que l'on ne peut impunément confondre ou réunir»²⁶⁰.

A côté du régime classique de la domanialité publique s'est donc construit un nouveau régime juridique, centré sur l'affectation des biens au service public, pour permettre une valorisation de ces biens hors du cadre jugé trop contraignant de la domanialité publique.

B. La nécessité d'apporter des règles spéciales pour garantir l'affectation des biens au service public

Depuis le XIX^{ème} siècle, la doctrine et la jurisprudence s'entendaient pour considérer qu'un bien affecté à la réalisation d'un service public devait être classé dans le domaine public, et que cette affectation était protégée par le principe de l'inaliénabilité²⁶¹. Ainsi par exemple, une collectivité territoriale qui voulait vendre un bien du domaine public devait préalablement le déclasser pour pouvoir le vendre (sous réserve de règles spéciales pour empêcher les collectivités d'abuser d'une telle procédure)²⁶². Les évolutions récentes du droit public, et à plus forte raison du droit de la domanialité publique ont marqué une rupture du lien entre l'affectation au service public, la domanialité publique et l'inaliénabilité²⁶³.

En effet, le principal cardinal en matière de domanialité publique est que seule une personne publique peut être propriétaire d'un bien classé dans le domaine public, et jamais une personne privée. Les nombreuses privatisations effectuées depuis les années 1980 afin que les entreprises publiques soient gérées directement selon les méthodes du droit privé, louées pour son efficacité et sa souplesse, montrent la volonté du législateur de contourner les règles de domanialité publique supposées rigides. Pour cela, le législateur va transformer progressivement nombre d'établissements publics en sociétés, diminuant de ce fait mécaniquement l'étendue du domaine public. Par exemple, la loi relative à la transformation de France Telecom en société²⁶⁴ prévoyait que les biens de l'ancien établissement public seraient déclassés au moment de la transformation²⁶⁵. La loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère

²⁶⁰ LABETOULLE. D., « Rapport de synthèse », colloque : Domaine public et activités économiques, *in* FATOME. E., « A propos ... », *op. cit.*

²⁶¹ DEGOFFE. M., GODFRIN. P., « Droit administratif des biens », Sirey, coll. Université, 11^e édition, p. 208.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, *relative à la l'organisation du service public de la poste et des télécommunications*, art. 1^{er}.

²⁶⁵ DEGOFFE. M., GODFRIN. P., « Droit administratif des biens », *op. cit.* p. 29.

économique et financier²⁶⁶ a également décidé du déclassement des biens de La Poste qui demeurerait alors un établissement public (ce n'est que par une loi du 9 février 2010 que cet établissement emblématique sera transformé en société anonyme²⁶⁷). Ce déclassement obligatoire du fait d'un passage de la propriété publique à la propriété privée s'est accompagné de la création de mécanismes originaux, adoptés par le législateur pour chacune des entreprises publiques, pour que ces biens restent affectés à l'exécution du service public en cause²⁶⁸.

Le Conseil constitutionnel a alors tenté à travers sa jurisprudence de proposer une interprétation laissant au législateur une certaine marge de manœuvre dans l'organisation des services publics, tout en se posant comme le gardien de la bonne affectation des biens du domaine public et des principes qui en découlent. En effet, dans sa décision du 21 juillet 1994, *Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*²⁶⁹, les sages se posent comme gardien du droit public applicable aux biens « *qui présentent une importance particulière pour la satisfaction de certains intérêts généraux constitutionnellement obligatoire* »²⁷⁰. Dès lors, lorsque le législateur modifie des dispositions relatives au domaine public, il doit seulement veiller à « *ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auquel il est affecté* ».

Ainsi pour le Conseil constitutionnel, la seule exigence concernant le régime juridique des biens affectés à un service public est que l'existence et la continuité des services publics soient toujours garanties, que le législateur doit l'assurer en édictant des règles spéciales²⁷¹. La plus commune d'entre elles est ainsi la possibilité qu'à l'Etat de s'opposer à la cession d'un bien affecté au service public si cette vente empêcherait la bonne exécution future du service public. La loi peut tout à fait décider de ne pas classer des biens affectés au service public dans le domaine public, alors qu'ils sont la propriété d'une personne publique, ou décider du transférer la propriété des biens affectés au service public à une personne privée, rendant impossible un classement dans le domaine public²⁷².

Dès lors, le Conseil constitutionnel permet au législateur d'étoffer un nouveau régime, au-delà de la domanialité publique, centrée uniquement sur l'affectation des biens au service public.

²⁶⁶ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, art. 22.

²⁶⁷ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010, *relative à l'entreprise publique La Poste et aux sociétés postales* ; JO 10 fév., p. 2321.

²⁶⁸ DEGOFFE. M., GODFRIN. P., « Droit administratif des biens », *op. cit.* p. 30.

²⁶⁹ C. const. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, Rec. p. 96.

²⁷⁰ FATOME. E., « A propos ... », *op. cit.*

²⁷¹ FATOME. E., « A propos ... », *op. cit.*

²⁷² FATOME. E., « A propos ... », *op. cit.*

Paragraphe 2. Le régime particulier des biens d'Aéroports de Paris.

Le législateur adopte pour de nombreuses procédures de déclassement des biens ou plus généralement de privatisations des dispositions spéciales qui tiennent aux particularités liées à la gestion d'un service public. S'agissant d'ADP, une société privée depuis 2005, le régime des biens créé par le législateur a conduit à un régime original, centré sur l'affectation au service public et même qualifié de « *quasi domanialité publique* » par certains auteurs (A). De même, la privatisation actuelle d'ADP repose sur un mécanisme concessionnaire qui semble classique, mais présentant pourtant d'importantes particularités (B).

A. Un régime des biens de « *quasi domanialité publique* ».

Ce régime spécial de biens affectés à l'usage du service public sans domanialité publique a été confirmé par la décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005 qui contrôlait la constitutionnalité de la loi relative aux aéroports²⁷³.

Le Code général de la propriété publique délimitait un domaine public aéroportuaire « *constitué des biens immobilier appartenant à une personne publique [...] et affectés aux besoins de la circulation aérienne publique. Il comprend notamment les emprises des aérodromes et les installations nécessaires pour les besoins de la sécurité de la circulation aérienne situées en dehors de ces emprises* »²⁷⁴. Ainsi les installations aéroportuaires faisaient partie du domaine public car ils étaient affectés à l'usage du public et à la réalisation du service public du transport aérien²⁷⁵.

Mais par la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports²⁷⁶ le législateur a décidé de modifier ce régime. En effet, il a transformé l'établissement public ADP en société anonyme, faisant passer ADP d'un régime de droit public à un régime de droit privé²⁷⁷. Cette loi a également transféré la propriété de la plupart des biens affectés au service public aéroportuaire, anciennement propriété de l'ancien établissement public ADP ou de l'Etat, à la nouvelle société ADP, après avoir procédé à leur déclassement²⁷⁸. Pour le Professeur Etienne Fatôme, les sages ont ainsi renouvelé le

²⁷³ C. const., n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*.

²⁷⁴ CGPPP. Art. L. 2111-16, in DEGOTTE. M., GODFRIN. P., « Droit administratif des biens », *op. cit.* p. 66.

²⁷⁵ DEGOTTE. M., GODFRIN. P., « Droit administratif des biens », *op. cit.* p.66.

²⁷⁶ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, *relative aux aéroports*.

²⁷⁷ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, *relative aux aéroports*, art. 1.

²⁷⁸ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, *relative aux aéroports*, art. 2.

principe selon lequel seuls des biens qui sont la propriété d'une personne publique peuvent appartenir au domaine public²⁷⁹.

Le Conseil a jugé qu'en prévoyant un tel mécanisme, le législateur n'avait pas méconnu le principe constitutionnel de continuité du service public : « *Considérant que le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté* »²⁸⁰.

Etienne Fatôme note ainsi que le Conseil constitutionnel avait déjà adopté une solution comparable en 1996 à propos des biens de France Télécom. La particularité de la décision de 2005 est que le pouvoir du législateur de déclasser du domaine public des biens qui restent affectés à des services publics est un pouvoir « *absolument général* », qui vaut quelle que soit l'importance des biens en cause pour le service et quelle que soit celle du service auquel ils sont affectés²⁸¹. Dès lors, cette décision confirme pour lui que « *l'appartenance au domaine public d'un bien affecté au service public n'est jamais constitutionnellement obligatoire* », et que ce « *qui importe du point de vue constitutionnel* » est la protection de l'affectation des biens au service public par un régime juridique spécial, taillé sur mesure par la loi pour la bonne réalisation du service public en cause, et notamment le principe constitutionnel de continuité du service public²⁸².

Le Professeur Benoît Plessix remarque plutôt que ce nouveau régime des biens est en fait totalement calqué sur celui de la domanialité publique, puisque l'affectation des biens au service public est toujours garantie, mais sans le principe de l'inaliénabilité qui concerne uniquement les biens qui sont classés dans le domaine public²⁸³. Ainsi ce nouveau régime relève selon lui d'une « *quasi domanialité publique* »²⁸⁴.

En effet, la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports prévoit l'insaisissabilité des biens affectés à la bonne exécution du service public aéroportuaire, alors qu'auparavant, le principe d'insaisissabilité des biens publics nécessitait obligatoirement la propriété d'une personne publique²⁸⁵. Alors que le droit de la domanialité semblait reposer depuis toujours sur une

²⁷⁹ FATOME. E., « Le régime juridique des biens affectés au service public », *AJDA*, 2006, p. 178

²⁸⁰ C. const. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, cons. 4.

²⁸¹ FATOME. E., « Le régime juridique ... », *op. cit.*

²⁸² FATOME. E., « Le régime juridique ... », *op. cit.*

²⁸³ PLESSIX. B., « L'éternelle jouvence du service public », *La Semaine Juridique Administration et Collectivités territoriales*, n° 43-44, 24 Octobre 2005, p. 1350.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Ibid.*

protection inébranlable du domaine public selon un critère organique, les inflexions opérées par le législateur ont conduit, favorisé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à l'aménagement d'une protection particulière, centrée sur l'affectation des biens au service public²⁸⁶. Pour le Professeur, c'est le signe d'une éternelle jouvence d'un critère fonctionnel, le service public²⁸⁷.

Ainsi, Benoît Plessix montre bien que, malgré les demandes et attentes de l'Union européenne pour privatiser la forme juridique des établissements publics et libéraliser la gestion des services publics, le Conseil constitutionnel fait « *un incroyable pied-de-nez (...) au droit communautaire, aux théories de la régulation et aux théoriciens de l'efficacité économique* »²⁸⁸ par la résurgence de ce critère fonctionnel. Triomphe d'une certaine manière une tradition française du droit administratif, ou en tout cas une vision particulière de l'action publique, peut être le fameux « *service public à la française* »²⁸⁹.

A ce régime particulier de biens, mêlant propriété privée et affectation des biens au service public, le gouvernement veut adosser une concession de service public très originale, reposant sur d'importants mécanismes d'indemnisation.

B. Une concession de service public originale.

Pour se défendre face aux nombreuses critiques quant à la privatisation totale du capital d'ADP, la majorité parlementaire a critiqué les nombreuses « *idées fausses* », les « *fantasmes* » et les « *amalgames faciles* »²⁹⁰. Ainsi le président de l'Assemblée nationale, Richard Ferrand, a précisé qu'« *il ne s'agit pas d'une privatisation mais d'une concession de 70 ans* »²⁹¹. Si la cession des parts capitalistiques que détient actuellement d'Etat dans ADP constitue bien une privatisation de la majorité du capital de cette société, il est vrai que l'opération repose sur un mécanisme original, très proche de la concession de service public classique.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ PERROUD. T., « Droit comparé et droit administratif européen. Le droit comparé : de la périphérie au centre ? », sept. 2016, La Rochelle, France [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01699006/document>.

²⁹⁰ « De retour à l'assemblée, la privatisation d'ADP cristallise les critiques », *Capital*, 13 mars 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://www.capital.fr/economie-politique/de-retour-a-lassemblee-la-privatisation-dadp-cristallise-les-critiques-1331334>.

²⁹¹ *Ibid.*

En effet, dans le cadre d'une concession classique, le concédant donne au concessionnaire un droit exclusif de construction et / ou d'exploitation d'équipements sur le domaine public²⁹². Le risque de l'exploitation repose sur le concessionnaire, car ce dernier se rémunère grâce à l'exploitation de ces infrastructures par le prélèvement de redevances sur les usagers notamment, selon les dispositions d'un cahier des charges²⁹³. Une concession de service public est nécessairement d'une durée limitée, et à terme, le concessionnaire doit rendre le terrain et les installations au concédant, qui peut remettre en concurrence s'il décide de gérer le service public à nouveau par une concession²⁹⁴.

Pourtant, depuis la loi de 2005, la société est la propriétaire des biens qu'elle exploite, l'Etat ne peut donc pas concéder ce qu'ADP possède déjà²⁹⁵. Ainsi, pour organiser l'exploitation du service public aéroportuaire francilien selon la concession de service public classique, il faudrait exproprier ADP et ses actionnaires actuels, « *dont près de la moitié sont des personnes privées* », ce qui pourrait coûter très chère à l'Etat²⁹⁶. Le législateur retient donc une procédure originale, proche de la concession mais qui présente d'importantes particularités²⁹⁷.

En effet, l'article 130 de la loi Pacte adoptée par l'Assemblée nationale le 11 avril 2019 charge ADP d'exploiter les infrastructures aéroportuaires dans le cadre d'une concession de service public qui durera 70 ans²⁹⁸. Ce même article prévoit également que les biens transférés en pleine propriété à ADP par la loi de 2005 et les biens acquis ou réalisés par ADP entre le 22 juillet 2005 et la date de la fin de la concession dans 70 ans redeviendront propriété de l'Etat à terme, grâce à une procédure d'expropriation.

Si l'Etat, par la vente de ses parts actuelles dans ADP permet aux investisseurs d'acquérir un droit exclusif d'exploitation des infrastructures aéroportuaires pendant 70 ans, les actionnaires minoritaires actuels d'ADP perdront, au terme de la concession, des dividendes. A ce titre, le projet de loi prévoit leur indemnisation. Ainsi, « *ils recevront dès la privatisation une indemnité non révisable égale à la somme des flux de trésorerie après impôts générés par les biens exploités, actualisée au coût moyen pondéré du capital d'ADP à la date de la privatisation* »²⁹⁹.

²⁹² ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 6.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 6.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 130.

²⁹⁹ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 6-7.

Dans sa décision relative à la constitutionnalité de la loi Pacte³⁰⁰, le Conseil constitutionnel valide ce dispositif original. En reprenant les mêmes arguments que le Conseil d'Etat dans son avis sur la loi Pacte³⁰¹, les sages avancent en effet que pour déterminer le montant de l'indemnisation des actionnaires actuellement minoritaires, le Gouvernement s'est appuyé sur une « *méthode usuelle d'évaluation financière* »³⁰², ou « *méthode classique d'évaluation des entreprises* »³⁰³, pour la haute juridiction administrative. Le Conseil constitutionnel assure également que ce montant est fixé par décret selon une procédure stricte (sur avis conforme de la Commission des participations et des transferts, qui rend elle-même son avis après consultation d'une autre commission composée de trois personnalités possédant d'importantes compétences en matières financières, et désignées conjointement par le premier président de la Cour des comptes, le président de l'Autorité des marchés financiers et le président du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables)³⁰⁴. Enfin, la seconde indemnité est également validée en ce qu'elle inciterait les futurs actionnaires à investir et à valoriser les biens de la société jusqu'au dernier moment³⁰⁵.

Ce régime des biens particulier et cette concession originale font reposer l'exploitation du service public aéroportuaire selon des règles toujours plus dérogatoires au droit commun. Ainsi, la multiplicité de ces règles particulières, presque personnelles car taillées sur mesure pour la société ADP, font craindre une atteinte aux principes inhérent à la réalisation du service public, dont le respect est primordial, du fait d'un contrôle du Conseil constitutionnel qui ne serait pas assez approfondie.

³⁰⁰ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 61 à 63.

³⁰¹ CE, n° 394.599 et 395.021, *avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, 14 juin 2018.

³⁰² C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 61.

³⁰³ CE, n° 394.599 et 395.021, *avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, 14 juin 2018.

³⁰⁴ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 63.

³⁰⁵ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 62.

Section 2. La protection constitutionnelle des biens affectés au service public.

La décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005 loi relative aux aéroports est fondamentale. En effet, cette loi valide le mécanisme original du législateur adopté pour ADP, tout en déclarant la nécessité de prendre des mesures visant à faire respecter le principe constitutionnel de continuité du service public (Paragraphe 1). Plus généralement dans le cadre des privatisations, le Conseil cherche toujours à ce que la législation n'entre pas en contradiction avec l'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le principe constitutionnel de continuité du service public.

Le principe de continuité du service public, ou de continuité de l'Etat est l'un des plus importants principes régissant l'action administrative. A ce titre, le Conseil constitutionnel l'a entouré de nombreuses garanties constitutionnelles (A), qui semblent être atteintes dans le cadre de la privatisation d'ADP (B).

A. Les garanties apportées par la jurisprudence constitutionnelle.

Principe cardinal qui dicte l'action administrative, puisqu'il ne peut y avoir d'interruption dans le service de l'intérêt général³⁰⁶, le principe de continuité du service public a été d'abord dégagé par un auteur, Louis Rolland (1877 – 1956). Ce principe donne ainsi aux usagers un droit à ce que l'Etat leur fournisse en permanence les prestations que ses règles d'organisation et de fonctionnement lui imposent de leur procurer³⁰⁷.

C'est dans une décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1979, *loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio*³⁰⁸ qu'une valeur constitutionnelle est donnée au principe de continuité du service public.

Les privatisations sont ainsi des processus qui peuvent porter atteinte à ce principe. Dès lors, si le législateur prévoit le déclassement des biens du domaine public en souhaitant qu'ils restent affectés à la réalisation du service public, il est alors nécessaire d'apporter des garanties

³⁰⁶ TRUCHET. D., « Droit administratif » PUF, coll. Thémis, 6^e édition, p. 46.

³⁰⁷ *Ibid.* p. 344.

³⁰⁸ Conseil constitutionnel, n°79-105 DC, 25 juillet 1979, *loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio.*

importantes pour que l'affectation soit protégée. En effet, lorsqu'un bien est classé dans le domaine public, l'affectation est protégée par le principe de l'inaliénabilité, nous l'avons vu. Puisque le législateur voulait sortir hors du cadre jugé contraignant de la domanialité publique, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il fallait qu'il prévoie un régime juridique spécial pouvant protéger l'affectation des biens.

Dans le cadre de la loi de 2005 relative aux aéroports³⁰⁹, le législateur avait bien prévu un tel régime pour protéger l'affectation des biens appartenant à la société ADP au service public aéroportuaire.

C'est ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel dans la décision de 2005 loi relative aux aéroports³¹⁰. En effet le législateur a prévu par exemple un encadrement des cessions des biens appartenant à ADP et affectés au service public aéroportuaire. L'Etat doit ainsi s'opposer à ces cessions ou analyser si elles seraient susceptibles de rendre impossible la continuité de la réalisation du service public aéroportuaire. Si une cession est réalisée sans accord de l'Etat, elles sont considérées comme nulles de plein droit. De la même manière, le législateur a prévu qu'en cas de circonstances exceptionnelles, l'Etat pourra réquisitionner les personnes, les biens ou les services dont il aura besoin en vertu du Code de la défense. En s'assurant ainsi que l'affectation des biens au service public est assurée par un régime juridique particulier, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur n'a pas, malgré la procédure de déclassement de ces biens, privé « *de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté* »³¹¹.

Pour la doctrine, ce contrôle du Conseil constitutionnel sur la création de ces nouveaux régimes hors de la domanialité publique est nécessaire. En effet, « *ces exigences constitutionnelles ont pour objet de contraindre le législateur à maintenir ou instaurer les prérogatives et les moyens nécessaires dont ont besoin les autorités responsables des services publics pour en assurer le bon fonctionnement* », et ainsi « *la loi doit prendre garde à ce que ce type de contrat ne dépasse pas l'administration de ses prérogatives indispensables à la continuité du service public* »³¹².

³⁰⁹ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, *relative aux aéroports*.

³¹⁰ C. const. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *loi relative aux aéroports*.

³¹¹ C. const. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *loi relative aux aéroports*.

³¹² FOULQUIER. N., ROLIN., F., « Constitution et service public », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, octobre 2012.

Pourtant pour les parlementaires, l'équilibre posé par la loi de 2005 tend à être modifié par le projet porté par la loi Pacte, qui serait ainsi inconstitutionnelle, en ce qu'elle porte atteinte au principe de continuité du service public, un principe constitutionnel.

B. Des risques de porter atteinte au principe constitutionnel de continuité du service public

La loi Pacte désormais adoptée par l'Assemblée nationale en dernière lecture a été critiquée par certains parlementaires qui ont saisi le Conseil constitutionnel à ce sujet. En effet, ils soutiennent que le législateur n'a pas suffisamment doté l'Etat de pouvoirs de contrôle s'agissant de l'exécution par ADP de ses missions de services publics. C'est notamment le caractère seulement facultatif du pouvoir de mettre fin à la mission confiée à ADP en cas de manquement grave³¹³. Dès lors, ils considèrent que « *les exigences constitutionnelles attachées à la notion de service public* », et en particulier le principe de continuité du service public, ont été méconnus par le législateur³¹⁴.

Le Conseil constitutionnel a pourtant validé le régime adopté par le législateur, en considérant que le contrôle de l'Etat sur l'affectation des biens au service public permet de protéger efficacement ladite affectation. En effet, les sages considèrent que « *l'Etat est obligatoirement saisi de tout projet d'opération conduisant à la cession ou à l'apport d'un bien attribué à Aéroports de Paris ou conduisant à la création d'une sûreté relative à un tel bien* », et que « *L'Etat ne peut alors autoriser une telle opération qu'en l'absence d'atteinte à la bonne exécution du service public aéroportuaire ou à ses développements possibles* »³¹⁵. De plus, les « *biens nécessaires à la bonne exécution des missions de service public peuvent faire l'objet d'aucune saisie et le régime des baux commerciaux ne leur est pas applicable* »³¹⁶, et le cahier des charges « *applicable à ADP prévoit les modalités d'encadrement par l'Etat des actes conférant des droits réels aux occupants des biens de cette société (...) susceptibles d'avoir une incidence sur l'exécution du service public* »³¹⁷.

De la même manière, différentes dispositions permettent à l'Etat, pour des raisons de gravité des faits ou de manquements de la part d'ADP à ses obligations, de prendre les mesures

³¹³ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 66.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 68.

³¹⁶ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 69.

³¹⁷ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 70.

nécessaires à la continuité du service public³¹⁸. La plus importante d'entre elles permet ainsi à l'Etat de mettre fin intégralement ou partiellement à la mission d'exploitation d'ADP. L'ensemble de ces mesures est donc de nature à permettre à l'Etat de préserver la continuité du service public³¹⁹.

Le Conseil constitutionnel a ainsi validé le régime de protection particulier qu'a élaboré le législateur dans le cadre de la privatisation d'ADP. C'est à nouveau un régime fonctionnel, d'aucuns diront de quasi domanialité publique, centré sur l'affectation des biens au service public, mais présentant pourtant d'importantes caractéristiques propres à la domanialité publique. Cette décision s'inscrit donc dans la continuité des jurisprudences qui ont validé de tels modèles dans les années 1990 et 2000, et notamment la décision de 2005 *loi relative aux aéroports*³²⁰.

Pourtant, comme le remarque les députés ayant saisi le Conseil, la privatisation d'ADP porte de nombreuses atteintes aux exigences constitutionnelles attachées au service public. Ils avancent tout d'abord que la constitutionnalité de la loi de 2005 était conditionnée au fait que l'Etat demeurerait l'actionnaire majoritaire, ce qui ne serait plus le cas à la suite du projet de privatisation actuelle³²¹. Ainsi, l'Etat actionnaire majoritaire d'ADP pouvait « orienter les décisions et mesures de gestion de la société ADP dans un sens conforme à celui de continuité du service ». Pour les députés, ces dispositions permettaient de créer un régime particulier, « taillés sur mesure en fonction de ce qu'il apparaît nécessaire dans chaque hypothèse pour garantir la continuité du service public en cause »³²², ce qui ne serait ainsi plus le cas dans le cadre de la privatisation actuelle.

Ainsi si le nouveau régime prévoit par exemple l'insaisissabilité des biens d'ADP ou l'interdiction de l'application des baux commerciaux, rien n'est concrètement prévu pour permettre à l'Etat de véritablement s'assurer du maintien de l'affectation des biens au service public³²³. Et il en est de même s'agissant du principe de mutabilité du service public, puisque l'Etat n'a, selon le cahier des charges, que la possibilité d'évaluer la bonne application du cahier des charges tous les 10 ans, ce qui paraît pour les députés insuffisants³²⁴.

³¹⁸ C. transp., Art. L. 6323-2-1.

³¹⁹ C. const., n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 74.

³²⁰ C. const., n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *loi relative aux aéroports*.

³²¹ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 ; Saisine députés 2, p. 7, 23 avril 2019 [consulté le 2 juin 2019].

Disponible sur : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2019781dc/2019781dc_saisinedep2.pdf.

³²² E. FATOME. E., « Le régime juridique ... », *op. cit.* In C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 ; Saisine députés 2, op. cit., p. 7.

³²³ C. const., n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 ; Saisine députés 2, op. cit., p. 7.

³²⁴ C. const., n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 ; Saisine députés 2, op. cit., p. 7-8.

Les critiques sont ainsi fortes quant aux possibles futures défaillances de l'Etat régulateur, qui n'aurait pas assez d'outils juridiques en sa possession pour préserver l'affectation des biens au service public et ainsi la continuité du service public. Mais la création de ce régime très particulier, largement dérogoire, reposant sur une méthode d'indemnisation inédite, semble aussi porter atteinte au principe de bon usage des deniers publics.

Paragraphe 2. L'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics.

S'agissant du principe de bon usage des deniers publics, le Conseil constitutionnel, l'a consacré comme un objectif à valeur constitutionnelle, l'entourant de ce fait de garanties particulières (A), que la privatisation d'ADP semble ne pas respecter à plusieurs égards (B).

A. Les garanties apportées par la jurisprudence constitutionnelle.

C'est dans une décision de 1982 que le Conseil constitutionnel utilise pour la première la notion d'objectif à valeur constitutionnelle³²⁵. Cette dernière renvoie à des « *objectifs d'intérêt général (...) auxquels le Conseil constitutionnel peut se référer dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité pour modérer les effets de certains principes constitutionnels ou opérer entre eux des conciliations* »³²⁶. Ainsi, c'est dans une décision du 26 juin 2003 que les sages ont énoncé que le bon usage ou le bon emploi des deniers est un tel principe³²⁷. En effet, le Conseil affirme pour la première fois qu'il existe des « *exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public* »³²⁸. Ainsi le bon usage des deniers publics constitue une exigence constitutionnelle qui découle de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen³²⁹.

Dans une décision du 24 juillet 2008, loi relative aux contrats de partenariat, le Conseil constitutionnel prend note du fait que les personnes publiques ont eu recours de plus en plus fréquemment à l'externalisation au secteur privé de « *la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public* », ce qui entraînait des dérogations au droit commun de la

³²⁵ C. const., n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

³²⁶ « *Lexique des termes juridique* », op. cit., p. 633.

³²⁷ C. const., n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p.382, cons. 18.

³²⁸ C. const., n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p.382, cons. 29.

³²⁹ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 42.

commande publique et à la domanialité publique, ce qui devait être accompagné de certaines garanties pour préserver – notamment – le bon usage des deniers publics³³⁰.

Le principe de bon usage des deniers publics ne s'applique pas que pour protéger le domaine public, mais il est également un principe plus général de protection du patrimoine des personnes publiques. Dans cette décision, le Conseil fait obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement gravés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle du patrimoine³³¹.

Or la concession utilisée dans le cadre d'ADP est, nous l'avons vu, très original, notamment du fait du double mécanisme d'indemnisation. Le bon usage des deniers publics a ainsi été invoqué par les parlementaires dans le cadre de la saisine du Conseil constitutionnel. Ils soutenaient en effet que certaines dispositions de l'article 130 méconnaîtraient le principe d'égalité devant la loi et le droit de propriété dans la mesure où le mécanisme d'indemnisation prévu par le législateur lors du retour des biens à l'Etat à la fin de la concession ne garantirait pas ses intérêts³³². D'abord, ils considèrent que le législateur aurait dû préciser la méthode de calcul permettant d'apprécier la valeur d'un aéroport, mais également que l'indemnité versée aux actionnaires minoritaires actuels de la société dès la privatisation serait en contradiction avec les intérêts de l'Etat, puisqu'il serait impossible d'évaluer cette perte³³³. Enfin, ils pensent que la durée de l'exploitation permettrait une valorisation des actifs très forte, rendant la valeur de l'entreprise beaucoup plus importante qu'actuellement, ce qui rendrait de fait le retour des biens à l'Etat impossible au terme de la concession³³⁴. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de la loi ne méconnaissaient pas le principe de bon usage des deniers publics.

Pourtant, du fait d'un système d'indemnisation très complexe, les craintes quant à un mauvais usage des deniers publics sont réelles. En effet, si nous avons vu les mauvaises décisions de l'Etat par le passé en passant par la formule classique de la concession, notamment pour les autoroutes, le montage adopté pour ADP, qui ressemble à une concession, semble bien présenter de nombreuses lacunes comme l'avançaient les parlementaires. Les risques d'un nouvel échec dans la privatisation sont importants, et tant l'Etat que les usagers peuvent à terme être lésés.

³³⁰ C. const. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Rec. p. 341, cons. 9.

³³¹ C. const. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Rec. p. 341, cons. 25.

³³² C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 58.

³³³ C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, cons. 58.

³³⁴ *Ibid.*

B. Des risques de porter atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics.

Pour organiser l'exploitation du service public aéroportuaire francilien, la loi Pacte met en place un mécanisme très original. D'abord s'agissant de l'utilisation d'une concession sans que la personne publique ne soit propriétaire des biens, mais également du fait du système de double indemnisation (une indemnité pour les actionnaires minoritaires actuels au moment de la privatisation et une autre indemnité lors du retour des biens à l'Etat au terme de la concession). Ainsi le Conseil d'Etat lui-même, dans son avis rendu sur la loi Pacte, « *souligne le caractère singulier de la réforme envisagée par le Gouvernement* », du fait surtout du « *mécanisme 'sui generis' d'indemnisation* » qui présente « *une grande complexité* »³³⁵.

Même si comme l'assurent les deux juridictions, la privatisation d'ADP et les mécanismes d'indemnisation reposent sur des méthodes qui sont utilisées fréquemment pour calculer la valeur des entreprises, le succès d'une telle opération n'est pas assurée.

Pour François Ecalte en effet, le processus de mise en concurrence risque de ne pas être efficace du fait des forts enjeux spécifiques à ADP³³⁶. Il remarque en effet que les procédures de mises en œuvre pour privatiser une société ressemblent à celles qui sont suivies pour passer des marchés publics : choix entre appels d'offres ou négociation de gré à gré etc³³⁷. Pourtant, pour Stéphane Saussier et Jean Tirole, si les personnes publiques tendent à multiplier les critères dans les procédures d'attribution, cela peut créer d'importants risques de favoritisme, et qu'ainsi, « *charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace* »³³⁸. Ainsi, François Ecalte s'inquiète du fait de la potentielle multiplication des critères, utilisés en raison des importants enjeux liés à ADP, donnant ainsi au ministre en charge de la privatisation un fort pouvoir discrétionnaire en cas de vente de gré à gré³³⁹, alors qu'une procédure d'appel d'offre peut quant à elle amener des investisseurs étrangers à s'intéresser à ADP, comme ce fut le cas pour ATB par exemple.

³³⁵ CE, n° 394.599 et 395.021, *avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, 14 juin 2018.

³³⁶ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », *op. cit.*, p. 4.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ SAUSSIÉ. S., TIROLE. J., « Renforcer l'analyse de la commande publique », Note du Conseil d'analyse économique, n° 22, avril 2015, p. 4, *in* ECALLE. P., « Faut-il privatiser ADP », *op.cit.*, p. 7.

³³⁹ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », *op. cit.*, p. 4.

Le Conseil d'Etat comme le Conseil constitutionnel assurent qu'il existe des garanties institutionnelles en faveur du bon fonctionnement et de la transparence de la privatisation, notamment grâce à l'avis nécessairement conforme de la Commission des participations et des transferts, une commission qui est d'ailleurs associée à toutes les opérations de privatisation. Pourtant il pourrait exister un « *biais méthodologique en faveur des privatisations* ». En effet, l'avis rendu par cette Commission dans le cadre de la privatisation de l'aéroport de Lyon évoquait que :

« *le rapport de la banque conseil de l'Etat qui tend à estimer la valeur de la société à vendre en retenant des taux de rentabilité ou des coûts moyens pondérés du capital d'entreprises privées qui sont (...) plus élevés que ceux de l'Etat, même en leur ajoutant une prime de risque* »³⁴⁰.

Il affirme ainsi que la valeur des actions cédées risque d'être sous-estimée³⁴¹. Dans le cadre de la privatisation de l'aéroport de Lyon, la Commission des participations et des transferts affirmait également qu'elle s'était appuyée sur d'autres données dont elle ne fournit d'ailleurs aucune information, préférant donner la valeur retenue sans préciser le calcul utilisé³⁴². Plus spécifiquement concernant ADP, la mise en œuvre par l'opposition parlementaire et la validation par le Conseil constitutionnel du Référendum d'Initiative Partagée a fait perdre 13 % à la valeur d'ADP sur les marchés au lendemain de la décision du Conseil³⁴³. Le processus de recueil des signatures, et les débats ou évènements qui auront lieu au sujet de cette procédure inédite, pourront d'autant plus diminuer la valeur des actions du groupe en bourse, et donc mécaniquement la valeur des parts que l'Etat entend céder.

S'agissant plus précisément de la méthode utilisée pour indemniser au moment de la privatisation les actionnaires minoritaires actuels d'ADP « *au titre des dividendes qu'ils perdront entre la soixante-dixième année après la privatisation et la fin des temps* », François Ecalle affirme qu'il est en réalité très difficile de prévoir le flux de trésorerie d'ADP à cette période³⁴⁴. Même si le montant de l'indemnité sera encadré par l'avis conforme de la Commission des participations et des

³⁴⁰ Commission des participations et des transferts, Avis n° 2016 – A.C. – 12 du 27 juillet 2016, *relatif à la cession de la participation majoritaire détenue par l'Etat au capital de la société Aéroports de Lyon*, in ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 6.

³⁴¹ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 6.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ « ADP dégringole en Bourse », *LaTribune*, 10 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/adp-degringole-en-bourse-816762.html>.

³⁴⁴ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 6-7.

transferts, ce sera une somme « *très forfaitaire et contestable* », qui est d'ailleurs « *aujourd'hui totalement imprévisible* »³⁴⁵.

³⁴⁵ ECALLE. F., « ADP peut-il ... », op. cit., p. 7

Conclusion du Chapitre II.

Les procédures de déclassement des biens des entreprises publiques et leur privatisation ont conduit à une diminution importante de l'étendue du domaine public, qui ne peut être que la seule propriété des personnes publiques. Pourtant, s'il voulait contourner les règles de la domanialité publique pour valoriser les services publics, le législateur s'est heurté à la résistance du critère fonctionnel du service public. En effet, le Conseil constitutionnel s'est montré comme étant le gardien de l'affectation de ces biens au service public.

S'oppose ainsi une multiplication de ces régimes particuliers d'affectation des biens au service public, qui à chaque fois sont et doivent être taillés sur mesure pour que l'Etat s'assure de la bonne exécution des missions du service public concerné en particulier, face au régime classique et général de la domanialité publique qui était utilisé avant.

Le problème majeur lié à la création de ces régimes reste celui du contrôle qu'effectuera le Conseil constitutionnel quand il est saisi de la constitutionnalité de ces lois, pour s'assurer de la bonne affectation des biens. Mais il s'agit également du contrôle qu'il pourra faire du bon usage des deniers publics, si le législateur cherche à reproduire des mécanismes concessifs aussi originaux.

Conclusion générale.

La gestion d'Aéroports de Paris et l'exploitation des infrastructures affectées au service public aéroportuaire francilien concentrent de nombreux enjeux : économiques, stratégiques, environnementaux, démocratiques, relatifs à l'aménagement du territoire etc. Les privatisations successives, et notamment celle d'ADP montrent la renonciation progressive de l'Etat à l'ordre politique et économique voulu à la fin de la Seconde Guerre Mondiale, la démocratie économique et sociale, l'esprit même du Préambule de la Constitution de 1946.

Face au marché qui devient la norme, l'Etat est fortement concurrencé, et d'aucuns avancent que les intérêts privés supplantent désormais l'intérêt général. Si l'Etat, et le politique, étaient perçus comme aptes et légitime à protéger de tels abus, ce n'est plus du tout le cas. Aujourd'hui l'Etat est vu systématiquement et presque, dogmatiquement, comme un obstacle au développement économique. Pourtant, si la transformation des EPIC en SA peut se justifier, notamment pour permettre un financement croisé du capital, et de permettre à certaines entreprises spécialisées dans la gestion aéroportuaire d'apporter une vraie expertise, l'Etat, et plus généralement les personnes publiques comme par exemple les collectivités territoriales, doivent être, à notre sens, étroitement associées à cette gestion. Il en va d'un *intérêt général*.

Si l'alinéa 9 du Préambule de 1946 aurait pu permettre de maintenir cet équilibre, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont, nous l'avons vu, retiré de cette disposition toute réelle normativité. Seule la procédure du RIP, dont la procédure actuellement son cours mais qui est créée pour ne jamais fonctionner, pourrait permettre de réactiver l'alinéa 9.

De la même manière, le législateur a multiplié les lois dérogatoires pour contourner le droit commun de la domanialité publique afin de créer une multitude de régimes différents, qui sont calqués sur celui de la domanialité publique. A ce titre, le Conseil constitutionnel s'est montré comme gardien de l'affectation des biens au service public, mais les critiques sont nombreuses sur la faiblesse de son contrôle, qui n'irait pas assez loin. Ainsi pour l'opposition parlementaire qui a saisi le Conseil sur la constitutionnalité de la loi Pacte, les principes de continuité du service public et de bon usage des deniers publics notamment, n'était pas respectés.

Malgré toutes ces contestations sur la privatisation d'ADP, la procédure semble presque aboutie. En effet le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions de la loi Pacte sur la

privatisation d'ADP conformes à la Constitution. Il ne resterait plus que la procédure du RIP, dont la réussite dépendra de la capacité de l'opposition à mobiliser les citoyens. Et le sujet ne semble que peu porteur ou fédérateur. Qui se soucie des aéroports et des avions, des biens affectés au service public aéroportuaire et du rôle stratégique de l'Etat en la matière ? Peu de personnes en vérité. Cela reste un sujet technique, réservé à certains initiés qui y trouveront un intérêt. A l'inverse le réchauffement climatique est un sujet qui préoccupe nombre de nos concitoyens actuellement. A ce titre, l'opposition pourrait habilement poser le débat de la privatisation d'ADP sur ce thème : augmentation du trafic aérien au détriment de certains investissements dans le ferroviaire, nécessité d'une réflexion transversale sur les transports (routier, maritime, ferroviaire, aérien), gestion d'espaces immobiliers gigantesques qui deviendront probablement des espaces commerciaux³⁴⁶. Tout dépendra de l'habileté politique de l'opposition, de la mobilisation des médias pour relayer le sujet, mais également de la mise à l'agenda gouvernemental d'autres sujets qui pourraient relayer la privatisation d'ADP à un second plan.

³⁴⁶ Nous pouvons ici faire un parallèle avec les débats actuels sur le complexe d'EuropaCity, et plus généralement des réflexions sur l'artificialisation des sols, au détriment de la création de « *poumons urbains* », ou l'implantation d'espaces verts.

Bibliographie :

La bibliographie est présentée de façon alphabétique, en fonction du nom de l'auteur, et subdivisé selon les catégories suivantes

- I. Dictionnaire.
- II. Ouvrages généraux, Manuels.
- III. Thèse de doctorat.
- IV. Articles de Revue.
 - a. Articles de revue juridique.
 - b. Article de revue de sciences humaines.
- V. Article de blog juridique.
- VI. Article de Presse générale.
- VII. Colloque et interventions.
- VIII. Textes constitutionnels.
- IX. Lois organiques / Lois.
- X. Articles de codes.
- XI. Textes légaux.
- XII. Jurisprudence nationale.
 - a. Jurisprudence constitutionnelle.
 - b. Jurisprudence administrative.
- XIII. Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne.
- XIV. Décrets.
- XV. Conclusions des rapporteurs publics.
- XVI. Rapports.
- XVII. Sources électroniques.

I. DICTIONNAIRE.

- Lexique des termes juridiques, 2014, Dalloz, 21^e édition.
- BAZEX. M., ECKERT. G., LANNEAU. R., LE BERRE. C., du MARAIS. B., SEE. A., Dictionnaire des régulations 2016, LexisNexis.

II. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS.

- BIZAGUET. A., « Le secteur public et les privatisations », PUF, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} édition.
- BRACONNIER. S., « Droit public de l'économie », PUF, coll. Thémis Droit, 2^e édition.

- CHAMARD-HEIM. C., MELLERAY. F., NOGUELLOU. R., YOLKA. P., « Les grandes décisions du droit administratif des biens », Dalloz, 3^e édition.
- CHEVALLIER. J., « L'Etat post-moderne », LGDJ.
- GODFRIN. P., DEGOFFE. M., « Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation », Sirey, coll. Université, 11^e édition.
- LOMBARD. M., « L'Etat schizo », J.-C. Lattès, 2007.
- LONG. M., WEIL. P., BRAIBANT. G., DELVOLE. P., GENEVOIS. B., « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », Dalloz, 20^e édition.
- NICINSKI. S., « Droit public des affaires », LGDJ, coll. Précis Domat, 5^e édition.
- PORTELLI. H., « Droit constitutionnel », Dalloz, coll. HyperCours, 12^e édition.
- TRUCHET. D., « Droit administratif », PUF, coll. Thémis droit, 6^e édition.

III. THESES DE DOCTORAT.

- PHILIPPE. A., *Le monopole de fait*, Université de Toulouse, 2018.

IV. ARTICLES DE REVUE.

a. Articles de revue juridique.

- ESPUGLAS. P., « La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier ? », *Rev. Adm.* 1996, p. 162-165.
- FATOME. E., « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA* 2003. p. 1192.
- FATOME. E., « Le régime juridique des biens affectés au service public », *AJDA*, 2006, p. 178.
- FAVOREU. L., « Service public et Constitution », *AJDA* n° spécial 1997, p. 16-19.
- FOULQUIER. N., ROLIN., F., « Constitution et service public », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, octobre 2012.
- HAMON. F., « Le référendum d'initiative partagée », *RFDC*, 2014, n°98, p. 253.
- LOMBARD. M., « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole », *in Mélanges Moderne*, Dalloz, p. 675.

- De MONTECLER. M.C., « Loi PACTE : feu vert du Conseil constitutionnel aux privatisations », *AJDA*, 2019, p. 1077.
- PERROUD. T., « Droit comparé et droit administratif européen. Le droit comparé : de la périphérie au centre ? », sept. 2016, La Rochelle, France [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01699006/document>.
- PLESSIX. B., « L'éternelle jouvence du service public », *La Semaine Juridique Administration et Collectivités territoriales*, n° 43-44, 24 Octobre 2005, p. 1350.
- RAMBAUD. R., « Référendum d'initiative partagée : une première historique ? », *AJDA*, 2019, p. 1073.
- RIVERO (J.), « Les conditions de conformité à la Constitution de la première loi de privatisation », *AJDA*, n° 10, 1986, p. 583.
- RIVERO. J., VEDEL. G., « Les principes économiques et sociaux de la Constitution ; le Préambule », *Droit social*, 1947, vol. XXXI, p. 13.

b. Articles de revue de sciences humaines.

- BOURDEAU-LEPAGE. L., « Introduction. Grand Paris : projet pour une métropole globale », *Revue d'Economie Régionale & Urbaine*, 2013/3 août.
- FRETIGNY. J.B., « La frontière à l'épreuve des mobilités aériennes : étude de l'aéroport de Paris Charles-de-Gaulle », *Annales de Géographie*, 2013/2 n° 690.
- SUBRA. P., « Roissy et le troisième aéroport : réalités économiques et manipulation géopolitique », *Hérodote*, 2004/3 n° 114, p 122 -180.

V. ARTICLES DE BLOG JURIDIQUE.

- BEAUD. O., « Remarques sur le référendum d'initiative parlementaire et sur les arguments de ceux qui ont voulu bloquer la procédure », *JP Blog*, 23 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <http://blog.juspoliticum.com/2019/05/23/remarques-sur-le-referendum-dinitiative-parlementaire-et-sur-les-arguments-de-ceux-qui-ont-voulu-en-bloquer-la-procedure-par-olivier-beaud/>.
- BEAUD., O., « Nationalisations et souverainetés de l'Etat », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 24, septembre-décembre 2014.
- ECALLE, F. « 7) Faut-il privatiser Aéroport de Paris ? », *Notes d'analyse de FIPECO*, 27/11/2018.
- LEGUEVAQUES. C., « Aéroports de Paris c'est un peu 'Notre Dame' d'Air France... », 30 avril 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur :

https://www.leguevaques.com/AEROPORT-DE-PARIS-c-est-un-peu-Notre-Dame-d-air-France_a566.html.

- PERROUD. T., DEFFAINS. B., « La privatisation d'Aéroports de Paris et l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : Aéroports de Paris est un monopole de fait ! », *JP Blog*, 28 janvier 2018 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <http://blog.juspoliticum.com/2019/01/28/la-privatisation-daeroport-de-paris-et-laline-9-du-preambule-de-la-constitution-de-1946-aeroport-de-paris-est-un-monopole-de-fait-par-bruno-deffains-et-thomas-perroud/>.

- PERROUD. T., « Face aux privatisations, retrouver l'esprit de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, *JP Blog*, 10 juillet 2018 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <http://blog.juspoliticum.com/2018/07/10/face-aux-privatisations-retrouver-lesprit-de-laline-9-du-preambule-de-la-constitution-de-1946-par-thomas-perroud/>.

VI. ARTICLES DE PRESSE GENERALE.

- AFP, « RIP, écologie... Ce que contient le projet de loi de réforme constitutionnelle », *L'Express avec AFP*, 31 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lexpress.fr/actualite/politique/rip-ecologie-ce-que-contient-le-projet-de-loi-de-reforme-constitutionnelle_2081361.html?fbclid=IwAR1or1ma8KxDJrdoIy2GiqZyB7rE3Xf83Y6XyMSbB9qHdnYe1w82vyAFZQ8.
- ALIX. G., « La privatisation des autoroutes, un traumatisme originel », *Le Monde*, 8 avril 2019, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/04/08/la-privatisation-des-autoroutes-un-traumatisme-originel_5447341_3234.html.
- CASSIA. P., WEIL. P., « Référendum sur ADP : « le Conseil constitutionnel n'a commis ni faute juridique, ni faute politique », *Le Monde*, 16 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/05/16/referendum-sur-adp-le-conseil-constitutionnel-n-a-commis-ni-faute-juridique-ni-faute-politique_5462653_3232.html.
- DUHAMEL. O., MOLFESSIS. N., « Avec le RIP, le Conseil constitutionnel joue avec le feu », *Le Monde*, 14 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/05/14/adp-avec-le-rip-le-conseil-constitutionnel-joue-avec-le-feu_5461684_3232.html.
- DURAND. A.A., « Les questions que pose la privatisation des aéroports de Paris », *Les décodeurs du Monde*, 13 mars 2019, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2019/03/13/loi-pacte-les-enjeux-de-la-privatisation-d-aeroports-de-paris-en-six-questions_5435432_4355770.html.
- ORANGE. M., « Privatisation de l'aéroport de Nice : quand l'Etat se met au-dessus des lois » *Mediapart*, 14 novembre 2018 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur :

<https://www.mediapart.fr/journal/france/141118/privatisation-de-l-aeroport-de-nice-quand-l-ape-se-met-au-dessus-des-lois>.

-
- MAUIREL. J.L., « Aéroports de Paris souhaite exporter son savoir-faire à l'international », *Les Echos*, 6 mai 2016, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://investir.lesechos.fr/actionnaires/interview/aeroports-de-paris-souhaite-exporter-son-savoir-faire-a-l-international-1549858.php>
- NEUER. L., « ADP : 'Notre Constitution démocratique donne au peuple la possibilité de s'exprimer' », entretien avec Denis Baranger, *Le Point*, 16 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lepoint.fr/editos-du-point/laurence-neuer/adp-notre-constitution-democratique-donne-au-peuple-la-possibilite-de-s-exprimer-16-05-2019-2313090_56.php.
- POMMIER. S., « Aéroport de Toulouse : le fiasco de la privatisation », *L'Express*, 01/03/2019, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/aeroport-de-toulouse-le-fiasco-de-la-privatisation_2063434.html.
-
- REKACEWICZ. P., « Aéroports, de l'espace public à l'espace privé », *Le Monde diplomatique*, février 2013, [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://www.monde-diplomatique.fr/2013/02/REKACEWICZ/48733>.
-
- LE MONDE AVEC AFP., « Les Pays-Bas entrent au capital d'Air France-KLM à hauteur de 12,68 % », *Le Monde*, 26 février 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/02/26/le-gouvernement-neerlandais-a-pris-une-part-de-12-68-dans-air-france-klm_5428639_3234.html.
- « De retour à l'assemblée, la privatisation d'ADP cristallise les critiques », *Capital*, 13 mars 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://www.capital.fr/economie-politique/de-retour-a-l-assemblee-la-privatisation-d-adp-cristallise-les-critiques-1331334>.
- « ADP dégringole en Bourse », *La Tribune*, 10 mai 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/adp-degringole-en-bourse-816762.html>.

VII. COLLOQUE ET INTERVENTIONS.

- AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007.

- BRISSON, J.F., « La privatisation et la gestion des aéroports en France et à l'étranger », *in* AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007.
- DELVOLE P., « Rapport de synthèse », *in* AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007.
- JEANNENEY. P.A., « La privatisation, jusqu'où ? », *in* AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007, p. 71.
- LE GOFF. J.P., « Opinion sur la réforme », *in* AUBY J.B., LOMBARD M., (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, LGDJ, coll. « Colloques et débats », juin 2007.

VIII. TEXTES CONSTITUTIONNELS.

- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 9.
- Constitution du 4 octobre 1958, article 11.

IX. LOIS ORGANIQUES / LOIS.

- Ordonnance n° 58-1067, 7 novembre 1958, *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, art. 45-2.
- Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988, *relative au développement et à la transmission des entreprises*, art. 13.
- Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, *relative à la l'organisation du service public de la poste et des télécommunications*, art. 1^{er}.
- Loi n° 2005-537 du 20 avril 2005 *relative aux aéroports*.
- Loi n° 2010-123 du 9 février 2010, *relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*.

- Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018, *pour un nouveau pacte ferroviaire*.
- Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*.

X. ARTICLES DE CODES.

- C. transp, art. L. 6323.
- C. transp. art. L. 6323-2.
- C. transp., Art. L. 6323-2-1.
- CGPPP. art. L. 2111-16.

XI. JURISPRUDENCE.

a. JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE.

- C. const. n° 71-44 DC, 1971, *Liberté d'association*, Rec. p. 29.
- Conseil constitutionnel, n°79-105 DC, 25 juillet 1979, *loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio*.
- C. const., n° 86_2017 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. p. 61.
- C. const., n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la Caisse nationale du Crédit agricole*, Rec. p. 17.
- C. const. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, Rec. p. 96.
- C. const., n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *France Télécom*, Rec. p. 107.
- C. const, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p.382.
- C. const., n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*.
- C. const, n°2006-543 DC, 30 novembre 2006, *loi relative à l'énergie*.
- C. const. n°2019-1 RIP, 9 mai 2019.

- C. const., n°2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises*.

b. JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

- CE, Sect., n° 290716, 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*.
- CE, Ass. Avis n° 372.147, 25 et 29 août 2005.
- CE, Ass., n°349.599 et 395.021, 14 juin 2018, *avis sur un projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises*.
- CAA Paris, 16 avril 2019, n° 17PA01605.

XII. JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE.

- CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, aff. C-418/01.

XIII. DECRETS.

- Décret n° 49-610 du 21 avril 1949, *portant désignation des aérodromes faisant partie de l'ensemble constitué par l'aéroport de Paris*.
- Décret n° 89-10 du 4 janvier 1989, *modifiant le code de l'aviation civile et relatif à l'Aéroport de Paris*.
- Décret n° 2006-675 du 22 mai 2006, *autorisant une ouverture minoritaire au capital d'Aéroports de Paris*

XIV. CONCLUSION DES RAPORTEURS PUBLICS.

- GLASER. E., RFDA, 2006, p. 1147.

XV. RAPPORTS.

- Cour des comptes, « Les aéroports français face aux mutations du transport aérien », 2008.
- Cour des comptes, « Rapport public annuel », 2012.
- Cour des comptes, *Le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice*, 2018.

XVI. SOURCES ELECTRONIQUES.

- AEROPORT DE PARIS, « Document de référence et rapport financier annuel », 2015, page 77. Disponible sur : <https://www.parisaeroport.fr/docs/default-source/groupe-fichiers/finance/information-r%C3%A9glement%C3%A9e-amf/documents-de-r%C3%A9f%C3%A9rence/2015/2016-03-31-document-reference-2015.pdf>).
- UTOPIES, « Etudes d'impact socio-économique des aéroports Paris-Charles de Gaulle, Paris-Orly et Paris-Le Bourget », Rapport 2017, p. 6 [consulté le 3 juin 2019]. Disponible sur : https://www.parisaeroport.fr/docs/default-source/groupe-fichiers/rse/rapports-rse/adp_empreinteeco_2017_utopies_vfu_impression.pdf?sfvrsn=6ef2f6bd_2

XVII. AUTRES.

- Proposition de loi n°1867 visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris.
- C. const. n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 ; Saisine députés 2, p. 7, 23 avril 2019 [consulté le 2 juin 2019]. Disponible sur : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2019781dc/2019781dc_saisinedep2.pdf.
- AdC, n° 06-D-18 du 28 juin 2006, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique*.
- Commission des participations et des transferts, Avis n° 2016 – A.C. – 12 du 27 juillet 2016, *relatif à la cession de la participation majoritaire détenue par l'Etat au capital de la société Aéroports de Lyon*.
- SAUSSIÉ. S., TIROLE. J., « Renforcer l'analyse de la commande publique », Note du Conseil d'analyse économique, n° 22, avril 2015.

Table des matières

Propos Introductifs.....	5
Chapitre Premier. L’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.....	28
Section 1. L’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : entre service public national et monopole de fait	29
Paragraphe 1. Un service public national.....	29
A. La qualification de service public national par le législateur.....	29
B. La qualification de service public national par le Référendum d’Initiative Partagée.....	32
Paragraphe 2. Un monopole de fait.....	38
A. Les critères jurisprudentiels du monopole de fait.....	38
B. Les critiques doctrinales de la jurisprudence du Conseil constitutionnel....	40
Section 2. Les interrogations sur l’application de l’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 à Aéroports de Paris	44
Paragraphe 1. La qualification juridique d’Aéroports de Paris comme monopole de fait.....	44
A. Les débats sur l’existence d’un monopole de fait détenu par Aéroports de Paris.....	44
B. Les risques liés à la privatisation d’un monopole de fait possédé par Aéroports de Paris.....	48
Paragraphe 2. La nécessité de retrouver de l’esprit de l’alinéa 9.....	52
A. L’origine de l’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.....	52
B. Le dépassement de l’interprétation actuelle de l’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.....	55
Chapitre Deuxième. Les biens affectés au service public aéroportuaire	60
Section 1. Un régime de biens original centré sur l’affectation au service public.....	60
Paragraphe 1. Le régime des biens affectés au service public	60
A. Un régime issu d’une volonté de valorisation économique du domaine public.....	60

B. La nécessité d'apporter des règles spéciales pour garantir l'affectation des biens au service public.....	63
Paragraphe 2. Le régime des biens d'Aéroports de Paris.....	64
A. Un régime des biens de « quais domanialité publique ».....	64
B. Une concession de service public originale.	68
Section 2. La protection constitutionnelle des biens affectés au service public.....	70
Paragraphe 1. Le principe constitutionnel de continuité du service public.....	70
A. Les garanties apportées par la jurisprudence constitutionnelle.....	70
B. Des risques de porter atteinte au principe constitutionnel de continuité du service public.....	72
Paragraphe 2. L'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics.....	75
A. Les garanties apportées par la jurisprudence constitutionnelle.....	75
B. Des risques de porter atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics.....	77