

MÉMOIRE À L'APPUI D'UNE « PORTE ETROITE CITOYENNE »

Contribution à la saisine parlementaire du CONSEIL CONSTITUTIONNEL concernant la loi PACTE et la privatisation d'AÉROPORTS DE PARIS (ADP)

POUR

CITOYENS

Monsieur Jean-Pierre BEL, ancien président du Sénat,
Madame Corinne LEPAGE, ancienne ministre de l'Environnement,
Monsieur Christian SAUTTER, ancien ministre du Budget,
Monsieur Remi DREYFUS, parachutiste des Forces Françaises Libres, présent en Normandie le 6 juin 1944, fondateur de la lettre d'information « *La Mémoire courte* »
Monsieur Eric ALT, vice-président de l'association ANTICOR,
Madame Chantal BEER-DEMANDER, président de l'UFCNA (Union française contre les nuisances des aéronefs)
Monsieur Daniel BERTONE, secrétaire général de la CGT-ADP
Monsieur Jean-Pierre BLAZY, maire de Gonesse
Monsieur Loïc BLONDIAUX, professeur de sciences politiques – Université Paris 1 Panthéon Sorbonne
Monsieur Jean-Joseph BOILLOT, économiste,
Monsieur Alexandre BOUREAU, ingénieur de l'école Polytechnique – « *Gilet jaune* » Assemblée de Paris Sud,
Madame Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, professeur de droit public, Université Paris X Nanterre
Monsieur Eric DROUET, initiateur et figure des « *Gilets jaunes* »
Monsieur Didier CUJIVES, élu local,
Monsieur Arnaud DURAND, avocat au barreau de Paris,
Monsieur Laurent ESCURE, secrétaire général de l'UNSA,
Monsieur Pierre HURNIC, avocat au barreau de Bordeaux, Conseiller à Bordeaux Métropole,
Monsieur Michel KALUSZYNSKI, référent « Le Bien commun » et « Archipel citoyen »,
Monsieur Sébastien MABILE, avocat au barreau de Paris
Madame Caroline MECARY, avocate au barreau de Paris,
Madame Dominique MEDA, Professeure d'université - Paris Sciences & Lettres
Madame Catherine MOREAU, responsable des achats,
Madame Marie-Laure MORIN, Directeur de recherches honoraire au CNRS,
Monsieur Luc OFFENSTEIN, Président-fondateur de l'association OYE 349
Monsieur David NABET-MARTIN, avocat au barreau de Toulouse,
Monsieur Jean-Christophe PICARD, président d'ANTICOR
Monsieur Ambroise de RANCOURT, musicien,
Monsieur Stéphane SCHOTT, maître de conférences en droit public, Université de Bordeaux,
Monsieur Pascal TOUHARI, directeur des affaires juridiques,
Monsieur Jacques TESTART, directeur honoraire de recherches à l'INSERM,
Monsieur Michel TEYCHENNE, ancien député européen,
Monsieur Michel TUDEL, ancien président de la Compagnie nationale des Experts-Comptables de Justice,
Madame Françoise TILLARD, musicienne,
Monsieur Stéphane VERNAC, maître de conférences en droit privé, Université de Picardie Jules Verne

La liste des **35.996 citoyens** à l'origine de cette contribution figure en Annexe n° I

ORGANISATIONS

Ayant pour avocat :

Maitre Christophe LÈGUEVAQUES

Avocat au Barreau de Paris

AARPII METIS AVOCATS

4, avenue Hoche 75008 PARIS

CONTRE

Les articles (AN NL) 130 à (AN NL) 136 de la loi Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (ci-après la « Loi PACTE ») adoptés en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale dans sa séance du 11 avril 2019 et plus particulièrement l'article (AN NL) 135 qui dispose que

II. - L'article 191 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques est complété par des IV bis et V ainsi rédigés :

*« IV bis. - Le transfert au secteur privé de **la majorité du capital** de la société **AÉROPORTS DE PARIS** est autorisé. Ce transfert n'emporte pas de conséquence sur les statuts du personnel.*

Loi ayant fait l'objet d'une saisine parlementaire conformément à l'article 61 de la Constitution le **16 avril 2019**, enregistré par le Secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° **2019-781 DC**.

« Il ne peut y avoir d'État de droit si le parti ou la coalition au pouvoir, qui dirige l'exécutif et dispose de la majorité parlementaire, peut imposer par la voie législative des mesures méconnaissant la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité est une des conditions du respect de l'État de droit et des libertés ».

Pierre PACTET et Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN,
Droit constitutionnel, 31^{ème} éd°, 2012, Sirey, p. 70-71.

*« Nul monopole ne pourra abuser des hommes
ni dresser aucune barrière dans l'intérêt général »*

Charles de GAULLE,
Discours du 11 novembre 1942

= SOMMAIRE =

I. ÉLÉMENTS FACTUELS	6
A. PRÉSENTATION DE L'ACTIVITÉ D'ADP	6
1. ADP : une entreprise gérant un service public et des activités commerciales accessoires	6
2. Une entreprise unique pour gérer un service public national	13
B. DÉTERMINATION DU MARCHÉ PERTINENT	15
1. Première approche	15
2. Le marché pertinent d'après les règles du droit de la concurrence	17
C. UNE PRIVATISATION INCOHÉRENTE : L'ARGENT – COMME LE PROGRÈS – NE TOMBE PAS DU CIEL ! ..	20
D. ÉLÉMENTS DE CONTEXTE HISTORIQUE	23
1. Du Programme du CNR au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946	23
2. Le Préambule de 1946, un « bien commun » incorporé dans l'identité constitutionnelle	29
II. EN DROIT	31
A. SERVICE PUBLIC NATIONAL	31
1. Concours d'artifices entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État pour vider de sa substance la notion de service public national	31
a. Confusion entre un critère territorial et un critère matériel	31
b. Respect de la volonté du législateur	32
2. La proposition de loi référendaire n° 1867	33
B. MONOPOLE DE FAIT	35
1. Approche par la théorie économique	35
2. Les aéroports sont-ils des monopoles naturels ou pour le moins, des monopoles de fait ?	39
3. L'approche du droit de la concurrence : interdépendance entre infrastructures essentielles et monopole de fait	44
C. ET L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ?	47
1. Confusion intérêt général public / intérêt général privé	47
2. Veni, vidi, Vinci ?	49
EN GUISE DE CONCLUSION	50

PLAISE AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Sans le moindre soutien d'une organisation, d'une association, d'un syndicat ou d'un parti, une pétition en ligne¹ initiée le 17 mars 2019 a réuni spontanément plus de 35.000 signataires, au 30 avril 2019. Adressée à Monsieur Laurent FABIUS, ès-qualités de Président du CONSEIL CONSTITUTIONNEL, elle précise

Nous, le peuple, n'entendons pas que la société AEROPORT DE PARIS (ADP) soit privatisée car cela constituerait une violation de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Or, comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision relative à la liberté d'association (n° 71-44 DC du 16 juillet 1971), le préambule de la Constitution de 1946 présente une valeur constitutionnelle qui peut s'imposer au législateur et donc limiter son pouvoir d'action.

Par ailleurs, l'alinéa 9 du préambule dispose 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 ».

Faut-il rappeler que ce texte est la traduction juridique des principes issus du Programme du Conseil national de la Résistance (CNR) ?

En votre qualité de Président du Conseil constitutionnel, vous devez censurer l'article [44] de la loi PACTE en raison de son inconstitutionnalité.

Dès lors, si le gouvernement maintient coûte que coûte sa décision de privatiser ADP, il doit soumettre cette question à un référendum dans le cadre de l'article 89 de la Constitution de la V^{ème} République.

Le présent mémoire se veut la traduction juridique de cette inspiration populaire.

Par ailleurs, les arguments de fait et de droit sont repris par les organisations signataires qui s'associent à la démarche de « *porte étroite citoyenne* ».

Afin de démontrer que la société AEROPORTS DE PARIS (ci-après « ADP ») exploite un *service public national* ou, pour le moins, un *monopole de fait* (II), il convient de porter à la connaissance du CONSEIL CONSTITUTIONNEL un certain nombre d'éléments factuels (I).

¹ <https://www.mesopinions.com/petition/politique/privatisation-adp-passe-obligatoirement-referendum/62533>

I. ÉLÉMENTS FACTUELS

A. PRÉSENTATION DE L'ACTIVITÉ D'ADP

1. ADP : une entreprise gérant un service public et des activités commerciales accessoires

ADP est un « *acteur incontournable du paysage aéroportuaire hexagonal* »² et européen. Les graphiques issus de l'UNION DES AÉROPORTS FRANÇAIS³ permettent d'apprécier cette affirmation dans les principaux segments d'intervention.

- **PASSAGERS** - En 2018, les plateformes parisiennes représentaient plus de 51 % du trafic passager en France avec 105 millions de passagers. Les trois premiers grands aéroports régionaux représentaient 13,8 millions de passagers pour Nice, 11 millions pour Lyon, et 9 millions pour Toulouse (à eux trois, ils ne représentaient même pas un tiers du trafic parisien).

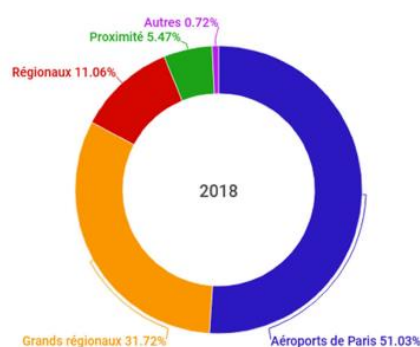
RÉPARTITION DU TRAFIC PAR CATÉGORIES D'AÉROPORTS

Trafic passagers par catégories d'aéroports

Croissance du trafic passagers

Catégories d'aéroports	Pax 2018	%2018/2017
Aéroports de Paris <i>Plateformes parisiennes</i>	105 350 408	+3.8%
Grands aéroports régionaux <i>>5M pax</i>	65 481 052	+6.6%
Aéroports régionaux <i>1M< <5M pax</i>	22 823 131	+5.2%
Aéroports de proximité <i>100 000< <1M pax</i>	11 300 786	+1,8%

Répartition du trafic passagers



>>> Rappel :

- Grands aéroports régionaux : >5M pax
- Aéroports régionaux : 1M<5M
- Aéroports de proximité : 100 000 < 1M pax

² Simon Parier, *Tourisme & territoire – Aéroports de Paris – Privatisation : un projet « révolutionnaire » ?*, Juris-tourisme, 2018, n° 214, p. 35

³ <https://www.aeroport.fr/public/page/publications-de-l-uaf-108>

- ADP - Porte de la France et hub d'orientation pour l'UE et le monde

Les aéroports parisiens représentent les deux tiers du trafic international de ou vers la France, ce qui constitue tout à la fois un **enjeu de sécurité nationale** et un moteur du **développement économique**.

Par ailleurs, ils assurent un **service public** pour lier la capitale avec des métropoles ou des villes régionales ou les territoires ultra-marins, assurant ainsi la **continuité territoriale** de la France.

Aucun autre aéroport français n'offre une telle interconnexion, tout à la fois entre les différentes villes françaises entre elles et entre la France et les différents pays du monde entier.

Cette place « incontournable » constitue un atout majeur d'ADP qui lui permet de devenir un acteur mondial sur les marchés émergents.

- FRET : une position unique et prépondérante comme l'illustre l'exemple de LA POSTE

L'hégémonie des aéroports parisiens est flagrante : ils représentent plus de 85 % du fret aérien français, situation qui devrait perdurer compte tenu des infrastructures routières et des interconnexions existantes. Là encore, les trois aéroports parisiens forment une unité indissociable qui participe à la constitution d'un monopole de fait. Aucune autre plateforme en France ne peut offrir des services comparables.

Part des aéroports de Paris dans le trafic fret des aéroports métropolitains en 2017



La poste

	La poste (tonnes)		
	2016	2017	% 2017/2016
Aéroports en région	22 631	21 456	- 5,2%
Aéroports de Paris	191 259	192 057	0,4%
Sous-Total	213 890	213 513	- 0,2%
Aéroports outre-mer	21 681	20 531	- 5,3%
Total	235 571	234 044	- 0,6%

- **HUB et concurrence entre les aéroports européens ?** - Une étude de Philippe NANNÉ et Anne PERROT pour la Direction du Trésor s'interrogeait en 2014 sur les « *problèmes de concurrence liés au fonctionnement des aéroports, approche économique* »⁴. La conclusion est sans appel : la concurrence entre hubs n'existe pas.

Aéroports : infrastructures essentielles ou concurrence entre aéroports ?

- La concentration des compagnies aériennes réduit la concurrence entre aéroports
 - ▶ Chaque compagnie installe ses vols au départ de « son » hub
 - ▶ En Europe, les compagnies porte drapeaux (souvent ex **monopoles** publics) sont attachées à leur hub :
 - peu de choix
 - switching costs importants
- L'élasticité de la demande de transport aérien entre hubs **est faible**
 - ▶ Concurrence avec le train à GV sur certaines distances, mais
 - ▶ **Concurrence intermodale très limitée** sur les longues distances **interhubs**
 - ▶ Estimation de l'élasticité-prix de la demande de services aéroportuaires : varie entre - 0.01 et - 0.1
- **Contrainte de capacité aux hubs : donne du pouvoir de marché aux aéroports**
 - ▶ Etendre un aéroport prend du temps, est très coûteux, incertain
 - ▶ On ne peut pas fractionner les investissements (construire une demi piste par exemple)

9

mapp
MÉTHODES ANALYTIQUES
POLITIQUES

Aéroports : infrastructures essentielles ou concurrence entre aéroports ?

- Même pour les low cost, moins soumis à la captivité vis-à-vis des plateformes aéroportuaires, les redevances représentent une part importante des coûts (25% selon des estimations partielles)
- Ceci traduit un certain pouvoir de marché des plateformes aéroportuaires, même lorsqu'il ne s'agit pas de hubs
- Concurrence spatiale entre aéroports réduit ce pouvoir de marché
- Des études sur les compagnies aériennes multihubs estiment à **900 km la distance optimale**, en Amérique du Nord, entre deux hubs de la même compagnie
- Echec du double hub Gatwick Heathrow pour BA à Londres
- **En Europe, difficile d'imaginer de la concurrence entre hubs pour une compagnie donnée**
- **Ce qui intensifie la concurrence entre aéroports est finalement la concurrence entre compagnies aériennes**

10

mapp
MÉTHODES ANALYTIQUES
POLITIQUES

4

<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/File/395770>

Selon la Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, « *les aéroports ont pour mission et pour activité commerciale principales d'assurer la prise en charge des aéronefs, depuis l'atterrissage jusqu'au décollage, ainsi que des passagers et du fret, afin de permettre aux transporteurs aériens de fournir des services de transport aérien. À cet effet, les aéroports proposent diverses installations et services en rapport avec l'exploitation des aéronefs et la prise en charge des passagers et du fret, dont ils recouvrent généralement le coût au moyen des redevances aéroportuaires. Il convient que les entités gestionnaires d'aéroport qui fournissent des installations et des services pour lesquels des redevances aéroportuaires sont perçues s'efforcent de fonctionner d'une manière efficace en termes de coûts* ».

L'activité des aéroports se décompose ainsi en deux sous-activités indépendantes et qui pourraient faire l'objet, comme pour d'autres activités en réseau, d'une séparation fonctionnelle entre plusieurs entités juridiques⁵ :

- **L'activité régalienne** qui consiste à gérer les activités aéroportuaires en participant à la sécurité d'un État et en permettant à un État d'exercer pleinement sa souveraineté. Cette activité participe au service public de la navigation aérienne⁶.
- **L'activité commerciale** qui consiste à gérer des services annexes, notamment hôtels, commerces, parkings.

Comme les aéroports sont en position de monopole naturel pour les territoires qu'ils animent⁷, ils pourraient être tentés de pratiquer des prix élevés⁸. C'est la raison pour laquelle, l'Union européenne a instauré un mécanisme de contrôle des redevances aéroportuaires.

Encore faut-il en définir le contour exact.

⁵ <https://www.latribune.fr/opinions/tribunes/2014/12/18trib651483c28/l-apport-de-jean-tirole-aux-marches-de-l-electricite.html>

⁶ Cons. const. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, loi relative aux aéroports. Magnon, Xavier, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er avril-30 juin 2005) », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2005, n° 64, p. 734-751. Brisson, Jean-François, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires. Service public, affectation des infrastructures aéroportuaires et changement de statut des aéroports », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2005, p. 1835-1843

⁷ Cour des comptes, *L'état et la compétitivité du transport aérien : un rôle complexe, une stratégie à élaborer*, Communication à la commission des finances du Sénat, Septembre 2016, p. 17 « Comme tous les gestionnaires d'infrastructures de réseaux, bénéficiant de rendements croissants, les aéroports se trouvent, en première approche, plutôt dans des situations de **monopole naturel ou d'oligopole** (...) Le transport aérien évolue donc dans un environnement concurrentiel imparfait, avec des relations complexes entre acteurs économiques, qui impose à la fois une régulation de la part des autorités publiques et un encadrement des pratiques concurrentielles et commerciales. »

⁸ Les enjeux de la privatisation d'ADP : **ADP est dans une situation de monopole sur le marché des installations aéroportuaires utilisées pour les transports aériens en provenance et à destination de l'Île-de-France**. Comme l'indique son document de référence, il n'a aucun concurrent dans un rayon de 300 kilomètres. Sa zone de chalandise rassemble 25 millions d'habitants, dont le revenu moyen est supérieur à la moyenne française. Cette situation monopolistique ADP a un important pouvoir de monopole et un actionnaire privé pourrait fortement relever ses prix et réduire la qualité de ses services au détriment des passagers et des compagnies aériennes clientes, notamment de la plus importante d'entre elles. <https://www.fipeco.fr/pdf/0.22884500%201535967431.pdf>

Dans une étude relative à l'Analyse économique de la régulation des redevances aéroportuaires, Mme Estelle Malavoti⁹ a démontré que

*Un débat agite actuellement le monde du transport aérien concernant la définition du périmètre de régulation des redevances aéroportuaires. Ce débat porte sur le périmètre des activités aéroportuaires qui doivent être soumises à une régulation tarifaire. Les représentants des aéroports les plus importants sont favorables au **mécanisme de "double caisse"** dans lequel le régulateur ne considère que les coûts et les recettes directement liés à l'activité aéronautique, laissant l'exploitant aéroportuaire **entièrement libre de gérer à sa guise les activités commerciales et d'encaisser les profits en résultant**. Ils mettent en avant l'évolution de la concurrence dans leur secteur qui ne permettrait plus une régulation portant sur l'ensemble de leurs activités aéronautique et commerciale.*

*La rentabilité financière des plates-formes françaises les plus actives, l'importance de leur taux de marge et l'effet de levier de l'activité commerciale sur les profits, tendent au contraire à suggérer que leur activité est profitable et que **la concurrence entre aéroports est trop marginale pour avoir un effet sur leurs décisions tarifaires**. En outre, le prix de vente moyen des billets d'avion est en baisse alors que les redevances aéroportuaires augmentent, entamant la rentabilité financière des compagnies aériennes.*

*Dans ce contexte, la question de la régulation optimale des activités aéroportuaires se pose avec acuité. Nous montrons, en nous appuyant sur la formalisation du modèle d'affaires de l'aéroport, qu'une régulation en **caisse unique est la régulation optimale pour protéger l'intérêt général** car elle permet, d'une part, d'optimiser la prise en compte de l'externalité positive unilatérale de l'activité aéronautique vers l'activité commerciale. D'autre part, elle permet de mieux gérer les problèmes d'affectation de coûts (variables et fixes) et d'optimiser les décisions d'investissement. Ces conclusions sont renforcées si l'on prend en compte la difficulté d'accès à l'information (problème d'affectation des coûts entre les différentes catégories d'activités, collecte de données par le régulateur).*

*Une régulation en double caisse ou double caisse aménagée **sera plus coûteuse pour la collectivité** puisqu'il faut déployer des mécanismes pour révéler l'information sur les coûts et les affectations de recettes et charges. Elle est également moins efficace dans la prise en compte des externalités puisque l'aéroport ne maximise pas le profit joint des deux activités aéronautique et commerciale. Elle **conduit enfin à une structure de prix moins favorable aux compagnies aériennes, qui se répercute sur les passagers, en définitive consommateurs finaux**.*

⁹ Estelle Malavoti, Enseignant-Chercheur à l'ENAC, équipe Données, Économie et Visualisation Interactive et chercheur à TSE-R, , http://www.scara.aero/wp-content/uploads/2017/02/Analyse_economique_de_la_regulation_des_redevances_aeroportuaires.pdf

Cette analyse économique doit être complétée par l'affirmation pleine de bon sens du PDG de BRUSSELS AIRPORT qui conteste que son aéroport soit en situation de monopole [ce qui n'est pas transposable au cas parisien] en ajoutant que

Si nous baissions nos redevances, pensez-vous que les compagnies les rétrocéderaient aux passagers ?

*En vérité, les compagnies ne payent pas ce qu'elles coûtent. **Sans nos recettes extra-aéronautiques**, elles payeraient plus de 3 milliards d'euros supplémentaires. Voilà la réalité des chiffres.*

Dès lors, il faut en conclure que la pratique de la double-caisse permet à l'exploitant de s'affranchir du contrôle des redevances aéroportuaires. Or ce contrôle des redevances aéroportuaires constitue un enjeu important de régulation de cette activité économique essentielle qui opposent les plateformes aéroportuaires aux compagnies aériennes¹⁰.

Ainsi, il résulte de la décision n° 1810-D1 du 11 janvier 2019 de l'AUTORITÉ DE SUPERVISION INDÉPENDANTE DES REDEVANCES AÉROPORTUAIRES (ASI) que la demande d'homologation des tarifs de redevances aéroportuaires applicables sur les aéroports parisiens prévoyant une augmentation de l'ordre de 3 % pour l'année 2019¹¹ a été rejetée dans les termes suivants :

CONCLUSION

109. L'augmentation proposée par AdP du niveau des redevances aéroportuaires n'est pas acceptable dans la mesure où le produit global des **redevances de service public aéroportuaire** sur le système d'aéroports auquel elle conduit dépasse le coût des prestations servies.
110. Il n'est pas justifié que sur l'aéroport de Paris-Le Bourget, AdP apporte une compensation aux **coûts du service public** aéroportuaire manifestement très supérieure à celle apportée aux usagers des deux autres plateformes du système d'aéroports.
111. En outre, le niveau des redevances principales du système commun de redevances appliqué sur les aéroports de Paris-Orly et Paris-Charles de Gaulle conduit au dépassement des coûts du service global que ces redevances principales rémunèrent, ce qui contribue au financement d'activités relevant de l'assistance en escale par des redevances perçues auprès des transporteurs aériens pour l'usage d'installations aéronautiques.
112. Enfin les produits attendus de la redevance pour mise à disposition des installations fixes de fourniture d'énergie électrique pour les aéroports de Paris-Orly et Paris-Charles de Gaulle excèdent manifestement les coûts afférents.
113. Ces motifs font obstacle à ce que l'ensemble des tarifs notifiés soient homologués.

¹⁰ Régis FRAISSE, « Les redevances pour service rendu. Tentative de clarification », *Droit administratif*, juin 2005, n° 6, p. 12-15. « Une nouvelle appréhension de la notion de redevance pour service rendu par le Conseil constitutionnel », *Le Courrier juridique des finances et de l'industrie*, mai-juin 2005, n° 33, p. 1-4. Brisson, Jean-François, « Le nouveau régime des redevances aéroportuaires », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2005, p. 1996-2001

¹¹ <http://www.asi-aeroports.fr/decision-de-non-homologation-des-tarifs-2019-d-a125.html>

Par ailleurs, il ressort des comptes publiés par ADP que **65 % du chiffre d'affaires des aéroports parisiens proviennent du seul segment aéronautique**. C'est bien la preuve que les redevances régaliennes représentent près des deux tiers des revenus des activités parisiennes.

Ainsi, l'argument selon lequel en privatisant ADP, on restituerait au privé une activité commerciale (boutique de luxe, hôtel etc.) ne résiste pas à la cruelle réalité des chiffres. De plus, cette affirmation sous-estime un fait majeur : **l'activité commerciale est une activité accessoire de l'activité aéroportuaire**. Autrement dit, sans avions, pas de passagers et sans passagers pas de clients pour les commerces enclavés dans l'aéroport.

Selon le bilan annuel d'ADP¹², sur l'année 2018, le chiffre d'affaires

- du segment Activités aéronautiques, qui se rapporte aux seules activités parisiennes, est en hausse de 4,3 % à 1 890 millions d'euros.
- du segment Commerces et services, qui se rapporte aux seules activités parisiennes, est en hausse de 4,9 %, à 1 000 millions d'euros.

Hors immobilier et international, le segment aéronautique représente 65 % du chiffre d'affaires des seules activités parisiennes

Activités aéronautiques

(en millions d'euros)	2018	2017	2018/2017
Chiffre d'affaires	1 890	1 813	+4,3%
Redevances aéronautiques	1 115	1 055	+5,6%
Redevances passagers	695	653	+6,5%
Redevances atterrissage	254	243	+4,4%
Redevances stationnement	165	159	+3,7%
Redevances spécialisées	239	230	+3,6%
Revenus liés à la sûreté et à la sécurité aéroportuaire	499	487	+2,3%
Autres produits	38	40	-3,4%
EBITDA	603	551	+9,4%
Résultat opérationnel courant (yc MEE opérationnelles)	307	272	+12,8%
EBITDA / Chiffre d'affaires	31,9%	30,4%	+1,5pt
Résultat opérationnel courant / Chiffre d'affaires	16,3%	15,0%	+1,2pt

En 2018, le chiffre d'affaires du segment Activités aéronautiques, qui se rapporte aux seules activités parisiennes, est en hausse de 4,3 % à 1 890 millions d'euros.

Le produit des **redevances aéronautiques** (redevances par passager, d'atterrissage et de stationnement) est en hausse de 5,6 %, à 1 115 millions d'euros sur l'année 2018, bénéficiant de la croissance du trafic de passagers (+ 3,8 %) et de la hausse des tarifs au 1^{er} avril 2018 (+ 2,125% hors redevance PHMR¹), malgré les grèves du premier semestre 2018.

Le détail des redevances des activités aéronautiques permet d'affirmer qu'il s'agit de redevances résultant d'une activité de service public.

¹² <https://www.parisaeroport.fr/groupe/finance/rerelations-investisseurs/resultats-chiffre-affaire/resultats-chiffre-affaire-2018>

2. Une entreprise unique pour gérer un service public national.

Le propre d'ADP est de gérer, à titre principal, les trois aéroports parisiens (ROISSY, ORLY, LE BOURGET) au sein d'une entreprise unique en proposant une offre complémentaire.

Dans leur rapport commun sur le maillage des aéroports français¹³, le Conseil supérieur de l'aviation civile (CSAC), la Direction générale de l'aviation civile (DGAC) et le Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET) relèvent que

*Avec les aéroports de Paris-Charles de Gaulle et de Paris-Orly, Aéroports de Paris porte la **connectivité mondiale de la France.***

*Selon ACI Europe, Paris-Charles de Gaulle est classé en 2016 parmi les hubs européens, au 3e rang (après Francfort et Schiphol) pour la connectivité globale (meilleure desserte européenne en direction de l'Afrique) et au **1er rang européen en termes de connectivité intercontinentale** (particulièrement avec l'Amérique du Nord et l'Amérique latine).*

L'aéroport de Paris-Charles de Gaulle a accueilli en 2015 un trafic de plus de 65 millions de passagers et celui de Paris-Orly près de 30 millions.

*Paris-Charles de Gaulle fait face à la concurrence entre hubs intercontinentaux l'obligeant à gagner en **compétitivité sur les redevances aéroportuaires** pour les vols long courrier et en qualité d'accueil en optimisant le fonctionnement complexe de ses sept terminaux.*

*Les aéroports franciliens constituent également **la tête de réseau du trafic intérieur français** pour l'accès à la capitale mais également aux lignes intercontinentales.*

La stratégie de hub mondial ne doit donc pas renchérir de manière excessive les redevances d'atterrissage des avions de moins de 100 places pénalisant de fait la desserte de villes moyennes françaises ni limiter l'accès à Paris-Charles de Gaulle des villes moyennes dont le tissu économique est internationalisé.

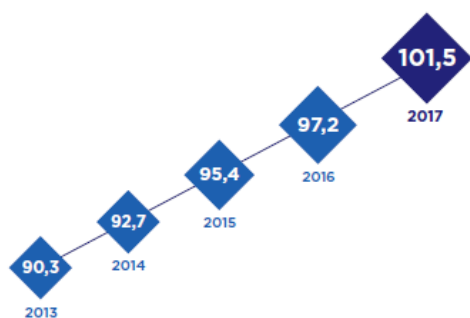
*En matière de fret aérien, Paris constitue **le principal point d'entrée et d'éclatement des flux internationaux transportés sur appareils mixtes** ou tout cargo. Paris-Charles de Gaulle est le hub de 3 opérateurs de fret majeurs : Air France, Fedex et La Poste ;*

¹³ www.cget.gouv.fr/sites/cget.gouv.fr/rapport-maillage-aeroportuaire-francais-2017.pdf

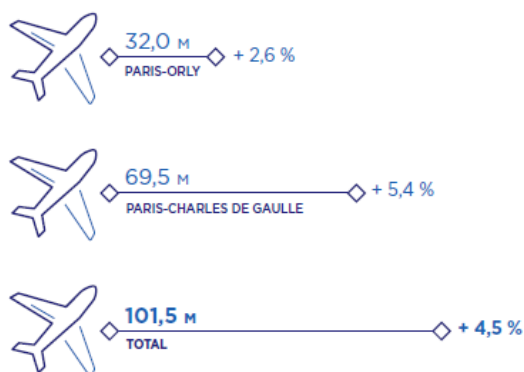
Ce rapport appelle quatre séries d'observation :

1. D'une part, la concurrence entre les aéroports européens paraît faible voire théorique. Surtout qu'ADP propose un « double hub » avec Amsterdam-Schiphol, ce qui constitue un cas unique en Europe, sans comparaison possible.
2. La forme juridique de l'exploitant de l'aéroport est indifférente pour améliorer le positionnement d'un aéroport. Autrement dit, la privatisation, en tant que telle, n'améliore pas la situation d'ADP. Les projets grandioses d'ADP (par ex. la création d'une 4^e aérogare à Roissy estimée à 9 milliards d'euros) démontrent qu'ADP ne rencontre aucune difficulté de financement.
3. Le critère discriminant pour les compagnies aériennes reste avant tout le montant des redevances aéroportuaires (qui peuvent dépendre de l'importance de l'activité commerciale).
4. En termes d'aménagement du territoire et du maintien de la continuité territoriale, les aéroports parisiens jouent un rôle national de premier plan. En raison du caractère structurant et éminemment politique de cette question – qui ne peut pas se résoudre à une simple approche comptable ou de rentabilité basée sur un « retour sur investissement » - seul l'État, en sa qualité de protecteur de l'**intérêt général public**, peut résoudre les contradictions générées par cette situation.

NOMBRE DE PASSAGERS ACCUEILLIS
SUR LES PLATES-FORMES PARISIENNES (en millions)



PASSAGERS PAR PLATE-FORME PARISIENNE EN 2017
(en millions)



Dans son étude, la Cour européenne des comptes¹⁴ a pris connaissance avec intérêt de la réalité économique

« Ce n'est pas l'investissement ou un beau terminal qui génère le trafic », a également déclaré le responsable d'une compagnie aérienne européenne.

Lors de ses auditions la mission a également pu entendre un consultant d'entreprises déclarer que « **privatiser ne permet que de remédier en partie au manque de politique aéroportuaire** : cela permet d'optimiser la gestion, développer des recettes. Il y a de très bons opérateurs privés mais il y a aussi de très bons opérateurs publics ».

Avec le CSAC, la DGAC et le CGET, on peut déplorer qu'en « *France, on ne dispose pas d'études d'efficience comparée des modes de gestion publique et privée* ». Ainsi, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL pourra constater que la décision de privatiser ADP ne repose sur **aucune logique rationnelle** mais sur un **parti pris idéologique**.

B. DÉTERMINATION DU MARCHÉ PERTINENT

1. Première approche

Dans son document de référence à destination des investisseurs, ADP présente ses principaux concurrents ainsi :

Concurrence

Le trafic est considéré comme l'indicateur le plus pertinent dans le secteur de la gestion aéroportuaire.

Les 10 premiers aéroports mondiaux en termes de trafic de passagers sont les suivants¹ :

Rang	Aéroport (Code IATA)	Trafic 2017 (en Mpax)	2017/2016
1	Atlanta (ATL)	103,9	- 0,3 %
2	Beijing (PEK)	95,8	+ 1,5 %
3	Dubai (DXB)	88,2	+ 3,5 %
4	Los Angeles (LAX)	84,6	+ 4,5 %
5	Tokyo (HND)	83,2	+ 4,3 %
6	Chicago (ORD)	79,5	+ 1,8 %
7	Londres (LHR)	78,0	+ 3,0 %
8	Hong Kong (HKG)	72,8	+ 3,5 %
9	Shanghai (PVG)	70,0	+ 6,1 %
10	Paris (CDG)	69,5	+ 5,4 %

¹⁴ Cour européenne des Comptes, Infrastructures aéroportuaires financées par l'UE : des investissements peu rentables, rapport spécial n°21, 2014.

Dans le cadre de sa campagne de communication, Monsieur Bruno LE MAIRE, ministre de l'économie, a publié un document « *10 idées fausses sur la privatisation d'ADP* »¹⁵. Parmi les arguments avancés par le gouvernement, on peut lire celui-ci :

2ème idée fausse : L'État cède un monopole

Faux ! Il y a 15 ou 20 ans, nous aurions peut-être pu dire qu'ADP était un monopole dans la mesure où les compagnies aériennes ne choisissaient pas les aéroports depuis lesquels elles opéraient. (...)

*Aujourd'hui, ADP doit faire face à une concurrence européenne et mondiale féroce, comme les hubs de **Francfort, Heathrow au Royaume-Uni ou ceux des pays du Golfe**. Les aéroports se font une concurrence pour attirer les clients (compagnies aériennes mondiales comme passagers) et pour devenir des hubs attractifs à l'échelle des continents. L'opération a donc pour but de faciliter le développement international d'ADP et son projet de modernisation.*

La lecture de cet argument démontre tout à la fois le manque de sérieux des équipes de Bercy et le manque de considération à l'égard des citoyens.

Comment oser prétendre qu'il y a une concurrence entre le hub de Paris et celui de Dubaï ? Pour visiter – librement et sans tenu vestimentaire obligatoire – les monuments parisiens, comment faire sans accéder au territoire national. Ce n'est pas sérieux.

Existe-t-il une concurrence entre Roissy et Heathrow ? Sur certaines destinations, peut-être mais le BREXIT va isoler l'aéroport britannique – par ailleurs proche de la saturation¹⁶ – alors que Roissy deviendra plus que jamais la porte d'entrée principale en France et **dans l'Union européenne**.

Dans leur analyse¹⁷, MM. les professeurs Deffains (économie) et Perroud (droit public) expliquent que : « (...) ADP est dans une situation de monopole sur le marché des installations aéroportuaires utilisées pour les transports aériens en provenance et à destination de l'Ile-de-France. **En effet, l'entreprise n'a aucun concurrent dans un rayon de 300 kilomètres.** Sa zone de chalandise correspond à environ 25 millions d'habitants, dont le revenu moyen est supérieur à la moyenne française ».

¹⁵ <https://medium.com/@BrunoLeMaire/10-id%C3%A9es-fausses-sur-la-cession-da%C3%A9roports-de-paris-adp-41cc93cfc3b8>

¹⁶ https://www.lemonde.fr/international/article/2019/03/11/plainte-du-maire-de-londres-contre-l-extension-de-l-aeroport-de-heathrow_5434159_3210.html « Sadiq Khan dénonce les nuisances sonores et la pollution qu'engendrerait la construction dans l'aéroport le plus fréquenté d'Europe d'une troisième piste, pourtant approuvée par le gouvernement et les députés britanniques. »

¹⁷ <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/>

Une image permettra d'illustrer cette affirmation :



Le cercle rouge correspond à la distance à vol d'oiseau entre Francfort et Paris. Cela démontre que Francfort est peu ou prou à la même distance de Paris que des aéroports comme Brest, Bordeaux, Grenoble, Zurich, Amsterdam et Cardiff.

Intuitivement, on comprend bien que ces aéroports ne sont pas substituables aux aéroports parisiens.

Cela apparaît avec encore plus d'acuité si on procède à une analyse fine du marché pertinent comme savent le faire l'Autorité de la concurrence et la DG IV de la Commission européenne.

2. Le marché pertinent d'après les règles du droit de la concurrence

Écartons d'emblée la concurrence par d'autres moyens de transport, comme le fait ADP dans son document de référence :

Concurrence avec les autres moyens de transport

Si le train à grande vitesse est généralement privilégié pour les trajets de moins de 3 heures, il cède le pas à l'avion pour les trajets de plus de 4 heures. L'aéroport de Paris-Orly, et dans une mesure moindre l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle, sont confrontés à cette concurrence, qui devrait s'accroître avec la densité croissante du réseau de TGV français et du réseau à ligne à grande vitesse en Europe (Thalys, Eurostar). **Néanmoins, le Groupe ADP estime que ce réseau est également un atout pour drainer des passagers sur les vols long-courriers au départ de Paris, en particulier grâce à la gare TGV installée sur la plate-forme de Paris-Charles de Gaulle, qui accueille environ 3 millions de passagers par an.**

Tout d'abord, rappelons que l'application des règles de la concurrence sont indifférentes de la nature publique ou privée de l'entité en charge de l'exploitation d'un aéroport. Ainsi, tant les juridictions françaises¹⁸ qu'européennes¹⁹ ont-elles appliqué le droit de la concurrence aux aéroports fussent-ils exploités par un établissement public industriel et commercial ou par une société commerciale.

Saisie par l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis n° 10-A-04 très documenté dans lequel elle détaille le marché pertinent.

L'Autorité de la concurrence commence par rappeler qu'il n'existe pas un marché global des aéroports. En effet, « *la concurrence entre les aéroports peut prendre trois formes : la concurrence entre aéroports dont les zones d'attraction se superposent, qui concerne plutôt les aéroports régionaux ; la concurrence entre « hubs », c'est-à-dire entre les aéroports qui jouent le rôle de plaque tournante pour les passagers en correspondance, qui, en France, concerne plutôt ADP ; et la concurrence existant sur le marché du trafic cargo* ». Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence détaille la situation d'ADP

(...) on n'observe **pas de concurrence entre les aéroports parisiens et les aéroports régionaux pour le trafic international** : 87,1 millions de passagers par an transitent par ADP, soit plus de 60 % du trafic des aéroports français.

33. Au niveau européen, la concurrence reste limitée entre les aéroports : même s'il existe une certaine concurrence entre le « hub » de Paris et d'autres « hubs » tels que Londres Heathrow, Francfort ou Amsterdam Schiphol, chaque « hub » est celui d'une compagnie aérienne. Ainsi, le « hub » de Paris est celui d'Air France-KLM, de même que celui de Londres Heathrow est celui de British Airways.

34. Par ailleurs, la concurrence entre les « hubs » porte surtout sur la capacité des aéroports à organiser un maximum de correspondances en un minimum de temps et sur la qualité des infrastructures et des services rendus, et non sur les prix.

¹⁸ Cons. conc. 98-D-34 du 2 juin 1998 relative à la concurrence sur le marché des services d'assistance à l'aéroport d'Orly et sur le marché des locaux nécessaires aux compagnies aériennes mis à disposition par Aéroports de Paris
CA Paris du 23 février 1999, Aéroports de Paris et Air France
Tribunal des Conflits n°03174 du 18 octobre 1999, La compétence judiciaire des autorités de concurrence est confirmée sur l'appréciation de la légalité concurrentielle des actes détachables de l'action publique.

¹⁹ TPICE (3^e ch.) T-128/98 du 12 décembre 2000, Aéroports de Paris c/ Commission « les dispositions du traité en matière de concurrence restent applicables aux activités d'un organisme qui sont détachables de celles qu'il exerce en tant qu'autorité publique ».

35. Dans l'affaire Aéroports de Paris / Commission relative à l'accès aux installations aéroportuaires d'ADP pour la fourniture de services en escale, le Tribunal de première instance des communautés européennes a ainsi considéré que « **pour la plupart des passagers** au départ et à destination de la région parisienne ou d'autres régions françaises, les services aériens utilisant les aéroports d'Orly et de Roissy-CDG **ne sont pas interchangeables** avec les services offerts dans d'autres aéroports » et que « la concurrence entre aéroports n'est importante que dans la mesure où ils représentent un point de correspondance pour d'autres destinations ». (arrêt du 12 décembre 2000, T-128/98, II. 3929).

36. Les grandes compagnies aériennes sont le plus souvent des clients captifs de leur « hub » et ne sont pas en mesure de faire jouer la concurrence sur les tarifs des redevances aéroportuaires. Changer de « hub » représente en effet un coût considérable pour une compagnie aérienne. Du fait des alliances entre compagnies aériennes, les compagnies extérieures sont également contraintes dans leur arbitrage entre les différentes plates-formes européennes pour assurer leurs transferts.

Ainsi, malgré sa puissance d'achats, Air France n'est pas en mesure de contrebalancer le pouvoir de marché d'ADP.

75 % du trafic passager d'ADP est constitué d'un trafic point à point²⁰ (contre 25 % en correspondance), soit deux fois plus qu'à Francfort, Madrid ou Amsterdam, ce qui diminue la dépendance d'ADP face à Air France et aux contraintes du « hub », alors que la réciproque est fautive. L'alliance Skyteam, dont Air France est membre, a toutefois obtenu d'ADP de bonnes conditions autres que tarifaires, comme l'utilisation d'un terminal dédié.

Le CONSEIL CONSTITUTIONNEL retiendra que sur les principaux marchés concernés les **services offerts par ADP ne sont pas substituables**, ce qui constitue l'une des caractéristiques d'un monopole de fait.

²⁰ Cela explique encore pourquoi la prétendue concurrence entre hubs est un leurre. Chaque grand hub européen est dominé par une compagnie nationale, dont le réseau est constitué de liaisons radiales à partir de et vers l'aéroport correspondant. A Paris, l'activité de hub d'AIR FRANCE ne représente pas une partie significative de l'activité d'ADP.

C. UNE PRIVATISATION INCOHÉRENTE : L'ARGENT – COMME LE PROGRÈS – NE TOMBE PAS DU CIEL !

Dans un souci de pédagogie, Monsieur Bruno LE MAIRE, ministre de l'économie tente vainement de justifier l'entêtement du gouvernement et de sa majorité extraordinaire par un argument financier :

5ème idée fausse : La cession d'ADP est une mauvaise opération financière pour l'État car les dividendes d'ADP sont supérieurs aux rendements du Fonds pour l'Innovation et l'Industrie

Faux ! En 2018, ADP a versé 173 millions d'euros de dividendes à l'État tandis que le rendement du Fonds pour l'innovation et l'Industrie sera au minimum de 250 millions d'euros.

Par ailleurs, les dividendes versés par ADP à l'État sont fluctuants. En 2008, ils atteignaient 110 millions d'euros. En 2009, 82 millions d'euros. Le financement de la recherche de pointe ne peut pas être conditionné à des mouvements de marché aussi importants. On ne peut risquer le financement de la recherche sur la performance du trafic aérien en Europe et dans le monde.

A l'inverse, le rendement du Fonds pour l'Innovation et l'Industrie provient d'obligations d'État (des titres qui financent la dette française) avec un rendement annuel garanti de 2,5% / an, qui permet en outre de désendetter l'État à hauteur de 10 Mds€. Nous avons besoin de cette stabilité dans le temps pour soutenir les projets vraiment innovants qui assureront la prospérité future de notre nation et de nos enfants.

On peut tout d'abord opposer au ministre l'analyse de M. Charles DENNERY²¹, économiste, qui démontre les trois erreurs commises par ce projet insensé pour les finances publiques : « *Réinvestir les profits dans un fonds dont seuls les intérêts seront utilisés pour financer l'innovation est surprenant. En somme, l'État va vendre un actif dont le rendement oscille entre 5 et 10 % par an, pour investir dans un fonds qui rapportera 2 à 3 % annuels : c'est remplacer une Ferrari par une Lada. Et est-ce la bonne façon d'investir dans l'innovation de rupture ? Avant de saupoudrer des subventions privées, rappelons que la recherche publique française, un des cœurs de métier de l'État, crie famine* ».

²¹ <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-privatiser-adp-une-triple-erreur-998978>

Par ailleurs, on peut souligner une contradiction : l'État est propriétaire d'un actif stratégique et rentable sur l'un des rares marchés pour lesquels les prévisionnistes annoncent une croissance supérieure à 3 % par an pour les 30 prochaines années²².

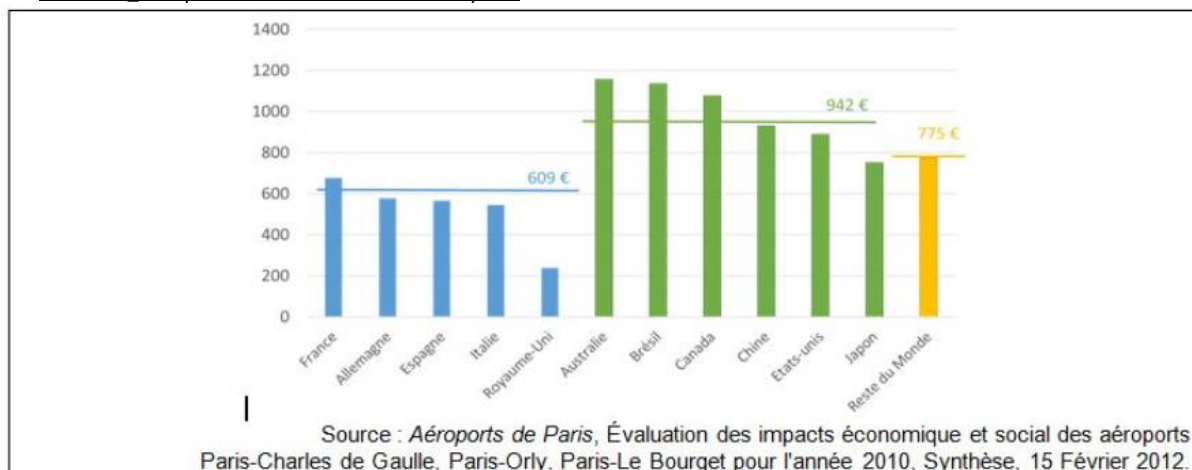
Dès lors, les fluctuations anticipées par Bercy sont très hypothétiques. Par ailleurs, outre la croissance naturelle du marché, il existe des gisements de rentabilité qui permettraient encore d'accroître de manière significative le montant des dividendes à verser dans l'avenir²³.

²² IATA Air Passenger Forecast Shows Dip in Long-Term Demand », Press Release, no 55, 26 novembre 2015 : croissance de 3,8 % par an en nombre de passagers, amenant à un doublement du nombre de passagers en vingt ans, pour atteindre 7 milliards de passagers d'ici à 2034

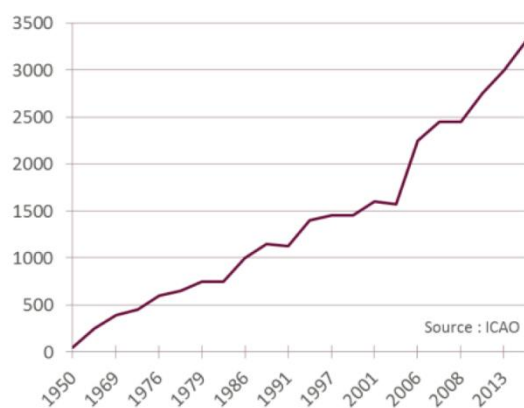
SIA Partners, FACE A LA CROISSANCE DU TRAFIC AERIEN : LES GRANDS PROJETS D'INFRASTRUCTURES DES AEROPORTS, février 2016, « La dynamique actuelle reste considérable puisque le trafic de passagers (exprimé en kilomètres-passagers (RPK)) a augmenté de plus de 5% en 2013 et près de 6% en 2014. Cette croissance régulière est d'autant plus remarquable que certains aléas auraient pu venir inverser cette tendance : attentats du 11 septembre (et plus globalement la menace terroriste), hausse du prix du pétrole entre 2003 et 2014, enjeux environnementaux, crise financière, etc. (...) De fortes perspectives de croissance pour les années à venir A l'image des 974 nouvelles connexions entre aéroports créées en 2012, le nombre de hubs aériens est également en pleine évolution. Selon Airbus, le nombre de mégapoles capables de générer un trafic de plus de 10.000 passagers long-courriers par jour - soit l'équivalent d'une vingtaine d'A380 - passera de 42 aujourd'hui à plus de 90 en 2034. Dans son étude, le constructeur français précise néanmoins que près de 70% de l'augmentation du flux sera issu des liaisons d'ores et déjà existantes. (...) Face à la concurrence des pays émergents, et à l'augmentation de trafic de l'aéroport, les dirigeants de Roissy CDG prévoient des investissements colossaux. Ceci prend en compte la construction d'une partie du nouveau terminal 4, dont la mise en service est prévue autour de 2025. Le but de ce terminal est d'accueillir à terme entre 30 et 40 millions de passagers par an, afin d'anticiper l'atteinte de la capacité maximale de l'aéroport, dans les années 2020. Ces investissements auront lieu dans le contrat de régulation de 2021-2025. (...) Le trafic aérien mondial augmentant de plus en plus, notamment dans les pays émergents, les dirigeants des aéroports ont su anticiper au fil des années les besoins et les capacités des aéroports. La bataille s'oriente à présent vers le nombre d'aéroports par pays, et la fierté d'avoir le plus grand aéroport mondial. Le développement des infrastructures pourra également s'orienter vers le développement durable et les infrastructures intelligentes. »

²³ <http://www.melchior.fr/etude-de-cas/groupe-adp-les-aeroports-miroirs-de-la-mondialisation> : « **Les plateformes aéroportuaires parisiennes profitent du dynamisme économique de la région Ile de France.** Le marché francilien est le premier marché d'Europe ; l'Île-de-France réalise 31% de la richesse nationale, 18% des exportations françaises et 26% des importations. Située au carrefour des échanges européens et mondiaux, celle-ci est la première destination touristique au monde avec plus de 42 millions de touristes chaque année. C'est aussi la première unité urbaine d'Europe avec 11,9 millions d'habitants, soit 19% de la population française métropolitaine. Sa position géographique est un atout : la capitale est à moins de deux heures de vol des grandes villes européennes et reliée par TGV à de nombreuses autres (Bruxelles, Londres, Amsterdam etc.). La région est dotée d'infrastructures de transport routier et ferroviaire de premier plan : elle est la deuxième plateforme fluviale d'Europe ; le projet du Grand Paris prévoit la création de nouvelles lignes de métro rapides dans la proche banlieue, dont la ligne 17 jusqu'à Roissy-CDG, 14 et 18 jusqu'à Paris-Orly. Et la réalisation du projet CDG Express, liaison directe entre Paris et l'aéroport Paris CDG, dont la mise en service est prévue pour 2023, devrait encore améliorer encore la situation de l'aéroport en désaturant les autoroutes A1 et A3.

En retour, le système aéroportuaire contribue au développement de la région (cf. externalités positives supra). De 2016 à 2020, c'est-à-dire pendant la durée de son plan stratégique "Connect 2020" le Groupe ADP va investir 4,6 milliards d'Euros qui vont directement bénéficier au territoire francilien ». Sans compter, le projet de 4^e aérogare sur ROISSY-T4 qui prévoit **40 millions de nouveaux passagers par an** après une investissement de l'ordre de **9 milliards d'euros**. https://terminal4-cdg.groupeadp.fr/?xtor=SEC-4-GOO-%5BT4_Roissy_Broad%5D-%5Bsearch_classique%5D-S-%5B%2Bt4%20%2Brossy%5D



En million de passagers



Evolution du nombre de passagers aériens mondiaux

Bref, la vision de Bercy semble conservatrice, pour ne pas dire défaitiste, alors que le marché est aspiré dans une spirale haussière, difficilement compatible au demeurant avec les engagements pris pour la COP 21 pour lutter contre un inévitable réchauffement climatique

Dès lors, on peut considérer que, comme pour les autoroutes²⁴, l'État renonce par anticipation à une manne au profit de certains industriels ou financiers, ce qui ne manque pas

d'alimenter la suspicion de « *capitalisme de connivences* »²⁵ dénoncé par certains parlementaires.

Enfin, il semble exister une confusion dans l'esprit du gouvernement entre l'intérêt général *privé*, celui des entreprises qui bénéficieront pendant ... 70 ans d'une rente de situation, sans le moindre risque et l'intérêt général *public* qui consiste à faire prévaloir la souveraineté nationale sur un équipement stratégique constituant tout à la fois un monopole de fait et une infrastructure essentielle.

On comprend mieux pourquoi cette privatisation, plus que toute autre, heurte la lettre et l'esprit du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui compose, pourtant, l'ADN de notre République qu'une majorité parlementaire de passage ne peut pas altérer pour le bon plaisir d'un Président ou pour satisfaire les intérêts particuliers de certains.

²⁴ <https://www.la Tribune.fr/opinions/tribunes/l-etat-et-la-rente-perdue-des-autoroutes-un-cas-fictif-d-ecole-787141.html>
<https://www.la Tribune.fr/opinions/tribunes/20141218trib637d7d9d0/autoroutes-l-etat-paie-l-erreur-de-dominique-de-villepin.html> « Le coût de financement des autoroutes apparaît exorbitant pour l'État, aujourd'hui. C'est comme s'il avait emprunté à un taux d'intérêt de 7,8% par an. A comparer au taux actuel des emprunts d'État à 20 ans, soit 1,6%. Un coût lié à la privatisation des sociétés d'autoroute, décidée en 2006 par Dominique de Villepin »
https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/04/08/la-privatisation-des-autoroutes-un-traumatisme-original_5447341_3234.html
<https://www.ccomptes.fr/fr/publications/les-relations-entre-letat-et-les-societes-concessionnaires-dautoroutes>
www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14a13.pdf Dans son Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, l'Autorité de la concurrence conclut que « LA RENTABILITÉ EXCEPTIONNELLE DES SOCIÉTÉS CONCESSIONNAIRES D'AUTOROUTES « HISTORIQUES », LARGEMENT DÉCONNECTÉE DE LEURS COÛTS ET DISPROPORTIONNÉE PAR RAPPORT AU RISQUE DE LEUR ACTIVITÉ EST ASSIMILABLE À UNE RENTE »

²⁵ <https://jean-jaures.org/nos-productions/capitalisme-de-connivence-une-critique-conservatrice-des-choix-economiques-du-parti> Jean-Yves CAMUS : « Le capitalisme de connivence, en anglais crony capitalism, suscite à la fois les critiques de la gauche radicale et des économistes libertariens qui sont les maîtres à penser d'un des courants du mouvement conservateur et du Parti républicain américain, représenté notamment par le sénateur Rand Paul. Alors que le marxisme le considère comme une notion faussée qui méconnaît l'essence même du système capitaliste, les libertariens croient, à l'instar de Ludwig von Mises, que le capitalisme de connivence est une anomalie par rapport au fonctionnement du marché pur et parfait et qu'il apparaît quand, dans « l'État interventionniste, le succès d'une entreprise ne dépend plus d'une manière cruciale du fait qu'elle soit dirigée de façon à satisfaire au mieux et au meilleur prix les besoins des consommateurs », de sorte qu'il « est bien plus important d'entretenir de bonnes relations avec les factions politiques exerçant le contrôle, et que les interventions s'exercent dans un sens favorable et non défavorable à l'entreprise ». Le simplisme des diatribes contre l'interpénétration du monde politique et du « grand capital », les déclinaisons complotistes du thème, hier des « 200 familles », hier et aujourd'hui de la « finance apatride », n'enlèvent rien à la nécessité d'étudier un phénomène qui s'inscrit dans le cadre plus large d'une réflexion sur la nature de la démocratie et l'impact politique et social de l'accroissement des inégalités, travail entrepris entre autres par Thomas Piketty et Emmanuel Saez. »

D. ÉLÉMENTS DE CONTEXTE HISTORIQUE

1. Du Programme du CNR au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

Ce n'est pas un hasard si le programme du Conseil national de la Résistance (CNR) se fixe pour objectif « *l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie* » (point II-5).

On peut d'abord y voir un clin d'œil au grand médiéviste Marc BLOCH qui, malgré les séances de tortures de la Gestapo agissant sous les ordres de Klaus Barbie, continua à enseigner l'histoire féodale aux autres prisonniers, à partager son savoir et à protéger la flamme de l'esprit au plus noir de la prison de Montluc à Lyon.

Comme Mme Alice PHILIPPE dans sa remarquable thèse²⁶, la référence aux « *féodalités économiques* » est la traduction dans un langage facilement compréhensible d'une réalité subie par les auteurs du programme du CNR.

En effet, il convient de rappeler qu'avant tout, le Conseil National de la Résistance avait pour mission de rassembler le plus grand nombre de participants, « *syndicalistes, mouvements de résistance, anciens partis plus ou moins entrés en résistance* » (Stéphane HESSEL).

Le programme constitue en somme, une sorte de « *programme commun* »²⁷ permettant à chaque courant politique d'avoir droit de cité, l'objectif étant de retracer « *l'esprit national résistant de l'époque* » qui regroupait des hommes et des femmes issus de la gauche mais également de la droite.

²⁶ Alice PHILIPPE, *Le monopole de fait*, Thèse soutenue à l'Université de Toulouse-Capitole, le 3 décembre 2018 sous la direction de Monsieur le professeur Lucien RAPP, voir notamment p. 98 et s. « **La féodalité et le monopole de fait.** Cette situation est particulièrement intéressante pour comprendre ce qu'est l'essence du monopole de fait. Le propriétaire terrien autorisait la paysannerie à exploiter ses terres, sous réserve d'une rétribution du surplus des récoltes. Ainsi, dans un système agraire de production, les classes dominantes, celles qui détenaient le pouvoir du fait de leur propriété terrienne, en exploitant la paysannerie, se créaient une rente de travail. Parce qu'ils étaient propriétaires, les seigneurs pouvaient ne pas travailler la terre et disposaient tout de même de leur moyen d'existence. Cette « rente en travail n'était pas l'élément unique dans les rapports féodaux de production, bien que le caractère coercitif de ces rapports saute aux yeux dans l'organisation du travail forcé sur le domaine ». C'est en tout état de cause cette rente en travail, caractéristique de la féodalité, que l'on retrouve en filigrane dans la notion de monopole de fait. Ce système, inégal, a fini par être rejeté et combattu lorsque les pressions de la noblesse sur la paysannerie se sont faites de plus en plus pressantes ». Comme le remarque l'auteur la première condamnation de la féodalité résulte de la « Nuit du 4 août 1789 » actant l'abolition des privilèges féodaux au nom de l'égalité entre les citoyens. Cela établit une filiation directe entre les auteurs du programme du CNR et ceux de la déclaration des droits de l'homme de 1789. Loin de se contredire, ces deux textes se répondent en écho, le plus récent approfondissant la brèche ouverte par les révolutionnaires.

²⁷ Claire ANDRIEU dans son ouvrage : *Le programme commun de la Résistance, Des idées dans la guerre*, l'Érudit, Paris, 1984 précise qu'il s'agit d'un programme commun en ce sens que « le texte du C.N.R. n'a pas été signé par les gauches seules mais aussi par des représentants des partis de droite comme l'Alliance démocratique et la Fédération républicaine. C'est là l'originalité du C.N.R., resté pour le moment sans autre exemple dans l'histoire de France », p. 19 (cité par Alice PHILIPPE, op. cit., n° 251, p. 119)

Ainsi, dès 1942, Charles de Gaulle marquait sa défiance aux monopoles et aux trusts²⁸ :

« La France sait aussi ce que lui coûte un régime social et moral sclérosé dans lequel la patrie se vit successivement négligée par des masses exploitées, puis trahie par des coalitions de trusts et de gens en place.

*Elle entend construire chez elle un édifice social et moral dans lequel chaque individu pourra vivre dans la dignité et dans la sécurité, où **nul monopole ne pourra abuser des hommes ni dresser aucune barrière devant l'intérêt général.** »*

Cet extrait de discours montre bien l'idée selon laquelle l'État doit administrer les monopoles ou la nation les contrôler.

L'accent est mis sur la participation des travailleurs à l'entreprise, sur leur revalorisation dans le système productif. La participation des travailleurs apparaît comme une véritable condition de la **démocratie économique et sociale**.

Dans son « archéologie » du texte, Claire ANDRIEU rappelle la généalogie du Programme du CNR : il est l'héritier des travaux constitutionnels de la France libre. Il s'inspire directement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen rédigée à Londres en 1943 par la Section de réforme de l'État, et reprise à Alger, en 1944, par la Commission d'études de la réforme de la Constitution. Ces textes étendaient les droits de l'homme aux droits économiques et sociaux, comme le faisait au même moment les Alliés qui jetaient les bases du monde de l'après-guerre²⁹ avec la Charte de l'Atlantique (1941) et la conférence internationale du Travail à Philadelphie³⁰ (mai 1944).

Ces textes fondateurs participent d'un mouvement transnational d'affirmation de droits nouveaux dans le domaine économique et social³¹ venant compléter les premières déclarations des droits du siècle des Lumières.

²⁸ DE GAULLE (C.), Discours et messages, 1940-1946, Discours du 11 novembre 1942, Plon 1970, p. 239.. Voir également dans cet ouvrage le discours du 4 février 1943 (p. 280), où De Gaulle réaffirmait la nécessité d'« Un régime démocratique et social tel qu'aucun monopole et aucune coalition ne puissent peser sur l'État, ni régir le sort des individus, où, par conséquent, les principales sources de la richesse commune soient ou bien administrées ou, tout au moins, contrôlées par la nation, où chaque Français ait, à tout moment, la possibilité de travailler suivant ses aptitudes, dans une condition susceptible d'assurer une existence digne à lui-même et à sa famille, où les libres groupements de travailleurs et de techniciens soient associés organiquement à la marché des entreprises, telle est la féconde réforme dont le pays renouvelé voudra consoler ses enfants. » (Sources Alice PHILIPPE, op. cit., n° 196, p. 91)

²⁹ Michel MARGAIRAZ, « Singularité, postérité différentielle et actualité du programme du CNR », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 24, septembre-décembre 2014

³⁰ Alain SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie ou la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010. « La foi dans l'infailibilité des marchés a remplacé la volonté de faire régner un peu de justice dans la production et la répartition des richesses à l'échelle du monde, condamnant à la paupérisation, la migration, l'exclusion ou la violence la foule immense des perdants du nouvel ordre économique mondial. La faillite actuelle de ce système incite à remettre à jour l'œuvre normative de la fin de la guerre, que la dogmatique ultralibérale s'est employée à faire disparaître. Ce livre invite à renouer avec l'esprit de la Déclaration de Philadelphie de 1944, pour dissiper le mirage du Marché total et tracer les voies nouvelles de la Justice sociale »

³¹ Claire ANDRIEU, « Le programme du Conseil national de la Résistance en perspective. Introduction », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 24, septembre-décembre 2014 - <http://www.histoire-politique.fr/index.php?numero=24&rub=dossier&item=224>

Comme le remarque Olivier BEAUD³²,

Le programme du CNR, élaboré le 15 mars 1944, ne contient pas, à proprement parler, une politique de nationalisation des entreprises privées – le mot ne figure en tout cas pas dans le texte. Mais il contient une justification des futures dispositions de la Constitution de 1946 qui, dans le Préambule, fondent juridiquement une telle politique.

La seconde partie du programme du CNR, fixant les « mesures à appliquer dès la Libération du territoire », est intéressante en ce qu'elle propose diverses justifications de la nationalisation.

La première justification est tirée de l'idée de **souveraineté nationale** conçue comme une indépendance politique qui suppose l'indépendance économique.

La seconde justification de la nationalisation est ce qu'on pourrait nommer une sorte de justice politique qui aboutira à la « **nationalisation-confiscation** » opérée au détriment des « traîtres » ou des biens ennemis étrangers.

Mais la dernière justification la plus importante est cette idée très prégnante à l'époque de la démocratie économique et sociale. Il y a là dans cette justification un élément moral-très marqué qui consiste à **opposer l'intérêt général aux intérêts particuliers** qui, s'ils sont très puissants, aboutissent à créer des privilèges au profit de nouvelles féodalités. L'État est ici convoqué pour être l'instrument permettant de **vaincre ces bastilles économico-sociales** et **promouvoir les droits économiques et sociaux des individus**. La démocratie politique est, dans cette conception, indissociable de la démocratie économique. L'État de droit, déconnecté des droits sociaux, est un leurre pour les citoyens : telle est la conception qui résume assez bien la pensée des rédacteurs de ce programme de la Résistance.

Dans sa thèse, Mme Alice PHILIPPE développe une idée intéressante qui peut inspirer le Conseil constitutionnel dans sa décision de censure de la loi PACTE : le principe de la séparation des pouvoirs ne concerne pas uniquement l'organisation des pouvoirs publics entre eux, comme Montesquieu l'a démontré, mais il concerne également la séparation entre le pouvoir politique et le pouvoir économique. Démonstration :

14. Le monopole de fait revêt une dimension transversale, et appelle une approche englobante de l'entreprise et de ses activités, de l'exercice de leur pouvoir de marché par les opérateurs économiques.

³² Olivier BEAUD, « Nationalisations et souveraineté de l'État », *Histoire@Politique*. Politique, culture, société, n° 24, septembre-décembre 2014 <http://www.histoire-politique.fr/index.php?numero=24&rub=dossier&item=229>

Il est pourtant singulier de constater que le droit ne connaît du marché que ce que le droit commercial et le droit de la concurrence en révèlent. Les activités économiques ne sont perçues qu'à travers leurs acteurs, les sociétés, et leurs effets sur la concurrence, sans que leurs effets sur la société civile ne fassent l'objet d'aucune supputations.

(...)

La recherche du profit n'est pas l'objectif unique de la société, mais on ne saurait nier qu'il constitue son objectif principal. C'est d'ailleurs précisément cet aspect qui est condamné par le neuvième alinéa lorsque la recherche du profit conduit à ce que l'entreprise heurte les droits et libertés des individus.

(...)

15. *Pour échapper à ce dilemme, à cette impossibilité de faire entrer dans la société des exigences collectives, il faut prendre conscience de l'entreprise comme « objet d'intérêt collectif »³⁸. Il s'agit de déconstruire l'idée selon laquelle l'entreprise constitue une boîte noire, souveraine en son domaine et déconnectée des attentes de la société.*

(en introduisant dans l'article 1833 du Code civil le principe selon lequel « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* », l'article (AN NL) 169 de la loi Pacte conforte paradoxalement les principes affirmés dans le Préambule de 1946)

La question de l'entreprise redevient centrale et ce mouvement redonne souffle à toute la pensée contenue dans le Préambule de la Constitution de 1946. À force d'avoir mis en avant la compétitivité de l'entreprise, on en a oublié d'apprécier sa performance globale. De manière générale, on a éludé la problématique selon laquelle, parfois, la compétitivité de l'entreprise ne se réalise qu'aux dépens de l'intérêt général. (...)

25. Mettre l'accent sur la concurrence entre l'État et le Marché pour la satisfaction du bien-être des individus. *Faut-il rappeler qu'en Europe, marché et régime politique sont inextricablement liés ? Les activités économiques se développent dans les régimes politiques stables, offrant un cadre juridique pour l'investissement et le développement, ainsi que des infrastructures performantes. De manière schématique, l'État garantit une sécurité certaine aux opérateurs économiques évoluant sur son territoire, voire leur confère des avantages ; en retour, les opérateurs économiques investissent et créent de la valeur. Cette vision complémentaire des rapports entre l'État et le Marché ne reflète pourtant pas la réalité de la concurrence qu'ils se font dans la satisfaction du bien-être des individus, ni les logiques diamétralement opposées qui les anime ou les moyens qui sont les leurs.*

27. Penser le droit en termes de pouvoir. Avec l'État de droit, le pouvoir politique est soumis aux normes en vigueur sur son territoire. C'est bien la prise de conscience selon laquelle l'exercice du pouvoir politique peut menacer les libertés publiques qui a conduit à son encadrement et son contrôle ; l'œuvre constitutionnelle s'affirme et impose au pouvoir politique le respect de certains principes et valeurs et encadre son exercice. Mais le droit est depuis quelques décennies confronté à l'avènement de pouvoirs privés qui défient le droit. Or, « qu'il y ait d'autres pouvoirs que le pouvoir politique, que toute relation de dépendance puisse entraîner pour celui qui la subit une menace pour sa liberté de la part de celui qui l'impose, c'est une idée qui n'est que très faiblement perçue. ». C'est pourtant bien cette idée que les constituants avaient perçue en 1946.

28. Le pouvoir est une « notion généralement peu appréciée des économistes et des juristes parce qu'elle est contraire à leur représentation du monde ou qu'elle contrarie leurs méthodes. "C'est du fait", diront les juristes qui sont attachés à la fiction de l'égalité formelle. »⁷⁹, il y a donc un certain inconfort à **penser le droit en termes de pouvoir** et c'est, à appréhender le monopole de fait des pouvoirs économiques privés. Mais cet inconfort ne doit pas conduire à penser que le pouvoir n'est pas une notion centrale en droit. Cette question du pouvoir se pose particulièrement de nos jours dans la sphère marchande. La transformation des modes d'action de l'État dans la sphère économique, le large mouvement de privatisation⁸¹ du secteur public couplé à une libéralisation des échanges⁸², ont permis le développement d'entreprises puissantes, au fort pouvoir économique. **L'exercice de ce pouvoir de marché, tout autant que l'exercice d'un pouvoir politique, est susceptible de porter atteinte aux libertés de celui qui le supporte, voire le subit.** C'est bien en ce sens que « la méfiance manifestée à l'égard des concentrations du (pouvoir économique) semble [...] pouvoir être considérée comme le pendant des revendications démocratiques de séparation des pouvoirs visant à canaliser le (pouvoir politique) »⁸⁵. Or, la Constitution établit les règles fondamentales de l'exercice du pouvoir politique, elle organise la séparation des pouvoirs et donne corps à la célèbre formule de Montesquieu selon laquelle « Pour que l'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »⁸⁶. Mais le pouvoir économique privé n'est pas en reste. La Constitution énonce, **à travers le neuvième alinéa du Préambule de 1946, l'obligation de sanctionner les abus et autres excès du pouvoir économique.** On trouve là une forme de Constitution économique.

29. La sanction de ce pouvoir économique prend la forme de la propriété collective. Le droit répond au fait, au pouvoir, par la propriété.

Il a trouvé le sens de la relation entre ces deux notions : « la propriété [...] engendre et détermine le pouvoir ? ». Mais ce faisant, l'analyse du monopole de fait est cantonnée sur un terrain restreint, celui de la propriété, et le prisme de l'intérêt y trouve difficilement sa place.

Pourtant, les mutations contemporaines, tant économiques que politiques, méritent certainement d'apporter un regard nouveau sur les sources de pouvoir qui rythment notre quotidien et sur les intérêts qui s'y rapportent.

C'EST BIEN LA QUESTION DE L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS QUI SE POSE LORSQUE L'ON ABORDE LE MONOPOLE DE FAIT.

Ainsi, la décision, que le CONSEIL CONSTITUTIONNEL est susceptible de rendre, peut devenir une décision historique marquant une évolution significative de sa jurisprudence et propice à protéger les citoyens face à un « *Léviathan* » économique se nourrissant, par exemple, des données sensibles ou souhaitant préempter les décisions en exerçant une influence disproportionnée par la diffusion de « fake news » et en réduisant les libertés et droits consacrés par la Déclaration de 1789 au rang de principes historiquement datés donc prétendument dépassés.

Or plus que jamais, il convient de réaffirmer que le Préambule de 1946 est particulièrement nécessaire à notre temps, n'en déplaise à M. Denis KESSLER³³ qui affirmait en 2007 « *Il s'agit aujourd'hui de sortir de 1945, et de défaire méthodiquement le programme du Conseil national de la Résistance !* ».

Faut-il rappeler à ce financier que seul le peuple souverain peut prendre une telle décision : ni le Parlement, ni le président de la République n'ont le pouvoir de modifier seuls la Constitution.

Car, par une jurisprudence aussi ancienne qu'éclairée, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL a intégré le Préambule de 1946 dans le bloc de constitutionnalité.

³³ https://www.challenges.fr/magazine/adieu-1945-raccrochons-notre-pays-au-monde-l-editorialiste_338714

2. Le Préambule de 1946, un « bien commun » incorporé dans l'identité constitutionnelle de la France au même titre que les principes républicains de gouvernement. L'impossible altération par la voie législative.

Pour la fondation Charles de Gaulle³⁴, « *s'il doit beaucoup aux courants les plus à gauche de la Résistance, le programme du CNR est d'abord le fruit de **compromis** qui ont permis de préserver l'**unité nécessaire de la Résistance** pour la Libération. L'instauration d'une sécurité sociale, les nationalisations, la planification sont des idées qui, bien avant 1944, influencent les débats politiques de l'ensemble des nations du monde libre. C'est leur rassemblement en un **même texte, faisant l'unanimité**, recevant un **réel soutien populaire** et dont les principes sont adoptés par le général de Gaulle, ainsi que la volonté d'appliquer le programme rapidement qui ont constitué la force des réformateurs lors de la Libération. Ainsi ce texte a influencé durablement les structures économiques et sociales de la nation* ».

Approuvé une première fois par 80 % des électeurs, le 21 octobre 1945, qui valident ses premières applications pratiques d'une « *démocratie sociale* » (création des comités d'entreprises, programme de nationalisation), le général de Gaulle signe, au nom du Gouvernement provisoire de la République française, l'ordonnance n° 45-2488 du 24 octobre 1945 créant l'établissement public « Aéroport de Paris ».

Le programme du CNR inspire encore le préambule la Constitution du 27 octobre 1946 ce qui lui donne une deuxième onction populaire en raison de l'approbation de la Constitution de la IV^{ème} République par référendum. Et l'esprit du CNR continue à être sanctifié par le référendum du 28 septembre 1958 qui approuvent à la majorité de 82,60 % de OUI la Constitution de la V^{ème} République.

C'est bien parce que le programme du CNR constitue un « *bien commun* » de la République que le Conseil constitutionnel a reconnu une pleine valeur constitutionnelle aux principes définis par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946³⁵.

Au demeurant, il est remarquable de constater que les articles 1^{ers} de la Constitution du 27 octobre 1946 et de la Constitution du 4 octobre 1958 fixent en des termes absolument conformes notre identité constitutionnelle :

La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.

³⁴ <http://charles-de-gaulle.org/enseigner-de-gaulle/programme-du-conseil-national-de-la-resistance/>

³⁵ Cons. const. 16 juillet 1971, n° 71-44 DC

Cons. const. 15 janvier 1975, n° 74-54 DC

Cons. const. 27 juin 2001, n° 2001-446 DC -Gaïa et al. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^{ème} éd., n° 15, p. 219 et s. « La Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 font partie du bloc de constitutionnalité (...) et doivent en conséquence recevoir application »

Ce simple constat montre le profond attachement et la profonde unité entre les valeurs issues de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et celles mises en avant par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

La République « *démocratique et sociale* » constitue une exception française dans un monde inégalitaire et injuste. Depuis des années, des acides puissants tentent de dissoudre le Sceau rouge qui protège l'exemplaire originel de notre Constitution. Cette dissolution du lien social par l'exacerbation des intérêts égoïstes et mercantiles est l'une des causes profondes du désintérêt des citoyens de la chose publique et du dépérissement démocratique. Les remises en cause répétées, martelées et insidieuses de notre Constitution peuvent aussi expliquer l'exaspération populaire qui s'est cristallisée dans le mouvement dit des « *gilets jaunes* ».

C'est la raison pour laquelle, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL doit rappeler avec force qu'une simple loi ne peut pas venir corrompre insidieusement des principes à valeur constitutionnelle.

En conséquence, les articles de la loi PACTE organisant la privatisation d'ADP doivent être censurés car tant l'activité que la société ADP constituent un *service public national* ou, pour le moins, un *monopole de fait*.

II. EN DROIT

A. SERVICE PUBLIC NATIONAL

1. Concours d'artifices entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État pour vider de sa substance la notion de service public national

Entre l'immédiate après-guerre influencée par les théories socialisantes et la révolution néolibérale initiée à partir de l'École de Chicago, la notion de « service public » a connu, de manière générale, une remise en cause afin d'en limiter le domaine et l'efficacité.

Ce qui est vrai pour le service public en général est particulièrement vrai pour le service public national en particulier.

Nombreuses sont les critiques de la doctrine³⁶ contre les décisions du CONSEIL CONSTITUTIONNEL et les arrêts du Conseil d'État qui, se pliant à l'air du temps, sont venus encadrer la notion de service public national au point que le professeur MARCOU³⁷ a pu s'interroger : « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ? »

Pourtant, nous verrons que, paradoxalement, en donnant sa pleine efficacité à l'alinéa 9 du Préambule, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL peut en faire un instrument de défense du régime de la libre entreprise³⁸.

a. Confusion entre un critère territorial et un critère matériel

Dans un article très convaincant³⁹, M. Ramu de BELLESCIZE critique l'introduction d'un critère territorial afin de restreindre la notion de service public « national ».

³⁶ Gérard QUIOT, *La révision de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel*, LPA 7 mars 2007, n°48 p. 4 et s. « La décision du 30 novembre 2006 fait prévaloir une interprétation de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 manifestement contraire à la pensée des auteurs de ce texte et à la lettre de celui-ci. Outre qu'elle autorise la privatisation d'entreprises publiques nationales « de service public », cette interprétation assure la mise en conformité de la Constitution avec le droit communautaire. Ceci ne rend pas pour au tant légitime, selon l'auteur, la révision de l'alinéa 9 qu'elle opère. (...) Nous n'exagérons pas en parlant de « révision ». L'interprétation de la disposition de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 qui fonde en notre affaire la décision du Conseil concernant « l'existence d'un service public national » invoquée par les parlementaires saisissants ne rentre pas, en effet, dans la catégorie des interprétations que les juristes, qui aiment à parler par euphémisme, se plaisent à qualifier de « constructives ». Elle n'est pas de celles qui ajoutent à la pensée du ou des auteurs de la norme à interpréter sans la trahir, qui complètent et précisent la norme aux moyens d'ajouts parfois contestables mais sans en altérer radicalement le sens. Pas du tout : loin d'être « constructive », elle est au contraire purement et simplement « destructive ». En effet, elle vide de sa substance la disposition de l'alinéa 9 en sorte que celle-ci se trouve de fait quasiment anéantie. Ainsi, pour être tout à fait précis, conviendrait-il sans doute de dire à son propos que ce qu'elle réalise n'est rien moins qu'une « révision-destruction » de cette disposition. »

³⁷ Gérard MARCOU, *Que reste-t-il du préambule de la Constitution 1946 ?*, AJDA 2007, p.192 et s.

³⁸ Patrick HUBERT et Adrien CASTAN, *Droit constitutionnel et liberté de la concurrence*, Nouv. Cah. du Cons. Const. n° 49 (dossier : l'entreprise) – octobre 2015, p. 15 à 27 « L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : possible fondement d'une protection constitutionnelle du droit de la concurrence dans l'ordre interne ».

³⁹ Ramu de BELLESCIZE, *Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel, à propos de l'arrêt du Conseil d'État, Section, 27 septembre 2006, Bayrou et autres et de la décision du Conseil constitutionnel, n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie*, RFDA 2006, p.1163

Comme le rappelle le professeur MARCOU⁴⁰,

« l'affaire de la privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes a conduit le Conseil d'État, non sans hésitation, à introduire un autre critère réducteur de la notion de service public national : l'exigence qu'il soit organisé et mis en œuvre par une seule entreprise et au niveau national⁴¹ ».

A partir des travaux parlementaires de 1946, M. Ramu de BELLESCIZE démontre que « en réalité, le service public est national à partir du moment où il sert les intérêts de la Nation. Le critère est matériel ».

Par ailleurs, il n'aura pas échappé au CONSEIL CONSTITUTIONNEL qu'en application de l'article R. 102-3-7°) du Code de l'Urbanisme

Constituent des opérations d'intérêt **NATIONAL**, au sens de l'article L. 102-12, les travaux relatifs : (...)

7° A l'aménagement et au développement des aéroports de Paris-Charles-de-Gaulle, de Paris-Orly et de Paris-Le Bourget, à l'intérieur des périmètres délimités, pour l'application de l'article L. 6323-6 du code des transports, par le cahier des charges d'Aéroports de Paris

C'est donc le pouvoir exécutif lui-même qui a considéré que l'activité d'ADP s'insérerait dans le cadre d'une OPÉRATION D'INTÉRÊT NATIONAL.

Ainsi, même dans le cadre de sa jurisprudence volontairement restrictive, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL devra constater que l'activité d'ADP est exercée par une société unique et qu'elle a un impact national, notamment eu égard à l'importance en termes d'aménagement du territoire et de desserte de tous les territoires de la République, fussent-ils aux antipodes, en assurant la continuité territoriale.

b. Respect de la volonté du législateur

Depuis le Décision n° 86-207⁴², on sait que le législateur qui a érigé une activité en service public national ou lui a reconnu ce caractère peut le lui retirer.

⁴⁰ Gérard MARCOU, *op. cit.*

⁴¹ CE Sect. 27 septembre 2006, *François Bayrou et association de défense des usagers des autoroutes publiques de France*, AJDA 2006, p. 2056, chron. C. Landais et F. Lenica ; Dr. adm. 2006, n° 169, note E. G., qui remettait en cause la qualification retenue dans l'avis des 25-29 août 2005, n° 372147, Rapport public 2006, EDCE, n°56, p. 202.

⁴² Cons. const. 25-26 juin 1986, Loi de privatisation, n° 86-207 DC ; Cons. const. 23 juillet 1996, *France Télécom*, n° 96-380 DC, AJDA 1996, p. 694, note O. Schrameck ; Cons. const. 5 août 2004, *EDF et GDF*, n° 2004-501 DC. « Si la nécessité de certains services publics

Ainsi, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL reconnaissait-il au législateur « *une liberté d'appréciation que le texte de l'alinéa 9 paraissait lui dénier. Il indiquait aussi la marche à suivre si l'on voulait privatiser une entreprise chargée d'un service public national : il fallait démontrer qu'il ne s'agissait plus d'un service public national* »⁴³.

Mais, si cette technique avait pu fonctionner avec GAZ DE FRANCE et les autoroutes, elle est inopérante pour ADP. En effet, la loi PACTE ne peut pas retirer le fait que ADP « *assurera les services publics liés aux aéroports qu'elle exploite et exécutera les missions de police administrative qui lui incombent* »⁴⁴, ce qui justifie d'ailleurs qu'il perçoive des redevances pour services rendus⁴⁵.

Et si cela ne suffisait pas à démontrer qu'ADP exploite un service public national, une proposition de loi, déposée au secrétariat du CONSEIL CONSTITUTIONNEL avant l'adoption définitive de la Loi PACTE vient proposer de soumettre cette question au Souverain, dans le cadre d'un référendum d'initiative partagé

2. La proposition de loi référendaire n° 1867

Le 10 avril 2019, la Présidence de l'Assemblée nationale a enregistré la proposition de loi n° 1867 présentée en application de l'article 11 de la Constitution par plus de deux cents députés et sénateurs visant à affirmer le caractère de *service public national* de l'exploitation des aéroports de Paris.

De son côté, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL a enregistré cette proposition le 10 avril 2019 (soit la veille de l'adoption de la Loi Pacte) sous le n° 2019-1-RIP.

L'exposé des motifs de la proposition de loi commence par rappeler l'historique de ce service public national :

Le 24 octobre 1945, le gouvernement provisoire de la République française a créé, par l'ordonnance n° 45-2488, l'établissement public « L'Aéroport de Paris », chargé du développement de l'activité aéroportuaire en région parisienne.

nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas ; il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé » (cons. 53)

⁴³ Marcou, *op. cit.*

⁴⁴ Cons. const. 14 avril 2005, DC 2005-513 Loi relative aux aéroports. Note J.-E. SCHOETL, LPA 6 mai 2005, n° 90, p. 5 et s. Bruce Eva, Déchaux Raphaël, Fatin-Rouge Stefanini Marthe, Le Quinio Alexis, Leturcq Alexandra, Nicot Séverine, Schmitter Georges. France. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 21-2005, 2006. Constitutions nationales et Constitution européenne – Autonomies locales et Constitutions. p. 558. J.-F. BRISSON, L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures des aéroports, AJDA, 2005p. 1835.

⁴⁵ J.-F. BRISSON, *Le nouveau régime des redevances aéroportuaires*, AJDA 2005, p. 6969. R. FRAISSE, *Les redevances pour service rendu*, Dr. adm. n° 6, Juin 2005, Etude I I.

Le domaine de cet établissement public a été étendu des aéroports de Paris-Orly et du Bourget aux aérodromes avoisinants en 1949, puis au nouvel aéroport de Roissy-Charles de Gaulle en 1974. Le 4 janvier 1989, par décret n° 89-10, l'établissement public est renommé « Aéroports de Paris ».

La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports prévoit la transformation de l'établissement public en société anonyme. Elle prévoit également les conditions de déclassement et de transfert des biens meubles et immeubles du domaine privé de l'État ou de l'établissement public à la nouvelle société. Ce faisant, l'État a doté la nouvelle société d'un actif considérable, notamment immobilier, **dont 6 700 hectares de foncier mutable, soit l'équivalent des XIX^e et XX^e arrondissements de Paris.**

Après l'ouverture progressive de son capital en 2006, l'État n'est plus actionnaire de la société ADP qu'**à hauteur de 50,3 % en 2019.**

Ensuite, l'exposé des motifs développe les principaux arguments en faveur de la qualification de service public national

- Aéroport Roissy Charles de Gaulle : deuxième hub européen

- ADP : au cœur des enjeux de gestion de la frontière de l'Union européenne - Cette porte d'entrée est également une frontière extérieure de l'Union européenne avec des enjeux en matière de sûreté et de sécurité importants pour la France mais aussi des obligations vis-à-vis des autres pays de l'Union.

- ADP : un pilotage de l'aménagement du territoire national - Les aérodromes parisiens d'ADP « jouent un rôle central dans l'aménagement du territoire, d'une part, et dans l'accès des français aux lignes aériennes long-courrier, d'autre part.

- ADP et la question écologique - Enfin, les aéroports de Paris sont autant source de création de richesses, qu'ils peuvent être source de nuisance pour leurs riverains comme pour l'environnement. (...)

L'aviation est responsable de 2 à 3 % des émissions de CO₂ à l'échelle mondiale. Les émissions de gaz à effet de serre (GES) du secteur pourraient encore au moins tripler d'ici à 2030.

Si l'aviation échappe à l'ACCORD DE PARIS, sa contribution au dérèglement climatique est bien réelle. Selon le centre de recherche Carbon Brief, les émissions de l'aviation pourraient représenter un quart du budget carbone d'ici à 2050 pour limiter la hausse planétaire des températures à 1,5°.

Il nous paraît donc nécessaire que l'exploitation et le développement des aérodromes de Paris relèvent d'un service public national afin que la puissance publique puisse décider démocratiquement des conditions d'exploitation et de développement de ces aérodromes pour faire face à cet enjeu.

Sans attendre la décision du Souverain consulté par référendum, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL dispose de suffisamment d'éléments pour constater l'existence d'un service public national.

A défaut, il ne pourra pas faire l'impasse sur l'existence manifeste d'un monopole de fait.

B. MONOPOLE DE FAIT

1. Approche par la théorie économique

Dans un article célèbre en sciences économiques, Léon WALRAS⁴⁶ théorise parmi les premiers le concept de monopole naturel.

Cette expression recouvre les secteurs d'activité économique qui se caractérisent par des rendements strictement croissants (le coût de production de la dernière unité est inférieur à celui de toutes les précédentes) et par conséquent par des coûts moyens strictement décroissants (le coût moyen diminue avec le volume de production) et pour lesquels **un opérateur unique est nécessairement plus performant que plusieurs opérateurs**. Il s'agit en général d'activités dont les coûts d'investissement (coûts fixes) sont si élevés qu'il ne serait pas viable de les multiplier pour permettre l'introduction de la concurrence. L'existence de coûts moyens décroissants interdit l'application des règles économiques de la concurrence pure et parfaite et de la tarification au coût marginal. Les exemples de monopoles naturels donnés généralement sont ceux des réseaux d'infrastructure : réseau ferroviaire, réseau routier et autoroutier, réseau de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, ports, aéroports, ...

Pour Léon WALRAS, pourtant chantre du libéralisme classique, compte tenu de ces caractéristiques, **un monopole naturel doit être propriété ou être exploité par l'État**. À travers l'étude du cas des chemins de fer, il illustre sa démonstration par deux séries d'arguments :

- créer une double ligne de chemin de fer entre Paris et Lyon pour permettre à deux entreprises privées de proposer des services concurrentiels de transport ferroviaire serait constitutif de « *gaspillage* ». Le professeur DUPUIT⁴⁷, dès 1852, était arrivé à la même conclusion.

⁴⁶ Léon WALRAS, *L'État et les chemins de fer*, Revue du Droit public et de la Sciences politique, mai-juin et juillet-août 1897

⁴⁷ Jules DUPUIT, "Voies de communication", in *Dictionnaire de l'économie Politique*, o. c., t. 2 : 846-54. « Établir, perfectionner les voies de communication d'un pays, c'est augmenter le rayon dans lequel peuvent s'effectuer les échanges, c'est diminuer le prix de revient de la plupart de ses produits. C'est donc contribuer puissamment à sa richesse. »

- En raison de l'existence de rendements croissants, il existe une barrière à l'entrée sur le marché pour de nouvelles entreprises. A l'abri de telle barrière, la firme existante détient un pouvoir de monopole qui lui permet de maintenir un prix supérieur au prix de libre concurrence et de préserver un taux de profit supérieur à celui qui prévaut dans les autres secteurs⁴⁸.

Même si, en 1938, il se refuse d'admettre la nocivité d'un monopole, le penseur libéral voire libertarien Ludwig von MISES⁴⁹ en donne une définition qui sera particulièrement utile dans nos débats :

*Le concept de monopole tel que la théorie de la formulation des prix doit l'envisager et sous la seule forme où il ait une importance pour la connaissance des conditions économiques ne suppose pas que le bien qui en fait l'objet soit indispensable, unique de son espèce et irremplaçable. Il suppose seulement **la suppression de la concurrence du côté de l'offre***

(...)

*Les expériences faites dans la génération précédente avec les cartels et les trusts confirment pleinement ce que nous venons de dire. **Tous les monopoles durables sont fondés sur la disposition exclusive de ressources naturelles ou d'emplacements particulièrement favorables.** Celui qui voulait créer un monopole sans en posséder tout d'abord les bases naturelles n'y pouvait réussir —, à moins qu'il ne fût aidé par des privilèges juridiques particuliers, tels que protections douanières, brevets d'invention, etc.*

(...)

Lorsqu'ils ne disposaient pas de ressources naturelles du sol ou d'emplacements privilégiés, les monopoles n'ont pu s'instituer que là où la création d'entreprises concurrentes n'eût pas permis d'espérer une rentabilité convenable des capitaux investis. Une entreprise de chemin de fer peut s'assurer un monopole de fait si l'établissement d'une ligne concurrente apparaît comme ne devant pas être rentable, le trafic étant insuffisant pour alimenter deux lignes. Il peut en aller de même dans d'autres cas. Mais cela signifie seulement que certains monopoles isolés d'une nature déterminée sont possibles.

(...)

*Quand les conditions requises pour **la création d'un monopole** de fait sont réalisées, par exemple au profit d'une compagnie de chemin de fer ou d'une centrale électrique, les conséquences de l'institution de ce monopole se manifestent en ceci qu'il **peut aboutir** selon les circonstances **à attirer à lui une partie plus ou moins grande de la rente foncière des terrains limitrophes.** Il peut en résulter des modifications dans la répartition des revenus et des capitaux qui peuvent paraître désagréables tout au moins à ceux qui se trouvent directement touchés.*

⁴⁸ Alain BERAUD, *Le marché, les services publics et les monopoles*, Les Cahiers du CERAS, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2005, pp.25-51. <halshs-00004766>

⁴⁹ Ludwig von MISES, *Etude économique et sociologique*, Librairie de Médecis, Paris, 1937, Troisième partie, Section II, Chapitre V – « les monopoles et leurs effets »

Or, un aéroport repose sur une double ressource rare :

- L'une, les créneaux horaires (« slots »), a fait l'objet d'une réglementation détaillée afin d'éviter une manipulation anormale des prix de redevances aéroportuaires⁵⁰. Face aux projets de privatisation, on comprend mieux les réticences de l'IATA (INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION) qui représente 290 compagnies aériennes et 82 % de trafic aérien global :

*La 74^e Assemblée générale annuelle [le 5 juin 2018 à Sydney] de l'Association du transport aérien international (IATA) presse les gouvernements d'adopter une **approche prudente lorsqu'il est question de privatiser des aéroports**. Dans une résolution adoptée à l'unanimité, les membres de l'IATA ont demandé aux gouvernements **de donner la priorité aux avantages économiques et sociaux à long terme que procurent des aéroports efficaces, plutôt que de rechercher les gains financiers à court terme résultant de privatisations mal pensées**.*

- L'autre, l'espace foncier constitue une des ressources rares et non substituables visées par von MISES dans son analyse.

Tout comme il est absurde de construire une deuxième ligne de chemin de fer, il n'est pas question de gaspiller de l'espace et des investissements par la multiplication des infrastructures aéroportuaires pour desservir Paris.

A ce titre, l'histoire récente a montré la difficulté de programmer la construction d'un troisième aéroport parisien⁵¹.

Dès lors, il apparaît que les différents aérodromes parisiens, qui forment une unité d'exploitation exceptionnelle, constituent un monopole naturel, en ce qu'il serait contre-productif de construire un troisième aéroport à proximité pour permettre aux compagnies aériennes de mettre en concurrence les deux équipements.

⁵⁰ Règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil du 18 janvier 1993, modifié en 2004

⁵¹ Ville & Aéroport, *Le troisième aéroport : 15 ans d'atermoiements de la puissance publique*, <https://villeaeroport.fr/pdf/docpdf331.pdf>.

De même, pour les utilisateurs d'un tel équipement, ils sont dans une position de captivité économique puisque la concurrence internationale n'est pas pertinente⁵² et la concurrence d'autres moyens de transports (fer ou route) n'est pas réelle⁵³.

Par ailleurs, ADP exerce, notamment, une véritable **mission de service public** en direction de certaines zones du territoire particulièrement enclavées (Rodez par ex.) ou excentrée (les territoires ultra-marins) en assurant une continuité territoriale indispensable à l'unité de la République.

Enfin il y a lieu d'insister sur les réserves foncières (l'équivalent du XIX^{ème} et XX^{ème} arrondissement de Paris) qui attisent d'autant plus l'intérêt de géants du BTP ou des spéculateurs financiers que les règles du droit commun de l'urbanisme sont remplacées par les dispositions particulières prévues par les articles R. 102-3-7°) du Code de l'Urbanisme, de l'article L. 6323-6 du code des transports et par le cahier des charges d'Aéroports de Paris. Pour le dire simplement, ADP n'a pas besoin de respecter les PLU et PDU des différentes communes concernées par son périmètre d'exploitation. En effet, les permis de construire sont délivrés directement par l'État.

L'ensemble de ces éléments permet d'affirmer qu'un aéroport constitue un monopole naturel gérant des biens publics⁵⁴, ce que confirme le droit de la concurrence.

⁵² OACI (ORGANISATION DE L'AVIATION CIVILE INTERNATIONALE), *Manuel de la réglementation du transport aérien international*, doc. 9626, 2^{ème} éd., 2004, §4-10-5 « **Les aéroports sont des monopoles dont les usagers sont fortement tributaires**, c'est pourquoi, dans presque tous les États où il y a privatisation ou participation du secteur privé, des instances de régulation existent ou ont été mises en place sous diverses formes pour veiller à ce qu'il n'y ait pas d'abus de pouvoir monopolistique, en particulier en ce qui concerne les redevances aéronautiques. (...) Pour les États qui envisagent la privatisation de leurs aéroports, il importe d'avoir à l'esprit le fait que la Convention de Chicago impose à tout État contractant la responsabilité de fournir des services d'aéroport et de navigation aérienne sur son territoire conformément aux normes et pratiques recommandées. Les articles 11 et 15 de la Convention prévoient la non-discrimination entre États contractants. L'article 15 traite des principes fondamentaux en matière de redevances. Si la Convention n'empêche pas les États de déléguer des fonctions à des organismes privés, c'est toujours aux États qu'incombe la responsabilité de veiller à ce que toutes les dispositions de la Convention soient pleinement respectées. (...) Un changement de la structure de propriété et de gestion ne résoudra pas nécessairement tous les problèmes auxquels un aéroport ou un groupe d'aéroports peut être confronté. S'il n'est pas soigneusement planifié, le changement pourrait être néfaste à long terme. Il est essentiel de définir clairement les objectifs de tout changement. **L'objectif premier des aéroports et des services de navigation aérienne est de fournir aux usagers des services sûrs, efficaces et économiques**. Plusieurs options en ce qui concerne le régime de propriété et de gestion peuvent être envisagées pour atteindre cet objectif. Il n'y en a aucune qui soit la meilleure pour une application mondiale. Il appartient à chaque État de choisir l'option qui lui convient le mieux. Le choix d'une option devrait se baser sur une étude et une planification minutieuses. Quel que soit le mode d'organisation ou le statut juridique, c'est l'État qui reste en dernier ressort responsable de la sécurité et de la sûreté. À ce propos, l'OACI a élaboré des éléments d'orientation qui présentent des informations et des analyses sur les options qui s'offrent aux États lorsqu'ils envisagent un changement du régime de propriété et de gestion pour la fourniture des aéroports et des services de navigation aérienne, ainsi que sur les incidences possibles de ces options, et qui traitent des grandes questions à examiner. Ces éléments figurent dans la Circulaire 284 — *Privatisation des services d'aéroport et de navigation aérienne*. D'autres éléments indicatifs connexes en la matière figurent dans le document *Politique de l'OACI sur les redevances d'aéroport et de services de navigation aérienne* (Doc 9082), le *Manuel sur l'économie des aéroports* (Doc 9562), qui traite aussi de la réglementation économique des aéroports, et le *Manuel sur l'économie des services de navigation aérienne* (Doc 9161). »

⁵³ Autorité de la concurrence, **Avis, n° 10-A-04 du 22 février 2010** relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français § 40-41 « *La substituabilité observée entre l'avion et le train pour les trajets de courte distance n'exclut pas dans certains cas une complémentarité entre les deux types de transports. Il résulte de ce qui précède que les concessionnaires des infrastructures aéroportuaires sont le plus souvent en situation de monopole à l'égard des usagers, ce qui justifie la régulation par une autorité publique du prix de la mise à disposition de ces infrastructures, c'est-à-dire des redevances aéroportuaires* ». **Décision n° 08-D-05 du 27 mars 2008** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des commerces sous douane des aéroports parisiens « *Le marché des services aéroportuaires 100. Selon une jurisprudence constante, et nonobstant l'existence d'une certaine concurrence entre aéroports pour attirer les escales des compagnies aériennes, le gestionnaire d'aéroport est en position de monopole pour l'offre de services aéroportuaires sur sa propre plate-forme. 101. En l'espèce, ADP est en monopole pour l'offre de tels services sur l'escale de Paris* »

⁵⁴ Institut sur la gouvernance d'organisation privées ou publique (IGOPP), *La gouvernance des aéroports au Canada : enjeux et recommandations*, 2014, p. 50.

2. Les aéroports sont-ils des monopoles naturels ou pour le moins, des monopoles de fait ?

Dans son avis sur la privatisation des autoroutes⁵⁵, le Conseil d'État précise :

Le Conseil constitutionnel a également précisé, dans la même décision [Déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986], que la notion de monopole de fait visée par le neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « 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 des autres entreprises ; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une petite partie de ses activités ».

A cet égard, les sociétés concessionnaires d'autoroutes ne constituent pas des monopoles de fait dès lors qu'il existe, pour chaque itinéraire autoroutier, un autre itinéraire permettant de relier les deux points desservis. En outre, la circonstance que l'exploitation des autoroutes prend la forme d'une concession exclusive ne saurait conférer aux sociétés concessionnaires le caractère d'un monopole de fait au sens de l'alinéa précité.

Le neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ne s'oppose donc pas à la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

Dans son arrêt du 27 septembre 2006, le Conseil d'État⁵⁶ décide que

*Le Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, prévoit en son neuvième alinéa 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 » ; que l'article 20 de la loi du 6 août 1986 modifiée rappelle en conséquence, en son deuxième alinéa, que les opérations de transfert qu'il régit ne peuvent concerner les entreprises visées par ces dispositions ; que **l'exploitation d'une entreprise ne peut avoir les caractères** d'un service public national ou **d'un monopole de fait** au sens de ces textes que si elle est **exercée à l'échelon national** ; qu'en l'espèce, aucune des sociétés dont s'agit, chargées de la construction et de l'exploitation de réseaux autoroutiers selon le régime prévu à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, ne s'est vu attribuer de concession, à l'échelon national, pour l'ensemble des autoroutes ; qu'il ne résulte d'aucun principe, d'aucune règle de valeur constitutionnelle, ni*

⁵⁵ Conseil d'État, Assemblée générale - Avis n° 372.147 - 25 et 29 août 2005

⁵⁶ CE, 27 sept. 2006 n° 290716, Bayrou : JurisData n° 2006-070758 ; Rec. CE 2006, p. 404, concl. E. Glaser

d'aucune loi que l'exploitation des concessions autoroutières doive être érigée en service public national ; que, par suite, l'ASSOCIATION DE DEFENSE DES USAGERS ET DE SAUVEGARDE DU PATRIMOINE AUTOROUTIER n'est pas fondée à soutenir que le Premier ministre a, par les décrets attaqués, méconnu la portée des dispositions précitées

On connaît les critiques acerbes du Professeur QUIOT⁵⁷ sur cet avis et les réserves plus ou moins mesurées de la doctrine sur l'arrêt du Conseil d'Etat⁵⁸. Il convient de rechercher l'interprétation téléologique devant découler d'une étude des travaux l'Assemblée constituante.

Si les principes économiques et sociaux de la Constitution de 1946 constitue un « *texte de compromis* » résultant de « *lutte de tendances* », force est de constater que le « *Préambule provoque de ce fait un certain nombre de certitude d'où il n'est pas aisé de sortir* »⁵⁹.

Pour nous servir de guide d'interprétation de ces « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* », il n'est pas inutile de se replacer dans le contexte de l'époque, après une guerre terrifiante et destructrice, le pays exsangue est à reconstruire sur des bases économiques et morales solides afin de lui éviter de plus jamais connaître le déshonneur d'une défaite.

Il appartient au CONSEIL NATIONAL DE LA RESISTANCE de graver le 15 mars 1944 dans le marbre sur lequel se reconstruit la République des principes qui gardent aujourd'hui toute leur force et leur énergie positive :

V- Afin de promouvoir les réformes indispensables :

a) Sur le plan économique :

- l'instauration d'une véritable démocratie économique et sociale, impliquant **l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie** ;

- une organisation rationnelle de l'économie assurant la **subordination des intérêts particuliers à l'intérêt général** et affranchie de la dictature professionnelle instaurée à l'image des États fascistes ;

- l'intensification de la production nationale selon les lignes d'un plan arrêté par l'État après consultation des représentants de tous les éléments de cette production ;

⁵⁷ Gérard QUIOT, *Le Conseil d'État et la constitutionnalité de la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes*, AJDA, 2006, p. 1603

⁵⁸ AJDA 2006, p. 2056, chron. Landais et Lenica ; RFDA 2006, p. 1147, concl. E. Glaser ; Dr. adm. 2006, comm.169, note E. Glaser ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 303, G. Eckert)

⁵⁹ Jean RIVEIRO et Georges VEDEL, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule*, D. 1947, fasc. XXX, p. 18, § 16.

- le retour à la nation des grands moyens de production monopolisée, fruits du travail commun, des sources d'énergie, des richesses du sous-sol, des compagnies d'assurances et des grandes banques ;

Deux ans plus tard, le programme des « Jours Heureux » se traduisait de manière solennelle dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. C'est ainsi que l'alinéa 9 du Préambule est rédigé dans les termes suivants : « *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* »

Dans son étude de la genèse du Préambule de 1946, M. Ramu de BELLESCIZE⁶⁰ rappelle les débats de 1945 dont la vigueur pourrait s'appliquer à la situation économique et politique de la France en ce début de XXI^{ème} siècle. En effet, plus que jamais, et surtout après la crise de 2008, les États semblent fragiles face à la menace de certains groupes industriels financiers⁶¹ :

Le professeur René Savatier décrit de la manière suivante cette caractéristique du monopole de fait dans un livre paru en 1945 « Ainsi apparaissent, à l'intérieur de l'État, comme de petits États d'intérêt privé, titulaires d'une propriété qui, théoriquement, est encore une propriété privée, mais touchant le droit public, à la fois par leur forme, et par leurs prérogatives. Véritable féodalité nouvelle, a-t-on dit, et qui risque de renouveler les périls de l'ancienne. Cette féodalité ressemble à celle du Moyen Age, d'abord par le fait qu'elle détient, on l'a montré, des prérogatives de droit public. Ensuite, par la puissance économique, et même indirectement, politique, qu'elle donne aux maîtres des sociétés par actions. Puissance qui risque de concurrencer celle de l'État, et même dans certaines circonstances, de s'y opposer. C'est le problème des trusts ».

Gilbert Zaksas, rapporteur de la commission de la Constitution pour la Déclaration des droits de l'homme, parle de puissances économiques « qui sont dangereuses pour la nation ».

⁶⁰ Ramu de BELLESCIZE, *Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel, à propos de l'arrêt du Conseil d'État, Section, 27 septembre 2006, Bayrou et autres et de la décision du Conseil constitutionnel, n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, RFDA 2006, p.1163.*

⁶¹ Voir par exemple, François MORIN, *L'hydre mondiale, l'oligopole bancaire*, Lux Éditeur, 2015. François MORIN est professeur émérite de sciences économiques à l'Université de Toulouse, François Morin a été membre du conseil général de la BANQUE DE FRANCE et du CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE. « Too big to fail », constatait-on durement en 2008, alors que la faillite de Lehman Brothers mettait l'économie mondiale à genoux. Trois ans plus tard, le G20 reconnaissait l'existence de 28 banques dites « systémiques », à la puissance telle que la défaillance d'une seule pourrait nous faire derechef culbuter dans l'abîme. Ces 28 banques, explique François Morin, constituent un oligopole qui est tout sauf d'intérêt public. Leur position dominante leur confère de facto des pouvoirs analogues à ceux des grandes institutions publiques – notamment la capacité de fixer le prix de l'argent – sans bien sûr partager ni leurs objectifs ni leurs devoirs. À coups de prises de risques massives et d'ententes frauduleuses, elles fragilisent les marchés, mais surtout exercent une influence politique telle qu'on chercherait en vain des puissances publiques en mesure de faire contrepoids. Faut-il chercher plus loin les causes de la crise politique qui traverse les démocraties occidentales ? Faisant ici parler des données inédites, François Morin se montre catégorique : si nous voulons mettre les citoyens à l'abri de désastres financiers à venir, il nous faut abattre l'hydre bancaire et rapatrier la monnaie dans le giron du public ».

L'image est la même chez Marcel Poimbeuf : les monopoles sont des « entreprises qui, sans être directement ou intégralement au service de l'intérêt public, ont conquis une telle puissance financière et capitaliste qu'elles peuvent présenter un danger pour l'État ».

L'article 6 du contre-projet de Constitution présenté par Edouard Herriot au nom du groupe radical-socialiste, le 12 mars 1946, était encore plus explicite dans sa formulation du monopole de fait, et du sort qu'il convenait de lui réserver : « L'indépendance des citoyens et de l'État étant particulièrement menacée par la propriété qui prend la forme de groupements d'intérêts égoïstes, les fonctions que cette propriété a usurpées doivent faire retour à la nation ».

De son côté, lors des travaux de la Constituante⁶², Monsieur René CAPITANT était intervenu pour indiquer que

« la notion de monopole de fait ne prêtait pas à équivoque, soit que le monopole résulte de la nature même de l'entreprise – cas des chemins de fers, par exemple – soit qu'il résulte des conditions juridiques et économiques de la gestion, c'est le cas des « trusts » (...)

On peut déjà tirer trois enseignements de cette étude des travaux de la Constituante :

- *Primo*, les Constituants assimilent monopole naturel et monopole de fait (la réciproque n'est pas forcément vraie). Autrement dit, en présence d'un monopole naturel, il faut considérer que l'activité constitue un monopole de fait.
- *Deuxio*, il existe une différence de nature entre un « service public national » et un « monopole de fait ». Pour les premiers (à conditions qu'ils ne constituent pas des services publics constitutionnels), les Constituants reconnaissent aux Législateurs une grande latitude pour déterminer les caractères d'un « service public national », ce qui permettra au Conseil constitutionnel dans le cadre de la privatisation de GDF⁶³ de

⁶² Assemblée nationale constituante, 2^{ème} séance du 21 mars 1946, JO Débats, p. 968 c et 969 a.

⁶³ Cons. const., déc. n° 2006-543, 30 nov. 2006 : Journal Officiel 7 Décembre 2006, p. 18544 ; RFDA 2006, p. 1163, R. de Bellescize ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 24, G. Eckert ; JCP A, 2007, comm. 2014, G. Drago ; AJDA 2007, p. 192, G. Marcou ; Dr. adm. févr. 2007, alerte 2, R. Noguellou ; Dalloz 2007, p. 176, M. Verpeaux ; LPA, n° 48, 7 mars 2007, p. 4, G. Quiot. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 novembre 2006 retrace l'évolution de l'activité de GDF pour conclure "qu'il ressort de ce qui précède que la loi déferée fait perdre à Gaz de France, à compter du 1er juillet 2007, son caractère de service public national". Il indique d'abord que la loi qui lui est soumise met fin à l'exclusivité de fourniture de gaz naturel par GDF à compter du 1er juillet 2007 puis souligne que les obligations de service public s'imposent depuis la loi de 2003 à toutes les entreprises du secteur et que ceci "concerne les obligations de service public fixées par la loi, au niveau national, sur chacun des segments de ce secteur d'activité". Il ajoute que si des sujétions en termes de péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution s'imposent à GDF, comme aux distributeurs non nationalisés à l'intérieur de la zone de desserte de chaque gestionnaire, l'activité de distribution du gaz naturel "constitue un service public local et non national". Enfin, il écarte l'argument basé sur l'existence des tarifs réglementés en s'appuyant sur la censure de ces tarifs. Cette décision a été critiquée par de nombreux auteurs dont le Professeur G. Quiot qui explique que le Conseil constitutionnel a transféré la qualité de "service public national" d'une activité à l'entreprise l'exerçant et que cette entreprise ne disposant de cette qualité qu'en tant qu'elle dispose d'un monopole de droit la suppression du monopole entraîne celle du service public national et permet par conséquent la privatisation de l'entreprise. Il conclut que « les auteurs de la décision du 30 novembre 2006 (...) dénaturent le sens et la portée de la disposition de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 » (LPA, n° 48, 7 mars 2007, p. 4).

constater que le législateur a retiré à GDF le caractère de « *service public national* » pour refuser de censurer la loi de privatisation.

En revanche, pour les « *monopoles de fait* » et par interprétation *a contrario* de l'alinéa 9, le Législateur n'est pas maître de considérer si un monopole de fait peut être nationalisé.

En présence d'un monopole de fait, le législateur est tenu de la nationaliser ou, présenter autrement, il ne peut pas le privatiser.

- Tertio, l'alinéa 9 porte indistinctement sur la propriété du monopole ou sur l'exploitation d'une activité présentant les caractéristiques d'un monopole de fait.

Au-delà d'une simple analyse téléologique des travaux de l'Assemblée constituante, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL précise dans sa décision des 25 et 26 juin 1986 que

« la notion de monopole de fait, visée dans le neuvième alinéa du Préambule de 1946 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 ».

Il en résulte qu'une entreprise est en monopole de fait « si, d'une part les secteurs d'activité sur lesquels elle détient **une position exclusive ou prépondérante** occupent une **place importante et non substituable dans l'économie nationale** et d'autre part, si ces secteurs d'activités représentent la **majeure part de son activité globale** »⁶⁴.

- Position exclusive : Quel que soit le segment concerné (passagers, fret, hub), ADP dispose d'une position prépondérante (cf. I).
- Comme cela a été longuement démontré, l'activité d'ADP est NON SUBSTITUABLE et son impact est nécessairement NATIONAL.
- L'Activité régaliennne représente 65 % du chiffre d'affaires de l'activité des aéroports parisiens.

Le CONSEIL CONSTITUTIONNEL devra tirer toutes les conséquences de ces éléments de faits en déclarant que l'activité d'ADP constitue un monopole de fait et qu'à ce titre, ADP ne peut pas être privatisée.

⁶⁴ Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 22 – cité par L. FAVOREU et L. PHILIPP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^e édition, p. 211

3. L'approche du droit de la concurrence : interdépendance entre infrastructures essentielles et monopole de fait

Le concept d'« *infrastructures essentielles* » constitue un apport du droit américain de la concurrence (*Sherman Act*), transposé par la Commission européenne dans sa décision « *B & I Line c/ Sealink Harbours Ltd et Sealink Stena Ltd* » du 11 juin 1992 dans les termes suivants :

« Le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction ».

En se fondant sur l'article 102 (ex art. 82) du TCE prohibant les abus de position dominante, les juridictions communautaires⁶⁵ ont confirmé l'analyse de la Commission européenne.

Les juridictions nationales⁶⁶ ont également intégré ce concept dans notre ordre interne.

Il convient de relever que les deux premières décisions ayant permis au Conseil de la concurrence de se référer implicitement à cette notion concernait le secteur aéronautique : l'une était relative au secteur des carburants d'aviation⁶⁷, l'autre à des pratiques de la SARL Héli-Inter Assistance⁶⁸.

Le Conseil de la concurrence avait dégagé les critères suivants dans son avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse :

- l'infrastructure est possédée par **une entreprise qui détient un monopole** (ou une position dominante) ;

⁶⁵ TPICE, 15 sept. 1998 : Europe 1998, comm. 337, note L. Idot.

⁶⁶ Cons. conc., déc. n° 96-D-51, 3 sept. 1996, SARL Héli-Inter-Assistance ; Dr. adm. 1997, comm. 89, note M.-Y. Benjamin. – Cons. conc., déc. n° 97-D-69, 23 sept. 1997 : BOCCRF, n° 20, 29 nov. 1997. – CA Paris, 9 sept. 1997 : BOCCRF 7 oct. 1997, p. 692. – CA Paris, 30 juin 1998 : BOCCRF, n° 14, 16 juill. 1998, p. 396 ; Contrats, conc. consom. 1998, comm. 162, note M. Malaurie-Vignal.

⁶⁷ Cons. conc. déc. n° 90-D-22, 26 juin 1990.

⁶⁸ L'exploitant de l'hélistation abusait de sa position dominante à l'égard d'un usager de l'infrastructure qui était en même temps son concurrent et qui avait, par ailleurs, obtenu un marché que lui-même convoitait. L'hélistation est une infrastructure essentielle relevant du domaine public et le gestionnaire abuse de sa position monopolistique en violant ouvertement les termes de la convention d'occupation qui prévoit notamment que l'hélistation est "ouverte à tous", que seront assurées par l'exploitant "toutes prestations de services" et qu'il "ne pourra s'opposer à l'atterrissage et à l'envol de tous hélicoptères". Au vu des pratiques sanctionnées par le Conseil de la concurrence, on peut se demander si la commune ne devait pas prononcer une résiliation-sanction du contrat administratif en cause, afin de préserver l'ordre public concurrentiel (Cons. conc., déc. n° 96-D-51, 3 sept. 1996, SARL Héli-Inter-Assistance ; Dr. adm. 1997, comm. 89, note M.-Y. Benjamin. – Cons. conc., déc. n° 97-D-69, 23 sept. 1997 : BOCCRF, n° 20, 29 nov. 1997. – CA Paris, 9 sept. 1997 : BOCCRF 7 oct. 1997, p. 692. – CA Paris, 30 juin 1998 : BOCCRF, n° 14, 16 juill. 1998, p. 396 ; Contrats, conc. consom. 1998, comm. 162, note M. Malaurie-Vignal. – V. aussi Cass. com., 25 janv. 2000, cité supra n° 34).

- **l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire** (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- **l'infrastructure ne peut être reproduite** dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère (condition de l'absence d'alternative satisfaisante⁶⁹),
- l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- l'accès à l'infrastructure est possible.

Selon la cour d'appel de Paris, « *les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables ; (...) lorsque l'exploitant monopoliste est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve son concurrent à son égard en établissant un prix d'accès à cette facilité injustifié, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs* ».

Une application particulière de cette définition retiendra notre attention. Ainsi, il a été décidé que des installations d'ADP mises à la disposition des compagnies aériennes constituaient des infrastructures essentielles⁷⁰.

En raison du monopole exercé en *amont* (les compagnies aériennes doivent accepter les conditions posées par la société d'exploitation de l'aéroport) comme en *aval* (les usagers du transport aérien doivent se plier aux conditions d'accès aux aéronefs que ce soit les conditions de stationnement de leur véhicule automobile, les parcours de sécurité, le matraquage consumériste ou le coût prohibitif des services), **la société d'exploitation de l'aéroport gère des ressources rares et met en relation les consommateurs « captifs » et des transporteurs « contraints »**.

⁶⁹ Cass. com., 12 juill. 2005, n° 04-12.388 : JurisData n° 2005-029484 ; Bull. civ. 2005, IV, n° 163 ; JCP G 2005, II 10121, note M. Poumarède ; JCP E 2005, 1700, note G. François

⁷⁰ TPICE, 12 déc. 2000, aff. T-128/98, Aéroport de Paris [ADP] c/ Comm. : Rec. CJCE 2000, II, p. 3929

Dans ces conditions, on comprend mieux pourquoi dans son avis du 22 février 2010, l'Autorité de la concurrence considère que le transport aérien fait l'objet « *d'une régulation publique concernant l'accès et la tarification d'infrastructures non reproductibles qui conserveront le caractère de monopoles malgré une libéralisation des activités et des services qui les utilisent, en particulier pour des raisons de coûts ou de rareté des espaces »⁷¹.*

Ainsi, il se confirme qu'un aéroport constitue un monopole naturel, car ses infrastructures ne sont pas reproductibles, constituant des « infrastructures essentielles » tant pour les usagers du service public que pour les transporteurs aériens.

Il reste à présent à déterminer si nous sommes bien en présence d'un monopole de fait au sens de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

* *
*

⁷¹ Autorité conc. Avis n° 10-A04, 22 février 2010, Dr. Adm., n° 6, juin 2010, Comm. 89.

C. ET L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ?

1. Confusion intérêt général public / intérêt général privé

Dans son étude consacrée à l'intérêt général, M. Guillaume MERLAND⁷² retrace l'origine de cette notion fondamentale :

Depuis son apparition au XVIII^e siècle, la notion d'intérêt général se présente comme « **la pierre angulaire de l'action publique** ». Comme l'explique Max Weber, dès lors que, dans une société, la légitimité du pouvoir repose sur la raison, **les citoyens n'acceptent de se soumettre aux décisions des gouvernants que parce qu'ils les jugent conformes à l'intérêt de tous et de chacun**. Dans ces conditions, l'intérêt général se révèle comme une notion ambivalente, appelée à saisir à la fois la politique et le droit.

Sur le plan politique, d'abord, l'intérêt général est assidûment utilisé dans les discours des gouvernants. Ces derniers ont découvert en lui un moyen d'asseoir leur autorité. En effet, non seulement il permet de renforcer le sentiment d'unité des membres de la société, mais en outre il est un instrument nécessaire de légitimation de l'action des pouvoirs publics.

Mais l'intérêt général ne saurait se réduire à son seul aspect idéologique. Il est également un des **fondements du droit public**. La prégnance de la notion d'intérêt général dans la conception du droit administratif est, du reste, particulièrement révélatrice. Parce que le droit administratif est tout entier marqué par l'idée que l'administration remplit une mission particulière liée à la satisfaction de l'intérêt général, celui-ci apparaît tout à la fois comme le **fondement et le but de l'action de l'administration, mais aussi comme sa limite**. Ainsi, le juge administratif n'a pas hésité à forger l'intérêt général comme une arme à « double tranchant » pour les autorités administratives. D'un côté, ils peuvent l'invoquer pour accroître leurs compétences, mais de l'autre, ils doivent toujours **veiller à ce que leurs actions soient guidées par lui**.

L'intérêt général remplit donc deux fonctions dans le contrôle de légalité. Il est à la fois une cause d'illégalité de l'action administrative - l'acte administratif qui poursuit un but étranger à l'intérêt général ou qui poursuit un but d'intérêt général autre que celui exigé par la loi est annulé, et une cause de légitimité de l'action administrative - l'acte administratif qui a pour objet de restreindre les conditions d'exercice de certains droits et libertés protégés est légal dans la mesure où l'intérêt général le justifie.

⁷² Guillaume MERLAND, *L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux*, CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 16 (PRIX DE THÈSE 2003) - JUIN 2004

Dans son propos introductif au Colloque du 6 octobre 2006 consacré à la question « *L'intérêt général, norme constitutionnelle ?* », Mme Noëlle LENOIR apporte une réponse particulièrement éclairante. Elle commence par rappeler que

« Certes, la notion d'intérêt général est utilisée par le Conseil constitutionnel pour qualifier les motifs de nature à justifier une intervention de la puissance publique réductrice de certains droits ou libertés individuelles appelés à céder devant des impératifs collectifs ».

Elle considère que

« l'intérêt général est avant tout une **norme de contrôle** utile à l'examen de la légalité ou de la constitutionnalité d'une réglementation ou d'une législation. »

Mais elle nuance immédiatement son propos en ajoutant

« Pour autant, sa fonction reste la même : **l'intérêt général est le fondement légitime de toute action publique.** L'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise à propos de la force publique qu'elle est « instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

Elle en tire une conclusion applicable avec une particulière acuité à la loi PACTE :

« une majorité politique a en charge l'intérêt général, c'est-à-dire le long terme, et non pas seulement le court terme des échéances électorales les plus proches ; la conciliation entre les deux étant, il faut l'admettre, souvent difficile... »

Pour conclure, elle affirme une distinction simple et efficace en opposant, à l'occasion d'une critique des lois de validation, l'intérêt général *public* à un intérêt général *privé*.

Cette distinction peut servir de guide, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL devant faire prévaloir l'intérêt général public sur un intérêt général privé afin d'assurer la sécurité juridique, conformément à l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui rappelle que « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Le CONSEIL CONSTITUTIONNEL doit garder cette distinction à l'esprit quand il appréciera la portée de la privatisation d'ADP en tenant compte des déclarations publiques d'un repreneur à l'affût depuis de nombreuses années.

2. Veni, vidi, Vinci ?

Afin de répondre aux nombreuses critiques d'un groupe connu pour son appétit pour les rentes de situations – comme la privatisation des autoroutes, M. Xavier HUILLARD, PDG de VINCI a cru nécessaire de sortir de sa réserve pour se plaindre dans une interview au journal LE MONDE⁷³ d'un « Vinci Bashing », expression ciselée par un spin-docteur inspiré et qui tente d'inverser le rapport de force qui joue en faveur de ce groupe tentaculaire. En marge de l'interview, le journaliste⁷⁴ décrypte la stratégie très personnelle du PDG

LAISSER SA MARQUE

*Dans ce calendrier serré, prendre le contrôle d'ADP serait pour M. Huillard le couronnement d'une stratégie qui aura vu le PDG transformer profondément le groupe. **Une manière de laisser sa marque et, peut-être, d'effacer définitivement le parfum de scandale qui a accompagné sa prise de pouvoir.** (...)*

Pour M. Huillard, l'essor dans les aéroports est aussi une manière de prouver qu'il n'est pas seulement le gestionnaire rigoureux de l'héritage Zacharias, mais qu'il a bel et bien la stature d'un stratège industriel.

Le comportement de l'entreprise et de son PDG a déjà posé des problèmes lors des privatisations des autoroutes. Les contreparties pouvant exister entre cet acteur dominant du secteur du BTP et certains acteurs publics font l'objet d'un débat public avant les probables révélations qui surviendront lorsque le temps aura fait son affaire.

Nombreux sont les observateurs qui considèrent que la privatisation d'ADP est un service rendu à VINCI, dans le pire des cas, pour compenser le renoncement à l'exploitation de l'aéroport de NOTRE DAME DES LANDES ; dans le meilleur des cas, et en reprenant une présentation plus « pro business », en mettant en avant la possibilité de soutenir la création d'un géant mondial du BTP et de l'exploitation des concessions aéroportuaires.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas envisageable de sacrifier l'intérêt général *public* sur l'autel de l'intérêt général *privé* d'une entreprise, déjà, hégémonique et dirigée par un PDG saisi par l'hubris et la volonté de puissance.

⁷³ https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/03/19/xavier-huillard-pdg-de-vinci-sur-la-privatisation-d-aeroports-de-paris-je-denonce-fermement-le-vinci-bashing_5438049_3232.html

⁷⁴ https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/04/08/pourquoi-vinci-et-son-pdg-veulent-s-offrir-adp_5447099_3234.html

EN GUISE DE CONCLUSION

Dans une tribune parue dans « Le Monde » le 29 mai 2018, une cinquantaine juristes, économistes et chercheurs⁷⁵, ont lancé un appel à **subordonner juridiquement, dans la Constitution, la défense de la liberté d'entreprendre et de la propriété privée à la défense de l'intérêt général**. Ils considèrent que la reconnaissance du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre conduit à une forme d'« *impuissance publique* » :

« Étonnante déformation de ces droits nés pour émanciper le sujet, devenus, par l'interprétation qui leur est donnée, des moyens offerts aux plus puissants de s'opposer au bien commun et à l'exercice de leurs libertés par les plus humbles !

Ils affirment que

*Le temps est venu de **poser démocratiquement des limites à la puissance privée, pour qu'elle se déploie dans le respect de l'intérêt général**. Des limites qui donnent un sens humain à l'extraordinaire potentiel d'innovation de l'esprit d'entreprise.*

Une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence.

⁷⁵ Premiers signataires : **Mireille Delmas-Marty**, professeur honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques ; **Antoine Lyon-Caen**, directeur d'études à l'EHESS, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; **Cynthia Fleury**, philosophe, titulaire de la chaire de philosophie de l'Hôtel-Dieu ; **Olivier Favereau**, professeur émérite d'économie et de gestion de l'université Paris-Nanterre ; **Stéphane Vernac**, maître de conférences en droit privé de l'université de Picardie Jules-Verne. Liste des autres signataires : **Michel Aglietta**, professeur émérite de sciences économiques à l'Université Paris-Nanterre ; **Claude Alphandéry**, président du Labo de l'Économie sociale et solidaire et président honoraire du Conseil national de l'insertion par l'activité économique ; **Gilles Auzero**, professeur de droit privé à l'université de Bordeaux ; **Dominique Bourg**, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne et vice-président de la fondation Nicolas Hulot ; **Robert Boyer**, économiste, directeur d'études à l'EHESS ; **Alain Caillé**, professeur émérite de sociologie à l'université de Paris-Nanterre ; **Michel Capron**, professeur émérite des Universités en sciences de gestion, université Paris-Est Créteil ; **Véronique Champeil-Desplats**, professeur de droit public à l'Université de Paris-Nanterre ; **Christophe Clerc**, avocat Descartes Legal et enseignant à Sciences Po ; **Nicolas Cuzacq**, maître de conférence en droit privé à l'université Paris-Est Créteil ; **Hervé Defalvard**, maître de conférences en économie à l'Université Paris-Est Marne-La-Vallée ; **Olivier Duhamel**, professeur de droit constitutionnel et de science politique, Science Po ; **Guillaume Duval**, éditorialiste à « Alternatives économiques » ; **Michaël Fœssel**, professeur de philosophie à l'École polytechnique ; **Jean Gadrey**, professeur d'économie à l'université Lille-I ; **Marcel Gauchet**, directeur émérite d'Études à l'EHESS et directeur de la revue « Le Débat » ; **Gaël Giraud**, économiste et chef économiste de l'AFD ; **Pierre-Yves Gomez**, professeur d'économie à l'EMLYON Business School ; **Raphaël Glucksmann**, essayiste et directeur de la rédaction du « Nouveau Magazine Littéraire » ; **Benoît Grimonprez**, professeur de droit privé à l'université de Poitiers ; **Armand Hatchuel**, professeur à Mines Paris Tech ; **Charley Hannoun**, avocat et professeur en droit privé à l'université de Cergy-Pontoise ; **Bertrand Hervieu**, sociologue et docteur honoris causa de l'université Laval au Canada et de l'université de Cluj en Roumanie ; **Julien Icard**, professeur de droit privé à l'université Valenciennes ; **Edouard Jourdain**, philosophe et politiste ; **Jacques Juillard**, essayiste, historien et journaliste ; **Bruno Karsenti**, philosophe, directeur d'études à l'EHESS ; **Aurore Lalucq**, codirectrice de l'Institut Veblen pour les réformes économiques ; **Daniel Lebegue**, haut fonctionnaire français et ancien président de Transparency international France ; **Cyril Lemieux**, sociologue, directeur d'études à l'EHESS ; **Corinne Lepage**, avocate et ancienne ministre de l'environnement ; **Gilles Lhuillier**, professeur de droit privé à l'école normale supérieure de Rennes ; **Hélène Masse**, avocate associée au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; **Jean Merckaert**, rédacteur en chef de la revue « Projet » ; **Edgar Morin**, sociologue et philosophe ; **Bernard Perret**, ingénieur et socio-économiste, ancien administrateur de l'INSEE ; **Thomas Piketty**, économiste et directeur d'études à l'EHESS ; **Nicolas Postel**, professeur d'économie à l'université de Lille-I ; **Christophe Prochasson**, directeur d'Études à l'EHESS ; **Antoine Rebérioux**, professeur d'économie à l'université Paris Diderot ; **Cécile Renouard**, philosophe et directrice du programme de recherche CODEV ; **Jacques Richard**, professeur de gestion à l'université Paris Dauphine ; **Judith Rochfeld**, professeur des universités en droit privé à l'université de Paris-I Panthéon-Sorbonne ; **Blanche Segrestin**, professeur à Mines Paris Tech ; **Richard Sobel**, professeur d'économie à l'Université de Lille I ; **Patrick Viveret**, philosophe et ancien conseiller à la Cour des comptes. https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/05/29/bien-commun-une-reforme-sage-et-mesuree-de-notre-constitution-est-devenue-une-urgence_5306399_3232.html

Dans l'esprit de ce que d'autres pays européens connaissent déjà, cette réforme pourrait prendre la forme d'une précision constitutionnelle au sein de l'article 34 de notre Constitution : « La loi détermine les mesures propres à assurer que l'exercice du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre respecte le bien commun. Elle détermine les conditions dans lesquelles les exigences constitutionnelles ou d'intérêt général justifient des limitations à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. »

Cet appel n'a pas été entendu par le pouvoir – pour cause !

Mais le CONSEIL CONSTITUTIONNEL dispose de tous les outils conceptuels et juridiques pour lui donner une exacte application, ne serait-ce que par la technique de la réserve d'interprétation.

Ainsi, en faisant prévaloir l'intérêt général *public* sur un intérêt général *privé*, en retrouvant l'esprit et la lettre de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en plaçant ses pas dans ceux des rédacteurs du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, en redonnant toute leur vigueur aux articles 1^{er} et 3 de la Constitution du 4 octobre 1958, le CONSEIL CONSTITUTIONNEL devra censurer la loi PACTE emportant privatisation d'ADP et ce faisant, il affirmera un principe nouveau, particulièrement nécessaire à notre temps : celui de la **séparation entre le pouvoir politique et le pouvoir économique**, plaçant le second sous la dépendance du premier.

PAR CES MOTIFS

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, et notamment son article 16

Vu le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et notamment son alinéa 9

Vu les articles 1^{er} et 3 de la Constitution du 4 octobre 1958,

VOIR, DIRE ET JUGER que l'activité principale exploitée par la société AEROPORT DE PARIS est constitutive d'un *service public national* ou, pour le moins, d'un *monopole de fait*, au sens de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 27 octobre 1946.

EN CONSÉQUENCE,

CENSURER les articles (AN NL) 130 à (AN NL) 136 de la loi Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (ci-après la « Loi PACTE ») adoptés en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale dans sa séance du 11 avril 2019 et plus particulièrement l'article (AN NL) 135 qui dispose que

II. - L'article 191 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques est complété par des IV bis et V ainsi rédigés :

*« IV bis. - Le transfert au secteur privé de **la majorité du capital** de la société **AÉROPORTS DE PARIS** est autorisé. Ce transfert n'emporte pas de conséquence sur les statuts du personnel.*