

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

AÉROPORTS DE PARIS : L'ILLUSOIRE INVOCATION DU SERVICE PUBLIC NATIONAL

MATHIEU CARPENTIER

Référence de publication : Carpentier, Mathieu (2019) Aéroports de Paris : l'illusoire invocation du service public national. Actualité juridique. Droit administratif (AJDA) (n° 27). p. 1560-1567.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

AÉROPORTS DE PARIS : L'ILLUSOIRE INVOCATION DU SERVICE PUBLIC NATIONAL

La proposition de loi référendaire faisant actuellement l'objet d'un recueil de soutiens tend à reconnaître aux activités de la société Aéroports de Paris les caractères de service public national au sens de l'alinéa 9 du Préambule de 1946. L'effet juridique de l'adoption de ce texte serait cependant à peu près nul, dès lors que le texte échoue à conférer effectivement de tels caractères à des activités dont le Conseil constitutionnel a jugé qu'elles en étaient dépourvues. Les effets escomptés de la procédure RIP en cours sont en réalité exclusivement politiques et peuvent susciter la crainte d'un détournement de la procédure référendaire.

On peut, comme c'est le cas de l'auteur de ces lignes(1), ne pas être favorable à la privatisation de la société Aéroports de Paris (ADP). Mais si l'on veut bien un instant s'arrêter aux aspects juridiques du référendum d'initiative partagée (RIP) qui se donne pour objet d'empêcher cette privatisation, on s'apercevra qu'il ne faut en attendre ni les bienfaits qu'en escomptent ses partisans ni les méfaits que dénoncent le gouvernement et sa majorité.

La doctrine s'est principalement intéressée aux interférences entre la procédure d'adoption de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (ci-après loi PACTE) et le dépôt de la proposition de loi référendaire, dont la recevabilité a pu être contestée (v., not., N. Molfessis et O. Duhamel, ADP : le Conseil constitutionnel joue avec le feu, *Le Monde*, 15 mai 2019 ; P. Cassia et P. Weil, Sur ADP, le Conseil constitutionnel n'a pas commis de faute, *Le Monde*, 17 mai 2019 ; D. Baranger, ADP : notre Constitution démocratique donne au peuple la possibilité de s'exprimer, *Le Point*, 16 mai 2019 ; O. Beaud, Remarques sur le référendum d'initiative parlementaire et sur les arguments de ceux qui ont voulu en bloquer la procédure, *JP Blog*, 23 mai 2019, accessible à l'adresse suivante : <http://blog.juspoliticum.com/2019/05/23/remarques-sur-le-referendum-dinitiative-parlementaire-et-sur-les-arguments-de-ceux-qui-ont-voulu-en-bloquer-la-procedure-par-olivier-beaud/>). D'un côté comme de l'autre du débat, on semble supposer comme acquis que l'adoption de la proposition de loi référendaire aurait pour effet de neutraliser la privatisation d'ADP. La thèse défendue dans le présent article se situe à rebours de ce postulat : l'adoption

éventuelle de la proposition de loi référendaire - que ce soit par le Parlement ou, en cas d'absence d'examen de celle-ci par l'une ou l'autre de ses chambres, par le référendum - n'aurait aucun effet juridique quant à la composition et à la répartition du capital d'ADP ni quant au statut juridique de ce dernier. Elle n'entraînerait ni la « renationalisation » de cette société si celle-ci a été effectivement privatisée avant l'adoption de la proposition de loi, et, dans l'hypothèse contraire, elle n'aurait pas même pour effet d'en empêcher que l'Etat français cède une partie des 50,6 % qu'il détient actuellement dans le capital d'ADP.

L'analyse qui sera livrée ici est, il est vrai, particulièrement facilitée par les deux décisions n° 2019-1 RIP et n° 2019-781 DC du Conseil constitutionnel. Des zones d'ombre auraient pu subsister si celui-ci n'avait pas été saisi de la loi PACTE, étant donné qu'il ne s'était jamais prononcé auparavant (pas même dans la décision n° 2005-513 DC relative à la constitution d'ADP en société anonyme) sur la nature de service public national des missions exercées par cette société. Mais l'articulation des deux décisions du Conseil constitutionnel relatives à ADP amène à la conclusion selon laquelle on risque de demander (au terme d'un parcours qui sera, n'en doutons pas, semé d'embûches) au peuple français de se prononcer sur un neutron référendaire, dépourvu de toute efficacité juridique et insusceptible de prévenir le processus de privatisation, d'y mettre un terme ou de revenir dessus.

La raison en est simple. Les rédacteurs de la proposition de loi ont souhaité ériger les activités exercées par ADP en service public national. Cette notion issue de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 revêt une certaine ambiguïté : le législateur peut certes créer à sa guise des services publics nationaux, mais il faut encore, pour que cette création ait les effets prévus par l'alinéa 9, qu'il confère aux activités en question certains caractères spécifiques. Or, contrairement aux apparences, la proposition de loi discutée ici ne fait rien de tel, puisqu'elle ne modifie en rien des activités dont le Conseil constitutionnel a expressément affirmé qu'elles ne revêtaient pas de tels caractères ; il en résulte un effet juridique à peu près nul, au rebours des conséquences politiques de l'adoption de ce référendum qui, elles, s'avéreront considérables.

I - Une notion ambiguë

L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 - qui est une reprise au mot près de l'article 36, alinéa 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDH) du projet de Constitution du 19 avril 1946 - 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 ». La notion de service public national - celle de monopole de fait ne sera pas ici examinée - entraîne des effets juridiques d'une certaine complexité ; il demeure que la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet d'établir objectivement quels sont les caractères qu'une activité doit revêtir pour être qualifiée de service public national.

A. Le service public national, élément clé du droit constitutionnel des privatisations

Il importe, en premier lieu, de souligner que l'alinéa 9 n'épuise pas le droit constitutionnel applicable aux nationalisations et aux privatisations. Il ne concerne que les hypothèses dans lesquelles le transfert ou le maintien du bien ou de l'entreprise concernée dans le patrimoine de l'Etat est constitutionnellement obligatoire. Dans sa décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations (Cons. const., n° 81-132 DC), le Conseil constitutionnel a rappelé que la nationalisation était toujours possible sur le fondement de la nécessité publique et de l'article 17 de la DDH (pour des analyses éclairantes sur l'articulation entre alinéa 9 du Préambule et article 17 de la DDH, v. J.-J. Israël, Alinéa 9, *in* G. Conac, X. Prétot et G. Teboul [dir.], *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz, 2001, p. 234 ; P. Cossalter, L'alinéa 9, *in* Y. Gaudemet [dir.], *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 176). C'est ce qui faisait dire à Louis Favoreu, au sujet de cette décision, que le Conseil reconnaissait « implicitement que l'alinéa 9 ne comporte ni une obligation ni une limite pour le législateur. En somme, ce texte n'a aucun effet juridique » (L. Favoreu, Une grande décision, *in* L. Favoreu [dir.], *Nationalisations et Constitution*, Economica, 1982, p. 52). Lorsque la nationalisation a lieu sur le fondement l'article 17 de la DDH, le contrôle du Conseil constitutionnel sur l'appréciation du législateur à ce sujet demeure limité à l'erreur manifeste. Même si la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a, on le verra, pas confirmé le jugement de Louis Favoreu sur l'alinéa 9, il demeure que le législateur n'a pas besoin d'invoquer ce dernier

- et donc l'existence d'un service public national ou d'un monopole de fait - pour nationaliser. Ce constat amène à relativiser certains des débats qui avaient entouré l'adoption de l'alinéa 9 et de son prédécesseur avorté : ainsi, l'alinéa 9 ne rend certes pas obligatoire la nationalisation de services locaux d'autobus(2) ou encore de tous les bistrotts de France (inquiétude formulée devant la seconde Constituante par M. Guérin lors de la séance du 28 août 1946, JO du 29 août 1946, p. 3374), dès lors qu'il est évident qu'il ne s'agit pas de services publics nationaux. Mais, l'alinéa 9 n'épuisant pas les hypothèses de nationalisation, rien n'interdit au législateur de nationaliser de telles entreprises, pourvu qu'il en constate préalablement la nécessité publique. C'est d'ailleurs ce qui a eu lieu en 1982.

L'alinéa 9 crée donc avant tout un régime spécifique, propre à certaines entreprises publiques, dont il a pour effet de prévenir la privatisation ; il ne saurait être utilisé pour faire obstacle à la privatisation d'entreprises dont l'exploitation ne revêtirait pas les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait. Le simple fait que le législateur prévoie la nationalisation d'une entreprise ne fait pas des activités prises en charge par cette dernière un service public national.

En second lieu, le Conseil constitutionnel a opéré une distinction fondamentale au sein de la notion même de service public national au sens de l'alinéa 9 : « Si la nécessité de certains services publics 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 » (Cons. const. 26 juin 1986, n° 86-207 DC). Il y a donc deux sortes de services publics nationaux : d'un côté, ceux dont l'existence découle d'une exigence constitutionnelle et qui ne peuvent en aucun cas être privatisés ; de l'autre, ceux dont l'existence dépend de l'appréciation du législateur. Le Conseil constitutionnel n'a jamais donné d'exemple de service public national par détermination de la Constitution, mais ceux-ci peuvent se déduire aisément de certaines dispositions constitutionnelles (par ex., le service public de l'enseignement public, qui se déduit de l'alinéa 13 du Préambule de 1946). En tout état de cause, il n'existe pas, à notre connaissance, de service public industriel et commercial qui puisse être qualifié de service public national par détermination de la Constitution. Louis Favoreu soulignait ainsi au sujet de services publics constitutionnels « qu'il s'agit sans doute de services publics nationaux à caractère administratif » (Service public et Constitution, AJDA 20 juin 1997, n° spécial, p. 17 ; v. aussi P. Cossalter, L'alinéa 9, art. préc., p. 179).

Quant aux services publics nationaux par détermination de la loi, ils revêtent un régime quelque peu paradoxal, dès lors que l'attribution, par le législateur, des caractères de service public national à une activité quelconque entraîne un double régime de protection constitutionnelle qui, d'une part, oblige le législateur (ou le pouvoir réglementaire⁽³⁾) à procéder à la nationalisation de l'entreprise qui en est chargée et, d'autre part, s'oppose à ce que celle-ci soit privatisée. Cependant, dès la décision n° 86-207 DC (préc.), le Conseil constitutionnel précise 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 ». Notons que ce considérant célèbre revêt la fonction d'un *obiter dictum* dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas l'existence d'un service public national du crédit auquel la loi de privatisation viendrait mettre fin, mais il tient un raisonnement hypothétique : « A supposer que le législateur ait [...] entendu créer par la nationalisation de l'ensemble des banques un service public du crédit... »

Il n'y a donc pas « d'effet cliquet » de l'attribution par la loi à une activité des caractères du service public national ; ce que le législateur peut faire, il peut le défaire, et la constitution d'un service public national par le législateur n'est pas perpétuelle. Dans ces conditions, on voit mal ce qui sépare la nationalisation facultative d'une activité quelconque et la nationalisation obligatoire - ou tout au moins la privatisation interdite⁽⁴⁾ - d'un service public national législatif, dans la mesure où dans les deux cas, le fait qui justifie la présence du bien dans le patrimoine de l'Etat (ou la participation majoritaire de ce dernier au capital de l'entreprise concernée) est entièrement laissé à la discrétion du législateur : d'un côté la nécessité publique, de l'autre la qualité de service public national.

Après quelques fluctuations (v., not., Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, *Loi relative à France Télécom*, AJDA 1996. 694, note O. Schrameck ; D. 1998. 151, obs. F. Mélin-Soucramanien ; RFDA 1996. 909, étude J. Chevallier, et 1124, note C. Lavialle et Cons. const. 5 août 2004, n° 2004-501 DC, *Loi relative au service public du gaz et de l'électricité*), la jurisprudence du Conseil constitutionnel est cependant venue apporter une importante limite à la privatisation de services publics nationaux - non constitutionnels - tout en restreignant considérablement le champ d'application de cette notion (v., sur ce point, *infra* I.B.). Complétant son considérant de principe de 1986, le Conseil constitutionnel a jugé que « ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient

un service public national » (Cons. const. 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, AJDA 2007. 192, note G. Marcou ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize).(5) Cette restriction découle d'une lecture littérale - et à vrai dire juste - de l'alinéa 9 : ce dernier vise bien les « caractères » de service public national, et ce sont ces caractères qui font obstacle à la privatisation. En ce qui concerne les services publics constitutionnels, la question ne se pose pas puisque ces caractères sont réputés présents aussi longtemps qu'existent les dispositions constitutionnelles dont ils se déduisent ; en ce qui concerne les autres services publics nationaux, ces caractères ne peuvent résulter que de la volonté du législateur. Si l'attribution de ces caractères justifie que l'entreprise qui exploite l'activité en question appartienne à la collectivité, le législateur ne saurait la privatiser sans lui ôter au préalable lesdits caractères. Ce faisant le Conseil constitutionnel confirme que l'alinéa 9 crée bien un régime de protection constitutionnelle des services publics nationaux législatifs, alors que la position du Conseil d'Etat avait pu paraître incertaine : en 2005 le Conseil d'Etat avait pu réserver cette protection constitutionnelle aux seuls services publics constitutionnels (avis du CE des 25 et 29 août 2005, n° 372147, AJDA 2006. 1603, étude G. Quiot), position abandonnée depuis l'avis du 11 mai 2006 (n° 372040) et la décision *Bayrou* de 2006 (CE, sect., 27 sept. 2006, n° 290716, *Bayrou et Association des usagers des autoroutes publiques de France et autres*).

Jusqu'à présent, le Conseil constitutionnel n'a reconnu les caractères de service public national législatif qu'à trois activités, exercées respectivement par France Télécom (Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, préc.), EDF et GDF (Cons. const. 5 août 2004, n° 2004-501 DC, préc.). Dans deux cas sur trois, les entreprises concernées ont été privatisées : dans le cas de France Télécom, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi(6) ; dans celui de GDF, le Conseil constitutionnel a constaté que les caractères du service public national faisaient désormais défaut.

B. Les caractères du service public national législatif

Si elle apporte une limite à la privatisation des services publics nationaux, la décision n° 2006-543 DC restreint considérablement le champ d'application de la notion de service public national. En effet elle vient préciser les caractères que doit revêtir une activité pour être

qualifiée comme telle au point de limiter sévèrement l'intérêt pratique de l'alinéa 9.

Ce faisant, elle permet en partie d'apporter une solution au débat sur la nature exacte d'une activité de service public national législatif. A lire les premiers commentateurs du Préambule, à commencer par Jean Rivero et Georges Vedel (Les Principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule, Dr. soc. 1947. 31 reproduit dans Pages de doctrine, LGDJ, t. 1, 1980, p. 127), on pouvait hésiter entre deux conceptions du service public national : une conception objective, inspirée de Léon Duguit, selon laquelle les services publics nationaux sont une réalité sociale existant indépendamment de la qualification qu'en donne le législateur et qui s'impose à ce dernier ; et une conception subjective, selon laquelle l'existence d'un service public national dépend exclusivement de la volonté du législateur de le constituer comme tel. Selon la première conception, la qualification de service public national par le législateur - lorsqu'elle intervient - est purement recognitive ; selon la seconde conception, elle est constitutive : « Est service public toute entreprise que le législateur, gardien de l'intérêt général, décide de considérer comme tel. »

La jurisprudence du Conseil constitutionnel fait pour une bonne part droit à la seconde conception, mais elle le fait *cum grano salis* : ce n'est pas la qualification de service public national qui est constitutive - et fait par suite obstacle à la privatisation - du service public national, c'est l'attribution de caractères spécifiques (qui demeurent à déterminer) qui est ici déterminante. Le législateur est bien libre de créer et de faire disparaître des services publics nationaux, dont l'existence est entièrement due à un *fiat* législatif. Mais ce n'est pas le législateur qui détermine quels sont les caractères du service public national, il se contente de les lui conférer (ou non). Il demeure donc une part d'objectivité dans l'appréciation de l'existence d'un service public national, de la même manière que si la maison n'existe pas indépendamment de la volonté de l'architecte, les caractères de ce qu'est une maison sont déterminables en dehors de cette volonté : l'architecte pourra qualifier de maison la chaussure qu'il aura construite, cela n'en fera pas une maison. En l'absence des caractères du service public national, rien en droit (du moins, rien dans l'alinéa 9 du Préambule) ne fait obstacle à la privatisation. En matière de service public national, l'essence précède donc clairement l'existence.

Reste à savoir, donc, quels sont les caractères du service public national. Cette question est restée longtemps irrésolue ; on a pu considérer à bon droit « qu'il est impossible de définir objectivement les caractères qui confèrent à une entreprise la nature du service public » national

(G. Vedel et J. Rivero, préc.). On peut retenir de la jurisprudence tant du Conseil constitutionnel que du Conseil d'Etat trois traits saillants, qui viennent considérablement réduire le champ d'application et, pour tout dire, l'intérêt pratique, de la notion de service public national au sens de l'alinéa 9.

En premier lieu, il faut que l'activité concernée constitue un service public. Dans le silence de la loi - la qualification législative s'imposant naturellement au juge administratif -, ce sont les critères de la jurisprudence *APREI* (CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés [APREI]*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2007. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; RFDA 2007. 803, note C. Boiteau ; RDSS 2007. 499, concl. C. Vérot ; et 517, note G. Koubi et G. J. Guglielmi) qui devraient logiquement trouver à s'appliquer, même s'il n'est pas certain que le Conseil constitutionnel, qui n'a jamais donné de définition propre du service public, s'estimerait lié par ces critères. Dans le cas d'ADP, la qualification est - sans surprise - législative (L. n° 2005-357 du 20 avr. 2005 relative aux aéroports, art. 2., qualification confirmée aux art. 130 et s. de la loi PACTE) et la qualité de service public des missions exercées par cette société ne fait aucun doute.

En second lieu, il faut que l'activité concernée soit exercée sur l'ensemble du territoire national. Ici, tant le Conseil constitutionnel, dans la décision n° 2006-543 précitée, que le Conseil d'Etat, dans sa décision *Bayrou* (préc.) relative à la privatisation des sociétés d'autoroute, ont fait primer une conception territoriale, plutôt que matérielle, du service public national : un service public, même d'intérêt national, demeure local dès lors qu'il est exploité sur une partie du territoire (v., not., sur ce point, R. de Bellescize, *Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel*, RFDA 2006. 1163). Notons, par ailleurs, que le Conseil d'Etat applique ce même critère à la qualification de monopole de fait ; le Conseil constitutionnel prend pour point de référence « l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises » (Décis. n° 2006-543 DC, préc.). Ainsi aucune des sociétés d'autoroute privatisées en 2006 n'était en charge de l'exploitation de l'ensemble du réseau autoroutier : bien que l'exploitation de chaque autoroute revête un intérêt national certain, il ne s'agit pas d'un service public national au sens de l'alinéa 9, dès lors que chaque portion du réseau autoroutier est exploitée par un opérateur différent.

Enfin, il importe que le législateur ou le pouvoir réglementaire aient soustrait l'activité concernée à la concurrence. Dès lors que la loi retire à une entreprise les droits exclusifs dont

elle bénéficiait pour l'exploitation d'une activité à l'échelon national, cette activité ne peut plus être qualifiée de service public national au sens de l'alinéa 9 du Préambule. En ce sens le service public national s'apparente à une forme de monopole de droit(7) conféré par le législateur à une entreprise et visant à lui assurer l'exclusivité de l'exploitation, à l'échelle nationale, d'une activité de service public. Le Conseil constitutionnel lui-même a pu affirmer que « le neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 fait obstacle à ce qu'une loi confère un monopole à l'échelon national à une entreprise privée » (Cons. const. 18 sept. 1986, n° 1986-217 DC, *Loi sur le secteur audiovisuel*).

Les deuxième et troisième caractères du service public national sont à bien des égards complémentaires. Les deux aspects sont néanmoins distincts : on peut fort bien envisager une activité exercée sur l'ensemble du territoire national et néanmoins ouverte à la concurrence. C'est d'ailleurs le cas de certains services publics constitutionnels, tel le service public de l'enseignement public, mis en concurrence avec des établissements privés. Gérard Marcou fait remarquer que le service public de l'enseignement ou celui de la sécurité sociale sont principalement exercés par des établissements locaux, ce qui l'amène à la conclusion suivante : « S'agissant de services publics constitutionnels, faut-il en déduire que pour ces services publics, le caractère national du service public n'impose pas au même degré l'unité de son organisation, ni d'ailleurs le monopole (qui n'existe pas en matière d'enseignement) » (G. Marcou, *Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ?*, préc.). Par ailleurs un service public, même exercé à l'échelon national, peut ne pas être un service public national dès lors que le législateur préserve la possibilité d'en concéder tout ou partie de l'exploitation au secteur privé, comme cela découle implicitement de la décision n° 2003-480 DC du 31 juillet 2003, *Loi relative à l'archéologie préventive*.

Un service public, exercé à l'échelle nationale, par une entreprise jouissant d'un monopole légal ; voici donc les trois conditions cumulatives que doit remplir une activité pour être qualifiée de service public national au sens de l'alinéa 9. Ces trois conditions permettent de créer une notion autonome de « service public national au sens de l'alinéa 9 », au champ d'application réduit. Tout service public d'intérêt national - voire exercé par, ou sous le contrôle d'une autorité nationale - n'est pas un service public national au sens de l'alinéa 9. La doctrine a certes pu critiquer le raisonnement du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, qui amène à considérablement réduire la portée de l'alinéa 9 et même à en trahir l'esprit (v., not., G. Quiot, *La révision de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel*,

préc. ; G. Marcou, *Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de 1946*, préc. ; J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, préc., p. 49). Mais dans l'état actuel de la jurisprudence, la réunion de ces trois conditions est nécessaire (et suffisante) pour qu'on puisse parler de service public national.

Or, dans le cas d'Aéroports de Paris, deux de ces conditions ne sont pas remplies.

II - Une invocation illusoire

L'article unique de la proposition de loi référendaire est ainsi rédigé : « L'aménagement, l'exploitation et le développement des aérodromes de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly et de Paris-Le Bourget revêtent les caractères d'un service public national au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. » Dans l'esprit des rédacteurs de ce texte, cela suffirait à rendre impossible toute privatisation, dès lors que l'alinéa 9 du Préambule de 1946 dispose que l'entreprise qui exploite un service public national doit demeurer la « propriété de la collectivité » - l'Etat devant posséder au moins la moitié de son capital. Or, la simple qualification de service public national ne saurait avoir pour effet de conférer par magie aux missions d'ADP les caractères d'un service public national qui lui font défaut à l'heure actuelle. Le RIP annoncé ne peut donc prétendre conférer au caractère public d'une majorité de l'actionnariat d'ADP une quelconque protection constitutionnelle.

A. Un effet juridique douteux

La mention par les auteurs de la proposition de loi de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 ne saurait suffire à faire de l'exploitation des aérodromes parisiens mentionnés par elle un service public constitutionnel. Seul le constituant peut créer de tels services publics constitutionnels et mettre à l'abri ADP de toute privatisation : soit le caractère de service public constitutionnel découle de la Constitution, auquel cas l'intervention du législateur - fût-il référendaire - est superflue ; soit ce n'est pas le cas, et seul le pouvoir constituant peut le faire - un tel scénario étant évidemment très peu envisageable.

Il est donc très probable que les auteurs de la proposition de loi référendaire aient eu pour objectif d'ériger l'exploitation des aérodromes parisiens en service public national législatif.

C'est ce qui ressort notamment du mémoire rédigé par Jean-Philippe Derosier et adressé au Conseil constitutionnel par le sénateur Patrick Kanner (p. 9-10 ; www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20191rip/20191rip_observations_kanner.pdf). De la même manière que la loi du 8 avril 1946 a créé les services publics nationaux de l'électricité et du gaz - pris en charge par deux entités publiques, à l'époque les EPIC EDF et GDF -, la proposition de loi référendaire viendrait créer un service public national de l'exploitation des trois aéroports parisiens qu'elle vise.

Or il importe d'insister derechef sur le fait que, contrairement à ce que juge une partie de la doctrine(8), la simple qualification de service public national ne suffit pas pour qu'il y ait un service public national. Le Conseil constitutionnel l'a affirmé très explicitement dans le considérant de principe de la décision n° 2006-543 précitée : « Il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise. » La qualification législative - qui n'est d'ailleurs pas requise, le juge pouvant appliquer directement les critères dégagés tant par le Conseil d'Etat que par le Conseil constitutionnel - n'est pas suffisante. Les auteurs de la proposition l'ont d'ailleurs perçu, puisque le texte dispose que les activités exercées par ADP revêtent « les caractères » d'un service public national. Seulement, comme l'exemple de l'architecte, *supra*, a permis de le montrer, affirmer que quelque chose a tel ou tel caractère ne revient pas à lui conférer effectivement ce caractère, et ce d'autant plus que seul le législateur peut conférer le caractère de monopole légal, qui est essentiel à la notion de service public national. Par conséquent, soit les activités d'ADP possèdent déjà les caractères d'un service public national, et la qualification effectuée par la proposition de loi référendaire revêt un caractère purement réconfortatif ; soit les activités d'ADP, qui, pour certaines, constituent sans nul doute des missions de service public, ne possèdent pas les caractères de service public national, et la proposition de loi référendaire est alors dénuée de tout effet juridique.

On sait désormais - car le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision n° 2019-281 DC relative à la loi PACTE - que les activités exercées par ADP n'ont pas le caractère d'un service public national par détermination de la loi. Cela tient au fait que bien que ces activités revêtent sans nul doute un intérêt national et international (selon l'expression de l'art. L. 6311-1 du C. transp.), elles ne sont pas confiées à une seule entreprise opérant sur l'ensemble du territoire national - et exploitant, donc, la totalité des aéroports revêtant un tel intérêt national ou

international. On retrouve ici les critères élaborés dans la décision n° 2006-543 DC et appliqués avec une rigueur que d'aucuns jugeront, à tort ou à raison, excessive. Il en résulte que non seulement la proposition de loi référendaire, si elle devait être adoptée, n'empêcherait pas le législateur futur d'autoriser de nouveau la privatisation d'ADP, mais de surcroît elle ne saurait priver d'effet la décision du législateur actuel - telle que formulée dans la loi PACTE - d'autoriser cette privatisation.

Elle n'empêcherait pas le législateur futur d'autoriser de nouveau la privatisation d'ADP, dans la mesure où rien ne fait obstacle à ce que le législateur privatise une entreprise chargée d'un service public national, dès lors qu'il prive l'activité concernée des caractéristiques qui en faisaient un service public national. Or ces caractéristiques font précisément défaut : donc à supposer même que la qualification de service public national suffirait - ce que nous contestons - la privatisation subséquente d'ADP ne serait nullement entravée par cette qualification, dès lors que la seule condition posée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel est la suppression de caractéristiques qui sont d'ores et déjà absentes. De surcroît, la proposition de loi ne saurait priver d'effet la décision du législateur actuel, dans la mesure où l'objet de l'alinéa 9 du Préambule est de faire obstacle à la privatisation de services publics nationaux qui conservent leurs caractères de services publics nationaux. Or l'exploitation des trois principaux aéroports parisiens n'a pas les caractéristiques d'un service public national et la proposition de loi référendaire n'y change rien.

On pourrait par ailleurs soutenir que cette proposition de loi, si elle devait être adoptée, n'aurait pas même pour effet de rendre illégale la cession effective des parts détenues par l'Etat dans le capital d'ADP, ni l'ensemble des actes qui l'accompagnent (cahier des charges, choix du cessionnaire, arrêté des ministres en charge de l'aviation civile et de l'économie fixant les modalités du transfert)(9).

Si l'administration, en application de l'article 135 de la loi PACTE, devait décider de céder les parts que l'Etat détient au capital d'ADP, cette cession demeurerait (toutes choses égales par ailleurs) régulière, quand bien même elle interviendrait après l'entrée en vigueur de la loi référendaire. Certes la qualification de « service public » s'impose au juge administratif mais, de ce point de vue, la proposition de loi n'apporte - ni, d'ailleurs, n'entend apporter - aucune modification au droit existant. En revanche, la qualification de « service public national » demeure normativement inerte dès lors que les activités d'ADP n'ont pas les caractères d'un

service public national, comme le Conseil constitutionnel lui-même l'a jugé. Par l'invocation du service public national, la proposition de loi référendaire se donne pour seul but de déclencher un régime de protection constitutionnelle du caractère public d'ADP (ou plutôt de la participation majoritaire de l'Etat à son capital) et, on l'a vu, elle échoue à le faire.

Par conséquent, l'adoption de la proposition de loi ne saurait priver d'effet l'autorisation de privatiser énoncée dans la loi PACTE. Il en aurait été différemment si la proposition de loi référendaire s'était placée - comme la décision de 1982 du Conseil constitutionnel lui en reconnaît le droit - sur le terrain de la nécessité publique, en réaffirmant le caractère majoritaire de la participation de l'Etat au capital d'ADP et, dans l'hypothèse où la cession serait intervenue avant son entrée en vigueur, en déterminant les conditions d'expropriation des parts cédées par l'Etat. Certes le législateur futur aurait été tout aussi libre que dans la configuration actuelle d'autoriser de nouveau la privatisation, mais la loi référendaire se serait en tout état de cause imposée à l'administration et à son juge.

On objectera que, dans sa décision n° 2019-1 RIP, le Conseil constitutionnel a bien reconnu que la proposition de loi « a pour objet d'ériger ces activités en service public national ». De la même manière, dans un communiqué de presse (assez extraordinaire dans son principe comme dans son contenu) du 16 mai 2019 relatif à la décision n° 2019-781 DC rendue le même jour, le président du Conseil constitutionnel a précisé que la proposition de loi vise à « déclarer ADP "service public national", ce qu'elle n'est pas aujourd'hui » (communiqué de presse de M. Laurent Fabius, www.conseil-constitutionnel.fr/node/19826/pdf). N'est-ce pas reconnaître que la proposition de loi a bien pour effet de constituer ADP (ou les activités qu'elle exerce) en service public national, et ainsi de rendre cette société insusceptible de privatisation ? Il y a lieu d'en douter. En premier lieu, il est indéniable que la proposition de loi a pour « objet » de créer un service public national ; cela ne veut pas dire qu'elle a pour effet de le faire. En second lieu, le Conseil constitutionnel n'a examiné que de manière très sommaire (un seul paragraphe) la question de la constitutionnalité au fond de la proposition de loi. Il n'a pas examiné les griefs soulevés par le gouvernement (obs. du gouvernement sur la Décis. n° 2019-1 RIP, p. 3-4, www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20191rip/20191rip_observations.pdf) mettant en cause l'absence de caractère normatif des dispositions de la proposition de loi, et il s'en est tenu à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, exercé de surcroît au regard d'une seule norme de référence, à savoir l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Il convient

d'ailleurs de souligner qu'exercer un contrôle plus poussé de la constitutionnalité de la proposition de loi aurait amené le Conseil constitutionnel à préjuger des questions en cours d'examen dans la saisine alors encore pendante relative à la loi PACTE, au nombre desquelles, précisément, se trouvait la question de la qualité actuelle de service public national des activités d'ADP. On comprend donc que le Conseil constitutionnel ait souhaité éviter le parasitage entre les deux procédures et ait mis en oeuvre un contrôle excessivement restreint. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel ne s'est nullement prononcé sur les effets juridiques que la proposition de loi pourrait entraîner si elle était adoptée, et l'objection ne peut donc qu'être écartée.

B. Un effet politique contestable

Si l'analyse développée ci-dessus est correcte, il en résulte que la proposition de loi constitue ce qu'on pourrait appeler, en hommage à Guy Carcassonne, un neutron référendaire, dont l'adoption ne modifierait nullement le régime juridique applicable à ADP. Pourtant, les effets politiques d'un tel référendum sont évidents. Si le peuple français était amené *in fine* à adopter le texte - hypothèse en soi peu vraisemblable, dès lors qu'il suffit d'un examen en séance par chacune des chambres et d'un rejet par l'une au moins d'entre elles pour mettre fin au processus -, il est évident que le gouvernement ne pourrait politiquement pas mettre en oeuvre la privatisation d'ADP. C'est ce qui explique que le gouvernement ait décidé d'attendre que la procédure référendaire atteigne son terme avant de procéder à la privatisation d'ADP (v. www.leparisien.fr/economie/la-privatisation-d-aeroports-de-paris-impossible-avant-2020-09-05-2019-8068977.php), bien qu'en droit, rien ne l'y oblige.

En réalité la fonction du référendum d'initiative partagée projetée par les partisans de la proposition de loi est moins de proposer au peuple français d'adopter une loi que de lui demander de répondre à une question : « Etes-vous défavorables à ce que l'Etat ne détienne plus la majorité du capital d'ADP ? » Si les Français répondent « oui » à cette question, la privatisation d'ADP serait *de facto* impossible. De ce point de vue la rédaction précise de la proposition de loi importe peu, de même que les effets juridiques susceptibles d'en découler : ce qui importe c'est qu'un vote « oui » au référendum - s'il a lieu - ait politiquement pour effet de marquer la désapprobation des Français quant à la privatisation d'ADP.

Un tel usage du référendum nous apparaît hautement contestable. Selon la tradition constitutionnelle française, le référendum est décisionnel : il a pour objet l'adoption (ou, dans le cas du référendum constituant, l'approbation) d'une norme juridique, qu'il s'agisse d'un acte administratif tel qu'une délibération de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale (art. 72-1, al. 2 de la Constitution), d'une loi ordinaire ou organique (art. 11 et art. 88-5 de la Constitution) ou d'une loi constitutionnelle (art. 89 de la Constitution(10)). Il existe certes en droit français des référendums consultatifs (telles, par exemple, les consultations locales de l'art. L. 1112-15 CGCT et de l'art. 72-1, al. 3 de la Constitution, ou encore la consultation des art. L. 123-20 et s. du C. envir.), mais ils sont précisément qualifiés de « consultations » pour les distinguer des référendums *stricto sensu*. Ainsi, le RIP, tel qu'il est prévu par l'alinéa 3 de l'article 11 de la Constitution, a normalement pour objet l'adoption d'une proposition de loi. Ici le but premier poursuivi par les auteurs de la proposition de loi référendaire est de demander aux Français de trancher un différend politique entre la majorité et les oppositions. Autrement dit, il s'agit *de facto* d'un référendum consultatif(11), bien davantage que législatif : on consulte les Français sur une question, à charge pour le législateur et le gouvernement de mettre en oeuvre la réponse - ou ce qui est interprété comme tel - malgré qu'ils en aient. Dès lors peu importe le contenu pourvu que le véhicule produise ses effets politiques. Certains partisans de ce référendum d'initiative partagée sont d'ailleurs tout près de le reconnaître. Le professeur Paul Cassia affirme ainsi « qu'il n'est pas question, à travers la proposition de loi RIP, de rendre "inconstitutionnelle la privatisation d'ADP" » (P. Cassia, « Référendum sur ADP : les premières infox du pouvoir », Le blog de Paul Cassia, 7 juin 2019, [https:// blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/060619/referendum-sur-adp-les-premieres-infox-du-pouvoir](https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/060619/referendum-sur-adp-les-premieres-infox-du-pouvoir)). Comme les propos développés dans la présente étude tendent à le montrer, il a très certainement raison. Mais on est alors en droit se demander quel est l'effet juridique escompté de l'invocation de l'alinéa 9, étant donné que celui-ci se limite à créer un régime de protection constitutionnelle du caractère public de certaines entreprises. Si cet effet juridique est nul, comme le professeur Cassia semble le reconnaître, il semble bien que seul compte le message politique envoyé au gouvernement.

On objectera à raison que la réponse des Français à un référendum n'est jamais épuisée par la fonction juridique qu'elle remplit : ainsi en répondant « non » au référendum du 27 avril 1969, les Français ont moins voulu rejeter le projet de loi (partiellement constitutionnelle) relatif au Sénat et à la régionalisation qui leur était soumis que marquer leur désapprobation plus générale de l'action du général de Gaulle. Cependant, dans tous les cas où le référendum a été mis en

oeuvre, était présenté à l'adoption (ou en 2000, à l'approbation) des Français un texte prétendant avoir pour signification une norme juridique. On ajoutera que cette fonction excessivement politique du référendum - quoique non inexistante - n'est plus si déterminante aujourd'hui, dès lors que la conception plébiscitaire du référendum propre à la pratique qu'en fit le général de Gaulle n'a désormais plus cours. Les référendums relatifs à l'Union européenne (1992, 2005), qui ont profondément divisé les partis politiques traditionnels, ont ainsi montré que c'était bien au sujet du texte qui leur était soumis que les Français avaient entendu se prononcer.

L'effet du référendum projeté aujourd'hui s'épuise entièrement dans sa fonction politique. En ce sens l'adoption de la proposition de loi aurait pour conséquence de créer une sorte de mandat impératif (*lato sensu*) adressé au Parlement et au gouvernement, qui, bien que favorables à une privatisation d'ADP qui demeurerait juridiquement possible, se retrouveraient politiquement contraints de mettre en oeuvre les mesures nécessaires au maintien de la participation majoritaire de l'Etat au capital de cette société. Alors que le référendum, tel que conçu par le texte constitutionnel français, crée normalement une fonction de *substitution* du peuple vis-à-vis de ses représentants - le peuple se substituant à ses représentants en vue de l'édiction d'une norme juridique -, il est aujourd'hui utilisé afin de créer un pouvoir de *direction* des représentants par le peuple. D'aucuns assurément s'en féliciteront ; d'autres, peut-être davantage attachés à une lecture stricte des articles 11 et 27, alinéa 1^{er} de la Constitution, ne laisseront pas d'en retirer une certaine perplexité.

(1) Celui-ci souhaiterait adresser tous ses remerciements à Jean-Yves Chérot, Grégory Kalflèche, Hicham Rassafi-Guibal et Jean-Gabriel Sorbara pour leurs observations qui ont grandement contribué à l'amélioration de ce texte. Toutes les erreurs qui y seraient encore contenues lui sont entièrement imputables.

(2) L'exemple a été évoqué par R. Capitant - et critiqué par le rapporteur de la Commission de la Constitution, G. Zaksas - lors des débats devant la première Constituante (séance du 21 mars 1946, JO Déb. du 22 mars 1946, p. 969).

(3) Dans certains cas les privatisations peuvent être autorisées par décret. V. l'alinéa 2 du II de l'article 7 de la loi n° 86-793 du 2 juill. 1986, complété par l'article 19 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 et remplacé par l'article 22 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014. Le Conseil constitutionnel en a admis le principe dans sa décision n° 86-207 DC (préc.) ainsi que dans celle

n° 96-375 DC du 9 avr. 1996.

(4) Il est admis qu'à supposer que l'alinéa 9 contienne une obligation positive de nationaliser, le Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation aussi étendu que le législateur, ne saurait contraindre ce dernier à le faire (v., not., G. Quiot, Service public national et liberté d'entreprendre, in CURAPP, *Le Préambule de la Constitution de 1946*, PUF, 1996, p. 207).

(5) Certains auteurs ont relevé la confusion manifestée dans cette formule entre l'entreprise et les activités qu'elle met en oeuvre, qui seules, peuvent être qualifiées de service public national (v., not., G. Quiot, La révision de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel, LPA 2007, n° 48, p. 4).

(6) La non-saisine du Conseil constitutionnel a d'ailleurs été critiquée par une partie de la doctrine, selon laquelle la privatisation de France Télécom était contraire à la Constitution (G. Quiot, De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, AJDA 2005. 813). La jurisprudence ultérieure du Conseil constitutionnel permet de jeter un doute sur le bien-fondé de cette analyse, la notion de service public national recouvrant une dimension de monopole légal désormais absent du secteur des télécommunications.

(7) Sur ce point, v. not., P. Cossalter, L'alinéa 9, art. préc., p. 185. De la même manière, J.-Y. Chérot, bien qu'examinant la question du monopole de droit dans un développement consacré au monopole de fait, souligne que « si [des entreprises] disposent de monopole de droit, c'est qu'elles gèrent des services publics et que va jouer alors l'autre hypothèse de l'alinéa 9 » (J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, 2^e éd., Economica, 2007, p. 42).

(8) Outre G. Vedel et J. Rivero cités *supra*, v. B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 899, parlant du « label de service public national », expression sans doute inspirée de l'article célèbre de D. Truchet (Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public, AJDA 1982. 427). La notion de service public national revêtant un sens et une fonction autonomes, comme on a tenté de le montrer, l'application des catégories d'analyses du service public en général ne semble pas adéquate.

(9) Il convient de noter que l'acte de cession est un contrat de droit privé qui relève des juridictions judiciaires (en l'espèce du tribunal de commerce de Paris). Un recours pour excès de pouvoir demeure ouvert contre les actes détachables, y compris ceux couverts par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Lebon avec les concl. ; AJDA 2014. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi), qui n'est pas applicable ici (CE 27 oct. 2015, n° 386595, Lebon T. ; AJDA 2015. 2062). L'annulation de ces actes paraît cependant quelque peu platonique dès lors qu'un recours en nullité du contrat n'est pas ouvert aux tiers devant le juge judiciaire, et que la cession par l'Etat des parts qu'il détient dans le capital d'une entreprise n'est pas susceptible d'entrer dans le champ d'application du référé contractuel institué pour les contrats de droit privé de commande publique par l'ordonnance du 7 mai 2009 (pour un ex. récent d'une telle annulation, CAA Paris, 16 avr. 2019, n° 17PA01605, *Arrou*, AJDA 2019. 1465, concl. A.-L. Delamarre).

(10) On laisse de côté la question aussi épineuse que byzantine de l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution.

(11) P. Taillon, qui remet en question les distinctions trop tranchées entre référendum décisionnel et consultatif, admet néanmoins que doit être qualifié de consultatif un référendum qui ne produit pas d'effets juridiques immédiats (P. Taillon, *Pour une redéfinition du référendum consultatif*, RIDC, 59, 2007, p. 152 et s.)
