



HAL
open science

La privatisation d'Aéroports de Paris - Entretien avec le Professeur Thomas Perroud

Thomas Perroud

► **To cite this version:**

Thomas Perroud. La privatisation d'Aéroports de Paris - Entretien avec le Professeur Thomas Perroud.
La revue Droit public approfondi, 2021. hal-03119542

HAL Id: hal-03119542

<https://hal.science/hal-03119542>

Submitted on 10 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La privatisation d'Aéroports de Paris Entretien avec le Professeur Thomas Perroud

Thomas PERROUD

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

1. Le cadre constitutionnel de la privatisation

LA REVUE DPA : *Vous avez écrit dans un article récent, en collaboration avec le Professeur Deffains, qu'Aéroport de Paris (ADP) serait un monopole de fait¹. Que pensez-vous de la façon dont le Conseil constitutionnel, qui en a décidé autrement², a appréhendé les notions de monopole de fait et de service public national prévues par l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ?*

T. PERROUD : Il me semble qu'à partir des années 1980 le Conseil constitutionnel a souhaité neutraliser la portée de cet alinéa³ et, ce faisant, il a passé sous silence la question politique, et surtout la question économique, qui est pourtant au fondement de cet article — celle du pouvoir privé et à laquelle renvoie une expression, que je trouve très intéressante : celle « d'autodétermination économique » que vous avez utilisée dans le questionnaire. Ce faisant, il s'est coupé de la réalité économique, ratifiant un mouvement que l'on constate partout dans le monde d'accroissement du pouvoir économique de certains acteurs, qui laisse l'usager démuni.

C'est cela que l'on a essayé de démontrer avec Bruno Deffains. Nous avons donc voulu montrer en premier lieu que l'esprit de l'alinéa 9 tient bien à cette idée de protection par rapport au pouvoir privé, qui me semble être, plus généralement, l'esprit de cette époque. Alain Supiot l'a bien résumé en parlant « d'esprit de Philadelphie »⁴ mais cette idée est présente dans de nombreuses réflexions, menées à l'époque autour de cette nouvelle économie politique qui se met en place à partir de 1945 et qui vise justement à contrôler le pouvoir privé. On le voit par exemple avec la victoire de l'ordolibéralisme en Allemagne ou encore avec le programme de décartellisation qui a eu lieu dans le même pays et au Japon. Une idée est très présente à cette époque : la guerre est le résultat de la capture du politique par le pouvoir privé. Et ce sont également les

conséquences politiques du pouvoir privé que l'on retrouve dans les réflexions du Conseil national de la Résistance et qui préfigurent les réflexions autour du préambule de la Constitution de 1946.

Donc, d'un côté, il y a cet esprit de l'alinéa 9 qui a été neutralisé par le Conseil constitutionnel et d'un autre, il y a ce constat que l'on peut faire ; à savoir que le pouvoir privé d'ADP est extrêmement important sur l'ensemble de l'économie. Et donc, alors même que l'on peut comprendre, dans les années 1980, que le Conseil constitutionnel ait pu être enthousiasmé par de nouvelles idées — les années 1980 ce sont des années de création de nouveaux fantasmes, comme celui de la concurrence qui peut se substituer au pouvoir de police économique, et la doctrine s'emballer pour de nouvelles idées dans ces années-là —, aujourd'hui il nous a semblé que la réalité nous revient en face, que les conséquences de ces politiques sont extrêmement visibles et qu'elles auraient donc pu amener une nouvelle lecture ou un renouvellement de la lecture de l'alinéa 9 par le Conseil constitutionnel. On voit bien les conséquences des privatisations des autoroutes, pour être très concret. Dans ce débat, il faut en effet être très concret. On en voit les conséquences pour les consommateurs, et il existe aussi des rapports publics, officiels, de plusieurs organismes extrêmement honorables comme la Cour des comptes, comme le Conseil de la concurrence — devenu Autorité de la concurrence — qui les signalent. Il ne s'agit donc pas simplement d'idées politiques ; ce n'est pas du communisme que l'on avance, c'est fondé donc sur des faits — sachant que la propriété publique des monopoles naturels est une idée que l'on retrouve chez certains libéraux comme Mill, sa théorie assimile le tarif de ces monopoles à un impôt, puisque les consommateurs sont captifs.

Le Conseil constitutionnel se détourne donc à la fois de l'idée de protéger les usagers face au pouvoir privé, idée que porte l'alinéa 9 et aussi d'une certaine forme d'expertise. Ceci est lié à un autre pendant de mes recherches par lesquelles je souligne la nécessité d'un « tournant empirique » du contentieux, afin de forcer les juges à baser leurs décisions non pas sur des considérations de valeurs mais sur des considérations empiriques : le juge devrait forcer le législateur, dans

ce cas, à démontrer que la privatisation d'ADP n'aura pas des conséquences néfastes pour les individus, pour les finances de l'État et les missions de service public⁵...

Si les juridictions françaises avaient assumé ces deux rôles — politique et empirique — ne se seraient-elles pas engagées dans un champ extra-juridique ?

Alors, oui. Tout à fait. Et cela est complètement assumé ; car il n'y a pas de décision juridique qui ne soit une décision politique. Le 8 octobre est sorti mon *GAPJA*, « *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative* »⁶, et la suite de ce *GAPJA* est en préparation. Je vais faire « *Les grandes décisions politiques du Conseil constitutionnel* ». On voit bien, lorsque vous prenez n'importe quelle décision du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel, qu'il n'y a rien qui ne soit pas politique. Surtout lorsqu'il est question d'une grande décision et donc celle de 1982 sur les nationalisations, éminemment ! Pour cette décision, le Conseil constitutionnel a consulté toute la place de Paris. Si en 1982 et en 1986 les « Sages » ont voulu neutraliser l'alinéa 9, cela repose sur une conception politique, cela n'arrive pas à une autre époque, cette solution est parfaitement explicable si on la remet dans l'histoire, dans la configuration du Conseil à cette époque, etc. On sort donc tout à fait de l'analyse juridique.

J'ajouterais que les professeurs de droit sont également des acteurs politiques. Cela apparaît bien lorsque l'on observe le rôle des « portes étroites » et des consultations. Voilà un autre pan de mes recherches⁷. Il y a toute une partie de la production intellectuelle des professeurs de droit qui est en réalité, activiste. Par exemple, j'ai étudié pour le *GAPJA* la décision *Conseil de la concurrence* : celle-ci fut rendue à la suite d'une « porte étroite » d'un éminent collègue, qui est à l'origine de la reconnaissance du principe fondamental reconnu par les lois de République. On l'a aussi vu au moment des discussions sur le mariage pour tous. Les professeurs de droit ont donc aussi une activité politique. Et je comprends votre malaise ; cela rappelle la question qu'avaient posée certains collègues : et finalement que reste-t-il de nous ? Qu'est-ce qu'être

juriste ? Je pense qu'il faut assumer cette posture politique sur le droit et la défendre en tant que telle puisque telle est la réalité, mais s'ouvrir aux autres sciences humaines et sociales pour pouvoir justifier nos positions.

À côté du rôle militant assumé par les intellectuels, la société civile doit-elle s'engager politiquement dans des affaires telles que la privatisation d'ADP ? Malgré le mouvement des gilets jaunes et le déclenchement du référendum d'initiative partagée (RIP), n'a-t-on pas l'impression que la société civile peine à se mobiliser pour éviter la privatisation d'ADP ? Faut-il la blâmer pour cela, compte tenu de la technicité du débat et du manque de visibilité de l'information ?

Nous avons dans notre pays un problème de sensibilisation de la société civile à ces questions très importantes. Le projet de RIP est à cet égard un révélateur de cette faiblesse de l'opinion publique. Si l'État ne prend pas en charge une question, il est très difficile de la rendre visible, les médias ne relayent pas cette information. Et il s'agit bien d'un problème de notre société civile — qui est complètement différente aux États-Unis — ; notre société civile est atone. Et ce sur beaucoup de débats ! Par exemple, la publicité de la justice ; on va anonymiser les noms des juges... Cela touche encore moins les citoyens. Tout ce qui est lié à la justice intéresse peu de gens, il est impossible de sensibiliser les journalistes à cette question. Si jamais vous leur dites : pour le procès Papon, vous ne pourrez pas parler des noms des juges ; alors seulement ils saisissent les enjeux. La situation est différente en *Common law*, les gens sont sensibles à ces questions — d'ailleurs, tous les articles négatifs sur la loi de programmation pour la justice viennent des Anglo-saxons, ils ont tous été sidérés par la loi que l'on vient de prendre⁸.

Le droit politique c'est un moyen, déjà, d'ouvrir le droit à la société civile : regardez les enjeux de telle ou telle décision, ils sont importants pour vous et ils impliquent une certaine vision de la société.

Le juge doit-il se saisir des diverses revendications portées par la société civile ?

Le juge n'a pas le choix, il va devoir arbitrer entre toutes ces réclamations de la société civile. On le voit bien dans les dossiers contentieux. Par les « portes étroites », c'est justement la société civile organisée qui fait remonter ces informations au juge. Le problème c'est l'opacité : certains connaissent cette voie, d'autres non. Donc seuls quelques-uns peuvent faire du lobbying à ce niveau.

Cela reste toujours le cas devant le Conseil d'État en formation consultative, qui se refuse toujours à formaliser sa procédure de façon à permettre à chacun de participer et de faire connaître les influences qu'il a pu subir pour tel ou tel avis.

Comment concilier les revendications politiques portées par ces différents acteurs avec l'autre approche que vous avez mentionnée, l'approche empirique ? Et, d'abord, cette conciliation est-elle possible ?

Bien sûr ! Et pour moi elle constitue justement la façon de remettre un peu plus d'objectivité dans la production des décisions. On s'aperçoit que finalement les décisions du juge sont des décisions extrêmement politiques, qui portent sur des conflits de valeurs. Est-ce qu'il faut ou pas privatiser ADP ? Si l'on ne s'intéresse pas à l'empirique, c'est-à-dire aux conséquences concrètes, cela reste un conflit de valeurs, gauche-droite, libéraux-socialistes ou marxistes. Alors que se fonder sur des expertises c'est précisément ce qui permet de remettre de l'objectivité dans le débat. C'est un moyen de déplacer le contrôle, du jugement sur les valeurs, que l'on appelle pudiquement en contentieux administratif français contrôle de l'opportunité, vers celui de la procédure. Il y a des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme où celle-ci contrôle la qualité du débat démocratique pour se convaincre du fait que le Parlement a bien pesé tous les intérêts pour trancher entre ceux-ci⁹. C'est ce que l'on appelle la procéduralisation des obligations substantielles¹⁰.

Évidemment, il est des domaines où l'expertise doit céder sa place aux valeurs : il ne peut s'agir, dans mon esprit, d'examiner l'efficacité de la peine de mort. Je trouve l'analyse de Cass Sunstein sur l'efficacité de la peine de mort complètement hors de propos, d'autant que son analyse des effets dissuasifs place complètement sous silence la profonde inégalité sociale face à ce type de peine¹¹.

Pouvez-vous nous en dire plus sur les modalités que peut prendre ce contrôle empirique pour éviter que le juge ne tranche des questions (trop) politiques ?

Le juge sort d'une certaine façon du politique dans la mesure où il déplace le débat politique pour s'assurer que l'Administration ou le Législateur n'ont pas décidé de manière arbitraire ; il contrôle l'absence d'arbitraire des choix politiques. Or, la seule façon de s'assurer de l'absence d'arbitraire c'est de contrôler les études diligentées par le décideur ou les consultations qu'il a pu mener. C'est d'ailleurs parfaitement cohérent avec une conception exigeante du contrôle de proportionnalité, telle que la Cour de Justice de l'Union européenne ou la Cour constitutionnelle fédérale allemande peuvent mettre en œuvre.

L'un des grands problèmes du Conseil constitutionnel est précisément qu'il peut se baser sur des expertises qui ont été jusqu'à présent secrètes, et sans qu'il y ait de contre-expertise. Or l'expertise sans publicité, sans contre-arguments, ce n'est pas de la science. En histoire des sciences, la publicité est aussi une étape capitale : au XVIIIe siècle le laboratoire devient le lieu de l'exercice public de la raison scientifique, où la communauté scientifique se réunit pour discuter de la validité d'une expérience. La science moderne se constitue donc aussi avec l'idée de publicité, comme le droit. C'est cette étape capitale que racontent Shapin et Schaffer dans *Hobbes et la Pompe à Air*¹². Ce nouveau régime de vérité défendu par Boyle contre Hobbes l'emportera. En contentieux, la publicité des expertises nous semble capitale, exactement pour la même raison. C'est d'ailleurs ce régime de publicité que reprend la Cour suprême américaine dans l'arrêt *Daubert*. La Cour suprême a développé un test, dit le « test Daubert », que doivent suivre les juges pour

pouvoir accueillir une étude scientifique comme preuve : les résultats obtenus doivent être issus de tests empiriques ; il faut aussi pouvoir vérifier la notoriété de la théorie par sa publication dans des revues spécialisées faisant autorité ; il faut aussi un niveau suffisamment faible de la marge d'erreur ; enfin, il faut pouvoir mesurer le degré d'admission de la théorie par les experts¹³.

Dans un contexte de crise économique, que vaut — d'un point de vue empirique — l'argument économique sur lequel se fonde le gouvernement pour privatiser ADP ?

C'est effectivement l'argument qui est avancé, qui est un argument fallacieux. D'une part, l'État se prive de revenus importants, qui n'iront plus financer, année après année, des biens publics. C'est encore un appauvrissement de l'État. D'autre part, et il s'agit ici d'un point sur lequel j'essaie de faire avancer les choses avec Bruno Deffains : il ne faut pas prendre en compte le coût pour l'État mais, plus globalement, le coût social, c'est-à-dire le coût pour la société. À partir du moment où l'on se rend compte, par exemple, que les péages coûtent plus cher quand ils sont gérés par une personne privée — alors même que les coûts pour l'opérateur sont moindres, puisque la première chose que Vinci a faite en récupérant les autoroutes a été de licencier — alors il est possible de dire que la décision de privatiser est empiriquement critiquable. Si le coût est supérieur pour la société, il s'agit alors d'une mauvaise décision. L'action de l'État doit être portée vers la maximisation du bien-être social global, pas celui d'un groupe.

D'un point de vue politique cette fois, quel type de contrôle des juridictions françaises aurait emporté votre faveur dans l'affaire ADP ? Le Conseil constitutionnel aurait-il dû à votre sens faire une lecture plus finaliste des notions de monopole de fait et de service public national au regard des intérêts stratégiques de l'État ?

J'avais écrit, afin de susciter le débat sur ces questions, que le Conseil constitutionnel devait retourner à

l'esprit de l'alinéa 9. D'autant plus que — et je ne suis pas le seul à le dire, beaucoup d'intellectuels soutiennent cette position — nous sommes à une époque qui ressemble, par les structures des inégalités par exemple, à ce qui a pu se passer dans l'Après-guerre — même si l'état des inégalités en France est moins catastrophique qu'aux États-Unis.

Ensuite, au-delà de cette posture tactique, mon sentiment, après la décision du Conseil, est qu'en réalité la privatisation d'ADP n'est pas une question justiciable et que le juge devrait le dire clairement. Mais ce type de décisions est rare en droit français. Nous n'avons pas une tradition de réserve de la part des juges par rapport aux questions politiques. Quelles notions le permettent ? L'acte de gouvernement, uniquement. Cela est différent aux États-Unis, où vous avez le critère de la justiciabilité, où les juges estiment plus fréquemment que chez nous que certaines questions sont politiques : la question du redécoupage électoral est politique et donc il ne la traitera pas¹⁴. Cela a le mérite de la clarté. Je trouverais cela plus satisfaisant.

En France, il y a eu un tel activisme en 1982 et en 1986 que le juge s'est senti forcé de prendre position, alors que son contrôle sur le respect de l'alinéa 9 est, de fait, inexistant. Au final, aujourd'hui, les barrières constitutionnelles à la privatisation sont extrêmement faibles, aussi bien l'alinéa 9 que le fameux noyau dur des services publics requis par la Constitution sont extrêmement limités. On voit aujourd'hui que le degré de privatisations dans le domaine de la sécurité est très fort, alors même que ce domaine est régalien. Les parcmètres sont privatisés, avec des commissions de traitement des réclamations des usagers privatisées elles aussi. Le degré de privatisation en ce qui concerne la sécurité dans les villes est fascinant, Saint-Étienne et plusieurs villes de province ont mis en place des écoutes dans les rues, des caméras, des drones, vous avez la reconnaissance faciale qui rentre dans les lycées... Et ces technologies sont mises en œuvre par des entreprises privées sous le fameux label *Smart cities*. Tout cela pour dire que ce qui reste de ce que l'on pensait ne pas être privatisable est au final assez réduit. On sent bien que le juge ne se sent pas à l'aise, et à raison.

Que pensez-vous de la façon dont le Conseil constitutionnel mobilise la notion d'« erreur manifeste d'appréciation » ? Faut-il exercer un véritable contrôle, le Conseil constitutionnel n'a-t-il finalement pas fait preuve de sagesse en utilisant cette notion pour vider les concepts de monopole de fait et de service public national de leur contenu constitutionnel, réservant ainsi, de fait, une entière liberté d'appréciation à la majorité politique pour décider de leur périmètre ?

C'est ce que dit souvent le Conseil constitutionnel : « le Conseil ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement ». Quelle remarque peut-on faire à ce niveau-là si ce n'est qu'avec l'erreur manifeste d'appréciation le Conseil emprunte le vocabulaire du droit administratif — mais l'on sent à quel point ceci est insatisfaisant ? Ce que cette expression signifie, en réalité, c'est qu'il ne veut pas rentrer dans ce type d'appréciation. Et que, au lieu de dire que cette question est une question politique et qu'il refuse donc de la traiter, il donne un paravent d'analyse juridique pour essayer de contenter tout le monde.

À l'inverse, la question pourrait être tout simplement celle de la justiciabilité : est-ce que le Conseil constitutionnel est un bon forum pour décider s'il faut ou non privatiser ADP ? Ce n'est certainement pas le cas. C'est un bon forum pour décider si l'indemnisation est correcte, je pense que l'on est tous d'accord sur ce point — même si la question de la valeur d'une entreprise peut être technique et centrale. Mais la question de savoir s'il faut ou non privatiser ou nationaliser ADP est politique. Je préférerais que le juge nous dise : hors les services publics requis par la Constitution, cette question n'est pas justiciable, ce n'est pas dans ce forum-là que l'on peut en juger. Je trouverais cela plus honnête.

Dans cette hypothèse, le juge pourrait se concentrer sur les conditions des privatisations et la protection de l'intérêt général par l'entreprise privée chargée d'une mission d'intérêt général.

Les juridictions françaises s'étant, à tort ou à raison, constituées en forum pour décider du caractère

privatisable d'ADP, vous avez été associé à la saisine par laquelle députés et sénateurs ont demandé la censure de la loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises (dite loi « PACTE ») auprès du Conseil constitutionnel. Quels fers de lance avez-vous mobilisés ? Existe-t-il d'autres fondements constitutionnels que l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 pour interdire la privatisation d'ADP ? Le Professeur Olivier Beaud évoquait par exemple, dans un article sur les nationalisations¹⁵, le concept même de souveraineté nationale et la notion de « nécessité publique » mentionnée à l'article 17 de la Déclaration de 1789, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982.

Je vais essayer de vous faire rentrer un peu dans les rouages de ce procès.

Nous avons été consultés par le parti socialiste. Une personne au parti socialiste s'occupe de la rédaction de la future saisine. Nous nous réunissions avec cette personne, d'autres assistants parlementaires, d'autres collègues ainsi que des représentants du personnel d'ADP. Pour ma part, je voulais justement essayer d'avancer de nouveaux fondements pour l'interdiction des privatisations. Parce qu'aujourd'hui ils sont assez mal élaborés par le Conseil constitutionnel.

On pense effectivement tout de suite à la souveraineté nationale, surtout dans un cas comme ADP, ne serait-ce que parce qu'ADP représente en superficie l'équivalent de Paris, on privatise donc un espace de la grandeur d'une ville. Mais, en l'état, il y a très peu de fondements constitutionnels à la propriété publique à trouver dans la souveraineté nationale, malheureusement. En tout cas, le Conseil constitutionnel n'a pas considéré que ce fondement était pertinent, alors même que privatiser un tel espace signifie en effet que l'État n'a plus la maîtrise de cet espace. Je m'étais donc dit qu'il fallait chercher de nouveaux fondements.

Le premier fondement que j'avais vu était l'exercice des libertés publiques. J'avais pensé à faire un parallèle avec l'arrêt *Fraport* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁶. En l'espèce, une manifestation avait eu lieu sur un aéroport privatisé, et la société

Fraport — un opérateur privé d'aéroports, concurrent d'ailleurs d'ADP — avait fait part de son intention d'interdire la manifestation sur le fondement du droit de propriété. La Cour constitutionnelle fédérale était finalement intervenue. Dans ce cas la personne publique restait actionnaire, cependant la question pourrait très bien se poser dans le cas d'ADP. J'avais donc pensé à la protection des libertés publiques.

Je n'ai pas été suivi dans cette proposition par le groupe. Les associations veulent de plus en plus pousser des QPC plutôt que des DC dans ce domaine. Elles vous disent : non, on ne va pas soulever cet argument en DC parce qu'il sera plus efficace en QPC. Et c'est vrai ; si vous avez une manifestation interdite par ADP, on verra tout de suite le problème, plutôt que d'avancer l'argument *a priori* et par conséquent de façon trop abstraite.

La question des libertés publiques dans le cadre des privatisations a été posée de façon très aiguë en Angleterre. Il y a eu là-bas un contentieux très connu concernant des jeunes qui se sont fait exclure d'un centre commercial, pour des raisons arbitraires. Ce centre commercial était en réalité le centre d'une petite ville, il y hébergeait tous les services publics, le seul supermarché, etc.. En conséquence, ces jeunes gens devaient aller faire leurs courses dans une autre ville. Cela équivalait à un véritable bannissement. Il y a donc eu tout un contentieux qui a poussé la doctrine de *Common law* et les spécialistes les plus importants du droit de propriété à dire qu'il fallait faire évoluer la définition du droit de propriété, imposer un accès raisonnable. C'est cela que je pousse dans mon projet de recherche sur les biens communs¹⁷ ; redéfinir le droit de propriété.

On peut donc penser la privatisation en termes de libertés fondamentales mais peut-être peut-on aussi aboutir au même résultat en décidant de diminuer les prérogatives du propriétaire. L'unilatéralité, l'exclusivité doivent pouvoir s'opposer à quelque chose. Étant donné l'étendue, aujourd'hui, des privatisations, des problématiques similaires à celles que j'ai mentionnées risquent d'advenir. Vous avez peut-être vu aujourd'hui encore des articles sur la Gare du Nord qui verra Auchan gérer les espaces commerciaux et, en conséquence, des architectes

avancent que les circulations se feront, non pas pour les besoins du service public du transport, mais pour ceux du centre commercial... Les gares sont vraiment au milieu de la ville. J'ai trouvé dans la jurisprudence française des cas d'exclusion de centres commerciaux, mais il s'agissait véritablement de comportements scandaleux. J'ai aussi réalisé quelques entretiens aux Halles qui ont été vendues à Unibail et on m'a dit qu'il y a eu des cas d'expulsion de « jeunes à capuche ». Dans ce type d'espace, les gens sont traités comme des consommateurs et doivent être placés dans une ambiance d'achat et ne pas être troublés par d'autres considérations.

J'avais donc pensé au départ aux libertés publiques. J'avais pensé aussi à la Charte de l'environnement, à la libre administration des collectivités territoriales. Ce dernier point est intéressant car toutes les décisions d'ADP vont nécessairement impacter les collectivités autour. Comment la collectivité pourra-t-elle s'administrer librement si elle n'a pas un droit de regard sur les décisions que prendra ADP ? J'avais essayé de tirer tous les fils possibles.

Le Conseil n'a pas été sensible à nos arguments.

Vous aviez tiré un autre fil dans un article de juillet 2018 concernant les privatisations¹⁸. Comme vous le précisez alors, le contexte actuel — hostile à l'intervention de l'État en tant qu'opérateur économique — rend assez « inactuel » un renforcement des obligations d'appropriation publique. Dans ces conditions, vous aviez conclu à la possibilité de fonder sur l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 d'autres types d'obligations de contrôle public que la propriété. Vous faisiez ainsi écho à la suggestion de René Capitant, rappelée dans le même article, selon laquelle les notions de monopole de fait et de service public national auraient dû emporter des obligations « d'exploitation en service public » plutôt que d'appropriation publique. Pouvez-vous nous en dire plus ?

Oui, exactement. Mon idée correspond à un questionnement que j'ai sur l'origine de la concession. La concession est à peu près intangible. Oui « l'imprévision », oui « le fait du prince », mais la

réalité c'est la capture de la puissance publique à partir du moment où elle est liée par un contrat public. Qu'y a-t-il donc de public, véritablement, dans ces contrats ? On peut vraiment se poser la question, d'autant que ces contrats ne sont même pas publiés ! C'est ce qu'a révélé le contentieux Avrillier sur le protocole d'accord secret passé entre le ministre de l'Économie de l'époque, M. Emmanuel Macron, la ministre de l'Environnement, Mme Ségolène Royal, et les sociétés concessionnaires d'autoroute et qui a mis fin au recours que ces sociétés avaient intenté contre le gel des tarifs¹⁹ : la diminution des tarifs pour les orienter vers les coûts n'a pas été possible.

Donc, pour contrecarrer l'effet du contrat, on a besoin d'un principe constitutionnel. On l'a vu avec la concession autoroutière où il n'y a pas eu de renégociation — au contraire — et c'est un contentieux qui va arriver au Conseil d'État, puisque le même élu conteste le pacte entre l'État et les sociétés d'autoroutes au motif que les ministres l'ayant signé n'étaient pas compétents. Je m'étais donc demandé si l'alinéa 9 ne pouvait pas permettre de fonder un principe constitutionnel qui viendrait balancer les effets du contrat. D'où mon point dans cet article, qui n'a évidemment pas été suivi du tout.

Je pense que le régime de la concession est ce qui rend, au final, la nationalisation inévitable, car le droit public n'a pas réussi à élaborer un principe de tarification raisonnable.

Est-ce que cette interprétation n'irait pas à l'encontre de la lettre de l'alinéa 9 ?

C'est ce qui est bancal dans mon argumentation. L'alinéa 9 dispose : « 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. » Ce que je dis pour ma part, c'est qu'il ne faut pas l'interpréter comme devant devenir la propriété de la collectivité mais comme devant être, en quelque sorte, affecté d'un intérêt général, coloré d'un intérêt général, ce qui permettrait un contrôle plus fort et, le cas échéant, une renégociation du contrat dans l'intérêt général et sans indemnisation. C'était l'enjeu des discussions à cette

époque. J'essaye en ce moment de réfléchir à une « troisième voie » entre la nationalisation et la privatisation pure et simple. Entre parenthèses, on aurait pu privatiser les autoroutes ou TF1 en 1986 en confiant ces services à des structures sans but lucratif... Ce que je veux dire c'est qu'il faut dresser des alternatives.

Ma proposition était donc une interprétation « constructive ». Il y a des précédents où le Conseil constitutionnel a été fort audacieux : dans la décision « *Privatisation* », par exemple, le Conseil va jusqu'à imposer l'intervention d'une autorité indépendante pour évaluer les actifs des sociétés privatisées. Le Conseil constitutionnel a su être extrêmement constructif dans ce qu'il impose au Législateur. On aurait donc pu imaginer qu'il prévoie l'intervention de l'Autorité de la concurrence, par exemple, pour éviter que ce soit Bercy qui dicte la politique des concessionnaires, ce qui serait évidemment un problème.

Donc il est vrai que c'est audacieux mais ce n'est pas inédit. Le Conseil des années 1980 a su être très audacieux et la décision « *Privatisation* » a empêché, comme cela a été le cas au Royaume-Uni, de brader les biens publics. On attend donc la même audace pour libérer les usagers de la « force brute du monopole » des concessionnaires.

2. Le cadre législatif prévu pour la privatisation d'ADP

Malgré la retenue du Conseil constitutionnel quant à la consécration d'obligations constitutionnelles de contrôle de l'État sur l'activité d'ADP, le Législateur a prévu, de sa propre initiative, un certain nombre d'obligations allant dans ce sens. En substituant d'autres formes de contrôle étatique à la possession de capitaux, le dispositif de privatisation d'ADP n'esquisse-t-il pas une solution intéressante pour l'avenir ? Le Professeur Nicinski résume le dispositif de la manière suivante : « le triptyque concurrence / retour des infrastructures à l'État / contrôle sur l'activité et l'opérateur est destiné à remplacer la

participation publique au capital »²⁰. Ce triple contrôle vous semble-t-il satisfaisant ?

Cela ne vous étonnera pas si je vous réponds non.

Tout d'abord sur la concurrence. Certes il y a une concurrence – elle est internationale, pas nationale – mais cette concurrence n'est pas nécessairement dans l'intérêt public. En réalité, ce que l'on constate dans toutes les politiques sectorielles de régulation est que l'objectif de concurrence l'emporte sur tous les autres objectifs de politiques publiques et qu'en réalité on en oublie complètement ces autres objectifs (l'aménagement du territoire, et l'égalité de tous les usagers). Par exemple, ce que l'on avait vu lors de nos recherches concernant ADP, c'est qu'à la suite de la privatisation d'Heathrow, il est plus facile de relier une ville anglaise par un aéroport hollandais que par les aéroports londoniens, parce que ces derniers se sont mis sur les créneaux les plus lucratifs.

On s'est posé la question avec Bruno Deffains de savoir s'il y avait un degré de concurrence suffisant pour faire une pression sur l'opérateur, pour que l'utilisateur soit en quelque sorte protégé. Ce que l'on peut dire avant tout, c'est qu'il n'y a pas de recherches sur cette question. Il n'y a pas de recherches. Et, ensuite, le seul rapport que l'on a vu montrait que l'élasticité-prix était extrêmement faible et, donc, que le consommateur, l'utilisateur, était prisonnier. Cela entraîne un pouvoir de marché extrêmement important en faveur d'ADP. Donc le jeu de la concurrence ça reste à voir... Concurrence, ça ne me semble pas pertinent.

Ensuite sur le retour des infrastructures à l'État. Tout d'abord, c'est dans extrêmement longtemps. Par ailleurs, vous voyez tous les articles qui sont écrits sur le caractère néfaste de l'activité aéroportuaire sur le changement climatique. Imaginons qu'une politique décide de limiter les déplacements en avion, il y aura un ennemi de cette politique – pourtant climatique –, c'est ADP. Ensuite, il y a toutes les chances qu'on ne le laisse pas faire faillite dans ce cas-là, ou en tout cas qu'on ne le laisse pas en difficulté. La puissance publique sera donc prisonnière.

Enfin sur le contrôle. Alors là c'est encore plus simple, le contrôle est capturé. Il n'y a pas de contrôle. Cela est en lien avec d'autres recherches que j'ai faites sur

les conflits d'intérêts. Les conflits d'intérêts sont ici massifs ! Et l'emprise de la société Vinci sur les politiques publiques est énorme. En réalité, il n'y a eu aucune expertise diligentée sur cette politique de privatisation d'ADP. On ne sait pas. Il y a une organisation de l'opacité.

La seule chose que l'on peut dire avec certitude sur cette politique, c'est qu'elle a été faite sans aucune étude, aucune recherche, aucune évaluation. C'est peut-être cela le plus frappant dans cette privatisation, c'est qu'elle n'est basée sur rien d'objectif.

Enfin, il faut dire qu'une privatisation vertueuse pourrait exister, il faut aujourd'hui penser une troisième voie en matière de droit public de l'économie. On le disait plus haut, il faut réfléchir à des structures sociales aptes à gérer des communs : une infrastructure, des parties prenantes différentes, etc. Pour ne vous donner qu'un exemple : aux États-Unis, le régulateur de l'énergie a forcé la séparation des infrastructures de transports qui sont désormais gérées par l'ensemble des parties prenantes, c'est un modèle de gouvernance collaborative qui a été mis en place. On peut imaginer la même chose. Ce que l'on fait actuellement, ce sont des transferts de rentes vers des structures dont l'unique objet est lucratif. Il y a d'autres modèles.

Qualifieriez-vous, comme le Professeur Cassia, l'indemnisation prévue de la société Vinci de « détournement de fonds publics légalement organisé »²¹ ?

Oui. Ce calcul de l'indemnisation, comme nous l'avons écrit avec Bruno Deffains, est proprement effarant ! Le fait de dire que les investisseurs réfléchissent à 60 ans, quand on voit la réalité des marchés financiers, est totalement utopique. Dans 60 ans, ADP peut très bien n'avoir aucune valeur. Aucun investisseur sur les marchés financiers ne fait ce type de prévision. Si l'on se décide à avoir une véritable politique de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, le transport aérien sera nécessairement renchéri et donc l'activité des aéroports pourrait diminuer.

3. Une première pour le RIP

Un enjeu principal de l'affaire ADP concerne certainement la régularité juridique et l'opportunité politique de l'utilisation du RIP comme instrument de contestation par l'opposition parlementaire d'un texte proposé par la majorité au pouvoir. Il se cristallise autour de la question de savoir si la condition prévue par l'article 11 de la Constitution selon laquelle le référendum proposé « ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an » doit être interprétée strictement ou de manière plus large, de manière à permettre ou à interdire une telle utilisation du RIP par la minorité politique. Que pensez-vous de l'application stricte faite par le Conseil constitutionnel de cette condition ?

Pour répondre à cette question, c'est la conception que chacun se fait de la démocratie qui est impliquée. Moi je défends une conception de la démocratie avec le plus de contre-pouvoirs possible. Parce que les contre-pouvoirs sont les seuls garants de la liberté.

De plus, il se trouve que cette conception-là est portée par la lecture de la lettre de la Constitution qui permettait ce référendum. La lettre était claire.

Un journaliste de Marianne a très bien exposé les coulisses de la tribune qui défendait, au soutien du SGG, une lecture plus conforme à « l'esprit de la constitution »²².

Quel avenir pour le dispositif du RIP en général au regard de cette première utilisation et pour le référendum sur la privatisation d'ADP en particulier ?

L'avenir est sombre pour le RIP. Toutes les projections montrent que l'on n'arrivera pas au nombre de signatures requises.

Mais, si vous voulez, cela correspond vraiment bien à ce que je vous disais tout à l'heure : c'est ce problème d'atonie de la société civile française. À partir du moment où l'État ne se saisit pas d'une question, la société civile française est impuissante à le faire elle-même. C'est un enseignement extrêmement précieux

sur les problèmes qui affectent notre démocratie — sur la montée du populisme, certainement, sur le mouvement des gilets jaunes, etc.. Notre société civile est complètement atone, et la question est de chercher comment la revitaliser. Non pas pour qu'il y ait une dictature des populistes, mais pour qu'il y ait des contre-pouvoirs.

Ce n'est pas simple, parce qu'on est une société centrée sur l'État.

Le RIP peut-il fonctionner comme un palliatif au déficit de responsabilité politique de la majorité au pouvoir dans l'attente de nouvelles élections ?

Déficit de responsabilité de la majorité et déficit de contre-pouvoirs. Bien sûr, une réflexion sur les contre-pouvoirs sociaux n'empêche absolument pas, au contraire, une réflexion sur la revitalisation du Parlement (le projet de VI^e République va dans ce sens). Vraiment, on a besoin de développer ces contre-pouvoirs tous azimuts. Au niveau national comme d'ailleurs au niveau local et, je dirais même, surtout au niveau local ! Vous avez plein de politiques racistes au niveau local, objectivement racistes, et qui sont d'ailleurs prises parfois au nom de la police administrative, et sans qu'il y ait de contre-pouvoirs locaux qui puissent contrer ces maires qui se conduisent comme des petits dictateurs – au-delà du recours juge, qui ne me semble vraiment pas être la meilleure méthode.

Vous pensez à quel type de contre-pouvoirs ?

D'abord, il faudrait que tout le monde dans ces communes puisse voter, il faudrait que les minorités aient une voix plus forte au niveau local, cela empêcherait certainement certaines politiques racistes. En outre, la démocratie locale est extrêmement faible, il n'y a pas d'opinion publique locale.

On peut aussi penser à l'utilisation, éventuellement, de référendums au niveau local pour pouvoir contrer certaines politiques, et à une définition beaucoup plus stricte de la police administrative. Le problème de l'extension de la police administrative avec *Commune*

de Morsang-sur-Orge c'est qu'en prenant en charge des questions morales, en réalité on va prendre en charge des questions véritablement politiques sans les mécanismes de la démocratie. La police administrative dépend du maire, de telle sorte qu'une fois rentrées dans ce champ ces questions ne sont pas redevables des mécanismes de responsabilité démocratique. Le maire est seul, il n'a pas besoin de son Conseil municipal pour prendre une mesure de police administrative, ce qui est normal, puisqu'elles sont censées être préventives. Le vrai vice de cette évolution est donc en réalité d'avoir renforcé le rôle du maire alors que, démocratiquement, il faudrait pouvoir empêcher ce type de pratiques. Pour moi le référendum est une bonne voie mais encore bien insuffisante. Regardez la Suisse... Alors, évidemment, il y a des référendums qui sont liberticides, mais un référendum en chasse un autre.

La participation doit être développée dans l'ensemble des champs des politiques publiques. Pour cela, il faut permettre à la société civile de s'organiser, de trouver des financements qui lui permettront de financer des études, des recherches, pour défendre son point de vue.

Ne pensez-vous pas que notre système juridique fournit déjà des instruments pour permettre à la société de s'exprimer ? Le problème ne repose-t-il pas essentiellement sur le fait que la population ne s'en saisit pas ?

Oui, tout à fait. D'une part, la société ne s'en saisit pas. Mais, d'autre part, les instruments dont elle dispose sont insuffisants. Le nombre de signatures nécessaires pour mettre en place un RIP est mirobolant et aucune obligation d'en faire de la publicité n'est prévue.

¹ T. PERROUD, « La privatisation d'Aéroport de Paris et l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 : Aéroport de Paris est un monopole de fait ! », *JP blog*, 28 janvier 2019. <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/>

Cela montre bien, encore une fois, la faiblesse de notre démocratie. Les idées minoritaires n'ont pas de relais. D'où certainement la violence. J'avais proposé à un collègue de faire une étude empirique sur cette question. Mon intuition était que la V^e République, en diminuant les relais démocratiques et en « rationalisant » le parlementarisme, favorise le pouvoir de la rue parce qu'il n'y a pas de relais représentatif. Est-ce que l'on ne pourrait pas alors faire une analyse quantitative pour démontrer une augmentation des manifestations avec la V^e République ? Malheureusement c'est très compliqué à faire pour une question d'accès aux données. Tout le monde brandit la IV^e République comme un repoussoir en raison de son instabilité, mais le fait est que c'est le pouvoir de la rue qui compense la faiblesse des contre-pouvoirs parlementaires sous la V^e. C'est beaucoup plus violent.

Cette question du relais démocratique des idées minoritaires, ou de façon plus restrictive de l'opposition, était pourtant l'idée de la révision constitutionnelle de 2008, ayant introduit la procédure du RIP à l'article 11. Dès lors que vous constatez l'échec du dispositif du RIP au regard de cet objectif, êtes-vous pour une nouvelle révision constitutionnelle sur ce point ?

Je formule une réponse nettement positive sur ce point. Il faut que la société civile puisse s'exprimer à tous les niveaux. Il faut abaisser le seuil qui est beaucoup trop élevé.

Propos recueillis par Mariam Regina Gonzalez, Myriam Styczen et Marcia Chevrier.

² CC, 16 mai 2019, n° 2019-781 DC, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises* ; CC, 9 mai 2019, n° 2019-1 RIP, *Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris*.

³ CC, 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation* : Rec. 18 ; CC, 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures*

d'ordre économique et social : Rec. 61.

⁴ A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Le Seuil, Paris, 2010.

⁵ T. PERROUD, « L'état d'urgence : pour un tournant empirique du contentieux constitutionnel », *JP blog*, 31 juillet 2017. <http://blog.juspoliticum.com/2017/07/31/letat-durgence-pour-un-tournant-empirique-du-contentieux-constitutionnel-par-thomas-perroud/>

⁶ T. PERROUD (dir.), J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, L.G.D.J., « Les Grandes Décisions », Paris, 2019.

⁷ T. PERROUD, « Le Conseil constitutionnel et la publicité des portes étroites », *JP blog*, 31 mai 2019 : <http://blog.juspoliticum.com/2019/05/31/le-conseil-constitutionnel-et-la-publicite-des-portes-etroites-par-thomas-perroud/>

⁸ T. PERROUD, « L'anonymisation des décisions de justice est-elle constitutionnelle ? Pour la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de publicité de la justice », *JP blog*, 11 mars 2019 : <http://blog.juspoliticum.com/2019/03/11/lanonymisation-des-decisions-de-justice-est-elle-constitutionnelle-pour-la-consecration-dun-principe-fondamental-reconnu-par-les-lois-de-la-republique-de-publicite-de-la-justice/>.

⁹ Voir par exemple CEDH, 2 oct. 2001, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 36022/97.

¹⁰ É. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 414.

¹¹ C. R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, « Is Capital Punishment Morally Required ? The Relevance of Life-Life Tradeoffs », *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n° 85, 2005 : <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?a>

rticle=1162&context=public_law_and_legal_theory.

¹² S. SHAPIN, S. SCHAFFER, *Leviathan et la pompe à air. Hobbes et Boyle entre science et politique*, La Découverte, Paris, 1993.

¹³ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁴ *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484, 204 L.Ed.2d 931 (2019).

¹⁵ O. BEAUD, « Nationalisations et souveraineté d'État », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 24, sept.-déc. 2014.

¹⁶ BVerfGE 128, 226 *Fraport*, 22 février 2011.

¹⁷ A. LUCARELLI, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », trad. J. MERCIER et T. PERROUD, *Droit et Société*, Cairn, 2018, n° 98, p. 141-157.

¹⁸ T. PERROUD, « Face aux privatisations, retrouver l'esprit de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 », *JP blog*, 10 juillet 2018 :

<http://blog.juspoliticum.com/2018/07/10/face-aux-privatisations-retrouver-lesprit-de-lalinea-9-du-preambule-de-la-constitution-de-1946-par-thomas-perroud/>.

¹⁹ CE, 18 mars 2019, n° 403465.

²⁰ S. NICINSKI : « Les privatisations dans la loi Pacte », *AJDA*, 2019, p. 1261.

²¹ P. CASSIA, Tribune « Halte à la privatisation d'Aéroport de Paris ! », *Le club de Mediapart*, 8 janvier 2019 : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/311218/halte-la-privatisation-d-aeroport-de-paris>.

²² E. GIRARD, « Ces signataires de tribunes pro-privatisation qui taisent leurs liens avec Vinci et ADP », *Marianne*, 12 juill. 2019 : <https://www.marianne.net/politique/ces-signataires-de-tribunes-pro-privatisation-qui-taisent-leurs-liens-avec-vinci-et-adp>.