

Saisine du Conseil constitutionnel

PAR DES DEPUTES DU GROUPE LES REPUBLICAINS DE L'ASSEMBLEE NATIONALE

SUR LA LOI RELATIVE A LA CROISSANCE ET LA TRANSFORMATION DES ENTREPRISES

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, les députés soussignés ont l'honneur de vous déférer l'ensemble de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, telle qu'elle a été adoptée par le Parlement le jeudi 11 avril 2019.

Ils estiment que la loi déferée méconnaît plusieurs principes et règles de valeur constitutionnelle.

A l'appui de cette saisine, sont développés les griefs suivants.

Sur la méconnaissance du principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire

- De l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Votre Conseil requiert du débat parlementaire qu'il soit clair et sincère, considérant qu'un débat de qualité est une exigence pour l'élaboration d'une bonne législation.

L'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose que « *la Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation (...)* ».

Au premier alinéa de l'article 3 de la Constitution « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants (...)* ».

Ainsi, apparu dans votre décision **512 DC du 21 avril 2005**, puis explicitement dégagé **le 13 octobre suivant (526 DC)**, le principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire est présenté comme une garantie nécessaire pour assurer le respect de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

- Du versement par le Gouvernement au débat sur les articles 130 à 136 d'un élément nouveau

Tel qu'il ressort des débats lors de la deuxième séance du jeudi 14 mars de l'examen en nouvelle lecture, en réponse à un engagement du ministre lors de l'examen en commission, la présidente de la Commission spéciale chargée de l'examen du texte a fait parvenir aux députés de la Commission spéciale, quelques heures plus tôt, par envoi électronique, un sommaire listant les titres des articles appelés à constituer le cahier des charges d'Aéroports de Paris, tel qu'il pourrait être soumis au Conseil d'Etat conformément à l'article 132 de la loi déferée. En réponse à un rappel au règlement, le même Ministre a alors versé au débat un élément nouveau en annonçant mettre à disposition des seuls députés, sur demande auprès de la présidente de la Commission spéciale, dans un local hors de l'enceinte du Palais Bourbon, une version provisoire du cahier des charges, n'ayant pas encore été soumise au Conseil d'Etat.

- De l'impossibilité matérielle pour la représentation nationale de pouvoir dûment prendre connaissance de cet élément avant discussion et adoption des articles concernés

Afin de prendre connaissance de l'élément nouveau versé au débat par le Gouvernement, il aurait fallu qu'un groupe d'opposition demande une suspension de séance pour une durée suffisamment longue, permettant aux députés le souhaitant, d'étudier dûment le document en question.

La procédure d'examen en séance, ayant conduit à l'adoption du texte de nouvelle lecture à l'Assemblée - texte qui au terme de la procédure législative correspond en tout point à celui de la loi déférée - a été conduite, selon les règles dites du « temps programmé », telles que prévues par les alinéas 5 et suivants de l'article 49 du Règlement de l'Assemblée nationale.

Selon celles-ci, les suspensions de séance demandées par le Président d'un groupe, ou par son délégataire, sont décomptées du temps de parole alloué pour l'examen de l'ensemble du texte et réparti entre les groupes selon leur taille.

La durée d'une telle suspension aurait alors été décomptée du quota de temps de parole alloué audit groupe, le privant de ce temps pour le reste de l'examen du texte.

- De l'altérité de la clarté et de la sincérité du débat parlementaire au sujet des articles 105 à 136 pour lesquels l'Assemblée n'a pu être suffisamment et convenablement informée

S'il est à remarquer que le Gouvernement a considéré, de bonne foi et sans obligation, que ce document était de nature à enrichir le débat sur l'ensemble des articles relatifs à la privatisation d'ADP, les conditions de sa mise à disposition n'ont pas permis que cet élément soit porté de manière éclairante à la connaissance des députés siégeant dans l'hémicycle.

De plus, ce document, revêtant manifestement une importance suffisante pour justifier l'exercice de transparence mené par le Gouvernement, a pu être utilisé dans le cadre des débats au Sénat, tel que l'indiquent les comptes-rendus des travaux de la commission spéciale saisie lors de l'examen en nouvelle lecture. De cette étude, plusieurs Sénateurs ont considéré que le projet de cahier des charges ne répondait pas aux inquiétudes exprimées à l'occasion des débats au Parlement sur la privatisation d'ADP.

Ainsi, en laissant entendre, lors d'une discussion dont l'issue a été décisive pour l'élaboration de la loi déférée, que les garanties réclamées par un certain nombre de parlementaires étaient apportées dans un document dont les Députés n'ont pu prendre connaissance avant de procéder aux votes des articles concernés, le Gouvernement a porté une atteinte manifeste aux exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire portant sur les articles 130 à 136.

En conséquence, les Députés requérants soutiennent que la procédure d'élaboration de ce texte a méconnu les exigences constitutionnelles relatives à l'élaboration des projets de loi.

Sur la méconnaissance du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, s'agissant de l'autorisation du transfert du capital d'Aéroports de Paris vers le secteur privé

- Des dispositions autorisant la privatisation d'ADP

L'article 135 de la loi déferée, en son II, modifie l'article 191 de la loi n°2015-990 du 6 août pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Ce dernier est notamment complété par un IV *bis* qui dispose que « le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société Aéroports de Paris est autorisé ». Le reste de l'article 135 prévoit les conditions dans lesquelles ce transfert doit s'effectuer. Par ailleurs, l'article 136 de la loi déferée, en son III, supprime le dernier alinéa de l'article L. 6323-1 du code des transports qui prévoit que le capital d'ADP est majoritairement détenu par l'Etat. En procédant de la sorte, la loi déferée devant votre Conseil organise un transfert de propriété d'une entreprise détenue aujourd'hui à plus de 50% par l'Etat, vers le secteur privé.

- Des dispositions constitutionnelles applicables

Si l'article 34 de la Constitution confie au législateur la compétence de fixer « les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, aux termes du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « 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 ».

Selon votre analyse constante en la matière, si l'article 34 accorde au législateur « l'appréciation de l'opportunité des transferts du secteur public au secteur privé et la détermination des biens ou des entreprises sur lesquels ces transferts doivent porter, elle ne saurait le dispenser, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État ». (Décision n°86-207 DC).

Par ailleurs, votre Conseil s'est également attaché à préciser que le transfert d'une entreprise publique, à laquelle s'appliquent les dispositions du neuvième alinéa du Préambule de 1946, supposait « que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques » qui justifiaient de cette qualité.

Ainsi, votre Conseil ne s'est jamais opposé par principe au transfert vers le secteur privé d'une activité ayant fait l'objet d'un service public national ou d'un monopole de fait au sens neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dès lors que, si cette qualité ne découlait pas d'exigences constitutionnelles, la loi la lui retirait.

De plus, votre Conseil a explicité la notion de monopole de fait en énonçant que celle-ci « doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises, ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises » et « qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités ». Ainsi, selon cette analyse, on peut conclure que la situation de monopole d'une entreprise est conditionnée, d'une part, à une position exclusive ou prépondérante sur des secteurs d'activité où elle occupe une place importante et non substituable dans l'économie nationale et, d'autre part, à ce que ces secteurs d'activités représentent la majeure partie de son activité globale.

- De l'absence d'analyse étayée de la situation de monopole de fait de la société Aéroports de Paris au moment de la présentation du projet de loi

De l'étude des documents préparatoires du projet de loi dont est issue la loi déferée devant votre Conseil, il ressort que l'hypothèse d'une incompatibilité entre les dispositions attaquées (déjà inscrites dans le projet de loi) et des exigences de nature constitutionnelle, n'a pas été étudiée de manière approfondie.

Ainsi, le Conseil d'Etat dans son avis du 14 juin 2018 écarte cette hypothèse au motif que « si la société ADP est chargée, à titre exclusif, d'exploiter une dizaine d'aéroports civils, ceux-ci sont tous situés dans la région d'Ile-de-France ». Partant de cet argument, il estime « qu'ADP, nonobstant l'importance des aéroports qu'elle exploite, n'exerce pas une activité présentant le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait, au sens et pour l'application du neuvième alinéa du Préambule de 1946. »

L'étude d'impact adossée au Projet de loi ne procède pas différemment lorsqu'elle énonce que « la mission de service public confiée à ADP [...] s'exerce sur la seule région Ile-de-France » et en tire les mêmes conclusions que le Conseil d'Etat.

Cependant, il ressort de la jurisprudence de votre Conseil que le critère géographique, s'il peut être retenu pour qualifier un service public national, n'est jamais intervenu pour disqualifier un monopole de fait. Au contraire, votre Conseil a fait valoir lorsqu'il a précisé cette notion des critères exclusivement économiques.

- De la situation de monopole de fait d'ADP

Au titre de l'article L. 6323-2 du Code des transports, la société ADP est chargée de l'exploitation des aéroports d'Ile-de-France. On peut donc considérer que cette société détient un monopole d'exploitation sur le marché des installations aéroportuaires utilisées pour les transports aériens en provenance et à destination de l'Ile-de-France, dont découle la majeure partie de son activité. Elle se trouve donc sans concurrent sérieux dans un rayon de 300 kilomètres et bénéficie d'une zone de chalandise qui correspond à environ 25 millions d'habitants. De ce point de vue, les plateformes aéroportuaires exploitées par ADP constituent ce que l'on appelle communément un *hub* mis en concurrence avec d'autres plateformes présentes au niveau européen et mondial.

Selon les données du transport aérien pour 2017, ADP capte environ 55% du trafic total de passagers dans les aéroports français, et près des deux tiers du trafic français de passagers hors Schengen. Dans ce contexte, une compagnie aérienne peut difficilement relier la France au reste du monde en se passant des plateformes d'ADP. Cette position prépondérante permet à ADP de nourrir un modèle de rentabilité économique fondé sur la contrainte que pose la nécessité de transiter sur des infrastructures capables de soutenir les exigences propres aux caractéristiques d'un trafic aérien international en pleine croissance, à savoir la capacité d'organiser un maximum de correspondances dans un temps limité et à un niveau de service et d'infrastructures de la meilleure qualité possible.

Les compagnies aériennes les plus importantes se trouvent captives d'un tel modèle soutenu par un pouvoir de marché déséquilibré au profit d'ADP. Ce pouvoir excessif justifie une stricte régulation du prix des redevances par la puissance publique, que la loi déferée devant votre Conseil renforce par

ailleurs. Ceci démontre l'inefficacité des seuls mécanismes concurrentiels à garantir les abus d'une position jugée prépondérante.

De par sa qualité de gestionnaire d'un *hub* qui concentre plus de la moitié du trafic aérien français et dont le premier concurrent au niveau national représente un trafic huit fois moindre, ADP exploite une activité qui ne trouve pas de substitut direct sur le territoire national pour la fourniture de ses services, que ce soit d'un point de vue de la concurrence inter ou intra modale.

Le Conseil de la concurrence, dans un avis de 2010, avait eu à se prononcer sur les problématiques de concurrence dans le secteur des infrastructures aéroportuaires. S'il a rappelé que « le droit de la concurrence est neutre au regard de la propriété publique ou privée », il avait soutenu que les « concessionnaires des infrastructures aéroportuaires sont le plus souvent en situation de monopole à l'égard des usagers ».

Il soulignait par ailleurs que la concurrence entre *hubs*, au niveau européen « reste limitée », chaque *hub* étant « celui d'une compagnie aérienne ». Dans cette même logique, le Conseil de la concurrence citait un arrêt du Tribunal de première instance des communautés européennes du 12 décembre 2000, qui considère que « pour la plupart des passagers au départ et à destination de la région parisienne ou d'autres régions françaises, les services aériens utilisant les aéroports d'Orly et de Roissy CDG ne sont pas interchangeables avec les services offerts dans d'autres aéroports ».

Il confirmait ensuite que « les grandes compagnies aériennes sont le plus souvent des clients captifs de leur *hub* » au vu « des coûts considérables » que représente le fait de changer de *hub* et que « malgré sa puissance d'achat, Air France n'est pas en mesure de contrebalancer le pouvoir de marché d'ADP ».

Enfin, il avait jugé utile de rappeler qu'au Royaume-Uni, la commission de la concurrence a entendu, en mars 2009, briser le monopole détenu par la société *British Airport Authority* (privatisée en 1986) en exigeant la vente d'une partie des infrastructures aéroportuaires sur le bassin économique de Londres. La décision de cette commission, sur le fondement d'une étude de marché, a relevé une concurrence insuffisante entre les trois aéroports londoniens, alors que ceux-ci, à l'image des aéroports parisiens de Roissy et d'Orly, avaient été considérés précédemment comme répondant à des demandes complémentaires.

Si cette décision n'a pas trouvé à s'appliquer puisqu'elle a été remise en cause en appel, pour des motifs de procédure, les similitudes entre les modèles d'exploitation aéroportuaire propres aux *hubs* de Paris et de Londres, fondés tous deux sur la complémentarité des offres aéroportuaires entre les différentes plateformes d'une même zone, nourrit encore davantage la conviction des Députés requérants que la société ADP, à travers son monopole sur les plateformes franciliennes, bénéficie d'une position prépondérante sur le marché aéroportuaire au niveau national.

Au vu de ce qui précède, les Députés requérants soutiennent que la société ADP exploite aujourd'hui un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

- De l'absence de disposition mettant fin à la situation de monopole de fait d'ADP

Ce faisant, les articles 130 à 136 de la loi déferée n'organisent aucune modalité nouvelle de concurrence tendant à remettre en cause ce monopole, de sorte que celui-ci serait maintenu à l'issue du processus de privatisation.

En outre, si l'article 130 de la loi déferée ne concède pas un droit d'exploitation perpétuel à ADP mais prévoit une concession limitée à 70 ans, on ne peut soutenir que les positions privilégiées que détiendraient alors ADP seraient « momentanées », au sens où le pouvoir de marché qu'elle détient ne peut être remis en cause par les forces du marché au sein duquel elle exerce son activité mais bien par l'autorité exclusive de l'Etat.

Il convient à cet égard d'envisager la capacité réelle pour l'Etat d'exercer à nouveau les activités concédées au terme de l'échéance de la concession, alors que l'ensemble des personnels et l'expertise pertinente accumulée au cours des soixante-quatorze années d'existence d'ADP (et qui au terme de la concession pourrait avoir une longévité de plus de 145 ans) se verraient confier à des personnes privées. La décision de privatisation porte à cet égard un effet sur un horizon de temps qui ne se limite pas aux 70 ans de la concession.

Dès lors, les Députés requérants soutiennent que la loi déferée ne prive pas ADP des caractéristiques lui conférant la qualité de monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

- De la méconnaissance du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 par les dispositions du projet de loi autorisant la privatisation d'Aéroports de Paris

Il résulte de ce qui précède que la privatisation d'Aéroports de Paris telle qu'autorisée par la rédaction nouvelle de l'article 191 de la loi n°2015-990 précitée, du fait de la position de monopole de fait exercée par cette société sur le marché des infrastructures aéroportuaires, méconnaît les dispositions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Par conséquent, les Députés requérants sollicitent auprès de votre Conseil, l'invalidation des articles 135 et 136 de la loi déferée.

Des conséquences d'une invalidation des articles 135 et 136 de la loi déferée

L'article 136, en son II, prévoit une entrée en vigueur de la plupart des dispositions de la sous-section 1 de la section 3 du chapitre II de la loi déferée, consacrée à Aéroports de Paris, à la date du transfert au secteur privé de la majorité du capital de cette société.

Si votre Conseil était amené à accueillir favorablement les seuls griefs exprimés par les Députés requérants tendant à l'invalidation des articles 135 et 136 de la loi déferée, cette limite posée par le législateur pourrait s'en trouver méconnue, en faisant entrer en vigueur les dispositions visées dès promulgation de la loi.

Il résulte de ce qui précède, que dans un tel cas, les Députés requérants sollicitent auprès de votre Conseil, l'invalidation de l'ensemble des dispositions de la sous-section visée, qui pourrait emporter sinon des conséquences ne relevant pas de la volonté expresse du législateur.

Souhaitant que ces questions soient tranchées en droit, les députés auteurs de la présente saisine demandent donc au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur ces points et tous ceux qu'il estimera pertinents eu égard à la compétence et la fonction que lui confère la Constitution.