

Droits et Débats

**Concessions et privatisations :
quelle articulation ?**

**Un colloque organisé par la section du rapport et des
études, la section des finances et la section des
travaux publics du Conseil d'État
le 15 novembre 2019**

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » – étude annuelle 2017, n° 68.
- La citoyenneté - Être (un) citoyen aujourd'hui – étude annuelle 2018, n° 69.
- Le sport : quelle politique publique ? – étude annuelle 2019, n° 70.
- Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques – étude annuelle 2020, n° 71.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 2018.
- Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ?, 2019.
- Les règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité, 2019.
- 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous, 2020.

Collection « Droits et Débats »

- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe – Tome 1, n° 21 (2017), et Tome 2, n° 26 (2018).
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 1, n° 22, et Tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2017.
- Le droit social et la norme internationale, n° 25, 2018.
- L'ordre public. Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 27, 2018.
- Les grands investissements publics, n° 28, 2019.
- Santé et protection des données, n° 29, 2019.
- La fiscalité internationale à réinventer ?, n° 30, 2020.
- La régulation économique de la santé, n° 31, 2020.
- Vers un nouveau droit du travail ? Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 32, (à paraître).
- Concessions et privatisations : quelle articulation ?, n° 33, 2021.

Collection « Histoire et Mémoire »

- Conférences « Vincent Wright » – Vol. 1 (2012), Vol. 2 (2015), Vol. 3 (2019).
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, 2017.
- Guide de recherche dans les archives du Conseil d'État, 2019.

Collection « Jurisprudences »

- Jurisprudence du Conseil d'État 2018-2019 (éd. 2021).

| | |
|--|------------|
| Sommaire..... | 3 |
| Avant-propos..... | 5 |
| Programme du colloque | 9 |
| Séance d'ouverture..... | 11 |
| Présentation du cadre général | 19 |
| Première table ronde - Pourquoi recourir à des opérateurs privés ? | 29 |
| Biographie des intervenants | 31 |
| Actes – Pourquoi recourir à des opérateurs privés ? | 35 |
| Échanges avec la salle | 69 |
| Seconde table ronde - Comment préserver les équilibres ? | 73 |
| Biographie des intervenants | 75 |
| Acte – Comment préserver les équilibres ? | 79 |
| Échanges avec la salle | 119 |
| Séance de clôture | 123 |
| Annexes | 127 |
| Éléments de réflexion | 129 |
| Bibliographie indicative | 169 |



Martine de Boisdeffre

Présidente de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Pour cette nouvelle édition des entretiens du droit public de l'économie, le Conseil d'État a souhaité, quelques mois après l'adoption de la loi « PACTE » du 22 mai 2019¹, contribuer à la réflexion contemporaine et au débat public sur l'articulation entre concession et privatisation, en réunissant autour des présidents de ses sections des finances et des travaux publics des spécialistes de la question aux profils variés – le directeur général adjoint de l'office fédéral de l'aviation civile suisse, un parlementaire, les vice-présidentes de l'Autorité de la concurrence et de l'Autorité de régulation des transports, des professeurs de droit public et d'économie, des dirigeants d'entreprises concessionnaires de grandes infrastructures autoroutières et aéroportuaires, un banquier d'affaires et un avocat.

Les notions de concession et de privatisation sont distinctes. La concession est, suivant la définition qu'en donne le code de la commande publique, un contrat par lequel le concédant confie au concessionnaire l'exécution de travaux ou la gestion d'un service, en lui transférant, en contrepartie du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, assorti ou non d'un prix, le risque d'exploitation². La privatisation consiste, quant à elle, à transférer au secteur privé la propriété de plus de 50 % du capital d'une entreprise publique.

La loi « PACTE » a contribué à faire converger concession et privatisation. Une de ses mesures emblématiques prévoyait en effet la privatisation de deux entreprises publiques, Aéroports de Paris et la Française des Jeux, suivant des modalités empruntant au régime de la concession, soit la limitation dans le temps du transfert du droit d'exploitation aux nouvelles sociétés privatisées (pendant 70 ans pour Aéroports de Paris, 25 ans pour la Française des Jeux) et le retour des infrastructures et des biens en pleine propriété à l'État à l'issue de la période d'exploitation.

Ces projets de privatisations ont donné lieu à de nombreux débats et à une vive opposition politique, et, pour celui concernant Aéroports de Paris, au déclenchement de la première procédure de référendum d'initiative partagée³.

1 Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite loi « PACTE ».

2 Article L. 1121-1 du code de la commande publique.

3 La procédure n'a pas abouti, car la proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris n'a pas obtenu le soutien d'au moins un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales, comme le Conseil constitutionnel la constaté dans sa décision n° 2019-1-8 RIP du 26 mars 2020.

Certes, si, depuis la tenue de ce colloque, la privatisation de la Française des Jeux a bien été réalisée⁴, la survenue de la pandémie de coronavirus a entraîné une profonde crise du secteur aéronautique et a conduit le Gouvernement, pour cette raison conjoncturelle, à reporter la privatisation d'Aéroports de Paris à une date indéterminée. La question de l'articulation des modèles de la concession et de la privatisation n'a toutefois rien perdu de son intérêt ni de son actualité.

Après la présentation du cadre général par la professeure Sophie Nicinski, deux tables rondes ont apporté des éléments de réponse et donné des pistes de réflexion.

Les intervenants de la première table ronde se sont demandés pourquoi recourir à des opérateurs privés pour la gestion de services publics et d'infrastructures publiques.

Les raisons, pour les personnes publiques, sont multiples : réduire la dépense publique, bénéficier des compétences et de la capacité d'innovation des opérateurs privés, faire des gains d'efficacité en se concentrant sur leur cœur de métier (les activités régaliennes et le contrôle), réaliser des investissements qui ne pourraient pas l'être sans le concours d'opérateurs privés, etc.

Toutefois, le recours des personnes publiques à des opérateurs privés ne saurait les décharger de leur responsabilité. La gestion des services publics et l'exploitation des infrastructures publiques par le secteur privé ne peut fonctionner que grâce à un contrôle effectif et efficace de l'activité des opérateurs par les personnes publiques.

Dans cette perspective, les intervenants de la seconde table ronde se sont demandés comment, une fois la privatisation réalisée, préserver les équilibres entre l'intérêt général, la fourniture aux usagers d'un service de qualité à un prix raisonnable et la rentabilité économique et financière des opérateurs privés.

Le premier outil est bien évidemment le contrat de concession. Lorsqu'il est passé par une personne publique, il est un contrat administratif, régi par les principes de mutabilité et d'équilibre financier. Comme le rappelle l'article L. 6 du code de la commande publique, la personne publique concédante dispose, en vertu des règles générales du contrat administratif, d'un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat ainsi que de pouvoirs unilatéraux de modification et de résiliation.

Les échanges ont mis en lumière l'importance d'une relation contractuelle équilibrée, sans asymétrie d'information, vertueuse et dynamique. La mise en œuvre des principes du service public (égalité, continuité et mutabilité) doit être un objectif partagé des concédants et des concessionnaires, le contrat régulièrement adapté à l'évolution des exigences du service et des besoins des usagers, et la durée de la concession corrélée au juste retour attendu par les concessionnaires sur leurs investissements.

⁴ Au 31 décembre 2020, l'État ne détenait plus que 21,91 % du capital de la Française des Jeux (source : site internet du groupe FDJ).



Le second outil, pour réaliser ces équilibres, est la régulation par l'État. Celle-ci fait intervenir, à côté et en appui des directions d'administration centrale des ministères, des autorités indépendantes, chargées de missions de régulation transversale (comme l'Autorité de la concurrence) ou sectorielle (pour le secteur des transports, l'Autorité de régulation des transports). Le rôle des régulateurs est d'apporter leur expertise, en toute indépendance et transparence, pour remédier aux défaillances de la relation contractuelle.

Je remercie vivement les sections des finances et des travaux publics qui se sont associées à la section du rapport et des études pour l'organisation du colloque sur ce sujet complexe, stimulant et très intéressant.





Programme du colloque

9h30-9h50 – Séance d'ouverture

Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État

9h50-10h15 – Présentation du cadre général

Sophie Nicinski, professeure de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

10h15-12h15 – Table ronde n° 1 : Pourquoi recourir à des opérateurs privés ?

Modérateur :

Jean Gaeremynck, président de la section des finances du Conseil d'État

Intervenants :

Marc Legrand, directeur des concessions du groupe Eiffage

Marcel G. Zuckschwerdt, directeur général adjoint de l'office fédéral de l'aviation civile suisse, chef de la division stratégie et politique aéronautique

David Azéma, associé chez Perella Weinberg Partners

Stéphane Saussier, professeur d'économie à l'institut d'administration des entreprises (IAE) de Paris université Panthéon-Sorbonne, directeur de la chaire de recherche sur l'économie des partenariats public-privé

Gilles Carrez, député du Val-de-Marne, membre de la commission des finances

14h00-16h00 – Table ronde n° 2 : Comment préserver les équilibres ?

Modérateur :

Philippe Martin, président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Intervenants :

Daniel Bursaux, directeur général de l'Institut national de l'information géographique et forestière (IGN), ancien directeur général des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM)

Rainier d'Haussonville, secrétaire général du groupe SANEF

Thierry Laloum, avocat au barreau de Paris, associé au sein du cabinet Willkie Far & Gallagher LLP

Irène Luc, vice-présidente de l'Autorité de la concurrence

Anne Yvrande-Billon, vice-présidente de l'Autorité de régulation des transports (ART)

16h00-16h30 – Séance de clôture

Jean Gaeremynck, président de la section des finances du Conseil d'État

Philippe Martin, président de la section des travaux publics du Conseil d'État



Séance d'ouverture

Bruno Lasserre

Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Bordeaux, Bruno Lasserre est un ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion « Pierre Mendès France », 1978). Entré au Conseil d'État en tant qu'auditeur, Bruno Lasserre a notamment exercé, au sein de l'institution, les fonctions de commissaire du Gouvernement à la section du contentieux (1984-1986), d'assesseur (1998-1999), de président de la 1^{re} sous-section (1999-2002) et de président adjoint de la section du contentieux (2002-2004). Il était, depuis 2016, président de la section de l'intérieur au Conseil d'État et, depuis 2017, président du comité de règlement des différends et des sanctions de la commission de régulation de l'énergie. Bruno Lasserre a présidé, de 2004 à 2016, l'Autorité de la concurrence. Auparavant, il a fait carrière dans le domaine des télécommunications où il a exercé, successivement, les postes de délégué aux affaires juridiques de la direction générale des télécommunications (1986-1989), de directeur de la réglementation générale, puis de directeur général des postes et télécommunications au ministère des postes, des télécommunications et de l'espace (1989-1996), et enfin de chargé d'une mission d'information et de conseil sur les télécommunications auprès des gouvernements étrangers (1997-1998). Depuis le 29 mai 2018, Bruno Lasserre est vice-président du Conseil d'État.

Monsieur le député⁵,
Mesdames et Messieurs les présidents,
Mesdames et Messieurs les professeurs,
Chers collègues et chers amis,

Je suis très heureux de vous accueillir ce matin pour cette nouvelle édition des entretiens du Conseil d'État en droit public économique, organisés conjointement par les sections du rapport et des études, des finances et des travaux publics. Je l'avais déjà dit l'année dernière : j'accorde une importance particulière à ces rencontres car il est essentiel pour le Conseil d'État, lorsqu'il juge et lorsqu'il conseille, de comprendre les enjeux économiques et concurrentiels qui sous-tendent les questions à trancher, mais aussi de mesurer la portée concrète de ses avis et de ses décisions sur tous les sujets qui irriguent le droit public économique.

Lors de la précédente édition, nous nous étions posés la question de savoir si la fiscalité internationale devait être réinventée. La question d'aujourd'hui me semble tout aussi brûlante : « concessions et privatisations : quelle articulation ? ».

⁵ Texte écrit en collaboration avec Guillaume Halard, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

La sobriété de cette formulation ne fait pas longtemps illusion sur la complexité qu'elle recèle, et la tentation peut être forte de clore tout débat en se retranchant derrière *Le Dictionnaire des idées reçues* de Flaubert⁶ où l'on peut lire, à l'entrée « concession » : « *n'en faire jamais. Elles ont perdu Louis XVI* »⁷.

Cette complexité tient en premier lieu au fait que le sujet se prête particulièrement mal à la généralisation et à l'évaluation : les cas dans lesquels sont intervenues des privatisations d'entreprises concessionnaires de service public restent peu nombreux, et chacun d'eux est marqué par de fortes particularités. Particularités des secteurs et marchés concernés – qu'il s'agisse de la distribution du gaz, l'exploitation d'autoroutes et celle d'aéroports ? –, mais particularités aussi des concessions et des modalités de privatisation mises en œuvre dans chaque cas. La complexité tient en second lieu au fait qu'en France la question des privatisations a toujours été idéologiquement et politiquement chargée. Cette journée présente à cet égard une occasion de réfléchir à ce sujet de manière dépassionnée et, je l'espère, fructueuse.

Je ne doute pas que les intervenants des deux tables rondes s'attacheront à lever une à une ces difficultés. Je souhaiterais, quant à moi, pour cette introduction, esquisser un tableau des intérêts et des risques des privatisations (1), avant d'ouvrir la réflexion sur les moyens dont peut disposer l'État pour préserver, le cas échéant, les intérêts publics et ceux des usagers (2). Dans cette seconde partie, je me concentrerai sur les entreprises concessionnaires d'activités adossées à de grandes infrastructures.

1. On observe dans un premier temps que, depuis une trentaine d'années, de nombreuses entreprises chargées de missions de service public ont été privatisées au nom, principalement, d'objectifs économiques et financiers.

1.1. Les droits constitutionnel et administratif ont accompagné, dans la période récente, de nombreuses privatisations

1.1.1. L'encadrement constitutionnel des privatisations dérive d'une lecture *a contrario* de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946⁸, lequel pose une obligation de nationaliser les entreprises présentant le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait. Les doutes initiaux et à vrai dire légitimes sur la portée de ces dispositions ont été levés en 1986 par le Conseil constitutionnel⁹, qui les a érigées en limite expresse aux privatisations. Et la jurisprudence administrative, née de la reprise par le législateur du cadre constitutionnel¹⁰, en a tiré des conséquences identiques¹¹. Il faut toutefois reconnaître que la portée

6 Gustave Flaubert (1821-1880), écrivain français.

7 G. Flaubert, *Le Dictionnaire des idées reçues*, éd. Le Livre de Poche, Paris, 1997.

8 Alinéa 9 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* ».

9 CC, 25-26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, décision n° 86-207.

10 L'article 20 de la loi du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations, abrogé en 2014, disposait que : « *Les opérations de transfert mentionnées au présent article ne peuvent concerner des entreprises dont l'exploitation présente le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait* ».

11 CE, sect., 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, n° 209716.



de cette interdiction est restée assez faible¹². Ceci tient principalement au flou des notions de service public national et de monopole de fait : s'agissant de la première, on sait avec Duguit¹³ qu'elle revêt un caractère évolutif et contingent et relève essentiellement d'un choix politique. C'est pourquoi, hors le cas des services publics découlant de la volonté du constituant, à ce jour jamais identifiés, il suffit au législateur ou au pouvoir réglementaire de « déclasser » un service public national pour pouvoir ensuite le privatiser¹⁴. S'agissant des monopoles de fait, une conception originale du marché pertinent¹⁵ combinée à la nécessité qu'il s'exerce à l'échelon national¹⁶ rend la notion peu opérante en tant qu'obstacle aux privatisations.

1.1.2. Ce cadre relativement souple a permis, à partir de 1986, la privatisation de grandes entreprises bancaires ou industrielles qui avaient en commun d'évoluer sur des marchés déjà concurrentiels et de ne pas être chargées de missions de service public. Une deuxième vague a concerné, dans un contexte de libéralisation de secteurs historiquement monopolistiques, les établissements gestionnaires de services publics en réseau : je pense en particulier à France Télécom et Gaz de France, respectivement passés sous contrôle privé en 2004 et 2008. À cet égard, il me semble qu'en dépit de l'absence de toute obligation juridique et du principe communautaire de neutralité à l'égard de la propriété des entreprises¹⁷, le droit de la concurrence a clairement joué en faveur de ces privatisations, perçues comme

12 N. Thérion, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques », in *RIDE*, 2002/4, p. 627 et suiv.

13 Léon Duguit (1859-1928), juriste, professeur de droit public et doyen de l'université de Bordeaux, avocat.

14 Le Conseil constitutionnel juge en effet que « *le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée ; (...) toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national* » (CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, déc. n° 2006-543 DC).

La privatisation de France Télécom fournit un parfait exemple de ce mécanisme, la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 qui a autorisé la privatisation de l'entreprise ayant elle-même précisé que les obligations de service public pesaient dorénavant sur tous les opérateurs de téléphonie fixe, ce qui revenait à dépouiller l'opérateur historique de sa qualification de service public national.

S'agissant de la privatisation de Gaz de France, le Conseil constitutionnel a précisé que l'abandon de la participation majoritaire de l'État ne pourrait résulter que d'une loi supprimant son caractère de service public national (CC, 5 août 2004, *Loi relative au secteur de l'électricité et du gaz et aux entreprises gazières*, déc. n° 2004-501 DC), ce qui fut fait par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

15 Dans sa décision des 25-26 juin 1986, le Conseil constitutionnel a indiqué que la notion de « monopole de fait » doit s'entendre au regard de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises. Le juge constitutionnel refuse ainsi de prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités. En revanche, pour apprécier si une entreprise exerce ou non un monopole de fait, doivent être pris en compte tous les marchés sur lesquels elle intervient et pas seulement le marché sur lequel elle dispose d'une position privilégiée. (voir : S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, éd. PUF, 2^e éd., Paris, 2017, n° 494 et suiv.).

16 CE, sect., 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, n° 209716. Dans son avis du 14 juin 2018 sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (n°s 394599 et 395021), le Conseil d'État a ainsi considéré qu'en tant qu'ADP exploite des aéroports qui sont tous situés dans la région Île-de-France, elle n'exerce pas, nonobstant l'importance de ces aéroports, 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 la Constitution de 1946.

17 Article 345 du TFUE : « Les traités ne préjugent en rien de la propriété dans les États membres »

le gage de la pleine acceptation du marché par les autorités publiques¹⁸. Dans le même temps, après avoir été transformées en sociétés commerciales, un certain nombre d'entreprises concessionnaires de services publics ont été transférées au secteur privé : je pense aux sociétés d'autoroutes, aux sociétés concessionnaires des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice, et à l'Aéroport de Paris (ADP) qui devrait être prochainement privatisé en vertu de la loi « PACTE »¹⁹ et passer d'un régime de droits exclusifs à un régime qui s'apparente très fortement à la concession. C'est sur ces derniers secteurs que se focalisera l'attention des deux tables rondes du colloque.

1.2. Les privatisations peuvent présenter des avantages, mais comportent aussi des risques qu'il convient d'appréhender dans le cadre d'une réflexion sur les pouvoirs de l'État-régulateur

1.2.1. Le premier intérêt d'une privatisation, c'est celui de dégager des recettes budgétaires réduisant la dette brute. Mais, à moyen terme, l'État n'est gagnant que si la somme actualisée des dividendes abandonnés est inférieure à l'économie sur la charge d'intérêt, indépendamment de l'affectation de ces recettes – par exemple à un fonds en faveur de l'innovation – qui reste en toute rigueur sans incidence sur le bilan financier d'une privatisation²⁰. C'est la raison pour laquelle le prix auquel la puissance publique cède ses actifs est une variable déterminante dans le bilan financier d'une privatisation : les procédures de cession doivent donc être calibrées pour minimiser les asymétries d'information, et la Commission des participations et des transferts²¹ joue ici un rôle capital. Le second intérêt des privatisations est lié au postulat de la supériorité de la gestion privée : on estime généralement que la gestion publique est grevée de défaillances tenant notamment aux brouillages des objectifs fixés aux gestionnaires publics, à la lourdeur des procédures de prise de décision et à ce que les économistes appellent la « contrainte budgétaire molle »²², laquelle limite les incitations à l'efficacité. Il est vrai que les sociétés privées sont généralement plus compétitives, car la productivité de leurs facteurs de production est plus élevée ; mais la plupart des évaluations s'accordent sur le fait qu'une privatisation produira d'autant plus d'effets bénéfiques que l'entreprise

18 M. Karpenschif, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », in *RFDA*, 2002, p. 95.

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

20 « Si les dépenses du fonds auquel seront affectées les recettes tirées de la privatisation présentent une utilité socio-économique, elles doivent en tout état de cause être financées par l'État, que ce soit par l'impôt ou par l'emprunt, indépendamment de tout programme de privatisation. Si elles sont inutiles, elles ne doivent pas être engagées, quand bien même des privatisations apporteraient d'importantes ressources financières. D'un point de vue économique, les deux sujets, fonds d'innovation et privatisations, doivent être traités séparément et ils ne sont réunis que dans une démarche de communication politique. » (F. Ecalle, « L'intérêt et les risques des privatisations », in *FIPECO*, 28 mars 2018, document accessible en ligne : <https://www.fipeco.fr/pdf/0.58478900%201522218955.pdf>).

21 La Commission des participations et des transferts (CPT) a été créée sous le nom de Commission de la privatisation par la loi du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations qui a fixé le cadre légal des transferts au secteur privé de participations détenues par l'État dans des entreprises à participation publique. Depuis sa création, les missions de la CPT n'ont cessé d'être étendues, notamment par la loi du 19 juillet 1993.

L'ordonnance du 20 août 2014 a abrogé ces textes et a refondu en un texte unique l'ensemble des dispositions applicables aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique en renforçant les compétences de la CPT concernant les cessions de participations par l'État ou le secteur public et en ouvrant la possibilité au ministre chargé de l'économie de saisir la Commission pour toute opération d'acquisition par l'État.

22 J. Kornai, « The Soft Budget Constraint », in *Kyklos*, février 1986, vol. 39, n° 1, p. 3 et suiv.

privatisée évolue dans un environnement de marché concurrentiel. En d'autres termes, « *l'aiguillon de la concurrence est un bien meilleur inducteur d'efficacité que la privatisation elle-même* »²³.

À cet égard, il faut avoir à l'esprit que la problématique de la concurrence ne se présente pas de la même manière selon la structure des marchés en cause. Certains marchés permettent une *concurrence sur le marché*²⁴ : c'est le cas, par exemple, des secteurs des télécommunications ou encore du gaz et de l'électricité. Pour garantir la concurrence sur de tels marchés, il est nécessaire, d'une part, qu'une autorité de régulation assure un accès égal aux infrastructures essentielles – qu'il serait très inefficace de dupliquer – et, d'autre part, que les pratiques anticoncurrentielles soient ensuite efficacement sanctionnées. Dans d'autres secteurs, les caractéristiques techniques d'une activité justifient sa gestion par un monopole, seule viable économiquement : c'est le cas, par exemple, des autoroutes et de nombreux aéroports. La concurrence *pour le marché*, c'est-à-dire pour l'attribution du droit d'exploiter cette activité, apparaît alors comme un substitut à la concurrence sur le marché et peut accompagner ou remplacer la régulation administrative. Afin de garantir une telle concurrence, il est nécessaire de définir des procédures efficaces de mise en concurrence pour l'attribution des droits d'exploitation – qui pourront prendre la forme de contrats de concession –, de limiter la durée de ces droits afin de réintroduire périodiquement de la concurrence, et d'assurer une gouvernance contractuelle effective faisant intervenir, le cas échéant, une autorité de régulation indépendante.

1.2.2. C'est en effet la concurrence qui permet en principe de protéger les usagers des services publics privatisés contre les hausses de prix, que sont tentées d'imposer les sociétés privées, qui intègrent généralement une rémunération du capital plus forte que ceux d'une entreprise publique. La question des tarifs est ainsi d'autant plus prégnante que les privatisations concernent des sociétés en situation de quasi-monopole, naturel ou réglementaire, comme c'est le cas dans les domaines des autoroutes et des aéroports, mais aussi pour la Française des jeux qui demeurera titulaire, une fois privatisée, de droits exclusifs sur certains secteurs. Par ailleurs, au-delà des tarifs, privatiser des entreprises investies de missions de service public crée des risques en termes d'égalité, de qualité et de continuité du service : comment concilier, par exemple, ce dernier principe au risque de faillite auquel font face les opérateurs privés, ou à leurs droits de propriété sur les biens et infrastructures essentiels au service ? On l'a compris : la propriété du capital d'opérateurs de service public est un outil de régulation dont se prive l'État en cas de privatisation. Mais *c'est un outil parmi d'autres*, et la véritable question est donc de savoir si d'autres formes de régulation sont possibles qui protègent *au moins aussi efficacement* les intérêts publics et ceux des usagers tout en engrangeant les bénéfices des privatisations²⁵.

23 F. Marty, « La privatisation des services publics : fondements et enjeux », Regards croisés sur l'économie, in *La Découverte*, 2007/2, n° 2, p. 90 et suiv.

24 La distinction entre concurrence « *sur (ou dans) le marché* » et concurrence « *pour le marché* » a été mise à jour par E. Chadwick, dans son essai de 1859 intitulé *Effets de quelques principes de législation et d'administration en Europe : de la concurrence pour le marché, comparée à la concurrence dans le marché* (voir L. Richer (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, éd. LGDJ, bibliothèque de l'institut André Tunc, Paris, 2007).

25 Voir S. Nicinski, « Les privatisations dans la loi PACTE », in *AJDA*, 2019, p. 1261.



2. La privatisation d'entreprises chargées de missions de service publics rend nécessaire le développement d'outils propres à préserver les intérêts publics et ceux des usagers

2.1. Le premier outil de contrôle est le contrat

2.1.1. Deux points paraissent importants s'agissant de la place du contrat dans les cas de privatisations d'entreprises exploitant des activités adossées à de grandes infrastructures, comme dans les domaines autoroutiers et aéroportuaires. En premier lieu, dans ces secteurs où la concurrence sur le marché n'est pas faisable ou a peu de chance de se développer, la concurrence pour le marché revêt une importance capitale afin de garantir les intérêts des usagers. C'est pourquoi, d'une part, les procédures de mise en concurrence doivent être définies de manière à favoriser, au stade de la privatisation elle-même comme ensuite à celui du renouvellement des concessions, la multiplicité des candidatures et l'identification de l'offre la plus avantageuse pour l'État. La durée des concessions doit, d'autre part, être suffisamment longue pour inciter les concessionnaires à investir et suffisamment courte pour réintroduire périodiquement de la concurrence et éviter la capture du concédant. À cet égard, si la loi « PACTE » a mis un terme à l'exploitation illimitée dans le temps des aéroports parisiens au profit d'ADP, la fixation à soixante-dix ans de la mission dont elle est chargée est d'une longueur inédite.

2.1.2. En second lieu, le contrat doit être appréhendé comme un moyen de compenser l'accroissement de l'asymétrie d'information résultant de la privatisation du concessionnaire. Cela pose le problème de l'infériorité du cocontractant public lors de la négociation des contrats, mis en exergue par la Cour des comptes au sujet des concessions autoroutières, qui déplorait, en 2013, le cadre trop peu formalisé des négociations, et le fait que le ministère de l'économie et des finances n'y soit généralement pas associé²⁶. C'est la raison pour laquelle la loi du 6 août 2015²⁷ a appelé l'ARAFER au chevet de l'État en lui confiant notamment la mission de formuler des avis sur les projets de contrats de concession et leurs avenants.

Pendant l'exécution des contrats, l'État doit non seulement disposer de moyens suffisants pour recueillir les informations nécessaires à l'exercice de son contrôle, mais aussi les mettre en œuvre et, le cas échéant, faire usage des pouvoirs de coercition et de sanction dont il dispose. À cet égard, la loi « PACTE » a certainement tenté de tirer les leçons des insuffisances de la gouvernance contractuelle des concessions autoroutières en dotant l'État d'importantes prérogatives à l'égard d'ADP : il pourra, par exemple, exiger qu'il soit mis fin à toute décision conclue en méconnaissance du cahier des charges et prononcer des amendes importantes en cas de manquements contractuels.

26 Cour des comptes, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, juillet 2013, p. 8

27 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.



2.2. Mais une bonne gouvernance contractuelle ne saurait se passer d'une régulation efficace

2.2.1. La privatisation d'opérateurs concessionnaires de services publics rend d'abord particulièrement importante l'intervention d'un régulateur pour garantir que les tarifs pratiqués ne sont pas excessifs. S'agissant des autoroutes, l'ARAFER s'est ainsi vue confier la mission de « veiller au bon fonctionnement des tarifs de péage », mission qu'elle met en œuvre lorsqu'elle examine les projets d'avenants à des contrats en cours en contrôlant l'adéquation entre le montant des hausses envisagées et le coût des investissements supplémentaires mis à la charge du concessionnaire. S'agissant d'ADP, la loi « PACTE » a prévu l'homologation, par une autorité administrative indépendante, des tarifs des redevances aéroportuaires. Plus largement, le régulateur apparaît essentiel pour favoriser la transparence sur la manière dont sont attribuées et fonctionnent les concessions. Son rôle est non seulement de collecter les données relatives notamment aux prix facturés aux usagers, mais aussi de les rendre intelligibles au grand public : expliquer, par exemple, pourquoi les prix des péages évoluent et quelles sont les alternatives à leur financement exerce une pression en faveur de l'équilibre des contrats, mais permet aussi de renforcer la confiance entre les parties cocontractantes, ainsi qu'a pu le montrer le professeur Saussier, qui aura peut-être l'occasion de développer ce point lors de la première table ronde²⁸.

2.2.2. La régulation est par ailleurs un outil indispensable pour préserver les intérêts de l'État dès lors que les privatisations concernent des entreprises ayant une activité stratégique. Les biens revêtant une telle nature doivent en particulier être protégés : dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la protection des biens nécessaires à la continuité du service public²⁹, la loi « PACTE » a à cet égard renforcé le dispositif de contrôle de l'État sur les opérations portant sur les biens d'ADP en remplaçant le droit d'opposition par un régime d'autorisation préalable pour toute opération de cession ou d'apport, ou de constitution de sûreté lorsque le bien est nécessaire à la bonne exécution du service public. Ainsi que l'a récemment rappelé la professeure Nicinski³⁰ dans son commentaire de la même loi, le cahier des charges pour ADP précise également les catégories de biens ne pouvant faire l'objet d'aucune saisie et auxquels le régime des baux commerciaux n'est pas applicable. Au-delà des biens, l'exigence de continuité du service public implique enfin que la puissance publique dispose du pouvoir de « reprendre la main » lorsqu'un concessionnaire interrompt, quelle qu'en soit la cause, l'exploitation de son activité ou, le cas échéant, lorsqu'une modification intervient dans le contrôle de son capital en méconnaissance du cahier des charges.

28 L. Athias et St. Saussier, « Are Public Private Partnerships that Rigid ? And Why ? Evidence from Price Provisions in French Toll Road Concession Contracts », *Transportation Research Part A : Policy and Practice*, 111, pp. 174-186, cité dans J. Beuve et S. Saussier, « Quel avenir pour les contrats de concession autoroutiers en France ? », *Les Policy Papers de la Chaire EPPP*, avril 2019, n° 1 (disponible en ligne : <https://www.chaire-eppp.org/wp-content/uploads/2019/04/Policy-Papers-de-la-chaire-1.pdf>).

29 CC, 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, décision n° 2005-513 DC.

30 S. Nicinski, « Les privatisations dans la loi PACTE », *préc.*



Conclusion

Vous le voyez, Mesdames et Messieurs, le sujet qui va nous occuper aujourd'hui est complexe et foisonnant. Une journée entière ne sera pas de trop pour débayer ce terrain chargé de passion et d'idéologie, et la réunion de praticiens et de théoriciens, de juristes et d'économistes, de fonctionnaires et de politiques s'imposait, je le crois, pour y voir clair sur une question qui se trouve à la confluence de tant de champs différents.

Je tiens ainsi à remercier chaleureusement l'ensemble des intervenants qui s'appêtent à partager leurs points de vue sous les auspices des présidents Gaeremyck et Martin. Je remercie également la section du rapport et des études et sa présidente, Martine de Boisdeffre, les sections des finances et des travaux publics ainsi que tous les agents du Conseil d'État qui ont rendu possibles ces entretiens du Conseil d'État en droit public économique qui s'annoncent, une nouvelle fois, particulièrement stimulants.



Présentation du cadre général

Sophie Nicinski

Professeure de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Sophie Nicinski est professeure agrégée de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et membre du conseil d'administration de l'université Paris 1 de 2015 à 2019. Elle est par ailleurs membre du comité de rédaction de la *Revue française de droit administratif* (RFDA), rubrique « Droit public de l'économie », ainsi que membre du comité du *Bulletin juridique des contrats publics* (BJCP). Elle est aussi responsable de la rubrique « Droit public économique » pour la revue *Actualité juridique Droit administratif* (AJDA) et rédige également la chronique « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation » de l'AJDA. Sophie Nicinski a été présidente de l'association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) de 2011 à 2016.

Sophie Nicinski

Professeure de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Je suis heureuse d'être parmi vous, au Conseil d'État, pour cette session de présentation du colloque *Concessions et privatisations : quelle articulation ?* Et je remercie son vice-président, M. Bruno Lasserre, de m'y avoir conviée.

Il y a encore quelques années, ces deux notions de concession et de privatisation rarement présentées ensemble dans les enseignements universitaires me semblaient totalement indépendantes l'une de l'autre. Leur convergence récente doit beaucoup au cadre historique que le vice-président Lasserre a rappelé lorsque l'on a commencé à privatiser des sociétés concessionnaires dans un cadre de mises en concurrence. Aujourd'hui, la difficulté du sujet provient du fait que l'on s'interroge sur la convergence ou la divergence entre ces deux formules, chacune ayant ses avantages et ses inconvénients, notamment lorsque l'on envisage la privatisation de sociétés détentrices de droits exclusifs. À cette occasion, en effet, on se rend compte que l'on tend vers un système concessif, et donc vers un rapprochement entre les deux régimes.

Pour présenter le cadre général de cette question du rapprochement ou du non-rapprochement entre concession et privatisation, et savoir s'il faut maintenir ou non les divergences entre ces deux notions, j'aborderai dans un souci pédagogique sept points juridiques qui rapprochent ou, au contraire, éloignent ces deux concepts.

1) Les notions de privatisation et de concession

La privatisation est étroitement liée au critère « d'entreprise publique » retenu en droit français, à savoir la détention directe ou indirecte de plus de 50 % du capital par des personnes publiques ou des personnes morales de droit privé appartenant au secteur public.

Dans ce contexte, une opération de privatisation s'apparente donc à un transfert d'entreprise du secteur public au secteur privé. C'est-à-dire à une opération ayant pour effet de transférer au secteur privé plus de 50 % du capital d'une entreprise publique.

Évidemment, le lien est extrêmement étroit avec l'article 34 de la Constitution de 1958 qui réserve au législateur le soin d'y procéder³¹. Assez rapidement, on s'est rendu compte qu'il fallait établir une distinction entre la privatisation du capital et la privatisation de la forme juridique ; la privatisation de la forme juridique d'anciens établissements publics transformés en société précédant souvent l'ouverture de leur capital. C'est ainsi que France Télécom est devenue une société en 1996, EDF-GDF en 2004, Aéroports de Paris (ADP) en 2005, et La Poste en 2010. Il faudra attendre 2004 pour que France Télécom, qui était devenue une personne morale de droit privée, devienne une société du secteur privé, c'est-à-dire que son capital détenu par l'État passe sous la barre des 50 %. C'est ce qui est sensé advenir également avec ADP, même si le projet est actuellement suspendu.

Enfin, on distingue la privatisation et la délégation au secteur privé, qui est le fameux système concessif. Aujourd'hui, tout le monde connaît la définition de la concession qui est issue du code de la commande publique. Elle se définit comme un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie, soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit de ce droit assorti d'un prix.

Dans le système concessif, il y a donc un transfert de la personne publique à la personne privée d'une activité économique, et cela bien sûr pour une durée limitée.

Ainsi, l'on peut dire que la privatisation et la concession sont deux formes de transfert d'une activité économique au secteur privé. L'une définitive par le transfert d'une entreprise, et l'autre plus temporaire par habilitation à exploiter une activité économique. Tel était, jusqu'à une date récente, le seul point commun entre ces deux notions.

2) Le champ d'application

Le deuxième point juridique de divergence ou de convergence concerne le champ d'application. Comme le vice-président Lasserre l'a rappelé, les limites aux

31 « (...) La loi fixe également les règles concernant (...) les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé » (Constitution du 4 octobre 1958, article 34).



privatisations se heurtent aux notions de service public national et de monopole de fait ; étant entendu que ces deux concepts reposent, d'une part, sur un critère géographique puisque l'un comme l'autre doivent couvrir l'ensemble du territoire national et, d'autre part, sur le fait que pour le service public national il faut une activité de service public, et pour le monopole de fait il faut qu'il n'y ait pas d'activité en concurrence sur le même marché – même si l'appréciation du juge administratif ou du Conseil constitutionnel n'est pas celle de l'Autorité de la concurrence.

Dans ce contexte, il me semble que « l'affaire ADP » aurait pu conduire à poursuivre la réflexion sur cet aspect-là pour revoir les critères de service public national. En effet, ce que nous dit le million de personnes qui ont signé la pétition contre la privatisation d'ADP c'est que le service public national devrait être défini plutôt comme un service ou une activité ayant une importance fondamentale pour l'activité économique ou les rapports sociaux de la nation.

J'ai cru à un moment donné qu'il y avait là un tournant décrit par la première position prise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 mai 2019³² qui précise que la proposition de loi ne comporte pas par elle-même d'erreur manifeste d'appréciation au regard du neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Or, on sait que ledit service n'a pas d'ampleur nationale. Donc, soit il fallait comprendre que l'on évoluait dans la notion de service public national et qu'il n'y avait pas d'erreur manifeste d'appréciation parce que le service public national pouvait être défini comme quelque chose de fondamental pour l'activité économique ou les rapports sociaux de la nation, soit le Conseil constitutionnel aurait dû relever une erreur manifeste d'appréciation parce que précisément il n'y a pas de service public national puisque ADP n'intervient qu'au niveau local.

Je me suis dit que peut-être il y avait là un sujet. Mais non, le Conseil constitutionnel referme la porte avec sa décision du 16 mai 2019³³ avec contrôle de constitutionnalité classique, puisqu'il précise que l'activité d'ADP ne revêt pas une dimension géographique nationale, qu'il entre en concurrence avec d'autres acteurs, aéroports d'intérêt national ou international, ce qui le conduit à constater qu'ADP ne revêt pas en l'état les caractéristiques d'un service public national. Ainsi, l'on ferme la parenthèse et l'on reste sur la notion classique telle qu'exprimée en dernier lieu par l'avis du Conseil d'État du 14 juin 2018 sur la loi « PACTE »³⁴.

Dans ce contexte, *quid* des concessions ? Nous devrions avoir une certaine corrélation entre ces deux notions à travers, par exemple, un système de cercles concentriques, car ce qui ne peut pas être privatisé ne peut pas non plus être concédé et *vice versa*. Or il n'en est rien, car à l'origine il s'agissait de deux notions envisagées différemment ; mais que selon moi il faudrait rapprocher.

32 CC, décision n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019. Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris.

33 CC, décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019. Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises.

34 CE, Ass., 14 juin 2018, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, n°s 394599 et 395021. Avis rendu public et consultable sur le site Internet du Conseil d'État (www.conseil-etat.fr).

Ce que j'enseigne à mes étudiants c'est très classiquement que l'on ne peut pas concéder des activités de police³⁵, ou des activités régaliennes. C'est, par exemple, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les prisons³⁶. On ne peut pas concéder des activités régaliennes, mais on peut concéder des activités matérielles se rapportant à l'activité régalienne. Et, enfin, ce sont les avis du Conseil d'État sur les établissements publics de 1992 et 1994 selon lesquels un établissement public ne peut pas déléguer ou concéder les éléments essentiels de sa mission³⁷.

Ainsi, au vu de ces éléments, quand on tente d'établir une comparaison, il ne semble pas y avoir de rapport entre les deux limites extrêmes où l'on ne peut ni privatiser, ni concéder.

Cependant, des convergences existent sur ce point de droit.

Il y a la convergence relative aux interrogations actuelles sur le champ des privatisations et les limites posées par l'alinéa 9 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Certains auteurs des grandes décisions du Conseil constitutionnel se demandent si l'on ne devrait pas ne pas pouvoir privatiser les services publics constitutionnels qui sont une catégorie à part des services publics nationaux.

Je laisse la question en suspens et, à l'inverse, en ajoute une : est-ce que l'on ne pourrait pas privatiser un service public national lorsque cette opération implique le transfert des biens à l'État et la limitation de la durée du droit d'exploitation ? Sachant que c'est finalement ce que l'on a fait pour ADP et, dans une moindre mesure, pour la Française des jeux.

Autrement dit, lorsque l'on tend vers un système concessif, ne pourrait-on pas faire sauter les verrous constitutionnels ? Verrous qui en fait n'en sont pas, car c'est là une question d'interprétation. Sachant qu'il ne s'agit pas de changer la Constitution et encore moins le préambule de la Constitution de 1946, mais tout simplement l'interprétation que l'on en a pour parvenir à cette convergence. Je laisse également cette question en suspens.

3) Les procédures

Le troisième point de droit qui risque de poser davantage de difficulté concerne les procédures. Sans être une obstinée de la mise en concurrence, force est de constater que le champ des grands principes de la commande publique – même si je n'aime pas les nommer ainsi, car la transparence, la liberté d'accès et l'égalité ne sont pas spécifiquement attachés à la commande publique – oblige à la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence.

Or, selon moi, on n'a jamais déterminé le critère ou le champ d'application de ces principes. D'ailleurs, jusqu'où aller ? S'agissant des contrats de la commande publique, comme les concessions, tout le monde est convaincu qu'il existe une procédure de mise en concurrence, elle-même étendue aux autorisations

35 CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, n° 12045.

36 CC, décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002. Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

37 CE, avis du 2 juillet 1992 à propos de la délégation de la construction de lignes de chemin de fer par la SNCF ; et CE, avis du 16 juin 1994, *Établissements publics de santé*.



d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique par l'ordonnance de 2017³⁸. Mais il est indiqué qu'il s'agit là d'une procédure de sélection et non de mise en concurrence. On le voit, il existe des nuances. Et l'on peut envisager qu'une telle procédure soit étendue aux autorisations d'occupation du domaine privé en vue d'une exploitation économique, comme dans l'affaire *Promoimpresa*³⁹.

Aujourd'hui, les professions réglementées échappent aux règles de la commande publique, mais l'on pourrait se demander si, *via* la « directive services » de 2006⁴⁰, elles ne seraient pas aussi, sous certaines conditions et sous certaines formes, soumises à des procédures de mise en concurrence.

Enfin, notons que la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Sporting Exchange*⁴¹ de 2010 précise que lorsqu'il y a habilitation unilatérale avec octroi de droit exclusif, cela nécessite une procédure de mise en concurrence.

Il existe un dernier bastion : la cession des biens publics en dehors des biens de l'État. Dans ce cas précis, il y a certes une procédure mais celle-ci est une passoire comme on le constate dans le cadre des privatisations. En effet, dans ce domaine il n'existe aucune obligation procédurale sauf dispositions législatives spéciales.

Lorsque l'on considère l'ordonnance du 20 août 2014⁴² et son décret d'application⁴³, on se rend compte qu'elle ne fixe aucune procédure particulière. L'article 21-1 renvoie, le cas échéant, à un « *cahier des charges de l'appel d'offres* », mais sans indiquer quand il y a appel d'offres. Il existe bien une note de mars 2016 produite par la commission des participations et des transferts qui évoque l'existence de deux procédures, mais là encore on ne peut en tirer aucune obligation procédurale.

Notons également qu'il est admis et même convenu que le choix d'un associé par une personne publique n'est pas soumis à une exigence procédurale, puisque pour cela il aurait fallu prendre des textes, comme dans le cas d'une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP)⁴⁴. Ainsi peut-on en conclure qu'en dehors de texte précis, lorsqu'une personne publique ouvre le capital d'une société qui lui appartient elle n'est pas obligée d'instaurer une mise en concurrence.

38 Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

39 CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. jointes C-458/14 et C-67/15.

40 Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive Bolkestein »

41 CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van justitie*, aff. C-203/08.

42 Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique. Cette ordonnance, adoptée sur le fondement de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, « est applicable aux sociétés commerciales dans lesquelles l'État et ses établissements publics détiennent seuls ou conjointement, directement ou indirectement, une participation au capital » (art. 1, al. 1), et donne au mot « participation » sa plus large acception en visant toute participation quel que soit son pourcentage et son montant (art. 2, al. 1), rapprochant ainsi le mode de gouvernance des sociétés à participation publique du droit commun des sociétés.

43 Décret n° 2014-949 du 20 août 2014 portant application de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

44 Forme d'entreprise publique locale permettant à une collectivité locale ou son groupement de lancer un appel d'offre en amont de la constitution de la société, pour désigner l'actionnaire opérateur qui s'associera avec elle pour l'exécution d'un contrat qui lui sera attribué.



Enfin, notons qu'il existe un régime d'aides. En effet, le montant de la privatisation peut être constitutif d'une aide – même s'il y a d'autres méthodes comme l'expertise, à travers, par exemple, la commission des participations et des transferts, composée de fonctionnaires dont le vice-président Lasserre a souligné l'indépendance. Et l'on peut effectivement préciser que cette commission des participations et des transferts opère de manière extrêmement efficace, comme on le constate, par exemple, avec les deux privatisations actuellement en litige⁴⁵.

Ainsi, à moins d'introduire une disposition législative spéciale comme dans le cadre du dossier des aéroports, on ne peut que constater l'absence de mise en concurrence.

Cela signifie donc que, *via* le rachat de la majorité du capital d'une société publique qui dispose d'une infrastructure de première importance, il est possible de bénéficier, sans mise en concurrence, du droit d'exploiter de manière illimitée ladite infrastructure. Ce qui montre que l'on se rapproche du système concessif.

Cependant, il n'en demeure pas moins que si l'on veut vraiment rapprocher les deux régimes de concession et de privatisation, il faudra se pencher sur l'extension des obligations de mise en concurrence aux procédures de privatisation. Pour l'heure, la question reste ouverte.

4) Les biens

Le quatrième point concerne les biens. C'est là où les notions de concession et de privatisation présentent à la fois une grande différence et un rapprochement important.

Pour les concessions, depuis l'arrêt d'Assemblée *Commune de Douai* du 21 décembre 2012⁴⁶ et sa codification à l'article L. 3132-4 du code de la commande publique, tous les biens nécessaires au fonctionnement du service public sont réputés appartenir dès l'origine à la personne publique et lui faire retour gratuitement. Ainsi, pour les concessions, depuis presque une dizaine d'années, le choix de la qualification des biens n'existe plus ; de sorte que ceux-ci, nécessaires au service public, doivent être transmis au futur exploitant de l'activité en étant ou en restant la propriété des personnes publiques.

Bien différente est la situation des privatisations, car lorsque l'exploitant se porte acquéreur de la majorité du capital, s'opère en même temps un transfert définitif des biens. Pourquoi ? Parce qu'au moment où les établissements publics sont transformés en sociétés, les biens sont automatiquement transférés à la structure privée issue de la transformation et deviennent durablement une propriété privée.

Pour résoudre ce dilemme, des régimes de substitution à la domanialité publique ont été créés.

45 Aéroports de Paris (ADP) et la Française des jeux (FDJ).

46 CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.



Ainsi, par exemple, la loi de 2005⁴⁷ a imaginé un ensemble de mesures comme le droit d'opposition à certaines opérations, droit qui est devenu un droit d'autorisation préalable. Les biens y sont qualifiés d'« *ouvrages publics* » bien qu'appartenant à une personne privée et sont déclarés insaisissables. Le régime des baux commerciaux quant à lui en a été écarté.

Aujourd'hui, le législateur s'engage dans une voie plus radicale qui est celle du retour des biens à l'État. Ainsi, par exemple, pour la société Aéroports de Paris (ADP) les biens seront transférés en pleine propriété à l'État à l'issue de la période d'exploitation de soixante-dix ans. Et nous avons la même chose pour SNCF Réseau. En effet, en 1997, tout le réseau avait été transféré à l'établissement public Réseau ferré de France (RFF)⁴⁸, mais aujourd'hui l'article L. 2111-1 du code des transports est modifié⁴⁹ puisque la société SNCF Réseau n'est qu'attributaire des lignes du réseau ferré national.

Ainsi, nous pouvons conclure qu'il y a là un vrai rapprochement entre ces deux notions, puisque dans le cadre d'une privatisation les biens sont récupérés par l'État et que par conséquent l'on se rapproche indéniablement d'un système concessif.

Tout cela pose la question de la procédure à l'issue des périodes d'exploitation limitées accordées aux sociétés privatisées. C'est l'objet de mon cinquième point.

5) La limitation de la durée d'exploitation

Une concession est un contrat à durée limitée, avec un ensemble de règles expliquant le calcul de la durée ; contrat qui, une fois arrivé à son terme, est réouvert à la concurrence.

A *contrario*, la privatisation revêt un aspect définitif. On privatise le capital avec impossibilité de revenir en arrière. En revanche, et c'est ce que vient de faire le législateur à deux reprises, on peut limiter dans le temps le droit d'exploitation accordé à la société privatisée.

Pour ADP, le droit d'exploitation est limité à soixante-dix ans, pour la Française des jeux il est de vingt-cinq ans. Mais *quid* à l'issue de ces deux périodes ? Est-ce que l'on entrera dans un système concessif ? C'est-à-dire est-ce que l'on mettra en concurrence l'opérateur pour accéder à l'exploitation des biens (ou des activités s'agissant de la Française des jeux), ou est-ce que l'on répartira sur un système d'octroi de droits exclusifs pour de nouvelles durées ? La question peut aussi se poser pour la SNCF, puisque ses biens ont été de nouveau transférés à l'État, ce qui pourrait à l'avenir donner lieu à une mise en concurrence.

47 Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

48 Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire.

49 Article modifié par la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (article 172).

6) L'aspect onéreux du droit d'exploitation

Les dépenses importantes liées au droit d'exploitation constituent par rapport aux deux notions évoquées une vraie divergence.

Dans le système concessif, pour l'exploitant mis en concurrence, la règle est la limitation des « droits d'entrée ». L'exploitant n'a pas à payer pour accéder au système concessif. Les droits d'entrée dans le code de la commande publique sont d'ailleurs interdits, sauf exception dument justifiées dans certains contrats de concessions.

Ainsi, dans un avis du 19 avril 2005⁵⁰, le Conseil d'État envisage deux types de droits d'entrée réguliers : une indemnisation pour les investissements non amortis, et un paiement du coût des biens utiles à la délégation que le délégataire sortant aurait cédé à la collectivité.

Pour les privatisations en revanche, le montant à payer fait partie du contrat.

Ainsi, par exemple, à ce jour, l'on peut s'interroger pour savoir combien la Française des jeux va payer pour avoir le droit d'exploiter pendant vingt-cinq ans les droits qui lui sont accordés. Sachant bien sûr que pour l'État plus ce montant est élevé et mieux c'est.

Notons que la Commission européenne pousse à des frais élevés, car elle considère qu'un droit d'exploitation a un coût – on se souvient, par exemple, des débats qui eurent lieu sur la quatrième licence de téléphonie. Certes, on peut réduire ce montant pour des raisons d'ouverture à la concurrence – la société Free avait ainsi payé moins cher la quatrième licence au prétexte qu'elle allait être un concurrent très efficace. Toutefois, il n'en demeure pas moins vrai qu'aujourd'hui plus l'on fait payer cher à l'opérateur son droit d'exploitation et plus l'État est satisfait.

Dans ce contexte, il est donc important d'édicter des règles claires pour savoir à quel moment l'État confère un droit d'exploitation et à quel prix l'opérateur doit le payer.

7) La régulation

Mon dernier point cherchera à préciser quel type de régulation il est souhaitable de mettre en œuvre dans ces deux domaines.

Pour les concessions, on se rapportera aux prérogatives classiques prévues à la fois par le code de la commande publique, par les dispositions spécifiques du contrat, et par les règles générales applicables aux contrats administratifs. Mais la question se pose de savoir s'il faut rajouter ou non d'autres types de régulations.

50 CE, Avis, 19 avril 2005, Marchés et contrats administratifs, n° 371234.



À l'inverse, nous constatons un renforcement sans précédent de la régulation pour les sociétés privatisées. C'est sans doute une bonne chose, due probablement à l'histoire des sociétés concessionnaires d'autoroute auxquelles on a substitué un contrôle externe rigoureux à un contrôle interne – qui par ailleurs était critiqué depuis le rapport « Nora »⁵¹.

Enfin, on notera que la régulation sur les sociétés privatisées est renforcée sur trois points : l'activité de l'opérateur (comme dans le cas des sociétés ADP et la Française des jeux), la gouvernance et les biens. À ces trois points, nous pouvons ajouter la régulation par les autorités *ad hoc* d'un secteur donné lorsque l'opérateur agit dans ce cadre-là.

Conclusion

En guise de conclusion, on se posera la question de savoir – puisqu'il s'agit de contrôler l'exploitant privé d'une activité que l'on considère comme importante –, s'il ne faudrait pas également reconsidérer les deux types d'approches.

Cela nous permettrait de disposer du même système, à la fois pour les concessions et pour les sociétés privatisées, l'un n'excluant évidemment pas l'autre.

⁵¹ S. Nora, *Rapport sur les entreprises publiques*, remis au Premier ministre G. Pompidou le 7 avril 1967.





Pourquoi recourir à des opérateurs privés ?

La gestion des grandes infrastructures est de plus en plus souvent transférée des opérateurs publics aux opérateurs privés, par différents mécanismes : suppression de droits exclusifs, attribution de concessions, privatisation des opérateurs (titulaires de droits exclusifs ou de concessions).

Ainsi, la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises⁵² organise-t-elle la privatisation d'Aéroports de Paris (ADP) et l'exploitation des aérodromes que cette société gère selon un régime qui s'apparente à une concession.

Pourquoi recourir à des opérateurs privés ? Et en particulier, pourquoi privatiser les opérateurs publics ?

Sommaire

| | |
|----------------------------------|----|
| Biographie des intervenants..... | 31 |
| Actes de la table ronde..... | 35 |
| Échanges avec la salle | 69 |

⁵² Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « PACTE ».



Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modérateur

Jean Gaeremynck

Président de la section des finances du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Voltaire », Jean Gaeremynck a débuté en 1980 sa carrière au Conseil d'État à la section du contentieux, où il a notamment été commissaire du Gouvernement puis assesseur, mais aussi à la section sociale et au centre de documentation. Conseiller juridique du Président de la République du Sénégal de 1985 à 1989, il a également exercé des responsabilités au sein de l'administration française : directeur adjoint, puis directeur du cabinet du garde des Sceaux (1993-1995), directeur de la population et des migrations au sein du ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale (1997-2005), et délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi (2005 à 2008). Par ailleurs, en 2012-2013, il a été administrateur provisoire de l'Institut d'études politiques de Paris. Jean Gaeremynck est président de la section des finances du Conseil d'État depuis novembre 2017 et, à ce titre, vice-président de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF). Il est également président du conseil d'administration de l'Agence nationale du contrôle du logement social et membre de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

Intervenants

Marc Legrand

Directeur des concessions du groupe Eiffage

Ancien élève de l'École polytechnique et ingénieur du corps des Ponts et Chaussées, Marc Legrand a débuté sa carrière au sein de la fonction publique où il a exercé différentes missions dont celles d'adjoint puis de chef du service du charbon au ministère de l'industrie (1984-1987), de conseiller technique pour les transports terrestres au cabinet du ministre délégué chargé des transports (1987-1988), et de conseiller auprès du directeur de l'eau et de la propreté à la mairie de Paris (1988-1989). Au sein du groupe Eiffage, il a été directeur de département à la direction des grands travaux (1989-1993), directeur régional Île-de-France travaux publics (1993-1997) et directeur des grands travaux (1997-2000) de la société Quillery (filiale). Marc Legrand a été ensuite directeur général de la compagnie Eiffage du viaduc de Millau (filiale) (2001-2005), vice-président puis président de TP Ferro (filiale) (2005-2011), étant président d'Eiffage Rail Express depuis 2001. À ce titre, il devient membre du comité exécutif du groupe Eiffage. Depuis le 1^{er} septembre 2017, Marc Legrand est directeur des concessions du groupe Eiffage.

Marcel G. Zuckschwerdt

Directeur général adjoint de l'office fédéral de l'aviation civile suisse, chef de la division stratégie et politique aéronautique

Marcel G. Zuckschwerdt est titulaire d'une licence en droit de l'université de Genève et d'un diplôme en développement d'entreprise de la Haute École spécialisée de la Suisse du Nord-Ouest. Après avoir travaillé dans différents postes à responsabilité dans le domaine des migrations au sein du ministère de la justice, il a rejoint l'office fédéral de l'aviation civile en 2001. Il dirige, depuis 2005, la division stratégie et politique aéronautique comme directeur général adjoint. Cette division traite, entre autre, des demandes de concession et d'autorisation d'exploitation des aéroports et approuve leurs règlements d'exploitation. Elle est chargée de la conception du droit aérien national et coordonne la participation de la Suisse à l'élaboration des normes internationales. Elle se charge également de la conclusion d'accords bilatéraux et multilatéraux, contrôle la viabilité économique des compagnies aériennes et des aéroports et exerce la surveillance sur les systèmes de redevance de ces derniers. Marcel G. Zuckschwerdt a été de 2002 à 2017 membre fondateur de la fondation *Myclimate*, et membre de 2009 à 2016 du conseil d'administration de l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA). Il représente aujourd'hui la Suisse au comité du ciel unique européen (*Single Sky Committee*, SSC) et siège depuis 2005 au conseil d'administration de l'aéroport binational de Bâle-Mulhouse.

David Azéma

Associé chez Perella Weinberg Partners

David Azéma est associé chez Perella Weinberg Partners, chargé du développement des activités en France. Auparavant, David Azéma était président de Global Infrastructure et vice-président de Global Corporate and Investment Banking Europe chez Bank of America Merrill Lynch. De 2012 à 2014, David Azéma a été directeur général, commissaire aux participations de l'État à l'Agence des participations de l'État (APE) où il a supervisé les participations de l'État français dans des entreprises publiques ou à participations publiques, notamment EDF, Engie, Orange, Renault, Safran et Airbus. Avant cela, il a été Président du directoire de Keolis, une société mondiale du transport en commun, directeur général délégué du groupe SNCF, un des principaux groupes français de transport et de logistique, directeur général de Vinci Concessions, la division infrastructure de Vinci, une entreprise mondiale de concessions et de construction et P.-D.G. d'Eurostar Group Ltd., le service ferroviaire passagers à grande vitesse entre le Royaume-Uni et l'Europe continentale. Titulaire d'une licence en droit, David Azéma est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA).



Stéphane Saussier

Professeur d'économie à l'institut d'administration des entreprises (IAE) de Paris université Panthéon-Sorbonne, directeur de la chaire de recherche sur l'économie des partenariats public-privé

Stéphane Saussier est professeur à l'IAE de Paris où il dirige la chaire sur l'économie des partenariats public-privé. Spécialiste de renommée internationale en économie des partenariats public-privé, il a récemment écrit, avec Jean Tirole (prix Nobel d'économie 2014), un rapport pour le Conseil d'analyse économique (CAE) présentant des prescriptions afin d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Il a publié plusieurs ouvrages ainsi qu'une cinquantaine d'articles dans des ouvrages et dans des revues à comité de lecture. Il est régulièrement mobilisé pour des rapports d'expertise, notamment auprès de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Organisation des Nations Unies ou le Parlement européen.

Gilles Carrez

Député du Val-de-Marne, membre de la commission des finances

Diplômé de l'école des Hautes Études commerciales de Paris (HEC) et de l'École nationale d'administration (ENA), Gilles Carrez a été maire du Perreux-sur-Marne de 1992 à 2016 et 2^e vice-président de la Métropole du Grand Paris (établissement public de coopération intercommunale [EPCI] regroupant Paris et la petite couronne) en charge des finances et de la création de cette collectivité (2016-2017). Il est député du Val-de-Marne depuis 1993. Gilles Carrez a été l'instigateur de la loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété, dite loi « Carrez », destinée à protéger les acquéreurs de logements. Ancien rapporteur général de la commission des finances à l'Assemblée nationale (2002-2012), puis président de ladite commission (2012-2017), Gilles Carrez a été également président du comité des finances locales et du conseil d'orientation des finances publiques. Il est reconnu par ses pairs comme l'un des meilleurs experts du budget et des finances de l'État.





Actes – Pourquoi recourir à des opérateurs privés ?

Jean Gaeremynck

Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Le thème de notre première table ronde s'intitule : pourquoi recourir à des opérateurs privés ? C'est là un intitulé bref, voire laconique, qui nécessite quelques explications.

En France, la puissance publique, et l'État en particulier, est tenue pour comptable en dernier ressort de tout ce qui affecte fortement la vie quotidienne des entreprises et des particuliers. Si cela est naturel, s'agissant des domaines régaliens comme la sécurité ou la justice, cela pose question dans d'autres domaines comme, par exemple, l'éducation, ou lorsque cela affecte la sphère économique.

Il y a, certes, dans la sphère économique, des activités d'intérêt général qui revêtent une telle importance, ou qui sont adossées à des infrastructures d'une telle ampleur, qu'elles sont considérées dans l'esprit des Français comme possédant par nature un caractère de service public qui relèverait alors directement de la responsabilité de la puissance publique, c'est-à-dire de l'État.

Mais, il est également étrange de constater, comme le faisait remarquer le vice-président Bruno Lasserre, qu'une autre singularité française, à la différence de beaucoup d'autres pays, est de ne pas avoir de suspicion sur la véritable capacité de l'État à gérer des activités à caractère économique.

C'est sans doute pourquoi, eu égard à l'importance à la fois des investissements à réaliser, des coûts d'exploitation et de la complexité de la gestion de telles activités, la puissance publique a toujours recherché le concours, sous une forme ou sous une autre, d'opérateurs privés.

Nous avons ainsi pu observer la répétition historique d'un tel scénario, notamment dans les domaines autoroutier et aéroportuaire. Un scénario dans lequel nous sommes passés successivement de l'appel à une personne publique différente de l'État ou des collectivités publiques à une personne privée.

En effet, si une telle personne morale différente pouvait, dans un premier temps, être une personne publique – comme par exemple un établissement public –, elle pouvait, dans un second temps, devenir une personne de forme privée, comme par exemple une société commerciale. Cette dernière formule ouvrant alors la voie – ce qui était souvent le but de l'opération – à l'entrée de capitaux privés, et donc à des modifications du capital pouvant parfois aller progressivement jusqu'à la privatisation. C'est ainsi que le recours à la concession a pu dans certains cas déboucher sur la privatisation.

Ce scénario historique, et de façon générale le recours à des opérateurs privés pour gérer de grands services publics, n'est pas nouveau. Il est dans une certaine mesure ancré dans notre histoire et devrait nous être familier, de sorte que le plus grand nombre devrait pouvoir s'accorder sur le caractère positif de ses résultats. Qu'aurions-nous, en effet, aujourd'hui, comme réseau d'autoroutes s'il n'y avait pas eu le recours aux sociétés concessionnaires d'autoroutes ?

Pourtant, tout se passe comme si dans l'opinion subsistait tout de même un doute, une interrogation fondamentale, sur la légitimité du recours à des opérateurs privés. Sans doute parce qu'en France, comme le rappelait le vice-président dans son introduction, la question des privatisations a toujours été idéologiquement et politiquement marquée ; comme le prouve l'actualité récente avec le référendum d'initiative partagée (RIP)⁵³ contre la privatisation d'ADP, quand bien même celui-ci a échoué à recueillir le nombre de soutiens requis⁵⁴.

Tout le monde garde encore à l'esprit ces questions-là, ce qui montre bien l'extrême sensibilité de nos concitoyens sur ce sujet.

Alors, bien sûr, les éléments de réponse seront très largement à rechercher dans des dispositions de nature à préserver les équilibres entre l'intérêt général, la qualité des services rendus aux usagers et les incitations nécessaires aux opérateurs privés pour venir dans ces opérations – aspect qui sera l'objet de la seconde table ronde.

Pour ce qui nous concerne, nous avons choisi, avec cette première table ronde, de commencer par poser la question de savoir *pourquoi recourir à des opérateurs privés*. Pour cela, nous avons fait appel à des personnalités particulièrement bien placées pour nous faire part de leurs témoignages et de leurs analyses. Je me réjouis donc d'être entouré pour cette séance de responsables d'entreprises, de responsables administratifs et politiques et d'un universitaire spécialiste de ces questions.

C'est pourquoi, sans plus attendre, je donne la parole à M. Marc Legrand, directeur des concessions du groupe Eiffage, opérateur majeur dans le domaine des grandes infrastructures, qui entretient et exploite notamment 2 323 km d'autoroutes en France *via* ses filiales APRR et AREA et qui a obtenu récemment la concession de l'aéroport de Lille-Lesquin pour une durée de vingt ans à compter du 1^{er} janvier 2020. Je vous remercie donc M. le directeur de bien vouloir introduire cette première table ronde en nous faisant part de votre expérience et de votre analyse personnelle du sujet.

Marc Legrand

Directeur des concessions du groupe Eiffage

Merci Monsieur le président. Je remercie également le Conseil d'État de m'avoir invité à participer à ce colloque pour débattre de ce sujet actuel et important.

53 Le référendum d'initiative partagée (RIP) est une procédure permettant à une proposition de loi présentée par un cinquième des membres du Parlement d'être inscrite à l'ordre du jour des assemblées si elle est soutenue par 10 % des électeurs (soit 4 717 396 personnes).

54 Selon le Conseil constitutionnel, 1 093 030 signatures ont été enregistrées et validées au cours de la période de recueil des soutiens (CC, décision n° 2019-1-8 RIP du 26 mars 2020).



Comme vous l'avez souligné, la question posée est brève, mais elle a le mérite de la simplicité. Pourquoi, au nom de l'intérêt général, vouloir faire intervenir des prestataires privés ? Il serait bien présomptueux de répondre à une telle question de manière catégorique.

C'est pourquoi, j'ai plutôt choisi de vous faire part de mon expérience professionnelle, d'évoquer la manière dont les concessions dont j'ai eu à connaître se sont déroulées, et également de vous faire part de certaines considérations sur ce que le partenaire privé a pu nous apporter.

Notons, tout d'abord, que lorsqu'un partenaire privé travaille pour la puissance publique il n'est pas contraint de le faire ; il intervient dans le cadre d'une décision librement consentie par la personne publique. Ensuite, cette intervention a lieu dans un cadre régulé. Enfin, sauf contradiction majeure au nom de l'intérêt général, tout cela se fait après une mise en concurrence.

Dans ce contexte, comment procédons-nous concrètement au sein du groupe Eiffage ?

1) Le viaduc de Millau

Le premier sujet qui m'a particulièrement marqué, de façon positive, est la construction du viaduc de Millau⁵⁵.

Initialement, l'État devait être maître d'ouvrage en concession du viaduc de Millau. Mais, pour des raisons essentiellement budgétaires, le gouvernement de l'époque a décidé de lancer un appel d'offre en concession.

Cette mise en concurrence appelle de ma part deux observations.

La première est que la concurrence était très forte, et que nous avons dû faire preuve d'imagination dans notre réponse pour nous distinguer. Ainsi, plutôt que d'envisager un tarif annuel uniforme, comme c'est le cas en général, nous avons imaginé une distinction tarifaire entre l'été et l'hiver. Le tarif hiver étant naturellement moins élevé que le tarif été. Cela a été une décision utile pour limiter la part tarifaire des usagers locaux pendant les mois d'hiver. Cette distinction a été transmise au Conseil d'État qui l'a fort heureusement approuvée, qui plus est dans un délai rapide.

La seconde observation concerne l'aspect budgétaire de notre projet de réponse. Au départ, celui-ci reposait sur des hypothèses de trafic qui nous obligeaient à demander à l'État une subvention de deux cents millions de francs sur un montant global d'opération de quelques deux milliards cinq cents millions de francs. Devant le refus du P-DG Jean-François Roverato de présenter une réponse à l'appel d'offres qui puisse inclure une demande de subvention pouvant nous porter préjudice face à la concurrence, et qui plus est d'un montant relativement faible rapporté au

⁵⁵ Cet ouvrage, qui constitue le maillon le plus spectaculaire de l'A75 Clermont-Ferrand-Béziers, culmine à 343 mètres de hauteur et s'étend sur 2 460 mètres. Mis en service en 2004, il est le pont de tous les records non seulement par ses dimensions, mais aussi par ses quatorze années de préparation, ses trois années de construction et par la mobilisation de toutes les branches d'Eiffage (près de 600 compagnons au plus fort des travaux).



budget global de l'opération, nous avons sciemment amélioré nos prévisions de trafic – exercice toujours délicat et sujet à caution. C'est ainsi qu'au final notre dossier a été présenté sans demande de subvention et que nous avons eu la chance de remporter l'appel d'offres.

Pour conclure sur ce premier exemple, je dirais que ce type de dossier de concession présente un genre d'opération en général destinée à être favorable à l'État. C'est en tout cas ce que j'ai pu observer durant ma carrière.

2) La ligne ferroviaire de Perpignan à Figueras

La seconde concession que je souhaiterais évoquer, et qui me laisse malheureusement un souvenir plutôt amer, est la concession de ligne de train à grande vitesse qui va de Perpignan à Figueras (Espagne)⁵⁶. Il s'agit de la première grande concession ferroviaire accordée après Eurotunnel, avec deux acteurs majeurs : la SNCF et la Renfe⁵⁷. Le projet en soi représente un investissement d'environ 1,2 milliard d'euros – une somme importante due aux 8,3 kilomètres du tunnel du Perthus construit sous les Pyrénées.

Dans cette affaire, nous avons le sentiment que la SNCF a énormément poussé ce dossier de concession, qui était pour elle un enjeu extrêmement fort. Mais, au final, sa prévision de trafic s'est révélé fausse, au point que la réalité était même trois fois moindre que les chiffres annoncés.

Or, le problème rencontré est que nous n'avions pas mis dans le contrat les clauses nécessaires à prévenir ce genre d'erreur. Ce qui fait que nous nous sommes retrouvés dans une situation délicate aux prises avec une circulation ferroviaire non rentable. Cette situation nous a mis dans l'incapacité d'honorer notre dette.

À partir de là, il y a eu deux attitudes de la part de l'État. D'une part, celui-ci a considéré que nous avons signé et que par conséquent les inconvénients étaient à notre charge et, d'autre part, qu'il ne nous viendrait pas en aide. De sorte qu'en septembre 2016, sous l'égide du tribunal de commerce de Gérone, les actionnaires de TP Ferro et ses créanciers financiers n'étant pas parvenus à un accord sur un plan de restructuration du concessionnaire, la voie était ouverte vers la liquidation et la résiliation du contrat de concession. La société TP Ferro a donc été mise en liquidation judiciaire.

Bien sûr, les gouvernements français et espagnols s'étaient préparés à cette éventualité en signant, en mai 2016, un accord international. La France et l'Espagne ont ainsi repris la ligne à grande vitesse Perpignan-Figueras, confiant sa gestion, fin 2016, à Linea Figueras Perpignan, filiale de SNCF Réseau et ADIF (*Administrador de infraestructuras ferroviarias*), afin d'assurer la continuité de service public ferroviaire entre les deux pays.

56 En février 2004, TP Ferro (coentreprise à 50/50 entre les groupes espagnol ACS et français Eiffage) remportait l'appel d'offres lancé par la France et l'Espagne pour la construction et l'exploitation, pour une durée de cinquante ans (portée à cinquante-trois ans), de la liaison ferroviaire à grande vitesse de 44,4 km, dont un tunnel de 8,3 km traversant les Pyrénées, entre Perpignan et Figueras, assurant la connexion à écartement standard européen entre les réseaux ferroviaires des deux pays.

57 La Renfe (*Red nacional de los ferrocarriles españoles*) est la compagnie ferroviaire nationale espagnole.



Ce projet est donc pour nous un échec, d'autant plus douloureux que nous avons su achever, dans les délais et au meilleur coût, un ouvrage complexe avec notamment la réalisation de deux tunnels et le fait qu'il fallait travailler dans un contexte où nous mêlions deux systèmes ferroviaires hétérogènes – le système espagnol ayant ses propres normes.

Il doit être noté que dans ce type de projet, la plus-value de l'entreprise privée est qu'elle est la mieux placée pour optimiser ses coûts d'investissement. Pourquoi ? Parce qu'une entreprise privée a l'obsession de la perte d'argent. Elle sait que si elle perd de manière régulière son argent, elle perd son indépendance. Le chef d'entreprise a intégré en lui cette contrainte dont dépend l'avenir et donc la vie de sa société. *A contrario*, l'État, ou une entreprise publique, a très peu de chance de faire faillite ou de disparaître. C'est aussi ce côté angoissant qu'Eiffage a vécu dans cette affaire.

J'ajoute que dans les projets de concessions qu'ils réalisent, nos techniciens, nos compagnons et nos ingénieurs sont tous absolument conscients qu'ils travaillent pour le bien commun. Et en disant cela, je pense notamment à tous ceux qui ont travaillé à la construction du viaduc de Millau et qui en gardent une très grande fierté. L'attachement de tous à la réalisation d'un ouvrage qui concourt à l'intérêt général est profond chez eux. C'est le gage de réussite de nos projets.

Jean Gaeremynck

Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci beaucoup M. Legrand pour ces exemples extrêmement concrets et vivants qui présentent le témoignage précis d'un responsable d'entreprise dans le contexte français, même s'il s'agit de deux opérations assez différentes pour Eiffage concessions.

Je me tourne maintenant vers un responsable d'entreprise d'un autre pays, la Suisse, M. Zuckschwerdt, directeur général adjoint de l'office fédéral de l'aviation civile de la Confédération helvétique, pour lui demander, compte tenu de la vue d'ensemble qu'il a à travers ses fonctions, de nous parler de la façon dont sont gérés les aéroports : de Zurich, géré par une société cotée en bourse, et de Genève qui appartient au canton de Genève. J'ajoute que M. Zuckschwerdt est aussi membre du conseil d'administration de l'aéroport de Bâle-Mulhouse, ce qui est également une autre singularité. M. le directeur général vous avez la parole.

Marcel G. Zuckschwerdt

Directeur général adjoint de l'office fédéral de l'aviation suisse,
chef de la division stratégie et politique aéronautique

Merci beaucoup M. le président. Je remercie également le vice-président Lasserre de m'avoir invité à participer à ce colloque, car c'est pour moi un grand honneur d'être reçu au Conseil d'État, notamment en tant que citoyen suisse.



Comme vous l'avez annoncé, j'évoquerai mon expérience en tant que régulateur suisse des infrastructures aéroportuares. En écoutant les premières interventions, je m'aperçois que nous avons une perception quelque peu différente de l'importance des infrastructures aéroportuares. Pourquoi les aéroports sont-ils importants pour la Suisse ? Parce qu'ils génèrent naturellement de la valeur ajoutée et des emplois. La Suisse n'ayant pas d'accès à la mer, l'aviation civile revêt pour notre économie une grande importance : environ 40 % du fret en valeur quitte la Suisse par avion, et il existe une corrélation importante entre les liaisons aériennes offertes par nos infrastructures et nos plateformes et notre produit intérieur brut (PIB). C'est pourquoi, nous considérons que le nombre et la qualité des dessertes par avion sont des éléments fondamentaux pour le développement de l'économie suisse. Nous parlons alors de connectivité aérienne, c'est à dire du nombre de liaisons aériennes directes ou indirectes offertes au départ de la Suisse.

Une étude récente de la Banque mondiale établit une relation très étroite entre la connectivité aérienne et la croissance du PIB. De manière globale, une baisse de 10 % de la connexion aérienne engendre une réduction de 1 % du PIB. Tout ceci, pour souligner l'importance de nos trois aéroports nationaux que sont Zurich, Genève et Bâle-Mulhouse ; Bâle-Mulhouse étant une plateforme binationale gérée par un conseil d'administration composé de seize membres (huit français et huit suisses), que nous considérons comme un aéroport national, et que les Français classent comme leur cinquième aéroport régional.

Notons que ce type d'infrastructure d'importance nationale, bien qu'étant en concurrence avec les autres plateformes que sont Paris, Amsterdam ou Londres, possède au niveau du territoire suisse le caractère d'un monopole de fait.

Ceci est d'autant plus intéressant que la Confédération suisse, avec son système fédéral et ses vingt-six cantons, n'est propriétaire d'aucune de ces plateformes.

La plateforme de Genève est aux mains du Canton de Genève, il s'agit donc d'une entreprise publique aux mains d'une collectivité publique. Le cas de Bâle-Mulhouse est régi par un traité international datant de 1949. À l'époque, la France a apporté les terrains nécessaires à la construction de cette plateforme et la Suisse les fonds pour construire cet aéroport au sortir de la seconde guerre mondiale. Aujourd'hui, la Confédération n'est pas à proprement parler propriétaire, mais seulement copropriétaire de cette plateforme. Enfin, l'aéroport de Zurich qui était aux mains d'une collectivité publique, le Canton de Zurich, a été privatisé en l'an 2000 pour différentes raisons sur lesquelles je reviendrai.

Les concessions d'exploitation

Dans ce contexte, je vais donc essayer de vous expliquer, à partir de ces trois exemples que sont les aéroports de Genève, de Zurich et de Bâle-Mulhouse, quels sont selon moi les avantages et les inconvénients de ces différentes formes juridiques.

Si la Confédération suisse légifère de façon exclusive en matière d'aviation civile, en revanche, elle n'exploite pas les aéroports nationaux mais délivre des concessions



– en dehors du cas spécifique de l’aéroport Bâle-Mulhouse qui relève d’un traité international. Ces concessions ont une durée de vie de cinquante ans. Délivrées en 2001, elles courent donc jusqu’en 2051⁵⁸.

En Suisse, dans la concession, il n’y a ni contrat, ni obligation de remplir certaines des exigences contractuelles habituelles. Ces concessions sont en quelque sorte des coquilles vides. La concession a principalement pour but d’assurer la sécurité du concessionnaire en termes d’investissements, de lui permettre de prélever des redevances et des taxes et de lui offrir un droit d’expropriation, comme par exemple pouvoir exproprier les terrains dans un certain périmètre autour de l’aéroport en cas de nuisances, etc.

Il est important de le souligner cet aspect, car il diffère de la concession à la française. En Suisse, la concession a plutôt comme objectif la sécurité juridique de l’investisseur et n’indique pas la manière dont l’aéroport doit être exploité.

Bien sûr, la Confédération exerce un pouvoir d’influence sur l’exploitation et sur le développement de ces plateformes aéroportuaires en recourant à certains leviers. J’en citerai trois.

- Le premier levier est ce que nous appelons le « plan sectoriel de l’infrastructure aéronautique ». Ce plan sectoriel délimite les principaux objectifs de la plateforme, ainsi que d’autres thèmes comme les horaires d’exploitation, les grandes lignes des routes de départ et d’arrivée, ou le territoire exposé au bruit – ce qui déterminera une carte du bruit que l’aéroport devra respecter. Ce plan sectoriel est conçu en collaboration avec la collectivité publique et avec la population qui peut donner son avis, mais la décision finale d’approbation est du ressort du Gouvernement sans possibilité de recours contre cette décision – puisqu’il n’y a pas de contrôle constitutionnel en Suisse.

- Le deuxième levier d’action est le règlement d’exploitation que le concessionnaire soumet à l’autorité. Dans le règlement d’exploitation, sont indiqués les détails de cette exploitation, comme par exemple les routes d’approche, les routes de départ, la description de l’organisation du service d’incendie, les heures d’ouverture, ou l’existence éventuelle de restrictions pour certaines catégories d’aéronefs, etc. Ce règlement d’exploitation doit être conforme au plan sectoriel tel qu’approuvé par le Gouvernement. Et c’est ici qu’intervient le contrôle démocratique de l’exploitation de l’infrastructure : une fois que le dossier a été validé comme complet par l’autorité, une mise à l’enquête publique a lieu si la modification de ce règlement a des répercussions importantes sur l’exposition au bruit des riverains. Notre autorité va ensuite se prononcer sous forme de décision ; une décision qui est attaquable en justice devant le tribunal fédéral administratif et au besoin en dernière instance devant le tribunal fédéral. Toute personne ou collectivité qui a fait opposition par écrit pendant la phase de mise à l’enquête publique est habilitée à

58 Une concession oblige l’exploitant d’un aéroport à mettre à la disposition des usagers l’infrastructure nécessaire et lui confère le droit de prélever des taxes pour couvrir ses prestations. Par contre, la concession ne comporte pas de disposition sur les futures modalités opérationnelles de l’aéroport, qui font l’objet d’un règlement d’exploitation devant être approuvé par l’office fédéral de l’aviation civile (OFAC).



recourir auprès de ces deux tribunaux. La difficulté réside ici pour la Confédération dans le fait que ce n'est pas elle qui fabrique ce règlement d'exploitation, mais c'est le concessionnaire qui le propose ; et il n'existe pas de possibilité pour l'État fédéral de forcer le concessionnaire à réaliser quelque chose qu'il ne souhaite pas faire.

- Le troisième et dernier levier est le contrôle des redevances aéroportuaires. En Suisse, la réglementation sur les redevances aéroportuaires a trois objectifs : empêcher l'instauration de tarifs sans lien avec la prestation fournie dans un contexte de monopole, ne pas dissuader les aéroports d'investir dans les capacités, la qualité et la sécurité des installations aéroportuaires et, enfin, inciter les aéroports à investir dans les activités commerciales hors du domaine proprement aéronautique. Le but recherché étant d'assurer durablement la stabilité économique de l'aéroport en tant qu'entreprise à part entière. Ainsi, nous avons en Suisse, pour les aéroports de Zurich et de Genève, le système dit de la « double caisse aménagée ». C'est-à-dire, d'une part, une caisse qui va concerner les redevances aéronautiques en relation directe avec l'activité aéronautique et, d'autre part, une seconde caisse où sont regroupées les activités commerciales de l'aéroport. Pourquoi cette double caisse est-elle dite « aménagée » ? Parce qu'en théorie il est prévu qu'une certaine partie des revenus non aéronautiques revienne à la caisse aéronautique puisque ce sont les pistes aéroportuaires qui amènent les passagers et donc génèrent l'activité commerciale. Cette double caisse aménagée a toute son importance dans notre réglementation.

Les avantages et les inconvénients

Dans ce contexte, il convient de s'interroger pour savoir quelles sont les différences juridiques qui peuvent apparaître entre les différentes plateformes aéroportuaires.

L'aéroport de Zurich est titulaire d'une concession, et cette société est cotée en bourse. Cela a pour conséquence que chaque décision prise a immédiatement une incidence sur l'action en bourse. Mais il faut noter que le canton de Zurich – collectivité publique – détient 33 % des actions de cette société et possède un droit de veto sur les questions environnementales, ce qui s'avère parfois un frein au développement de la plateforme. De la même façon, si l'on souhaite développer la plateforme aéroportuaire, prolonger une piste ou faire des constructions importantes pour augmenter la capacité d'accueil de l'aéroport, on doit avoir l'aval du Gouvernement. Il existe certes des voies de recours cantonales, ou la possibilité d'organiser un référendum, mais ce sont là des voies toujours un peu délicates.

L'aéroport de Genève est, quant à lui, une entité à part entière de droit public. De sorte que cette plateforme aéroportuaire se voit plutôt comme un service (public) rendu à l'économie de la région – un peu comme l'aéroport de Bâle-Mulhouse. *A contrario*, lorsque l'on évoque l'aéroport de Zurich, on parle plus naturellement de maximisation du profit comme avec toute entreprise privée.

Dès lors, quels sont les avantages et les inconvénients de ces différents modèles ? Y a-t-il un système plus performant que l'autre ? C'est une question à laquelle il est assez difficile de répondre. Ce que l'on peut dire, c'est que l'aéroport de Zurich, coté en bourse, a su davantage développer ses activités extra-aéronautiques. Il vient,



par exemple, d'investir un milliard de francs suisses dans un centre commercial voisin de l'aéroport, profitant ainsi du trafic aéroportuaire qui lui amène des clients. Et nous pensons que si l'aéroport de Zurich est classé parmi les meilleurs aéroports européens, cela tient en partie à son statut privé et à sa réactivité qui est bien plus grande que celle d'une entreprise appartenant à une collectivité publique.

D'ailleurs, lorsque l'on compare les aéroports entre eux, on voit qu'il existe un retard dans les investissements au niveau de l'aéroport de Genève et en partie également au niveau de l'aéroport de Bâle-Mulhouse. C'est un retard que nous ne constatons pas au niveau de l'aéroport de Zurich.

Ce qui n'ôte rien à la fierté d'avoir avec l'aéroport de Bâle-Mulhouse un aéroport binational qui fonctionne bien et qui est un cas unique puisqu'il n'existe pas d'autres aéroports binationaux au monde.

Jean Gaeremynck

*Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup M. le directeur général pour votre témoignage extrêmement riche et intéressant de responsable d'entreprise dans un autre contexte que le contexte français. Je donne maintenant la parole à un autre homme d'entreprise, M. Azéma, qui a été directeur général délégué de Vinci concessions et président du directoire de Kéolis, ainsi que directeur général de l'agence des participations de l'État pendant plusieurs années. À ce titre, M. Azéma, vous avez donc eu une vue d'ensemble des processus de privatisation pendant une certaine période. C'est pourquoi, je souhaite vous demander quelle est votre réponse à notre question de base.

David Azéma

Associé chez Perella Weinberg Partners

Merci Monsieur le président. Pour quelles raisons, en effet, recourir à des opérateurs privés ? Ou plutôt, pourquoi vouloir à tout prix recourir à des opérateurs privés ? Puisque les acteurs publics sont absolument légitimes et disposent, par définition et par construction, des meilleures compétences et qualités. Je me demande même si nous ne sommes pas en Chine à l'époque où Deng Xiaoping⁵⁹ préparait l'évolution de l'économie planifiée vers l'économie privée ? Je pense que notre grand malheur, en France, est que l'on considère toujours que l'opération publique est la norme et l'opération privée l'exception. Sinon, pourquoi, dans cette enceinte, poser la question dans ce sens ?

En réalité, je pense que nous avons tendance à oublier trop rapidement ce grand principe qui est que la vocation de l'État, de l'administration, n'est pas normalement de gérer des services que le secteur marchand sait gérer naturellement.

J'ajouterais qu'il arrive que le secteur privé développe spontanément des infrastructures et/ou des services fondamentaux pour l'économie et les secteurs sociaux. C'est un aspect que nous devons garder à l'esprit, en particulier dans la

⁵⁹ Deng Xiaoping (1904-1997), ancien secrétaire général du parti communiste chinois (1956-1967) et ancien dirigeant de la république populaire de Chine (1978-1992).

période historique que nous traversons où l'évolution des technologies, notamment numériques, crée des monopoles naturels et/ou des services absolument fondamentaux pour nos concitoyens qui ne sont pas d'origine publique ou qui n'ont pas été régulés par la puissance publique et qui, de ce fait, échappent à tous les principes auxquels nous avons fait référence aujourd'hui.

C'est pourquoi, hors exceptions, comme par exemple la manufacture de Sèvres ou les arsenaux, l'on admet généralement que les opérateurs privés sont les mieux adaptés pour produire des biens alors que, à l'inverse, le public doit se concentrer sur les services dont les caractéristiques sont d'être fondamentalement nécessaires à l'économie et aux rapports sociaux.

Cela laisse une large zone grise très liée au contexte culturel. Prenons l'exemple de la médecine. Au Royaume-Uni, la médecine est étatisée à travers le *National Health Service* (NHS). Ce qui fait que pour un britannique le système français est difficilement imaginable puisqu'il confie la santé, bien collectif, à des opérateurs privés : les médecins libéraux. À l'inverse, le Français se demande comment l'on peut confier à des opérateurs privés, les assurances, plutôt qu'à la Sécurité sociale quelque chose d'aussi fondamentale que le financement de la santé des citoyens.

Prenons un autre exemple : les moyens de transport « public » ont-ils vocation à être opérés par le secteur privé ou par le secteur public ? Quel est le dernier moyen de transport dont nous avons besoin ? Il s'agit du taxi – ou de la voiture de transport avec chauffeur (VTC). Quand il n'existe pas de moyen de transport collectif, et que l'on n'est ni propriétaire ni locataire d'une voiture, comment aller à l'hôpital en cas d'urgence ? Il faut prendre un taxi ou un VTC. Or, les taxis sont largement opérés par des personnes privées, tout comme les VTC.

Ce faisant, nous avons donc admis très largement que les opérateurs privés pouvaient fournir des services essentiels à la nation. Je n'ai pas précisé le fait que ces services n'étaient bien sûr pas encadrés ou régulés quand ils ont été inventés, mais ils l'ont été par la suite. Nous avons donc là un champ de réflexion qui reste très large et qu'il est possible de parfaire.

Ainsi, lorsque l'État – *lato sensu* car j'inclus également les collectivités locales – a décidé d'organiser un service, pourquoi recourir à des opérateurs privés plutôt que de le réaliser soi-même ?

Cette problématique n'est d'ailleurs pas typiquement publique, puisque la question du « faire » ou du « faire faire » se pose à tout opérateur, à tout moment de son existence, et celui-ci peut d'ailleurs y apporter des réponses différentes au fil du temps, de l'évolution de l'offre des tiers ou de l'évolution des technologies.

Si je prends l'exemple de la circulation automobile sur le territoire français, ce service que l'on entend organiser rejoint un peu en termes de problématique ce qu'a dit M. Zuckschwerdt sur l'organisation de l'accès aérien à la Suisse. C'est une compétence que l'on peut considérer comme devant être exercée en direct. Ensuite, concernant les sous-segments de la production de ce service, à savoir le tronçon AB, ou les aéroports X ou Y, la question qui se pose est de savoir si chacun



de ces éléments doit être complètement maîtrisé par la personne publique. On constate alors que la définition du service que l'on organise n'est pas si évidente que cela.

D'autre part, lorsque l'on parle de « personne privée » ou d'« opérateur privé » que faut-il entendre ? Est-ce que cela signifie opérateur de droit privé ou opérateur à capitaux privés ? Si c'est un opérateur à capitaux privés, il est de droit privé ce qui enlève une catégorie. Mais s'il relève du droit privé, il n'est pas nécessairement à capitaux privés. C'est là un point sur lequel nous n'avons pas beaucoup insisté. Mme Nicinsky assimilait la concession à une privatisation pour qualifier le transfert temporaire à une personne privée d'une mission de service public. Or cela pourrait être un transfert temporaire à une personne publique qui pourrait être différente de celle qui a concédé la mission de service public. Il faut davantage analyser cette différence sur laquelle nous n'avons pas suffisamment insisté.

D'une façon générale, le droit privé engendre d'ailleurs des conséquences plus importantes que le simple passage à un peu plus ou un peu moins de 50 % du capital ; sachant que nous sommes en France focalisés sur la privatisation au sens technique du terme, parce que nous avons dans le débat public français une tendance à opposer volontiers le « bon public » au « mauvais privé ».

Mais, à partir du moment où vous adoptez un statut de société anonyme – *a fortiori* si vous ouvrez le capital de cette société anonyme ne serait-ce qu'à deux actionnaires privés individuels dans le cadre d'une société cotée en bourse qui aurait 99 % de son capital aux mains de l'État et 1 % de son capital aux mains de deux actionnaires privés – vous introduisez toute une série de compétences et de règles qui font que vous n'êtes plus maître chez vous.

Précédemment, le vice-président Lasserre disait que la propriété du capital peut être un outil de régulation, mais n'est pas le seul. Je pense que cette affirmation n'est exacte que quand l'État détient 100 % du capital. À partir du moment où vous ouvrez au secteur privé, et *a fortiori* si la société est cotée en bourse, vous entrez dans un système dans lequel vous n'êtes plus libre. Vous êtes en quelque sorte en indivision avec un secteur privé dont il a été rappelé que sa vocation légitime est de dégager du profit, même si ce n'est pas forcément au détriment du service public. Et toute une série de règles, notamment le droit boursier et le contrôle de l'Autorité des marchés financiers (AMF), sont là pour protéger les intérêts des actionnaires.

De ce point de vue, je ne vois pas une énorme différence entre la situation de l'aéroport de Toulouse-Blagnac, possédé à hauteur de 49,9 % par un actionnaire privé en cours d'évolution⁶⁰ auquel le pacte d'actionnaire donne le contrôle, et la situation d'ADP détenu à un tout petit peu plus de 50 % par l'État, en contrôle majoritaire. Dans les deux cas, la sphère publique est certes majoritaire (les deux plateformes appartiennent au secteur public) mais n'est plus totalement maîtresse chez elle. Si demain elle veut reconvertir l'aéroport d'Orly en zone d'habitation, considérant que les nuisances sonores sont trop importantes, elle ne peut pas

60 Voir : CE, 9 octobre 2019, *Aéroport de Toulouse-Blagnac*, n°s 430538 et 431689.

décider demain matin de changer la vocation de cette plateforme. Tout comme, ayant 15 % d'actionnaires privés, EDF n'a pas pu, du jour au lendemain, comme certains le pensaient, répondre aux injonctions de la puissance publique sur la fermeture de Fessenheim.

Je pense donc que nous avons tort, y compris le juge administratif, de négliger les situations où le secteur public est entre 100 et 50 % de détention ; ce qui, bien que ne constituant pas formellement des « privatisations », a des conséquences importantes sur l'organisation considérée et son degré d'autonomie. Se contenter de savoir si le secteur public détient plus ou moins 50 % du capital est donc extrêmement réducteur.

Au final, qu'est-ce qui peut justifier d'avoir recours au secteur public ou au secteur privé pour gérer une entreprise ou un service ? Trois critères semblent se dégager que nous pouvons appréhender sous forme de questions.

1) Le service nécessite-t-il des compétences que l'État ne possède pas ou plus et qu'il ne saurait acquérir ou conserver dans la durée sauf à un coût prohibitif ? En théorie, on pourrait répondre que l'État peut tout faire, mais en pratique on sait bien que c'est impossible. Le service qui consisterait, par exemple, à fournir l'équivalent des versions logicielles successives de *Microsoft Office* est un service que l'État est incapable de produire lui-même. Il y a d'ailleurs totalement renoncé et a recouru à un prestataire privé. D'autre part, il ne faut pas oublier que nous raisonnons toujours dans un cadre national, alors même qu'aujourd'hui beaucoup de biens ou de services ne peuvent être conçus et produits qu'à l'échelle mondiale en raison des lourds investissements nécessaires à leur développement et d'un cadre national restreint qui ne permet pas leur amortissement. Ainsi, dans ces cas-là, la gestion privée s'impose d'évidence. Pour la puissance publique, la première question est donc de savoir si elle dispose ou pas des compétences nécessaires pour faire. Si elle ne peut pas faire en direct, elle peut en revanche mettre en place une organisation particulière. La SNCF aujourd'hui c'est cela. Ce sont des personnes qui ont les compétences pour faire rouler des trains et entretenir une infrastructure. On ne pourrait pas le faire en direct depuis le ministère des transports ; c'est pourquoi on doit créer une structure tierce. Ensuite, la question est de savoir si cette structure tierce doit être de droit privé ou de droit public. J'ai tendance à penser qu'entre un établissement public industriel et commercial (EPIC) et une société anonyme (SA) existent beaucoup de caractéristiques communes, et que le glissement s'est déjà quelque peu opéré, mais que la SA va toutefois un cran plus loin.

2) La deuxième question importante à se poser est de savoir si ce service est marchand ou pas. Finalement, nous n'avons pas beaucoup parlé d'argent. C'est la différence fondamentale, qui n'a pas été relevée précédemment, entre SNCF Réseau et ADP. SNCF Réseau est en effet ce que j'appelle une rente négative. Le chemin de fer ne produira jamais plus de profits. Il n'en a plus produit depuis que le fret a perdu son monopole technique au lendemain de la Grande Guerre. Le chemin de fer est donc une activité que l'on pourrait s'amuser à privatiser, sauf que dans ce cas-là il faudrait garantir aux propriétaires privés un niveau de subventions



publiques considérable, d'environ 60 % du coût du système. Est-il pertinent de privatiser quelque chose quand 50 % des coûts du système sont assurés par la puissance publique ?

Pour compléter cette approche, je pense qu'il nous faut ajouter un troisième critère, toujours sous forme de question, car après tout acheter, par exemple, un avion Rafale à la société Dassault Aviation, c'est acheter au secteur privé quelque chose qui est entièrement payé par le secteur public.

3) La troisième question consiste à savoir si le service considéré, qui n'est pas marchand mais qui est susceptible de modifications et d'interventions permanentes de la part de la puissance publique, ne peut pas être raisonnablement régi par un contrat ou par un cahier des charges. C'est-à-dire savoir si l'on est en mesure, dans le cadre d'une relation avec un opérateur, de contractualiser ce besoin d'adaptabilité et de réponse aux injonctions (légitimes) de la puissance publique. Si la réponse est « oui », il est possible voire souhaitable de confier la mission au secteur privé. Mais si cela n'est pas un service marchand, et que l'on ne sait pas gérer les relations *via* un contrat ou un cahier des charges, alors ma conviction est qu'il faut rester public et même le rester à hauteur de 100 %. C'est pourquoi, je me réjouis de constater que, dans la loi modifiant le statut de la SNCF⁶¹, cette dernière est une société nationale qui n'a pas vocation à ouvrir son capital. À l'inverse, dans toutes les autres situations, j'aurais tendance à me demander pourquoi avoir recours à des opérateurs publics. Alors même que des capitaux privés pourraient investir et prendre des risques, ce qui dégagerait des ressources pour la puissance publique qui continuerait d'assurer la régulation du service public dans le cadre d'un cahier des charges et d'un contrat. L'État pourrait ainsi veiller à ce que l'opérateur privé n'aille pas au-delà de ce qu'il entend lui faire faire et n'abuse pas de sa position dominante s'il est techniquement ou juridiquement en position de monopole.

Pour compléter cette approche, peut-être pourrait-on se demander, à la suite des propos tenus précédemment par M. Legrand, si parfois l'État ne profite pas de l'ignorance du secteur privé pour se faire offrir des infrastructures publiques qu'il aurait dû sinon payer lui-même ? Je pense à deux exemples précis : le tunnel sous la Manche⁶² et la ligne ferroviaire à grande vitesse de Perpignan à Figueras. La puissance publique savait pertinemment qu'il n'y aurait pas à l'ouverture du tunnel quatorze millions de voyageurs Eurostar comme il était indiqué dans les prévisions de trafic ; d'ailleurs vingt-cinq ans d'exploitation plus tard nous n'avons toujours pas atteint ce chiffre. Qui a financé ce tunnel ? Ce sont les investisseurs privés. C'est une très belle application par Margaret Thatcher⁶³ du principe de la Nouvelle économie politique (NEP)⁶⁴ inventée par Lénine⁶⁵ dans les années 1920 !

61 Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

62 Tunnel ferroviaire sous la mer reliant le Nord de la France au Sud-Est de l'Angleterre construit de 1988 à 1993 et qui s'étend sur une distance d'environ 50 km, dont 38 km sous la Manche (à une profondeur maximale de 75 m en dessous du niveau de la mer).

63 Margaret Thatcher (1925-2013), femme d'État britannique, premier ministre du Royaume-Uni de 1979 à 1990.

64 Nouvelle politique économique qui introduit une libéralisation économique en Russie soviétique de 1921 à 1929.

65 Vladimir Ilitch Oulianov, dit Lénine (1870-1924), révolutionnaire communiste, théoricien politique et ancien chef de gouvernement de l'Union soviétique.



Je ne recommande pas cette utilisation de la privatisation et de la concession, mais il faut reconnaître que le transfert de risques ne se fait pas toujours dans le sens que l'on imagine. Il existe des cas où la puissance publique a trouvé des investisseurs et leur a fait payer des investissements qui sinon auraient coûté beaucoup plus cher à l'État.

En résumé, je pense que l'on devrait pouvoir dans tous les cas confier à un opérateur privé la gestion d'une concession ou d'une licence d'un service qui dégage suffisamment de ressources pour se financer lui-même, et pour lequel l'opérateur privé dispose des compétences, des technologies, des brevets et des savoir-faire.

Ceci est d'ailleurs assez facilement admis pour de nouvelles infrastructures, ou de nouveaux services. Personne ne se demande plus s'il était pertinent de confier la construction du canal de Suez à des concessionnaires privés, ou de constituer le réseau Cofiroute à partir de capitaux privés, ou encore de faire réaliser le viaduc de Millau par le biais d'une concession. Voire même s'il était également avisé de recourir au secteur privé pour inventer le système Écotaxe, qui fonctionnait techniquement mais n'a jamais été utilisé. Développer un système de péage par satellite en cinq ou six ans n'était pas simple et n'aurait sans doute pas été maîtrisable en régie directe par l'État.

En réalité, la question n'est pas tellement celle du recours au secteur privé pour réaliser quelque chose de nouveau, mais plutôt celle du *passage du public au privé*. C'est ce changement qui nous met en émoi.

Si nous devons, demain, créer un nouvel aéroport dans une zone à développer et que l'on ait recours spontanément à une concession, cela ne choquerait personne. Le problème survient lorsqu'existe déjà une entreprise ou un service : peut-on le transférer au privé ? Pourquoi ce qui est possible avec ce que l'on nomme dans le jargon des investisseurs un « *greenfield* » (projet ou installation à créer), serait impossible pour un « *brownfield* » (existant à garder et à faire évoluer) avec bien sûr les protections juridiques adéquates ?

Il me semble que ceux qui s'opposent par principe à toute privatisation s'inscrivent en fait dans la même logique que celle de l'article L. 451-5 du code du patrimoine qui précise, dans son alinéa 1, que « *Les biens constituant les collections des musées de France appartenant à une personne publique font partie de leur domaine public et sont, à ce titre, inaliénables* ». Beaucoup raisonnent vis-à-vis des actifs publics, comme s'il s'agissait de la Vénus de Milo ou de la Joconde. Nous pensons qu'il est impossible de transférer des « œuvres d'art » qui ont fait partie d'un portefeuille public assimilé à une collection. France Télécom est une formidable œuvre technique, économique et financière, bâtie par des ingénieurs publics français. Fallait-il la « classer » et refuser sa privatisation ?

De la même façon, faut-il « classer » ADP dont on n'imaginait pas, lors de sa création en 1945⁶⁶, qu'il puisse devenir un objet économique marchand.

66 La création de l'établissement public Aéroport de Paris a eu lieu le 24 octobre 1945.



Ce qui pose la question de savoir si le meilleur usage des fonds publics – au-delà de ceux consacrés aux musées – est de conserver à l’infini les actifs marchands détenus par la puissance publique.

S’il devait en aller ainsi des actifs marchands, quid de l’immobilier et du foncier ? La plupart d’entre nous connaissent cette célèbre citation attribuée à Mark Twain⁶⁷ : « *achetez de la terre, on n’en fabrique plus* »⁶⁸. Or la terre, ici le territoire national, est une forme de rente, en particulier en zone d’agglomération et en zone urbaine.

Étonnamment ceux qui s’indignent de la vente d’actifs marchands par l’État sont indifférents au fait que l’État français, à la différence de la Couronne britannique, cède si facilement la propriété perpétuelle de morceaux de terre française qui lui appartiennent. Pourquoi le ministère de la défense a-t-il vendu la caserne Duplex ? Pourquoi la SNCF a-t-elle vendu les terrains des Batignolles ? Alors que, par exemple, la Couronne britannique face à une telle situation accorderait un bail emphytéotique de quatre-vingt-dix-neuf ans et récupérerait ensuite la propriété du terrain ainsi que la valeur du bien au terme dudit bail.

C’est un sujet d’importance que l’on retrouve dans le projet de privatisation d’ADP à travers l’article 130 de la loi « PACTE »⁶⁹ qui limite le droit de propriété d’ADP sur les infrastructures à soixante-dix ans et s’apparente ainsi moins à une privatisation qui durerait éternellement qu’à un mécanisme proche de la concession⁷⁰, avec l’exploitation par un opérateur privé d’infrastructures qui reviendront à l’État au terme de ladite période de soixante-dix ans.

C’est pourquoi je pense qu’il s’agit d’un sujet beaucoup plus important que de savoir si nous sommes émotivement attachés à telle participation qui a été un jour publique et qui aujourd’hui n’a plus besoin de l’être.

Et opposer à cette approche des arguments trop souvent entendus comme « c’est stratégique » ou « c’est une frontière » ne tient pas dans la mesure où trop de contre-exemples existent. Eurotunnel est une frontière ; la force de dissuasion nucléaire, à l’exception des têtes nucléaires, est intégralement produite par des entreprises privées, à l’exception aussi de Naval Group pour les sous-marins – mais les missiles installés dans les sous-marins et sans lesquels il n’y aurait pas de dissuasion nucléaire sont eux aussi produits par des entités privées.

Ainsi, le seul argument que nous pourrions présenter collectivement pour conserver le caractère public à telle société ou à tel service est l’attachement ou la considération que cela est « par nature » public. Mais, à ce moment-là, n’ouvrons pas le capital du tout, restons à 100 % car, à partir du moment où une entreprise est cotée en bourse, il faut admettre qu’il est plus cohérent de passer de la propriété publique à la propriété privée.

67 Samuel Langhorne Clemens, dit Mark Twain (1835-1910), écrivain et artiste américain.

68 « *Buy land, they're not making it anymore* », citation attribuée à Mark Twain.

69 Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « PACTE ».

70 Voir : S. Nicinski, « Les privatisations dans la loi PACTE », in *AJDA*, 2019, p. 1261 et suiv.



Jean Gaeremynck

*Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup M. Azéma pour ces propos très personnels et stimulants qui permettent de nourrir le débat. Je donne la parole au professeur Saussier qui va nous apporter la voix singulière d'un universitaire spécialiste de la question de la conception et de la gestion des services publics, notamment en matière de partenariat entre le secteur public et le secteur privé.

Stéphane Saussier

*Professeur d'économie à l'institut d'administration des entreprises de Paris
université Panthéon-Sorbonne, directeur de la chaire de recherche
sur l'économie et les partenariats public-privé*

Merci M. le président. Les questions qui nous sont posées à travers ce colloque sont finalement relativement simples. Les privatisations sont-elles justifiées ? Sont-elles efficaces ? Le privé a-t-il son mot à dire dans la gestion des services publics ? Ces questions sont débattues régulièrement, pas toujours dans le calme, pas toujours posément. C'est pourquoi, dans un premier temps, je souhaiterais dédramatiser le débat.

1. De la nécessité de préciser les termes du débat

Bien évidemment, lorsque l'on parle de privatisation, il ne s'agit pas de privatiser des services publics qui, par définition, sont sous la responsabilité de la puissance publique. Et ils le sont parce que le marché et l'initiative privée ne sont pas efficaces pour certaines activités, notamment celles caractérisées par ce que les économistes appellent les « défaillances de marché ».

Il s'agit en effet de privatiser une entreprise qui sera en charge d'investir et de fournir un service public sous le contrôle et la responsabilité de l'État. La privatisation et la signature de contrats de concession ou de marchés de partenariat ne déchargent pas la puissance publique de sa responsabilité, comme l'a rappelé Mme Nicinski quand elle évoquait les contrats de concessions.

Nous parlons ainsi d'un concessionnaire qui n'est pas seul maître à bord. Il n'est d'ailleurs pas propriétaire des infrastructures, et ne décide pas des investissements et des tarifs qui sont contractualisés ou renégociés avec la puissance publique. On parle alors d'une *régulation par contrat*, avec des prix (ou péages) qui évoluent en fonction de l'inflation, des investissements supplémentaires demandés, avec ou sans clause de partage de profits, parfois indexés sur les recettes ou sur le produit intérieur brut (PIB) comme en Italie.

Beaucoup de choses sont donc possibles contractuellement, mais sous le contrôle de la puissance publique qui a une position asymétrique dans la relation contractuelle. La puissance publique peut en effet modifier de manière unilatérale le contrat en échange d'une compensation honnête, comme ce fut le cas par exemple, en 2015, avec le gel des tarifs autoroutiers qui a donné lieu à une renégociation, puisque,



quand l'État use de cette prérogative, il faut qu'il y ait une juste compensation pour l'opérateur privé ; sachant que la puissance publique est vraiment seule en charge ou en responsabilité du service public.

2. Pourquoi recourir à des opérateurs privés ?

Une raison pratique : la réduction des dépenses publiques

Constamment, la puissance publique cherche à réduire ses dépenses. Mais avec le temps, bien souvent, cela prend la forme de sous-investissements chroniques dans les infrastructures ou d'une dégradation de la qualité des services publics. De sorte que les mauvaises langues pourraient dire que la puissance publique fait mal son travail pour... pouvoir mieux privatiser par la suite !

Il suffit de regarder l'état des routes secondaires, que l'on propose d'adosser aux concessions autoroutières en échange d'une hausse de tarifs, pour se rendre compte que régulièrement gestion publique rime avec sous-investissement. Ainsi, un audit réalisé en 2018 par les services du ministère des transports laisse apparaître que seulement 47 % de la surface du réseau des routes secondaires est en bon état, tandis que plus de 17 % est gravement endommagée car « *pour cause d'insuffisance de moyens, l'entretien est différé* ». En comparaison, pour les routes concédées c'est 65 % de la surface du réseau qui est considérée en bon état, tandis que seules 16 % des routes sont plus ou moins dégradées.

Des raisons d'efficacité économique

D'une part, la privatisation peut se justifier afin que la puissance publique se recentre sur son cœur de métier, à savoir le pilotage des services publics et le contrôle – plus que la production – parfois de services annexes. Par exemple, dans l'éducation ou dans la santé, est-ce à la puissance publique de gérer directement le chauffage, l'approvisionnement en fournitures, les repas, ou les systèmes d'information ? C'est un fait acquis que se recentrer sur son cœur de métier permet de gagner en efficacité.

D'autre part, la privatisation peut se justifier lorsque le privé est plus efficace que le public, pour différentes raisons :

- la présence d'économies d'échelle, notamment pour les services publics locaux : les opérateurs qui ont plusieurs clients et opèrent sur de plus vastes marchés ;
- la privatisation permet de bénéficier des compétences et des capacités à innover des opérateurs privés. Certains opérateurs opèrent depuis des décennies dans plusieurs pays avec succès. Ainsi, par exemple, on s'interrogera pour savoir si dans les aéroports la gestion des boutiques et la capacité à améliorer l'expérience client est vraiment du ressort de la puissance publique. Dans un autre registre, celui des autoroutes, on pourra également s'interroger pour savoir si la volonté de développer des autoroutes dites « bas carbone » peut réellement se passer de l'expertise du privé.



Enfin, cette capacité à innover et à mobiliser les compétences des opérateurs privés est d'autant plus vraie que l'on est sur un contrat global, où investissement et délivrance du service sont dans les mains d'un même opérateur qui va chercher à minimiser ses coûts sur l'ensemble des activités, et plus seulement durant la phase de construction ou de délivrance du service.

Ainsi, la privatisation permet à la fois :

- de limiter les interférences de la puissance publique, car un opérateur privé a un objectif clair qui ne fluctue pas selon la couleur politique des élus ou à l'approche des élections. La minimisation des coûts et la maximisation du profit ne se traduisent pas normalement par une dégradation de la qualité de service tant que les indicateurs de performance contractuels restent clairement établis ;
- de sanctuariser les dépenses de maintenance, comme le montre l'exemple édifiant des routes secondaires. En établissant un contrat de concession ou un marché de partenariat, les dépenses de maintenance des infrastructures sont sanctuarisées et il n'y a pas moyen de les différer ;
- d'introduire des incitations et de la concurrence, notamment lors des appels d'offres, si l'on est dans un système concessif avec appels d'offres au départ.

3. Le recours à des opérateurs privés fonctionne-t-il ?

Il n'est pas simple de trancher la question du bon fonctionnement. Pour en avoir une idée précise, il faudrait pouvoir disposer de données sur certains services publics privatisés et savoir quelles auraient été leurs performances s'ils étaient restés dans le giron du public.

C'est ce que l'on appelle le problème du contrefactuel, pour distinguer corrélation et causalité. Autrement dit, si les services publics « privatisés » sont aussi ceux qui étaient les plus complexes (simples) à fournir à la base, il n'est pas étonnant que leur efficacité apparaisse plus faible (élevée) que les services gérés directement par une entreprise publique dans une approche comparative naïve. Il y a peu d'études fiables qui permettent de conclure sur ce sujet.

Récemment, des chercheurs de l'école d'économie de Toulouse ont réalisé un bilan des privatisations en infrastructures (eau, énergie, télécommunications, transports) dans les pays en développement, et ont noté qu'il existe essentiellement deux études empiriques sérieuses sur ce sujet.

La première étude (Andrés *et al.* [2008] électricité, eau et télécommunications)⁷¹ a étudié les performances de trois cent un opérateurs publics et privés dans soixante-et-onze pays en développement pendant plus de trente ans, avec des privatisations et des retours à la gestion publique sur la période. Résultat : le privé entraîne des gains de productivité.

⁷¹ L. Andrés, V. Foster, J.-L. Guasch, Th. Haven, *The impact of private sector participation in infrastructure : lights, shadows, and the road ahead*, éd. Banque mondiale (World Bank), août 2008.



La seconde étude (Galiani *et al.* [2005])⁷² documente l'entrée d'opérateurs privés dans le secteur de l'eau en Argentine dans les années 1990 (30 % des collectivités ont privatisé leurs services d'eau). Résultat : la privatisation a entraîné une réduction importante de la turbidité de l'eau et des déversements et, par là même, une réduction de la mortalité infantile de 8 % à 25 %, entre 1993 et 2005, selon les villes aisées ou pauvres.

Plus proche de nous, une étude de 2015 sur les concessions d'eau en France menée à l'Institut d'administration des entreprises (IAE) de Paris et étudiant cinq mille collectivités sur dix ans, de 1998 à 2008, avec des collectivités ayant changé de modes de gestion (passages du public au privé et inversement) a conclu que le prix est le même, toutes choses égales par ailleurs, pour les collectivités de plus de dix mille habitants, que la gestion soit publique ou privée. Mais sans contrôler la qualité de service rendu aux usagers, ce qui est un défaut important de l'étude car cela pourrait faire basculer les résultats dans un sens ou dans un autre.

Au final, il n'y a pas de conclusion définitive. L'efficacité des privatisations dépend du contexte et de la manière dont elles sont gérées.

4. Quelles sont les difficultés à éviter ?

Parce que les problèmes résident essentiellement dans le pilotage de la relation contractuelle, on peut ainsi noter les difficultés suivantes.

La mise en concurrence est difficile

Les marchés sont bien souvent concentrés, ce qui conduit fréquemment à ce que les autorités adjudicatrices ne reçoivent que quelques offres. Il y a donc des risques d'ententes. Mais il y a aussi des risques d'offres agressives d'opérateurs cherchant par tous les moyens à l'emporter, quitte à sous-estimer les coûts ou à surestimer les recettes futures, au risque de devoir renégocier par la suite.

La régulation par contrat est délicate

On observe un taux de renégociation très élevé dans les concessions – avec des amendements contractuellement non prévus –, comme en témoignent les chiffres du tableau ci-dessous. Notons également que les pénalités ne sont pas souvent appliquées et que le contrôle de la part de la puissance publique s'avère parfois assez faible, comme le souligne un rapport de la Cour des comptes de 2013 sur les concessions autoroutières⁷³.

72 S. Galiani, P. Gertler, E. Schargrodsky, *Water for life : the impact of the privatization of water services on child mortality*, in *Journal of Political Economy*, n° 1, vol. 113, éd. The university of Chicago press, février 2005.

73 Cour des comptes, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, juillet 2013 (rapport commandé par la commission des finances de l'Assemblée nationale en application de l'article 58-2° de la loi organique relative aux lois de finances).



| Zone géographique | Industrie | % de contrats renégociés | Temps moyen de la première renégociation |
|-----------------------------|-----------------------|--------------------------|--|
| Amérique latine et Caraïbes | Toutes les industries | 68 | 1,8 an |
| Amérique latine et Caraïbes | Électricité | 41 | 2,1 ans |
| Amérique latine et Caraïbes | Transports | 78 | 2,9 ans |
| Amérique latine et Caraïbes | Eau | 92 | 1,3 an |
| États-Unis | Transports | 40 | - |
| France | Stationnement urbain | | 3,8 ans |
| France | Autoroutes | | |
| Royaume-Uni | Toutes industries | | |
| Portugal | Eau | 100 | 1,5 an |
| Portugal | Routes | 100 | 2,4 ans |
| Portugal | Santé | 20 | - |
| Portugal | Énergie | 19 | - |
| Espagne | Autoroutes | 44 | Dans les cinq premières années |

Tableau : L'importante renégociation des contrats de concession

(source : compilation de l'auteur à partir de publications académiques)

Les renouvellements restent difficiles

La concurrence, si elle a existé lors de l'appel d'offres initial, est bien souvent illusoire au moment du renouvellement du contrat où l'avantage revient au sortant.

Notons toutefois que des solutions existent. Nous avons, par exemple, évoqué la contractualisation intelligente (« *Smart contracting* »). On peut réfléchir à des contrats qui ont une durée flexible. Nous évoquions précédemment un contrat de soixante-dix ans pour ADP ; si l'on considère que c'est trop long on pourrait, comme pour le viaduc de Millau, innover et préciser qu'à partir d'un certain montant actualisé de recettes, l'opérateur privé peut voir sa concession s'arrêter.

Il est donc possible de définir des durées flexibles, mais aussi, comme cela est prévu pour ADP s'il venait à passer en concession, avoir des durées ou des tarifs qui évoluent en fonction des recettes réalisées par l'opérateur privé. Mais cela signifie en réalité que l'on transfère moins le risque de la demande et de trafic, et que l'on s'éloigne un peu de ce qu'est la définition même d'une concession en droit européen et en droit français ; ce qui peut poser des problèmes de requalification du contrat, comme nous le verrons plus en détail lors de la seconde table ronde.

5. Faut-il privatiser certains services publics ?

Selon Jean Tirole⁷⁴, « *De pourvoyeur d'emplois à travers la fonction publique et de producteur de biens et de services à travers les entreprises publiques, l'État se transforme en régulateur. Son nouveau rôle est de fixer les règles du jeu et d'intervenir pour pallier les défaillances du marché et non s'y substituer. Il prend toutes ses responsabilités là où les marchés sont déficients, pour s'assurer d'une concurrence saine, réguler les monopoles, superviser le système financier, nous responsabiliser vis-à-vis de l'environnement (...)* »⁷⁵.

Comme nous l'avons vu, la privatisation présente certains avantages théoriques. Cependant, dans la pratique, la principale difficulté réside dans les coûts de transaction générés par la contractualisation avec les opérateurs privés en charge de la gestion du service (gestion des appels d'offres, suivi des contrats, gestion des renégociations).

Ce hiatus entre théorie et pratique suggère que la puissance publique doit se recentrer sur son rôle de contrôleur, de régulateur et qu'elle doit acquérir de nouvelles compétences nécessaires pour interagir avec un opérateur privé, suivre les contrats, contrôler, réfléchir aux objectifs, etc. La puissance publique ne doit pas se décharger de sa responsabilité. Elle doit être capable de résister aux demandes de renégociations quand elles ne sont pas justifiées. La puissance publique doit donc être forte, mais également crédible : il est dès lors utile d'avoir une instance de régulation éclairée et informée pour permettre de dépasser la régulation par contrat et réduire les asymétries d'information entre opérateurs privés et autorités publiques.

Cela suggère également qu'il est nécessaire d'avoir une transparence accrue avec les différentes parties prenantes, afin que les décisions prises soient gagnantes pour tous. C'est une demande de la part du public, des usagers et des citoyens qui financent les services publics au travers de l'impôt et, pour ce qui concerne les concessions, à travers les péages.

D'ailleurs, à ce titre, je m'interroge pour savoir pourquoi la renégociation de 2015 entre les sociétés d'autoroutes et l'État est restée secrète. On peut très bien communiquer sur ce point et insister sur le fait qu'il y a des raisons qui font que l'État décide, pour le bien commun, de geler les tarifs ; et qu'en échange d'investissements supplémentaires la concession se verra allongée de quelques années. Pourquoi ne peut-on pas être transparent sur ces aspects-là ? La décision du Conseil d'État de mars 2019 rendant publique cette renégociation est une bonne nouvelle⁷⁶.

74 J. Tirole (né en 1953), économiste, prix de la banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel 2014.

75 J. Tirole, *Économie du bien commun*, éd. PUF, Paris, 2016, p. 24.

76 CE, chr, 18 mars 2019, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Avrillier*, n° 403465.



Notons que la mise en place de l'Autorité de régulation des transports (ART)⁷⁷ est aussi une bonne nouvelle, puisque l'une de ses attributions est de donner un avis sur les renégociations dans les contrats de concession. Enfin, une autre information positive est que les nouvelles directives européennes, très favorables aux renégociations, prônent plus de transparence⁷⁸, avec une publication obligatoire des informations relatives aux renégociations substantielles⁷⁹.

Conclusion

Lorsque l'on aborde le sujet des privatisations, il ne faut pas oublier que, d'une part, l'on peut avoir des objectifs sociaux dans ces contrats et que, d'autre part, comme cela a été rappelé et apparaît fondamental pour dédramatiser ce sujet, le secteur public n'est pas exempt de défaillances. Il faut donc être conscient qu'il existe des difficultés à passer en concession certains services publics, à interagir avec les opérateurs privés et à suivre ces contrats de concession, et que revenir au secteur public ne règle pas tous les problèmes. D'où la nécessité de chercher à équilibrer ces deux approches publique/privée de manière raisonnable.

À la question de savoir s'il faut ou non privatiser certains services publics, j'aurais donc tendance à répondre : « pourquoi pas ? », mais à condition que la puissance publique assure son rôle de régulateur et s'en donne les moyens.

Jean Gaeremynck

*Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci M. Saussier de nous avoir livré ces éléments de réflexion personnelle en tant qu'enseignant, vous qui intervenez justement devant des esprits qui s'intéressent à ces questions passionnantes.

Je me tourne maintenant vers une personnalité politique, la seule de ce panel, qui possède aussi une grande notoriété et une grande expérience, pour lui demander de bien vouloir conclure cette table ronde. Vous avez reconnu M. Gilles Carrez, qui est à la fois maire d'une commune de la région parisienne, député et rapporteur du budget de la commission des finances de l'Assemblée nationale ; ce qui lui permet d'avoir une vue d'ensemble et une profondeur historique de ces sujets. J'ajoute que dans une période récente M. Carrez a pris position sur certaines mesures de la loi « PACTE » dans des conditions qui ne sont pas passées inaperçues. C'est justement sur cette base que nous vous demandons, M. le député, de bien vouloir vous exprimer sur la question qui nous rassemble pour cette séance.

77 Autorité publique indépendante créée en 2009 sous le nom d'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) pour accompagner l'ouverture à la concurrence du marché de transport ferroviaire. En 2015, ses missions sont étendues au transport interurbain par autocar et aux autoroutes sous concession. L'Autorité devient alors un régulateur de transport multimodal sous le nom d'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER). En 2019, l'ARAFER devient l'Autorité de régulation des transports (ART) avec l'extension de ses compétences à la régulation des redevances aéroportuaires.

78 Directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession ; directive 2014/24/UE sur la passation des marchés ; directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

79 Les informations sont publiées sur le site de la version en ligne du supplément au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) dédié aux marchés publics européens (<https://ted.europa.eu>).



Merci M. le président. Je remercie également le Conseil d'État pour son invitation à participer à ce colloque. C'est toujours un honneur et un plaisir que de venir parler dans cette magnifique salle de l'Assemblée générale, entouré d'une multitude de tableaux qui évoquent pour moi la présence des collectivités publiques et, pour l'un d'entre eux, me fait penser au port de Marseille encore aujourd'hui exploité par un établissement public, le port autonome.

Je souhaiterais tout d'abord vous expliquer pourquoi, à deux reprises, je me suis opposé à des privatisations : en 2005, à celle des sociétés concessionnaires d'autoroutes et, aujourd'hui, à celle d'ADP.

Avant toute chose, je précise que je suis favorable aux privatisations, car je constate que l'État actionnaire est de plus en plus mal à l'aise quand il est présent au sein de sociétés qui œuvrent dans le monde concurrentiel. Cela m'a frappé lorsque je faisais partie de la commission d'enquête du Crédit Lyonnais. C'est là en effet que j'ai acquis la conviction que l'État actionnaire ne pouvait pas jouer son rôle. En revanche, toujours à cette occasion, j'ai découvert que son rôle de régulation, de supervision n'était pas suffisamment assumé. Et, depuis lors, j'ai voté sans exception toutes les mesures qui ont visé à renforcer la supervision bancaire et à créer des règles prudentielles de séparation des activités bancaires et d'investissement.

S'agissant des activités relatives au sujet qui nous réunit pour cette première table ronde, qui est à fort contenu de service public, je précise également que je ne suis pas non plus opposé à la délégation de service public (DSP) à des entités privées. D'ailleurs, dans notre histoire, nous avons bénéficié de dispositifs de concession dès le XIX^e siècle pour mettre en place de nombreuses infrastructures ; comme ce fut aussi le cas dans beaucoup de pays étrangers, notamment pour les infrastructures ferroviaires ou la gestion de l'eau.

M. Azéma précisait qu'il est impensable au Royaume-Uni d'avoir un service de santé privé. Cela tient à la culture et à l'histoire de chaque pays. Ainsi, pour ma part, ayant aussi travaillé à une certaine époque au Royaume-Uni, j'avais découvert que l'eau y était un bien totalement public ; et quand je leur expliquais comment cela fonctionnait en France, ils étaient très étonnés.

C'est pourquoi, ce que vient de dire le professeur Saussier me conforte dans mes idées. Je pense en effet que tout le problème réside dans la qualité, dans le bon équilibre des contrats de délégation de service public, autrement dit, dans le respect de l'équilibre entre l'autorité concédante et le délégataire privé.

Sur ces sujets, ma position est qu'il faut faire preuve de la plus grande rigueur et de la plus grande exigence, mais avec beaucoup de pragmatisme. C'est ce qui explique que l'on ait autant de situations différentes. Par exemple, concernant le viaduc de Millau il est évident que la concession ne pose aucun problème, car nous avons là un objet bien identifié qui est à construire, avec un dossier finalement assez simple. J'ai le même constat dans mon expérience de maire pour différentes délégations de service public.



Dans ces conditions, pourquoi me suis-je opposé – en vain hélas – à la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes en 2005 ?

Les sociétés concessionnaires d'autoroutes

En 2002, lorsque je suis devenu rapporteur du budget, les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (Semca) avaient déjà commencé à être ouvertes à l'actionnaire privé. D'ailleurs, un ministre communiste M. Gaysot⁸⁰ avait accompagné ce mouvement.

Nous étions un certain nombre de parlementaires à considérer que l'on atteignait un bon équilibre avec des sociétés où la part du secteur privé pouvait monter jusqu'à 49 % – ce qui a été le cas de Vinci –, avec l'État gardant le contrôle.

Notre préoccupation était de nature budgétaire, car nous nous apercevions déjà à l'époque que la capacité d'investissement de l'État était en train de disparaître. Notre inquiétude était donc de savoir comment la protéger. Nous avons alors engagé un bras de fer avec le ministère des finances pour obtenir la création d'une agence : l'agence de financement des infrastructures de transport, et l'affectation à celle-ci de ressources parmi lesquelles, outre la redevance domaniale et la taxe d'aménagement, figuraient bien sûr les dividendes des Semca dont on espérait que grâce à une optimisation de la gestion ils s'accroîtraient d'année en année. Ce montage paraissait tout à fait cohérent et fonctionnait. Nous avons eu gain de cause.

Puis vint l'année 2005, et le Premier ministre de l'époque annonça, dans son discours de politique générale, qu'au nom du désendettement – la dette publique de l'État s'élevait à mille milliards d'euros – nous allions privatiser les trois sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes, dont l'État détenait le contrôle majoritaire en tant qu'actionnaire.

Je me précipite alors au ministère des finances, où l'on m'indique que le montant attendu de cette opération est de onze milliards d'euros. Je disposais de peu de moyens d'expertise à l'Assemblée nationale pour valider ce chiffre – ce qui est d'ailleurs un problème pour tous les parlementaires, car nous avons de bons administrateurs sur les sujets de la fiscalité et du droit, mais personne sur les sujets socio-économiques, notamment comme celui-ci. J'ai donc obtenu du directeur de cabinet de M. de Villepin⁸¹ de pouvoir travailler sur le dossier avec l'équipe rattachée au Premier ministre, car je la savais compétente sur le domaine économie/transport en tant qu'héritière du commissariat au plan, appelé aujourd'hui France stratégie⁸².

Nous avons travaillé ensemble durant l'été pour que je sois prêt lors du débat parlementaire à l'automne. Et là, j'ai découvert plusieurs choses en étudiant de près le dossier : l'existence de flux de trésorerie actualisés, de mémoire à 8 %, pour permettre de valoriser la société ; ainsi qu'une évaluation du coefficient de

80 Homme politique français, ministre des transports et du logement (1997-2002).

81 Premier ministre de 2005 à 2007 du Président de la République Jacques Chirac.

82 Créée en 2013, France stratégie, administrativement appelé commissariat général à la stratégie et à la prospective, est une institution rattachée au Premier ministre.



risque tout à fait excessive. Évidemment, il n'était pas question de fournir aux parlementaires – jugés incompetents – le cahier des charges de cette affaire... Je suis donc intervenu dans le débat avec les éléments dont nous disposions.

Le premier point est qu'il ne fallait pas privatiser, et nos arguments tenaient à deux éléments : d'abord, en tant que parlementaires, nous n'étions pas informés n'ayant pas communication du cahier des charges du dossier et, par ailleurs, il n'existait en 2005 aucun dispositif de régulation ou de supervision. Le second point tenait au fait que cette affaire ne valait pas onze milliards, mais devait plutôt être évaluée entre dix-huit et vingt milliards, avec un coefficient d'actualisation moins important. Il y a eu ensuite le débat parlementaire. Au final, la privatisation a malgré tout été réalisée, et ceci à hauteur d'un peu plus de quinze milliards.

Je suis ressorti de cette affaire très mal à l'aise. C'est pourquoi, dès que cela a été possible, sur la base de l'article 58-2⁸³ de la loi organique de 2001 relative aux lois de finances (LOLF)⁸⁴, j'ai saisi la Cour des comptes qui a rendu un rapport en 2013⁸⁵. En tant que Président de la commission des finances, j'ai également saisi à l'époque avec Christian Eckert, alors rapporteur général, l'Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de la concurrence)⁸⁶.

Cette affaire a fait couler beaucoup d'encre. Mais il y a un point sur lequel je souhaiterais insister : celui des tarifs. Certes, ceux-ci sont dans le contrat. Mais il faut savoir que dans un contrat de concession on dépense énormément d'argent au début, et qu'il faut donc, dans un second temps, rentabiliser ces dépenses ; ceci d'autant plus que l'on est obligé de remettre les biens en bon état. Il faut donc tenir compte de tous ces paramètres. Mais, surtout, ce que j'ai ressenti à cette époque, à la fois à travers les rapports et les avis de la Cour des comptes et de l'Autorité de la concurrence, c'est que nous manquions terriblement de procédures de supervision.

Par la suite, s'est posée la question du financement du plan autoroutier de la relance de 2014 /2015. Cela m'a interpellé.

À l'époque, je suis allé rencontrer M. Daniel Bursaux⁸⁷ parce que nous étions tenus complètement à l'écart de ce qui se passait, et des bruits circulaient selon lesquels les concessions allaient être prolongées de quatre à six ans pour pouvoir financer les trois milliards de travaux à réaliser. Dans un récent référé, la cour des Comptes analyse la prolongation de la durée des concessions au regard des trois milliards

83 « La mission d'assistance du Parlement confiée à la Cour des comptes par le dernier alinéa de l'article 47 de la Constitution comporte notamment : (...) 2° La réalisation de toute enquête demandée par les commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances sur la gestion des services ou organismes qu'elle contrôle. Les conclusions de ces enquêtes sont obligatoirement communiquées dans un délai de huit mois après la formulation de la demande à la commission dont elle émane, qui statue sur leur publication ; (...) » (Loi organique du 1^{er} août 2001, article 58-2°).

84 Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

85 Cour des comptes, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, juillet 2013, *préc.*

86 Conseil de la concurrence, avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes.

87 À l'époque directeur général des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM).

de travaux. Elle rappelle que cinq à six ans de durée supplémentaire représentent quinze milliards de recettes. Même si « comparaison n'est pas raison », quinze milliards *versus* trois milliards méritent d'être examinés de près.

Mais ce n'est pas tout. Avec cette affaire, je me suis rendu compte que l'État n'avait plus l'expertise qu'il était supposé détenir et, qu'en conséquence, on ne négociait pas dans une situation d'équilibre. Des propositions ont été faites pour pallier ces dysfonctionnements et les choses se sont améliorées, notamment avec la transformation en 2015 de l'ARAF en ARAFER ; mais je garde de cet épisode de la privatisation des autoroutes et des conditions dans lesquelles cela s'est produit des souvenirs bien peu positifs.

J'ajoute à ce premier point deux remarques. Durant toute cette période, il y a eu une forte baisse des taux d'intérêt. De sorte que les entreprises qui avaient fait des acquisitions en s'endettant se sont refinancées, et toute leur marge disponible est allée dans leurs résultats et les dividendes. La seconde remarque est qu'en loi de finances pour 2013 la majorité de l'époque avait proposé de plafonner la déductibilité des frais financiers, sauf qu'évidemment cela ne s'appliquait pas aux concessions. Bref, l'État aurait dû bénéficier d'une sorte de clause de retour à meilleure fortune, ce qui n'a pas été le cas.

Au final, on constate que ces contrats de concession qui durent très longtemps verrouillent complètement l'autorité concédante-État, dont les intérêts ne sont pas assez protégés.

Les aéroports

Dans ce contexte, lorsqu'arrive en 2014-2015 la question de la privatisation des aéroports de Lyon, Nice et Toulouse, je regarde cela avec énormément de circonspection. Notons que dans ces affaires, Mme Valérie Rabault⁸⁸, rapporteure générale du budget, et moi-même avons tout de suite pointé du doigt le problème de l'aéroport de Toulouse. Ceci, sans invoquer la notion de monopole de fait du service public national, ce qui n'était pas le cas de ces trois aéroports. Mais encore fallait-il que les conditions de la privatisation soient correctes. Or, là aussi, les choses n'étaient pas transparentes : les parlementaires intéressés ne disposaient pas des informations nécessaires à l'étude de ces dossiers. Et nous avons alors mis en garde le Gouvernement sur cette réalité.

C'est pour avoir connu ces différentes expériences que, lorsque le Gouvernement a ouvert la voie à la privatisation de la société Aéroports de Paris (ADP), j'ai regardé le dossier de près.

Notons qu'ADP est un cas un peu particulier. C'est une société qui, depuis 2005, est cotée en bourse et gagne de l'argent. C'est une grande différence avec le ferroviaire. Elle sert des dividendes importants à l'État, et la valeur de l'action a été multipliée par 2,6 sur les dix dernières années. C'est donc une entreprise plutôt bien gérée. D'où mon interrogation : pourquoi ne pas s'en tenir à cette situation ?

88 Ingénieure, députée socialiste depuis 2012 de la 1^{re} circonscription du Tarn-et-Garonne.



Je pense qu'un système dans lequel, pour faire simple, la part du privé s'élève à 49 % et la part de l'État à 51 %⁸⁹ présente des performances intéressantes si l'infrastructure est stratégique. Telle était l'idée que nous souhaitions faire valoir dans le dossier ADP, dont nous considérons l'infrastructure comme absolument stratégique. L'État voulant se désengager, nous avons alors proposé qu'il puisse être remplacé par les collectivités territoriales, dont certaines étaient demandeurs, ou la Caisse des dépôts et Consignations (CDC) qui a besoin d'investir en raison de taux d'intérêt bas et de la volatilité du marché des actions tout en cherchant à sécuriser l'épargne des Français. Et que de tels acteurs puissent investir, nous en avons bien besoin dans ce type d'infrastructures.

Hélas, lors du débat parlementaire nous nous sommes heurtés à un mur malgré nos arguments et l'enjeu que représentait l'aspect patrimonial composé de six mille sept cents hectares de réserves foncières. Ceci, au moment même où l'on était en train d'investir trente-cinq milliards d'euros d'argent public pour desservir, par des transports en commun, ces mêmes réserves foncières, créant ainsi une plus-value considérable pour... le secteur privé. Que vaudront en effet les centaines d'hectares de « cœur d'Orly » quand ils seront desservis directement par la ligne 14 ? Pourquoi cette plus-value irait-elle obligatoirement au privé ? Il n'y a aucune réponse à ces questions.

Ce que l'on m'a expliqué à l'époque, c'est que, pour pouvoir privatiser la société dans de bonnes conditions et valoriser immédiatement cet actif, l'on avait mis dans « la corbeille de la mariée » toutes ces réserves foncières constituées du temps de l'établissement public. Il est évident qu'un tel aveu ne pouvait que me mettre mal à l'aise. D'autant plus que, si je me souviens bien, dans le projet de loi, la cession se faisait de gré à gré.

Certes, il y eut dans cette affaire quelques améliorations par rapport à la question des autoroutes : création d'une instance de supervision, contrôle des redevances aéroportuaires. Et l'on a également obtenu un certain nombre d'éléments comme, par exemple, le fait que le cahier des charges imposé à ADP puisse être révisé tous les dix ans, ou les contrats pluriannuels tous les cinq ans. Mais, malgré cela, nous estimions toujours qu'il s'agissait d'un investissement stratégique, parce qu'ADP draine 60 % du trafic international, avec les questions de hub, et que l'on peut aussi ajouter à ce dossier les questions d'aménagement du territoire.

Nous n'avons pas le temps de rentrer dans les détails de cette affaire. Mais si l'on se réfère au seul grand aéroport qui a été privatisé, Heathrow⁹⁰, on s'aperçoit qu'au final toutes les lignes intérieures ou presque ont été supprimées, car il est beaucoup plus intéressant pour un gestionnaire privé de ne faire atterrir et décoller, sur des créneaux horaires limités, que des gros porteurs avec de nombreux passagers qui ont un pouvoir d'achat élevé. C'est ce même état d'esprit que l'on retrouve chez le P.-D.G. de Vinci, Xavier Huillard, qui a poussé à l'acquisition de l'aéroport de Gatwick⁹¹ et précisé qu'il envisage de multiplier les vols internationaux et de doubler les surfaces commerciales.

89 ADP est aujourd'hui détenue à 50,6% par l'État.

90 Londres Heathrow est le plus grand aéroport du Royaume-Uni.

91 Londres Gatwick est le deuxième aéroport du Royaume-Uni.



On le voit, ces sujets sont d'une grande importance et nous aurions souhaité, en tant que parlementaires, en discuter au fond. Mais nous n'avons pas pu le faire, la discussion s'étant limitée à des aspects triviaux, comme si notre refus se résumait à « refuser de privatiser les macarons Ladurée » ; alors que les commerçants des centres commerciaux aéroportuaires n'appartiennent pas au personnel de l'aéroport de Paris et que ce n'était de toute façon pas le sujet, mais une manière presque discourtoise de traiter nos interrogations⁹². Pour nous, le sujet était et reste la fonction aéroportuaire proprement dite. Or, là aussi, nous avons exigé le cahier des charges imposé à ADP. En vain. Nous ne l'avons jamais eu, et d'ailleurs il n'était pas prêt. Nous avons juste reçu deux pages d'éléments de rubriques qui n'étaient pas explicites. Ce sont là des méthodes de travail inacceptables.

Le référendum d'initiative partagée (RIP)

C'est pourquoi, ne pouvant pas travailler sérieusement sur ce dossier, l'idée nous est venue, avec ma collègue parlementaire Valérie Rabault, d'enclencher pour la première fois la procédure du référendum d'initiative partagée (RIP) instaurée par la révision constitutionnelle de 2008 sous le quinquennat de Nicolas Sarkozy⁹³.

Les conditions étaient réunies en raison à la fois du nombre de parlementaires intéressés⁹⁴, du champ de service public concerné correspondant à celui de l'article 11⁹⁵ et, surtout, du fait que la loi « PACTE » n'était pas encore votée, ni *a fortiori* promulguée.

Nous nous sommes donc pressés en se fondant sur l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946⁹⁶, et nous avons rédigé sur place tous les deux cette proposition de loi référendaire d'un seul article qui affirme le caractère de service public de l'exploitation d'ADP et qui est l'objet du RIP.

Nous avons été traités de haut par le Gouvernement, et notamment par le secrétaire général du Gouvernement, mais nous avons réussi à aller jusqu'au bout de la procédure qui a été avalisée par le Conseil constitutionnel.

Bien sûr, le Conseil constitutionnel, ainsi que le Conseil d'État ont tous deux précisé qu'ADP n'était pas un monopole de fait et qu'aucun principe constitutionnel n'en

92 « *Le rôle de l'État n'est pas de gérer les hôtels et les boutiques de luxe du groupe ADP. Ce n'est pas ma conception de l'État* », assurait le ministre de l'économie Bruno Le Maire le 29 janvier 2019 en séance publique au Sénat.

93 « (...) *Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an (...)* », Constitution du 4 octobre 1958, article 11, alinéa 3 ; et « (...) *les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum (...) doivent être soumises au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution (...)* », Constitution du 4 octobre 1958, article 61.

94 Les parlementaires ont recueilli 197 paraphes contre cette disposition phare du projet de la loi « PACTE », alors que le minimum requis était de 185 signatures.

95 « (...) *tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent (...)* », Constitution du 4 octobre 1958, article 11, alinéa 1.

96 « (...) *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 (...)* », préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 9.



faisait un service public national. Mais, en revanche, le Conseil Constitutionnel nous a donné raison sur le fait que le législateur peut parfaitement décider d'utiliser la loi pour dire que telle infrastructure est un service public national, et lancer la mise en place de ce type de référendum.

Ensuite, il faut que la proposition de loi soit soutenue par 10 % du corps électoral (soit environ 4,7 millions de personnes), sachant que la période de recueil des soutiens est ouverte pour une durée de neuf mois. Dans le cadre du RIP organisé sur la proposition de loi relative au statut d'ADP, le délai court ainsi du 13 juin 2019 à minuit jusqu'au 12 mars 2020 avant minuit⁹⁷.

Il faut noter que le RIP a été conduit sans la moindre information, malgré nos sollicitations auprès du CSA, contrairement à la débauche publicitaire et aux dizaines de millions d'euros dépensés pour promouvoir la privatisation de la Française des jeux (FDJ). C'est d'autant plus regrettable que c'était là un enjeu majeur et une grande première en ce qui concerne l'utilisation de la procédure de référendum d'initiative partagée prévue par la Constitution. Cela reste donc une occasion manquée, que je sou mets à votre réflexion. Je vous remercie de votre attention.

Jean Gaeremynck

*Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup M. le député. Vous avez soulevé de nombreuses questions qui, sans être forcément toutes au cœur du sujet, sont liées au sujet des concessions et des privatisations. Qui souhaite intervenir ? M. Azéma, vous avez la parole.

David Azéma

Associé chez Perella Weinberg Partners

La position de M. Carrez pose un certain nombre de questions. Sommes-nous propriétaire d'une entreprise pour qu'elle offre un haut rendement, grâce à la somme des dividendes et des produits de cessions futures, aux porteurs d'actions ? Et quid de l'affectation de ces bénéfices qui doivent logiquement permettre de maximiser la capacité de l'État à financer des politiques publiques ? Va-t-on les affecter à un fonds comme l'agence de financement des infrastructures de transport de France (AFITF), ou au budget général ?

Dans le contexte de la fronde contre la privatisation d'ADP, si l'objectif est de conserver la totalité des parts que détient l'État dans ADP⁹⁸, pourquoi en ce cas a-t-on vendu une partie du capital de Safran⁹⁹ ? Safran, dans un objectif de création de valeur pour la collectivité publique, s'est révélé être un excellent investissement avec une hausse de 40 % de l'action en 2018. Ce n'est pas le cas d'ADP qui sert un dividende de niveau relativement modeste comparé à d'autres entreprises.

97 Malheureusement, postérieurement à cet exposé, le Conseil constitutionnel a constaté qu'avec 1 093 030 soutiens, la proposition de loi visant à modifier le statut des aéroports de Paris (ADP) n'avait pas atteint le seuil requis des 4 717 396 électeurs (CC, décision n° 2019-1-8 RIP du 26 mars 2020).

98 L'État détient actuellement 50 % du capital d'ADP, pour une valorisation estimée fin 2018 à 9,5 milliards d'euros.

99 Fin 2018, l'État a cédé 2,35 % du capital de Safran pour environ 1,25 milliard d'euros (tout en restant le premier actionnaire avec 10,8 % du capital et 17,7 % des droits de vote).



Je prenais connaissance récemment des performances de la Caisse de dépôt et placement du Québec (CDPQ), qui est une organisation publique ayant vocation à servir des pensions aux fonctionnaires de l'État du Québec. Le rendement affiché sur leur site Internet est de 9,9 %. Ce qui signifie que si nous avons cédé intégralement ADP et confié à la CDPQ la gestion des produits de privatisation, elle aurait sans doute délivré des flux pour l'AFITF – si l'on avait choisi de les y affecter – significativement supérieurs à ceux que délivre ADP ; avec un point de plus et une gestion du risque infiniment meilleure.

À titre personnel, si je devais placer mon épargne quelque part, je ne pense pas que je la mettrais en totalité dans un actif qui, demain, pourrait faire l'objet de contraintes publiques extrêmement fortes, parce que l'on a, par exemple, soudain décidé de sauver plus efficacement la planète en réduisant le trafic aérien. Or, la logique patrimoniale n'est pas à l'abri de ce genre de retournement. En revanche, s'il s'agit de placer de l'argent dans une logique stratégique, pourquoi pas ?

Malheureusement, nous n'avons pas toujours la même lecture des événements. C'est pourquoi, à partir du moment où l'on admet qu'une entreprise a un intérêt stratégique, pourquoi permettre à 49,8 ou 49,9 % d'actionnaires privés de s'immiscer dans la gestion d'un tel actif ? Je ne sais pas. Le Parlement aurait été cohérent en précisant que lorsqu'un actif est stratégique, nous ne le vendons pas mais le conservons à 100 %, et que lorsqu'il ne l'est pas, on peut envisager d'ouvrir son capital ; mais dans ce dernier cas je ne comprends pas pourquoi on s'arrêterait à 45, 50 ou à 62 %. C'est là un point incompréhensible.

Il existe un autre aspect également important : le périmètre d'activités. Durant nos échanges, on a cru qu'une société comme ADP n'avait pour objet que de gérer un seul contrat de concession. C'est totalement inexact. ADP a longtemps opéré dans l'aéroport d'Istanbul et opère également dans celui d'Aman. Si on lit sa communication financière, ADP a même vocation à s'étendre et à devenir un opérateur mondial.

Dans ce contexte, comment développer une gestion active des participations de l'État qui soit respectueuse des intérêts patrimoniaux et stratégiques de la France ? Sachant que, quelle que soit l'approche que l'on privilégie, stratégique ou patrimoniale, l'on ne peut pas se permettre que cette entreprise ait des problèmes financiers.

C'est pourquoi, il vaudrait mieux être cohérent et ne pas avoir peur de dire, au besoin, qu'ADP est une structure publique à 100 % qui, au fond, a pour mission de gérer uniquement les trois aéroports parisiens. À ce moment-là, tout le monde sera plus à l'aise et comprendra la logique appliquée.

Notons également que si l'on voulait vraiment s'assurer, par la concurrence, d'une forme de régulation du marché des aéroports parisiens, on aurait pu suivre la logique de l'Autorité de la concurrence britannique qui a considéré que sur un territoire d'agglomération d'importance internationale il n'était pas normal qu'un même opérateur ait plusieurs aéroports. Et l'on aurait retrouvé ainsi toute une partie des contrôles ou des équilibres que permet la concurrence.



Enfin, il faut rappeler l'existence de l'effet d'aubaine que constituent les terrains autour des aéroports de Paris. M. Carrez a bien rappelé ce point. Si l'on souhaite vendre au plus cher, il est évident que présenter cette perspective de gain aux acheteurs est très attractif ! Mais, dans ces dossiers, l'État ne peut pas gagner sur tous les fronts. Par exemple, si au moment de la privatisation des autoroutes l'État avait précisé que si les taux d'intérêt baissent l'entreprise sera moins rémunérée, il aurait sans doute obtenu un prix moins élevé ; tout comme, à l'inverse, si l'État avait offert une garantie sur le trafic poids lourd – qui a baissé fortement suite à la crise de 2008 – il aurait obtenu un prix plus élevé. Un contrat est un contrat, et l'on ne peut pas gagner sur tous les fronts.

Gilles Carrez

Député du Val de Marne, membre de la commission des finances

M. Azéma a, sur beaucoup de dossiers, une présentation qui est très financière. Or, bien que ma spécialité soit les finances, je me suis rendu compte que dans la discussion avec les services du ministère de l'économie on a beaucoup de mal à faire prendre en compte un certain nombre de données qui ne sont pas financières.

Mon raisonnement est pragmatique. Lorsque vous avez des infrastructures de transport qui ont une très forte intensité en termes de service public, et qui par ailleurs permettent de gagner de l'argent, je ne vois pas l'intérêt de les céder en totalité au privé. En outre, j'ai observé que la cohabitation des secteurs public et privé – idée ancienne beaucoup contestée – se révèle souvent très fructueuse.

Bien sûr, mes propos restent marqués par mon expérience professionnelle personnelle, car j'ai eu à m'occuper, avant d'être député, du projet Disney où l'on a fait sans le savoir du partenariat public-privé (PPP). C'est à cette occasion que je me suis rendu compte à quel point il y avait un enrichissement mutuel, et à quel point on arrivait à des performances très intéressantes avec ce mariage public-privé.

Et si j'ai fait le choix de contester le projet de privatisation d'ADP, c'est parce que, d'une part, l'entreprise est très viable au point même d'autofinancer certains de ses investissements et, d'autre part, parce qu'elle possède un contenu stratégique de service public et de défis à tous points de vue, notamment en matière d'aménagement du territoire, d'environnement et de valorisation du patrimoine foncier dans la durée, lui permettant de faire valoir l'intérêt général au-delà des intérêts strictement communaux.

Enfin, il ne faut pas oublier la question fondamentale de l'expertise. Celle-ci a pratiquement disparu à la direction des transports en l'espace de vingt ans, à la suite notamment de la privatisation des autoroutes, et a beaucoup baissé du côté de l'État. Il y a soixante-dix ans, Roissy ou Orly existaient-ils ? Non, aucun d'eux n'existait. Ainsi, il peut se passer bien des choses sur soixante-dix ans, et mon expérience professionnelle m'a montré qu'une collectivité publique n'est pas toujours à même de sauvegarder l'intérêt général sur une période aussi longue, car on ne pense pas à tout, ni ne prévoit tout.



C'est pourquoi, il faut avoir une vision de long terme dans le domaine des infrastructures que seul l'État, à travers ses entreprises publiques, peut promouvoir et développer.

Jean Gaeremynck

*Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci de ces précisions. Je voudrais vérifier que vous êtes tous deux d'accord sur au moins un point de raisonnement assez nouveau qui nous oblige à revoir notre façon de penser.

On comprend très bien votre propos, M. Azéma, sur le fait qu'il ne faut pas sacraliser les actifs qui ne sont pas des chefs d'œuvre de la création française ou des musées. Sur ce point, nous sommes tous d'accord. Mais vous faites une réserve très spécifique concernant le foncier, et cela me fait penser à l'actualité récente et à la décision que vient de prendre le Gouvernement de renoncer dans l'Oise à l'artificialisation de soixante-dix hectares de belles terres. C'est là un enjeu qui devient pour l'opinion très important et spécifique. Certes, il ne s'agit pas de la Joconde, mais il s'agit néanmoins d'actifs importants, même s'ils sont de nature complètement différente. Sur ce point précis, nous aurions sans doute intérêt à faire évoluer collectivement nos points de vue.

Je pense, par exemple, à un dossier de contentieux que j'ai eu à connaître concernant une déclaration d'utilité publique (DUP)¹⁰⁰. Dans ce genre d'affaire, le raisonnement classique de la jurisprudence nous invitait à considérer le fait que l'on asséchait quelques mares, et que l'on prenait de la place pour la voie ainsi que pour consolider une digue. Tout dans ce projet était assez consommateur de terre. Or, nous raisonnions exactement comme au temps des trente glorieuses, alors même qu'aujourd'hui beaucoup de citoyens ne supportent plus l'idée que l'on consomme des terres que l'on artificialise. N'y a-t-il pas là un élément nouveau à mieux prendre en compte ?

David Azéma

Associé chez Perella Weinberg Partners

Je ne le pense pas, car les problématiques changent fondamentalement. Et si je rejoins M. Carrez sur énormément de points qu'il a évoqués, je diffère sur la réponse à y apporter.

Je reconnais volontiers que l'État ne sait plus faire de plans d'aéroport seul. D'ailleurs, en 1930, qui faisait les plans des aéroports ? Ce sont les compagnies ferroviaires – j'ai retrouvé des documents sur ce sujet aux archives de la SNCF du Mans –, parce qu'elles seules avaient des services d'ingénierie suffisamment importants pour pouvoir étudier des plans de réalisation d'aérodromes. Et ces compagnies ferroviaires avaient été créées par des entrepreneurs privés.

¹⁰⁰ La déclaration d'utilité publique (DUP) est une procédure administrative qui permet de réaliser une opération d'aménagement sur des terrains privés en les expropriant pour cause d'utilité publique.



Pour ma part, je pense que le sujet majeur est celui de l'allocation des ressources. Si nous n'avions aucune contrainte de ressources, comme par exemple le Gouvernement norvégien, du Koweït ou du Qatar, je ne vous parlerais pas de la même façon. Mais, parce que nous avons des problèmes d'arbitrage de ressources, ne serait-il pas infiniment plus utile, pour les objectifs que poursuit M. Carrez, de mettre deux milliards de côté, de les faire prospérer en les plaçant, non pas dans un seul actif, mais dans un fonds destiné à recréer des compétences de régulation et de pilotage de gestion de contrats public/privé – de telle sorte que se reconstitue ce que l'on regrette d'avoir perdu précédemment –, plutôt que de s'arrêter sur un *statu quo*, dont je pense qu'il est intellectuellement extrêmement insatisfaisant.

La deuxième chose que m'évoque le débat à propos d'ADP, c'est qu'il faut savoir bouger. On rappelait précédemment qu'une énorme partie du sujet est la confiance que les citoyens peuvent avoir dans les capacités de la puissance publique à maîtriser ses rapports avec le secteur privé. Ce n'est pas une fatalité d'être mauvais dans ce domaine, mais c'est avant tout une question de culture démocratique. Et c'est là que l'on voit entre la France et la Grande-Bretagne l'immense différence accordée au poids du Parlement. Je regrette d'ailleurs que les institutions, la culture et les habitudes françaises ne reconnaissent pas un véritable devoir d'examen et de surveillance dévolu au Parlement autant que dans d'autres pays, mais cela dépasse largement le cadre de ce colloque.

Enfin, je regrette que dans cette affaire l'on n'ait pas diffusé la copie des accords entre l'État et les entreprises privées, mais cela est un problème de culture administrative et non une fatalité. Ne faisons donc pas du sujet d'ADP et des dix milliards que cela représente, et qui pourraient servir à financer d'autres investissements dans le secteur public, les otages de tous nos dysfonctionnements. C'est cela que je voulais souligner.

Jean Gaeremynck

Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Je vous remercie beaucoup. Nous passons à présent à notre deuxième temps de la table ronde qui consiste à recueillir des questions du public.





Échanges avec la salle

Question du public

En 2017, un rapport sur le maillage aéroportuaire français¹⁰¹ préconisait, d'une manière générale, d'arrêter de faire des concessions et de passer en prestations de service pour les aéroports français. Pourquoi n'applique-t-on pas cette démarche de prestations aux autoroutes dont l'État a payé les infrastructures et sur lesquelles il ne touche plus rien, laissant au secteur privé la mission de rentabiliser ce bien public ?

Stéphane Saussier

On parle de concession dès lors qu'il y a des investissements importants à réaliser dans un endroit où il n'existe pas d'infrastructure, ce que traduit bien le terme anglais de « green field ». On demande ainsi à une entreprise, qui peut être publique, privée, ou semi-publique de fournir l'infrastructure, de gérer le service qui en découle durant un temps déterminé, et de se rémunérer sur les recettes encaissées en délivrant ledit service. Mais l'on peut également avoir une concession sur un actif qui existe déjà, c'est ce que l'on nomme en anglais « brown field ». Dans ce contexte, on demande à l'opérateur de gérer le service et de faire les investissements en maintenance. Notons au passage qu'avec la nouvelle directive européenne¹⁰², on ne fait plus de distinction entre affermage et concession, et qu'il n'y a pas forcément besoin d'avoir des investissements mettant en place des infrastructures.

Au sujet des recettes générées par les concessions, il m'est difficile d'avoir un avis tranché. En effet, il ne faut pas oublier qu'il existe une première phase dans la vie de la concession où l'on doit rembourser à la fois des emprunts et des investissements lourds. Et c'est seulement vers la fin de la concession que l'on génère une forte profitabilité.

L'un des gros avantages de la concession pour l'État, en tout cas sur une zone vierge, est que l'on demande à un opérateur de mettre en place une infrastructure et de gérer le service lié pour les cinquante ou soixante-dix ans à venir, voire au-delà. Cela signifie que l'opérateur va chercher à minimiser le coût de l'ensemble de l'activité. Pour cela, il va particulièrement étudier le coût des investissements initiaux ; puis, si c'est possible, réduire au maximum les coûts d'exploitation pour les cinquante années qui viennent. Au final, l'opérateur va tout faire pour limiter ou optimiser le coût global du projet.

101 Conseil supérieur de l'aviation civile (CSAC), *Rapport sur le maillage aéroportuaire français*, janvier 2017.

102 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession. Ces textes ont été ensuite codifiés au sein du code de la commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019).

Passer à une prestation de service est quelque chose de totalement différent, car cela signifie que l'infrastructure existe déjà. On demande donc à un opérateur de gérer une infrastructure qu'il n'a pas mis en place, et qui peut être bonne ou mauvaise, sans qu'il soit forcément rémunéré autant que pour une concession. Bien sûr, la part de risque qu'il prend sur les recettes est beaucoup plus faible, car la situation est connue, tout comme le risque d'un moindre trafic. Dans ce contexte, on perd pas mal de l'intérêt des concessions qui est de faire appel aux compétences particulières d'un opérateur capable de minimiser le coût global d'un projet, d'innover, ou d'augmenter les recettes, tout simplement parce que c'est moins son problème dans le cadre d'une prestation de service. Toutefois, cette prestation peut avoir lieu si le contrat est bien rédigé, c'est-à-dire si l'on a des indicateurs de performance qui obligent à bien faire le service.

De manière générale, on connaît cette même problématique avec les marchés publics complexes dans lesquels existe une infrastructure, comme par exemple la philharmonie de Paris ou le Vélib, et où nous pouvons être confrontés à des difficultés de contrôle, de renégociation ou de dépassement du budget.

Marc Legrand

Lorsque j'ai raconté l'anecdote du « coup de rabet » à deux cents millions d'euros concernant les travaux du viaduc de Millau, c'était pour montrer que la clé du futur est la concurrence. Je pense en effet que seule la concurrence permet d'obtenir des prix compétitifs.

Gilles Carrez

Je continue de travailler et de suivre le dossier du Grand Paris¹⁰³, et notamment le projet de transport du Grand Paris Express¹⁰⁴. À l'époque, le Premier ministre m'avait demandé un rapport et je n'avais pas exclu l'idée que l'on procède, au moins sur telle ou telle portion, par concession ; c'est-à-dire que l'on donne au privé la conception, la réalisation et l'exploitation. Mais très vite on s'est heurté à des problèmes techniques, avec les exploitants historiques, qui au final se révélaient dangereux. Aujourd'hui, on a retenu la proposition que j'avais faite, en 2009, de créer une société de projet, en l'occurrence un établissement public industriel et commercial (EPIC) avec des taxes affectées qui passe les marchés. Mais, parallèlement, on s'aperçoit que compte tenu de la difficulté de certaines réalisations on va passer pour les dernières lignes en marché de conception-réalisation, ce qui change beaucoup les choses.

Si je précise cela, c'est pour montrer, à travers cet exemple, que l'on dispose de toute une gradation pour agir – ce que j'appelle une « boîte à outils ». C'est pourquoi, j'ai employé le mot de « pragmatisme » qui me semble particulièrement adapté au traitement de ce genre de dossier.

103 Le projet du Grand Paris ambitionne de transformer l'agglomération parisienne en une grande métropole du XXI^e siècle.

104 Le Grand Paris Express est un projet de réseau de transport public composé de quatre nouvelles lignes de métro automatique autour de Paris (68 gares réparties sur 200 km de voies) et de l'extension de la ligne 14 au nord et au sud de la capitale.

Et d'ailleurs, si je reviens sur le dossier de l'opération de privatisation du groupe Aéroports de Paris (ADP)¹⁰⁵, peut-être va-t-on s'apercevoir que M. Azéma a raison au sujet des terrains environnant ADP, et qu'il faut que l'on envisage pour ces 6 700 hectares une nouvelle modalité d'action avec des baux emphytéotiques où la collectivité publique gardera la propriété des futures constructions.

C'est ce que nous avons essayé de faire dans les années 1970 pour les villes nouvelles créées au cœur de Marne-la-Vallée, d'Évry et de Cergy. Mais l'on a échoué, car les constructeurs refusaient absolument ce type de montage et exigeaient, y compris pour les logements sociaux, des transferts de propriété. Mais, aujourd'hui, je pense que le moment est venu de changer notre façon d'agir, et de faire évoluer nos outils juridiques s'ils ne sont pas suffisamment adaptés à la préservation de l'intérêt général, car dans le dossier d'ADP la gestion des 6 700 hectares autour des aéroports pose un gros problème en regard de la notion de bien commun dont les collectivités environnantes et l'État sont les garants.

Question du public

Quelle distinction peut-on faire entre concession et partenariat public-privé (PPP), notamment en matière d'exploitation de biens importants pour la collectivité ? Et à qui doit revenir le surplus de recette ?

David Azéma

Dans le partenariat public-privé (PPP), l'on est dans un système plus simple à définir et à gérer. C'est comme cela que deux des quatre nouvelles lignes à grande vitesse (LGV) ont été construites : la LGV Bretagne-Pays de la Loire (BPL) entre Connerré (Le Mans) et Rennes ou Sablé, et la LGV du contournement de Nîmes et Montpellier (CNM) ; et que la seule concession concerne la LGV Sud-Europe-Atlantique (SEA), devenue L'Océane, entre Tours et Bordeaux.

Sur les moyens dont on dispose pour agir – ce que M. Carrez appelait notre « boîte à outils » –, je reprendrai l'exemple du Grand Paris. Nous sommes ici dans un système où l'État n'a objectivement plus les compétences pour piloter un objet aussi complexe que la construction en quelques années d'un immense réseau de transport.

Dans ce contexte, il faut donc constituer une société distincte : la Société du Grand Paris¹⁰⁶, qui puisse recruter des ingénieurs et les motiver, sans être dans le carcan de la gestion en régie direct. Mais, second critère, est-ce que ce service est marchand ? Est-ce que quelqu'un gagnera de l'argent en vendant des tickets de métro en région parisienne ? La réponse est non.

105 La privatisation du groupe ADP a été repoussée à une date indéterminée en raison de la crise liée à l'épidémie de coronavirus, qui s'est déclenchée après la tenue de ce colloque.

106 Établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) créé par l'État, la Société du Grand Paris est le maître d'ouvrage du projet du Grand Paris Express (loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, et décret n° 2010-756 du 7 juillet 2010 relatif à la Société du Grand Paris).

Sommes-nous également dans un sujet où nous avons à la fois la visibilité et la simplicité qui permettraient de définir un contrat entre la personne publique et la Société du Grand Paris, en lui octroyant un certain montant de recette annuel ? Assurément non. On sait que construire un objet aussi complexe et aussi imbriqué dans des problèmes d'urbanisme et/ou des problèmes techniques va inmanquablement supposer des réajustements plus ou moins importants à certains moments. C'est pourquoi, ne connaissant pas vraiment ni l'objet à construire, ni le service à produire, le caractère à 100 % public de l'entité à créer se justifie pleinement, rejetant tout recours à un opérateur privé.

Stéphane Saussier

En réalité, la principale différence est le transfert ou pas du risque d'exploitation. Ce sont des contrats globaux où l'on demande à l'opérateur de financer l'infrastructure et de délivrer le service, c'est donc du sur-mesure. Or, l'on n'est jamais vraiment en capacité de contrôler et de comparer avec d'autres objets comparables qui seraient financés différemment.

En tout cas, à grande échelle, de manière statistique et probante, cela renvoie à la question de la « boîte à outils ». Nous ne l'avons pas précisé, car nous étions focalisés sur les concessions, mais la boîte à outils de l'acheteur public ou de la puissance publique s'agrandit avec, par exemple, la possibilité de créer une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP), qui est, par exemple, le statut retenu pour la société réalisant la restructuration de la gare du Nord.

Notons qu'il existe des évolutions au niveau européen avec la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession qui reconnaît pour la première fois la spécificité des concessions en leur consacrant un texte de droit dérivé¹⁰⁷. Sans doute, cette directive laisse-t-elle trop de marge aux renégociations. Mais c'est la première fois à ma connaissance que l'on peut regarder d'aussi près l'exécution des contrats, ce qui offre plus de transparence dans les renégociations qui par leur importance peuvent parfois changer l'équilibre du contrat. Au final, cela va plutôt dans le bon sens.

Jean Gaeremynck

*Président de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci de ces précisions. En vous interrogeant sur le rééquilibrage du partenariat public/privé, vous venez de faire une transition idéale avec la seconde table ronde.

Je remercie encore l'ensemble de nos intervenants pour la pertinence de leurs propos, ainsi que le public pour sa participation active à cette séance.

¹⁰⁷ Auparavant, les concessions de travaux étaient soumises à des dispositions de base des directives relatives aux marchés publics.

Comment préserver les équilibres ?

Dans le cas de la privatisation d'entreprises, dont la gestion relève d'un régime de concessions, la préservation des équilibres entre l'intérêt général, la qualité du service rendu aux usagers et les incitations données aux entreprises concessionnaires repose sur le cadre contractuel, sur le suivi et la gestion du contrat, sur le droit de la concurrence et, le cas échéant, sur une régulation sectorielle.

Quels sont les points clés de ces équilibres ? Et comment ces outils permettent-ils de les préserver ?

Sommaire

| | |
|----------------------------------|-----|
| Biographie des intervenants..... | 75 |
| Actes de la table ronde..... | 79 |
| Échanges avec la salle | 119 |



Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modérateur

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et titulaire d'un diplôme d'études approfondies de droit des affaires (université Panthéon-Assas), Philippe Martin est ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion « droits de l'homme »). Il commence sa carrière au Conseil d'État en 1981, à la section du contentieux et à la section sociale. Commissaire du Gouvernement, puis assesseur à la section du contentieux entre 1985 et 1999, il a également été affecté à la section des finances. Il a présidé la neuvième sous-section du contentieux de 1999 à 2004, avant d'être nommé président adjoint de la section du contentieux. Il a également été vice-président du tribunal des conflits de 2008 à 2010. Il a par ailleurs exercé à l'extérieur du Conseil d'État les fonctions de conseiller technique auprès du secrétaire général du Gouvernement de 1989 à 1992. Il a été membre de la Commission des participations et des transferts (2008-2019) et membre du Conseil des prélèvements obligatoires (2010-2014). Il préside la section des travaux publics du Conseil d'État depuis 2012.

Intervenants

Daniel Bursaux

Directeur général de l'Institut national de l'information géographique et forestière (IGN), ancien directeur général des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM)

Daniel Bursaux dirige l'Institut national de l'information géographique et forestière (IGN) depuis le 5 novembre 2014. Son mandat a été renouvelé pour quatre ans en novembre 2018. Précédemment, et depuis juillet 2008, Daniel Bursaux a exercé les fonctions de directeur général des infrastructures, des transports et de la mer au ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, après avoir été directeur général de la mer et des transports. De novembre 2005 à avril 2007, il a été directeur adjoint puis directeur du cabinet du ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer. De 2001 à 2005, Daniel Bursaux a été directeur général des services de la région Alsace, après avoir exercé une fonction similaire au conseil général du Bas-Rhin pendant six ans. Il avait auparavant, de 1993 à 1995, assumé la fonction de conseiller technique au cabinet du ministre délégué à l'aménagement du territoire et aux collectivités locales. Diplômé de l'École polytechnique, Daniel Bursaux est ingénieur général des ponts, des eaux et des forêts et titulaire d'un *Master of Science* du Massachusetts Institute of Technology (MIT).

Rainier d'Haussonville

Secrétaire général du groupe SANEF

Le parcours professionnel de Rainier d'Haussonville, marqué par l'alternance entre la sphère publique et l'entreprise, le rend particulièrement sensible aux équilibres vertueux à trouver entre concédant et concessionnaire. Rainier d'Haussonville a débuté son parcours professionnel comme auditeur à la Cour des comptes (2000-2004), période durant laquelle ses missions au sein de la juridiction ont été principalement consacrées au suivi de politiques régaliennes de l'État (ministère de l'intérieur et ministère de la justice). De retour à la Cour, entre 2015 et 2019, ses missions ont notamment porté sur l'organisation des services déconcentrés de l'État. Conseiller financier adjoint du secrétaire général des affaires européennes en 2004, il a été nommé conseiller technique pour les affaires économiques européennes au cabinet du Premier ministre de 2005 à 2007. Après cette double expérience de contrôle de la gestion publique et de négociation de textes européens organisant le marché intérieur et l'ouverture à la concurrence, Rainier d'Haussonville a fait le choix de rejoindre un opérateur privé gestionnaire de services d'intérêt général. Il a ainsi rejoint, en 2008, Veolia Eau en qualité de directeur des affaires européennes, puis a été directeur des affaires publiques du Groupe Veolia, de 2010 à 2014. À ce titre, il a participé à la conception et à la mise en œuvre de la stratégie réglementaire du groupe lors de la révision des directives marchés publics et concession. Il s'est impliqué également dans le déploiement de contrats de concession à financement mixte, privé et public dans le domaine de l'environnement. Depuis 2019, il est secrétaire général du groupe SANEF (Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France), concessionnaire des réseaux autoroutiers SANEF et SAPN (Société des autoroutes Paris Normandie).

Thierry Laloum

Avocat au barreau de Paris, associé au sein du cabinet Willkie Farr & Gallagher LLP

Thierry Laloum est l'associé responsable du département Droit public du cabinet Willkie Farr & Gallagher LLP à Paris. Avocat au barreau de Paris, titulaire du DEA de droit privé de l'université Panthéon-Sorbonne, Thierry Laloum est aussi diplômé de l'Institut d'études politiques de Lyon. Avant de rejoindre Willkie Farr & Gallagher LLP en 2010, Thierry Laloum était associé du cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP depuis 2001 en charge du département Droit public/Droit de l'environnement. Thierry Laloum assiste de nombreux clients publics et privés en droit public des affaires, notamment en matière de concessions de service public, de marchés de partenariat et de financement de projets (dans le domaine des transports notamment). Il intervient depuis quelques années de plus en plus sur des contentieux ou précontentieux entre cocontractants, en particulier face à l'État ou ses établissements publics. Il a ainsi développé une pratique reconnue en matière de règlement des litiges nés de l'exécution des contrats publics.



Irène Luc

Vice-présidente de l'Autorité de la concurrence

Irène Luc est magistrate de l'ordre judiciaire. Installée en février 1990 comme juge d'instance à Tulle, elle rejoint de 1992 à 1996 le ministère de la justice en qualité de magistrate à l'administration centrale de la justice (MACJ), à la direction des affaires criminelles et des grâces. Entrée en détachement au Conseil de la concurrence, elle occupe successivement, jusqu'en 2011, les fonctions de rapporteur, rapporteur général adjoint et chef du service juridique. Affectée en 2011 à la Cour d'appel de Paris comme conseillère, elle est nommée en 2016 présidente de la chambre 5-4 (distribution-concurrence). Irène Luc a été nommée vice-présidente de l'Autorité de la concurrence en avril 2019. Elle a exercé comme professeur associé à la faculté de Versailles-Saint-Quentin de 2016 à 2019 et a fait partie du collège de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA).

Anne Yvrande-Billon

Vice-présidente de l'Autorité de régulation des transports (ART)

Anne Yvrande-Billon est titulaire d'un doctorat en sciences économiques de l'université Paris Sorbonne où elle est maître de conférences depuis 2003. Ses travaux de recherche et ses publications portent principalement sur l'économie des contrats et la régulation des industries de réseaux, en particulier dans le secteur des transports. Avant de rejoindre l'Autorité de la concurrence, elle était conseillère scientifique au Conseil d'analyse économique (CAE), un organe consultatif indépendant placé auprès du Premier ministre. À l'Autorité de la concurrence où elle travaillait auparavant (2011-2014), elle a occupé le poste d'économiste senior, puis celui d'adjointe au chef du service des concentrations. Anne Yvrande-Billon a été nommée vice-présidente de l'Autorité de régulation des transports (ART) en novembre 2014, et préside actuellement le bureau du *Network of Economic Regulators* (NER) de l'OCDE.





Acte – Comment préserver les équilibres ?

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Nous supposons désormais pour nos débats que la privatisation a eu lieu. La question est de savoir ce que cela change dans la relation entre l'État et le concessionnaire. Cette relation étant déjà encadrée par un contrat de concession, on peut en effet s'interroger sur l'importance de ce changement.

La première question posée concerne le fait de savoir si la privatisation du capital de l'entreprise concessionnaire change quelque chose à la relation avec l'État et, si oui, dans la panoplie des outils possibles pour gérer cette relation, quels sont les bons leviers qui vont permettre de sécuriser la relation dans l'intérêt de tous.

Il existe plusieurs types d'intérêts en cause. Il y a bien sûr *l'intérêt public* qui est un service public concédé. Il y a également *l'intérêt du concessionnaire* qui a accepté d'entrer dans une relation de long terme avec le concédant en consentant de très gros investissements. On distingue concession de travaux et concession de services, bien que cette distinction ait tendance à s'estomper depuis la nouvelle directive de 2014¹⁰⁸. En ce qui concerne les autoroutes et les aéroports, on parle de concession de travaux liés aux investissements massifs de la part du concessionnaire dans la phase initiale, si bien que ce type de contrat a un aspect « contrat de financement » très important. Le concessionnaire doit se financer par des fonds propres, mais aussi et surtout par la dette, et doit pouvoir gérer ses engagements financiers dans la durée. Enfin, il y a *l'intérêt des usagers*, qui sont les destinataires du service public et qui doivent disposer d'un service public de qualité à un prix raisonnable. C'est d'ailleurs le caractère raisonnable de ce prix qui a pu parfois prêter à discussion. Au final, l'ensemble de ces intérêts doit trouver un équilibre.

Autre élément de vocabulaire et de contexte pour cette introduction, et outil essentiel : le contrat. C'est par là que l'on commence.

La concession est un contrat qui possède un équilibre économique et doit être géré sur le long terme. Le respect des clauses du contrat est essentiel dans la relation entre les partenaires, sous le contrôle du juge. Le contrat avec sa mutabilité est évidemment l'outil de réglage de cet équilibre. Dans le cadre contractuel, signalons qu'il existe un ensemble de contrats intermédiaires entre l'État et le concessionnaire qui viennent compléter le contrat de concession, et dont les noms varient selon les secteurs concernés. Dans le secteur autoroutier, cela s'appelle un « contrat de plan » entre l'État et le concessionnaire ; pour les aéroports, il s'agit d'un « contrat de régulation économique » ; et dans le domaine ferroviaire, on parle de « contrat de performance ».

¹⁰⁸ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, *préc.*

Ces contrats diffèrent quelque peu entre eux, mais possèdent tous un facteur commun : le réglage des rapports financiers et des règles tarifaires.

On notera également l'intervention de régulateurs, même si dans le système pur de la concession on pourrait dire que tout peut être contractuel. Nous analyserons pourquoi l'on fait de plus en plus appel aux régulateurs dans ce domaine.

Le dernier mot dont je souhaite vous faire part dans ce cadrage général concerne les règles tarifaires.

En matière de tarification, la règle du jeu est assez complexe et l'on peut citer quatre étages. Le premier étage est le cadre de tarification, donné par la loi et le règlement qui définissent comment sont fabriqués les tarifs des autoroutes ou des aéroports. Il y a ensuite un deuxième étage qui concerne les contrats spécifiques que j'évoquais qui détaillent la règle tarifaire. Le cadre tarifaire est précisément l'objet de ces contrats annexes ou contrats de plans, de régulation économique, etc. Il y a un troisième niveau qui est la fixation par l'opérateur des détails tarifaires, car toutes les règles contractuelles ne descendent pas dans le plus petit détail, et l'opérateur, sous le contrôle du concédant, finalise ces aspects-là. Enfin, le quatrième niveau est l'homologation ou l'avis conforme, qui voit les tarifs être soumis à des règles de la part de régulateurs.

Tous ces aspects vont être présentés en deux temps, selon le schéma suivant. Nous débiterons par une première partie axée sur le contrat, qui se concentrera sur le rôle de l'équilibre contractuel dans l'équilibrage des intérêts. Puis, nous terminerons par une seconde partie, qui se concentrera plutôt sur les régulateurs : pourquoi sont-ils entrés dans le jeu, et quel est leur rôle dans ce jeu contractuel qui reste le socle du système de la concession ?

Pour commencer cette séance, je donne la parole à M. Bursaux.

Daniel Bursaux

*Directeur général de l'institut national de l'information géographique
et forestière (IGN), ancien directeur général des infrastructures,
des transports et de la mer (DGITM)*

Merci, M. le président. Le sujet que vous me demandez de traiter est particulièrement sensible. La gestion des concessions autoroutières qui concernent un réseau d'environ neuf mille kilomètres a fait, depuis 2006, l'objet de nombreux avis du Conseil d'État, de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité de régulation des transports (ART) anciennement Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, de la Cour des Comptes, ainsi que d'innombrables commentaires dans la presse.

1. Rappel historique

Je commencerai par un bref rappel historique pour mettre en perspective le sujet des privatisations de 2006. À l'origine, les premières sociétés concessionnaires d'autoroute étaient privées. COFIROUTE, créé en 1970, qui exploite une part significative du réseau autoroutier français, a conservé ce statut depuis lors.



De surcroît, il est apparu en 1999 que le système jusqu'alors pratiqué, d'adossement et de péréquation, qui favorisait les concessionnaires déjà titulaires d'un réseau, ne pouvait pas perdurer au regard du droit européen qui a été progressivement transposé en droit interne, notamment par la loi « Sapin » de 1993¹⁰⁹.

Dès 2000, le lancement de procédures de mise en concurrence pour attribuer de nouvelles concessions a donc permis à de nouvelles sociétés privées de s'installer sur le marché avant-même la vague de privatisation de 2006. La première autoroute lancée sous cette forme a été l'autoroute A28 (Rouen-Alençon), et l'exemple le plus emblématique de cette procédure reste à ce jour le Viaduc de Millau.

Rappelons également qu'avant 2006 l'État avait déjà mis sur le marché un pourcentage non négligeable des capitaux de certaines sociétés autoroutières publiques d'alors. Cela a concerné en particulier les Autoroutes du sud de la France (ASF) dès 2001, et les Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR) en 2004.

Sans rentrer dans le détail, je rappellerai deux chiffres. L'État a retiré, en 2006, quinze milliards d'euros des privatisations, dont quatre ont été affectés à l'Agence de financement des infrastructures de transport de France (AFITF), les sociétés privatisées étant alors endettées globalement à hauteur de trente milliards d'euros. Ce dernier chiffre est évidemment une donnée de gestion fondamentale, car à la fin des contrats de concessions les dettes des sociétés devront avoir été remboursées par celles-ci et leurs réseaux remis au concédant en bon état.

Les cahiers des charges des contrats de concession ont donc été modifiés en 2006 lors du processus de privatisation à la demande de l'État, afin d'y introduire les engagements souscrits par les repreneurs. Les avenants correspondants ont été approuvés par décret en Conseil d'État. Par ailleurs, pour chacune des sociétés concessionnaires, le dispositif prévoit la négociation de contrats de plan quinquennaux fixant les investissements à réaliser et les objectifs de niveau de service à atteindre sur des périodes de cinq ans. En contrepartie de ces aménagements, ces contrats déterminent les éventuelles hausses des tarifs de péage à mettre en œuvre sur la période. Ce sont des avenants aux contrats de concession qui sont également approuvés par décret en Conseil d'État.

2. Les conséquences des privatisations

Alors, quelles conséquences a eu cette dernière vague de privatisation sur les services de l'État ? Sachant qu'il reste environ trois mille kilomètres d'autoroutes et de voies express à deux fois deux voies exploitées par les directions des routes (DIR) et libres de péages – sur une partie desquels les sociétés d'autoroutes lorgnent par ailleurs.

La première conséquence de cette vague de privatisation a porté sur deux établissements publics qui ont, pour l'un, disparu et, pour l'autre, subi une forte attrition.

¹⁰⁹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite loi « Sapin »).



Ainsi, Autoroute de France a été dissous en 2009. Cet établissement public, créé en 1983, avait pour mission d'assurer une péréquation des ressources des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroute et de contribuer ainsi à l'équilibre de leur trésorerie. Il pouvait faire des apports en fonds propres par des prises de participation ou des avances d'actionnaires.

De même, le rôle de la Caisse nationale des autoroutes, créée en 1963 et gérée par la Caisse des dépôts, présidée en 2006 – au moment de la privatisation – par mon prédécesseur le directeur des routes, qui empruntait sur le marché des fonds mis à disposition des sociétés, a considérablement décliné puisque cinq des six sociétés des trois groupes privatisés en 2006 ont définitivement amorti leur dette auprès de l'établissement. Ces groupes ne sont d'ailleurs plus éligibles à de nouveaux financements, notamment depuis 2010 pour le dernier d'entre eux et l'encours de prêt qui existait est passé de plus de vingt milliards d'euros à environ un milliard d'euros aujourd'hui.

La deuxième conséquence de cette dernière vague de privatisation a porté, entre autres, sur les relations au quotidien entre la direction générale des routes (DGR) puis la direction générale des infrastructures des transports et de la mer (DGITM) et les sociétés concessionnaires d'autoroute (SCA). À cet égard, il faut savoir qu'en dehors des discussions lourdes mettant en jeu des leviers complexes, sur lesquels je reviendrai, les contrôles de l'administration portent notamment sur la réalisation des travaux prévus aux contrats, sur la qualité de l'entretien et de l'exploitation du réseau et sur l'application annuelle des lois tarifaires.

Il est de fait que le positionnement de l'administration ne peut pas être tout à fait le même lorsqu'elle a en face d'elle des sociétés à capitaux totalement ou largement publics, ou des sociétés à capitaux totalement privés. Dans un cas, il s'agit de rapports quasi public-public et dans l'autre cas de rapports public-privé.

Avant la privatisation, les échanges pouvaient être compliqués entre l'État gestionnaire des contrats et l'État actionnaire, les intérêts de l'un et de l'autre n'étant pas forcément en phase. Même si je n'ai pas personnellement connu cette période, je pense que des arbitrages interministériels ont pu parfois être complexes. Mais, la logique dominante était probablement de maximiser les profits des sociétés publiques via notamment les péages, pour pouvoir récupérer des dividendes significatifs et réinvestir dans de nouveaux tronçons.

Cette tension interne à l'État a, par définition, disparu avec la privatisation, pour mettre face à face, sous le contrôle attentif du pouvoir politique, les services du ministère chargé des transports et les sociétés concessionnaires, même si la direction du budget a toujours suivi de près les diverses négociations. Un troisième acteur, qui ne participe pas toujours directement aux échanges, est évidemment présent : les banques, puisque les concessions c'est beaucoup de dettes réalisées soit pour l'acquisition, soit pour les travaux. Les banques, même si elles ne sont pas en première ligne, sont donc extrêmement vigilantes quant à l'application des règles qui régissent l'évolution des péages qui représentent environ 97 % des recettes des sociétés d'autoroutes.



L'actionnaire de la société, qui de fait n'a d'existence que par son contrat avec l'État, y est évidemment fondamentalement attaché, et va chercher – c'est naturel – à maximiser les profits qu'il peut en tirer, en premier lieu en rationalisant sa gestion. Mais il faut bien comprendre que, de la nature des concessions, avec les obligations qui s'imposent aux concessionnaires à leur issue, il découle que c'est à ce moment final, et seulement à ce moment-là, que l'évaluation réelle de leur rentabilité pourra être faite.

Cela a une conséquence qui pèse fortement sur les échanges entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, qui ont évidemment un intérêt majeur à ce que leurs contrats soient allongés au maximum avec la loi tarifaire la plus avantageuse possible. C'est là un sujet de discussion complexe.

L'argument politique mis en avant par les sociétés est celui-ci : nous pouvons réaliser à court terme des travaux financés par un allongement de concession qui ne privera provisoirement l'État d'un retour du bien que de quinze ou vingt ans. Cet argument peut évidemment séduire en période de disette budgétaire et de chômage élevé, et amener les concessionnaires à se sentir en position de force dans les négociations, qui se déroulent alors en dehors de toute mise en concurrence et qui comportent plusieurs aspects.

Je citerai en particulier les éléments (non exhaustifs) suivants :

- les travaux qui sont prévus dans ces avenants ne sont-ils pas déjà dus au titre du contrat ? (barrières de péage, drainage, etc.) ;
- quelle est l'évaluation prévisible du trafic à prendre en compte sur la période pour estimer l'évolution des recettes ?
- quel est le taux de rentabilité interne (TRI) qu'il est raisonnable de retenir ?
- quelle est l'inflation prévisionnelle sur la période ?
- quelle est l'évolution des taux d'intérêts ?

Tous ces sujets peuvent faire l'objet de débats, et les négociations peuvent être difficiles à mener si l'une des parties a des prétentions excessives ou si une contrainte temporelle forte est imposée pour telle ou telle raison.

Dans ce cas, l'administration peut, comme certains l'ont affirmé, être en position de relative faiblesse.

Je suis toutefois convaincu que la DGITM, que j'ai eu l'honneur de diriger, avait les moyens de mener ces négociations avec l'appui des services des ministères financiers. La sous-direction en charge des concessions autoroutières disposait d'une équipe aguerrie, intellectuellement très performante, pour établir des scénarios prospectifs sur les différents aspects que je viens de citer, que ce soit les aspects techniques ou les aspects économiques. Il existait, en outre, au sein de cette sous-direction, une unité qui disposait d'une base de données exhaustive des coûts de travaux routiers et capable de vérifier que les travaux étaient réalisés



dans l'état de l'art. De surcroît, le fait pour l'État de conduire lui-même des travaux lui fournissait une culture et des références utiles pour les discussions avec les sociétés concessionnaires.

Par ailleurs, en complément ou en substitution de procédures ou de commissions préalablement existantes, l'ARAFER, devenue en 2015 l'Autorité de régulation des transports (ART), est chargée de veiller depuis cette date au bon fonctionnement du régime des tarifs de péage autoroutiers et à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés de concessionnaires.

Une autre approche, très appréciée par les concessionnaires, est celle qui consiste à ce que la réalisation des travaux soit financée par une augmentation des péages. Cette approche n'a plus trop le vent en poupe, compte tenu de l'extrême sensibilité de l'opinion publique et des clients à la hausse des tarifs. Cependant, l'encadrement de plus en plus strict des allongements que ce soit par le droit européen ou par le droit national conduirait à ne pas l'écarter, même si les clients des autoroutes s'inquiètent de ces évolutions tarifaires à chaque réunion de la commission consultative des usagers du réseau routier national, créée en 2009. Mais la problématique des négociations est exactement la même, comme c'est également le cas pour celle des contrats de plan quinquennaux que j'ai déjà évoquée.

Sans être exhaustif, un autre aspect des contrats est celui de leur environnement fiscal. Sur ce point, les sociétés sont extrêmement vigilantes au respect des contrats qui prévoient une compensation en cas d'évolution de la fiscalité spécifique aux autoroutes.

J'ai en mémoire un vrai bras de fer qui a eu lieu, en 2013-2014, lorsque le Gouvernement de l'époque avait envisagé d'augmenter la redevance domaniale.

À l'inverse, des échanges très compliqués s'annonçaient dans la perspective de la mise en place de la défunte Écotaxe poids lourds. La nouvelle taxation aurait eu des répercussions positives sur le trafic de certaines sections autoroutières, ce qui était d'ailleurs l'un des objectifs visés, et il aurait été logique que l'État récupère une partie de ces recettes supplémentaires – position que ne partageaient pas les sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA). On ne connaîtra jamais l'issue qu'auraient eue les négociations.

Conclusion

En conclusion, je souhaiterais préciser, même si c'est une tautologie, que les sociétés attendent un respect scrupuleux des contrats – ce qui est tout à fait légitime –, et que l'État doit également les faire respecter dans toutes leurs dimensions, ce dont il a les moyens.

Enfin, il faut noter que si la négociation d'avenants est particulièrement complexe compte tenu de la multiplicité des paramètres qui entrent en jeu ; en revanche, pour des contrats qui sont conclus pour plusieurs décennies, il paraît totalement impossible d'en écarter le principe même, car c'est la vie des concessions qui en dépend.



Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Votre remarque finale sur l'importance vitale du contrat pour le concessionnaire annonce l'intervention de M. d'Haussonville, qui va nous indiquer si l'on peut percevoir un changement dans la relation contractuelle depuis les privatisations. M. le secrétaire général, vous avez la parole.

Rainier d'Haussonville

Secrétaire général du groupe SANEF

Monsieur le Président, je vous remercie. Vous avez évoqué dans votre introduction le contrat comme la clé de l'équilibre entre le concédant et le concessionnaire. Cette question est sensible, et je dirais même vitale. Elle l'est assurément pour le concessionnaire, pour qui le contrat de concession est le seul et véritable actif qu'il détient. Elle l'est devenue également pour l'utilisateur et/ou l'opinion publique, enclins à penser que la privatisation des sociétés d'autoroute a créé un rapport de force, entretenu par le contrat de concession, préjudiciable au concédant et à l'intérêt public.

Pour revenir plus précisément à votre interrogation, je vais tenter d'y répondre avec beaucoup de modestie. Je suis un nouveau venu dans ce secteur et je suis entouré aujourd'hui de personnes qui, fortes de leur expérience, ont des points de vue très légitimes et très variés sur ce qui a été la vie des concessions d'autoroute ces dernières années, en tout cas depuis 2006.

Par conséquent, je m'attacherai à vous présenter mon rapport d'étonnement, mon regard de nouveau venu sur la relation entre l'État concédant et les sociétés concessionnaires.

Dans cet esprit, je vous propose de retenir trois qualités que doit réunir une relation équilibrée entre concédant et concessionnaire : cet équilibre doit être *assumé*, *vertueux* et *dynamique*. Assumé, il ne l'est assurément pas. Vertueux, il l'est beaucoup plus que communément admis. Dynamique, il est menacé de ne plus l'être.

1. Un équilibre mal assumé

La relation contractuelle entre concédant et concessionnaire est de manière récurrente qualifiée de « déséquilibrée ». Cette situation a plusieurs causes.

D'une part, les mots ont été galvaudés : le débat public est fréquemment et improprement structuré par l'expression de « privatisation des autoroutes ». Il n'en est rien. Comme cela a été très bien expliqué précédemment, il s'agit de la privatisation d'une société concessionnaire, et non pas de la privatisation ni de l'autoroute comme infrastructure, ni du service public autoroutier. La privatisation n'a d'ailleurs pas modifié la finalité des contrats de concession autoroutiers.



D'autre part, l'on s'imagine que les sociétés concessionnaires auraient été bradées par l'État lors de la privatisation. Alors même que l'intérêt financier qu'a trouvé l'État dans l'opération est sous-estimé¹¹⁰.

Enfin, l'on pense que les concessions autoroutières auraient une rentabilité excessive, illégitime de surcroît dans la mesure où l'exploitation du service public autoroutier serait profitable pour des opérateurs privés. Cette critique repose largement sur le fait que le modèle économique des concessions est méconnu : une autorité aussi prestigieuse que l'Autorité de la concurrence¹¹¹ s'est concentrée sur le compte de résultat en ignorant le bilan. Or la rentabilité d'une société concessionnaire d'autoroute ne peut pas s'apprécier à l'aune d'un taux de marge annuel sur chiffre d'affaires. Cette rentabilité doit s'évaluer sur la durée du contrat : d'une part, en prenant en compte le montant des capitaux mobilisés à rembourser pour des opérations très intenses en capital et, d'autre part, en anticipant la conséquence économique de l'expiration du contrat qui est la remise de l'actif gratuitement au concédant en fin de concession.

Une autre source du malaise est la durée même des contrats de concession autoroutière qui est de plusieurs dizaines d'années, donnant ainsi l'impression que, compte tenu de cet engagement sur une aussi longue période, l'État n'aurait pas les moyens de faire valoir ses intérêts.

L'addition de ces soupçons, même pas ou peu étayés, a conduit à l'émergence d'une conviction diffuse que l'État aurait perdu le contrôle de ses concessions. L'équilibre de la relation contractuelle n'est plus assumé. Cette conviction nourrit la volonté de remettre en cause l'équilibre entre le concessionnaire et le concédant, voire le contrat de concession lui-même. Le décideur politique peut ainsi apporter la preuve qu'il a une prise sur le réel et peut changer le cours des choses¹¹². En témoigne la tentative, en 2014, de gel unilatéral des tarifs autoroutiers. L'équilibre mal assumé reflète moins un déséquilibre objectif qu'un oubli des vertus du contrat passé entre le concédant et le concessionnaire.

2. Un équilibre plus vertueux que communément admis

La première vertu de l'instrument de la concession est de faire porter par un tiers des risques que l'État ne veut pas assumer. Dans le cadre d'une concession autoroutière, le transfert de risques « aux risques et périls du concessionnaire » est une réalité trop souvent méconnue.

L'économie de la concession repose, en effet, sur le transfert des risques de construction et de trafic. Le risque de construction est inhérent à la phase initiale préalable à la mise en service de l'infrastructure. Il demeure présent durant la vie du contrat pour les travaux de gros entretien ou d'extension prévus par des avenants.

110 L'État actionnaire a perçu 22,5 milliards d'euros et s'est désengagé de 16,8 milliards d'euros de dettes.

111 Autorité de la concurrence, avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur autoroutier après la privatisation des sociétés concessionnaires.

112 Voir notamment : Dominique Lorrain, « L'eau à Paris, les simulacres du politique », CNRS, chaire ville école des ponts, 2014 (hal-01006040 version 1).



L'autre risque pesant sur le concessionnaire est celui du trafic. Les concessions autoroutières se caractérisent par un transfert quasi-intégral du risque de trafic sur le concessionnaire, ce qui n'est pas d'ailleurs le cas dans d'autres pays. Les prévisions de trafic sont une science inexacte : reposant sur des hypothèses simples ou sophistiquées, elles sont rarement vérifiées. Si l'on prend l'exemple de la crise économique et financière de 2008, imprévue, celle-ci a mis à mal le modèle d'affaires de la privatisation de 2006. La conséquence est que le trafic de poids lourds a retrouvé en 2018 seulement son niveau antérieur à la crise de 2008¹¹³.

La matérialisation de ces risques expose le concessionnaire à un risque de défaut. L'histoire des concessions nous apprend que ce n'est pas un risque théorique.

J'évoquerai ici rapidement le seul groupe SANEF : en 1985, SANEF absorbe la société privée APEL (Autoroute Paris Est Lorraine) qui exploite le tronçon Noisy-le-Grand /Metz, et ne peut pas faire face à ses emprunts. SANEF procède, en 1994, à l'acquisition de la quasi-totalité du capital de SAPN. En raison des investissements réalisés dans les années 1990 pour la construction des autoroutes A14 et A29, SAPN a dégagé, en 2001, des pertes importantes ayant rendu ses capitaux propres négatifs. En 2002, SANEF recapitalise SAPN.

Deuxième vertu : les règles du service public telles que la continuité du service, l'égalité des usagers et la mutabilité ont une traduction contractuelle. Elles sont des valeurs pas seulement pour l'État concédant, mais aussi pour les concessionnaires dont elles guident l'activité opérationnelle, puisque dans le cadre de ce contrat ils ont la responsabilité de les mettre en œuvre.

L'équilibre de la concession est également vertueux parce que le concédant n'est pas en position de faiblesse. J'exprimerai même ici un paradoxe qui n'est qu'apparent : en tant que concessionnaire, nous souhaitons un concédant fort. Les services compétents de la Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM) du ministère chargé des transports ont les moyens d'exercer avec efficacité leur mission de suivi du réseau concédé. L'État exploite lui-même un réseau national non concédé. De ce fait, son expérience et son savoir-faire d'exploitant direct entretiennent sa capacité à étalonner la gestion des sociétés concessionnaires d'autoroute. De mon point de vue, l'État n'est pas en position de faiblesse. Il est l'unique concédant des autoroutes en France et peut donc comparer les résultats et les performances de ses différents concessionnaires. Les sociétés concessionnaires d'autoroute ont, en effet, l'obligation de transmettre au concédant des indicateurs de qualité du service à l'utilisateur, de l'exploitation ou du patrimoine sur le bon entretien de l'infrastructure, qui donnent une connaissance précise de leurs performances. Le concédant diligente enfin des audits techniques.

Un quatrième élément vertueux de l'équilibre contractuel concerne le financement de l'entretien de l'infrastructure autoroutière. Le contrat de concession a, en effet, pour corollaire de sanctuariser les dépenses d'entretien de l'infrastructure en les sauvant de la régulation budgétaire.

113 Cet exposé a été prononcé antérieurement à la crise de la Covid-19 dont les effets sur le trafic ont été encore plus marquants : les mesures de confinement et de restriction de la circulation ont conduit, en 2020, à une baisse de l'ordre de 20 % des recettes de péage.



Enfin, de nombreux observateurs ont mis en avant le caractère de contrat « incomplet »¹¹⁴ des contrats de concession autoroutière, pour s'inquiéter de la négociation obligée d'avenants qui se ferait au profit du concessionnaire et au détriment du concédant. Si ces inquiétudes ont prospéré, elles devraient être dissipées par la compétence récemment attribuée par le législateur à l'Autorité de régulation des transports (ART) dans l'examen des projets d'avenants ayant une incidence sur la durée de la concession ou les tarifs de péage¹¹⁵. À cet égard, je forme le vœu que les avis de l'Autorité renforcent la légitimité et la solidité des avenants négociés entre le concédant et le concessionnaire.

3. Un équilibre dynamique menacé

Pour que l'équilibre du contrat demeure vertueux, cet équilibre doit être dynamique. Les contrats de concession doivent pouvoir faire l'objet d'avenants au cours de leur vie. C'est indispensable s'agissant de contrats aussi longs, et considérant l'évolution des besoins des usagers ou celle des demandes des pouvoirs publics.

L'autoroute d'aujourd'hui n'est pas celle d'il y a vingt ou trente ans. Des besoins nouveaux se font jour, comme le montrent deux exemples concrets.

Le premier exemple est l'aménagement de l'autoroute A1 entre Roissy et les portes de Paris. Cette autoroute n'appartient pas au domaine concédé, mais elle pourrait faire l'objet d'aménagements dans une double optique au regard des Jeux olympiques de 2024 : d'une part, dans une logique d'attractivité de Paris région capitale, pour les dizaines de millions de touristes d'affaires et de loisirs qui atterrissent chaque année à l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle et pour qui cet axe est la première image qu'ils ont du Grand Paris et, d'autre part, dans une logique d'amélioration de la mobilité des Franciliens au quotidien.

Nous avons fait en ce sens des propositions à l'État, qui impliqueraient un nouvel usage de cette autoroute. Le projet de loi sur la mobilité¹¹⁶ comporte en effet des dispositions pour faciliter le covoiturage, les voies réservées pour les bus, etc. Cela correspond à des évolutions structurelles. Certaines portions d'autoroutes sont aujourd'hui urbaines ou quasi-urbaines, avec des situations de congestion, et il faut changer l'usage de l'autoroute sans y renoncer, car elle reste une infrastructure nécessaire dans le milieu urbain.

Le second exemple de besoins nouveaux concerne le péage, qui constitue une fonction stratégique du métier de concessionnaire autoroutier. Nous avons anticipé ces nouveaux besoins en expérimentant le *flux libre*, qui permettra aux usagers de l'autoroute de payer sans s'arrêter grâce à des portiques. C'est une solution technique répandue à l'étranger, mais du point de vue du concessionnaire c'est une prise de risque. Cela concerne le péage qui regroupe environ 95 % des

114 Selon la théorie économique, un contrat est incomplet quand il n'est pas possible de prévoir et donc d'écrire ce qui doit se passer dans tous les cas de figure possibles. Quand une circonstance imprévue se produit, il y a place pour une nouvelle négociation en vue d'interpréter ou de redéfinir les termes du contrat.

115 Article L122-8 du code de la voirie routière.

116 Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités. Voir également : CC, décision n° 2019-794 DC du Conseil constitutionnel du 20 décembre 2019 (partiellement conforme).



recettes. Si aujourd'hui il est difficile de frauder le péage en raison des barrières, demain les usagers qui n'ont pas de badge devront payer en rentrant chez eux après avoir quitté l'autoroute. C'est donc une révolution du péage, et un risque accru et nouveau de moindre perception du péage pour le concessionnaire. Ces nouveaux outils font actuellement l'objet d'expérimentations, mais si l'on veut les étendre sur les réseaux existants, il faudra non seulement modifier le contrat de concession, mais aussi prévoir des dispositions spécifiques pour que ce nouveau risque de moindre perception du péage soit pris en compte.

Dans ce contexte, on notera que si les besoins nouveaux sont identifiés, si des investissements nouveaux sont considérés comme opportuns et justifiés, la voie de l'avenant au contrat de concession est devenue plus difficile.

Cette difficulté se mesure d'abord dans les textes. À l'issue d'une bataille longue et indécise, des avancées remarquables ont été obtenues pour ancrer les concessions dans le droit de l'Union européenne. La directive « concessions »¹¹⁷ a le mérite de conférer une grande sécurité juridique aux avenants. Par une sorte de génie français du « en même temps », le législateur français a fait usage de sa souveraineté pour encadrer et limiter dans l'Hexagone les possibilités de flexibilité ouvertes en ce domaine par le législateur européen. À peine la directive « concessions » a-t-elle été adoptée et publiée en 2014, que la loi dite « Macron » de 2015¹¹⁸ a soumis l'allongement de la durée des concessions autoroutières à l'autorisation du Parlement¹¹⁹.

Cette sur-transposition du droit européen entretient l'inhibition du concédant. Mieux vaut renoncer à l'allongement de la durée des contrats de concession que de hasarder un vote au Parlement. Pourtant, l'allongement de la durée des contrats de concession présente l'avantage de permettre le financement d'investissements de montants élevés alors que les hausses de tarifs deviennent difficilement soutenables pour les usagers. Cette situation porte préjudice à des projets d'investissements de long terme et d'intérêt général¹²⁰.

Les contrats de concession peuvent encore répondre aux attentes des usagers et de l'autorité concédante dans un contexte de forte évolution des mobilités et des usages. Préserver l'équilibre ne saurait par conséquent signifier le gel du contrat jusqu'au terme de la concession.

117 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

118 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

119 Article L122-4 du code de la voirie routière : « (...) *Sans préjudice des dispositions du code de la commande publique, des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la concession peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité (...). Leur financement ne peut être couvert que par une augmentation des tarifs de péages, raisonnable et strictement limitée à ce qui est nécessaire (...)* ».

120 L'allongement de durée demeure une modalité utile et pratique du financement d'investissements dans le cadre d'une concession : cette option a été retenue pour les concessions des ponts de Normandie et de Tancarville (communiqué de presse de la préfecture de Normandie du 1^{er} avril 2021).



4. L'échéance pas si lointaine de nos contrats de concession

En résumé, je retiendrai quatre points clés de l'équilibre du contrat :

- La visibilité sur les tarifs et la sécurisation des revenus du péage ;
- Le principe de l'exploitation aux « risques et périls » ;
- La possibilité de modifier et de faire vivre le contrat ;
- Un suivi rigoureux du contrat par le concédant, suivi qui sécurise le concessionnaire.

Je conclurai en faisant le point sur le moment où nous nous trouvons dans la vie des concessions.

Nous avons deux grands contrats de concession : celui des autoroutes du Nord et de l'Est qui expire en 2031, et celui de l'autoroute Paris-Normandie qui expire en 2033. Or, pour un gestionnaire d'infrastructures, ces deux dates sont assez proches. Nous devons donc réfléchir au bon usage du laps de temps qui nous sépare de ces échéances. Il y a des besoins à satisfaire, et donc des contrats à faire évoluer ; cela reste encore économiquement et juridiquement possible.

Enfin, concernant les solutions que nous pouvons envisager à l'échéance de ces contrats, je présenterai trois hypothèses spéculatives.

Dans la première hypothèse, les autoroutes peuvent être reprises en gestion directe par l'État qui en a la capacité. Dans ce cas, il faudra veiller à ce que cela ne soit pas associé dans l'esprit du public à une gratuité des autoroutes, au détriment du financement par le péage de leur entretien. C'est un débat qui a lieu actuellement en Espagne où les autorités ont décidé de rendre gratuites des sections d'autoroutes dont la concession a expiré, avec des travaux d'entretien et de renouvellement qui seraient financés par l'impôt ; ce choix n'est pas le plus rationnel pour la gestion de l'infrastructure, car il est tout à fait possible de maintenir un péage avec une gestion publique.

La deuxième hypothèse est la privatisation au sens strict, avec un transfert de l'infrastructure existante à des investisseurs privés attirés par un actif de qualité peu risqué, et avec un régulateur qui suit la performance des services, valide le montant des investissements d'entretien nécessaires et encadre strictement la rémunération et la marge de l'opérateur privé. C'est encore difficilement imaginable en France, mais relève d'une logique de régulation.

Une troisième piste pourrait être la remise en concurrence, peut-être avec des voies contractuelles différentes ou améliorées, tout en gardant les avantages des contrats de concession.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci beaucoup pour cette intervention. Je donne maintenant la parole à maître Laloum qui va nous faire part de son expérience dans le domaine des concessions.



Merci M. le président. C'est un privilège que de partager avec vous mon expérience dans le domaine des concessions. En tant qu'avocat, il se trouve en effet que depuis environ trente ans j'interviens le plus souvent aux côtés des concessionnaires dans le cadre de contrats de concessions conclus par l'État.

L'expérience ainsi acquise n'est donc pas celle d'un arbitre, d'un juge ou d'un observateur mais bien celle d'un défenseur.

Aujourd'hui, je vais tenter de me faire le défenseur du *contrat de concession* tel que celui-ci a été façonné par le Conseil d'État depuis plusieurs décennies, et que je peine à retrouver ces dernières années du fait des mauvais traitements qu'il reçoit.

À cet égard en effet un triple constat s'impose :

1) Les contrats de concession initialement négociés sont devenus de véritables contrats d'adhésion, à la fois par souci de respecter l'égalité de traitement entre les candidats – ce que l'on peut comprendre –, et pour permettre d'imposer au concessionnaire des transferts massifs de risques – ce qui est beaucoup moins compréhensible.

2) Les contrats de concession sont le siège d'un interventionnisme constant du concédant, à la fois pour montrer que l'on sait mieux faire que le secteur privé et pour faire, ou faire faire par le concessionnaire sans avoir à assumer les responsabilités et les coûts liés.

3) Les contrats de concession révèlent une incapacité du concédant à prendre ses responsabilités. En effet, dire « non » est une décision plus simple que donner une suite favorable à une demande bien fondée. Discuter, avoir recours à des tiers experts ou à des médiateurs, *a fortiori* négocier, devient difficile voire impossible. Dans ce contexte, il est devenu clair pour l'État que mieux vaut un procès qu'un accord !

Face à ce constat désenchanté, il reste l'espoir de parvenir à changer le cours des choses. Il s'agit de restaurer les équilibres pour mieux les préserver.

Pour cela, deux mouvements peuvent être envisagés :

- un mouvement *réactionnaire* de la part de l'État pour revenir aux équilibres contractuels savamment consacrés par le Conseil d'État ;

- un mouvement *révolutionnaire* de la part du Conseil d'État pour réparer les failles persistantes du droit des concessions. Rien de moins.

Pour mieux appréhender la nécessité de ce double mouvement, apparemment paradoxal, il suffit de se pencher sur les dérives que l'on peut constater depuis plusieurs années dans l'exécution des contrats de concession, ainsi que sur les principales lacunes du droit des concessions.



1. - Les dérives constatées du contrat de concession

Plutôt que de faire un long exposé de toutes ces dérives, je vais faire état de deux d'entre elles.

La première dérive concerne le caractère excessif des interventions du concédant dans l'exécution des contrats de concession en dépit du transfert de maîtrise d'ouvrage au concessionnaire. La seconde dérive concerne la dénaturation du régime du droit de modification unilatérale des contrats et le durcissement corrélatif du droit à indemnisation du concessionnaire.

1.1. - *Le caractère excessif des interventions de l'État dans l'exécution des contrats en dépit du transfert de la maîtrise d'ouvrage*

S'agissant de la première dérive, on se rappellera que le transfert de la maîtrise d'ouvrage au concessionnaire est un élément consubstantiel à la concession de travaux publics.

Logiquement, les contrats de concession les plus récents retranscrivent ce transfert de maîtrise d'ouvrage. Ainsi peut-on lire, par exemple, dans ces contrats, que le concessionnaire prend à sa charge l'intégralité des frais et risques de conception, de financement, de construction, d'exploitation, d'entretien et de maintenance de l'ouvrage.

Pourtant, alors même que les pouvoirs du concédant devraient se limiter à des contrôles, les contrats de concession donnent au concédant des pouvoirs qui confinent à la direction technique des travaux.

En effet, si le concessionnaire est logiquement responsable de l'établissement des avant-projets de l'ouvrage, c'est le concédant qui les approuve ; étant précisé que cette approbation est un préalable à l'engagement des travaux.

Or cette approbation peut être longue à obtenir et s'accompagner de demandes d'études supplémentaires et/ou de modifications que le concessionnaire ne peut pas contester, et qu'il doit respecter s'il veut obtenir la validation espérée.

Dès lors, que penser du transfert intégral du risque de conception sur le concessionnaire, si ce dernier est contraint de se soumettre aux *diktats* du concédant ?

Il convient de souligner que ces demandes émanent le plus souvent de services de contrôle qui n'ont pas participé à la procédure d'appel d'offres, et qui ne sont pas concernés par le respect de l'équilibre économique de la concession. C'est là une autre dérive de l'exécution des contrats de concession, puisque le concessionnaire se trouve confronté à de multiples entités de l'État qui n'essaient même pas de se coordonner entre elles pour donner une position cohérente au concessionnaire !

Mais le meilleur est à venir, puisque les contrats de concession prévoient que *« toutes ces procédures n'ont pour effet, ni d'engager la responsabilité de l'État, ni de dégager celle de la société concessionnaire »*.



Ainsi, le concessionnaire se retrouve face à un exercice impossible puisqu'on lui demande d'être responsable de décisions qui lui sont imposées par le concédant ; décisions qu'il ne peut pas contester et auxquelles il doit impérativement se soumettre au risque sinon de se voir infliger des pénalités ou encourir la déchéance de son contrat.

Il convient donc, pour mieux préserver les équilibres, que le concédant ne puisse plus s'immiscer dans l'exécution des missions confiées au concessionnaire.

C'est la même recommandation qui pourrait être faite s'agissant de l'usage que fait le concédant de son droit à modifier unilatéralement le contrat, qui constitue la seconde dérive que je souhaiterais évoquer ici.

1.2. - Le durcissement des conditions d'indemnisation du concessionnaire en cas de modification unilatérale du contrat par le concédant

Au-delà des droits qu'il tire du contrat, le concédant peut, presque à sa guise, le modifier unilatéralement. Tout en reconnaissant la validité de cette prérogative, le Conseil d'État a veillé à fixer des limites à l'usage de ce droit et, surtout, a reconnu le droit du concessionnaire à être intégralement indemnisé des préjudices causés par l'usage de ce droit.

Il n'y a donc là rien à redire au niveau des principes. Mais qu'en est-il aujourd'hui ? L'analyse des contrats de concession montre que ce droit a été aménagé au bénéfice du concédant et au détriment du concessionnaire.

Les contrats de concession stipulent désormais qu'en cas de modification de la concession par le concédant, qui serait de nature à significativement améliorer ou dégrader l'équilibre économique et financier de la concession, les parties arrêtent, dans les meilleurs délais, les mesures, notamment tarifaires, à prendre en vue de permettre la continuité du service public dans des conditions financières sensiblement équivalentes.

Autrement dit, pour que le concessionnaire puisse être compensé il faut que :

- la modification ait un impact significatif, alors qu'il suffisait auparavant que la mesure affecte directement le concessionnaire ;
- que cette modification touche l'équilibre économique et financier de la concession, étant entendu que cet équilibre est le plus souvent très difficile à établir ;
- lorsque ces conditions sont réunies, le concessionnaire a droit à un rendez-vous avec le concédant ;
- rendez-vous au cours duquel les parties vont essentiellement chercher à augmenter les tarifs de la concession ;
- étant entendu que le but poursuivi est de permettre la continuité du service public et non de préserver le concessionnaire des conséquences préjudiciables de la modification unilatérale.



Les droits du concessionnaire sont ainsi fortement dégradés du fait de mesures qui sont imputables au concédant.

Dans ce contexte, il conviendrait donc que le concédant revienne aux grands principes établis par le Conseil d'État. Ce retour aux sources serait d'autant plus utile qu'il permettrait sans doute d'éviter l'usage intempestif du droit de modification unilatérale du contrat.

La pratique montre, en effet, que le concédant abuse de ce droit sans que le concessionnaire puisse s'y opposer. Ce qui est d'ailleurs une des failles du droit des concessions – et ce qui me permet de faire une transition avec la suite de mon propos sur les lacunes du droit des concessions.

2. - Les lacunes du droit des concessions

En remarque liminaire, j'avoue que c'est de manière très immodeste que je m'apprête non seulement à faire état des lacunes du droit des concessions, mais de surcroît à demander au Conseil d'État d'opérer une révolution.

Ces lacunes sont les suivantes. Il s'agit, d'une part, de l'impossibilité pour le concessionnaire de faire contrôler la validité d'une mesure de modification unilatérale et, d'autre part, des réticences à la consécration d'un principe d'exécution de bonne foi du contrat.

2.1. - L'impossibilité pour le concessionnaire de faire contrôler la validité d'une mesure de modification unilatérale imposée par le concédant

S'agissant de la première lacune, nous venons de voir que le concédant faisait un usage immodéré de son pouvoir de modification unilatérale.

Or le Conseil d'État refuse au cocontractant le droit de faire annuler une mesure de modification qui serait illégale. Le seul recours réel dont dispose le cocontractant est un recours lui permettant d'espérer être indemnisé des préjudices que la mesure lui aura causés.

En dehors de cette voie de droit, il devra donc se soumettre aux décisions du concédant, quand bien même ces demandes seraient manifestement illégales. Si cette exécution lui cause un préjudice il en demandera réparation, et espèrera qu'elle arrive le plus vite possible et qu'elle soit intégrale. Pari risqué, puisque le juge pourrait être tenté de refuser tout ou partie de l'indemnisation s'il estime que le cocontractant ne pouvait ignorer que la mesure était illégale. Si, à l'inverse, cette mesure ne lui cause pas de préjudice, il n'en fera rien, espèrera que rien de fâcheux ne survienne et seul le principe de légalité en souffrira.

Une première évolution, qui aurait les traits d'une révolution, serait donc d'ouvrir au concessionnaire le droit de saisir le juge d'un *recours en annulation* contre les mesures prises par le concédant qu'il estimerait illégales.



2.2. - Les réticences à la consécration d'un principe d'exécution de bonne foi du contrat

La seconde lacune réside dans le fait que le concessionnaire ne dispose d'aucun moyen de contraindre le concédant à exécuter ses obligations de bonne foi.

Le concédant peut, en effet, tout à loisir, mettre en demeure le concessionnaire, prononcer des pénalités, prononcer la mise en régie de la concession ou encore la déchéance du concessionnaire si celui-ci ne respecte pas ses obligations ; le tout unilatéralement !

Face à cela, le concessionnaire ne peut ni contester ces mesures, ni ne peut à son tour faire pression sur le concédant pour que ce dernier exécute (de bonne foi) ses propres obligations.

L'état de la jurisprudence administrative montre, en effet, que le concessionnaire ne peut se prévaloir d'un tel principe.

Cette lacune est même revendiquée par le Conseil d'État. Et l'on peut lire sous la plume de l'un de ses rapporteurs publics, que : « *l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi permet au juge civil de sanctionner l'exercice abusif de prérogatives contractuelles¹²¹ et de garantir ainsi l'égalité de principe entre les parties. Or, le contrat administratif ne repose pas sur ce postulat d'égalité, bien au contraire et vous n'avez jusqu'à présent pas eu besoin de cette notion pour condamner la personne publique à réparer les conséquences dommageables d'un abus de ses prérogatives* »¹²².

Cette prise de position est étonnante.

Comment, en effet, considérer qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la bonne foi après avoir fait le double constat qu'elle permet de sanctionner l'exercice abusif de prérogatives contractuelles et que les parties à un contrat administratif ne sont pas dans une situation d'égalité.

Pour le dire autrement, ne pourrait-on pas *a fortiori* considérer que l'exigence de bonne foi est une nécessité absolue dans les contrats administratifs, précisément parce que les parties à ces contrats ne sont pas dans une situation d'égalité et que l'une d'elle dispose de prérogatives exorbitantes du droit commun ?

Jusqu'ici le juge administratif a certes utilisé la notion de loyauté contractuelle, mais sans jamais aller jusqu'à sanctionner l'usage abusif par une personne publique des droits qu'elle tire du contrat ou des principes généraux du droit administratif. Et pourtant, une avancée sur ce point serait très bénéfique pour préserver l'équilibre des contrats administratifs. Ces derniers temps, j'ai pu constater à plusieurs reprises que le concédant refusait

121 Voir notamment sur ce point : J.-F. Sestier, « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? » in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer - À propos des contrats des personnes publiques*, éd. LGDJ, Paris, 2013, p. 451 et suiv.

122 CE, ssr, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds*, n° 382363, cl° G. Pellissier, p. 3.



purement et simplement, et en toute mauvaise foi, de respecter ses obligations contractuelles, notamment la clause de règlement amiable des litiges.

La raison en était malheureusement simple : la crainte de voir des tiers experts ou médiateurs être témoins des turpitudes du concédant. Dans un tel cas de figure, le concessionnaire qui aura demandé l'application de la clause de règlement amiable ne pourra que saisir le juge d'un recours indemnitaire dont on voit mal les contours, car en effet comment évaluer le préjudice né d'une absence de discussion.

Ainsi donc, plutôt que de rester sur le seul terrain indemnitaire, qui est cher au Conseil d'État mais n'a pas vocation à permettre une meilleure exécution des contrats, il conviendrait que le juge administratif puisse corriger les effets d'un usage déloyal de prérogatives contractuelles, *a fortiori* lorsqu'elles sont exorbitantes.

On notera que cette avancée ne changerait rien à l'inégalité de principe dans laquelle se trouvent les parties à un contrat administratif, puisque la personne publique peut toujours agir de manière unilatérale, alors que son cocontractant devra saisir le juge pour faire valoir ses droits.

Conclusion

Il s'agit là finalement d'une petite révolution, mais dont les effets ne pourraient qu'être bénéfiques dans le cadre de la bonne exécution des contrats de concession, comme de tous les contrats administratifs d'ailleurs. En conséquence, je forme le vœu que l'État se lance dans une réaction novatrice qui viserait à revenir aux principes fondamentaux consacrés par le Conseil d'État, et que le Conseil d'État opère, quant à lui, une révolution douce de sa jurisprudence qui prendrait appui sur ces principes fondamentaux et leur donnerait ainsi une pleine mesure.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci beaucoup, maître, pour cette intervention. J'ai une remarque sur la notion de contrat d'adhésion. Tout le monde connaît la différence entre le secteur aéroportuaire et le secteur autoroutier. Dans le secteur autoroutier les concessions sont uniques, chacune ayant son propre contenu. *A contrario*, dans le secteur aéroportuaire il existe un cahier des charges type, approuvé par un décret de 2007¹²³ régulièrement mis à jour, et les concessions qui sont conclues passent pour approbation en décret au Conseil d'État si elle dérogent audit cahier des charges. De sorte que le contrat proposé, qui est formalisé sous la forme d'un cahier des charges, est plus précis en matière aéroportuaire qu'en matière autoroutière.

J'ai également deux interrogations.

1) La première est que je n'ai pas le sentiment d'une réponse nette sur le fait de savoir si les privatisations ont pu changer fondamentalement ou non les choses.

123 Décret n° 2007-244 du 23 février 2007 relatif aux aérodromes appartenant à l'État et portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes.



Dans ce domaine, l'on a souvent deux impressions, parfois complémentaires ou quelque peu subjectives.

La première impression est l'asymétrie d'information dans la relation du contrôleur au contrôlé. Autrement dit, sur une longue durée, parfois plusieurs décennies, le professionnel a un savoir-faire indéniable et l'acteur qui se trouve en situation de contrôleur a peut-être une moindre connaissance de l'activité professionnelle dont il s'agit. Certes, M. Bursaux nous a dit que ce risque n'est pas excessif dans la mesure où l'administration conserve une gestion directe de milliers de kilomètres routiers. Néanmoins, on sent poindre une petite inquiétude à ce niveau-là.

La seconde impression est liée aux relations entre l'État et les concessionnaires. N'y a-t-il pas là une difficulté, liée au cumul de l'ancienneté des contrats de concession pour les grands concessionnaires historiques – conclus à une époque où les concessions étaient sous contrôle public – avec leur exécution actuelle, qui donne lieu à des débats d'une âpreté qui n'existait pas auparavant ?

Certes, il y a toujours eu un juge des contrats pour arbitrer les différends entre les co-contractants, mais l'on sent aujourd'hui qu'il existe une tension, voire un sentiment d'âpreté dans la discussion. Sans doute le dialogue entre l'État concédant et les concessionnaires a-t-il une nature un peu particulière, le concessionnaire adoptant la posture d'un opérateur privé qui cherche à défendre au mieux ses intérêts dans l'exécution du contrat. Mais je me demande s'il n'y a pas un changement, à tout le moins psychologique, dans cette relation.

D'ailleurs, lorsque l'on examine les avenants des concessions historiques, on s'aperçoit que ce n'est pas toujours très clair. Des débats ont déjà eu lieu sur ce sujet, notamment à travers les avis de l'ARAFER, devenue l'ART, sur les avenants liés au plan d'investissement autoroutier, qui ont montré que ces concessions n'étaient pas vraiment faciles à interpréter et suscitaient des débats auxquels on ne trouve pas forcément de réponse dans les stipulations du contrat de concession d'origine.

Bien sûr, il va sans dire qu'un contrat d'aussi longue durée n'a pas pour vocation de prévoir toutes les difficultés futures. Mais, quoi qu'il en soit, je pense qu'il existe de nos jours un problème d'âpreté du débat par rapport à des concessions qui ont été rédigées à une époque où l'on n'éprouvait pas le besoin d'être trop précis, sans doute parce qu'à l'époque on savait se rencontrer et dialoguer pour agir.

2) La seconde interrogation concerne l'équilibre dynamique, dont il a été question précédemment. À cet égard, deux points me semblent devoir être soulignés.

Le premier point est lié aux investissements et à la compensation tarifaire sur la durée d'une concession. Un jour, de nouveaux investissements sont nécessaires ; on rédige donc des avenants qui sont conçus pour cela. Nous avons vu, à l'occasion du plan d'investissement autoroutier et des observations assez critiques de l'ART, qu'un débat était possible sur les investissements vraiment exigés par le concédant et ceux liés au maintien en bon état de fonctionnement de l'infrastructure. C'est le problème de la distinction entre la mise à jour (le renouvellement intelligent) et les demandes d'investissements nouveaux qui seraient le fait du concédant



et qui donneraient évidemment lieu à des compensations tarifaires au profit du concessionnaire. Tout ceci donne l'occasion d'un débat subtil pour savoir ce qui ressort de l'investissement demandé par le concédant en tant que charge complémentaire à compenser, ou ce qui pourrait normalement incomber au concessionnaire au titre de ses obligations de maintien en bon état de l'ouvrage, à la fois pour l'usager et pour la restitution éventuelle en fin de contrat à l'État.

Le second point concerne le débat des équilibres changeants en matière économique. Clairement, sur une durée aussi longue, un certain nombre de paramètres ne peuvent que changer. Dans ce contexte, ce qui est fondamental est qu'une concession reste au risque du concessionnaire, tout simplement parce que le concédant n'a pas vocation à capter les profits. Tout en sachant que la concession reste un équilibre dans lequel la durée est corrélée aux besoins du concessionnaire eu égard à ses investissements et à un juste retour sur ceux-ci.

Parfois, il y a des demandes de prolongation. Et l'on peut envisager d'ajuster la durée en fonction de la rentabilité de l'infrastructure et de la capacité du concessionnaire à obtenir ce juste retour. C'est le problème de la mutabilité par rapport aux conditions économiques.

Si je prends l'exemple de la loi « PACTE »¹²⁴ au sujet d'Aéroports de Paris, nous sommes sur une durée de concession de soixante-dix ans. Cela ressemble à une fausse concession, car les droits exclusifs sont limités à cette période de temps alors qu'auparavant ils étaient infinis. Néanmoins, on constate que ces mêmes droits ont été améliorés par la loi « PACTE » et qu'il existe une clause de revoyure tous les dix ans pour tenir compte de l'évolution des données économiques.

En la matière, l'article pertinent précise que « *l'État veille au maintien au cours du temps de la bonne adéquation du cahier des charges avec les objectifs du service public aéroportuaire ainsi qu'à la cohérence de ce cahier des charges avec les évolutions du secteur du transport aérien et avec les effets économiques, sociaux et environnementaux des activités d'Aéroports de Paris. Les dispositions du cahier des charges et leur mise en œuvre font l'objet d'évaluations tous les dix ans à compter de sa publication. Ces évaluations sont réalisées par l'État, qui y associe la société Aéroports de Paris. Elles sont rendues publiques* »¹²⁵.

Ces évaluations décennales, rendues publiques, donnent l'impression que l'on a réfléchi pour Aéroports de Paris à un mécanisme de clauses de revoyure régulière pour réaliser le bilan de l'équilibre économique de l'opération. Ce qui n'est pas le cas pour tous les contrats de concession. À tel point que je me demande si cela ne pose pas la question d'un réexamen de l'équilibre du contrat pour tenir compte de l'évolution des circonstances économiques. En effet, la notion d'équilibre dynamique comprend des aspects d'investissement et d'évolution qui pourraient impacter l'équilibre économique du contrat.

C'est pourquoi je souhaiterais connaître vos réactions sur ce qui a pu changer du fait de la privatisation du concessionnaire, ainsi que sur la notion d'équilibre

124 Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *préc.*
125 *Ibid.*, article 131, II (modifiant l'article L. 6323-4 du code des transports), point 2°, al. 24°.



dans le temps. Comment gérer cela dans le cadre du contrat de concession, hors intervention du régulateur à ce stade, à la fois sur la notion d'investissements nouveaux – avec ce qui incombe normalement au concessionnaire *versus* ce qui serait spécifiquement demandé par le concédant –, et sur la possibilité de revoir les choses en cours de contrat, sans forcément qu'il y ait des interventions unilatérales ? Car le contexte a quelque peu changé depuis les grands rapports de la Cour des comptes et de l'Autorité de la concurrence des années 2013 et 2014, notamment avec un certain durcissement de l'État, et *in fine* la question se pose de savoir s'il y a matière à des réexamens périodiques de l'équilibre économique de ces contrats.

Daniel Bursaux

Directeur général de l'Institut national de l'information géographique et forestière (IGN), ancien directeur général des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM)

En remarque liminaire, je dirais que si j'ignore comment les choses ont évolué depuis 2014, m'étant quelque peu éloigné de ces problématiques, je n'ai jamais eu l'impression de me mettre dans des positions de refus de négociations, de blocage ou de demande de révisions d'éléments non révisables.

Sur l'asymétrie d'information, je persiste à penser que l'État, compte tenu du volume et du réseau qu'il continue à entretenir, a les moyens d'avoir une bonne connaissance technique de ce que représentent les ouvrages d'art, notamment ceux du réseau autoroutier. L'État dispose également de tous les moyens possibles – qui ont su évoluer – de contrôle de l'état des chaussées, de vérifications des travaux réalisés dans le respect des règles de l'art, etc. Dans ce contexte, je n'ai donc pas l'impression qu'il y ait eu une asymétrie d'information, en tous cas sur l'aspect technique. C'est pourquoi, je pense que les deux parties sont ici sur un quasi-pied d'égalité, tout en ayant des connaissances et des outils spécifiques à faire valoir lors des discussions.

C'est pourquoi, au sujet de l'âpreté des débats, je ne me reconnais pas totalement dans ce qui a été dit par maître Laloum. Certes, l'âpreté des débats a eu lieu, et j'ai essayé de le dire dans mes propos introductifs, au moment des contrats de plan, des négociations et des avenants qui portent sur les allongements, ou encore sur les augmentations de péages ; tout cela est assez logique puisque de part et d'autre l'on manipule des données qui sont par définition de la prospective ; et comme ces données sont inconnues, on ne peut pas prévoir ce qui va se passer.

Ainsi, il est difficile de parler d'échange sur les données d'évolution du trafic. En effet, si demain l'on met en place des politiques très restrictives en matière de circulation routière, c'est un fait que le trafic autoroutier baissera alors que nous sommes plutôt dans des négociations vers une hausse du trafic. Donc, il y a un certain nombre de paramètres sur lesquels nous devons discuter. Et, sur ce plan-là, je vous confirme que j'ai toujours ressenti dans ce type de négociation spécifique sur les avenants, des débats compliqués et âpres ; ce qui est assez logique, chacun défendant ses intérêts – l'État défendant peut-être encore plus que le secteur privé l'intérêt des usagers français, mais c'est là un autre débat.



Sur l'équilibre dynamique, j'ai entendu vos propos sur les concessions aéroportuaires de demain. On avait imaginé, dans les années 2013-2014, de prévoir dans les avenants des « clauses tunnel ». C'est-à-dire que l'on négociait ces avenants, et si l'on relevait dans la trajectoire économique des choses quelque peu extra-raisonnables, nous convenions qu'il devait y avoir des retours de l'un vers l'autre : de l'État vers le concessionnaire et du concessionnaire vers l'État concédant.

J'ignore si ces clauses ont été mises en place, car elles faisaient l'objet de discussions assez compliquées. C'était un point de plus dans la difficulté de négocier les avenants, mais cela me paraissait assez logique par rapport à des sujets où l'on s'engage pour des ouvrages sur une période très longue sans réellement pouvoir prévoir comment les choses évolueront. Cela semblerait donc assez logique qu'il existe un tel encadrement qui permette de mieux gérer la trajectoire économique de ces concessions.

Rainier d'Haussonville

Secrétaire général du groupe SANEF

Je souhaiterais également réagir aux propos qui viennent d'être échangés.

1) Sur la relation entre le concédant et le concessionnaire.

Sur la relation entre le concédant et le concessionnaire, l'âpreté n'exclut pas la bonne foi, voire la confiance. Mais ce que je redoute, c'est que l'on se retrouve dans une situation où les concédants soient tellement déstabilisés par des critiques extérieures qu'ils n'osent plus ni discuter, ni défendre les intérêts de l'État.

Bien sûr, je ne vais pas me mettre à la place de l'État. Mais lorsque l'on est concédant, c'est aussi, et surtout, pour que des infrastructures soient construites et/ou améliorées ; il ne s'agit pas seulement de répondre aux soupçons qui voudraient que les concessionnaires gagnent plus d'argent que prévu. S'il y a une dégradation de l'ambiance générale, c'est de ce point de vue-là que je la ressens.

Ce que je ressens également, comme interlocuteur, ce n'est pas, côté concédant, un manque de personnes qualifiées techniquement ou financièrement pour défendre les intérêts de l'État. J'ai l'impression, dans certaines situations, d'un interlocuteur sans hiérarchie politico-administrative en position de lui dire qu'il faut avancer avec le concessionnaire sur le projet d'intérêt général à réaliser dans le cadre d'un contrat de concession, qui sera sans doute à modifier, sans méconnaître les intérêts de l'État. De sorte que le risque, aujourd'hui, est de se retrouver dans une situation gelée, aussi bien côté concédant par souhait d'échapper aux critiques des institutions de contrôle (Cour des comptes, etc.), que côté concessionnaire par commodité d'action ; ce dernier ne pouvant plus faire son métier de façon plus intéressante ou innovante, et se contentant alors d'une logique d'optimisation des coûts au détriment de l'usager.

Enfin, on notera que si les discussions se révèlent assez âpres, c'est parce que les projets possèdent souvent des aspects techniques très complexes : prévisions de



trafics, hectares alloués pour une autorisation de travaux, etc. Dans ce contexte, il faut veiller à ce que le concédant fixe bien les objectifs au concessionnaire, et ne se substitue pas à lui dans les moyens d'arriver à ses fins. Mais, en même temps, il paraît légitime que le concédant valide les différentes étapes des processus de construction : études préalables, variante technique retenue, autorisation de mise en service, etc. L'État a aussi un rôle régalien.

2) Sur la dynamique de l'économie des contrats de concession et sur les investissements nouveaux : trois sources de financement sont possibles.

- La subvention publique concerne les projets de financement mixtes. Cela existe dans d'autres secteurs de la vie économique et peut exister pour certaines sections d'autoroutes, pour des projets qui ne seraient pas viables économiquement par eux-mêmes, ou dont le financement ne peut être répercuté intégralement sur l'utilisateur.

- L'allongement de la durée de concession est quelque chose de tout à fait possible, même s'il existe aujourd'hui une sorte d'interdit sur ce sujet – ce que je déplore.

J'évoquais précédemment la notion de « flux libre ». Et bien, à ce sujet, je vous annonce que nous travaillons sur l'idée de mettre l'autoroute Paris/Normandie en flux libre de Paris à Caen. Actuellement, il existe cinq barrières de péages qui génèrent des encombrements, de la pollution et du danger. Or, avec la technologie dite « flux libre » nous pourrions mettre des portiques où l'on paierait sans s'arrêter. Mais cela représente des investissements importants pour le concessionnaire. Comment les compenser ? L'augmentation du tarif serait sans doute assez douloureuse pour les usagers quotidiens. L'autre solution serait l'allongement de la durée de concession qui, sans trahir le secret d'un tel modèle économique, pourrait ne pas excéder un an. Enfin, si je me place du point de vue du concessionnaire, mais aussi du point de vue de l'utilisateur, est-ce un drame d'allonger une concession d'un an pour avoir cette amélioration du service sur l'autoroute Paris/Normandie ? Et l'on peut faire le même raisonnement sur d'autres investissements qui peuvent être proposés au concédant.

- L'augmentation des tarifs est la troisième source de financement possible. À cet égard, il faut noter que le prix du péage correspond à une redevance composée à 40 % de taxes sur lesquelles se rémunère l'État, ce qu'ignore une majorité d'utilisateurs qui se plaignent des tarifs. C'est là une situation qui nécessite d'être clarifiée pour être mieux comprise et donc mieux acceptée par les usagers. Les formules d'indexation des tarifs sont très claires et les augmentations de tarifs sont validées par l'État.

3) Sur les profits, on notera qu'il existe toujours une difficulté à en discuter dès lors qu'ils se rapportent à une activité d'intérêt général.

C'est pourquoi, il est important de rappeler qu'il y a bien, dans les contrats, des mécanismes et des clauses de partage des revenus. Dans les avenants les plus récents, il est stipulé que si le chiffre d'affaires est supérieur à celui qui était prévu, il y a une clause de modération tarifaire, dite « de retour à bonne fortune ». De même,



lorsque des avantages financiers sont prévus pour les travaux, si les échéanciers ne sont pas tenus, il existe des mécanismes de restitution de ces avantages financiers. Ainsi, l'on constate que les intérêts de l'État et des contribuables sont bien protégés, car bien encadrés par des mécanismes contractuels¹²⁶.

4) Sur les taux d'intérêts, il faut également préciser certains éléments.

On a parfois tendance à penser que la baisse des taux d'intérêts a rendu, du jour au lendemain, les contrats de concession extrêmement profitables. Certes, il s'agit là d'une bonne nouvelle pour l'ensemble des investisseurs, concessionnaires compris, mais avec cette nuance de taille qui est que l'on ne peut pas revenir sur des contrats de financement contractés à l'époque auprès des banques avec un taux d'intérêt plus élevé.

Et lorsque d'aucuns se plaignent que l'État serait pieds et poings liés avec les concessionnaires pendant cinquante ans, il faut comprendre que c'est également vrai pour le concessionnaire vis-à-vis de son banquier !

C'est pourquoi, dans un tel contexte, il faut être vraiment pragmatique et regarder les choses au cas par cas, en se gardant de toute généralité.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci pour ces réponses franches et argumentées à des questions qui sont très présentes dans le débat public actuel.

Nous passons maintenant au second et dernier volet de cette séance : l'intervention des régulateurs.

La parole est à Mme Irène Luc.

Irène Luc

Vice-présidente de l'Autorité de la concurrence

Merci M. le président. Mon sujet ne sera pas le sujet traditionnel de l'Autorité de la concurrence, à savoir l'application du droit de la concurrence aux concessions, mais plutôt les conséquences que peuvent avoir les privatisations sur les conditions générales de la concurrence et sur les conditions générales de fonctionnement du marché.

L'Autorité, dans ses missions consultatives, a été consultée à plusieurs reprises : en 2005, sur les problèmes de concurrence posés par la privatisation annoncée des

126 Par ailleurs, le principe de l'introduction de clauses d'encadrement de la rentabilité au sein des contrats de concession d'autoroutes a été intégré, en 2015, dans le code de la voirie routière (loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, ayant modifié l'article L122-4 de ce code) pour tous les contrats postérieurs : « *Le cahier des charges prévoit un dispositif de modération des tarifs de péages, de réduction de la durée de la concession ou d'une combinaison des deux, applicable lorsque les revenus des péages ou les résultats financiers excèdent les prévisions initiales* ».



sociétés concessionnaires d'autoroutes¹²⁷ ; en 2010, sur la privatisation annoncée des aéroports¹²⁸ ; et une nouvelle fois, en 2014, sur les sociétés concessionnaires d'autoroute¹²⁹.

Les deux premiers avis avaient été sollicités par des associations d'usagers. La demande du troisième avis émanait de la commission des finances de l'Assemblée nationale ; et il était demandé à l'Autorité d'émettre un avis sur les tarifs, ce qui n'est pas son rôle fondamental.

Il convient de préciser que les deux premiers avis définissent des points de vigilance résultant des privatisations. Finalement, les préconisations émises sont relativement identiques dans les deux secteurs. Enfin, bien que ces avis soient anciens, il me semble que les grands principes qui ont été dégagés à ces occasions restent actuels.

Mon intervention se divisera en trois points.

D'une part, je rappellerai brièvement – cela ayant déjà été évoqué – la configuration de marché particulière dans ces deux secteurs caractérisés par l'existence de monopoles au sens du droit de la concurrence. Les concessionnaires en position de monopole sur des marchés locaux ou régionaux sont aussi demandeurs ou offreurs sur des marchés connexes, qui eux sont pleinement ouverts à la concurrence.

D'autre part, nous verrons qu'il s'agit d'éviter, dans l'hypothèse vérifiée pour les sociétés d'autoroutes où ces concessionnaires seraient contrôlés par des groupes présents dans les domaines des travaux publics et des services associés, que ceux-ci n'avantagent pas leurs propres filiales de travaux publics en leur confiant des travaux.

Enfin, nous noterons que les secteurs concernés sont caractérisés par des monopoles dont la gestion appelle une régulation des tarifs aux usagers, qu'il s'agisse des péages d'autoroutes ou des redevances aéroportuaires, afin d'éviter que les concessionnaires en position de monopole n'en abusent en fixant des prix très élevés au détriment des usagers.

En remarque liminaire, je souhaiterais rappeler une clause de style : le rôle de l'Autorité n'est pas de donner un avis sur l'opportunité de privatiser tel ou tel secteur. Le droit de la concurrence – comme l'a rappelé en introduction Monsieur le vice-président Lasserre – est totalement neutre par rapport à la nature privée ou publique des entreprises et, par voie de conséquence, de l'actionariat des concessionnaires.

127 Autorité de la concurrence, avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes.

128 Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français.

129 Autorité de la concurrence, avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.



Donc, seul relève de la compétence consultative de l'Autorité de la concurrence l'examen des conséquences éventuelles de cette privatisation sur le fonctionnement de la concurrence.

1) Une configuration particulière : l'existence de monopoles connexes à des marchés concurrentiels

Tout d'abord, l'existence de monopoles connexes à des marchés concurrentiels est tout à fait caractérisée dans les deux secteurs, autoroutiers et aéroportuaires.

L'activité d'exploitation d'autoroutes à péage fait se rencontrer les usagers et les exploitants, respectivement demandeurs et offreurs d'une prestation de service, qui est la mise à disposition d'une liaison autoroutière d'un point à un autre.

Or, selon l'Autorité, chaque parcours autoroutier constitue un marché distinct non substituable par d'autres modes de déplacement. Dès lors, le plus souvent, le concessionnaire d'une autoroute à péage est en situation de monopole dans le sens du droit de la concurrence à l'égard des usagers. Il est même à la tête de monopoles régionaux, du fait de l'ancienne pratique de l'adossement des tronçons d'autoroutes d'une même zone. Il en est de même des exploitants d'aéroports, qui mettent leurs installations aéroportuaires à la disposition des compagnies aériennes et des particuliers et qui sont en situation de monopole à l'égard de ces deux catégories d'usagers.

Mais il se trouve que les concessionnaires sont aussi offreurs ou demandeurs sur des marchés connexes ouverts à la concurrence.

S'agissant des exploitants d'autoroutes, ils sont demandeurs sur le marché connexe des travaux de construction et d'entretien d'autoroutes, ainsi que sur celui des services associés à l'exploitation des autoroutes : les services de sécurité et d'entretien des infrastructures, les carburants, les services de restauration, etc., qui sont proposés sur les aires de services. De la même façon, les exploitants d'aéroports sont également demandeurs sur le marché amont des travaux de construction et d'entretien des infrastructures aéroportuaires, et en aval sur des services concurrentiels d'assistance en escale et des services rendus aux passagers et aux entreprises.

2) Le contrôle des concessionnaires par des groupes présents dans le domaine des travaux publics et dans le domaine des services

Au regard de ces situations de marché, il est apparu à l'Autorité de la concurrence que la privatisation des sociétés concessionnaires pose deux questions principales : celle de la régulation des monopoles privés, et notamment de la régulation suffisante des péages et des redevances de l'exploitant en monopole, et celle des risques d'atteinte à la concurrence, par l'exploitant, sur les marchés connexes, au stade de l'attribution des marchés de travaux ou, s'agissant des aéroports, au stade des concessions commerciales.

Notons que le risque d'atteinte à la concurrence provient de la prise de contrôle des sociétés concessionnaires d'autoroute, ou peut-être aéroportuaires, par des



groupes qui comportent en leur sein des entreprises de travaux public. Il s'agit donc clairement d'éviter que l'activité exercée en monopole ne permette de subventionner les activités concurrentielles. Bien évidemment, le Conseil de la concurrence, devenu en 2008 l'Autorité de la concurrence, a relevé que l'intégration verticale entre un gestionnaire d'aéroport, ou un gestionnaire d'autoroute, et une entreprise de travaux publics peut avoir des effets bénéfiques. Cela permet en effet l'élimination des doubles marges. Mais le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont mis en évidence le risque d'augmentation des coûts qui serait dû à l'absence de concurrence et au fait que l'activité en monopole, si elle dégagait un surplus, puisse finaliser des surcoûts sur les marchés connexes. Autrement dit, si les redevances du monopole garantissent un surplus, l'opérateur pourra en faire bénéficier les entreprises de travaux publics qui lui sont liées en leur achetant à des prix élevés.

Dans ce contexte, quelle préconisation l'Autorité de la concurrence a-t-elle faite ?

D'une part, il s'agit de veiller à ce que la privatisation des exploitants n'exclut pas leur obligation de faire jouer la concurrence pour l'attribution des marchés sur les marchés connexes ouverts à la concurrence. En d'autres termes, il faut s'assurer, par la mise en place de dispositions spécifiques des contrats, que la perte, dans un certain nombre de cas, de leur statut de pouvoir adjudicateur ne les dispense pas d'une mise en concurrence des entreprises ; puisque tel était finalement le problème qui se posait, tant pour les autoroutes que pour les aéroports. Un certain nombre d'exploitants se trouvaient, du fait de leur privatisation, privés de leur statut de pouvoir adjudicateur. Il faut donc pallier ce problème en prévoyant des dispositions spécifiques dans les cahiers des charges des concessions.

D'autre part, au-delà de cette mesure, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont exigé que des garanties structurelles soient prises comme, par exemple, l'interdiction pour les sociétés exploitantes concessionnaires d'autoroutes de fusionner avec d'autres entreprises ou d'intégrer d'autres activités. L'Autorité de la concurrence a également demandé que soient abaissés les seuils qui déterminaient l'intervention des commissions consultatives des marchés de chaque société et que celles-ci soient dotées d'un pouvoir d'approbation et non plus simplement consultatif. Elle a également préconisé que le cahier des charges des exploitants aéroportuaires prévoit – à l'époque cela n'existait pas encore – la formalisation de commissions d'appel d'offres placées auprès de chaque gestionnaire d'aéroport, composées de membres indépendants et appelées à se prononcer par avis conforme sur les marchés de travaux, de fournitures et de services passés par ces sociétés, tant d'ailleurs avec des entreprises liées qu'avec des entreprises tierces, à partir de seuils que l'Autorité se proposait de fixer à un niveau qui permette que l'essentiel des commandes soient contrôlées.

Enfin, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont souligné la nécessité d'une régulation forte de la part du concédant, l'État, dans les deux secteurs, celui-ci n'étant plus actionnaire de l'exploitant. Ils ont également préconisé la séparation juridique et fonctionnelle des activités de concession, voire la filialisation des activités commerciales des activités aéroportuaires.



3) Le problème de la régulation du monopole privé

Le fait que les concessionnaires d'autoroutes et d'aéroports soient en situation de monopole justifie que le concédant, l'État, régule le prix de la mise à disposition de l'infrastructure, c'est-à-dire les redevances aéroportuaires ou autoroutières. Aux termes de l'article L. 410-2 du code du commerce, en effet, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix « *dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires* »¹³⁰. Dans ce contexte, la tarification doit à la fois garantir que l'opérateur en situation de monopole ne facture pas des prix trop élevés aux usagers, qu'il rémunère ses coûts et ses investissements, et qu'il veille à se ménager un bénéfice raisonnable.

Par ailleurs, lorsque le concessionnaire est en concurrence avec d'autres opérateurs – par exemple, entre gros aéroports –, il peut être tenté de demander à l'État une surcompensation des coûts de service public, étant titulaire de services d'intérêt économique général, pour pratiquer des redevances plus faibles au détriment de ses concurrents, ce qui constituerait clairement une aide d'État au sens européen du droit de la concurrence.

Les principales questions identifiées par l'Autorité de la concurrence, s'agissant de la tarification, sont relatives à son périmètre, à ses modalités de contrôle et au contrôle des tarifs et de leur évolution.

Le périmètre de la régulation doit exclure les activités exercées par le gestionnaire sur des marchés concurrentiels. Précédemment, nous avons évoqué la question de la double caisse des gestionnaires d'aéroports. C'est effectivement ce que l'Autorité de la concurrence préconise : une séparation comptable entre les activités de service public et les activités concurrentielles, voire même une filialisation entre les activités concurrentielles et les autres activités.

S'agissant des modes de régulation tarifaire, l'Autorité de la concurrence a consacré de très longs développements dans son avis de 2014¹³¹ sur les mérites respectifs de la tarification de types « *cost plus* » et « *price cap* », et a souligné que les sociétés d'autoroutes affichaient une rentabilité exceptionnelle, nourrie par une augmentation des péages, assimilable à une rente, qui n'était justifiée ni par leurs coûts, ni par les risques auxquels elles étaient exposées.

130 « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence. Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'État, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois* » (code du commerce, article L. 410-2).

131 Autorité de la concurrence, avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, *préc.*



L'Autorité a préconisé à cet égard une nouvelle formule d'indexation des tarifs, pour les sociétés d'autoroutes, prenant en compte l'évolution du trafic en minorant de l'inflation, permettant ainsi de limiter l'augmentation des tarifs ou de rendre possibles leur baisse.

L'Autorité a également préconisé, dans l'hypothèse d'une augmentation de la rentabilité des sociétés d'autoroutes, d'introduire des clauses de réinvestissement et de partage des bénéfices, au bénéfice de l'État, qui disposerait ainsi des ressources nécessaires pour financer d'autres projets d'infrastructures de transport.

Par ailleurs, la fixation des tarifs implique une certaine surveillance sur les investissements du gestionnaire, ses coûts et la qualité de ses prestations. Les informations sur les coûts sont fournies au concédant par les gestionnaires eux-mêmes. Que le concessionnaire soit public ou privé, il y a, par nature, une asymétrie d'autant plus forte que les systèmes de tarifications sont particulièrement complexes.

Dans le cas d'une privatisation et d'une intégration verticale, qui résulteraient d'un rachat par des groupes de travaux publics, l'asymétrie serait encore accrue. L'Autorité a par ailleurs constaté un déséquilibre des forces entre l'autorité concédante, administration isolée, et des entreprises puissantes exerçant une influence forte sur l'appareil étatique. Elle a donc souligné le danger que, faute de contrôle suffisant, les coûts soient surfacturés, ce qui conduirait à une augmentation du prix des péages et des redevances, et permettrait alors aux groupes verticalement intégrés de subventionner leurs activités concurrentielles de travaux et de services.

L'Autorité de la concurrence a donc préconisé dans les deux secteurs, pour le secteur aéroportuaire dans son avis de 2010¹³² et pour le secteur autoroutier dans son avis de 2014¹³³, la création d'une autorité de régulation indépendante forte. Elle a suggéré qu'il puisse s'agir de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), qui serait ainsi compétente pour l'ensemble des transports. Elle a appelé de ses vœux que cette autorité soit à la fois institutionnellement forte pour échanger avec les sociétés d'autoroutes et les sociétés gestionnaires d'aéroports, et dotée d'un pouvoir d'avis sur les projets de contrats et de régulation, assorti d'un large pouvoir de communication et de sanctions. Les conseils de l'Autorité de la concurrence ont été en tout cas suivis sur ce point ; d'ailleurs l'ARAFER, devenue en octobre 2019 l'Autorité de régulation des transports (ART), contrôle aussi les procédures de passation de marché par les concessionnaires.

En conclusion, si le sujet de la privatisation ne relève pas en soi des autorités de la concurrence, mais de choix politiques, il faut garder présent à l'esprit que confier une concession à un opérateur privé peut créer de nouveaux risques concurrentiels qu'il faut évaluer sans être naïf, et que ces risques peuvent être évités par toute une série de mesures de vigilance.

132 Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-04 du 22 février 2010, *préc.*

133 Autorité de la concurrence, avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014, *préc.*



Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup. Je me tourne maintenant vers le régulateur des transports qu'est l'Autorité de régulation des transports (ART), représenté ici par sa vice-présidente, Mme Yvrande-Billon, à qui je laisse la parole.

Anne Yvrande-Billon

Vice-présidente de l'Autorité de régulation des transports (ART)

Merci beaucoup M. le Président. L'Autorité de régulation des transports (ART) est une appellation nouvelle que nous portons depuis le 1^{er} octobre 2019¹³⁴. Auparavant, nous nous nommions l'Autorité de régulation ferroviaire et routière (ARAFER) de 2016 à 2019¹³⁵, et même avant l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) de 2009 à 2015¹³⁶.

Il y a donc eu, en l'espace de cinq ans, beaucoup de changements pour cette Autorité, dont il a souvent été question dans nos échanges précédents. En fait, tout le monde en parle et en attend beaucoup pour corriger les défaillances à la fois du marché, de l'État et des contrats. Mais il faut clarifier les choses sur nos compétences, nos missions et les moyens dont nous disposons, car l'on ne peut pas tout attendre d'une autorité de régulation à laquelle on donne *in fine* assez peu de moyens¹³⁷.

Le rôle du régulateur sectoriel

Pour comprendre le rôle du régulateur sectoriel et ce qui le différencie du concédant ou de la tutelle – puisqu'il peut subsister une incompréhension sur la différence entre une autorité de régulation indépendante et l'État –, je me référerai à l'économiste Jean Tirole qui citait lui-même le portail de la vie publique de la République française sur laquelle on peut lire qu'une autorité administrative française indépendante répond à trois besoins : offrir à l'opinion la plus grande garantie d'impartialité des interventions de l'État, permettre une participation plus importante de personnes d'origines et de compétences diverses, et assurer une intervention de l'État rapide et adaptée à l'évolution des besoins et des marchés.

En d'autres termes, l'apport d'une autorité administrative indépendante, ou d'un régulateur sectoriel, peut se résumer à trois mots : indépendance (vis-à-vis de groupes d'intérêts), expertise et transparence. Le régulateur sectoriel joue donc un rôle dans la préservation des équilibres entre les parties prenantes des contrats.

Bien sûr, le régulateur n'est pas partie au contrat et n'a pas vocation à se substituer à l'autorité publique qu'elle soit concédante, actionnaire ou cliente. Il n'a pas

134 Ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires.

135 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

136 Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

137 Principalement 75 agents et 11,4 millions d'euros de budget (source : *rapport d'activité ARAFER 2018*).



non plus vocation à remplacer l'État dans sa mission de contrôle de la bonne exécution des contrats de concession. Les contrats de concession, notamment dans leurs aspects technique et tarifaire au sens de la règle de tarification prévue dans les contrats, sont contrôlés par les concédants.

Le rôle du régulateur est celui d'un observateur, indépendant des différents groupes d'intérêts, qui met en valeur la qualité des arguments plutôt que les rapports de force et veille à la crédibilité des engagements contractuels. Un engagement ce sont deux parties. Mais une partie peut avoir des engagements qui ne sont plus crédibles, ou qu'elle ne va plus rendre crédibles, ce qui peut être également vrai pour l'autre partie. Les déséquilibres peuvent aller dans les deux sens selon les types de contrats, ou les périodes de vie du contrat.

Son rôle est aussi d'apporter un éclairage. Et pour ce qui nous concerne, un éclairage économique. J'insiste sur ce point, car une régulation économique n'est pas une régulation de la sécurité, ou une régulation environnementale.

Sa mission est aussi d'apporter des faits et des arguments. On a beaucoup évoqué précédemment les notions d'évaluation, de contrôle et de transparence. C'est vraiment la plus-value d'un régulateur.

Son action est donc justifiée par les défaillances dans la relation contractuelle ou dans le mode d'attribution des contrats, qu'il s'agisse de défaillances prenant la forme d'asymétrie de pouvoir dans la négociation entre contractants et qui tiennent, soit à la multiplicité, voire à la contradiction de certains objectifs assignés par l'un des co-contractants – souvent le concédant –, soit à l'absence de clarté sur les priorités entre ces différents objectifs, à l'inadaptation du calendrier d'une des parties par rapport à la durée de vie des actifs qui font l'objet du contrat, ou à tout autre type de défaillance lorsque qu'il y a une attribution de gré à gré. C'est pourquoi l'un des rôles du régulateur s'agissant des concessions autoroutières est aussi de contrôler les conditions de passation de certains marchés.

Dans ce contexte, ce sont donc les défaillances de la relation contractuelle, son incomplétude et ses déséquilibres qui vont justifier l'intervention d'un tiers au contrat, car le contrat ne se suffit pas à lui-même comme l'ont indiqué les rapports de la Cour des comptes et de l'Autorité de la concurrence en signalant ces asymétries dans les pouvoirs de négociation et soulignant des suivis imparfaits de certaines variables des contrats.

Le champ de compétence de l'autorité de régulation

Le secteur autoroutier

Je souhaiterais rappeler ici le champ de compétence de l'autorité dans le secteur autoroutier concédé, et évoquer rapidement les aéroports dont nous attendons dans les heures qui viennent la première décision rendue par l'Autorité de régulation des transports¹³⁸.

138 La première décision de l'ART concernant les aéroports (ART, décision n° 2019-075 du 7 novembre 2019) a été publiée le 15 novembre 2019, jour du colloque.



Dans le secteur des autoroutes concédées, l'ART assure la régulation des tarifs de péages en formulant un avis préalable sur les projets de contrats de concessions et leurs avenants ainsi qu'un suivi économique et financier des concessions. Il s'agit là d'une mission de transparence et/ou d'établissement de rapports. Ces missions prennent la forme d'un suivi annuel des performances financières et de rapports quinquennaux sur l'économie générale des concessions. Je reviendrai sur la notion d'avis préalable en vous donnant un exemple concret de notre mode d'analyse et de ses résultats et des suites qui ont été données à cet avis.

Nous assurons aussi le contrôle des procédures de passation et d'exécution des marchés de travaux, de fournitures et de services des concessionnaires. C'est en cela que nous sommes chargés de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale à l'occasion de la passation de ces marchés. Nous avons, dans ce champ, le pouvoir de saisir le juge en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Là encore, nous rédigeons un rapport annuel public sur les marchés passés par les sociétés.

Enfin, nous contrôlons les procédures de passation des contrats d'exploitation des installations annexes sur les aires de services (activités de restauration et de distribution de carburants sur les autoroutes). Dans ce domaine, nous rendons un avis sur la procédure d'agrément par l'État des attributaires de ces contrats. Autrement dit, notre avis est consultatif : l'agrément est donné par l'État au concédant qui peut ou non le suivre.

Pour exercer pleinement nos compétences, nous disposons de pouvoirs étendus afin d'accéder aux informations détenues par les concessionnaires d'autoroutes, leurs actionnaires et leurs filiales, mais aussi leurs cocontractants et leurs financeurs. Nous détenons aussi les pouvoirs d'enquête et de sanctions en cas de manquement de ces acteurs à leurs obligations de communication d'informations. C'est ce qu'a apporté la loi du 6 août 2015¹³⁹ par rapport aux pouvoirs que détenaient certaines instances chargées de contrôler, d'avoir une mission de suivi de la relation entre concédant et concessionnaire d'autoroutes.

Nous éclairons par notre avis le décideur public. Nous l'éclairons également par des avis préalables sur les projets d'avenants, et l'on peut même lire dans l'étude d'impact de la loi qui nous a confié ces pouvoirs que notre rôle devait être d'assister l'État dans le cadre de ses négociations avec les sociétés concessionnaires d'autoroutes.

Le secteur aéroportuaire

S'agissant du secteur des aéroports, notre rôle est notamment d'homologuer les tarifs annuels des redevances aéroportuaires, de rendre un avis conforme sur les projets de contrat de régulation – avis juridiquement contraignant en vue de l'élaboration de projets –, et de rendre un avis consultatif sur le coût moyen pondéré du capital à prendre en compte dans le projet de contrat¹⁴⁰.

139 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « Macron ».

140 Pour plus d'informations, voir : <https://www.autorite-transport.fr>



L'illustration de la mission de l'ART

Je souhaiterais illustrer la mission du régulateur et sa place dans le dispositif contractuel en revenant sur l'avis que nous avons rendu sur le plan d'investissement autoroutier de 2018¹⁴¹. Il s'agit d'avenants au contrat qui ne font pas l'objet d'une procédure concurrentielle, raison pour laquelle il était souhaité qu'un régulateur intervienne. Le projet concernait l'État et sept concessionnaires d'autoroutes. Le plan initial portait sur la réalisation de cinquante-sept opérations, pour un coût initial global de construction estimé à huit cent trois millions d'euros. Tel était le projet qui nous avait été soumis en 2017.

Comment avons-nous répondu aux missions assignées par le législateur ?

Premièrement, nous regardons, pour chacune des cinquante-sept opérations, si ces investissements relèvent du contrat initial. Nous vérifions qu'il s'agit vraiment d'une nouveauté par rapport aux obligations initiales du contractant.

Deuxièmement, nous analysons la justification du financement des investissements, conclus hors appel d'offres s'agissant d'avenants, par une hausse du tarif des péages – donc payée par l'utilisateur. Nous distinguons les projets qui relèvent des obligations initiales des nouvelles opérations. Dans le premier cas, inutile de faire un avenant puisque c'est déjà dans le projet initial. S'il s'agit bien d'un apport, il faut se demander si son utilité justifie l'augmentation des tarifs de péages. Ce point appelle des discussions, car la notion d'utilité est un sujet important.

Troisièmement, lorsque nous avons vérifié ces deux étapes, notre rôle est d'évaluer si le coût des travaux est bien dimensionné. Nous avons là une dimension d'expertise du coût des opérations.

Enfin, nous analysons l'équilibre économique du projet, notamment le caractère raisonnable du niveau de rémunération des capitaux investis.

Voici donc les opérations que l'on a dû mener dans un temps très limité.

J'évoquais précédemment nos modestes moyens, mais réaliser cette étude sur cinquante-sept opérations en trois mois a constitué un vrai défi.

Quels avis avons-nous rendus et quelles conséquences en ont découlé ?

141 ARAFER, avis n° 2018-054 du 9 juillet 2018 relatif au projet de septième avenant à la convention de concession passée entre l'État et la société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc (ATMB) en vue de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de l'autoroute B41 entre Gaillard et Le Fayet et de l'autoroute A42 entre Annemasse et Châtillon-de-Michaille approuvée par décret du 2 décembre 1977 et au cahier des charges annexé à cette convention.



Ces avenants ont été finalement approuvés un an plus tard, par décrets, en août et novembre 2018¹⁴², mais avec des modifications significatives qui tiennent compte d'une partie de nos recommandations. Ainsi, huit des cinquante-sept opérations pour un montant de soixante-dix-sept millions d'euros, sur les huit cents millions initialement prévus, ont été retirées, car relevant d'obligations contractuelles antérieures.

Des travaux d'un montant de vingt-sept millions, dont l'utilité apparaissait incertaine, ont également été évités. Par exemple, nous avons noté un dédoublement d'une des sorties d'autoroute pour laquelle il n'y avait pas d'étude d'impact sur la circulation. Ce défaut d'étude d'impact nous a amené à considérer que nous ne pouvions pas juger de l'utilité du projet et que celui-ci ne pouvait donc pas être financé par une augmentation des péages versés par l'utilisateur. En outre, le taux de rémunération du capital octroyé aux concessionnaires a été revu à la baisse dans les avenants signés, suivant en cela une partie de nos recommandations. Au final, ces ajustements du périmètre du plan ont conduit à un montant total du plan finalement approuvé de six cents millions d'euros, contre huit cents millions prévus initialement.

En revanche, le raisonnement émis par le régulateur n'a pas été suivi sur certains points, notamment pour apprécier l'utilité de certains projets ; de même s'agissant de notre analyse des coûts des opérations, ce qui constitue pourtant l'une des étapes importantes de notre raisonnement et de notre travail.

Il faut également noter que la notion d'utilité retenue dans ce type de projet permettait seulement le financement d'ouvrages ou d'aménagements strictement nécessaires ou utiles à l'exploitation des autoroutes par le produit du péage. Autrement dit, dans tous les autres cas on ne pouvait pas faire appel à la contribution de l'utilisateur de l'autoroute. C'est ainsi, par exemple, que la construction d'un demi-diffuseur, principalement motivée par le souci de délester une voirie locale du trafic de poids lourds, n'a pas été permise, car n'apportant aucune utilité aux usagers de l'autoroute qui auraient dû la financer à travers une augmentation du péage.

Nous avons aussi beaucoup évoqué le rôle de l'État et la nécessité de préserver l'intérêt général, mais qu'est-ce que l'intérêt général, qu'est-ce que l'intérêt de l'utilisateur ? Les deux doivent-ils être distingués ? Est-ce que l'apport de contributions publiques au financement d'un projet, quand il s'agit de subventions locales, est automatiquement synonyme d'un intérêt général ? C'est une question de fond sur le rôle de l'État et la définition de l'intérêt général et des services publics.

142 Décret n° 2018-759 du 28 août 2018 approuvant des avenants aux conventions de concession de SANEF et de SAPN ; décret n° 2018-758 du 28 août 2018 approuvant le dix-huitième avenant à la convention de concession de COFIROUTE ; décret n° 2018-960 du 6 novembre 2018 approuvant des avenants aux conventions de concession d'APRR et d'AREA ; décret n° 2018-959 du 6 novembre 2018 approuvant des avenants aux conventions de concession d'ASF et d'ESCOTA. Ces avenants ont pour objet de mettre en œuvre le plan d'investissement autoroutier. Ils prennent en compte les nouveaux investissements réalisés en modifiant l'assiette de la concession et prévoyant leur contrepartie tarifaire. Ils ont également pour objet d'améliorer les dispositifs de contrôle et d'incitation à la performance du concessionnaire. Voir : <https://www.autorite-transport.fr/plan-dinvestissement-autoroutier-prise-en-compte-partielle-de-lavis-de-larafer-donne-en-juin-2017-dans-les-avenants-aux-contrats-de-concession-approuves-en-aout-et-en-nove/>



Enfin, j'ajoute que l'ART a également un pouvoir de collecte des données d'autant plus important qu'elle dispose d'un pouvoir de sanctions. Cela fait une grande différence quand on cherche à mettre de la transparence sur un secteur dont on disait précédemment qu'il en manquait.

Conclusion

Dans ce contexte, nous cherchons également à préserver les équilibres. C'est-à-dire assurer un équilibre entre, d'une part, la vision un peu naïve qui voudrait que seul le marché soit tout puissant et à même de maximiser le bien-être général et, d'autre part, la vision tout aussi crédible d'un État omniscient, omnipotent et bienveillant.

Ainsi, le régulateur que nous sommes permet-il d'apporter cet équilibre entre ces deux forces en présence. C'est en tous cas la mission qui nous est assignée. Et la manière de réconcilier les différentes approches, pour savoir quel acteur est le plus en situation de déséquilibre ou d'asymétrie, est de clarifier et d'objectiver les choix des politiques publiques, d'évaluer les besoins, et de viser la transparence et l'évaluation, pas seulement des concessionnaires mais aussi de ce qui motive les choix publics.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci beaucoup. Nous sommes vraiment au cœur du débat sur l'intervention d'un régulateur sectoriel dans le mécanisme contractuel. Je ferai quelques remarques générales ou par comparaison entre les secteurs autoroutier et aéroportuaire. La remarque générale est que l'on voit bien que la mission confiée au régulateur sectoriel concerne principalement l'utilisateur, c'est-à-dire qu'il y a une vigilance particulière du régulateur sur la protection de l'utilisateur contre tout excès tarifaire. Ce qui est vrai à la fois pour le secteur aéroportuaire et le secteur autoroutier. L'idée étant que l'on est en présence d'entreprises qui disposent d'un monopole géographique dont elles pourraient être tentées d'abuser – ce qui rejoint l'analyse de l'Autorité de la concurrence en termes de monopole privé.

À partir de là, il existe une différence assez nette quant au point d'intervention du régulateur sectoriel.

Pour les aéroports, il existe une directive européenne de 2009¹⁴³ qui prévoit une autorité de contrôle en matière de redevance aéroportuaire, en raison du pouvoir de négociation très fort qu'ont les aéroports à l'égard de leurs clients et des compagnies aériennes. Cela explique que le point d'entrée du régulateur n'est pas au niveau du contrat de concession, mais principalement au niveau de la fabrication du tarif, avec une localisation au niveau du contrat de régulation économique qui va définir l'équilibre économique dans lequel opèrent les gestionnaires d'aéroports. Ainsi, le contrat de régulation économique est-il soumis

¹⁴³ Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires.



à un avis conforme de l'ART qui précise comment sont fabriqués les tarifs facturés aux usagers des aéroports. Mais il s'agit quand même d'un avis conforme sur le contrat de régulation économique qui n'est pas la concession elle-même, mais un contrat « de niveau 2 » en dessous de la concession. Puis, il y a l'homologation des tarifs individuels. Ainsi, nous avons une intervention au niveau du contrat de régulation économique et une autre intervention au niveau des tarifs avec un pouvoir fort d'avis conforme ou d'homologation.

Pour les autoroutes, la situation est un peu différente. L'intervention se situe au niveau de la concession elle-même avec les avenants, donc au niveau du contrat premier avec un avis simple de l'ART sur les contrats et avenants qui se combinent par l'approbation par décret en Conseil d'État. Notons qu'en effet, depuis fort longtemps, les contrats des concessions autoroutières (et aéroportuaires) sont approuvés par décret en Conseil d'État ; ce qui fait que lorsque l'ART intervient sur un projet de concession autoroutière ou un projet d'avenant, elle intervient sur un axe qui finit par être approuvé par décret en Conseil d'État. Ainsi, l'ART émet-elle un avis simple, sous réserve du décret en Conseil d'État qui interviendra plus tard. Et l'on perçoit donc bien la différence d'intervention de l'ART dans ces deux systèmes ; ce qui aboutit à ce que le Conseil d'État soit conduit à examiner attentivement l'avis de l'ART sur les contrats et les avenants.

C'est exactement ce qui s'est passé en 2017 pour le plan d'investissement autoroutier à sept cents millions d'euros¹⁴⁴ où il y a eu un an d'écart entre les avis de l'ARAFER (devenue ART) et la sortie des décrets en Conseil d'État. En effet, durant un an, il y a eu des réflexions notamment de la part du Conseil d'État sur ce qu'il fallait penser des positions prises par l'ARAFER, notamment au vue de l'évolution des positions ou des justifications apportées par le Gouvernement qui pouvait ainsi améliorer éventuellement son argumentation pour justifier de l'utilité ou de la nécessité de tel ou tel investissement.

À cet égard, on notera que sur la notion d'utilité, la position du Conseil d'État combine à la fois l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, qui emploie les termes « *sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité* », et l'article 43 de la directive européenne sur les contrats de concession,¹⁴⁵ qui utilise le seul mot nécessité, avec une conception consistant à dire qu'un investissement nouveau est considéré comme nécessaire dans la mesure où l'infrastructure nouvelle qui sera mise en place aujourd'hui devrait, pour remplir sa fonction de service public, comprendre cet investissement ou équipement, qu'il s'agisse d'un diffuseur, d'un élément de voirie, d'assainissement, d'évacuation d'eau ou de tout autre équipement.

En réalité, la question que l'on doit se poser aujourd'hui, quand on construit une nouvelle autoroute entre un point A et un point B, est de savoir si cette nouvelle

¹⁴⁴ En 2016, le financement de ce plan d'investissement était envisagé à un milliard d'euros. En 2017, la somme est descendue à huit cents millions d'euros de travaux, pour atteindre finalement sept cents millions d'euros (financés par une hausse du prix des péages – entre 0,1 et 0,4 % – et par les collectivités locales).

¹⁴⁵ Directive 2004/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.



voie doit, pour remplir correctement sa fonction de service public, être dotée de l'équipement dont nous parlions. Tel est le critère pragmatique à retenir, pour ne pas que les mots « utilité » et « nécessité » restent flous. L'idée étant de trouver une conciliation entre ces concepts avec un critère réaliste en se demandant, dans le cadre de la construction d'une nouvelle autoroute, quels seraient aujourd'hui, sur ce trajet, les équipements nécessaires pour que l'autoroute remplisse correctement sa fonction de service public. C'est cette idée pragmatique qui a été retenue par le Conseil d'État¹⁴⁶.

Telle est l'articulation entre le rôle du régulateur sectoriel et le rôle du contrat. Et l'on voit très clairement que le régulateur sectoriel a été appelé pour, en quelque sorte, veiller avant tout aux intérêts de l'utilisateur. Ceci est très intéressant à remarquer. On voit donc que la régulation contractuelle demeure, mais avec un surcroît de vigilance sur le maintien des intérêts de l'utilisateur.

L'un des intervenants veut-il réagir sur ces points ?

Thierry Laloum

Avocat au barreau de Paris

Les questions d'utilité et de nécessité sont effectivement des questions complexes. Elles se posent avec d'autant plus de difficultés qu'elles furent mises en avant à l'occasion de contrats qui étaient flous. Les contrats sur lesquels l'ARAFER (ART) s'est prononcée étaient des contrats passés à l'époque entre l'État et des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (SEMCA), c'est-à-dire entre l'État et l'État. C'est la raison pour laquelle ces contrats n'étaient pas très rigoureux, car restant cantonnés au sein du secteur public.

Au moment de leur privatisation, les sociétés concessionnaires ont été vendues et l'on a transféré ces contrats mais sans les modifier. C'est très important de le rappeler, tant l'on a critiqué ces contrats peu favorables au secteur privé, en oubliant de dire qu'ils avaient été signés au sein du secteur public. De sorte que cela modifie quelque peu le jugement que l'on peut porter sur les notions d'utilité et de nécessité.

Si l'on raisonne maintenant sur un contrat qui aurait été bien conçu *ab initio*, avec une clause d'équilibre économique de la concession – ainsi que le Conseil d'État le préconisa dès l'origine quand il construisit le contrat de concession – et des tarifs fixés dès l'origine pour intégrer un investissement futur, alors évidemment le concessionnaire doit à la fois le réaliser quand le concédant le lui demande et le prendre en charge sans nécessairement qu'il y ait de modification de tarif.

¹⁴⁶ « Sur la question des investissements nécessaires ou utiles, le Conseil d'État a rendu publique sa position dans son rapport annuel sur l'activité de 2018. La loi d'orientation des mobilités a depuis complété le texte, sans abandonner le critère de stricte nécessité ou utilité. La position du Conseil d'État, qui était un peu plus souple que celle de l'ARAFER, était la suivante : un investissement « devenu nécessaire » au sens de la directive « concessions » correspond à des ouvrages ou aménagements dont serait nécessairement dotée l'infrastructure autoroutière concédée s'il était envisagé de la réaliser aujourd'hui. Nous avons fixé ce critère assez pragmatique », M. Philippe Martin, président de la section des travaux publics du Conseil d'État, audition du 11 mars 2020 au Sénat, in Rapport n° 709 (2019-2020) fait au nom de la commission d'enquête sur le contrôle, la régulation et l'évolution des concessions autoroutières, tome II : Auditions, Sénat, 16 septembre 2020.



Le problème, c'est qu'il existait des ouvrages qui en théorie étaient prévus dans les contrats, mais dont l'idée même de leur réalisation n'était pas prévue. Dans ce cas, comment dire vingt ou trente ans plus tard que ces ouvrages sont nécessairement à la charge du concessionnaire et que l'on ne peut pas les faire financer par le péage, alors même que l'idée de les réaliser ou le coût de leur réalisation n'a jamais été prévu ?

C'est là que j'ai une approche plus critique. Et mon rôle en tant qu'avocat est de dire que si la décision d'investissement n'a pas été prévue, les ouvrages putatifs n'ont pas pu être financés par le péage, car s'ils avaient été intégrés dans les tarifs initiaux cela aurait signifié que les contribuables auraient financés des ouvrages susceptibles de ne jamais exister. Cette situation est absurde, et l'on peut compter sur les pouvoirs publics, le concessionnaire ou les journalistes pour la dénoncer.

Dans ce contexte, le bon sens commande de dire que ces ouvrages, qui n'étaient pas prévus spécifiquement dès l'origine, ne sont pas dans l'équilibre économique, et qu'il faut donc un (nouvel) accord des volontés pour les financer.

De tels accords sont difficiles à obtenir, mais ils existent avec parfois des cofinancements provenant à la fois du concessionnaire – alors qu'il n'y est pas obligé –, des collectivités locales – qui appellent de leurs vœux ces nouveaux diffuseurs – et du concédant.

C'est pourquoi, je pense que les avis de l'ART (anciennement ARAFER) devraient faire preuve de plus de modestie et davantage tenir compte du fait que ces contrats n'ont pas été conçus pour tout comprendre dès l'origine, et s'interroger pour savoir si tel ou tel projet faisait ou non partie de l'équilibre économique.

Enfin, je regrette que la notion de profit vienne altérer le jugement que l'on peut porter sur ces contrats et que, sous prétexte que les sociétés concessionnaires font du profit, l'on suppose qu'elles doivent nécessairement payer ces ouvrages supplémentaires sans respecter le droit ou le contrat.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Je dois préciser que maître Laloum vient d'évoquer un sujet qui n'avait pas été abordé auparavant, qui est ce que l'on appelle « la phase 2 », c'est-à-dire que les avis de l'ART (anciennement ARAFER) sont extrêmement riches ; ce qui prouve que le rôle de régulateur est tout à fait minutieux et sérieux.

Ces avis portent à la fois sur la nécessité et l'utilité d'investissements nouveaux, et non pas seulement sur le fait de savoir s'ils devraient être compensés ou non par le concessionnaire. Mais est ce que l'investissement nouveau présente dans son essence même un caractère de nécessité ou d'utilité ? S'ajoute à cela la question de savoir si un tel investissement incomberait normalement financièrement au concessionnaire. Ce qui est une question quelque peu différente. Ensuite, viennent d'autres interrogations assez classiques de distinction entre ce qui



relève des obligations normales d'entretien et de renouvellement qui pèsent sur le concessionnaire, et ce qui relève d'une demande du concédant qu'il faudrait compenser.

Il y a également le cas très particulier de la « phase 2 », qui est un peu une particularité des contrats des concessionnaires historiques dans lesquels il y avait des investissements prévus en « phase 1 » et des investissements prévus en « phase 2 ». Mais les contrats, peut-être parce qu'ils étaient conclus entre personnes ayant des relations capitalistiques à l'origine, ne précisait pas vraiment si les opérations de « phase 2 » étaient à la demande de l'État compensables financièrement par répercussion sur les péages, ou si les investissements de « phase 2 » faisaient partie des obligations générales du concessionnaire mobilisables simplement à effet différé.

Sur ce point, les contrats étaient peu clairs. Il y avait matière à interprétation. L'ART a donc précisé que les contrats prévoyaient effectivement les investissements de « phase 2 » à la charge du concessionnaire, sans prévoir de clauses de compensation financière pour ceux-ci, et qu'ainsi cela ne devait pas donner lieu à compensation par une répercussion sur les péages.

Ce sont des débats extrêmement subtils sur des questions variées, qui montrent que l'intervention du régulateur est très minutieuse sur ce genre d'avenant au contrat. De ce point de vue-là, il y a un rôle réel du régulateur, même à travers un avis simple.

Anne Yvrande-Billon

Vice-présidente de l'Autorité de régulation des transports (ART)

Merci pour ces compliments M. le président. Je rappelle que nos avis pris sur ces projets d'avenants sont consultatifs et ne s'imposent pas. Ensuite, selon la pertinence des faits et des arguments avancés, ils sont suivis ou non, mais c'est l'État et le concédant qui décident. Là, en l'occurrence, je vous donnais des exemples de projets dont il avait été constaté par le régulateur qu'ils appartenaient aux obligations pour lesquelles des compensations avaient déjà été versées. Pour un certain nombre de ces projets le concédant a suivi l'avis, mais pour d'autres non.

Ensuite, sur la notion d'utilité il n'y a pas de jugement de valeur, ou de prise de position de l'ART, mais juste un apport d'analyse et de faits à partir d'une grille de lecture que l'on souhaite la plus claire possible et qui répond aux missions instaurées par le régulateur qui sont de veiller à préserver l'intérêt des usagers et à ce qu'il y ait une justification de la hausse des péages autoroutiers qu'ils devront subir. D'autres préoccupations peuvent totalement justifier des investissements ou des opérations, mais ce n'est pas ce que l'on nous demande de faire. En tous cas, ce n'est pas comme cela que nous avons interprété le rôle de l'ART.

Il va de soi que tout investissement demandé par le concédant doit générer une compensation par celui qui va devoir le réaliser. Cela peut passer par une renégociation ou un avenant au contrat. Mais, dans tous les cas, nous regardons s'il s'agit d'une augmentation ou d'un investissement demandé par le concédant



qui génère une contrepartie pour l'utilisateur. Et, sur ce point, nous avons mobilisé la notion d'« utilité ». Le projet de loi d'orientation des mobilités¹⁴⁷, actuellement en discussion, semble s'orienter vers une modification de l'article qui définit la notion d'utilité ou, en tous cas, l'élargit considérablement. Ainsi est-il ajouté, après la notion d'utilité, que cela implique « *l'amélioration du service autoroutier sur le périmètre concédé, une meilleure articulation avec les réseaux situés au droit de la concession afin de sécuriser et fluidifier les flux de trafics depuis et vers les réseaux adjacents à la concession et une connexion renforcée avec les ouvrages permettant de desservir les territoires* »¹⁴⁸.

Malheureusement, cette définition ne me permet pas de définir moi-même ce qui n'est pas utile, ou de savoir quel projet pourrait être financé autrement que par une hausse des péages.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci à tous nos intervenants. Nous passons aux questions du public.

147 Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (voir également : CC, décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019 : projet de loi partiellement non conforme à la Constitution).

148 *Ibid.*, article 162 (modifiant l'article L. 122-4 du code de la voirie routière).



Échanges avec la salle

Question du public

On évoque souvent la modification du contrat en cours d'exécution, notamment pour prendre en compte les nouvelles évolutions technologiques comme, par exemple, les péages que l'on réglerait sans s'arrêter. Le droit actuel permet-il de prendre en compte ces évolutions technologiques dans le cadre des contrats en cours qui ont une durée de vie très longue ?

Thierry Laloum

Le droit des modifications unilatérales a été très bien conçu dès l'origine et a vu son régime juridique durci sous l'influence du droit européen. De sorte qu'aujourd'hui on ne peut pas faire n'importe quoi, a fortiori s'il s'agit d'une modification substantielle. Dans ce contexte, deux possibilités existent : soit il s'agit d'un avenant, qui est une rencontre des volontés, soit il s'agit d'une modification unilatérale quand la rencontre des volontés est impossible.

Notons que le plus souvent, dans la réalité, concédant et concessionnaire essaient de se mettre d'accord. Lorsque cela ne fonctionne pas, le concédant insiste ou prend in fine une mesure de modification unilatérale.

Donc l'outil existe. La seule difficulté avec celui-ci est que, paradoxalement, il peut échapper au droit, en tout cas à la légalité, parce qu'il ne peut pas faire l'objet de recours, ni par le concessionnaire, ni même très difficilement par des tiers. De sorte que l'on se retrouve dans une zone de non droit. Ainsi peut-on modifier le contrat, mais sans le contrôle du juge, ou a posteriori si l'on fait un recours indemnitaire.

Ce qui dysfonctionne, c'est le fait que l'on ne peut pas contrôler l'usage de ce droit. Quant à l'outil, il fonctionne tout à fait parfaitement : les contrats administratifs sont des contrats qui aujourd'hui respectent la mutabilité constante au profit du service public. C'est vrai pour les marchés de partenariat et pour les concessions, avec un droit qui date de plusieurs décennies et fonctionne parfaitement.

Daniel Bursaux

J'imagine les débats qu'il y aurait pour négocier un avenant avec un concessionnaire qui dit que c'est très cher et qu'il faut beaucoup de technologie, et un concédant qui va accepter l'avenant en contrepartie de la réalisation d'économies liées à la disparition d'un certain nombre de structures qui ne seront plus à entretenir. Ce sont des débats techniques qui par définition sont compliqués, autant financièrement que juridiquement.

Rainier d'Haussonville

Dans de tels cas, en effet, la discussion technique sera compliquée parce que le coût du péage augmentera. Mais, avant de s'interroger sur les instruments qui existent et que l'on a peut-être un peu trop alourdis, il faut, pour que cela aboutisse, qu'il y ait une réelle volonté du concédant et évidemment du concessionnaire de faire. C'est-à-dire que s'il est, par exemple, jugé d'intérêt général de passer en flux libre, cela pourra se faire, mais après discussion des modalités. A contrario, si l'investissement n'est pas jugé d'intérêt général suffisant, cela ne se fera pas. Parfois, il ne faut pas hésiter à présenter les enjeux simplement, quitte à déplaire à certains décideurs.

Question du public

Durant l'intervention, on a évoqué les sous-contrats des concessionnaires et l'importance de les mettre en concurrence. Auparavant, avec les directives de 2004, les concessionnaires de travaux avaient l'obligation de mettre en concurrence leur sous-contrat de travaux. Puis, à l'occasion du « paquet commande publique » de février 2014¹⁴⁹ il y a eu un allègement sur ce point, sauf en droit français où l'on a décidé de maintenir le cahier des charges sur les aéroports et donc de renforcer également les obligations en matière autoroutière. Comment concilier ces différentes approches ?

Irène Luc

Dans ce contexte, l'esprit de l'Autorité de régulation des transports est de dire que l'on maintient le niveau de concurrence existant au niveau national. En effet, nous avons constaté qu'il y avait une mise en concurrence plus importante au niveau national, car les textes nationaux étaient allés au-delà de ce qui avait été prévu au niveau communautaire. L'idée était donc que la privatisation n'affaiblisse pas ce qui se passait auparavant en ce qui concerne les mises en concurrence. Je ne peux pas vous en dire davantage, car j'ignore si, à l'époque, l'on a auditionné les membres de la Commission européenne.

Rainier d'Haussonville

À la SANEF, conformément au code de la voirie routière, les achats liés aux besoins spécifiques de la concession et réalisés par les concessionnaires sont soumis aux procédures du code de la commande publique. C'est quelque chose que nous appliquons scrupuleusement. Je le dis d'autant plus simplement que nous ne sommes pas liés à un groupe de BTP contrairement à d'autres concessionnaires d'autoroutes.

¹⁴⁹ Par rapport aux directives de 2004, le « paquet commande publique » de février 2014, qui était à transposer avant le 18 avril 2016, comprend trois directives en date du 26 février 2014 : directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics (abrogeant la directive 2004/18/CE) ; directive 2014/25/UE sur la passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (abrogeant la directive 2004/17/CE) ; et directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession.

La seconde observation est que cette position nous donne également une expérience de quasi-acheteur public, et cela nous aide aussi dans nos discussions avec le concédant. Nous passons aujourd'hui un certain nombre d'appels d'offres de sous-concession pour des aires de services d'autoroutes qui sont à renouveler dans les années à venir – environ une vingtaine. Il s'agit donc d'appels d'offres avec des cahiers des charges validés par le concédant, soumis à l'Autorité de régulation, avec une importante prise en compte des demandes des usagers et des clients, que ce soit au niveau des carburants, des services annexes, ou de la restauration.

Mais, il faut noter que nous arrivons sur des sous-concessions qui demandent des investissements assez longs dans le temps et qui, pour certains, vont dépasser la date d'échéance prévue de nos contrats. Cet état de fait pose la question de l'articulation entre le bon niveau d'investissement pour une sous-concession et la concession globale. Au final, nous nous retrouvons donc mutatis mutandis dans les mêmes questionnements que peut avoir le concédant sur la bonne durée d'un contrat de concession quand on veut des investissements de qualité.

Question du public

Est-il possible à l'avenir que les avis de l'Autorité de régulation des transports puissent être construits de façon plus contradictoire et rendus public, surtout lorsque l'on constate à quel point ils servent de référence dans le débat public qui se tient à l'endroit des concessions autoroutières ?

Anne Yvrande-Billon

En général, nous faisons le maximum pour qu'il y ait le plus de contradictoire possible, afin d'alimenter l'analyse de nos débats. Mais il nous faut aussi tenir compte de la contrainte de temps qui nous est imposée, comme par exemple lorsque nous avons eu trois mois pour analyser cinquante-sept opérations. Cependant, vous avez raison de souligner l'importance du contradictoire, car plus on échange d'arguments, plus on est transparent – y compris les parties prenantes –, et meilleure est l'analyse finale qui, plus transparente, permet d'assurer que l'on présente bien tous les éléments sur lesquels on se fonde.

Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Nous sommes arrivés à la fin des débats. Encore une fois, je remercie tous les intervenants de la table ronde qui ont accepté de répondre à des questions, parfois délicates dans le contexte du débat public actuel, de manière toujours mesurée et technique, et le public pour son écoute attentive et sa participation.

Nous allons maintenant conclure ce colloque avec le président Gaeremynck qui présidait la première table ronde.





Séance de clôture

Jean Gaeremynck

Président de la section des finances du Conseil d'État

Cette conclusion ne sera pas une synthèse générale, tant les échanges ont été riches, mais plutôt une manière subjective de présenter les points qui font débat et qui de ce fait alimentent la réflexion.

Ce qui a été dit au cours de ce colloque fait réfléchir les juristes que nous sommes sur la notion de *service public national* et de *situation de monopole de fait*. L'avis du Conseil d'État sur la Loi « PACTE »¹⁵⁰ a repris les critères traditionnels à caractère plutôt géographiques de ces notions. Or ce qui a été dit précédemment concernant une activité installée sur le plan régional, mais qui par son importance, son rayonnement (à l'exemple d'un hub aéroportuaire) dépasse très largement le cadre régional, montre que nous sommes proches des critères d'un service public d'importance nationale. L'exemple de M. Zuckschwerdt montre qu'en Suisse les activités aéroportuaires sont considérées comme un monopole de fait. Les hubs aéroportuaires de Zurich et de Paris sont probablement de même nature, cependant nous considérons en France que ce n'est pas un monopole de fait. Nous appliquons la jurisprudence, mais à l'avenir ces notions seront sans doute amenées à évoluer.

C'est pourquoi, nous avons associé les notions différentes de concession et de privatisation, qui font parfois l'objet de controverses en France.

Historiquement, la concession est un moyen puissant et efficace de réaliser des investissements qui ne pourraient pas être réalisés par ailleurs. Il y a peu de désaccords sur ce point. Le sujet de la controverse touche au contenu et aux conditions d'évolution du contrat de concession. La tonalité était, lors de la première table ronde, de souligner que le contrat ne devait pas verrouiller complètement les choses au détriment de la puissance publique. Les observations plus surprenantes échangées lors de la seconde table ronde ont été plus virulentes, mentionnant, par exemple, le caractère excessif des interventions du concédant, la dénaturation du droit de modification unilatérale, ou la dégradation des droits du concessionnaire. On le constate, le contrat, sa confection, son vécu, son respect sont au cœur du sujet et de la controverse ; le principe de la concession n'est pas contesté, mais sa pratique et ses modalités sont interrogées.

Concernant la privatisation, c'est son principe même qui fait l'objet de la controverse, même si la privatisation n'est pas le service public mais par définition l'opérateur, et même si une incertitude demeure quant à la question de savoir si le service public privatisé est nécessairement plus efficace.

¹⁵⁰ CE, Ass., avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 14 juin 2018, n^{os} 394599 et 395021.

On notera également qu'une série de sujets ont été posés au cours de ce colloque.

Le premier est le constat qu'à partir du moment où l'on a recours à des sociétés de forme commerciale, et qu'en principe il est possible de moduler la participation publique *versus* la participation privée, on entre dans un processus où il devient plus difficile pour la puissance publique de garder la main. Des gradations sont possibles, et l'on pourrait imaginer que la participation publique ne soit jamais inférieure à 50 %, mais le droit des sociétés est applicable et notamment les droits reconnus aux associés minoritaires. N'oublions pas, par ailleurs, qu'un des éléments essentiels de l'analyse est la question de savoir si les sociétés sont cotées ou pas.

Le deuxième sujet soulevé sur la privatisation est la conception patrimoniale des actifs publics dans notre pays. Si le pragmatisme a été l'un des maîtres mots du débat de la première table ronde, ainsi que la volonté de faire sortir le sujet du débat idéologique, il semble important de faire une distinction entre certains types d'actifs ; et j'ai été sensible à l'appel à réfléchir différemment s'agissant du foncier. Le foncier est d'une nature différente des autres actifs, car c'est un élément du patrimoine national. C'est pourquoi notre pratique qui a souvent été de céder le foncier doit être interrogée.

Un autre point concerne l'étendue de la privatisation. Il faut ici souligner la différence de nature entre les différentes activités. Certaines ne peuvent pas être rentables et relèvent par nature de la puissance publique, tandis que d'autres peuvent relever à 100 % du privé. Les moyens de conserver une influence sur les activités de ces entreprises, en dehors de détenir une partie du capital, sont les moyens de régulation ; et nous avons pu voir qu'il existe des outils juridiques nouveaux, des agences, des organismes et un arsenal à la fois institutionnel et juridique qui sont en mesure de défendre les intérêts de la puissance publique.

Un autre élément que je souhaitais souligner concerne la discussion sur les activités qui génèrent des besoins en investissement extrêmement lourds, et qui par nature ne sont pas rentables et doivent *a priori* rester dans le domaine public. Comment envisager le financement et répondre à ces besoins sans appel au secteur privé ? La question doit être posée.

Un autre ensemble de questions concerne la capacité d'expertise de l'État. En effet, même si l'on fait appel à des opérateurs privés, qui sont mieux configurés pour l'expertise technique et la capacité de mobiliser des financements, il faut le faire dans une relation équilibrée au sein de laquelle l'État tient sa place dans les discussions. Une évolution utile et intéressante se fait jour, on appuie les administrations centrales qui traditionnellement sont celles qui contractent avec les opérateurs privés par des éclairages venant des agences, qui sont *a priori* des agences de régulation avec d'autres missions, mais qui viennent avec des moyens spécifiques éclairer le pouvoir de décision de l'État. C'est une évolution intéressante.

Enfin, un dernier sujet a trait à la notion de transparence. J'ai en effet été impressionné par ce qui a été dit sur le besoin – pour l'instant plutôt le déficit –



de transparence sur ces questions, besoin qui n'est pas satisfait aujourd'hui. Les négociations restent dans le halo du secret, alors qu'en France la demande de transparence est générale. Surtout, il faut noter que les parlementaires estiment parfois ne pas être en mesure de se prononcer sur des choix proposés par le Gouvernement. Cela doit être un sujet de réflexion.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Cette journée consacrée aux interactions entre concession et privatisation m'a inspiré plusieurs remarques, dont je souhaite vous faire part en conclusion.

Sur la concession

En premier lieu, il convient de souligner que la concession n'est pas un mode de privatisation. On délègue un service public. C'est donc un mode de gestion du service public.

En second lieu, la concession a pour vocation de confier la gestion du service en général à un opérateur privé dont il s'agit de bénéficier du savoir-faire. Dans ce contexte, il n'est donc pas incongru que le concessionnaire soit un opérateur privé. C'est la logique de la concession. Cela d'autant plus que dans le cas des concessions que nous évoquons il y a l'aspect « savoir-faire technique », mais aussi l'aspect « savoir-faire financier », car les grandes concessions de travaux nécessitent un savoir-faire financier pointu.

Sur les interactions entre concession et privatisation

Le mouvement de privatisation exacerbe les difficultés du régime de concession pour plusieurs raisons.

Premier point : nous parlions lors de nos interventions de la concession de grandes infrastructures monopolistiques. C'est très particulier et cela pose la question de la puissance de marché de ces opérateurs monopolistiques ; d'où la problématique de la tarification et de la transparence.

Sur la tarification, il faut rappeler que pour les grands aéroports il existe une directive européenne qui n'impose pas un système d'exploitation mais vise à la régulation tarifaire. La France, quant à elle, a choisi un modèle qui associe très fortement le régulateur, plus fortement que ne l'exige la directive *a minima*. Cette régulation est exigée, car il s'agit de grandes infrastructures qui ont un monopole régional. Pour ce type de concession, il y a donc une problématique spécifique qui est la puissance monopolistique de l'opérateur, qui implique des exigences de régulation et de transparence.

Le deuxième point, exacerbé par la privatisation, concerne la difficulté de gérer la durée des concessions dans l'économie moderne. Les concessions, pour des raisons financières, sont bâties sur des décennies. Or, aujourd'hui, quatre ou cinq décennies sont des périodes de temps difficilement compatibles avec les aléas et les besoins d'ajustement. La difficulté est donc de trouver des accords



entre concédant et concessionnaire pour faire ces ajustements indispensables. Le dialogue peut parfois être difficile, mais doit être trouvé. Il apparaît, à la lumière des débats que nous avons eus, que la concession ou des régimes voisins ont un avenir juridique, sous réserve que l'on réussisse à les faire vivre en gérant au mieux ces contraintes.

En troisième point, enfin, je rappelle que nous avons abordé la question de l'arrivée à échéance d'une concession. Dans ce cadre, il faut s'interroger sur les solutions qui peuvent être envisagées. La régie ou le passage en concession de services sont des outils, et le droit public français offre des formules mobilisables.

Je sors de ce colloque conscient des difficultés actuelles qu'ont provoqué les privatisations, dans la perception par le public et les professionnels des contrats publics de concession des grands monopoles. Mais, je pense aussi que l'on est peut-être en train d'inventer progressivement des outils juridiques qui permettront, à l'avenir, de maintenir et d'améliorer le modèle de la concession.



Annexes





Éléments de réflexion

1. Concessions autoroutières et privatisations

1.1. Chronologie

18 avril 1955. Loi n° 55-435 portant statut des autoroutes. Elle prévoit que la DUP peut « *dans des cas exceptionnels, décider que la construction et l'exploitation d'une autoroute seront concédées par l'État à une collectivité publique, à un groupement de collectivités publiques, ou à une chambre de commerce, ou à une société d'économie mixte dans laquelle les intérêts publics sont majoritaires* ». Dans ce cas, la convention de concession et le cahier des charges, approuvés par décret en conseil d'État, peuvent autoriser le concessionnaire à percevoir des péages.

1956-1963. Création de cinq sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (SEMCA) : ESCOTA, ASF, SAPRR, SAPN et SANEF, et de la société du tunnel routier sous le mont Blanc (ATMB).

27 décembre 1969. La loi n° 69-1161 du 24 décembre 1969 portant loi de finances pour 1970 modifie la loi de 1955 en permettant la concession à des sociétés à capitaux majoritairement privés.

1970. Constitution de Cofiroute, d'AREA, d'APEL et d'ACOBA.

1982. ACOBA, AREA et APEL, qui connaissent des difficultés financières, sont intégrées à la sphère publique.

1989-1993. La directive « travaux » n° 89/440/CEE du 18 juillet 1989, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 prise pour sa transposition et la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite loi « Sapin ») instaurent une obligation de mise en concurrence des nouvelles concessions d'autoroutes.

1994. Recapitalisation des six plus grandes SEMCA et regroupement en trois groupes régionaux, autour d'ASF, de SANEF et de SAPRR.

2006. Décrets du 2 février, du 16 février et du 8 mars 2006 autorisant la privatisation de SANEF, d'APRR et d'ASF. Les participations sont cédées respectivement à Vinci, à un consortium mené par le groupe espagnol Abertis (lui-même sous le contrôle de l'italien Atlantia depuis 2018), et à Eiffage et Macquarie. Seules ATMB et la société française du tunnel routier du Fréjus demeurent détenues par des capitaux majoritairement publics.

17 août 2015. La loi n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi « Macron ») étend le champ d'intervention de l'ARAFER au secteur routier concédé (avis sur les projets de contrats de concession et leurs avenants ayant une incidence sur les tarifs de péage ou sur la durée des conventions, contrôle des procédures de passation de marchés par les

concessionnaires) et supprime la possibilité d'allonger la durée des concessions en cas d'intégration de nouveaux ouvrages à leur assiette.

1.2. Textes – Code de la voirie routière - Extraits

Titre II. Voirie nationale

Chapitre II. Autoroutes

Section I. Dispositions générales

Article L. 122-1 Les autoroutes sont des routes sans croisement, accessibles seulement en des points aménagés à cet effet et réservées aux véhicules à propulsion mécanique. (...)

Article L. 122-4 L'usage des autoroutes est en principe gratuit.

Toutefois, il peut être institué par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité de régulation des transports, un péage pour l'usage d'une autoroute en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure.

En cas de délégation des missions du service public autoroutier, le péage couvre également la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le délégataire.

Des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport à l'ouvrage principal. Leur financement ne peut être couvert que par une augmentation des tarifs de péages, raisonnable et strictement limitée à ce qui est nécessaire. Le cas échéant, l'État et les collectivités territoriales intéressées, dans le cadre des règles prévues dans le code général des collectivités territoriales, peuvent, à titre exceptionnel, apporter des concours. Un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité de régulation des transports, fixe les conditions d'application de ces dispositions.

La convention de délégation et le cahier des charges annexé fixent les conditions dans lesquelles le délégataire exerce les missions qui lui sont confiées par l'État et en contrepartie desquelles il est autorisé à percevoir des péages. Ces actes sont approuvés par décret en Conseil d'État, le cas échéant dans les conditions prévues à l'article L. 122-8. Le cahier des charges prévoit un dispositif de modération des tarifs de péages, de réduction de la durée de la concession ou d'une combinaison des deux, applicable lorsque les revenus des péages ou les résultats financiers excèdent les prévisions initiales. En cas de contribution de collectivités territoriales ou de l'État au financement de la délégation, ce dispositif peut, à la place ou en complément, prévoir un partage d'une partie des résultats financiers de la délégation au profit de l'État et des collectivités territoriales contributrices. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application de ce dispositif.



La différenciation dans les abonnements proposée par les concessionnaires d'autoroutes, afin de favoriser les véhicules à très faibles émissions dont le poids total autorisé en charge est inférieur à 3,5 tonnes ainsi que les véhicules utilisés en covoiturage, est mise en œuvre sous la responsabilité des concessionnaires sans modification du rythme d'évolution des tarifs de péage et sans augmentation de la durée des concessions autoroutières.

Le produit du péage couvre ses frais de perception. (...)

Section 3 : Régulation des tarifs de péage.

Article L122-7 Modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1

L'Autorité de régulation des transports mentionnée à l'article L. 2131-1 du code des transports veille au bon fonctionnement du régime des tarifs de péage autoroutier.

Article L122-8 Modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1

L'Autorité de régulation des transports est consultée sur les projets de modification de la convention de délégation, du cahier des charges annexé ou de tout autre contrat lorsqu'ils ont une incidence sur les tarifs de péage ou sur la durée de la convention de délégation. Elle est aussi consultée sur tout nouveau projet de délégation. Elle vérifie notamment le respect de l'article L. 122-4. Elle se prononce dans un délai de trois mois à compter de sa saisine.

Article L122-9 Modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1

L'Autorité de régulation des transports établit, au moins une fois tous les cinq ans, un rapport public portant sur l'économie générale des conventions de délégation.

L'Autorité de régulation des transports établit annuellement une synthèse des comptes des concessionnaires. Cette synthèse est publique et transmise au Parlement.

En outre, l'Autorité de régulation des transports assure un suivi annuel des taux de rentabilité interne de chaque concession.

Article L122-10 Créé par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 - art. 13

Les revenus additionnels des tarifs de péages résultant des modifications mentionnées à l'article L. 122-8 couvrent, outre les dépenses de toute nature mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 122-4, l'amortissement des capitaux investis par le délégataire ainsi qu'une rémunération raisonnable et conforme aux conditions du marché, tels qu'ils peuvent être évalués avant la conclusion de l'avenant.

Article L122-11 Modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1

Les modalités d'application de la présente section sont précisées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité de régulation des transports.



1.3. Jurisprudence

Conseil d'État, sec., 27 septembre 2006, M. Bayrou et Association de défense des usagers des autoroutes publiques de France, n^{os} 290716, 290718, 291137 et 293276.

Analyse :

Le Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, prévoit en son neuvième alinéa que « *tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». L'exploitation d'une entreprise ne peut avoir les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait au sens de ces dispositions que si elle est exercée à l'échelon national. Aucune des sociétés d'autoroute, chargées de la construction et de l'exploitation de réseaux autoroutiers selon le régime prévu à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, ne s'est vu attribuer de concession, à l'échelon national, pour l'ensemble des autoroutes. Aucune d'entre elle n'a donc le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait au sens des dispositions du 9^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

Chronique de Claire Landais et Frédéric Lenica, « Légalité des décrets autorisant la privatisation des autoroutes », in AJDA, 2006, p. 2056 (extrait)

L'autre intérêt majeur de la décision a trait au droit des privatisations. La décision apporte en effet d'utiles précisions sur le maniement du 9^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, lequel 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* ».

Les requérants soutenaient notamment que l'exploitation des autoroutes étant un service public national et un monopole de fait, cette activité ne pouvait pas du tout être privatisée. Pris au pied de leur lettre, les motifs de la décision commentée semblent ne révéler aucune position de principe du Conseil d'État quant à l'interprétation du 9^e alinéa du Préambule : le moyen est écarté au motif, de pur fait, qu'aucune société d'autoroute n'exerce son activité au niveau national.

La motivation retenue n'est toutefois pas totalement anodine.

Elle révèle d'abord, en creux, alors que le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé expressément sur ce point, que la notion de monopole de fait s'apprécie elle aussi à l'échelon national.

Rapprochée des très éclairantes conclusions d'Emmanuel Glaser, elle nous semble également marquer le souhait du Conseil d'État d'épouser la position du Conseil constitutionnel sur les possibilités de privatisation des « *services publics nationaux* ». Comme l'a démontré le commissaire du Gouvernement, cette catégorie recouvre en réalité deux notions distinctes : celle que la doctrine dénomme les « *services publics constitutionnels* », et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a d'abord mis en avant : leur existence résulte du texte



même de la Constitution, ce qui interdit leur privatisation ; et celle regroupant les activités désignées comme telles par le législateur, dont la privatisation est possible moyennant une intervention préalable du Parlement leur retirant cette qualité.

C'est bien à l'aune de ce cadrage d'ensemble qu'il convient donc d'interpréter le motif, qui pourra sinon sembler sibyllin aux meilleurs connaisseurs de la jurisprudence constitutionnelle, par lequel la section a estimé, pour faire reste de droit aux requérants, qu'il ne « *résultait d'aucun principe, d'aucune règle de valeur constitutionnelle* » mais aussi « *d'aucune loi que l'exploitation des concessions autoroutières doive être érigée en service public national* », laissant penser qu'à côté des services publics nationaux que la Constitution exige ou que le législateur a qualifié comme tels, pouvait exister une troisième catégorie que le juge administratif aurait la faculté de déceler, de sa propre initiative, dans l'analyse d'un régime juridique institué par le législateur sans que ce dernier ait expressément retenu une telle qualification. Cette interprétation donnerait sans doute une portée excessive aux termes retenus par la section : davantage qu'une nouvelle catégorie, il faut plutôt y voir, nous semble-t-il, un simple verrou destiné à éviter qu'une privatisation par décret puisse être rendue possible par l'effet du démembrement progressif d'un service public initialement concédé à l'échelon national.

Tribunal des Conflits, 20 novembre 2006, SA ECTL c/ Société des autoroutes Esterel Côte d'Azur Provence Alpes (ESCOTA), n° 3569.

Une société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute a pour activité l'exécution d'une mission de service public administratif, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que les péages, qui ont le caractère de redevances pour service rendu, sont assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée.

1.4. Autorité de la concurrence. Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires - Conclusion

606. L'Autorité de la concurrence, saisie par la commission des finances de l'Assemblée nationale, a mené une analyse approfondie du secteur des autoroutes concédées et, en particulier, des sept sociétés concessionnaires d'autoroute (SCA) « historiques », privatisées (à l'exception de COFIROUTE) en 2006. Sur la base de celle-ci, elle fait un double constat :

- les SCA affichent toutes une rentabilité nette exceptionnelle, comprise en 20 et 24 %, nourrie par l'augmentation continue du tarif des péages. Cette rentabilité n'apparaît justifiée ni par leurs coûts, ni par les risques auxquels elles sont exposées, en particulier leur dette qui apparaît largement soutenable. Celle-ci est par ailleurs gérée dans l'intérêt des actionnaires à qui est distribuée la totalité de leur bénéfice dont seule une partie est utilisée pour le remboursement de la dette d'acquisition (sauf pour APRR). N'étant pas justifiée par les coûts ni par les risques, cette rentabilité est donc assimilable à une rente ;

- une part importante, voire prépondérante des marchés de travaux des SCA est attribuée à une entreprise liée (ou à un groupement l'incluant) selon des



modalités qui sont contestables, en particulier pour ASF et ESCOTA. Ces dernières attribuent ainsi, globalement, plus de la moitié de leurs marchés de travaux (en montant) à une entreprise liée au groupe Vinci (ou à un groupement l'incluant), en particulier les marchés d'un montant unitaire élevé.

607. Le constat d'une rente autoroutière justifie les recommandations de l'Autorité visant à réduire celle-ci dans l'intérêt des usagers et du concédant. C'est ainsi qu'elle recommande, dans la mesure où elle serait juridiquement faisable, une indexation du tarif des péages qui rende possible une baisse desdits tarifs en cas de forte hausse du trafic. En outre, afin que cette indexation ne soit pas contournée par les contrats de plan, la loi tarifaire de ces derniers devra se borner à la stricte compensation des investissements. S'agissant de ces mêmes contrats de plan, aujourd'hui négociés secrètement entre l'État et les SCA, ils pourraient être utilement soumis pour avis public à une autorité indépendante qui, disposant de l'ensemble des informations nécessaires, serait plus à même de porter la contradiction aux SCA comme de prendre en compte l'intérêt des usagers.

608. L'ensemble de ces recommandations participent à une amélioration de la régulation, aujourd'hui insuffisante, du secteur des autoroutes concédées au bénéfice du concédant comme des usagers de celles-ci.

609. Le fait qu'une part importante, voire prépondérante des marchés de travaux des SCA soit attribuée à une entreprise liée (ou à un groupement l'incluant) n'est pas contestable en soi, pour autant que les obligations de publicité et de mise en concurrence soient bien respectées. Or, celles-ci forment un cadre à l'intérieur duquel les SCA ont toute liberté pour choisir leurs modalités d'application. Ce sont ces choix, en particulier de pondération du critère prix et de formules de notation de celui-ci qui sont contestables, voire d'une légalité douteuse. Ces choix, de même que l'appartenance en tant que telle des SCA à des groupes de travaux publics sont dès lors susceptibles de créer des risques pour la concurrence.

610. L'Autorité formule donc plusieurs recommandations de nature à renforcer les obligations de publicité et de mise en concurrence autant que leur contrôle, parmi lesquelles :

- l'abaissement à 500 000 euros HT (contre 2 millions d'euros HT aujourd'hui) du seuil de mise en concurrence pour les marchés de travaux ;
- la transmission à la commission consultative des marchés des SCA des avenants excédant 5 % du montant initial des marchés que celle-ci a examinés ;
- la possibilité, pour la Commission nationale des marchés, de saisir en référé le juge administratif contre un appel d'offres d'une SCA dont elle estimerait la légalité douteuse.

611. Même si, compte tenu de la compensation *ex ante* des investissements, les usagers ne bénéficieront pas directement de ces recommandations, elles sont néanmoins de nature à renforcer la concurrence dans les appels d'offres des SCA et à limiter l'éventuelle éviction des entreprises non liées, en particulier les PME.



612. Enfin, l'Autorité a pu constater combien le cadre juridique des concessions contraint toute évolution de la régulation du secteur autoroutier, en particulier tarifaire. Ainsi, c'est seulement entre 2027 et 2033, à la fin des concessions, que l'État, récupérant l'exploitation de l'infrastructure autoroutière, pourra remettre à plat une tarification qui s'est progressivement éloignée des coûts. Par conséquent, l'Autorité considère que le Plan de relance autoroutier, parce qu'il tend à prolonger les concessions jusqu'à six années supplémentaires, sans mise en concurrence, en échange de 3,6 milliards d'euros d'investissements destinés à relancer l'activité dans le secteur des travaux publics, devrait être rééquilibré en faveur du concédant et des usagers en introduisant dans le contrat de concession des SCA une nouvelle formule d'indexation du tarif des péages ainsi que des clauses de réinvestissement et de partage des bénéfices.

1.5. Cour des comptes – Communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale – Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes – juillet 2013 – Conclusion

La privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes a fait évoluer durablement les relations entre ces sociétés et l'État, sans que le cadre juridique du suivi des concessions ni l'organisation de l'État pour assurer ce suivi n'évoluent en conséquence.

En ce qui concerne les sociétés concessionnaires privées « historiques », les conditions actuelles ne permettent pas de garantir que les intérêts des usagers et de l'État sont suffisamment pris en compte. En ce qui concerne le contrôle des obligations des concessionnaires en matière de préservation du patrimoine en service et de qualité du service rendu aux usagers, la DIT a engagé des chantiers importants, notamment l'insertion d'indicateurs de performance assortis de pénalités dans les contrats de plan, le renforcement de ses équipes pour commencer à prendre en compte la dimension patrimoniale des bâtiments. Elle bénéficie d'une expertise reconnue, renforcée par le réseau scientifique et technique du ministère. Pour autant, les contrôles relatifs à la préservation du patrimoine sont trop peu fréquents, notamment en ce qui concerne les chaussées, les ouvrages en terre et les aménagements « environnementaux » et leur méthodologie insuffisamment formalisée.

L'État se montre insuffisamment exigeant en cas de non-respect des obligations par les concessionnaires, qu'il s'agisse de préserver le patrimoine, de respecter tous les engagements pris dans les contrats de plan ou de transmettre les données physico-financières demandées par le concédant : outre les instruments contractuels dont dispose l'État et qui ne sont pratiquement jamais mis en œuvre (possibilité de mise en demeure et de pénalités), la négociation des contrats de plan n'a pas été subordonnée au respect par les concessionnaires de leurs obligations contractuelles de « base ».

En ce qui concerne les évolutions tarifaires, il apparaît que le cadre juridique actuel n'est plus à même de protéger les intérêts du concédant et des usagers. Les hausses de tarifs annuelles dont bénéficient les concessionnaires historiques ne sont pas suffisamment régulées.



En effet, en l'absence des contrats de plan, le décret de 1995 fait référence à une hausse minimale des tarifs indexée sur l'inflation. Or, en fixant un plancher et non un plafond, ce texte offre en pratique toute latitude à l'État pour fixer les tarifs. Surtout, ce texte n'encadre pas les hausses de tarifs issues des contrats de plan, qui sont les plus fréquentes, et les plus avantageuses.

L'absence de cadre juridique pour les contrats de plan se conjugue à une organisation insatisfaisante de la négociation : au sein de l'administration, la DGITM négocie seule les contrats de plan, sur la base d'un mandat de négociation vague voire inexistant et applique (sur la base d'un arrêté interministériel) les hausses tarifaires des contrats de plan avant même que celles-ci ne soient approuvées par décret en Conseil d'État et que les contrats de plan ne soient eux-mêmes signés par l'État. L'équilibre économique des contrats de plan (contre-expertise des coûts proposés par les concessionnaires, hypothèses macroéconomiques retenues, taux de rentabilité négocié des investissements) n'est connu qu'à la DGITM. Quant à l'équilibre financier *ex post*, il n'est pas suivi.

Le cadre juridique relatif aux péages autoroutiers et l'organisation des négociations des contrats de plan doivent donc être revus en profondeur.

Au-delà, l'opportunité de conclure à l'avenir des contrats de plan, alors que le réseau est mature, nécessiterait d'être réévaluée. En effet, ces contrats avaient un sens lorsqu'il s'agissait de financer de lourdes opérations comme des élargissements ou des sections nouvelles. Ces opérations étant devenues beaucoup moins nombreuses, il est désormais indispensable de n'inclure dans le champ des contrats de plan que les investissements ayant fait l'objet d'une analyse détaillée de leur utilité au regard de leur surcoût pour l'utilisateur.

En effet, un demi-siècle après les choix qui avaient présidé à la construction du réseau d'autoroutes appelée par le développement du pays, le réseau est à présent constitué pour l'essentiel. Une allocation judicieuse des ressources devrait conduire à freiner l'investissement dans ce secteur, dont les sociétés concessionnaires cherchent au contraire à amplifier le besoin.

Le moment semble donc venu de réfléchir à la place que le dispositif alors mis en place prend dans les choix d'évolution à venir.

L'outil autoroutier trouve sa finalité dans l'optimisation des flux de transport qui animent le pays, en concurrence avec d'autres modes de transport, et les sociétés qui concourent à le mettre en œuvre n'ont pas d'autre vocation que de servir cette finalité.

La politique tarifaire qui régit leurs relations avec l'État concédant doit donc être pensée en ce sens, à présent qu'il s'agit moins d'étoffer un réseau désormais proche de sa pleine suffisance, que d'allouer les ressources aux emplois les plus pertinents.

Cela peut appeler des révisions progressives dans le partage des bénéfices résultant de ces concessions, entre l'intérêt général et les intérêts légitimes des sociétés concessionnaires.



1.6. Doctrine

Laurent Richer, Pierre-Alain Jeanneney, Sophie Nicinski, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », in AJDA, 2008, p. 675 (article reproduit avec l'aimable autorisation des éditions Dalloz)

La Cour des comptes vient de dresser un bilan assez critique de l'État actionnaire dans la livraison de son dernier rapport. Outre les aspects d'ores et déjà très médiatisés, comme les réflexions menées sur les péages autoroutiers et leur encadrement insuffisant, ou encore le poids financier de la défaisance, c'est le fil conducteur de cette étude qui attire l'attention quant à son impact sur les réflexions menées autour de l'État actionnaire et du rôle de l'Agence des participations de l'État (Cour des comptes, Rapport public annuel 2008, L'État actionnaire : apports et limites de l'Agence des participations de l'État).

Par décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004, a été créé, au sein du ministère de l'économie, un service à compétence nationale placé auprès du directeur du Trésor dénommé l'Agence des participations de l'État (APE). L'Agence exerce, en veillant aux intérêts patrimoniaux de l'État, la mission de l'État actionnaire en amont et en aval des décisions incombant au ministre de l'économie.

De manière très surprenante, la Cour des comptes prend le contre-pied de l'ensemble de la réflexion menée depuis quinze ans sur la séparation des fonctions de l'État vis-à-vis des entreprises publiques : « *Dans ses positions d'actionnaire, l'État ne peut s'en tenir à des considérations strictement patrimoniales. Il lui faut aussi, à des degrés divers selon les secteurs de l'économie, englober d'autres considérations stratégiques, participant notamment des politiques de défense ou industrielles et plus généralement de la valorisation d'intérêts nationaux ou européens. Or, volontairement centrée sur la défense des intérêts patrimoniaux, l'Agence ne joue pas ce rôle de synthèse. Pour cette raison aussi, de nouvelles évolutions de la gouvernance de l'État actionnaire paraissent nécessaires* ».

Depuis quelques années, les rapports sur l'État actionnaire se sont succédés jusqu'aux lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques de 2005. Les recommandations se superposent et tournent généralement autour de l'idée que les différentes fonctions de l'État vis-à-vis du secteur public doivent être clairement identifiées, séparées et encadrées par des règles claires et rationalisées. Le pilotage des entreprises publiques est souvent noyé au milieu des multiples autres fonctions de l'État les impliquant et celles-ci subissent souvent des arbitrages en défaveur de leur intérêt social, l'État n'ayant tendance à s'en préoccuper qu'en cas de crise grave. Il est donc apparu nécessaire de bien distinguer les différentes fonctions de l'État touchant le secteur public, tout simplement afin de s'assurer que l'objectif de performance de l'entreprise publique fasse l'objet d'un traitement particulier et, partant, soit préservé.

Dès lors, schématiquement, à chaque fonction sont attribués un moyen d'expression et une institution chargée de la mettre en œuvre. Ainsi, la fonction régaliennne de réglementation de l'économie passe par l'élaboration de lois et règlements à portée générale et impersonnelle et relève des autorités chargées



de les élaborer habituellement. La fonction de régulation revient aux autorités de régulation sectorielles. La préservation du service public dont l'entreprise publique peut être chargée doit s'exprimer à travers des contrats de service public dont la conclusion serait généralisée. Plus délicate est la question de l'État stratège de la politique économique et sociale du pays. L'État, au titre de sa fonction de stratège, peut se servir des entreprises publiques pour mener des politiques industrielles ou économiques, pour soutenir le marché en déterminant des tarifs de prestations essentielles pour l'ensemble des secteurs économiques (énergie, transport), pour le financer (banques publiques) ou pour indirectement le contrôler en se situant à des points clés des secteurs économiques. La Cour des comptes mentionne la poursuite d'« *objectifs stratégiques extrapatrimoniaux* », comme la Défense nationale, la maîtrise de la politique industrielle, le renforcement des industries françaises en Europe (Thalès ou EADS), l'indépendance énergétique ou la constitution d'opérateurs de dimension mondiale (GDF-Suez). Enfin, l'État est aussi actionnaire et dans ce cadre doit agir au mieux de ses intérêts patrimoniaux. Sa seule préoccupation est alors la compétitivité et la performance de l'entreprise. C'est cette dernière fonction que gère normalement l'APE, même s'il faut regretter que les textes l'instituant lui octroient parfois des compétences plus larges.

Pour en revenir au rapport de la Cour des comptes, celui-ci semble souhaiter un peu rapidement, et surtout très arbitrairement, que l'on confonde ces deux dernières fonctions et que l'on en revienne finalement au bon désordre d'antan. Cette position aurait pu cependant être fondée sur des arguments solides. En effet, on peut se demander si la spécificité même de l'entreprise publique ne réside pas essentiellement dans la confusion des deux dernières fonctions et à travers l'arbitrage permanent à réaliser entre elles. Il serait tout à fait envisageable de soutenir que, juridiquement, l'intérêt social de l'entreprise publique doit céder devant l'intérêt général exprimé à travers la définition d'une stratégie économique à laquelle participe l'entreprise publique. La légitimité de l'entreprise publique en serait alors restaurée et sa spécificité déterminée par rapport aux entreprises privées. Elle trouverait une traduction juridique concrète dans le jeu de l'intérêt social et de l'intérêt général, auquel devraient d'ailleurs se plier les actionnaires privés minoritaires des entreprises du secteur public.

Mais en l'absence d'exposé précis des considérations politiques et juridiques fondant la position de la Cour des comptes, on ne peut que saluer la réponse faite par le ministre de l'économie. On y lit qu'il n'appartient pas à l'APE d'exercer ce rôle de synthèse entre intérêts sectoriels et patrimoniaux, car ces arbitrages relèvent du Gouvernement et de lui seul. Les hautes autorités de l'État entendent donc continuer à inscrire leur action dans le cadre des réflexions menées depuis plus de quinze ans sur les entreprises publiques. En revanche, une affirmation contenue dans la réponse du ministre de l'économie suscite la réflexion : il y aurait une « *impossibilité juridique pour l'État actionnaire de contraindre une entreprise à prendre une décision contraire à son intérêt social* ». Outre que cette affirmation entre en contradiction avec l'existence même d'arbitrages entre les deux dernières fonctions énumérées ci-dessus, elle semble sonner le glas d'une rare jurisprudence qui penchait plutôt en sens inverse. À l'occasion de la remise à flot de l'entreprise



Usinor, la cour d'appel de Versailles a eu en effet à juger, en 1990, de l'action d'actionnaires minoritaires contre les décisions de l'État, actionnaire majoritaire. Il en ressort que le juge judiciaire s'est montré très perméable à un ensemble de considérations d'économie politique et sensible au but d'intérêt national poursuivi par l'État actionnaire ainsi qu'à son projet d'ensemble, dont l'entreprise publique n'était finalement qu'un instrument.

D'autres éléments de réflexion du rapport de la Cour des comptes nous semblent beaucoup plus pertinents. Le bilan de l'action menée par l'APE est plutôt positif, puisque la Cour souligne une plus grande professionnalisation et un meilleur fonctionnement que les services chargés antérieurement d'assurer ce rôle. Le travail de l'APE a permis de généraliser des comités d'audit, de créer des comités de stratégie, voire d'avancer sur le terrain des comités de rémunération dans les entreprises publiques.

Bien que la Cour des comptes ne valide pas entièrement cette tendance, elle confirme le mouvement de désengagement de l'État du secteur concurrentiel. Elle souligne cependant l'absence de la mise en perspective des recettes de privatisation par rapport aux dividendes pérennes procurés par les entreprises publiques : « *La finalité implicite de sa gestion est moins axée sur la création de valeur que sur l'optimisation financière de la contraction du secteur public productif et sur la restructuration progressive des services publics dont la privatisation n'est pas engagée* ». Cette réflexion alimente le débat constant sur la valorisation économique des patrimoines publics, dont on ne sait pas si elle doit être une valorisation pérenne par la gestion optimale d'actifs publics sur le long terme ou une valorisation « flash » par cession d'actifs publics.

Le rapport alimente en outre la controverse sur la substituabilité des contrats de service public aux prérogatives de tutelle. La Cour fustige l'absence de prise de précaution concernant l'encadrement des tarifs lors de la privatisation des sociétés d'autoroute. Or, toute la réflexion sur la possibilité d'isoler la fonction « *préservation du service public* » et de la traduire par des contrats de service public en lieu et place des prérogatives de tutelle repose sur l'efficacité équivalente de ces deux modalités. La faiblesse ou l'inexistence de prérogatives contractuelle tend à remettre en cause cette évolution. (...)

Fabrice Melleray, « *Déséquilibres contractuels* », in *AJDA*, 2014, p. 1793 (article reproduit avec l'aimable autorisation des éditions Dalloz)

Dans les facultés de droit comme au Palais-Royal, le constat semble le même : « *Alors qu'en droit privé, les cocontractants sont en position d'égalité, dans un contrat administratif, la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers se traduit par des pouvoirs particuliers appartenant à l'administration* » (B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, éd. Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2014, p. 406) ; « *Le contrat administratif est un contrat synallagmatique avec, comme en droit privé, un jeu réciproque de droits et d'obligations. Mais il participe de la mission d'intérêt général qu'a en charge l'administration, ce qui conduit à une certaine inégalité dans les rapports contractuels* » (P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, éd. LGDJ, 7^e éd., Paris, 2014, n° 76).



Une telle analyse est évidemment largement vérifiée en pratique. Elle ne saurait toutefois faire oublier que si les principes jurisprudentiels réputés valoir pour tous les contrats administratifs, ainsi que de nombreuses règles de droit écrit applicables aux différents contrats administratifs « spéciaux », s'inscrivent bien dans cette perspective, la pratique contractuelle est régulièrement bien différente.

L'observation jurisprudentielle en apporte différents témoignages ; que l'on songe à l'insertion dans le contrat d'une clause permettant sa rupture unilatérale non par la partie publique (clause qui serait au demeurant superfétatoire dès lors que ce pouvoir lui appartient même en l'absence de stipulation contractuelle « *en vertu des règles applicables aux contrats administratifs* » (CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon 246), mais par la partie privée. La cour administrative d'appel de Nancy a certes récemment jugé qu'une telle stipulation « *qui est de nature à porter atteinte à la continuité du service public, est contraire à l'ordre public* » et doit donc être écartée (voir à cet égard la chronique de M. Wiernasz : « Un contrat administratif peut-il inclure une clause de résiliation à l'initiative du cocontractant de l'administration ? », in *AJDA*, 2013, p. 2145).

Sans doute certains verront-ils dans une telle clause une sorte de rééquilibrage des droits des parties. Mais ils seront peut-être convaincus, s'ils en doutaient, qu'il existe aussi des contrats administratifs nettement déséquilibrés en faveur de la partie privée en lisant le récent avis de l'Autorité de la concurrence du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires. Ces contrats de concession s'avèrent, ô surprise, extrêmement déséquilibrés en faveur de ces dernières (et de leurs actionnaires) et au détriment du concédant, l'État, et surtout des usagers de ce qui demeure encore, de manière quelque peu artificielle d'ailleurs, un service public administratif (TC, 20 novembre 2006, n° 3599, *Société transports Gautier, Société transports Merret c/ ESCOTA, SAPN, SANEF, ASF* ; Lebon 641, in *AJDA*, 2007, p. 849, note N. Chahid-Nourai et J.-L. Champy).

Comment expliquer cette « rentabilité exceptionnelle » pointée par l'Autorité de la concurrence, ces marges spectaculaires déconnectées de l'étendue du risque réellement supporté par les concessionnaires ? Cette Autorité, après la Cour des comptes (voir : *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, juillet 2013), souligne en particulier le fait que les négociations des contrats de plan ont nettement tourné à l'avantage des concessionnaires. Au-delà de facteurs politiques, perçoit-elle l'idée suivant laquelle les personnes publiques, même la première d'entre elles, ne disposeraient plus toujours des compétences techniques, juridiques et financières pour négocier d'égal à égal avec des opérateurs économiques déterminés et bien conseillés. Qu'une petite commune se laisse abuser par un loueur de photocopieuse ou de matériel informatique est une chose. Que des collectivités importantes ou l'État subissent le même sort est probablement plus inquiétant et illustre que la puissance publique, et avec elle la conception classique du contrat administratif, peuvent plier devant la puissance économique.



2. Concessions aéroportuaires et privatisations

2.1. Chronologie

31 mai 1924. Loi relative à la navigation aérienne. Pose le principe selon lequel, « hors le cas de force majeure, les aéronefs ne peuvent atterrir ou prendre le départ que sur des aérodromes publics ou ouverts au public, ou dans un aérodrome privé régulièrement établi ».

22 octobre 1929. Décret accordant à la chambre de commerce de Lyon la concession de l'aéroport de Lyon-Bron.

10 juin 1931. Décret concédant pour cinquante ans à la chambre de commerce de Bordeaux l'exploitation de l'aérodrome de Bordeaux-Mérignac.

3 janvier 1934. Décret concédant à la chambre de commerce de Marseille l'exploitation de l'aérodrome de Marseille-Marignane.

24 octobre 1945. Ordonnance n° 45-2488 portant création de l'aéroport de Paris, sous la forme d'un établissement public national.

24 septembre 1953. Décret n° 53-893 relatif au régime juridique, administratif et financier des aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique. Permet aux exploitants de faire face aux dépenses qui leur incombent au moyen de redevances instituées par arrêté ministériel (dispositions codifiées aux articles R. 224-1 et suivants du code de l'aviation civile).

6 mai 1955. Décret portant approbation du cahier des charges type applicable aux concessions d'outillage public d'aéroport aux chambres de commerce.

20 avril 2005. Loi n° 2005-357 relative aux aéroports. Transformation d'ADP en SA dont le capital est majoritairement détenu par l'État. Possibilité de transfert des concessions des grands aéroports régionaux des CCI à des sociétés privées initialement détenues par des personnes publiques dont la CCI. Mise en place d'un nouveau régime de redevances aéroportuaires

15 juin 2005. Introduction en bourse d'ADP.

Décembre 2014. Cession de 49,99 % du capital de la SA Aéroport de Toulouse-Blagnac (308 M€) à China Airport Synergie Investment Limited (CASIL société détenue par l'entreprise d'État chinoise Shandong High Speed group et par la société Friedmann Pacific Asset Management).

Novembre 2016. Cession de 60 % du capital d'Aéroports de Lyon (535 M€) à un *consortium* composé de Vinci aéroports, la caisse des dépôts et consignations et Predica. La CCI conserve 25 % et les collectivités territoriales 15 %.

Novembre 2016. Cession de 64 % du capital d'Aéroports de la Côte d'Azur (Nice et Cannes Mandelieu) pour 1,222 Md€ à un *consortium* constitué d'Atlantia, d'Aeroporti di Roma et d'EDF Invest. La CCI conserve 25 % et les collectivités territoriales 11 %.



Octobre 2018. Rapport de la Cour des comptes sur le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice.

Janvier 2019. La presse indique que CASIL remettrait en vente l'aéroport de Toulouse pour 500 M€.

22 mai 2019. Loi n° 2019-486 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (dite loi « PACTE ») qui autorise notamment la privatisation d'ADP.

9 octobre 2019. Arrêt du Conseil d'État, 9/10 chambres réunies, *Ministère des finances et SAS CASIL Europe c/ M. Arrou et autres*, n° 430538.

2.2 Comparaisons internationales

| | Détention 100 % publique | Détention majoritairement publique | Détention majoritairement privée | Détention 100 % privée |
|------------------|--------------------------|------------------------------------|----------------------------------|------------------------|
| Aéroports | États-Unis | | | |
| | Tokyo-Narita | Paris CDG | Nice | Istanbul-Ataturk |
| | Hong-Kong | Francfort | Lyon | Heathrow |
| | Amsterdam-Schipol | Milan-Malpensa | Zürich | Gatwick |
| | Munich | Madrid | Bruxelles | Rome-Fiumicino |
| | Genève | Barcelone | Moscou | Sydney |
| | Bâle-Mulhouse | Toulouse | Tokyo-Haneda | Osaka |
| | Marseille-Provence | | | |
| | Bordeaux | | | |

Différents types de détention des exploitants d'aéroports

2.3. Textes – Code des transports – Extraits

Sixième partie : Aviation civile

Livre III : Les aérodromes

Titre II : Exploitation des aérodromes ouverts à la circulation aérienne

Chapitre II : Dispositions particulières aux sociétés aéroportuaires

Art. L6322-1. Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux aérodromes civils d'intérêt national ou international relevant de la compétence de l'État dont la gestion était concédée à une chambre de commerce et d'industrie à la date de publication de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports et dont la liste est établie par décret en Conseil d'État.



Art. L6322-2. (*issu des dispositions de l'article 7 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, modifié en dernier lieu par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016*). À la demande de chaque chambre de commerce et d'industrie concernée, l'autorité administrative peut autoriser la cession ou l'apport de la concession aéroportuaire à une société dont le capital initial est détenu entièrement par des personnes publiques, dont la chambre de commerce et d'industrie titulaire de la concession cédée. Par dérogation aux articles L. 2253-1, L. 3231-6, L. 4211-1 et L. 5111-4 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements peuvent prendre des participations dans cette société. Un avenant au contrat de concession fixe, le cas échéant, la nouvelle durée de la concession, sans que la prolongation puisse excéder quarante ans, ainsi que les contreparties, au minimum en termes d'investissements et d'objectifs de qualité de service, sur lesquelles la société aéroportuaire s'engage. Cet avenant met le contrat en conformité avec les dispositions d'un cahier des charges type approuvé par le décret prévu par l'article L. 6322-1.

Les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession s'appliquent aux opérations prévues par le premier alinéa.

Chapitre III : Dispositions particulières à la société Aéroports de Paris

Article L6323-1 *Modifié par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 – article 136*

La société dénommée « Aéroports de Paris » est régie par les dispositions de la présente partie, par celles du titre I^{er} de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports et, sauf dispositions législatives contraires, par les lois applicables aux sociétés anonymes. La dénomination sociale de la société, qui figure dans les statuts, peut être modifiée dans les conditions prévues par l'article L. 225-96 du code de commerce.

Article L6323-2 (différé) *Modifié par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 – article 131*

Aéroports de Paris est chargée d'aménager, d'exploiter et de développer les aérodromes de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Paris-Le Bourget, ainsi que les aérodromes civils situés dans la région Île-de-France suivants : Chavenay-Villepreux, Chelles-Le Pin, Coulommiers-Voisins, Étampes-Mondésir, Lognes-Émerainville, Meaux-Esbly, Paris-Issy-les-Moulineaux, Persan-Beaumont, Pontoise-Cormeilles-en-Vexin, Saint-Cyr-l'École et Toussus-le-Noble. Elle peut exercer toute autre activité, aéroportuaire ou non, dans les conditions prévues par ses statuts et dans le respect du cahier des charges mentionné à l'article L. 6323-4.

Nota : Conformément au II de l'article 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, ces dispositions entrent en vigueur à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris.

Article L6323-2-1 (différé) *Créé par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 – article 130*

I.- La mission dont est chargé Aéroports de Paris par l'article L. 6323-2 cesse, sous réserve des II et III du présent article, soixante-dix ans après l'entrée en vigueur du présent article.



Les biens attribués à Aéroports de Paris en application de l'article 2 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, de même que les biens meubles ou immeubles acquis ou réalisés par cette société et exploités en Île-de-France entre le 22 juillet 2005 et la date de fin d'exploitation mentionnée au premier alinéa du présent I sont transférés en pleine propriété à l'État à la date de la fin d'exploitation. Ces biens comprennent les titres de capital ou donnant accès au capital des entreprises détenues, directement ou indirectement, par Aéroports de Paris, à l'exception de celles dédiées à une activité exercée hors des aérodromes mentionnés à l'article L. 6323-2 et des plateformes aéroportuaires qui leur sont associées. La valeur comptable de ces biens au bilan de la société n'est pas modifiée à la date d'entrée en vigueur du présent article.

L'indemnité accordée à Aéroports de Paris au titre du transfert des biens mentionné au deuxième alinéa du présent I est composée des deux éléments suivants (...)

Ce montant est fixé par décret, sur rapport du ministre chargé de l'économie, et versé par l'État à Aéroports de Paris au plus tard à la date de transfert de propriété des actifs à l'État.

II.- L'État peut, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget, mettre fin intégralement ou partiellement à la mission confiée à Aéroports de Paris par l'article L. 6323-2 du présent code si, en dehors d'un cas de force majeure, et après mise en demeure restée infructueuse, nonobstant l'application éventuelle des sanctions prévues à son cahier des charges :

1° Aéroports de Paris interrompt, de manière durable ou répétée, l'exploitation d'un aérodrome ;

2° Aéroports de Paris atteint, à deux reprises sur quatre exercices successifs, le plafond annuel de pénalités prévu à l'article L. 6323-4 ;

3° Aéroports de Paris commet tout autre manquement d'une particulière gravité à ses obligations légales et réglementaires ;

4° Aéroports de Paris est susceptible de ne plus pouvoir assurer la bonne exécution du service public du fait qu'elle ou son actionnaire de contrôle, au sens de l'article L. 233-3 dudit code de commerce, fait l'objet d'une procédure collective régie par le livre VI du même code ou de toute autre procédure équivalente ;

5° Une modification dans le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du même code, d'Aéroports de Paris intervient en méconnaissance des dispositions de son cahier des charges.

Ces conditions ne sont pas cumulatives.

Dans ce cas, et nonobstant toute disposition contraire du livre VI du même code, Aéroports de Paris perçoit pour seule indemnité, au titre du transfert consécutif de la propriété des actifs concernés à l'État, un montant forfaitaire et définitif égal à la valeur nette comptable, au sens du premier alinéa du 2° du I du présent article, des actifs concernés par la mesure de fin anticipée, mentionnés au deuxième alinéa du



même I ; ce montant est déterminé et versé au plus tard à la date de la fin anticipée prévue au premier alinéa du présent II.

III.- À la fin normale ou anticipée de l'exploitation, Aéroports de Paris remet à l'État les biens mentionnés au deuxième alinéa du I en bon état d'entretien. Les modalités de cette remise sont précisées par le cahier des charges d'Aéroports de Paris. Celui-ci précise également les modalités selon lesquelles l'État peut décider de ne pas reprendre, en fin d'exploitation normale ou anticipée, tout ou partie des biens qui ne seraient pas nécessaires ou utiles au fonctionnement du service public à cette date. Les biens sont remis libres de toute sûreté autre qu'une sûreté existant à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris ou autorisée postérieurement par l'État en application de l'article L. 6323-6 du présent code.

Nota : Conformément au II de l'article 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, ces dispositions, à l'exception du dernier alinéa du 1° du I, entrent en vigueur à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris. Le décret mentionné au dernier alinéa du 1° du I, dans sa version issue de ladite loi, est publié avant la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroport de Paris et entre en vigueur à cette même date.

Article L6323-3

Aéroports de Paris fournit sur les aérodromes mentionnés à l'article L. 6323-2 les services aéroportuaires adaptés aux besoins des transporteurs aériens, des autres exploitants d'aéronefs, des passagers et du public et coordonne, sur chaque aérodrome qu'elle exploite, l'action des différents intervenants.

Article L6323-4 (différé) *Modifié par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 – article 131*

Un cahier des charges approuvé par décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles la société Aéroports de Paris assure les services publics liés à l'exploitation des aérodromes mentionnés à l'article L. 6323-2 et exécute, sous l'autorité des titulaires du pouvoir de police, les missions de police administrative qui lui incombent.

Ce cahier des charges précise les modalités d'application des articles L. 6323-2-1, L. 6323-4, L. 6323-6 et L. 6325-2. En outre, il définit les modalités :

1° Selon lesquelles Aéroports de Paris assure la répartition des transporteurs aériens, par des décisions constituant des actes administratifs, entre les différents aérodromes et entre les aérogares d'un même aérodrome ;

2° Du concours d'Aéroports de Paris à l'exercice des services de navigation aérienne assurés par l'État ;

3° Du contrôle par l'État du respect des obligations incombant à la société au titre de ses missions de service public, notamment par l'accès des agents de l'État aux données comptables et financières de la société ;



4° De l'accès des personnels de l'État et de ses établissements publics ainsi que des personnes agissant pour leur compte à l'ensemble du domaine aéroportuaire de la société pour l'exercice de leurs missions ;

5° Du contrôle par l'État des contrats par lesquels Aéroports de Paris délègue à des tiers l'exécution de certaines des missions mentionnées au premier alinéa ;

6° Selon lesquelles l'État, en l'absence d'accord avec Aéroports de Paris, dans l'intérêt du service public et au regard des meilleurs standards internationaux, peut fixer les conditions dans lesquelles le service public aéroportuaire doit être assuré, les niveaux de performance à atteindre, les sanctions appliquées lorsque ces niveaux ne sont pas atteints et les orientations sur le développement des aérodromes ainsi que, lorsque les circonstances le justifient et sans préjudice, le cas échéant, des dispositions de l'article L. 6323-4-1 du présent code, imposer la réalisation d'investissements nécessaires au respect des obligations de service public d'Aéroports de Paris ;

7° Selon lesquelles un commissaire du Gouvernement, ou son suppléant, nommé par arrêté du ministre chargé de l'aviation civile et représentant l'État au conseil d'administration d'Aéroports de Paris, est associé, sans voix délibérative, à l'ensemble des travaux de ce conseil, à l'exception de ceux portant sur la négociation du contrat mentionné à l'article L. 6325-2 du présent code, et se voit remettre toute information utile à sa mission ;

8° Selon lesquelles les dirigeants d'Aéroports de Paris chargés des principales fonctions opérationnelles relatives à l'exploitation aéroportuaire, à la sûreté, à la sécurité et à la maîtrise d'ouvrage aéroportuaire sont agréés par l'État sur la base de critères objectifs relatifs à leur probité et à leur compétence et selon lesquelles l'agrément de ces dirigeants est retiré par l'État lorsque les critères qui ont été vérifiés pour son octroi ne sont plus satisfaits ou en cas de manquement grave ou répété d'Aéroports de Paris à ses obligations légales et réglementaires dans les champs couverts par les fonctions de ces dirigeants ;

9° Selon lesquelles, par exception, Aéroports de Paris peut rechercher la responsabilité sans faute de l'État du fait des décisions normatives ou d'organisation des services dont il a la charge lorsqu'elles affectent spécifiquement, significativement et durablement l'activité d'Aéroports de Paris en Île-de-France ou du fait des décisions de l'État, prises en application des dispositions du cahier des charges lorsqu'elles bouleversent, dans la durée, les conditions économiques dans lesquelles l'exploitant opère ses activités de service public en Île-de-France ;

10° Selon lesquelles l'État donne son accord préalable à toute opération conduisant à un changement de contrôle direct ou indirect d'Aéroports de Paris au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce ;

11° Selon lesquelles, par dérogation aux articles L. 2511-7 à L. 2511-9 et L. 3211-7 à L. 3211-9 du code de la commande publique, Aéroports de Paris respecte les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par ces dispositions et



leurs décrets d'application pour conclure des marchés publics et des concessions portant sur des travaux avec une entreprise liée ou une coentreprise ;

12° D'encadrement de la durée des actes d'Aéroports de Paris pour tenir compte de la fin de sa mission dans les conditions prévues à l'article L. 6323-2-1 du présent code, d'autorisation préalable par l'État de tout acte autre qu'un contrat de travail lorsque sa durée excède de plus de dix-huit mois la date de fin normale de l'exploitation prévue au même article L. 6323-2-1, ainsi que les modalités selon lesquelles les contrats relatifs à l'exploitation des aérodromes mentionnés à l'article L. 6323-2, encore en vigueur à la date de fin normale ou anticipée de l'exploitation prévue à l'article L. 6323-2-1, sont transférés à l'État à cette date ;

13° D'encadrement et d'autorisation par l'État, à peine de nullité, pour tenir compte de la fin de la mission d'Aéroports de Paris dans les conditions indiquées au même article L. 6323-2-1, des décisions ou contrats conférant des droits réels aux occupants des biens d'Aéroports de Paris ;

14° Selon lesquelles l'État encadre et autorise les opérations qui, indépendamment d'un lien direct avec le service public aéroportuaire, dépassent un montant ou une superficie substantielle, que les dispositions du cahier des charges définissent, ou sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'exécution du service public aéroportuaire ou des missions dont l'État est chargé ;

15° Selon lesquelles, sans préjudice des conditions de gratuité prévues au cahier des charges d'Aéroports de Paris à la date de publication de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, lesquelles demeurent inchangées, Aéroports de Paris met à disposition de certains services et établissements publics de l'État les terrains, locaux, aménagements et places de stationnement et assure les prestations de service connexes en retenant, sur le montant des loyers et des prix, les taux d'abattement par type d'immeubles et de prestations pratiqués le cas échéant à la même date ;

16° D'encadrement et d'autorisation par l'État des modifications substantielles, permanentes ou provisoires, apportées aux capacités des installations aéroportuaires ;

17° D'encadrement et d'autorisation par l'État de certains travaux dérogeant à des normes ou objectifs mentionnés dans les dispositions du cahier des charges ou susceptibles d'affecter l'exécution du service public aéroportuaire ou l'exercice des missions des services de l'État ;

18° De règlement amiable des différends entre l'État et Aéroports de Paris avant saisine des juridictions ou autorités compétentes ;

19° Selon lesquelles le ministre chargé de l'aviation civile peut exiger qu'il soit mis fin à toute décision prise ou tout contrat conclu par Aéroports de Paris en méconnaissance des dispositions du cahier des charges, à ses frais exclusifs ;

20° Selon lesquelles Aéroports de Paris informe annuellement l'État de tout élément de sa gestion financière de nature à obérer sa capacité à assurer ses obligations de



service public et selon lesquelles Aéroports de Paris dispose en permanence d'une notation de long terme de sa dette chirographaire¹⁵¹ et non subordonnée établie par au moins une agence de notation de crédit de réputation mondiale, enregistrée conformément au règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, cette notation devant être supérieure à un niveau précisé dans le cahier des charges ;

21° Selon lesquelles Aéroports de Paris informe l'État d'une requête visant à l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation prévues respectivement aux articles L. 611-3 et L. 611-6 du code de commerce et le tient informé du déroulement de la procédure ;

22° Selon lesquelles Aéroports de Paris exerce ses missions en tenant compte des effets environnementaux de ses activités, notamment les modalités selon lesquelles Aéroports de Paris est autorisée, pour l'aéroport de Paris-Orly, à exploiter annuellement un nombre de 250 000 créneaux horaires attribuables aux transporteurs aériens et à programmer les décollages d'avions turboréacteurs entre 6 heures et 23 heures 15 et les atterrissages de ce même type d'avions entre 6 heures 15 et 23 heures 30. À ce titre, Aéroports de Paris verse une contribution annuelle au moins égale à 4 500 000 € au total pour les deux fonds prévus au I de l'article 1648 AC du code général des impôts ;

23° Selon lesquelles Aéroports de Paris assure les conditions d'exercice d'une activité d'aviation générale, notamment celle des aéroclubs constitués sous forme d'association à but non lucratif disposant d'un lien statutaire avec une association reconnue d'utilité publique ;

24° Selon lesquelles un comité des parties prenantes, distinct des organes de direction d'Aéroports de Paris et composé notamment de représentants d'Aéroports de Paris, de collectivités territoriales, d'associations de riverains et d'associations agréées pour la protection de l'environnement, est mis en place afin de favoriser l'information et les échanges entre ces acteurs, dans le respect des compétences des commissions consultatives de l'environnement.

L'État veille au maintien au cours du temps de la bonne adéquation du cahier des charges avec les objectifs du service public aéroportuaire ainsi qu'à la cohérence de ce cahier des charges avec les évolutions du secteur du transport aérien et avec les effets économiques, sociaux et environnementaux des activités d'Aéroports de Paris. Les dispositions du cahier des charges et leur mise en œuvre font l'objet d'évaluations tous les dix ans à compter de sa publication. Ces évaluations sont réalisées par l'État, qui y associe la société Aéroports de Paris. Elles sont rendues publiques.

Ce cahier des charges détermine les sanctions administratives susceptibles d'être infligées à Aéroports de Paris en cas de manquement aux obligations qu'il édicte.

L'autorité administrative peut prononcer une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, à l'ampleur du dommage, aux

151 Sans contrepartie de garantie réelle.



avantages tirés du manquement ainsi qu'à leur caractère éventuellement répété, sans pouvoir excéder 2 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos d'Aéroports de Paris par manquement. Le dernier exercice clos s'apprécie à la date à laquelle la sanction est prononcée. Le plafond de pénalités encourues sur une année civile est de 10 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos d'Aéroports de Paris.

Nota : Conformément au II de l'article 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, ces dispositions entrent en vigueur à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris. Le décret mentionné à l'article L. 6323-4, dans sa version issue de ladite loi, est publié avant la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroport de Paris et entre en vigueur à cette même date.

Article L6323-4-1 (différé) Créé par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 – article 133

Les tarifs des redevances prévues à l'article L. 6325-1 sont établis de manière à assurer une juste rémunération d'Aéroports de Paris au regard du coût moyen pondéré du capital sur un périmètre d'activités, précisé par décret, et :

1° Qui comprend nécessairement les services mentionnés au premier alinéa du même article L. 6325-1 et les activités foncières et immobilières relatives aux activités d'assistance en escale, au stockage et à la distribution de carburants d'aviation, à la maintenance des aéronefs, aux activités liées au fret aérien, à l'aviation générale et d'affaires, au stationnement automobile public et par abonnements ainsi qu'aux transports publics ;

2° Qui exclut nécessairement les activités commerciales et de services, notamment celles relatives aux boutiques, à la restauration, aux services bancaires et de change, à l'hôtellerie, à la location d'automobiles et à la publicité ainsi que les activités foncières et immobilières hors aéroports autres que celles mentionnées au 1° du présent article.

Nota : Conformément au II de l'article 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, ces dispositions entrent en vigueur à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris. Le décret mentionné à l'article L. 6323-4-1, dans sa version issue de ladite loi, est publié avant la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroport de Paris et entre en vigueur à cette même date.

Article L6323-5

Les ouvrages appartenant à la société Aéroports de Paris et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics. (...)

Chapitre V : Redevances aéroportuaires

Article L6325-1. Les services publics aéroportuaires rendus sur les aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique donnent lieu à la perception de redevances pour services rendus fixées conformément au deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce.



Le montant des redevances tient compte de la rémunération des capitaux investis sur un périmètre d'activités précisé par voie réglementaire pour chaque aéroport, appréciée au regard du coût moyen pondéré du capital estimé à partir du modèle d'évaluation des actifs financiers, des données financières de marché disponibles et des paramètres pris en compte pour les entreprises exerçant des activités comparables. Il peut tenir compte des dépenses, y compris futures, liées à la construction d'infrastructures ou d'installations nouvelles avant leur mise en service.

Il peut faire l'objet, pour des motifs d'intérêt général, de modulations limitées tendant à réduire ou compenser les atteintes à l'environnement, améliorer l'utilisation des infrastructures, favoriser la création de nouvelles liaisons ou répondre à des impératifs de continuité et d'aménagement du territoire.

Le produit global de ces redevances ne peut excéder le coût des services rendus sur l'aéroport ou sur le système d'aéroports desservant la même ville ou agglomération urbaine concerné, système défini au sens du présent chapitre comme un groupe d'aéroports desservant la même ville ou agglomération urbaine, géré par un même exploitant et désigné comme tel par l'autorité compétente de l'État.

Les éléments financiers servant de base de calcul des tarifs des redevances prévues au présent article sont déterminés à partir des états financiers, le cas échéant prévisionnels, établis conformément aux règles comptables françaises.

Article L6325-2. Pour Aéroports de Paris et pour les autres exploitants d'aéroports civils relevant de la compétence de l'État, des contrats pluriannuels d'une durée maximale de cinq ans conclus avec l'État déterminent les conditions de l'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, qui tiennent compte, notamment, des prévisions de coûts, de recettes, d'investissements ainsi que d'objectifs de qualité des services publics rendus par l'exploitant d'aéroport. Ces contrats s'incorporent aux contrats de concession d'aéroport conclus par l'État.

En l'absence d'un contrat pluriannuel déterminant les conditions de l'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, ces tarifs sont déterminés sur une base annuelle dans des conditions fixées par voie réglementaire. (...)

Chapitre VII : Missions de l'autorité de régulation des transports *(créé par l'ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires)*

Article L6327-1. L'Autorité de régulation des transports est compétente pour les aéroports dont le trafic annuel de la dernière année calendaire achevée dépasse cinq millions de passagers ainsi que pour les aéroports faisant partie d'un système d'aéroports au sens de l'article L. 6325-1 comprenant au moins un aéroport dont le trafic de la dernière année calendaire achevée dépasse cinq millions de passagers.



Article L6327-2. I.- L'Autorité de régulation des transports homologue les tarifs des redevances pour services rendus mentionnés à l'article L. 6325-1 et leurs modulations, dans les délais et conditions prévus par voie réglementaire.

II.- Lorsque l'Autorité de régulation des transports homologue les tarifs et leurs modulations, elle s'assure :

- du respect de la procédure de consultation des usagers fixée par voie réglementaire ;
- que les tarifs et leurs modulations respectent les règles générales applicables aux redevances, qu'ils sont non discriminatoires et que leur évolution, par rapport aux tarifs en vigueur, est modérée ;
- lorsqu'un contrat a été conclu en application de l'article L. 6325-2, du respect des conditions de l'évolution des tarifs prévues par le contrat ;
- en l'absence de contrat pris en application de l'article L. 6325-2, que l'exploitant d'aérodrome reçoit une juste rémunération des capitaux investis sur le périmètre d'activités mentionné à l'article L. 6325-1, appréciée au regard du coût moyen pondéré du capital calculé sur ce périmètre, et que le produit global des redevances n'excède pas le coût des services rendus.

Article L6327-3. I.- L'Autorité de régulation des transports rend un avis conforme au ministre chargé de l'aviation civile sur les projets de contrats mentionnés à l'article L. 6325-2, dans les délais et conditions prévus par voie réglementaire.

II.- Dans son avis, l'Autorité de régulation des transports se prononce :

- sur le respect de la procédure d'élaboration de ces contrats, fixée par voie réglementaire ;
- sur le coût moyen pondéré du capital retenu par les parties au contrat ;
- sur les conditions de l'évolution des tarifs prévues par le projet de contrat, en vérifiant, de manière prévisionnelle sur la période couverte par le contrat, que l'exploitant reçoit une juste rémunération des capitaux investis sur le périmètre d'activités mentionné à l'article L. 6325-1, appréciée au regard du coût moyen pondéré du capital calculé sur ce périmètre, et que le produit global des redevances n'excède pas le coût des services rendus.

L'autorité vérifie la juste rémunération des capitaux investis au regard du programme d'investissements, des objectifs de qualité de service, des objectifs d'évolution des charges et des règles comptables d'allocation des actifs, des produits et des charges au périmètre d'activités mentionné à l'article L. 6325-1, tels qu'ils ont été retenus par les parties au contrat.

Lorsque le projet de contrat prévoit les tarifs et leurs modulations applicables sur la première période tarifaire couverte par le contrat, l'autorité procède à l'examen prévu au II de l'article L. 6327-2.



III.- En vue de l'élaboration d'un projet de contrat, l'autorité compétente de l'État peut consulter l'Autorité de régulation des transports, qui émet un avis motivé sur le coût moyen pondéré du capital à prendre en compte dans le projet de contrat.

Article L6327-4. Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application du présent chapitre.

2.4. *Jurisprudence*

a) Exploitation d'un aéroport par une chambre de commerce – service public industriel et commercial

Conseil d'État, sect., 8 mars 1968, *Chambre de commerce de Nice et des Alpes Maritimes*, n° 42231.

CONSIDERANT QU'IL RESULTE DES DISPOSITIONS COMBINÉES DES ARTICLES 1, 35 ET 41 DU CODE DES TAXES SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES, REPRIS PAR LES ARTICLES 256, 286 ET 1575 DU CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS QUE : « LES AFFAIRES FAITES EN FRANCE PAR LES PERSONNES QUI HABITUELLEMENT ACHÈTENT POUR REVENDRE OU ACCOMPLISSENT DES ACTES RELEVANT D'UNE ACTIVITÉ INDUSTRIELLE, COMMERCIALE OU ARTISANALE » SONT SOUMISES AUX TAXES SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES PRÉVUES PAR CES TEXTES ; QU'EN VERTU DE L'ARTICLE 4 DE LA LOI DU 28 JUIN 1941 REPRIS PAR L'ARTICLE 1654 DU CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS, LEQUEL S'APPLIQUE NON SEULEMENT AUX IMPÔTS DIRECTS MAIS AUX TAXES SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES : « LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS, LES EXPLOITATIONS INDUSTRIELLES OU COMMERCIALES DE L'ÉTAT OU DES COLLECTIVITÉS LOCALES (...) DOIVENT (...) ACQUITTER, DANS LES CONDITIONS DU DROIT COMMUN, LES IMPÔTS ET TAXES DE TOUTE NATURE AUXQUELS SERAIENT ASSUJETTIES DES ENTREPRISES PRIVÉES EFFECTUANT LES MÊMES OPÉRATIONS » ; QU'ENFIN L'ARTICLE 5 DE L'ARRÊTE INTERMINISTÉRIEL DU 31 JANVIER 1942 REPRIS PAR L'ARTICLE 168 DE L'ANNEXE IV DU MÊME CODE NE PRÉVOIT AUCUNE EXONÉRATION AU BENÉFICE DES CHAMBRES DE COMMERCE ;

CONS., D'UNE PART, QUE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE NICE, QUI EST UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC, A OBTENU, PAR ARRÊTE PRÉFECTORAL EN DATE DU 25 MARS 1950, UNE AUTORISATION D'OCCUPATION TEMPORAIRE DU DOMAINE PUBLIC À L'EFFET D'ASSURER L'EXPLOITATION DE LA PARTIE COMMERCIALE DE L'AÉROPORT DE NICE-CÔTE D'AZUR ; QU'IL RESULTE DE L'INSTRUCTION QUE CETTE EXPLOITATION, EN RAISON DE LA NATURE DES ACTIVITÉS EXERCÉES ET DES PRESTATIONS FOURNIES, PRÉSENTE LE CARACTÈRE D'UN SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL ET COMMERCIAL ; QUE LES CONDITIONS DANS LESQUELLES SONT FIXÉS LES PRIX ET TARIFS DES REDEVANCES PERÇUES EN CONTREPARTIE DES SERVICES RENDUS N'EXCLUENT PAS LA RÉALISATION D'EXCÉDENTS DE RECETTES SUR LES DÉPENSES ; QUE L'ARRÊTE PRÉFECTORAL PRÉVOIT D'AILLEURS, EN SON ARTICLE 30, QUE « L'EXCÉDENT CONSTATE DANS LES COMPTES NE DEVRA PAS ÊTRE UTILISÉ POUR UN AUTRE SERVICE QUE CELUI DE L'AÉROPORT » ; QU'ENFIN L'ARTICLE 19 DE L'ARRÊTE PRÉFECTORAL PRÉVOIT ÉGALEMENT LA FACULTÉ POUR LA CHAMBRE DE COMMERCE DE CONFIER À DES ENTREPRISES PRIVÉES L'EXPLOITATION DE TOUT OU PARTIE DES INSTALLATIONS CONCÉDÉES ; QU'EN APPLICATION DE



CETTE DISPOSITION LADITE CHAMBRE DE COMMERCE A CONFIE CERTAINES ACTIVITES À DES SOCIETES PRIVEES ET PRELEVE UN POURCENTAGE SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES DES INTERESSEES OU SUR LES QUANTITES DE PRODUITS VENDUS ; QU'AINSI LES OPERATIONS EFFECTUEES PAR LA CHAMBRE DE COMMERCE DE NICE, À L'OCCASION DE L'EXPLOITATION DE LA PARTIE COMMERCIALE DE L'AEROPORT DE CETTE VILLE, L'ONT ETE DANS LES MEMES CONDITIONS QUE SI ELLES L'AVAIENT ETE PAR UNE ENTREPRISE PRIVEE ; QUE, DES LORS, ET SANS QU'IL Y AIT LIEU DE RECHERCHER SI EN L'ESPECE CES OPERATIONS ONT PROCURE DES BENEFICES À LA CHAMBRE DE COMMERCE REQUERANTE, C'EST PAR UNE EXACTE APPLICATION DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 1654 DU CODE GENERAL DES IMPOTS QUE LESDITES OPERATIONS ONT ETE ASSUJETTIES AUX TAXES PREVUES PAR LES ARTICLES 256, 286 ET 1575 DE CE CODE ;

CONS., D'AUTRE PART, QU'IL RESULTE EGALEMENT DE L'INSTRUCTION QUE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE NICE A ETE RECHERCHEE EN PAIEMENT DES IMPOSITIONS LITIGIEUSES À RAISON DES RECETTES PERCUES PAR ELLE EN REMUNERATION DES SERVICES RENDUS AU PROFIT DES USAGERS EN EXECUTION DE L'AUTORISATION D'OCCUPATION TEMPORAIRE DU DOMAINE PUBLIC DONT ELLE BENEFICIAIT MOYENNANT LE PAIEMENT D'UNE REDEVANCE ANNUELLE ; QUE LADITE CHAMBRE DE COMMERCE N'EST PAS FONDEE À PRETENDRE QU'ELLE AGISSAIT AINSI SOIT POUR LE COMPTE DE L'ÉTAT SOIT POUR LE COMPTE DE TOUTE AUTRE COLLECTIVITE PUBLIQUE ET QU'ELLE N'ETAIT PAS REDEVABLE DES IMPOSITIONS CONTESTEES ;

CONS. QU'IL RESULTE DE CE QUI PRECEDE QUE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE NICE N'EST PAS FONDEE À SOUTENIR QUE C'EST À TORT QUE, PAR LE JUGEMENT ATTAQUE, LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF A REJETE SON OPPOSITION ;

REJET.

b) Privatisation de la SA Aéroport de Toulouse-Blagnac

Conseil d'État, 9/10 chambres réunies, 9 octobre 2019, Ministère des finances et SAS CASIL Europe c/ M. Arrou et autres, n° 430538.

9. Pris en application des dispositions du décret du 3 septembre 1993 citées au point 8, le cahier des charges relatif à la procédure de transfert par l'État d'une participation dans la société ATB décrit successivement les conditions dans lesquelles les « Candidats » qui remplissent les conditions de recevabilité peuvent être admis à présenter une « Offre indicative » en tant que « Candidats recevables » puis, le cas échéant, autorisés à déposer une « Offre ferme » en tant qu'« Acquéreurs éventuels » parmi lesquels est, enfin, sélectionné « l'Acquéreur ».

10. L'article 3 du cahier des charges prévoit que « *les Candidats pourront être soit (i) une entité agissant seule ou avec des entités de son groupe, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, soit (ii) un ensemble d'entités agissant de concert, au sens de l'article L. 233-10 du code de commerce (l'« Offre conjointe ») (les participants à une Offre Conjointe sont ci-après dénommés les « Participants »)* ». Le même article précise que : « *En cas d'Offre Conjointe, les Participants à l'Offre*



Conjointe devront désigner une entité chef de file, dûment habilitée, qui les représentera, agira au nom et pour le compte de tous les Participants et prendra tous engagements au nom de chacun des Participants tout au long de la Procédure de Transfert (le « Chef de File »), étant précisé que la qualité de Chef de File ne pourra être transférée à un autre Participant. / Les Participants à une Offre Conjointe seront tenus solidairement responsables de l'ensemble des engagements pris par le Chef de File à l'occasion de la Procédure de Transfert. / Un même Participant ne pourra participer à plusieurs Offres Conjointes à la fois ». En cas d'offre conjointe, les articles 6 et 8 et l'annexe 3 à laquelle ils renvoient imposent aux candidats recevables puis aux acquéreurs éventuels de produire, respectivement à l'appui de leur offre indicative et de leur offre ferme, une lettre d'identification faisant apparaître, « pour l'ensemble des Participants à l'Offre Conjointe envisagés », leur identité précise et les liens capitalistiques et contractuels existant entre eux.

11. L'article 6 du cahier des charges prévoit que chaque candidat recevable dépose une « Offre indicative » au plus tard le 15 septembre 2014. Aux termes du dernier paragraphe de l'article, « L'État, au vu de l'ensemble des Offres indicatives (...) décidera de la suite à donner à la Procédure de Transfert, notamment en termes de calendrier, et pourra opérer une sélection sur avis conforme de la Commission des Participations et des Transferts. L'État notifiera aux Candidats Recevables, le cas échéant après sélection, qu'ils sont autorisés à déposer une offre irrévocable et inconditionnelle d'acquisition de la Participation Initiale et de la Participation Résiduelle (...) (les « acquéreurs éventuels ») ». Selon l'article 8, chaque acquéreur éventuel dépose une offre ferme au plus tard le 31 octobre 2014. Enfin, l'article 9 prévoit que c'est « au vu des Offres Fermes » et « parmi les Acquéreurs éventuels » que le ministre chargé de l'économie opère le choix de l'acquéreur.

12. Le cahier des charges établi pour régir une opération de cession de gré à gré d'une participation de l'État engagée en application de l'article 4 de la loi du 6 août 1986 ou de l'article 26 de l'ordonnance du 20 août 2014 précités fixe des règles dont le respect s'impose aux autorités administratives chargées de la mise en œuvre de cette procédure.

13. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'au stade du dépôt des candidatures, les sociétés Shandong Hi-Speed Group et Friedmann Pacific Asset Management étaient les seuls participants à l'offre conjointe présentée par le consortium Symbiose. Lors du dépôt des offres indicatives, la société SNC Lavalin, qui avait présenté une candidature distincte déclarée recevable, y a renoncé pour s'adjoindre aux participants de cette offre conjointe, avant de se retirer finalement du consortium, dont l'offre ferme n'émanait plus que des deux participants initiaux.

14. Pour annuler les décisions en litige, la cour a jugé que les dispositions du cahier des charges citées aux points 9 à 11 impliquaient nécessairement que le consortium constitué pour présenter une offre conjointe reste le même jusqu'au dépôt de l'offre ferme et ne pouvaient être interprétées comme autorisant une modification des candidatures en cours de processus, de sorte que ministre chargé de l'économie aurait, en agréant l'offre ferme présentée par le consortium Symbiose en dépit des changements intervenus dans sa composition, méconnu les dispositions du cahier



des charges. En statuant par ces motifs, alors qu'aucune des règles fixées par le cahier des charges n'imposait aux participants à une offre conjointe de regrouper les mêmes entités tout au long de la procédure à l'exception de son chef de file, la cour a commis une erreur de droit. Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens des pourvois, le ministre de l'économie et des finances et la société Casil Europe sont fondés à demander l'annulation des articles 1^{er} et 2 de l'arrêt qu'ils attaquent.

c) Privatisation d'ADP

Conseil constitutionnel, décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, loi « PACTE ».

- Sur la procédure d'adoption des articles 130 à 136 et sur certaines dispositions des articles 130 à 132, 135 et 136 : (...)

En ce qui concerne les dispositions autorisant et encadrant la privatisation d'Aéroports de Paris :

38. Les auteurs des quatre saisines soutiennent que la privatisation d'Aéroports de Paris serait contraire au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui interdit de privatiser une entreprise ayant le caractère d'un monopole de fait ou d'un service public national. Il en résulterait l'inconstitutionnalité des articles 135 et 136 selon les députés auteurs de la première saisine, des articles 130 à 132, 135 et 136 pour les sénateurs auteurs de la deuxième saisine, des articles 130 à 136 selon les députés auteurs de la troisième saisine et de l'article 135 pour les sénateurs auteurs de la dernière saisine.

39. Les députés auteurs de la troisième saisine estiment également que cette privatisation serait contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics, dès lors que le but poursuivi par le législateur à travers cette privatisation, consistant à financer un fonds pour l'« innovation de rupture », aurait pu être atteint grâce aux résultats financiers de cette société. Les modalités retenues par le législateur seraient ainsi manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi. Ils dénoncent par ailleurs une incompétence négative s'agissant des garanties de capacité exigées des candidats à l'acquisition de participations dans Aéroports de Paris. Enfin, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence et l'objectif de valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics, en ce qu'il n'aurait pas déterminé les conditions de fixation du prix des actions détenues par l'État et leurs modalités de vente.

S'agissant des dispositions autorisant la privatisation d'Aéroports de Paris :

40. Aux termes du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 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* ».

41. Le bon usage des deniers publics constitue une exigence constitutionnelle qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789.



42. L'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi « *les règles concernant (...) les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* ». Si cette disposition laisse 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.

Quant à l'existence d'un monopole de fait :

43. La notion de monopole de fait mentionnée au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises. 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.

44. En application de l'article L. 6323-2 du code des transports, la société Aéroports de Paris est chargée d'aménager, d'exploiter et de développer les aérodromes de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Paris-Le Bourget et plusieurs autres aérodromes civils situés dans la région Île-de-France. Elle peut exercer toute autre activité, aéroportuaire ou non, dans les conditions prévues par ses statuts et dans le respect du cahier des charges mentionné à l'article L. 6323-4 du code des transports.

45. En premier lieu, d'une part, si la société Aéroports de Paris est chargée, à titre exclusif, d'exploiter plusieurs aérodromes civils situés en Île-de-France, parmi lesquels les deux principaux aérodromes du pays, il existe sur le territoire français d'autres aérodromes d'intérêt national ou international. D'autre part, si Aéroports de Paris domine largement le secteur aéroportuaire français, cette société est en situation de concurrence croissante avec les principaux aéroports régionaux, y compris en matière de dessertes internationales, ainsi d'ailleurs qu'avec les grandes plateformes européennes de correspondance aéroportuaire.

46. En second lieu, le marché du transport sur lequel s'exerce l'activité d'Aéroports de Paris inclut des liaisons pour lesquelles plusieurs modes de transport sont substituables. Aéroports de Paris se trouve ainsi, sur certains trajets, en concurrence avec le transport par la route et le transport ferroviaire, en particulier pour ce dernier du fait du développement des lignes à grande vitesse.

47. Dans ces conditions, la société Aéroports de Paris ne peut être regardée comme une entreprise dont l'exploitation constitue un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

Quant à l'existence d'un service public national :

48. 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, en fixant leur organisation au niveau national.

49. En premier lieu, l'aménagement, l'exploitation et le développement des aéroports de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Paris-Le Bourget et des autres aéroports mentionnés à l'article L. 6323-2 du code des transports ne constituent pas un service public national dont la nécessité découlerait de principes ou de règles de valeur constitutionnelle.

50. En second lieu, d'une part, aucune disposition législative en vigueur ne qualifie Aéroports de Paris de service public national. D'autre part, avant même l'adoption des dispositions contestées, le législateur avait prévu, à l'article L. 6311-1 du code des transports, que l'État était compétent pour créer, aménager et exploiter les « *aéroports d'intérêt national ou international* », dont la liste, fixée par décret en Conseil d'État, comporte plusieurs aéroports situés dans différentes régions. Ainsi, le législateur n'a pas jusqu'à présent entendu confier à la seule entreprise Aéroports de Paris l'exploitation d'un service public aéroportuaire à caractère national. Comme énoncé au paragraphe 45, certains de ces aéroports régionaux, exploités par des sociétés également chargées de missions de service public, sont d'ailleurs en situation de concurrence avec Aéroports de Paris.

51. Dès lors, la société Aéroports de Paris ne présente pas en l'état les caractéristiques d'un service public national.

52. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ne font pas obstacle au transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société Aéroports de Paris. Le grief tiré de la méconnaissance de ces dispositions doit ainsi être écarté.

53. Par ailleurs, si les requérants contestent l'adéquation des moyens retenus par le législateur aux fins qu'il a poursuivies, ils ne précisent pas dans quelle mesure il en résulterait la méconnaissance d'une exigence constitutionnelle. Or, en l'absence d'une telle méconnaissance, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement, de déterminer si les objectifs économiques poursuivis par le législateur à travers la privatisation d'Aéroports de Paris, soit le développement de cette société, le financement d'un fonds dédié à l'« innovation de rupture » et la réduction de l'endettement de l'État, auraient pu être atteints par d'autres moyens.

54. Par conséquent, la première phrase du paragraphe V de l'article 191 de la loi du 6 août 2015, tel qu'issu de l'article 135 de la loi déferée, et le paragraphe III de l'article 136 de la loi déferée, qui ne méconnaissent pas non plus l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics ni aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution.



S'agissant des dispositions encadrant la privatisation d'Aéroports de Paris :

55. Les modalités de cession du capital d'Aéroports de Paris sont soumises aux dispositions de l'ordonnance du 20 août 2014 mentionnée ci-dessus relatives aux conditions de fixation du prix des actions détenues par l'État et leurs modalités de vente. Dans un paragraphe VI nouvellement introduit à l'article 191 de la loi du 6 août 2015, le législateur a en outre prévu que les opérations de cession du capital d'Aéroports de Paris qui interviendraient en dehors des procédures des marchés financiers sont soumises à une procédure concurrentielle donnant lieu à un cahier des charges approuvé par les ministres chargés de l'aviation civile et de l'économie précisant les obligations des cessionnaires. Le c de ce même paragraphe VI prévoit que, si nécessaire, ce cahier des charges exige de la part des candidats au rachat des actions de l'État des conditions d'expérience pertinente en tant que gestionnaires ou actionnaires d'une société exploitant des aéroports et de capacité financière suffisante, afin de garantir la bonne exécution par Aéroports de Paris de l'ensemble de ses obligations. En outre, lorsque la cession entraîne un changement de contrôle d'Aéroports de Paris, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, le respect de tels critères est imposé par les mêmes dispositions.

56. Le grief tiré de l'incompétence négative doit donc être écarté. Il en est de même du grief tiré de la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics.

57. Dès lors, le c du paragraphe VI de l'article 191 de la loi du 6 août 2015, qui ne méconnaît aucune autre exigence constitutionnelle, est conforme à la Constitution.

2.5. Autorité de la concurrence – Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et les infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français – Extraits

V. Les préconisations de l'Autorité de la concurrence

167. L'Autorité de la concurrence est d'avis de répondre de la manière suivante aux questions posées par l'AMCRI dans la saisine.

A. Sur les questions de principe soulevées par la saisine

1. Sur le choix du maintien de la gestion publique des sociétés aéroportuaires

168. Pour éviter les risques d'atteinte à la concurrence résultant d'une éventuelle privatisation des sociétés aéroportuaires, l'AMCRI interroge l'Autorité sur le point de savoir s'il ne serait pas nécessaire de maintenir la gestion publique d'ADP et des SAR. L'Autorité de la concurrence ne saurait émettre un avis sur une telle question, qui relève d'un choix d'opportunité ne relevant pas de sa compétence. Elle rappelle que le droit de la concurrence est neutre au regard de la propriété publique ou privée des entreprises. Ainsi, l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne stipule que « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de propriété dans les États membres* », tandis que son article 106, paragraphe 1, précise : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les*



entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». En droit national, l'article L. 410-1 du code de commerce, introduisant le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public* ».

2. Sur la nécessité d'éviter la concentration des infrastructures au sein d'une même entreprise

169. En cas de privatisation du capital des sociétés aéroportuaires, l'AMCRI fait valoir qu'il serait préférable d'éviter une concentration des infrastructures, d'une part, en concédant l'exploitation des aéroports de Roissy et d'Orly à des opérateurs différents, ce qui supposerait la scission d'ADP ainsi que l'édiction de règles interdisant que les détenteurs du capital de l'une des deux sociétés d'exploitation aéroportuaire détiennent des droits de l'autre, et, d'autre part, en confiant la gestion du nouvel aéroport de Notre-Dame-des-Landes à une société distincte des gestionnaires des aéroports parisiens.

170. L'Autorité de la concurrence ne peut pas plus se prononcer sur ce point dès lors qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, de donner une opinion sur les problèmes de concurrence posés par une opération de concentration, les questions posées dans la saisine étant relatives à des acquisitions d'entreprises et pouvant être appréhendées dans le cadre du droit des concentrations.

171. Il peut être utile toutefois de rappeler l'exemple du Royaume-Uni qui, confronté à la difficulté d'une régulation efficace face à un opérateur aéroportuaire entièrement privatisé, s'est orienté vers la mise en place d'une concurrence entre les structures aéroportuaires. Le choix historique des autorités britanniques de céder globalement British Airport Authority (BAA) était motivé par l'absence de concurrence observée entre les trois aéroports londoniens, qui, comme c'est le cas des aéroports parisiens de Roissy et d'Orly, étaient considérés comme répondant à des demandes complémentaires. Sur le fondement d'une enquête de marché, la commission britannique de la concurrence est revenue sur cette analyse et a décidé en mars 2009 de briser le monopole de fait de l'opérateur aéroportuaire BAA en lui donnant deux ans pour céder trois de ses sept aéroports¹⁵².

B. La soumission à des règles de mise en concurrence systématique

1. L'assimilation des gestionnaires d'aéroports à des entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17 et de l'ordonnance du 6 juin 2005

172. Dans l'hypothèse d'une privatisation, les SAR comme ADP devraient rester des entités adjudicatrices et être soumises aux obligations de publicité et de mise en

¹⁵² Cette décision a été remise en cause par le Tribunal d'appel de la concurrence (*Competition Appeal Tribunal*), non sur le fond mais pour des motifs relatifs à la régularité de la procédure suivie par la Commission.



concurrence posées par la directive communautaire 2004/17 et l'ordonnance du 6 juin 2005. Cela ne sera pas le cas du futur aéroport de Notre-Dame-des-Landes, ni des aéroports décentralisés concédés à un opérateur privé.

173. Afin de prévenir les risques d'atteinte à la concurrence résultant de cette absence d'obligations, et notamment les effets potentiels d'éviction d'entreprises tierces lors de la passation de ses marchés, l'Autorité recommande que le contrat de concession du futur aéroport de Notre-Dame-des-Landes prévoie que le concessionnaire soit assimilé à une « entité adjudicatrice » au sens de la directive communautaire 2004/17 et de l'ordonnance du 6 juin 2005. Le même dispositif devrait être appliqué aux aéroports décentralisés concédés à un opérateur privé.

174. Cette assimilation permettra d'imposer au concessionnaire, outre la règle de mise en concurrence systématique de ses marchés, l'obligation de respecter les critères de choix qui s'imposent aux entités adjudicatrices. Elle a pour objet d'éviter que les concessionnaires ne privilégient les entreprises qui leur sont liées, ce qui poserait problème en cas de régulation imparfaite, avec constitution d'une rente financée par les redevances aéroportuaires. Elle aurait également pour effet de garantir une transparence des prix, de nature à permettre aux autorités de tutelle de mieux assurer leur mission de régulation du secteur.

2. Les marchés

175. Pour renforcer la concurrence sur les marchés attribués par les sociétés concessionnaires d'aéroports, il serait souhaitable d'adopter, pour le secteur aéroportuaire, des règles semblables à celles qui avaient été proposées dans l'avis n° 05-A-22 du Conseil de la concurrence relatif à la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

176. À cet égard, un simple alignement du régime d'ADP, de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et des aéroports décentralisés sur le régime prévu par le cahier des charges des SAR offrirait un niveau de garantie inférieur en matière de protection de la concurrence à celui qui avait été retenu dans le cadre de la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes. En effet, la procédure de mise en concurrence ne s'impose qu'à partir d'un seuil de commande élevé, ce qui a pour conséquence que la majorité des marchés signés échappent à cette obligation, elle ne concerne que les marchés de travaux, et elle ne prévoit pas l'intervention de commissions d'appels d'offres indépendantes.

177. Dans son avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 précité, le Conseil de la concurrence avait recommandé que la mise en concurrence s'applique à partir d'un seuil de commande de travaux, de services et de fourniture « *fixé de telle manière que l'essentiel des volumes de commandes soit contrôlé par le dispositif procédural évoqué* ». Les seuils retenus par le Gouvernement pour les sociétés d'autoroutes privatisées ont été de 2 millions d'euros pour les travaux et de 240 000 euros pour les fournitures, ce qui est très inférieur aux seuils prévus par l'ordonnance du 6 juin 2005.



178. Le Conseil avait également préconisé que les commissions des marchés placées auprès de chaque société d'autoroute disposent d'un véritable pouvoir d'approbation et non de la simple faculté d'émettre un avis consultatif. Cette recommandation visait, conformément aux principes dégagés par la Cour de justice des communautés européennes (arrêt du 12 février 1998, *Silvano Raso*, aff. C-163/96, Rec. p. I-533), à « éviter que l'État ne puisse se voir reprocher d'avoir mis les concessionnaires dans une situation de cumul de rôles de juge et partie débouchant sur un conflit d'intérêts dans la mesure où ils mettraient en œuvre des procédures de mise en concurrence alors qu'ils auraient des intérêts auprès de certains soumissionnaires ».

179. Les cahiers des charges des exploitants aéroportuaires privatisés devraient de même prévoir que soit formalisée l'existence de commissions d'appel d'offres placées auprès de chaque gestionnaire d'aéroports. Ces commissions devraient être composées majoritairement de membres indépendants des concessionnaires ou, à défaut, le représentant de la DGCCRF devrait y disposer d'un droit de veto.

180. Ces commissions seraient appelées à se prononcer par avis conforme sur les marchés de travaux, de fournitures et de services conclus par les sociétés aéroportuaires, tant avec des entreprises liées qu'avec des entreprises tierces, à partir de seuils à définir de telle sorte que l'essentiel des commandes en valeur soit effectivement contrôlé par le dispositif. L'obligation de respecter les critères de choix prévus par l'ordonnance du 6 juin 2005 qui s'imposent aux entités adjudicatrices devra également être prévue dans les cahiers des charges pour toute commande supérieure aux seuils fixés.

181. Ce dispositif devra concerner également l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les aéroports décentralisés concédés à un opérateur privé.

3. Les concessions commerciales

182. Dans l'hypothèse d'une privatisation capitalistique d'ADP, le cahier des charges de cette société devrait retenir un article comparable à l'article 11 du cahier des charges des SAR, prévoyant une obligation de mise en concurrence des concessions commerciales, y compris celles attribuées à des entreprises liées, et le choix par le concessionnaire de l'offre économiquement la plus avantageuse. Une obligation similaire devrait être introduite dans le contrat de concession du futur gestionnaire de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes.

183. Les préconisations relatives au renforcement des obligations de mise en concurrence pour les commandes des sociétés aéroportuaires sont synthétisées dans le tableau figurant en annexe II au présent avis.

C. La mise en œuvre d'une régulation efficace

184. Indépendamment de l'hypothèse de privatisation des sociétés aéroportuaires posée par la saisine, l'Autorité recommande la mise en œuvre de diverses mesures destinées à rendre plus efficace la régulation actuelle des activités aéroportuaires.



1. La constitution d'une autorité de supervision indépendante

185. L'Autorité recommande la création d'une autorité indépendante de régulation des activités aéroportuaires. Cette création permettrait de mettre fin aux situations de conflit d'intérêts qui résultent aujourd'hui du cumul par l'État des rôles de régulateur du secteur aéroportuaire et d'actionnaire des principaux opérateurs de ce secteur, gestionnaires d'aéroports et compagnie aérienne nationale.

186. Cette autorité serait appelée à devenir l'autorité de supervision indépendante prévue par la directive 2009/12, avec pour rôle la détermination ou l'approbation des tarifs de redevances aéroportuaires conformément aux prévisions de l'article 6 de ce texte.

187. L'Autorité estime que cette création pourrait être l'occasion de réfléchir à la constitution d'une autorité de régulation des transports intermodale.

188. Dans son avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports, le Conseil de la concurrence appelait déjà les pouvoirs publics à « *préciser leur stratégie en matière de régulation des transports, notamment en réfléchissant sur le champ de compétence du nouveau régulateur sectoriel créé pour les activités ferroviaires* ».

189. En effet, les transports aérien, autoroutier et ferroviaire ont pour trait commun de faire l'objet d'une régulation publique concernant l'accès et la tarification d'infrastructures non reproductibles, qui conserveront le caractère de monopoles malgré une libéralisation des activités de services qui les utilisent, en particulier pour des raisons de coûts ou de rareté des espaces. La création d'une autorité intermodale permettrait ainsi de mieux appréhender les problématiques communes à tous les secteurs des transports.

190. Dans l'avis précité, le Conseil rappelait les précédents du régulateur sectoriel des communications électroniques, dont la compétence a été élargie au secteur postal, et du régulateur sectoriel de l'électricité, dont la compétence a été étendue au secteur gazier, soulignant qu'il est « *généralement plus efficace d'élargir les compétences d'un régulateur pour des secteurs connexes que de multiplier les régulateurs sectoriels sur des champs de compétence trop étroits* ».

191. La création d'une autorité indépendante de régulation des transports pourrait s'effectuer à partir du socle constitué par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), créée par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, dont les dispositions entreront en vigueur au 1^{er} avril 2010. L'ARAF est, aux termes de la loi, « *une autorité publique indépendante, dotée de la personnalité morale, qui concourt au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire* » (article 11). Elle est chargée de veiller à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entraient pas le développement de la concurrence. À ce titre, elle



est notamment chargée d'émettre un avis conforme sur la fixation des redevances d'infrastructures et de se prononcer sur les réclamations présentées par les acteurs du secteur.

192. La nature du contrôle qui sera exercé par l'ARAF dans le secteur ferroviaire s'apparente à celui qui est exercé pour la régulation des redevances aéroportuaires. La fusion à terme des compétences au sein d'un régulateur unique des transports aurait donc du sens. Mais il s'agit d'un choix politique qu'il n'appartient qu'au Gouvernement et au Parlement de trancher.

2. Le renforcement de la transparence nécessaire à une régulation tarifaire efficace

193. L'arrêté du 17 décembre 2009 sur les redevances aéroportuaires a opéré une réduction du périmètre de régulation de la « caisse unique » d'ADP en excluant tant les activités commerciales que l'immobilier de diversification. Cette évolution traduit un passage implicite vers un système proche de la « double caisse ».

194. L'Autorité de la concurrence est favorable à l'évolution du périmètre de régulation engagée par l'arrêté du 17 décembre 2009 précité, dès lors qu'une telle évolution devrait permettre de favoriser l'émergence d'une vérité des prix du transport aérien et que la situation concurrentielle des activités commerciales des aéroports n'impose pas de régulation spécifique de ces activités.

195. Toutefois, afin d'éviter les transferts de charges et de ressources entre les différentes activités des sociétés aéroportuaires, dont le risque est accentué par le système de la double caisse, il est nécessaire d'instaurer des règles de transparence renforcées pour permettre l'identification des coûts et ressources de chacune des activités des gestionnaires d'aéroports. La clarification des coûts et ressources des activités régulées et des activités concurrentielles permettra notamment de définir précisément la part qui doit revenir à chaque type d'activité dans le financement des investissements des gestionnaires d'aéroports.

196. À cet effet, l'Autorité recommande une séparation claire entre les activités de monopole relevant du périmètre de régulation et les activités soumises à la concurrence.

197. Le Conseil de la concurrence s'est prononcé à de multiples reprises sur la nécessaire séparation entre les activités sous monopole liées à l'exercice par un opérateur de réseaux d'une mission de service public et les activités concurrentielles exercées par ailleurs par cet opérateur (en ce sens, voir notamment : l'avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 précité s'agissant des sociétés concessionnaires d'autoroutes ; l'avis n° 97-A-07 sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole ; l'avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence ; et l'avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de la Société nationale des chemins de fer français [SNCF] au regard de la concurrence).



198. Cette séparation suppose au minimum l'adoption d'une comptabilité analytique permettant de distinguer les coûts et les ressources des activités régulées de ceux des activités concurrentielles.

199. La mise en place d'une comptabilité analytique pour les sociétés gestionnaires d'aéroports a déjà été recommandée par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 05-A-15 du 11 juillet 2005 précité, relatifs aux redevances aéroportuaires. Le Conseil soulignait ainsi que « *la base de l'objectivité repose sur l'existence d'une comptabilité analytique permettant d'isoler les coûts des services fournis* ». Cette recommandation a été relayée par la Cour des comptes dans son rapport thématique de juillet 2008 précité. Dans l'avis précité, le Conseil a par ailleurs préconisé la mise en œuvre d'audits réguliers des coûts d'utilisation des infrastructures aéroportuaires, « *la règle de l'objectivité nécessit[ant] que des contraintes externes d'efficacité soient imposées aux opérateurs afin de les inciter à maîtriser leurs coûts et à améliorer la qualité de leurs prestations* ».

200. Si les cahiers des charges d'ADP et des SAR font obligation à ces sociétés de mettre en œuvre une telle comptabilité, celle-ci reste toutefois embryonnaire, tant pour les SAR que pour les aéroports décentralisés, ce qui rend la fiabilité des comptes de certains aéroports régionaux très incertaine. L'Autorité réitère donc ses recommandations de l'avis n° 05-A-15 du 11 juillet 2005.

201. La séparation juridique entre les entités assurant des activités sous monopole et des activités concurrentielles, par la voie d'une filialisation des activités commerciales des sociétés aéroportuaires, constituerait une garantie supplémentaire. Le Conseil a déjà indiqué, dans de précédents avis, qu'il était parfois souhaitable de procéder à une séparation juridique des entités assurant des activités différentes, pour garantir l'exercice d'une concurrence effective, une filialisation permettant de vérifier que l'utilisation des infrastructures du réseau fait l'objet d'une facturation à son coût réel (voir en ce sens, les avis n° 97-A-07, n° 96-A-10 et n° 95-A-18 précités).

202. Le renforcement de la transparence des coûts et ressources des différentes activités aéroportuaires permettrait également d'améliorer la procédure de consultation des usagers des aéroports, en l'espèce les compagnies aériennes, lors de la fixation des redevances aéroportuaires, processus aujourd'hui peu transparent, et ce, alors que les obligations de transparence à l'attention des usagers sont renforcées par la directive 2009/12.

2.6. Cour des comptes – Rapport : Le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice, octobre 2018 – Extraits

Les trois sociétés aéroportuaires de Toulouse, Nice et Lyon ont été vendues dans un contexte favorable et valorisées à des niveaux supérieurs aux attentes de l'État actionnaire.

L'intensité concurrentielle forte, qui explique en premier lieu les niveaux de prix élevés constatés, ne paraît pas avoir été affectée par les critères renforcés introduits en 2015 afin de tirer les leçons des insuffisances du processus toulousain.



Ces cessions se sont déroulées dans le respect de procédures globalement efficaces pour garantir l'intérêt financier de l'État vendeur, mais qui prennent encore insuffisamment en compte la dimension industrielle des projets et les autres intérêts de l'État.

L'arrivée de nouveaux actionnaires n'a pas à ce jour été suivie d'inflexions majeures dans la gestion des sociétés et leurs orientations stratégiques. Les privatisations ne modifiant ni le statut de ces sociétés aéroportuaires, ni le cadre de concession et les leviers de contrôle associés, il n'est guère surprenant que peu d'effets soient perceptibles à court terme. Elles ne se sont pas non plus traduites à court terme par un renchérissement des coûts pesant sur le transport aérien.

En outre, les évolutions vers des régimes de caisse aménagée, dont les acquéreurs privés ont besoin pour rentabiliser leur investissement, restent soumises à l'accord de la DGAC, qui entend les conditionner à la preuve de l'efficacité de leur gestion et à la modération des redevances. L'équilibre économique des aéroports dépendra ainsi de leur capacité à développer l'activité et dégager des marges de productivité supplémentaires pour compenser les besoins de rémunération de leurs actionnaires privés. Or, le peu de recul depuis les cessions et le contexte très favorable du trafic aérien ne permettent pas de mesurer les éventuels gains d'efficacité introduits par l'arrivée de nouveaux acteurs industriels, ni de savoir s'ils seront suffisants pour compenser une demande de rémunération accrue.

Bien qu'elles contribuent à clarifier le positionnement d'un État recentré sur ses fonctions de concessionnaire et de régulateur, les privatisations risquent toutefois de mettre à l'épreuve l'efficacité de ses moyens de contrôle. Compte tenu des risques d'asymétrie d'information et d'imprévisibilité à long terme qui affectent le pilotage de toute concession de longue durée, il convient d'être vigilant quant au maintien dans la durée de l'efficacité des moyens de contrôle de l'État. Le cadre de régulation appliqué par l'ASI, récent et encore affecté par plusieurs zones d'incertitude, devra en tout état de cause être consolidé afin de pouvoir pleinement jouer son rôle et permettre une juste répartition des profits entre les différents acteurs du transport aérien.

L'ouverture des processus de privatisation aux candidatures étrangères, est à la fois utile du point de vue financier par l'intensité concurrentielle qu'elle apporte et normale dans un secteur aéroportuaire largement soumis à la concurrence internationale et dont deux des principaux acteurs sont français. Elle impose néanmoins de connaître précisément les candidats et de les soumettre à un contrôle et des engagements spécifiques. Les mesures prises après l'ouverture du capital de l'aéroport de Toulouse doivent ainsi être renforcées, par une meilleure utilisation des procédures existantes et un contrôle plus strict du respect des engagements des acquéreurs. Au-delà, l'État ne peut faire l'économie d'une définition précise des intérêts qu'il entend préserver et d'une stratégie globale, face à certains investisseurs étatiques étrangers dont la politique d'acquisition pourrait être soutenue par une véritable vision de long terme. La définition d'un tel cadre par les instances récemment créées en matière de défense économique devrait être un préalable nécessaire à toute nouvelle cession d'actifs stratégiques.



2.7. Doctrine

Jacqueline Aubert, *Les aérodromes et leur régime juridique*, éd. LGDJ, Paris, 1941, pp. 170-172.

Ce qui s'oppose, en pratique, à la concession d'un aérodrome d'État à une société privée, c'est que ce procédé n'est avantageux ni pour l'État ni pour le concessionnaire.

En effet, même si l'on ne tient pas compte des charges financières (...), l'exploitation, sauf de très rares cas (Le Bourget par exemple) est déficitaire, car les différentes taxes perçues sur les aéronefs et les marchandises, à raison de l'utilisation de l'aérodrome et de son outillage, n'arrivent pas à compenser les frais d'entretien et d'exploitation, les travaux et améliorations indispensables à la navigation, fréquents sur les aérodromes d'État à grand trafic.

Or, lorsqu'une société privée à but lucratif se porte concessionnaire d'une entreprise, c'est dans l'espoir légitime de faire des bénéfices, sinon dans les premières années, du moins au bout d'un certain temps. Aussi, pour se charger de la concession d'un aéroport, le concessionnaire réclamerait-il soit le droit de percevoir des taxes dont le tarif serait calculé en sorte d'assurer l'équilibre financier, soit une subvention substantielle de l'État.

Mais l'élévation des taxes est tout à la fois nuisible à l'aviation et contraire à l'intérêt bien compris du concessionnaire. Nuisible à l'aviation, car c'est non seulement décourager le développement de l'aviation de tourisme qui est déjà lourdement handicapée par le prix d'achat de l'avion lui-même et du combustible nécessaire, mais aussi entraver l'essor de l'aviation commerciale qui se trouvera dans l'obligation d'augmenter, elle aussi, ses tarifs, et écartera ainsi passagers et marchandises.

Contraire à l'intérêt réel du concessionnaire, car si l'aérodrome est trop cher, il sera « brûlé ». Plus qu'en tout autre domaine, semble-t-il, l'élévation des taxes est de nature à entraîner la désaffection des usagers. En effet, lorsque le service concédé est destiné à satisfaire des besoins de première nécessité (gaz, électricité, etc.), une augmentation exagérée des tarifs entraînerait une restriction de la consommation de l'utilisateur, mais ne supprimerait pas cette consommation même ; il en va tout autrement pour les aérodromes : si les taxes sont trop élevées, les aéronefs auront toujours la possibilité d'éviter cet aérodrome et de faire escale en un autre point. Le trafic diminuera et, malgré des taxes plus rémunératrices, les résultats financiers seront inférieurs.

Une politique réaliste consistera, tout au contraire, à abaisser le tarif des taxes : c'est un facteur important pour ne pas freiner le développement de l'aviation, et nul doute que l'État se refuse à donner sur ce point satisfaction au concessionnaire.

Reste la subvention accordée annuellement par l'État en vue d'assurer l'équilibre désirable. Mais c'est une solution qui n'apparaît pas comme souhaitable, car elle n'engage pas le concessionnaire à faire des efforts pour améliorer le rendement de l'entreprise.



Il est probable que l'État préférera supporter seul la charge de l'entreprise, car il sera sûr en l'exploitant lui-même que les crédits alloués seront employés dans le seul but de favoriser les intérêts des usagers, et ceux de la navigation aérienne en général.

En conséquence, dans l'état actuel des choses, la concession d'aéroports à des sociétés privées à but lucratif n'apparaît pas comme pratiquement réalisable. Il est probable que, lorsque l'aviation aura pris un développement considérable, les conditions d'exploitation deviendront plus favorables, et que la concession sera alors un mode normal d'exploitation des aérodromes d'État.

Quoi qu'il en soit, et vraisemblablement pour les raisons que nous venons d'indiquer, l'État n'a accordé que trois concessions seulement, et non à des sociétés privées mais à des organismes semi-publics : aux Chambres de Commerce de Lyon, Bordeaux et Marseille.

Sophie Nicinski, « Les privatisations dans la loi PACTE », in AJDA, 2019, p. 1261 - Extrait (article reproduit avec l'aimable autorisation des éditions Dalloz).

La forte mobilisation contre les privatisations issues de la loi « PACTE », politique puis parlementaire dans un premier temps, trouve désormais un écho dans certaines institutions, comme la Cour des comptes qui, dans son rapport sur le budget de l'État en 2018, semble critiquer le Fonds pour l'innovation et l'industrie censé recevoir les recettes de la privatisation d'ADP et de la FDJ.

Ces différentes positions nous étonnent, il faut bien l'avouer. D'abord parce que les critiques nous semblent mal ciblées. Ce n'est pas tant la privatisation d'entreprises stratégiques ou importantes qui doit susciter l'opposition (on a vu par le passé tout le secteur public bancaire, ainsi que le secteur industriel et une partie du secteur public énergétique être privatisés), que l'absence totale en France de consensus sur le juste périmètre du secteur public et l'utilité – voire l'efficacité – de la régulation de l'économie par la présence d'opérateurs publics. La question est de savoir s'il est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'économie que des opérateurs intervenant dans des domaines stratégiques soient des opérateurs publics, et non pas s'il faut s'opposer à la privatisation d'ADP quand on a laissé passer tant d'autres privatisations d'opérateurs bien plus fondamentaux. Par ailleurs, à force de se concentrer sur l'objet même des privatisations contestées, on finirait par en oublier le but, qui consiste à trouver des fonds importants mobilisables rapidement pour alimenter la politique économique de gouvernants éphémères, tout aussi pressés par la durée de leur mandat d'obtenir des résultats que rebutés face à la perspective de procéder à des réformes plus profondes. Et face à ces privatisations et l'enjeu inexorable d'un tarissement de la source providentielle de ressources qu'elles procurent, le seul contrôle de leur régularité au regard des critères d'un service public national ou d'un monopole de fait, qui alimentent les discussions des juristes – sans épargner l'auteur de ces lignes –, font figure de bien faible rempart.

Elles nous étonnent, ensuite, parce que le véritable enjeu nous semble se situer ailleurs. En effet, la question centrale est de savoir si, parmi toutes les formes de régulation de l'économie, celle de la propriété par la détention du capital



d'opérateurs stratégiques est la plus efficace et la moins coûteuse. Or, c'est exactement la question que pose le volet privatisation de la loi « PACTE », en ce qu'il constitue sans doute l'une des tentatives les plus intéressantes de substitution d'autres formes de régulation à la régulation par la participation publique dans le capital d'opérateurs. La loi « PACTE » s'inscrit d'abord dans l'idée que la maîtrise d'enjeux stratégiques peut se limiter à la détention des infrastructures qui sont le support nécessaire de l'activité. Ainsi, le droit de propriété d'ADP sur les infrastructures est désormais limité dans le temps¹⁵³, ce qui permet de conclure que l'exploitation des aéroports n'est pas privatisée mais plutôt concédée.

Aussi bien pour ADP que pour la FDJ, la loi « PACTE » crée ensuite un arsenal de mesures de contrôle sur l'activité et l'opérateur, afin de pallier l'absence de participation au capital.

Enfin, la concurrence est réintroduite puisque l'ouverture du capital sera proposée à des opérateurs candidats mis en concurrence. Pour la FDJ, les droits exclusifs ne sont maintenus que parce que les règles du droit de la concurrence et de la commande publique ne s'y opposent pas. Ainsi, 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.

153 À soixante-dix ans (article L. 6323-2-1 du code des transports).



Bibliographie indicative

Aurélien ANTOINE, Mehdi LAHOVAZI, « Privatisation vs nationalisation : faut-il choisir son camp ? Réflexions à partir d'une comparaison franco-britannique de l'exploitation du transport ferroviaire de voyageurs », *in AJDA*, 2018, p. 1758.

Joël ARNOULD, « Les contrats de concession, de privatisation et de services *in house* au regard des règles communautaires », *in RFDA*, 2000, p. 2.

Jacqueline AUBERT, *Les aérodromes et leur régime juridique*, éd. LGDJ, Paris, 1941.

Jean-Bernard AUBY, Martine LOMBARD (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, actes du colloque organisé le 30 juin 2006.

René BARBERYE, « Bilan et perspectives de la politique autoroutière française », *in Revue du Trésor*, n° 11, novembre 2000.

Jean-François BRISSON, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *in AJDA*, 2005, p. 1835.

Anémone CARTIER-BRESSON, « La réforme aéroportuaire », *in RFDA*, 2019, p. 595.

Gérard CHARREAUX, « L'entreprise publique est-elle nécessairement moins efficace ? », *in Revue Française de Gestion*, numéro spécial Public-Privé, septembre-octobre 1997, pp. 38-56.

Cour des comptes, *Communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale sur les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, juillet 2013.

Cour des comptes, *Rapport sur le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice*, novembre 2018.

Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Légalité des décrets autorisant la privatisation des autoroutes », *in AJDA*, 2006, p. 2056.

Fabrice MELLERAY, « Déséquilibres contractuels », *in AJDA*, 2014, p. 1793.

Nathalie MERLEY, « La réforme du système d'administration aéroportuaire : bilan et perspectives », *in RFDA*, 2009, p. 1197.

Sophie NICINSKI, « Les privatisations dans la loi PACTE », *in AJDA*, 2019, p. 1261.

Pierre NICOLAY, *Cours de droit administratif*. École nationale des ponts et chaussées, tome 4 : chemins de fer, aviation civile, 1976.

Laurent RICHER, « Remarques sur les entreprises privées de service public », *in AJDA*, 1997, p. 103.

Gérard QUIOT, « Le Conseil d'État et la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes », *in AJDA*, 2006, p. 1603.



Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études.

Conception et réalisation :

François Seners, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

Avec l'appui de Laure Marcus, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargée de mission auprès de la présidente de la section du rapport et des études.

La documentation juridique du colloque a été préparée par la section du rapport et des études, sous la direction de Jean-Yves Ollier, maître des requêtes.

Secrétaire de rédaction

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission à la section du rapport et des études.

Coordination du colloque

Caroline Lafeuille, chargée de mission pour les relations extérieures.

Crédits photos, conseil graphique

Direction de la communication.

Retrouvez la vidéo du colloque à partir de www.conseil-etat.fr, rubrique « colloques ».

