



« 2010-2020 : dix ans de QPC »
(Janvier 2020)

Chloé BULCKAEN et Ségolène C HAVDA

La mobilisation de la liberté d'entreprendre dans le cadre de la QPC

Mémoire intermédiaire de recherche de M2 mené en 2019 dans le cadre du projet *Les justiciables de la QPC*. Identification et mobilisation d'un outil processuel *sui generis*

Sous la direction scientifique du professeur Emmanuel Cartier

Université de Lille

Centre de recherche Droits et perspectives du droit (CRD & P)

Le présent document constitue une annexe du rapport scientifique d'une recherche réalisée à l'occasion des dix ans de la QPC, avec le soutien du Conseil constitutionnel

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	3
Avant-propos.....	5
I. Une protection de la liberté d’entreprendre renouvelée : l’implication totale des justiciables de la QPC.....	11
A. L’ancienne consécration de la liberté d’entreprendre comme une véritable liberté.....	11
1. L’évolution des mentions économiques dans l’ordre juridique.....	11
2. L’évolution de la protection de la liberté d’entreprendre	13
B. L’appropriation nouvelle de la liberté d’entreprendre par les justiciables	14
1. Des justiciables impliqués	14
2. Des justiciables systématiquement représentés	17
3. Une mobilisation du bloc de constitutionnalité évolutive	20
II. Une protection de la liberté d’entreprendre freinée : entre méfiance et manque d’efficacité.....	23
A. Un mécanisme de protection de la liberté d’entreprendre perçu comme peu efficace.....	23
1. Une liberté aux contours assez flous : source de déception de la part des justiciables	24
a. Une protection des droits et libertés constitutionnels réduite aux droits et libertés au sens de l’article 61-1 de la Constitution	24
b. Une déception concernant la protection de la liberté d’entreprendre	24
c. Un contrôle peu adapté : « l’insuffisance des méthodes de contrôle ».....	27
2. Un contrôle de conventionalité jugé plus efficace.....	28
B. L’apparition d’une défiance envers la QPC	29
1. Méfiance envers le conseil constitutionnel : un organe encore perçu comme politique	30
a. La composition du Conseil Constitutionnel.....	30
b. Une opacité persistante	31
c. La crainte d’un contrôle d’opportunité et d’un contrôle purement interne.....	31
2. Un mécanisme « risqué » et complexe	33
Bibliographie	35
Annexes.....	37

REMERCIEMENTS

Pour le temps accordé et les précieux éclairages apportés, nous tenons à remercier :

Maitre Muriel BODIN

Maitre Manuel GROS

Nos camarades de Master 2 :

Louis CHAILA & Alexandrine TANIÈRE

Orane CLIQUENNOIS & Lisa CHRETIEN

Charlotte BULTEL & Léna GEST

AVANT-PROPOS

Hier la loi sur les jeux d'argent¹, aujourd'hui la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 *visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées* dite loi sur la prostitution², la liberté d'entreprendre n'en finit plus d'être portée en étendard par les uns, par les autres au nom de la Liberté *tout court*. Il est vrai que sa nature constitutionnelle découle de l'article IV de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui dispose que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.* »³ Mais comme toute liberté protégée, elle doit être aménagée de manière à garantir les autres, au nom de cet ordre public que Thomas Pez définit comme étant « *l'ensemble des normes que le juge doit faire prévaloir sur la volonté des parties en toutes circonstances.* »⁴

Ancienne, pierre angulaire de la Constitution économique française⁵ - elle est à l'angle de la liberté du commerce et de l'industrie ou encore du droit de propriété - les contours de cette liberté longtemps délaissée se sont peu à peu définis, à mesure des saisines du Conseil constitutionnel qui s'attela à lui donner une certaine consistance. La décision n°2010-285 QPC du 30 novembre 2012, dite *Corporation d'Alsace Moselle*, consacre deux acceptations⁶.

La première consiste en la « *liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique* »⁷ ; En ce sens, toute personne doit avoir la possibilité d'accéder à l'activité professionnelle qu'il

¹ Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 *relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* - CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2010-605 DC du 12/05/2010

² Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 *visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées* dite loi sur la prostitution – CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2018-761 du 1/02/2019

³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*

⁴ PEZ (T.), « L'Entreprise », *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 49, 2015 - p. 45.

⁵ CHENOT (B), *Organisation économique de l'Etat*, 2e éd. : D. 1965, p. 93. Cité dans SÉE (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n°718, 2014, étude 5, p1

⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2010-285 QPC du 30 novembre 2012, *Corporation d'Alsace Moselle*, cons 7.

⁷ DE BÉCHILLON (D.), *Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre*, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°49, p. 8

souhaite. Par la négative, la liberté d'entreprise s'identifie alors comme une « *interdiction d'empêcher* ». ⁸

A ses côtés, le deuxième aspect de la liberté d'entreprendre consiste en la « *liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* »⁹, c'est à dire que « *son titulaire peut librement exploiter son entreprise et la gérer à sa guise* »¹⁰. En ce sens, la liberté d'entreprendre caractérise une interdiction de « *gêner* ». ¹¹

De façon intuitive, il apparaît évident que cette liberté prend vie tous les jours au travers de l'exercice de professions de millions de citoyens. L'analyse de la jurisprudence des juges de la rue de Montpensier témoigne de leur « *fermeté* »¹² quant au respect de cette liberté, longtemps mal aimée. Véritable héraut de son renouveau, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à censurer ou émettre des réserves de conformité à l'encontre de lois qui en limitaient l'exercice. Ainsi, l'entrepreneur a désormais le droit de choisir librement ses collaborateurs¹³ et celui de licencier¹⁴. Il peut également fixer ses tarifs¹⁵ ou faire sa publicité¹⁶.

Selon un sondage publié dans le Monde et réalisé du 14 au 19 mars 2019, 26% des français ont le sentiment que la liberté d'entreprendre est « *plutôt ou vraiment menacée* »¹⁷. L'article consistait à mettre en relief le sentiment de protection ou non qu'ont les français à l'égard de différentes libertés, telles que la liberté d'opinion (44% des personnes interrogées la trouvent menacée), d'expression (45%) ou encore la liberté syndicale (32).

⁸ FRAISSE (R.), La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre, *RJEP*, 2011, étude 3, p5

⁹ DE BÉCHILLON (D.), Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n°49, p. 8

¹⁰ DE BÉCHILLON (D.), *idem*.

¹¹ FRAISSE (R.), La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre, *RJEP*, 2011, étude 3, p. 9

¹² DE BÉCHILLON (D.), *idem*

¹³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°88-244 DC, 20 juil. 1988, loi *portant amnistie*, cons 22

¹⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2001-455 DC, 12 janv. 2002 loi *modernisation sociale* cons 50

¹⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°90-287 DC, 16 janv. 1991 loi *portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales* cons 21

¹⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°82-141, 27 janvier 1982, loi *sur la communication audiovisuelle*, cons 12/13

¹⁷ COURTOIS (G.), « Les Français ambivalents sur les libertés publiques », *Le Monde*, 30 mars 2019, p. 11

Certes, l'article reste succinct quant aux raisons qui ont poussé les personnes à répondre en ce sens, mais deux enseignements peuvent toutefois être tirés de ce sondage qui reste, consentons-y, pour le moins peu évocateur. Ou bien la liberté d'entreprendre n'est pas au rang des préoccupations françaises majeures en ces temps troublés.¹⁸ Ou bien, au contraire, les personnes interrogées la jugent relativement « *bien protégée* ». Optimistes, nous avons tendance à pencher pour la deuxième option.

Il faut dire qu'au travers du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), il est permis au justiciable de participer à cette protection. En contestant la constitutionnalité d'une loi, il va en effet s'associer à un débat de type démocratique qui ne se limite plus à l'hémicycle de l'assemblée. En ce sens, selon Dominique Rousseau, il va être amené à participer au « *phénomène d'énonciation concurrente de la volonté générale* »¹⁹. C'est la mise en place d'une « *démocratie par la constitution* » par opposition à la « *démocratie électorale* »²⁰.

Le projet QPC auquel nous participons à l'occasion de 10 ans de la mise en place de ce mécanisme s'intéresse aux justiciables de la QPC. Parce que la liberté d'entreprendre est une liberté qui a des enjeux particulièrement concrets pour de nombreux justiciables, il nous a paru intéressant de nous demander si le mécanisme de la QPC opérait une révolution dans la protection de la liberté d'entreprendre mais également dans la perception de cette protection par les justiciables.

Pour répondre à ce problème, nous avons procédé en plusieurs étapes.

En premier lieu, afin d'avoir une vue d'ensemble sur l'étendue du matériau à notre disposition, nous avons recensé, à partir du site du Conseil constitutionnel,²¹ toutes les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) rendues par ce dernier entre 2010 et 2019 et qui

¹⁸ Ce même sondage indique que 72% des personnes interviewées jugent le respect de la liberté d'entreprendre essentiel (derrière la liberté d'opinion et la liberté de parole)

¹⁹ ROUSSEAU (D.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 22

²⁰ BRUNET (P.), « La démocratie entre essence et expérience. Réponse à Dominique rousseau », *La vie des idées*, 2008 [En ligne]

²¹ <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

comportaient l'expression « *liberté d'entreprendre* ». Le choix de cette terminologie volontairement exclusive n'est pas anodin. Nous avons refusé d'ouvrir le sujet à d'autres entrées telles que l'« *article IV de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » ou encore la « *liberté du commerce et de l'industrie* », de manière justement à appréhender le sujet de la manière la plus large possible et cerner quels sont les articles ou autres mots clés invoqués au soutien de cette liberté. Soixante et onze décisions sont ressorties de nos seuls critères de recherche à savoir « *liberté d'entreprendre* » « *question prioritaire de constitutionnalité* » « *1^{er} janvier 2010* » « *1^{er} avril 2019* ». Quatre ont été rendues en 2010, sept en 2011, huit en 2012, sept en 2013, dix en 2014, douze en 2015, six en 2016, quatre en 2017, huit en 2018 et deux en 2019. Bien que nous savions que nous n'aurions pas accès aux mémoires QPC, nous avons décidé d'étudier les deux QPC rendues en 2019 par le Conseil constitutionnel. Par ailleurs, la faiblesse du nombre de QPC rendues en 2010 peut facilement s'expliquer par les délais de saisine des juridictions ordinaires (Tribunaux, Cours et Conseil d'Etat) dès lors que le mécanisme de la QPC est entré en vigueur le 1^{er} mars 2010. Du reste, nous n'avons pu dégager de premières conclusions quant à la grande variété de ces résultats. Aucune tendance à la baisse ne s'impose, pas plus qu'une hausse significative du nombre de recours peut s'envisager. C'est la raison pour laquelle nous avons décidé de toutes les traiter.

A cet égard, nous avons jugé que le matériau à notre disposition était suffisamment étendu pour ne pas étudier les décisions de non-renvoi des QPC par les juridictions suprêmes. De même, nous n'avons pas systématisé l'étude des quelques irrecevabilités partielles que nous avons pu lire au sein des décisions de renvoi de ces juridictions.

Cette première étape effectuée, la thématique du justiciable nous a ensuite amenées à centrer nos questionnements sur ce dernier. Nous avons donc élaboré un tableau Excel[®] ²² ainsi qu'une trame de questions²³ pour nos entretiens, à retrouver en annexe.

²² Annexe 1

²³ Annexe 2

Par manque de temps, nous avons décidé de ne pas procéder aux écoutes des audiences QPC. De la même manière et suite à un questionnement particulier, nous avons opéré une sélection dans les mémoires que nous voulions étudier.

A tout le moins, deux types de difficultés ont été rencontrés lors de la construction de ce mémoire.

Le premier s'en tient aux interviews. Malgré de nombreuses demandes d'entretiens - l'objectif étant de cerner et comprendre les motivations de chacun des groupes de justiciables concernés (particuliers, avocats, entreprises, associations...), nous avons été confrontées à la difficulté de les organiser.

Deux avocats ont accepté de répondre à nos questions²⁴, et nous les en remercions encore. Certes, il ne s'agit pas d'avocats ayant introduit une QPC en matière de liberté d'entreprendre, mais leur regard extérieur au sujet nous a permis de prendre du recul et d'envisager certains aspects que nous n'aurions pu, le cas échéant, remarquer en raison de notre manque de pratique contentieuse administrative en général, constitutionnelle en particulier. De manière à laisser leur expression libre, nous nous sommes volontairement écartées de la trame d'entretien que nous avons réalisée.

La deuxième difficulté que nous avons rencontrée tient à l'incomplétude des documents et mémoires demandés. Selon les dossiers, pouvait par exemple être fourni l'ensemble des mémoires QPC (du tribunal administratif au conseil constitutionnel, par exemple), les seuls mémoires devant le conseil constitutionnel ou encore les seuls mémoires produits devant les juridictions du fond (n°2012-285 QPC, 30/11/2012, Christian S). Il était donc dans ces conditions difficile de dégager une tendance devant des supports parcellaires alors même que nous nous sommes rendues compte que la liberté d'entreprendre pouvait parfois être seulement invoquée au stade du Conseil d'Etat et non des tribunaux inférieurs ou, au contraire, que la liberté d'entreprendre avait été articulée avec un autre droit, abandonnée ensuite (2013-351 du

²⁴ Maître Muriel BODIN et Maître Manuel GROS

25/10/2013, Société Boulanger). De la même manière, ces lacunes ne nous ont pas permis de savoir si des changements fréquents d'avocats avaient lieu entre la période de transmission au juridictions suprêmes et de renvoi au Conseil constitutionnel.

L'objet de ce mémoire n'est donc pas tant d'étudier les contours de la liberté d'entreprendre, son contenu et ses limites que de cerner l'appréhension par les justiciables de cette liberté, au prisme de la QPC. Si les justiciables de la QPC ont permis de renouveler l'approche de cette liberté (I.), il n'en demeure pas moins que l'engouement autour de ce mécanisme demeure relativement mitigé (II.).

I. UNE PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE RENOUVELÉE : L'IMPLICATION TOTALE DES JUSTICIABLES DE LA QPC

Bien qu'il n'ait pas été attendu l'introduction de la QPC pour que la liberté d'entreprendre soit consacrée comme une « *véritable liberté* » (A.), il est vrai que de nombreux commentateurs espéraient un renouveau de sa protection grâce à la mise en place de ce nouvel outil contentieux. En ce sens, les justiciables ont répondu aux attentes puisqu'ils sont parvenus à s'emparer de ce mécanisme (B.)

A. L'ANCIENNE CONSÉCRATION DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE COMME UNE VÉRITABLE LIBERTÉ

1. L'ÉVOLUTION DES MENTIONS ÉCONOMIQUES DANS L'ORDRE JURIDIQUE

En son temps, la loi des 2 et 17 mars 1791 aussi dite décret d'Allarde disposait qu'« à compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon [...] ». ²⁵ Elle venait ainsi combler le vide créé par l'absence de toute mention économique explicite dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, pourtant grand texte libertaire de l'époque.

Ces mentions dans l'ordre juridique interne français sont donc très anciennes et n'ont cessé de s'accroître, à tel point qu'est parfois évoquée la notion de « *Constitution économique* ». La liberté d'entreprendre en serait un pilier majeur au même titre que le droit de propriété ou encore la liberté contractuelle ²⁶.

²⁵ Article 7, Loi des 2 et 17 mars 1791.

²⁶ ZEVOUNOU (L.) «Le concept de « constitution économique » : Une analyse critique », Jus Politicum, n° 21, Jus-politicum.com [En ligne]

Elle a d'ailleurs été consacrée comme une liberté fondamentale aussi bien par le Conseil constitutionnel dans sa célèbre décision n°83-132 DC du 31 octobre 1981 que par le Conseil d'Etat,²⁷ au détriment de la liberté du commerce et de l'industrie²⁸, sa cousine. Un débat doctrinal continue d'interroger la question de savoir si la liberté d'entreprendre procède de la liberté du commerce et de l'industrie - terme plus ancien - ou si c'est cette dernière qui découle de la liberté d'entreprendre.²⁹ Ainsi, pour certains auteurs, la liberté d'entreprendre est une liberté qui l'englobe tandis que pour d'autres, elle n'en est qu'une facette. En tout état de cause, ces deux libertés conservent des liens très étroits et protègent souvent des situations similaires.

Cette notion de constitution économique est importante car elle témoigne de l'importance dont disposent les libertés économiques dans un système juridique – et donc sociétal - donné. Pour Lionel Zevounou, deux approches sur son rôle peuvent être appréhendées³⁰. La première permet de « *lier l'Etat* » c'est à dire « *[élaborer] un corpus de règles fondamentales censées garantir les libertés économiques contre l'intervention de l'Etat dans le domaine économique.* » La seconde tend à moraliser l'économie, c'est à dire « *instaurer des règles juridiques capables d'endiguer les dérives de l'économie de marché.* »³¹

La Constitution économique a donc trait avec la notion d'ordre public économique qui est au cœur de la régulation³². L'on comprend dès lors que la liberté d'entreprendre doive être à la fois garantie mais aussi limitée.

²⁷ CONSEIL D'ETAT, *Commune de Montreuil du Bellay*, 12/11/2001 et CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*

²⁸ Le Conseil constitutionnel refuse de lui reconnaître la pleine valeur constitutionnelle, quand bien même elle serait invoquée par les auteurs de la saisine. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°81-129 du 31/10/1981

²⁹ GUERIN (M.), « La liberté d'entreprise garantie par la Charte des droits fondamentaux, une liberté sous-estimée », *Mémoire de master 1* sous la direction de BENOIT-ROHMER (F.), 2017, p. 16

³⁰ ZEVOUNOU (L.), « Brèves réflexions sur la notion de constitution économique », *Droit administratif*, LexisNexis, 2014. [En ligne]

³¹ ZEVOUNOU (L.), « Brèves réflexions sur la notion de constitution économique », *Droit administratif*, LexisNexis, 2014. [En ligne]

³² PEZ (T.), « L'Entreprise », *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 49, 2015 - p. 45.

2. L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE

Consacrée au rang de liberté constitutionnelle dans la décision du Conseil constitutionnel, le 16 janvier 1982, Nationalisation I du Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre est déduite de l'article IV de la DDHC. Par la suite, elle s'est vue plusieurs fois confirmer son rang de liberté fondamentale par la Conseil constitutionnel.

Pourtant, à l'origine, elle était presque considérée comme une « *liberté de second rang* »³³. En effet, qualifiée par le Conseil constitutionnel de liberté « *ni générale, ni absolue* »³⁴, le législateur était libre de la limiter en raison de considérations propres à l'intérêt général, notamment.

Le Conseil constitutionnel a toutefois modifié sa jurisprudence de manière à renforcer la protection de la liberté d'entreprendre. Désormais, le considérant de principe cité dans toutes les décisions ayant trait à la liberté d'entreprendre dispose qu'il « *est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.* » S'il n'appartient qu'au législateur en vue de cette jurisprudence de restreindre ou fixer les limites et les conditions dans lesquelles les autorités administratives peuvent encadrer la liberté d'entreprendre, le mécanisme de la QPC permet au justiciable d'apporter sa pierre à l'édifice jurisprudentiel.

³³ Cité dans SÉE (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n°718, 2014, étude 5, note de bas de page n°19 : « *Goesel-Le Bihan, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Cah. Cons. const. 2007, n° 22, p. 270. - A. Cartier-Bresson, Marché, concurrence, Etat actionnaire. Dits, non-dits et clairs-obscurs constitutionnels : LPA 22 janv. 2009, p. 33. - F. Priet, La liberté d'entreprendre entre deux juges, Mélanges H. Jacquot : Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 497* »

³⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, N°89-254 DC, 04/07/1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, cons. 5

B. L'APPROPRIATION NOUVELLE DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE PAR LES JUSTICIABLES

L'appropriation fut rapide, totale, globale.

Rapide puisque dès l'année d'introduction, quatre QPC en matière de liberté d'entreprendre furent introduites. En dix années de QPC, ce chiffre reste le plus bas jamais enregistré³⁵.

Totale dans la mesure où quand bien même les proportions sont différentes, l'ensemble des catégories de justiciables est impliqué (1) et représenté par des avocats (2).

Globale dès lors que les justiciables ont fait évoluer leur manière de mobiliser les droits et libertés garantis par le bloc de constitutionnalité (3).

1. DES JUSTICIABLES IMPLIQUÉS

L'implication des justiciables se retrouve à deux niveaux. Le premier niveau concerne les justiciables en tant que tel. Il s'agit de savoir qui ils sont. Le second essaie d'identifier les types de contentieux concernés.

L'ensemble des justiciables est représenté. L'analyse de l'ensemble des soixante et onze requêtes introduites entre 2010 et 2019 indique que trente-huit l'ont été par des sociétés, dix l'ont été par des associations, dix-neuf par des particuliers et six des syndicats. Si la somme de ces différents types de requérants est égale à soixante-treize, il est à remarquer que plusieurs requêtes ont été rendues le même jour par le Conseil constitutionnel pour la même société³⁶ et que certaines contenaient plusieurs requérants. Trois requêtes ont ainsi été introduites conjointement par des syndicats et des sociétés et une l'a été en collaboration avec des particuliers et des associations. Également, plusieurs requêtes comportaient plusieurs requérants de même nature – notamment des sociétés.

³⁵ Et il peut être aisément expliqué par la date d'entrée en vigueur du mécanisme

³⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2015-468, n°2015-469, n°2015-472 du 22 juin 2015, Société Uber France SAS

Sans en déduire une tendance, on peut remarquer que le nombre de particuliers-requérants diminue avec les années – passage de huit justiciables-particuliers pour les vingt premières questions³⁷ posées, à quatre pour les vingt dernières³⁸. En revanche, celui des associations augmente. Il est donc possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle les associations s'approprient de mieux en mieux le mécanisme de la QPC et que les particuliers ont peut être tendance à poser leur QPC par le biais des associations. Ainsi, pour les mêmes périodes, trois QPC ont été posées par les associations aux premières lueurs de sa mise en place contre six ces dernières années. Il ne nous a pas été possible de connaître avec précision la taille des associations requérantes selon des critères précis mais en tout état de cause, toutes disposaient d'un site internet très bien agencé et détaillé, ce qui témoigne *a fortiori* de l'existence d'un service communication assez développé et par conséquent de structures associatives à l'impact médiatique plutôt important, voire très important³⁹.

En ce qui concerne les entreprises, le nombre de requêtes est plutôt stable pour la même période. Il a été assez délicat de faire une étude systémique des sociétés de manière à analyser leur taille et poids économique. En effet, pour ce faire la seule source d'étude disponible gratuitement était le site [societe.com](https://www.societe.com)⁴⁰ qui permet de donner notamment le chiffre d'affaire de l'entreprise, son capital social ainsi que ses effectifs. Toutefois, cette source reste assez limitée dès lors qu'il n'est pas possible de se placer à la date à laquelle le recours QPC a été introduit, ce qui aurait permis d'être au plus près de la réalité sociale de l'entité. En outre, certaines entreprises ont entre-temps fermé. Enfin, certaines entreprises disposent de filiales ou sont étrangères et il est alors impossible d'utiliser cette source d'information. En tout état de cause, pour les chiffres disponibles⁴¹, en se basant uniquement sur le nombre de salariés⁴², sur vingt-

³⁷ de CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2010-45 du 06/10/2010 à CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2012-290/291 du 31/10/2013 – cf 1 annexe

³⁸ de CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2015-516 du 15/01/2016 à CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2019-771 du 31/03/2019 – cf 1 tableau.

³⁹ Pour exemple Médecins du monde, association France Nature Environnement ou encore Ligue des Droits de l'Homme.

⁴⁰ <https://www.societe.com>

⁴¹ Voir annexe 1 - colonne 1S et suivant.

deux entreprises recensées, douze sont considérées comme des petites et moyennes entreprises au sens de du décret n°2008-1354, huit comme des entreprises de taille intermédiaire et deux comme des très grandes entreprises. A ce stade de l'analyse, Il est donc possible d'émettre l'hypothèse, selon laquelle ce mécanisme se révèle être plutôt favorable aux moyennes voire petites structures. Des questions budgétaires peuvent être avancées⁴³. Les très grosses entreprises n'auraient que peu d'intérêt à introduire une QPC dans la mesure où cela nécessiterait l'emploi de gros moyens financiers et humains pour un résultat minime.

Sans surprise, la répartition des types de justiciables est liée au type de contentieux. Là encore toutefois, une étude poussée n'est pas simple lorsque la rédaction des décisions de transmission vers le Conseil constitutionnel n'est pas systématisée.

Trois tendances se dégagent pourtant. En premier lieu, les associations effectuent des QPC à l'occasion de recours pour excès de pouvoir devant l'ordre administratif. C'est le cas par exemple pour la loi sur la pénalisation des clients de la prostitution⁴⁴ ainsi que la loi relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat⁴⁵.

En deuxième lieu, sauf rares exceptions⁴⁶, les particuliers invoquent le plus souvent la liberté d'entreprendre à l'occasion de poursuites pénales ou de litiges intéressant le droit privé.

Quant aux entreprises enfin, la nature du contentieux concret est plus variable et a aussi bien trait à une procédure pénale⁴⁷, qu'à une procédure pour excès de pouvoir devant le juge

⁴² Article 3, décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 *relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique*, 2008-1354, 18 décembre 2008. La distinction entre catégories d'entreprises se fait selon deux critères cumulatifs : le nombre de personnes employées ET le chiffre d'affaire annuel (ou le total de bilan).

⁴³ *cf infra*

⁴⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2019-771 du 31/03/2011, Médecins du monde et autres.

⁴⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2011-139 du 21/06/2011, Association pour le droit à l'initiative économique.

⁴⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2010-45 du 06/10/2010, Mathieu P, le litige au fond intéressait un recours pour excès de pouvoir.

⁴⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2011-157 DU 05/08/2011, *Société SOMODIA* par renvoi de COUR DE CASSATION chambre criminelle, n°3036 du 24/05/2011

administratif⁴⁸, ou qu'à un litige de droit privé sur le paiement d'honoraires d'un expert mandaté par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en raison d'un risque grave constaté dans l'entreprise⁴⁹.

2. DES JUSTICIABLES SYSTÉMATIQUEMENT REPRÉSENTÉS

Mis à part trois exceptions - une pour l'association *France Nature environnement* et les deux autres pour des particuliers⁵⁰ –, les QPC ont toutes été déposées par des avocats.

Depuis l'année 2015, le Conseil constitutionnel a opéré un léger changement dans la structure de ses décisions, de sorte qu'il est désormais possible de distinguer les avocats qui ont déposé la QPC de ceux qui ont présenté des observations. Cette distinction est intéressante dans la mesure où elle démontre que plusieurs avocats sont sollicités pour une seule et même requête.

En tout état de cause, sur soixante six QPC⁵¹ réalisées en matière de liberté d'entreprendre, trente et une ont été introduites et présentées oralement devant le Conseil constitutionnel, uniquement par des avocats près la Cour d'appel soit 47% du total. Vingt-huit l'ont été par des avocats aux conseils et enfin sept l'ont été conjointement (respectivement 42,4% et 10,6%. A noter qu'il n'y a pas de corrélation particulière entre l'origine de la QPC (judiciaire ou administrative) et la qualification de l'avocat (près la Cour d'appel ou conseils).

De manière générale, les avocats jouent un rôle structurant dans l'information sur l'existence de la procédure. La QPC reste un mécanisme méconnu et la plupart du temps, les

⁴⁸ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, N°2012-258 DU 22/06/2012, *Etablissement Barbigants* par renvoi de CONSEIL D'ETAT, n°356339 du 11/04/2012

⁴⁹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2015-500 du 27/11/2015, *Société Foot Locker France SAS* par renvoi de COUR DE CASSATION, N°15-40027 DU 16/09/2015.

⁵⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2010-45 QPC du 06/10/2010, *Mathieu P* et n°2012-285, du 23/11/2012, *France Nature environnement*, et 2018-707, du 25/05/2018

⁵¹ Ont été ôtées de ce calcul, les 3 requêtes présentées sans avocat et 2 des 3 requêtes rendues le même jour pour la même société et présentées par les mêmes avocats (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2015-472/469/468) du 22/06/2015, *Société Uber France SAS*.

justiciables, qu'ils soient chefs d'entreprises, maires de petites communes ou particuliers ignorent tout de ses effets. Elle serait en ce sens réservée à un club d'initiés, et exclurait *de facto* les autres.

Toutefois, bien que connue par le monde juridique, la QPC n'est évidemment pas systématique. Plusieurs raisons peuvent être avancées.

La QPC est un mécanisme juridictionnel coûteux qui reste incertain. Ainsi, la baisse du nombre de requérants « *particuliers* » peut être probablement expliquée en partie par le coût financier de la procédure. Ce critère comme tous les autres d'ailleurs est indissociable de la satisfaction que le justiciable envisage de tirer de l'issue de la procédure. Ainsi, les grandes entreprises – au sens du décret précité – qui disposent d'un service juridique conséquent mais de niveaux de moyens humains et financiers difficiles à mobiliser doivent probablement estimer qu'elles ont plus « *à perdre* » qu'à « *gagner* » de ce processus. De manière à ce que l'aspect financier ne soit pas un obstacle, certains avocats, à l'instar de Me Gros, offrent la procédure de QPC pour éviter que le client n'y renonce.

Ainsi, apparaît l'idée selon laquelle l'introduction d'une QPC est liée aux convictions du justiciable, ou, en l'espèce de l'avocat. Si certains la refusent systématiquement pour des raisons de convictions, par désintérêt pour la procédure constitutionnelle ou méfiance envers le juge⁵² – malgré les demandes des justiciables auto-formés ou ayant une certaine culture juridique -, d'autres au contraire semblent voir dans cette procédure un moyen efficace de contester une loi qu'ils jugent inconstitutionnelle⁵³.

Un autre obstacle inhérent au caractère procédural de ce mécanisme réside dans sa temporalité. Quand bien même les juridictions ordinaires et le Conseil constitutionnel sont

⁵² Cf *infra*.

⁵³ Un juge du TA de Lille expliquait qu'un avocat avait posé plusieurs fois la même QPC auprès de plusieurs tribunaux administratifs de manière à favoriser la transmission de la question au Conseil d'Etat. Le 27 mars 2019, le Conseil d'Etat a transmis la QPC au Conseil constitutionnel. CE, n°427759, 27/03/2019.

enserrées dans un délai très court⁵⁴, il n'en demeure pas moins que le cumul de l'ensemble des délais impartis aboutit à repousser la date de décision de l'affaire pour laquelle la QPC a été posée – et les autres affaires pendantes, le cas échéant. L'aspect temporel peut donc décourager plus d'un justiciable qui souhaiterait contester la constitutionnalité d'une disposition législative et en tout état de cause, elle n'est pas toujours bénéfique pour la partie adverse notamment.

A l'inverse, la notion de temps reste indissociable d'une certaine stratégie contentieuse. Elle est en effet parfois utilisée comme un instrument dilatoire dans la mesure où le juge ordinaire est tenu de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel. Ainsi, en moyenne, un gain d'un an peut être envisagé.

Poser la question devant les juridictions suprême plutôt que devant les juridictions du fond ou en appel plutôt qu'en première instance peut également révéler une certaine stratégie contentieuse. Sur les soixante-et-onze requêtes introduites puis renvoyées au Conseil constitutionnel en matière de liberté d'entreprendre, quarante-et-une l'ont été devant les juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels français, soit une moyenne de 57,7 % de questions posées. Du point de vue spécifiquement des requêtes fondées sur l'atteinte à la liberté d'entreprendre, il n'est pas possible de distinguer une tendance selon laquelle les QPC seraient plutôt posées devant l'une ou l'autre des juridictions⁵⁵.

⁵⁴ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : Sans délai pour les juges du fond (art 23-2), 3 mois pour les juridictions suprêmes (23-4) et 3 mois pour le Conseil constitutionnel (23-10)

⁵⁵ Pour les vingt premières QPC, huit requêtes ont été déposées devant les juridictions dites de fond contre neuf pour les vingt dernières. N'ont pas été prises en compte dans ce calcul la compétence des juridictions suprêmes en premier et dernier ressort. Cf *tableau*.

3. UNE MOBILISATION DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ ÉVOLUTIVE

Plusieurs éléments permettent d'affirmer que la mobilisation du bloc de constitutionnalité est globale et évolutive.

En premier lieu, la répartition des requêtes QPC déposées devant les deux ordres juridictionnels français est légèrement plus « favorable » au Conseil d'Etat - 39 QPC sur 71, soit 54%. La liberté d'entreprendre touche donc aussi bien des matières de droit privé que public.

Plus précisément, la QPC a trait à de nombreuses branches du droit telles que le droit de la santé, le droit des biens, le droit fiscal, le droit commercial, le droit de la concurrence, le droit des procédures collectives, le droit rural, le droit social, le droit du travail, le droit de la communication ou encore le droit de l'environnement, matière dans laquelle le nombre de QPC tend à s'accroître fortement⁵⁶.

En 2011, une étude a démontré que la majorité des QPC concernant la liberté d'entreprendre portaient sur la liberté d'établissement ou l'interdiction d'empêcher⁵⁷. En revanche, les QPC sur la liberté d'entreprendre au sens de la liberté d'exercice ou l'interdiction de gêner sont moins nombreuses. C'est encore majoritairement le cas aujourd'hui.

Par ailleurs, l'analyse des QPC en matière de liberté d'entreprendre met en lumière le fait qu'elle est très rarement invoquée seule. Ainsi, d'autres moyens sont régulièrement invoqués tels que le principe de nécessité des délits et des peines ou encore l'égalité devant la loi⁵⁸.

En ce qui nous concerne, nous avons plutôt cherché à nous intéresser à l'articulation de cette liberté avec d'autres, plus ou moins proches. Ainsi, nous avons interprété la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel pour déterminer quelles libertés étaient également invoquées à l'appui des requêtes. Sur soixante-et-onze questions posées devant le Conseil

⁵⁶ Voir not. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2017-657 QPC du 3 octobre 2017

⁵⁷ FRAISSE (R.), *La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre*, RJEP, 2011, étude 3, p. 5

⁵⁸ Cf *infra*

constitutionnel, vingt-et-une l'ont été avec comme seul moyen la liberté d'entreprendre, sans autre articulation, soit un peu plus de 28%. De manière notable, neuf QPC ont été articulées avec la liberté contractuelle (12,6%) et treize avec le droit de propriété (18,3%). Enfin, six QPC ont été articulées à la fois avec la liberté contractuelle et le droit de propriété. (8,4%). Sont donc retrouvés les droits et liberté fréquemment perçus par la doctrine comme appartenant à la « *Constitution économique de la France* ». ⁵⁹ Il ressort également de notre étude des mémoires QPC que si certaines libertés ont pu être articulées avec la liberté d'entreprendre devant telle ou telle juridiction, elles ont par la suite de la procédure, été abandonnées. ⁶⁰

Il est possible d'observer une évolution dans l'articulation des libertés avec la liberté d'entreprendre. En effet, cette dernière est de moins en moins souvent invoquée seule : dix pour les vingt premières QPC contre quatre pour les vingt dernières. ⁶¹ A l'inverse, de plus en plus de « nouvelles » libertés sont articulées. Ainsi, à côté des libertés fréquemment articulées avec la liberté d'entreprendre, telles que la liberté contractuelles ou encore le droit de propriété, apparaissent la liberté d'enseignement ⁶² ou encore avec le principe d'égalité devant les charges publiques. ⁶³

La liberté d'entreprendre est donc une liberté ancienne qui a su se renouveler grâce aux justiciables de la QPC dans la mesure où ils ont permis d'étendre le champ d'application de cette liberté. Toutefois, l'engouement reste très mitigé. (II.)

⁵⁹ Cf *supra*.

⁶⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL et mémoires QPC, n°2013-351 du 25/10/2013, *Société Boulanger*.

⁶¹ De CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2010-45 du 06/10/2010 à CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2012-290/291 du 31/10/2013 ET de CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2015-516 du 15/01/2016 à CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2019-771 du 31/03/2019

⁶² CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2015-496 du 21/10/2015, *Association fondation pour l'école*

⁶³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, n°2019-771 du 31/03/2019, *Société Vermilion*.

II. UNE PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE FREINÉE : ENTRE MÉFIANCE ET MANQUE D'EFFICACITÉ

Parmi les avocats rencontrés, aucun ne nous a fait part de son expérience en matière de QPC relative à la liberté d'entreprendre. Ceci s'explique pour certains avocats, par une absence de nécessité et de contentieux appropriés pour soulever une telle question, pour d'autres, par un scepticisme envers la protection de la liberté d'entreprendre (A) ou encore par méfiance envers le mécanisme de la QPC (B).

A. UN MÉCANISME DE PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE PERÇU COMME PEU EFFICACE

Bien souvent qualifiée de liberté de « *second rang* »⁶⁴ ou de « *liberté constitutionnelle atténuée* »⁶⁵, la liberté d'entreprendre reste une liberté aux contours flous dont le contrôle s'avère plutôt complexe et parfois décevant pour les justiciables (1), ceux-ci préférant éventuellement se diriger vers un autre mécanisme qu'est le contrôle de conventionalité (2).

⁶⁴ SÉE (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n°718, 2014, étude 5

⁶⁵ CARCASSONNE (G.), La liberté d'entreprendre, in *L'entreprise et le droit constitutionnel* : Rev. Lamy dr. aff. 2010, 55 cité par SÉE (A.), *op.cit.*

1. UNE LIBERTÉ AUX CONTOURS ASSEZ FLOUS : SOURCE DE DÉCEPTION DE LA PART DES JUSTICIABLES

a. UNE PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS CONSTITUTIONNELS RÉDUITE AUX DROITS ET LIBERTÉS AU SENS DE L'ARTICLE 61-1 DE LA CONSTITUTION

Il convient de rappeler que la QPC n'a pas vocation à s'appliquer à tous les droits et libertés contenus dans la Constitution. Le Conseil constitutionnel a ainsi, par sa jurisprudence, précisé les droits et libertés pouvant faire l'objet d'une telle question. A titre d'illustration sont exclus, la libre concurrence⁶⁶ et le principe du consentement à l'impôt de l'article XIV de la (DDHC)⁶⁷.

La liberté d'entreprendre, quant à elle, appartient bien aux droits et libertés garantis par la Constitution susceptibles de faire l'objet d'une QPC. Pour autant, sa protection par le Conseil, ne donne pas entière satisfaction. En effet, la QPC a fait naître des attentes, vis-à-vis des justiciables et de la protection des libertés économiques, qui ont laissé place à une certaine déception.

b. UNE DÉCEPTION CONCERNANT LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE

La déception des justiciables s'explique par le fait que la liberté d'entreprendre reste une notion floue, difficilement contrôlable et comprenant de surcroît de nombreuses limites – elles - même très lâches – via la notion d'ordre public économique.

La notion est tellement floue que certains avocats admettent n'avoir même jamais songé à l'invoquer à l'occasion d'une QPC. Pour le Professeur et avocat Manuel Gros, il s'agit d'une liberté qui a été artificiellement tirée de l'article IV de la DDHC. De ce fait, cette notion est bien

⁶⁶ CE, 2 mars 2011, Société Manyris n°345288

⁶⁷ C. constit, n°2010-5 QPC du 18 juin 2010 Kimberly Clark

trop générale et floue ce qui rend son contenu difficilement contrôlable. C'est une raison pour laquelle, en tant qu'avocat il se tournerait vers d'autres libertés et principes pour fonder une question. Pourtant, le Conseil a jugé qu'elle pouvait bien être invoquée au titre des QPC, preuve que, pour lui, cette notion peut tout à fait faire l'objet d'un contrôle identique aux autres droits et libertés qui auraient un contenu plus précis.

Néanmoins, ceci explique le phénomène selon lequel de nombreux requérants invoquent parallèlement à la liberté d'entreprendre, d'autres droits et libertés pour appuyer leur question. On relève ainsi, que la liberté contractuelle, le droit de propriété, le principe d'égalité sont le plus fréquemment invoqués.⁶⁸ Pour rappel, de manière plus marginale ont notamment été invoqués la liberté du travail⁶⁹, le droit d'obtenir un emploi⁷⁰ et la liberté d'enseignement.⁷¹

Par cette pratique, les avocats entendent mettre toutes les chances de leur côté pour obtenir une décision qui leur sera favorable. La stratégie est en effet celle d'invoquer toutes les libertés et droits présentant une utilité pour la cause et qui pourraient "jouer en faveur" des intérêts du client.

La déception des justiciables tient également au fait qu'en neuf années de QPC, les censures restent rares. Sur les soixante-et-onze décisions QPC relatives à la liberté d'entreprendre recensées devant le Conseil constitutionnel, neuf sont des décisions de non-conformité totale, onze sont des décisions de non-conformité partielle et six sont déclarées "conformes sous réserves". Mais parmi ces décisions, rares sont celles qui censurent réellement des dispositions sur la base de la liberté d'entreprendre. A titre d'exemple, dans la décision n°2015-500 QPC⁷² le Conseil censure totalement des dispositions sur le fondement du droit de propriété sans étudier, par économie de moyens, l'éventuelle violation de la liberté d'entreprendre.

⁶⁸ cf *supra*.

⁶⁹ C. constit, n°2014-374 QPC du 4 avril 2014 Sephora, *Recours suspensif contre les dérogations préfectorales au repos dominical*

⁷⁰ C. constit, n°2014-373 QPC du 4 avril 2014 Sephora, *Conditions de recours au travail de nuit*

⁷¹ C. constit, n°2015-496 QPC du 21 octobre 2015 [Etablissement d'enseignements éligibles à la perception des versements libératoires effectués au titre de la fraction dite du "hors quota" de la taxe d'apprentissage]

⁷² C. constit, n°2015-500, 27 novembre 2015, *Contestation et prise en charge des frais d'une expertise décidée par le CHSCT*

Ce nombre restreint de censures s'explique par le fait que les atteintes portées à la liberté d'entreprendre se trouvent le plus souvent justifiées pour la réalisation d'objectifs et d'exigences de valeur constitutionnelle ou par un motif d'intérêt général. Les justifications sont nombreuses, cependant, il est arrivé que le Conseil valide purement et simplement des dispositions au regard de cette liberté sans se justifier.⁷³ Tel fut le cas dans sa décision n°2011-175 QPC du 7 octobre 2011 [*contribution au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante*]. René Fraisse interprète cette pratique comme une réponse au fait que la liberté d'entreprendre est bien souvent invoquée comme une « bouée de sauvetage »⁷⁴.

De manière constante, le Conseil constitutionnel opère en la matière un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle, apparu dans les années 1990 concernant la liberté d'entreprendre, a considérablement renforcé la place de cette liberté, alors que celle-ci était considérée comme une liberté à « portée presque symbolique : elle n'était « ni générale, ni absolue »⁷⁵ et [dont] seules les atteintes « arbitraires » ou « abusives » étaient prohibées »⁷⁶. Pour autant, ce contrôle n'a pas tellement évolué depuis l'entrée en vigueur de la QPC.

En effet, si le juge constitutionnel opère un contrôle de proportionnalité, celui-ci est perçu comme assez « restreint »⁷⁷. Ses décisions ne sont pas souvent bavardes sur les motifs justifiants l'atteinte proportionnée. En ce sens, certains auteurs évoquent un contrôle restreint de la disproportion manifeste des atteintes portées à la liberté d'entreprendre. D'autres constatent deux degrés de contrôle de la part du Conseil. Le premier, consiste en un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, évoqué ci-dessus lorsque la conciliation a lieu avec une autre norme constitutionnelle. Le second consiste en un contrôle normal lorsque la conciliation a lieu

⁷³ SÉE (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n°718, 2014, étude 5

⁷⁴ FRAISSE (R.), La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre : RJEP 2011, étude 3

⁷⁵ Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC

⁷⁶ SÉE (A.), op.cit,

⁷⁷ *Idem*

avec des considérations relatives à l'intérêt général.⁷⁸ Quoiqu'il en soit, ce contrôle est jugé insuffisant et ce notamment du fait des méthodes de contrôle choisies.

C. UN CONTRÔLE PEU ADAPTÉ : « L'INSUFFISANCE DES MÉTHODES DE CONTRÔLE »⁷⁹

En matière économique, il est bien souvent reproché au Conseil de ne pas effectuer un contrôle adapté. En effet, A. SEE relève deux lacunes principales.

La première consiste en une absence totale de recours à une analyse économique. Le Conseil se réfère le plus souvent à la notion d'activité économique pour délimiter le champ d'application de la liberté d'entreprendre mais ne va pas plus loin dans l'analyse et n'opère pas une véritable délimitation du marché en question.

La seconde lacune tient du fait qu'en n'opérant pas un contrôle « économique », le Conseil s'inscrit dans une ligne différente de celle de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), aboutissant parfois à des décisions exactement opposées. Quelques illustrations sont fournies par A.SEE. Par exemple, en matière de contrôle de l'instauration de monopole, le Conseil se limite à un contrôle de la justification du monopole, contrairement à la CJUE qui vérifie si l'instauration de ce monopole est nécessaire au regard de l'accomplissement de mission d'intérêt économique général. Un autre exemple dans le domaine des aides publiques fait état d'une absence de cohérence entre les jurisprudences constitutionnelle et européenne. En ce sens, le Conseil constitutionnel a pu considérer qu'une garantie de l'Etat accordée la Caisse centrale de réassurance (qui conduirait à un monopole de fait) était motivé par un souci de solidarité nationale et donc ne violait ni le principe d'égalité, ni la liberté d'entreprendre. De

⁷⁸ *Idem*

⁷⁹ SÉE (A.), *op.cit.*

manière diamétralement opposée, la CJUE a considéré qu'il s'agissait d'une aide d'Etat incompatible avec le traité.

Il appert ainsi qu'avec l'entrée en vigueur de la QPC, le dialogue entre le juge constitutionnel et le juge de l'Union ne s'est pas développé, ni *a fortiori* renforcé. L'inexistence de ce dialogue laisse présumer que le Conseil souhaite conserver une conception nationale du domaine économique. Cette même inexistence de dialogue, en matière économique, amène certains auteurs à se demander si finalement « *la liberté d'entreprendre n'est pas un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, tant sa portée est évaluée à l'aune d'une vision strictement nationale* ». ⁸⁰ Cette position est d'autant plus regrettable qu'elle conduit au contraire à entériner une concurrence - perdue d'avance ? - avec le contrôle conventionnalité.

2. UN CONTRÔLE DE CONVENTIONALITÉ JUGÉ PLUS EFFICACE

L'introduction de la QPC était motivée, selon les travaux du comité Balladur, par la volonté que les justiciables se réapproprient leur Constitution, « *en affirmant la priorité de celle-ci sur les conventions internationales en matière de protection des droits et des libertés* ». ⁸¹

Pour autant, la QPC n'a pas réellement pris le dessus en matière économique et le contrôle de conventionnalité a conservé toute son importance, jusqu'à entrer en concurrence avec le contrôle de constitutionnalité. Plusieurs éléments expliquent cette concurrence.

Il existe une concurrence du fait de l'origine des normes. En effet, le juge constitutionnel étant compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois, se retrouve incompétent face à tout autre type de normes. Or, dans certains domaines tel que le domaine économique, un grand nombre de dispositions proviennent du droit de l'Union européenne. Ainsi, celles-ci échappent au contrôle des sages de la rue Montpensier, dans la mesure où il est de

⁸⁰ SÉE (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n°718, 2014, étude 5

⁸¹ ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Quel avenir pour la jurisprudence Kimberley Clark ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°46, 2015, p.29

jurisprudence constante qu'ils se refusent de contrôler les lois de transpositions⁸². Dans ces circonstances seul le renvoi préjudiciel est susceptible d'apporter une réponse adéquate à une contestation relative à la validité de la norme.

La concurrence tient également dans le fait que le contrôle de conventionalité apparaît plus adapté. De toute évidence, l'exercice par la Cour de Justice, d'un contrôle économique offre une meilleure garantie et adéquation de la décision aux réalités factuelles et économiques.

Enfin, la concurrence est alimentée par un critère subjectif qu'est la préférence des justiciables pour un des deux types de contrôles qui, précisons-le, sont de natures bien différentes. Il n'empêche que certains praticiens et avocats préfèrent se tourner vers le contrôle de conventionalité au détriment du contrôle de constitutionnalité envers lequel ils ont développé une certaine méfiance.

B. L'APPARITION D'UNE DÉFIANCE ENVERS LA QPC

La préférence de certains praticiens pour le contrôle de conventionalité et la méfiance de ceux-ci envers la QPC affecte nécessairement la protection de la liberté d'entreprendre. En effet, faute de QPC soulevée, le Conseil ne peut opérer son contrôle sur les dispositions en vigueur.

Cette méfiance trouve son origine dans l'organe même du Conseil (1), mais tient aussi du fait que la QPC est un mécanisme complexe non dépourvu de tout risques (2).

⁸² Cons. Const. déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, cons. 9.

1. MÉFIANCE ENVERS LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : UN ORGANE ENCORE PERÇU COMME POLITIQUE

De nos jours, certains praticiens éprouvent encore une certaine méfiance envers le Conseil constitutionnel. Cette méfiance est justifiée par la composition du Conseil (a.), l'opacité persistante des décisions (b.) et le risque d'un contrôle d'opportunité qu'elle entraîne (c.).

a. LA COMPOSITION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Pour comprendre la méfiance envers le Conseil, il faut se référer à son histoire et son origine d'organe de contrôle. A ce jour, celui-ci n'est pas encore parvenu à effacer son passé, qui en faisait un organe de contrôle politique et n'a pas encore tout à fait affirmé sa qualité de juridiction. Ainsi, la méfiance persiste chez certains avocats. Ceux-ci reprochent aux sages de la rue Montpensier de ne pas être de véritables juges mais des personnalités politiques, désignées par des personnes politiques. De plus, le secrétaire général du Conseil constitutionnel, qui joue un rôle majeur dans l'analyse juridique n'est pas non plus issu des juridictions, mais bien souvent de la Haute fonction publique. A titre d'exemple l'actuel secrétaire général, Jean Maïa, était précédemment directeur des affaires juridiques de Bercy.

L'absence de formation juridique de certains membres freine ainsi les praticiens à les considérer comme de véritables juges.

Il faut toutefois nuancer ces propos face aux évolutions de ces dernières années qui ont abouti à nommer des membres ayant des compétences juridiques. De plus, ce sentiment de défiance émane le plus souvent, d'une génération d'avocat ayant connu un Conseil constitutionnel dans les années 1970, 1980 encore très politisé. Ainsi, il apparaît que cette méfiance est bien moins présente chez la jeune génération d'avocats « née » à la même période que la QPC. De même, ce sentiment n'est pas forcément partagé par les justiciables qui n'ont pas tous connaissance de l'histoire du Conseil et qui ne perçoivent, de manière purement

pragmatique, que l'intérêt du mécanisme indépendamment de ses considérations constitutionnelles.

b. UNE OPACITÉ PERSISTANTE

Le choix du Conseil dans la forme choisie des décisions participe également à cette défiance. Le Conseil a de toute évidence choisi, à l'instar des juridictions suprêmes, d'édicter des décisions rédigées de manière très synthétique.

Cette pratique entretient, selon Maître Muriel Bodin, une certaine opacité dans la justice constitutionnelle, en ce qu'elle ne permet pas aux justiciables de comprendre le raisonnement du juge et le niveau de contrôle opéré.

De plus, le Conseil n'a pas souhaité mettre en place, par tradition française sans doute, le système des opinions dissidentes couramment pratiqué dans les systèmes juridiques de Common Law, tels que le système britannique et américain et qui a été repris par la Cour européenne des droits de l'homme. La publication de ces opinions permettrait, une meilleure compréhension du verdict en terme de raisonnement, une meilleure compréhension des divergences et favoriserait la transparence quant au contrôle effectué. En effet, la crainte d'un contrôle d'opportunité est encore présente dans les esprits.

c. LA CRAINTE D'UN CONTRÔLE D'OPPORTUNITÉ ET D'UN CONTRÔLE PUREMENT INTERNE

Les critiques formulées à l'encontre du Conseil, relatives principalement à sa nature et à sa composition, affectent également la nature de son contrôle. En effet, en raison des éléments énoncés précédemment, il n'est pas surprenant que les justiciables craignent que des considérations d'opportunité rentrent en compte dans la solution. Le Conseil est ainsi parfois

soupçonné de rendre des décisions inspirées de considérations politiques ou d'une volonté de protéger les intérêts étatiques.

En ce sens, le Conseil pourrait privilégier la protection d'intérêts internes et étatiques. Plusieurs exemples déjà évoqués sont à même de nourrir cette hypothèse.

D'une part, la divergence de contrôle opérée entre le Conseil et la CJUE témoigne de l'intention du Conseil de conserver ses propres méthodes qui lui permettent notamment de justifier une jurisprudence différente à celle de la CJUE. Comment pourrait-on expliquer des divergences d'interprétation sur des contrôles identiques ? D'après A.SEE en matière économique, « [il] est certain que c'est le contrôle du juge constitutionnel qui est « inhérent à l'identité nationale » : il apparaît bien singulier et demeure presque totalement inoffensif, malgré la QPC. »⁸³

D'autre part, la QPC a été introduite pour réaffirmer la priorité de la Constitution, n'est-ce pas là un aveu majeur de la volonté de créer un contrôle purement interne pour privilégier ces mêmes intérêts ?

Toutefois, c'est justement pour éviter que le contrôle du juge constitutionnel ne tombe dans l'opportunité que, ce contrôle est limité (tel que développé précédemment). Ces limites dans le contrôle du juge permettent d'éviter le contrôle politique. Ainsi, force est de constater que le Conseil a validé tant des monopolisations que des privatisations de même que des politiques d'ouverture à la concurrence d'activités ou de maintien sous monopole⁸⁴. Le fait de ne pas donner de portée politique à la liberté d'entreprendre permet de pas opérer un tel contrôle, d'autant plus que ce sont les mêmes considérations (d'intérêt général ou d'ordre public) qui tantôt justifient ou non une même mesure.

Ceci dit, la QPC reste un mécanisme risqué et complexe.

⁸³ SÉE (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n°718, 2014, étude 5

⁸⁴ SÉE (A.), *op.cit.*

2. UN MÉCANISME « RISQUÉ » ET COMPLEXE

La QPC est un mécanisme novateur et puissant qui permet de « détruire » une disposition législative. Il s'agit de toute évidence d'un mécanisme dangereux, à manipuler avec précaution. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la QPC trouve son origine dans un litige et fait donc entièrement partie d'une stratégie contentieuse. Or certains avocats ne la pratiquent pas à cause du risque qu'elle représente pour l'instance en cours.

Quelque soit sa nature, la réponse du Conseil à la question posée aura un impact sur les juges du fond et les juges suprêmes. L'interprétation donnée par le Conseil s'imposera à eux. Ils verront ainsi, leur pouvoir d'interprétation conditionné par celui du Conseil, ce qui n'est pas une mauvaise chose dans la mesure où, le respect de la Constitution est en jeu. Mais cela n'est pas dépourvu d'inconvénient. En effet, le Conseil va opérer une appréciation abstraite de la constitutionnalité de la norme à la différence des juridictions ordinaires qui opèrent des conciliations, parfois en vue de garantir un équilibre constitutionnel, *in concreto*. C'est cette appréciation qui présente un risque pour l'issue du litige au principal, précisément en ce que le juge ne sera plus aussi libre dans la conciliation qu'il est amené à faire. En résulte, par conséquent, une réduction de la marge de manœuvre et de l'imagination du juge et de l'avocat. Certains d'entre eux regrettent ainsi une perte en « négociation ». En effet, lorsqu'une notion est floue, le juge dispose d'une plus grande créativité dans son pouvoir d'appréciation, il est donc plus aisé, pour un avocat, de le convaincre d'apprécier d'une telle manière ou d'une autre.

La QPC est d'autant plus puissante, ou dangereuse selon les points de vues, qu'elle se projette en dehors du litige, pour affecter d'autres litiges ou situations de faits, en raison de son effet *erga omnes*. De ce fait, une QPC peut rendre inutile l'action de certains justiciables qui auraient pu faire l'objet d'une appréciation *in concreto* de la norme en question et obtenir une certaine satisfaction.

La QPC est également un mécanisme difficile, ce qui concourt d'autant plus à son caractère risqué. Il s'agit en effet, de faire face aux difficultés techniques de la question et de sa

formulation. La responsabilité de la formulation incombe aux parties puisque seules celles-ci peuvent soulever une telle question. Le juge ne leur est alors d'aucun secours.

Une autre difficulté réside dans le fait que tous les principes constitutionnels garantis par la Constitution, ne sont pas invocables à l'appui d'une QPC. Par exemple, dans une décision QPC de 2013⁸⁵, le Conseil considère que l'objectif de développement durable que les politiques publiques se doivent de respecter, prévu à l'article 6 de la Charte de l'environnement, ne constitue par un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Bien que cela ne se rapporte pas directement à la liberté d'entreprendre – dont les corollaires tels que la liberté de commerce et d'industrie ou la liberté contractuelle sont invocables – cette restriction participe à la difficulté et la réticence qu'éprouvent les justiciables envers la QPC.

Ce risque et cette difficulté supplémentaire ajoute à la déception des justiciables, qui perçoivent ainsi leur impuissance à faire contrôler et respecter une norme pourtant placée au sommet de la hiérarchie.

De plus, la QPC ressemble à un vrai « *parcours du combattant* » pour le requérant qui doit en franchir tous les filtres. Cette complexité n'est pas toujours exposée aux justiciables par les avocats, car ceux-ci craignent de la part de leur client, un découragement ainsi qu'une perte de confiance et d'intérêt dans cette procédure. En ce sens, il aurait été préférable, selon Maître Manuel Gros, de recourir à un contrôle *a posteriori* diffus, à l'instar du modèle américain. Cela aurait de toute évidence permis d'élaborer une procédure de contrôle bien plus simple.

La QPC a donc fait naître chez le justiciable et les praticiens du droit de réels espoirs ayant donné lieu à un véritable engouement dans les premières années laissant aujourd'hui place à une forme de déception. En revanche, force est de constater qu'en matière de liberté d'entreprendre, sept décisions du Conseil étaient rendues en 2011, chiffre qui s'élève à huit en 2018. L'espoir ne se semble donc pas totalement tari !

⁸⁵ C. constit, n°2013-346 QPC, 11 octobre 2013, société Shuepbach energy LLC [Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures – Abrogation des permis de recherche.]

BIBLIOGRAPHIE

A. SOURCES OFFICIELLES

Assemblée nationale - <http://www.assemblee-nationale.fr>

Sénat - <http://www.senat.fr>

Conseil constitutionnel - <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 *relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique*, 2008-1354, 18 décembre 2008.

Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*.

B. SOURCES NON OFFICIELLES

1. ARTICLES DE DOCTRINE

BONNET (J.) et ROBLOT-TROIZIER (A.), « Droits fondamentaux et libertés publiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 52, no. 3, 2016, pp. 71-91.

DE BECHILLON (D.), « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 49, no. 4, 2015, pp. 5-14.

DELVOLVE (P.) et PEYRELEVADE (J.), « Sur la Constitution et l'économie », *Commentaire*, vol. numéro 146, no. 2, 2014, pp. 343-348.

DRAGO (G.), « La liberté d'entreprendre », *Commentaire*, vol. numéro 150, no. 2, 2015, pp. 395-398.

FRAISSE (R.), La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre : RJEP 2011, étude 3

HUBERT (P.), CASTAN (H.), « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 49 (dossier : l'entreprise) - octobre 2015 - p. 15 à 27

PEYRELEVADE (J.), « La Constitution contre l'économie », *Commentaire*, vol. numéro 144, no. 4, 2013, pp. 841-848.

PEZ (T.), « L'ordre public économique », Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 49 (dossier : l'entreprise) - octobre 2015 - p.44 à 57

SÉE (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n°718, 2014, étude 5

ZEVOUNOU (L.) «Le concept de « constitution économique » : Une analyse critique », *Jus Politicum*, n° 21. [En ligne]

[Disponible sur] [<http://juspolicum.com/article/Le-concept-de-constitution-economique-Une-analyse-critique-1231.html>] (consulté le 3 avril 2019)

ZEVOUNOU (L.), « Brèves réflexions sur la notion de constitution économique », *Droit administratif*, LexisNexis, 2014. [En ligne]

[Disponible sur] <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01630766/document>
[consulté le 3 avril 2019)

2. OUVRAGES

ROUSSEAU (D.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1995, 165 p.

3. MÉMOIRES

GUERIN (M.), « La liberté d'entreprise garantie par la Charte des droits fondamentaux, une liberté sous-estimée », Mémoire de master 1 sous la direction de BENOIT-ROHMER (F.), 2017, 85 p.

4. SITES INTERNET

BRUNET (P.), « La démocratie entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La vie des idées*, 2008 [En ligne]

[Disponible sur] <http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html> [Consulté le 9 avril 2019)

Societe.com

[Disponible sur] <https://www.societe.com> (consulté le 10 avril 2019)

Annexes

ANNEXE 1 - Tableau regroupant toutes les QPC en matière de liberté d'entreprendre de 2010 à 2019 (tableau Excel®)

ANNEXE 2 - Trame pour la réalisation des entretiens