Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture

Guillaume Drago

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/5395>

DOI : 10.4000/crdf.5395

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 décembre 2011

Pagination : 31-39

ISBN : 978-2-84133-396-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Guillaume Drago, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 9 | 2011, mis en ligne le 01 décembre 2012, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/5395> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5395>

Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture

Guillaume DRAGO

Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II
Directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques

-
- I. Du droit de propriété à la liberté d'entreprendre : d'une conception classique d'un droit à l'exercice d'une liberté
 - II. Une concrétisation du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre avec la QPC

La jurisprudence du Conseil constitutionnel traite depuis longtemps du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre dans le contentieux *a priori* des lois, particulièrement depuis la décision fondatrice du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation¹.

La question de savoir si ces droits constitutionnels économiques sont des « droits fondamentaux » nous entraînerait dans un débat, certes tout à fait essentiel, qui est celui de la fundamentalité, débat ouvert par Étienne Picard dans un article resté célèbre², puis par de nombreux auteurs³, mais qui ne forme pas le cœur du sujet que nous voulons traiter.

On considère ici les droits fondamentaux économiques comme les droits, principes et libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité et interprétés par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence, concernant le domaine de l'activité économique tant publique que privée. Cette conception formelle, fondée sur la valeur de ces sources, est évidemment très imparfaite pour définir ce qu'est un droit fondamental. Mais elle a le mérite de circonscrire ces sources à un corpus formel bien connu et à une jurisprudence substantielle mais bien délimitée elle aussi.

1. Déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation I*, Rec. 18 ; L. Favoreu, L. Philip et al., *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e édition, Paris, Dalloz, 2009, n° 23 et références citées.
2. É. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* n° spécial, 1998, p. 6 ; *id.*, V° « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Paris, Lamy – PUF (Quadrige), 2003, p. 544.
3. O. Dord, V° « Droits fondamentaux (Notion de – et théorie des –) », in *Dictionnaire des Droits de l'homme*, J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials et F. Sudre (dir.), Paris, PUF (Quadrige), 2008, p. 332. P. Blachère, V° « Droits fondamentaux (Classification) » ; A. Viala, V° « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) » ; *id.*, V° « Droits fondamentaux (Notion) », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), Paris, Dalloz, 2006, p. 275 *sq.* Voir, de façon plus générale, G. Pecès-Barba Martínez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ (Droit et société, n° 38), 2004.

On peut cependant s'interroger sur le recours à la notion de droits fondamentaux en matière économique, particulièrement en ce qui concerne les normes constitutionnelles. Fondamentaux, pour qui et pour quoi ? Faut-il considérer que sont des droits fondamentaux le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle pour les opérateurs économiques privés et publics ? En quoi fondent-ils nécessairement leur action et la limitent-ils ? Ces questions n'appellent pas, selon nous, de réponse immédiate et définitive. D'abord parce que les droits constitutionnels ne sont pas, historiquement, à la source des droits économiques : ces droits ne sont pas nés avec la Constitution mais sont le fruit d'une législation parfois disparate destinée à encadrer l'activité économique, puis à la déréguler, dans une perspective libérale. Ensuite parce que la source principale de ces droits économiques ne doit pas être recherchée dans le droit interne mais dans le droit externe de l'Union européenne particulièrement.

On n'ignore pas en effet que ces droits fondamentaux économiques sont présents, et de façon fort développée, dans des systèmes juridiques externes au droit français, en particulier dans le système juridique de l'Union européenne ainsi que dans celui du Conseil de l'Europe avec la Convention européenne des Droits de l'homme. La législation française comporte évidemment aussi de nombreuses dispositions organisant l'exercice des activités économiques mais, à vrai dire, assez peu portant sur des libertés économiques, à l'exception notable de la loi Royer du 27 décembre 1973⁴. Mais ce n'est pas notre sujet.

Cette notion de droits fondamentaux économiques a une signification concrète depuis la création du contrôle incident de constitutionnalité des lois institué avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), à la suite de la révision du 23 juillet 2008 créant l'article 61-1 de la Constitution⁵.

Les droits fondamentaux constitutionnels n'étaient pas complètement justiciables jusque-là. La saisine du Conseil constitutionnel, réservée aux seules autorités constitutionnelles, donnait lieu à une jurisprudence de principes, même si les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil conduisaient à prendre en considération les effets potentiels de la loi sur le plan de sa constitutionnalité.

Avec la QPC, la Constitution devient *justiciable*, invocable devant les juridictions ordinaires, de la même façon que les normes conventionnelles communautaires et la Convention européenne des Droits de l'homme. Ce changement de perspectives modifie profondément l'effectivité

des droits fondamentaux, particulièrement pour les droits économiques. Désormais, l'argument constitutionnel prend place dans le contentieux économique.

Deux tempéraments doivent cependant être énoncés immédiatement.

D'abord, le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité ne supprime pas le contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois. Celui-ci subsiste pleinement et continuera à nourrir les principes constitutionnels en matière économique. De même, ces principes forment bien la substance de ces droits fondamentaux économiques. Ils en constituent toujours l'armature et il faut s'y reporter largement pour en comprendre les éléments caractéristiques.

Ensuite, la procédure de QPC est assez particulière et produit des conséquences spécifiques. Elle n'est pas une procédure de contestation directe, de façon horizontale entre deux parties, de dispositions législatives qu'on oppose à un autre justiciable dans un procès ordinaire. Elle vise à faire déclarer contraire à la Constitution une disposition législative applicable au litige auquel on est partie, par le Conseil constitutionnel qui dispose d'un véritable pouvoir d'abrogation des articles de loi ainsi déclarés inconstitutionnels. Ainsi, l'argument d'inconstitutionnalité est finalisé : il cherche à obtenir l'abrogation d'une disposition législative et non à gagner un procès contre une partie adverse. Certes, le procès constitutionnel est la partie d'un tout qui oppose deux parties devant un juge administratif ou judiciaire. Mais l'effet abrogatif d'une déclaration d'inconstitutionnalité peut parfois être surprenant, par exemple lorsque le Conseil constitutionnel laisse subsister pendant un certain temps le texte pourtant déclaré contraire à la Constitution afin de permettre au législateur de s'en saisir pour corriger l'inconstitutionnalité, comme l'article 62 de la Constitution l'y autorise⁶.

Quel contenu peut-on donner aujourd'hui aux droits fondamentaux économiques, à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel tant dans le contrôle *a priori* qu'*a posteriori* ? C'est à cette question que l'on souhaite répondre à partir de l'illustration du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre. À défaut de tout traiter de façon exhaustive, on veut mettre d'abord l'accent sur ces deux droits fondamentaux économiques, liés l'un à l'autre et qu'il faut considérer comme majeurs parce qu'ils déterminent le libre exercice de l'activité économique : le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, droit et liberté qui se situent dans le prolongement l'un de

4. L'article 1^{er} de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 dite « loi Royer » dispose que « la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales ». N. Molfessis et D. Bureau font cependant justement remarquer, en un commentaire critique du nouveau Code de commerce, que « alors que le décret d'Allarde (L. 2-17 mars 1791) n'a pas été codifié, la loi du 27 décembre 1973 a bien été intégrée (art. L. 720-1 *sq.*), expurgée cependant de certaines de ses dispositions, dont celle contenue à son art. 1, consacrant la liberté d'entreprendre ». « Le nouveau Code de commerce ? Une mystification », *D., Cahier droit des affaires*, 2001, p. 361 *sq.* (363, note 36). Non intégré dans le Code de commerce, l'article 1^{er} de la loi Royer ne doit pas être considéré comme abrogé, mais toujours en vigueur.
5. Article 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. – Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »
6. Article 62, al. 2 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. »

l'autre et qui illustrent ces droits économiques tant dans le contentieux *a priori* de constitutionnalité que dans celui de la question prioritaire de constitutionnalité.

I. Du droit de propriété à la liberté d'entreprendre : d'une conception classique d'un droit à l'exercice d'une liberté

Comme le rappelle à juste titre Martine Lombard, « les libertés économiques, conçues en France depuis la fin du XVIII^e siècle autour de la liberté d'accès aux métiers de l'industrie et du commerce, sont restées longtemps dans l'ombre du droit de propriété »⁷.

Le droit de propriété est ainsi la matrice des droits économiques. Historiquement, le droit de propriété précède les autres droits économiques, tout simplement parce qu'ils en découlent, parce qu'ils sont la déclinaison de ce droit « matrice » qu'est le droit de propriété, tel qu'il a été défini par la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789.

L'article 2 de la Déclaration définit « la propriété » comme l'un des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Le Conseil constitutionnel s'y réfère, bien qu'assez rarement⁸. C'est principalement l'article 17 de la même Déclaration qui sert de fondement à la défense constitutionnelle de la propriété et du droit de propriété⁹.

Les droits économiques, particulièrement ceux des entrepreneurs et des entreprises, ont à l'origine un fondement patrimonial, marqué par l'exercice du droit de propriété sur les moyens de production, comme le montrait il y a soixante ans Georges Ripert lorsqu'il déclarait : « l'entreprise est restée cachée sous la propriété. Jusqu'ici le droit n'a pas jugé utile de la faire apparaître parce que la propriété lui suffisait... Si on identifie l'entreprise et la propriété, la notion d'entreprise consiste uniquement dans un faisceau de droits de propriété formé par l'entrepreneur pour la meilleure utilisation des biens qui lui appartiennent »¹⁰.

Dans quelle mesure le droit de propriété est-il un droit fondamental constitutionnel ? La réponse est apportée par le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 16 janvier 1982, à propos de la loi de nationalisation¹¹.

Le Conseil développe un raisonnement très construit, sur lequel on va revenir. Au cœur de ce raisonnement, après avoir fait référence aux textes qui fondent la propriété et le droit de propriété, c'est-à-dire les articles 2 et

17 de la Déclaration, le Conseil procède par affirmation en énonçant que « les principes mêmes énoncés par la Déclaration des Droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique » (§ 16).

Cette affirmation est essentielle, en ce sens qu'elle fait du droit de propriété un véritable droit fondamental constitutionnel, à l'origine de la société politique et que celle-ci doit préserver, « au même rang » que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression. Sans replonger dans une analyse de philosophie politique qui nous entraînerait trop loin¹², cette conception relie la propriété à la fondation de la société, beaucoup plus qu'à la personne qui est titulaire du droit de propriété. La propriété est donc l'élément structurant de la société, l'un des ciments de l'ordre social, placée au même niveau que ces droits essentiels de la personne que sont la liberté et la sûreté.

C'est la signification du raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel dans la décision *Nationalisation* qui se prononce « sur le principe des nationalisations » en une série de considérants qu'il faut rappeler parce qu'ils montrent le fondement du droit de propriété, son origine juridique et historique, sa signification et les justifications de l'évolution de ce droit :

13. Considérant que l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; que l'article 17 de la même Déclaration proclame également : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ;

14. Considérant que le peuple français, par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des Droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différenciant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités ;

15. Considérant qu'au contraire, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement

7. M. Lombard, V^o « Liberté d'entreprise et libertés économiques », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, p. 625.

8. Déc. n^o 94-347 DC du 3 août 1994, *Rec.* 100, et n^o 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Rec.* 99.

9. Art. 17, Déclaration de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

10. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, p. 268.

11. Déc. n^o 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation I*, *Rec.* 18 ; L. Favoreu, L. Philip et al., *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, n^o 23.

12. Voir l'exposé synthétique mais remarquable de R. Libchaber dans *Libertés et Droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet (dir.), 8^e édition, Paris, Dalloz, 2002, n^o 833 *sq.* Voir, plus généralement, M. Xifaras, *La Propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF (Fondements de la politique), 2004.

nécessaires à notre temps ; que, aux termes du préambule de la Constitution de 1958, le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ;

16. Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des Droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil constitutionnel ne dissocie pas les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, alors qu'il aurait pu le faire, en dissociant la propriété de l'exercice du droit de propriété. La relation entre les deux articles tient à la rédaction du début de l'article 17 : « la propriété étant un droit inviolable et sacré [...] », alors que le reste de cet article traite uniquement de sa dépossession par expropriation, et aujourd'hui (ou plutôt hier) par nationalisation.

Le Conseil développe ensuite un raisonnement historique-déductif qui est une explication de texte constitutionnel, véritable mise en perspective du texte de 1789 jusqu'au jour de la décision de 1982. Ce raisonnement révèle la personnalité des membres du Conseil constitutionnel de l'époque, parmi lesquels on ne peut ne pas remarquer le style de l'un d'entre eux, le doyen Georges Vedel, dont on reconnaît la marque, y compris dans la rédaction de la décision. Ce type de raisonnement est celui d'une génération qui a connu, débattu et commenté le texte de la Constitution de 1946, ses prémices du projet de Constitution rejeté par le référendum du 5 mai 1946, expressément rappelé dans le considérant n° 14. Rappeler le rejet du projet de Déclaration des Droits de l'homme d'avril 1946, différent de celui de 1789, qui présentait une conception plus « sociale » de la propriété, celle-ci devant se concilier avec son « utilité sociale » devant laquelle devaient pouvoir céder des éléments essentiels du droit de propriété, signifie évidemment que cette conception avait été rejetée par les Français. Par voie de conséquence, la conception traditionnelle de 1789 restait la référence, y compris dans les années 1980.

Mais le Conseil n'en reste pas à cette comparaison. Il renforce cette prise de position par le rappel des deux référendums de 1946 et 1958, approuvant les Constitutions de

la IV^e et de la V^e République, soulignant ainsi la parfaite légitimité de ces textes constitutionnels mais surtout l'intégration dans la Constitution de la Déclaration de 1789 et du préambule de 1946, renforçant ainsi la conception du bloc de constitutionnalité, ensemble normatif qui va au-delà du strict texte de la Constitution. Cette stabilisation du bloc par légitimation référendaire est une confirmation *pro domo* de la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel.

N'oublions pas que ce « bloc de constitutionnalité » est encore, en 1982, de formation récente, les décisions *Liberté d'association* et *Taxation d'office* remontant à dix ans¹³. Le Conseil est très clair sur les effets de cette approbation référendaire en énonçant que « par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 », marquant auparavant par un « au contraire » la différence avec les principes énoncés dans le projet d'avril 1946, justement rejeté par référendum.

Et, comme si cette première affirmation n'était pas assez nette, il reprend les termes mêmes des préambules de 1946 et 1958, en utilisant exactement les termes employés dans ces textes : le préambule de 1946 « réaffirme solennellement » les droits et libertés de la Déclaration de 1789 « et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps », l'adverbe « seulement » étant le mot important qui souligne le caractère complémentaire des dispositions du préambule de 1946 sur ce point ; le préambule de 1958 rappelle l'attachement du peuple français aux principes de la Déclaration de 1789, « confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 », ce qui n'est pas rabaisser ce dernier texte, mais montrer qu'il ne vient pas contredire 1789 mais le renforcer par un ajout supplémentaire.

Ainsi, la Déclaration de 1789 a non seulement « pleine valeur constitutionnelle » mais demeure le fondement de nos droits et libertés constitutionnels, dont le droit de propriété est une composante majeure. 1946 ne s'oppose pas à 1789, ne le remplace pas, ne s'y substitue pas, mais s'y ajoute, de par la volonté du constituant. Là où certains voyaient une rupture, le Conseil constitutionnel introduit, ou plutôt confirme, une continuité historique, politique, juridique, continuité constitutionnelle sur laquelle le doyen Vedel écrira à plusieurs reprises, pour contrer la tendance doctrinale qui voit dans notre histoire juridique une continuité du droit administratif et une discontinuité du droit constitutionnel¹⁴.

Ce raisonnement de la décision du 16 janvier 1982 est fondateur à plusieurs titres. Évidemment d'abord, il fonde la conception contemporaine du droit de propriété, que

13. Déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, et n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*.

14. G. Vedel, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », *Mélange M. Waline*, t. 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 777 ; *id.*, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 57 et n° 2, 1997, p. 77 ; *id.*, « Rapport de synthèse », in *La Continuité constitutionnelle de 1789 à 1989*, Association française des constitutionnalistes (éd.), Aix-en-Provence – Paris, PUAM – Economica (Droit public positif), 1990, p. 271, reproduit dans *RFDC*, n° 1, 1990, p. 5.

confirment les développements ultérieurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ensuite, il renforce les sources constitutionnelles du contrôle de la loi, en puisant et en organisant ces sources, leur donnant une continuité là où on voyait jusqu'ici des éléments de rupture dans la succession des Constitutions, en rappelant qu'elles sont toutes autant légitimes, puisque adoptées par le constituant, s'exprimant en majesté par la voie du référendum. Enfin, il structure le contrôle futur relativement au droit constitutionnel de propriété. Le considérant 16 énonce un raisonnement également fondé sur une perspective historique. Rappelant le développement protéiforme du droit de propriété vers des biens immatériels, il opère un équilibre entre la protection de ce droit et les exigences de l'intérêt général et de la puissance publique. Mais le Conseil constitutionnel insiste sur la « pleine valeur constitutionnelle » des principes mêmes énoncés dans la Déclaration de 1789, concernant le droit de propriété, les garanties données aux titulaires de ce droit « et les prérogatives de la puissance publique », dans un balancement conforme à la première partie de ce considérant 16.

Le Conseil conclut pourtant par l'énoncé d'une nouvelle liberté, la liberté d'entreprendre, fondée non exclusivement sur les articles 2 et 17 de la Déclaration mais sur l'article 4 relatif à la liberté, au sens le plus général, mais rapportée ici au libre exercice du droit de propriété, le Conseil fondant sur l'article 4 cette liberté d'entreprendre parce que, selon ses termes, « la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».

Comme l'indiquent les auteurs des *Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, « en fait, il est difficile de ne pas considérer qu'en l'état actuel de notre système juridique et politique, le législateur ne peut supprimer la liberté de choix par l'individu de l'activité qu'il entend exercer ni la possibilité de tirer parti de sa propriété pour exercer ce libre choix »¹⁵.

La suite de la décision est, si l'on ose dire, plus classique. Le Conseil constitutionnel compare d'abord l'alinéa 9 du préambule de 1946 sur la nationalisation aux principes de 1789 en soulignant que « cette disposition

n'a ni pour objet ni pour effet de rendre inapplicables aux opérations de nationalisation les principes susrappelés de la Déclaration de 1789 » (§ 17). Puis il rappelle que « si l'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi les nationalisations d'entreprises et les transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé, cette disposition, tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété, ne saurait dispenser le législateur, 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 » (§ 18).

Après avoir rappelé les raisons avancées lors des travaux préparatoires de la loi pour procéder aux nationalisations, raisons qui « procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » (§ 19), le Conseil conclut son raisonnement par un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la nécessité des nationalisations (§ 20)¹⁶ dont on sait qu'il ne remet pas en cause le principe des nationalisations et donc la loi. Mais on sait aussi que la déclaration d'inconstitutionnalité de certaines de ses dispositions, relatives aux pouvoirs des administrateurs généraux et des conseils d'administration des entreprises nationalisées, ainsi que celles relatives à la détermination de la valeur d'échanges des actions, va conduire le Conseil à les considérer inséparables de l'ensemble de la loi et à la déclarer par voie de conséquence contraire à la Constitution dans son ensemble.

On sait que la jurisprudence ultérieure du Conseil constitutionnel est venue équilibrer cette défense du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre en reconnaissant la constitutionnalité de certaines atteintes qui peuvent être portées à ce droit.

Concernant le droit de propriété, la protection constitutionnelle de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ne s'exerce que s'il y a une véritable « privation de propriété »¹⁷, ou une « privation du droit de propriété »¹⁸, ou encore une « dépossession »¹⁹ ou des limitations ayant un caractère de gravité tel que l'atteinte portée au droit de propriété en dénature le sens et la portée²⁰.

Ainsi, les mesures faisant obstacle au recouvrement des créances portent atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété²¹.

15. L. Favoreu, L. Philip et al., *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, n° 23, commentaire de la décision du 16 janvier 1982, § 31.

16. § 20 : « Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789. »

17. Déc. n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Rec.* 49. Pour un exemple récent concernant la suppression de la profession d'avoué : déc. n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, § 15 et 16 : « L'article 1^{er} de la loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel procède à l'intégration des avoués près les cours d'appel dans la profession d'avocat. Les articles 32 et 33 de la loi déferée suppriment le statut d'avoué et, par voie de conséquence, retirent à ces derniers la qualité d'officier ministériel et le droit de présenter leur successeur en application de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 susvisée. La suppression du privilège professionnel dont jouissent les avoués ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 précité de la Déclaration de 1789. Par suite, doivent être rejetés comme inopérants les griefs tirés de la violation de cet article, notamment le grief critiquant le caractère non préalable de l'indemnisation ». Voir les tables analytiques des décisions du Conseil constitutionnel.

18. Déc. n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Rec.* 73, et n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, *Rec.* 49.

19. Déc. n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, *Rec.* 78.

20. Déc. n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, *Rec.* 58 ; n° 85-189 DC, § 11 ; n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Rec.* 24, § 21 et 22.

21. Déc. n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)*, § 9, *Rec.* 101.

La décision *Nationalisation* du 16 janvier 1982 contenait cependant tous les éléments autorisant les restrictions au droit de propriété et à l'exercice de la liberté d'entreprendre. Lorsque le Conseil déclare que la liberté, au sens de l'article 4 de la Déclaration de 1789, « ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre », cela signifie que la liberté d'entreprendre ne peut être absolue et qu'elle connaît nécessairement des limitations.

Quelques mois plus tard d'ailleurs, le Conseil va préciser, à propos des libertés de communication et d'entreprendre, que « ces libertés qui ne sont ni générales ni absolues ne peuvent exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi »²², puis en 1989 encore plus nettement que « la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée »²³.

L'année 2000 marque, cependant, un tournant dans l'appréciation de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel. Si le début de l'année ne voit pas une modification sensible du raisonnement suivi par le Conseil²⁴, les décisions suivantes manifestent un infléchissement dans le sens de la défense de la liberté d'entreprendre²⁵ pour conduire, avec la décision du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, à une censure fondée sur une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi²⁶.

L'autre décision du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*²⁷, sanctionne les atteintes à la liberté d'entreprendre pour absence de précision et de clarté de la loi, ce qui fait référence à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi²⁸.

Et même si la décision du 16 janvier 2001 concernant la loi relative à l'archéologie préventive²⁹ refuse de sanctionner la loi pour atteinte à la liberté d'entreprendre, la tendance est créée et sera confirmée par l'importante décision du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*³⁰, dans laquelle le Conseil sanctionne la nouvelle définition donnée par la loi du licenciement économique en considérant que « le cumul des contraintes que cette définition fait ainsi peser sur la gestion de l'entreprise a pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause; qu'en édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi; que, dès lors, les dispositions de l'article 107 doivent être déclarées non conformes à la Constitution »³¹.

Le Conseil constitutionnel ne considère donc pas la liberté d'entreprendre comme une liberté absolue. Son raisonnement, aujourd'hui bien stabilisé, considère « qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration 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

22. Déc. n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. 48.

23. Déc. n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Modalités d'application des privatisations*, Rec. 41. Dans le même sens : déc. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Santé publique et assurances sociales*, Rec. 24, § 21; n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, Rec. 14, § 30 et 40. P. Delvolvé voit dans cette jurisprudence « l'aménagement d'un contrôle minimum des dispositions législatives », *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, n° 89.

24. Déc. n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail (35 heures II)*, Rec. 33, § 27 : « Considérant, d'une part, 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, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée; qu'il revient par ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail et, notamment, de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés, ainsi que le respect des dispositions du onzième alinéa du préambule selon lesquelles la Nation « garantit à tous [...] le repos et les loisirs [...] »; qu'en portant à trente-cinq heures la durée légale du travail effectif, le législateur a entendu s'inscrire dans le cadre des cinquième et onzième alinéas du préambule de la Constitution de 1946 », reprenant ainsi les termes employés par le Conseil dans la déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, à propos de la première loi relative aux 35 heures.

25. Dans la déc. n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (Rec. 121, § 40), le Conseil reprend les termes habituels sur les limitations qui peuvent être apportées à la liberté d'entreprendre mais énonce ensuite qu'il appartient au législateur « de veiller [...] à la conciliation entre les divers principes et règles de valeur constitutionnelle applicables à la communication audiovisuelle; que cette conciliation doit être opérée compte tenu des contraintes techniques et des nécessités économiques d'intérêt général propres à ce secteur; que, par suite, il incombe au législateur, en fixant les règles tendant à la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, de veiller à ce que leur application ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel du pluralisme », technique de conciliation de principes constitutionnels bien connue, voir G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.*, 1991, chron., p. 265.

26. Déc. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi SRU*, Rec. 176, § 20 : « Considérant que le souci d'assurer « la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers » répond à un objectif d'intérêt général; que, toutefois, en soumettant à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité, le législateur a apporté, en l'espèce, tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi » (l'article considéré de la loi est déclaré contraire à la Constitution). Même rédaction, plus récemment : déc. n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital*, § 18.

27. Déc. n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec. 164.

28. Déc. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi d'habilitation en matière de codification*, Rec. 136.

29. Déc. n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, Rec. 42, § 13 à 18.

30. Déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. 49. Voir le n° 15 des *Petites Affiches*, du 21 janvier 2002, qui consacre un dossier à « La loi de modernisation sociale après la décision du Conseil constitutionnel », avec un commentaire de la décision par J.-E. Schoettl, p. 3.

31. § 50.

de l'objectif poursuivi »³², exerçant là un contrôle de proportionnalité somme toute assez classique entre des exigences contradictoires.

Que peut-on tirer comme enseignements de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel ?

Droit de propriété et liberté d'entreprendre s'inscrivent dans le bloc de constitutionnalité comme des éléments majeurs de protection d'une économie libérale, dans laquelle propriété et libre entreprise sont deux fondements essentiels. La jurisprudence du Conseil constitutionnel contribue à la préservation de ces éléments essentiels, même si elle montre bien que ce droit et cette liberté ne peuvent pas être absolus au regard d'exigences d'intérêt général.

Cette conception peut paraître classique. Elle découle largement de cette décision *Nationalisation* du 16 janvier 1982, sans laquelle la conception dite « sociale » de la propriété aurait pu être consacrée selon une doctrine historique et juridique fondée sur le caractère plus récent du préambule de 1946, face à une Déclaration de 1789, jugée datée ou même dépassée.

La décision du 16 janvier 1982 dépasse, selon nous, le champ normatif du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre qui en constitue pourtant une notable extension. Elle forme l'armature du bloc de constitutionnalité. Jusque-là, la formation de ce bloc s'était faite par juxtaposition, au gré des espèces soumises au Conseil constitutionnel. La décision de 1982 vient mettre en ordre ce qui était juxtaposé, par une perspective historique qui ne renie rien de la tumultueuse histoire constitutionnelle de la France.

Il ne s'agit pas seulement pour le Conseil constitutionnel de mettre en ordre de priorité des principes applicables au droit de propriété et d'en tirer une expression moderne applicable aux activités économiques qui est la liberté d'entreprendre, ce qui serait déjà suffisant, au regard de la nécessaire prudence créatrice que doit avoir un juge constitutionnel.

Il s'agit d'ordonner ce qui peut paraître disparate dans des normes d'origines historique, philosophique, politique, juridique différentes, y compris dans leur mode de création. La clé demeure le préambule de la Constitution de 1958 qui crée ce lien écrit constitutionnel entre

ces différents textes. En reliant 1789 à 1946, 1958 met de l'unité dans notre histoire constitutionnelle tourmentée et conflictuelle, et le droit de propriété, emblématique des débats révolutionnaires, en est la belle occasion.

Il y a donc plus dans cette décision de 1982 que ce qu'elle nous dit de la propriété et de la libre entreprise. Elle oriente le bloc de constitutionnalité, elle le structure dans un ordonnancement précis, historique, qui conduit à ne rien rejeter de notre histoire constitutionnelle. Comme la Révolution, la Constitution est bien un « bloc », et le terme de « bloc de constitutionnalité » est bien choisi.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel, rendue en matière de question prioritaire de constitutionnalité, le confirme et le concrétise.

II. Une concrétisation du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre avec la QPC

L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2010 n'a pas conduit le Conseil constitutionnel à reconstruire complètement une jurisprudence adaptée au contrôle de la loi promulguée. On peut même faire le constat d'une recherche de très forte identité entre la jurisprudence rendue dans le cadre du contrôle *a posteriori* et celle rendue précédemment lors du contrôle *a priori*.

Ce constat concerne d'abord les normes de référence applicables à la procédure de QPC. On sait que l'article 61-1 de la Constitution énonce que les dispositions législatives en vigueur peuvent être contestées au regard des « droits et libertés que la Constitution garantit », ce qui ne signifie pas l'ensemble des éléments du bloc de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel a considéré que les normes utilisées pour fonder le droit de propriété et la liberté d'entreprendre dans le contentieux *a priori* entraient dans le périmètre des droits et libertés garantis par la Constitution. Ainsi, « le droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »³³.

De même, la protection de la propriété concerne autant la propriété publique que privée³⁴.

32. Déc. n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Rec.* 140, § 18 ; n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, § 24.

33. Déc. n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, § 3. Les décisions précédentes ne font référence qu'à l'article 17 de la Déclaration de 1789 : déc. n° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010, § 6 ; n° 2010-43 QPC du 6 octobre 2010, § 3 ; n° 2010-96 QPC du 4 février 2011, § 5 ; n° 2010-87 QPC du 21 janvier 2011, § 3, cette dernière décision parlant du « droit de recevoir une juste indemnité en cas d'expropriation ». Voir aussi n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, § 5 ; n° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010, *SARL L'Office central d'accèsion au logement*.

34. Déc. n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, § 5 et 6 : « Le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17. Le droit au respect des biens garanti par ces dispositions ne s'oppose pas à ce que le législateur, poursuivant un objectif d'intérêt général, autorise le transfert gratuit de biens entre personnes publiques. Les dispositions de l'article L. 2411-12-1 du Code général des collectivités territoriales ont pour objet de permettre le transfert des biens ou droits de la section à la commune afin de mettre un terme soit au blocage de ce transfert en raison de l'abstention d'au moins deux tiers des électeurs soit au dysfonctionnement administratif ou financier de la section. Dès lors, elles ne méconnaissent pas les exigences constitutionnelles en matière de propriété des personnes publiques. »

Autre exemple : les terrains situés dans la zone des cinquante pas géométriques n'ont pu être aliénés par l'État. « En conséquence, sous réserve des droits résultant d'une telle cession ou validation par l'État, aucun droit de propriété sur ces terrains n'a pu être valablement constitué au profit de tiers. Il s'ensuit que doit être écarté le grief tiré de ce que la disposition contestée, en vertu de laquelle les seuls titres opposables à l'État

Les limites apportées au droit de propriété comme à la liberté d'entreprendre doivent, comme dans le contentieux *a priori*, faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi, ces atteintes devant être justifiées par un motif d'intérêt général³⁵.

Mais ces atteintes doivent être compensées par des garanties qu'il appartient au législateur de fixer clairement, sans quoi la disposition législative peut être reconnue contraire à la Constitution, au double motif d'atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 et d'incompétence négative³⁶.

Ces atteintes au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre ne sont pas nécessairement reconnues lorsqu'elles concernent des créances, relativement aux procédures destinées à lutter contre des pratiques restrictives de concurrence en matière commerciale, au nom d'un « ordre public économique », expression

employée expressément par le Conseil constitutionnel, le conduisant à opérer une conciliation entre la liberté d'entreprendre et un motif d'intérêt général fondé sur des considérations de régulation et d'équilibre dans les relations économiques³⁷.

Concernant les indemnités qui peuvent être versées à l'occasion d'une expropriation ou d'un transfert de propriété, le Conseil constitutionnel précise que l'article 17 de la Déclaration impose de réparer le préjudice moral consécutif à une opération d'expropriation³⁸.

Enfin, plus récemment, dans une décision du 13 juillet 2011, le Conseil constitutionnel considère que l'attribution forcée d'un bien par le juge, à titre de prestation compensatoire, dans une procédure de divorce, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789, cette attribution ne procédant pas d'une utilité publique, au sens de cet article 17³⁹, même si, dans cette

antérieurs à l'entrée en vigueur du décret du 30 juin 1955 sont ceux délivrés ou validés par lui, serait contraire au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 » : déc. n° 2010-96 QPC du 4 février 2011, § 6. Voir les tables analytiques 2011. Voir aussi déc. n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres (Prohibition des machines à sous)*, § 4, *Rec.* 291.

35. Déc. n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, § 3, pour la liberté d'entreprendre ; n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, § 3, pour le droit de propriété.

36. Déc. n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, § 4 : « Considérant que le *e* du 2° de l'article L. 332-6-1 du Code de l'urbanisme permet aux communes d'imposer aux constructeurs, par une prescription incluse dans l'autorisation d'occupation du sol, la cession gratuite d'une partie de leur terrain ; qu'il attribue à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'il s'ensuit que, sans qu'il soit besoin d'examiner les griefs invoqués par la requérante, le *e* du 2° de l'article L. 332-6-1 du Code de l'urbanisme doit être déclaré contraire à la Constitution. »

37. Déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, « *Sur la liberté d'entreprendre* : considérant que les requérants soutiennent que les dispositions contestées prévoient des mesures dépourvues d'utilité et disproportionnées au but poursuivi de protection des intérêts particuliers d'opérateurs économiques placés dans une situation d'infériorité par rapport à leurs partenaires ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaîtraient la liberté d'entreprendre ; Considérant 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 ; »
« Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a attribué à l'autorité publique un pouvoir d'agir pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence mentionnées au même article, constater la nullité de clauses ou contrats illicites, ordonner le remboursement des paiements indus faits en application des clauses annulées, réparer les dommages qui en ont résulté et prononcer une amende civile contre l'auteur desdites pratiques ; qu'ainsi, il a entendu réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la répétition de ces pratiques ; qu'en égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales ; que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (§ 3 à 5).

« *En ce qui concerne les atteintes au droit de propriété* : en vertu du second alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du Code de commerce, d'une part, les condamnations à restitution et, le cas échéant, à paiement de dommages et intérêts sont prononcées par jugement en conséquence de l'annulation des clauses illicites. Par suite, doit être rejeté comme inopérant le grief tiré de l'atteinte au droit de propriété de la personne condamnée. D'autre part, en application des mêmes dispositions contestées, les sommes indûment perçues et les indemnités sont versées au partenaire lésé ou tenues à sa disposition. Dès lors, il n'est porté aucune atteinte au droit de propriété de ce dernier » (§ 12 et 13).

38. Déc. n° 2010-87 QPC du 21 janvier 2011, § 3 à 5 : Afin de se conformer aux exigences constitutionnelles de l'article 17 de la Déclaration de 1789, la loi ne peut autoriser l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers que pour la réalisation d'une opération dont l'utilité publique a été légalement constatée. La prise de possession par l'expropriant doit être subordonnée au versement préalable d'une indemnité. Pour être juste, l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation. En cas de désaccord sur la fixation du montant de l'indemnité, l'exproprié doit disposer d'une voie de recours appropriée. Aucune exigence constitutionnelle n'impose que la collectivité expropriante, poursuivant un but d'utilité publique, soit tenue de réparer la douleur morale éprouvée par le propriétaire à raison de la perte des biens expropriés. Par suite, l'exclusion de la réparation du préjudice moral ne méconnaît pas la règle du caractère juste de l'indemnisation de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Cf. les tables analytiques 2011.

39. Déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, *M. Jean-Jacques C. (Attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire)* : « 1. Considérant que l'article 274 du Code civil détermine les modalités selon lesquelles le juge aux affaires familiales peut décider que la prestation compensatoire en capital s'exécute ; que son 2° prévoit une "attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier. Toutefois, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation" ;

2. Considérant que, selon le requérant, ces dispositions portent atteinte à l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'elles permettent au juge d'attribuer de manière forcée un bien, propriété d'un débiteur condamné à payer une prestation compensatoire ;

3. Considérant que la propriété figure au nombre des Droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité" ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété au

même décision, le Conseil énonce une réserve d'interprétation destinée à encadrer cette attribution en pleine propriété. L'application de ce raisonnement aux relations de droit privé est un peu surprenante pour une disposition du Code civil déjà qualifiée « d'expropriation pour cause d'utilité privée »⁴⁰. Cette dernière décision illustre combien l'application d'une règle constitutionnelle à des situations de droit privé montre que la concrétisation de ces règles est susceptible de produire des effets horizontaux entre personnes privées. C'est sans doute l'une des évolutions prévisibles de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

Conclusion

La jurisprudence du Conseil constitutionnel, rendue en matière de question prioritaire de constitutionnalité, ne se différencie pas, dans l'utilisation des règles et principes constitutionnels, de celle rendue dans le cadre du contrôle *a priori*. Les mêmes interprétations des articles 2, 4 et 17 de la Déclaration de 1789 sont faites par le Conseil, en les appliquant à des situations certes plus concrètes, d'application de lois promulguées.

Ce constat doit-il étonner, au-delà de la concrétisation des normes constitutionnelles à laquelle conduit la procédure de QPC ? À l'évidence, le Conseil constitutionnel cherche à construire une jurisprudence cohérente, qu'il s'agisse du contrôle *a priori* ou *a posteriori* et, en toute

hypothèse, à ne pas les opposer. Ce constat ne peut pas être définitif, après plus d'une année à peine de mise en œuvre de la QPC.

Deux interrogations se présentent aujourd'hui. Elles concernent, non le Conseil constitutionnel, mais les cours suprêmes avec lesquelles sont créées des relations nécessaires par la procédure de QPC.

D'une part, il faut aujourd'hui analyser la jurisprudence des juges du fond, ainsi que de la Cour de cassation et du Conseil d'État, à l'occasion principalement des décisions de non-renvoi d'une QPC, nécessairement plus argumentées afin de vérifier dans quelle mesure elles prennent en considération la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'on vient d'analyser.

D'autre part, les recours par le Conseil constitutionnel à la technique des réserves d'interprétation dans les décisions rendues en matière de QPC sont des incitations, ou plutôt des obligations pour les juges administratifs et judiciaires dont il faut mesurer la portée. Ces réserves d'interprétation forment aujourd'hui des obligations positives pour les juges ordinaires français. L'un des enjeux du contrôle de constitutionnalité est de savoir comment ces juges vont prendre en considération ces réserves, sur un mode obligatoire ou non.

Ces enjeux généraux dépassent les illustrations du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre. Mais nul doute que ce droit et cette liberté continuent à être des fondements essentiels de notre ordre juridique et politique.

sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ;

4. Considérant qu'il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, de définir les modalités selon lesquelles, pour permettre le paiement des obligations civiles et commerciales, les droits patrimoniaux des créanciers et des débiteurs doivent être conciliés ; que l'exécution forcée sur les biens du débiteur est au nombre des mesures qui tendent à assurer cette conciliation ;

5. Considérant, en premier lieu, qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 270 du Code civil, la prestation compensatoire est « destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives » ; que l'article 271 prévoit que cette prestation est fixée par le juge selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre ; que l'attribution, décidée par le juge du divorce, d'un bien dont un époux est propriétaire a pour objet d'assurer le paiement de la dette dont il est débiteur au profit de son conjoint au titre de la prestation compensatoire ; qu'elle constitue une modalité de paiement d'une obligation judiciairement constatée ; qu'il en résulte que, si l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire conduit à ce que l'époux débiteur soit privé de la propriété de ce bien, elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ;

6. Considérant, en second lieu, que, d'une part, en permettant l'attribution forcée prévue par le 2° de l'article 274, le législateur a entendu faciliter la constitution d'un capital, afin de régler les effets pécuniaires du divorce au moment de son prononcé ; que le législateur a également entendu assurer le versement de la prestation compensatoire ; que l'objectif poursuivi de garantir la protection du conjoint dont la situation économique est la moins favorisée et de limiter, autant que possible, les difficultés et les contentieux postérieurs au prononcé du divorce constitue un motif d'intérêt général ;

7. Considérant que, d'autre part, l'attribution forcée est ordonnée par le juge qui fixe le montant de la prestation compensatoire ; que les parties ont la possibilité de débattre contradictoirement devant ce juge de la valeur du bien attribué ; qu'en vertu de la seconde phrase du 2° de l'article 274 du Code civil, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation ;

8. Considérant, toutefois, que le 1° de l'article 274 du Code civil prévoit également que la prestation compensatoire en capital peut être exécutée sous forme de versement d'une somme d'argent, le prononcé du divorce pouvant être subordonné à la constitution de garanties ; que l'atteinte au droit de propriété qui résulte de l'attribution forcée prévue par le 2° de cet article ne peut être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital ; que, par conséquent, elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1° n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ; que, sous cette réserve, l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire ne méconnaît pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 ;

9. Considérant que le 2° de l'article 274 du Code civil n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit. »

40. A. Cheynet de Beaupré, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP*, 2005, 1^{re} partie, n° 144, spéc. n° 26 *sq.*, cité dans le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, précitée, sur le site du Conseil constitutionnel.