



**HAL**  
open science

# La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ?

Victor Audubert

► **To cite this version:**

Victor Audubert. La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ?. La Revue des droits de l'Homme, 2020, 18, 10.4000/revdh.9921 . halshs-02903648

**HAL Id: halshs-02903648**

**<https://shs.hal.science/halshs-02903648>**

Submitted on 2 Sep 2021

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

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

## La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ?

Victor Audubert

---



**Édition électronique**

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9921>

DOI : [10.4000/revdh.9921](https://doi.org/10.4000/revdh.9921)

ISSN : 2264-119X

**Éditeur**

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

**Référence électronique**

Victor Audubert, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 15 juin 2020, consulté le 09 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9921> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9921>

---

Ce document a été généré automatiquement le 9 juillet 2020.

Tous droits réservés

---

# La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ?

Victor Audubert

---

- <sup>1</sup> La liberté d'entreprendre est souvent décriée comme le symbole d'une dérive « néolibérale » du Conseil constitutionnel en matière économique et sociale. Il est vrai que Laurence Parisot, ancienne présidente du très libéral *Mouvement des entreprises de France* (Medef), proposait d'inscrire dans la Constitution cette liberté afin que les politiques publiques suivent « un fil rouge, celui de la compétitivité de la France et de ses entreprises<sup>1</sup> ». On peut s'interroger sur l'importance réelle de cette notion dans la jurisprudence et son rôle dans la censure de dispositions législatives relatives à la protection des salariés ou à l'intervention de la puissance publique dans le secteur économique privé.
- <sup>2</sup> La liberté d'entreprendre provient d'une interprétation extensive de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789. Dans sa décision du 16 janvier 1982 qui censure certaines dispositions de la loi sur les nationalisations du gouvernement de Pierre Mauroy, le Conseil constitutionnel lui reconnaît une valeur constitutionnelle pour la première fois. Dans cette décision fondatrice, le juge constitutionnel, à partir des articles 2 et 17 de la DDHC – relatifs au droit de propriété – ainsi que de l'article 4 – relatif à la liberté – décide 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<sup>2</sup> ». Il est intéressant de noter que la naissance de ce principe est concomitante de la censure d'une loi portant régulation de l'économie par l'État à travers la nationalisation de plusieurs entreprises privées jugées stratégiques. Dès son origine, la liberté d'entreprendre est mobilisée pour encadrer dans un premier temps la régulation économique, puis dans un second temps la limiter, voire l'empêcher.
- <sup>3</sup> Cette liberté présente deux aspects, constamment rappelés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>3</sup>. D'une part, la liberté d'établissement : chacun peut créer une

entreprise et initier l'activité économique de son choix. D'autre part, la liberté d'exercice : l'entrepreneur gère comme il l'entend son entreprise, et l'exploite selon sa volonté. Cette liberté d'entreprendre apparaît fondamentale dans notre économie de marché qui se fonde sur une vision libérale – voire néolibérale – de l'économie. Selon Denys de Béchillon, cette liberté « protège avant tout l'autonomie des entrepreneurs, leur aptitude à effectuer eux-mêmes les choix de gestion, de stratégie et de gouvernance qu'ils jugent bons. Le droit offert à chacun d'entreprendre librement se comprend avant tout comme une latitude d'autodétermination, pour ne pas dire une souveraineté<sup>4</sup> ».

- 4 Historiquement, c'est plutôt une limitation de la liberté d'entreprendre à laquelle s'est employé le législateur : interdiction de commercialiser des produits dangereux, interdiction de « vendre » des relations de nature sexuelle, interdiction d'employer des personnes en situation irrégulière, interdiction de pratiquer certaines professions réglementées, etc. La liberté d'entreprendre connaissait un certain nombre de limites et de contraintes. Par ailleurs, dans le cadre de l'intervention de l'État dans une économie davantage planifiée et soumise au contrôle de la puissance publique, la liberté d'entreprendre pouvait constituer un frein à la volonté du législateur, en particulier durant les Trente glorieuses. Toutefois, à partir des années 1980, le juge constitutionnel français, dans le cadre de la libéralisation et de la déréglementation de l'économie, s'est attaché à défendre ce principe fondateur de l'économie de marché<sup>5</sup>. Le droit, dans son ensemble, connaît alors une profonde reconfiguration à l'aune du paradigme néolibéral, qui prône une intervention de l'État dans la sphère économique, dans le but principal de mettre en place et de garantir une concurrence libre et non faussée. L'État, par le droit, garantit un fonctionnement optimal de l'économie. En ce sens, le droit est consubstantiel du néolibéralisme, il en est l'instrument.
- 5 Le Conseil constitutionnel, depuis 1982, a développé une jurisprudence de plus en plus protectrice de cette liberté, en dépit d'autres principes ou objectifs à valeur constitutionnelle. Si en 1989 le Conseil considère 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<sup>6</sup> », en 2017, il décide que les limitations apportées par le législateur peuvent être « 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<sup>7</sup> ». Ainsi, au fil des années, le principe de liberté d'entreprendre s'est affirmée comme une véritable liberté matricielle, à laquelle les limitations doivent être un peu plus justifiées à chaque décision. La liberté d'entreprendre devient la norme, et ses limitations, des exceptions.
- 6 Cette liberté paraît fréquemment employée pour limiter l'intervention de la puissance publique dans le secteur privé de l'économie, et ce malgré l'existence de certains objectifs à valeur constitutionnelle comme le droit à la santé ou à un logement décent, la lutte contre la fraude fiscale, ou encore le droit d'obtenir un emploi, qui n'a toujours pas été qualifié en bonne et due forme par le Conseil constitutionnel comme un principe à valeur constitutionnelle, ni même un objectif à valeur constitutionnelle ou un PFRLR<sup>8</sup>. Certains auteurs se sont interrogés sur une éventuelle supériorité de la DDHC et des libertés individuelles et privées sur les droits dits de deuxième génération, les « droits créances », pour l'essentiel consacrés dans la période de l'après-guerre. En effet, le Conseil constitutionnel semble rabaisser la valeur du préambule de la

Constitution de 1946 par rapport à la DDHC de 1789 ; le premier ne ferait que compléter le second. C'est ce qu'envisage le juge constitutionnel dès 1982 dans le quinzième considérant de sa décision sur les nationalisations :

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 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<sup>9</sup>;

- 7 Cette conciliation des droits et libertés opérée par le juge constitutionnel à travers le contrôle de proportionnalité soulève un certain nombre de questions. Si l'on prend comme postulat que l'interprétation du droit est une activité politique, au sens où le juge mobilise des croyances et des valeurs, la neutralité apparaît comme un faux problème du droit et se voit substituer par la question de la légitimité de la décision, et plus généralement de la norme. C'est dorénavant les modalités du processus d'élaboration de la norme, d'interprétation et de mise en œuvre qui vont lui conférer sa légitimité et donc sa puissance. Jacques Chevallier explique ainsi que « la force de la règle de droit est censée provenir, moins du fait qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire auquel tous sont tenus de se soumettre, que du consensus dont elle est entourée »<sup>10</sup>.
- 8 Il s'agira, dans cet article, de s'interroger sur ce que représente le principe de liberté d'entreprendre dans la jurisprudence économique et sociale du Conseil constitutionnel. Ce principe, longtemps considéré comme la tête de proue d'une dérive néolibérale du juge constitutionnel français, pourrait marquer une certaine inflexion au regard d'objectifs à valeur constitutionnelle, comme la protection de l'environnement récemment consacrée, ou même la crise sanitaire du Covid-19 qui oblige l'État à intervenir davantage dans la régulation économique. La protection de la notion de liberté d'entreprendre repose pour l'essentiel sur des fondements juridiques et théoriques qui nous paraissent fragiles, au détriment d'autres droits et libertés (I). Toutefois, si la consécration de liberté d'entreprendre se fonde sur une interprétation libérale de la DDHC et s'appuie sur des méthodes interprétatives particulières au Conseil constitutionnel qui favorisent cette liberté au détriment d'autres, les conditions extrajuridiques peuvent contribuer à une inflexion de la protection de cette liberté au bénéfice d'autres principes et objectifs à valeur constitutionnelle, comme le montre la décision de 2020 relative à la protection de l'environnement (II).

## I. Liberté d'entreprendre, liberté toute puissante ?

- 9 Le Conseil constitutionnel a progressivement consacré la liberté d'entreprendre, qui trouve son fondement dans l'article 4 de la DDHC de 1789, et qui peut se voir limiter par des exigences constitutionnelles ou par l'intérêt général (A). De ce fait, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de proportionnalité, dans lequel il entend concilier la liberté d'entreprendre et les normes de valeur constitutionnelle. Toutefois, cette

conciliation apparaît asymétrique et en défaveur de principes constitutionnels contenus dans le préambule de la Constitution de 1946 (B).

## A. La consolidation progressive d'un principe juridique *sui generis*

- 10 La DDHC et le préambule de la Constitution de 1946 ne disposent pas de la même valeur aux yeux du juge constitutionnel français. Dans le premier cas, les différentes libertés énoncées sont considérées comme des principes à valeur constitutionnelle, tandis que dans le second cas la majeure partie des droits sont seulement reconnus comme des objectifs à valeur constitutionnelle. Le droit de propriété, d'où découle en partie la liberté d'entreprendre, est l'un des principes juridiques les mieux protégés de notre droit constitutionnel. En effet, notre système économique – notre « ordre public économique » – repose sur le fait que les entreprises peuvent disposer d'un patrimoine, c'est-à-dire la propriété des moyens de production. Ces deux notions constituent la matrice des libertés économiques en France :

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<sup>11</sup>.

- 11 La propriété et sa préservation constituent un but de la société politique, et seraient à l'origine même de sa fondation : c'est l'un des éléments structurants de notre société, de notre ordre social. François Luchaire, ancien membre du Conseil constitutionnel, en a conclu que le « Conseil relie la propriété à la liberté d'entreprendre ; c'est donc un régime économique qui est ainsi affirmé. La France est une République sociale ; elle n'est pas une République socialiste<sup>12</sup> ». Le Conseil constitutionnel, toujours dans sa décision de janvier 1982, relève que la première version du préambule de la Constitution de 1946 et sa notion de « propriété sociale » avait été rejetée par le peuple. Cette notion doit donc être écartée, seule la notion présente dans la DDHC vaut.
- 12 La liberté d'entreprendre dispose ainsi d'une véritable protection constitutionnelle. Selon Guillaume Drago, cette liberté dispose d'un « caractère général et englobant comprenant liberté de commerce et de l'industrie, liberté professionnelle, liberté de la concurrence<sup>13</sup> ». Elle fait également partie des « droits fondamentaux économiques ». Ceux-ci sont découverts et reconnus par le juge constitutionnel, par des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) ou par l'interprétation extensive des dispositions contenues dans la DDHC ou le préambule de la Constitution de 1946 : « 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<sup>14</sup> ». On peut noter que ces droits proviennent du droit communautaire, qui a développé selon certains une véritable constitution économique pour l'Union européenne<sup>15</sup>.
- 13 Depuis la décision de 1982, le principe de liberté d'entreprendre n'a eu de cesse de se renforcer dans la jurisprudence constitutionnelle. En 1989, dans une décision relative aux modalités d'application des privatisations, le juge décide 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<sup>16</sup> ». On voit émerger ainsi une technique de

conciliation entre différents principes constitutionnels. Mais cette protection n'est pas encore suffisamment systématisée par le Conseil constitutionnel. Ainsi, en 1997, on assiste à une certaine inflexion de la protection de la liberté d'entreprendre, puisque la notion d'intérêt général n'est plus mentionnée par le juge constitutionnel. C'est véritablement à partir des années 2000 qu'on assiste à un renforcement de la défense de la liberté d'entreprendre. C'est avec la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU) que le juge constitutionnel français va venir opposer la liberté d'entreprendre à des mesures de régulation économique. Concernant la loi SRU, la censure se fonde sur une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif suivi :

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<sup>17</sup>.

14 Cet argument, fondé sur le contrôle du principe de proportionnalité, va servir de fondement aux décisions ultérieures du Conseil constitutionnel sur la protection de la liberté d'entreprendre. On peut également signaler, la même année, la censure d'une disposition législative relative à l'outre-mer, car les limitations apportées à la liberté d'entreprendre « ne sont pas énoncées de façon claire et précise<sup>18</sup> ».

15 L'une des censures les plus marquantes porte sur la nouvelle définition du licenciement économique définie dans la loi de modernisation sociale de 2002. Le Conseil constitutionnel met en balance l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est la politique de l'emploi et droit de travailler avec le principe à valeur constitutionnel de liberté d'entreprendre. Dans cette décision, c'est la seconde qui prime sur la première :

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<sup>19</sup>.

16 La liberté d'entreprendre ne saurait donc être méconnue ou atteinte dans des proportions manifestement excessives. Toutefois, le juge constitutionnel a pu préciser que les atteintes portées au nom de la préservation de l'ordre public économique, notamment en matière de relations entre agents économiques, peuvent être justifiées. L'intervention de la puissance publique dans le champ économique est donc tout à fait justifiée, à partir du moment qu'il entend protéger l'ordre public économique, c'est-à-dire la concurrence libre et non faussée :

Qu'eu 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<sup>20</sup>.

17 Le quinquennat de François Hollande est marqué par un taux de censure des projets de loi relativement élevé, notamment dans le domaine économique et social. À ce titre, le principe de la liberté d'entreprendre se trouve régulièrement invoqué par le Conseil constitutionnel. La décision du 29 décembre 2013, relative à la loi de finances

rectificative de 2013, marque un nouvel approfondissement dans la défense de la liberté d'entreprendre. Dans le commentaire publié sur le site internet, le secrétariat général du Conseil constitutionnel note, à propos de la disposition relative au schéma d'optimisation fiscale et sa sanction, que « tout contribuable peut légitimement être amené à chercher à minorer sa charge fiscale et tout avocat fiscaliste chercher à minorer la charge fiscale de ses clients, sans que pour autant cette démarche soit constitutive d'une fraude<sup>21</sup> ». De ce fait, il apparaît que la définition donnée de l'optimisation fiscale est « trop générale et imprécise », et porte atteinte à la liberté d'entreprendre, « en particulier, aux conditions d'exercice de l'activité de conseil juridique et fiscal<sup>22</sup> ».

- 18 La loi visant à reconquérir l'économie réelle, dite « loi Florange », s'est également heurtée au mur de la liberté d'entreprendre. Le texte prévoyait, dans son article premier, l'obligation aux entreprises d'au moins mille salariés ou appartenant à un groupe d'au moins mille salariés de trouver un repreneur en cas de fermeture de l'entreprise d'un « site rentable », c'est-à-dire lorsque l'entreprise ne se trouve pas en procédure de conciliation, sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire. Le Conseil constitutionnel n'a pas censuré cette disposition de la loi, il a considéré que le législateur « a poursuivi un objectif qui tend à mettre en œuvre l'exigence résultant de la règle 'chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi' inscrite au Préambule de la Constitution de 1946<sup>23</sup> ». On constate, au premier abord, que le juge constitutionnel mobilise une « exigence », à savoir le droit d'obtenir un emploi, et plus largement les politiques liées à l'emploi. Cependant, le Conseil constitutionnel vient censurer l'arsenal juridique mis en place pour faire respecter cette obligation, à savoir les sanctions qui sont considérées comme disproportionnées. Ces sanctions, prononcées par le tribunal de commerce, et dont le montant aurait pu atteindre « vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé dans le cadre du licenciement collectif consécutif à la fermeture de l'établissement, dans la limite de 2 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise », sont apparues disproportionnées pour le juge constitutionnel et consistant une atteinte à la liberté d'entreprendre :

L'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

- 19 De même, si la liberté d'entreprendre paraît ici menacée, le montant des sanctions constitue également une disposition inconstitutionnelle au regard de l'article 8 de la DDHC, car il « revêt un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité du manquement réprimé ».
- 20 Sans prétendre à l'exhaustivité de toutes les censures décidées par le juge constitutionnel au nom de la liberté d'entreprendre, nous pouvons également rappeler deux autres lois passées sous les fourches caudines du Conseil. En 2015, la loi sur l'économie sociale et solidaire est partiellement censurée, en particulier sur les dispositions portant sur l'information préalable aux salariés de la cession d'une entreprise<sup>24</sup>. En 2016, les sages de la rue de Montpensier ont censuré, toujours au nom du principe de liberté d'entreprendre, les dispositions de la loi « Sapin 2 » obligeant les



multinationales à rendre publiques leurs données financières ainsi que celles de leurs filiales, dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>25</sup>.

- 21 Au-delà de l'instrument de censure que représente le principe de liberté d'entreprendre, on peut également noter que son champ d'application, d'abord restreint aux personnes morales de droit privé, s'élargit progressivement vers les personnes morales de droit public. C'est le cas avec la décision du 21 septembre 2018, qui relie pour la première fois la liberté d'entreprendre aux entreprises publiques, en l'occurrence le Grand port maritime de la Guadeloupe, qui est un EPIC<sup>26</sup>. Enfin, il faut signaler que si la liberté d'entreprendre se manifeste par la censure partielle ou totale de lois, elle est aussi et surtout mobilisée par le juge constitutionnel pour justifier la conformité de certains textes législatifs<sup>27</sup>.

## B. La liberté d'entreprendre : 1789 contre 1946 ?

- 22 Nous venons de le voir, la liberté d'entreprendre, que le juge constitutionnel français relie directement à la DDHC, s'est vu accorder un statut très protecteur. Si les libertés de première génération disposent un statut constitutionnel relativement favorable, on peut se demander ce qu'il en est d'une éventuelle constitutionnalisation de la « République sociale », pourtant présente à l'article premier de la Constitution de 1958 et qui constitue pour certains « l'identité constitutionnelle<sup>28</sup> » de la France. Cependant, le Conseil constitutionnel, au lieu de considérer le bloc de constitutionnalité comme faisant système, en ce qu'il combine dans un même cadre normatif des droits et libertés, de première, deuxième et troisième générations – la DDHC, le préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2005 –, oppose en pratique les différentes générations de droit.
- 23 Le juge constitutionnel français peut permettre l'atteinte à certains droits et libertés fondamentales lorsque des principes du préambule de la Constitution de 1946 sont invoqués, comme la protection de la santé ou le droit à un logement décent. De manière générale, la jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel entend concilier les droits et liberté de première génération avec les autres, sans pour autant qu'il ne soit porté une « atteinte disproportionnée » aux libertés fondamentales, et en premier lieu la liberté d'entreprendre, comme il le rappelle dans la décision précitée de janvier 2002 sur la loi de modernisation sociale :
- Pour 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, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi<sup>29</sup>.
- 24 Ce principe de proportionnalité, inspiré des méthodes de contrôle de la CJUE et du juge constitutionnel allemand<sup>30</sup>, confère une grande latitude au juge constitutionnel dans sa décision. L'une des sources de cette asymétrie de protection par le juge constitutionnel entre les différentes catégories de droit provient du contrôle restreint – le *self-restraint*. En effet, le Conseil privilégie un contrôle formel de la loi. L'argument avancé par celui-ci est qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation similaire au Parlement. Comme le souligne Olivier Dutheillet de Lamothe, cette solution de retenue serait la meilleure, car elle freine la tentation de la part du juge constitutionnel de s'ériger en gouvernement des juges :

Le Conseil constitutionnel n'a aucune légitimité démocratique pour substituer, sur des sujets de ce type, son appréciation à celle du Parlement. C'est parce que le Conseil a toujours reconnu une large compétence au législateur, en refusant de se substituer à lui dans l'exercice de sa compétence, que le contrôle de constitutionnalité a pu se développer et s'affirmer comme il l'a fait depuis 1971 dans la patrie de Rousseau et de Montesquieu et qu'a été conjuré le spectre du « Gouvernement des juges<sup>31</sup>.

- 25 Pour Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel, la solution de l'autolimitation pour les décisions du Conseil constitutionnel constitue le seul moyen de faire accepter les décisions du juge constitutionnel afin d'écartier les griefs de « gouvernement des juges<sup>32</sup> ». Le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle *a minima*, un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, qui est une technique de contrôle empruntée à la justice administrative. Le Conseil constitutionnel use de techniques spécifiques pour vérifier que le législateur ne commet pas d'erreur flagrante dans le travail de pondération auquel il procède entre les différents droits et libertés en fonction du but qu'il s'est assigné, par exemple en sanctionnant la « disproportion manifeste » à travers le contrôle de proportionnalité, notamment au niveau de sanctions encourues, ou en jugeant de « l'erreur manifeste d'appréciation ». Bien qu'il ne dispose pas d'un « pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » à partir de la jurisprudence initiée avec la décision IVG de 1975<sup>33</sup> et s'interdise de contrôler l'opportunité politique des choix du législateur, il se réserve la possibilité de le faire exceptionnellement lorsque ces choix sont, à l'évidence, déraisonnables. Le Conseil constitutionnel a énoncé dans une formulation de principe les conditions du contrôle dans une décision en date du 16 janvier 2001 sur l'archéologie préventive : « 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<sup>34</sup> ». De ce fait, le Conseil constitutionnel considère que la liberté d'entreprendre peut être limitée par une exigence constitutionnelle ou un motif d'intérêt général.
- 26 On peut toutefois considérer qu'il existe un « dogme de l'autolimitation<sup>35</sup> » de la part du Conseil constitutionnel vis-à-vis des droits économiques et sociaux qu'il conviendrait de dépasser. On l'a vu, depuis la décision 1975 relative à la loi sur l'IVG, le Conseil affirme « que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen<sup>36</sup> ». Avec cette décision, il estime qu'il ne possède pas le « même pouvoir d'appréciation général que le Parlement ». Toutefois, on est en droit de se demander si cette affirmation ne relève pas du mythe<sup>37</sup>.
- 27 En effet, le Conseil constitutionnel se montre ainsi plus vigilant lorsqu'il s'agit de protéger les droits et libertés présents dans la DDHC que des droits issus du préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, beaucoup de droits, comme le droit à la santé, le droit au logement, ou les dispositions des alinéas 10 et 11 du préambule ne sont que des « objectifs à valeur constitutionnelle », ayant une valeur inférieure à des PFRLR ou des principes constitutionnels<sup>38</sup>. Moins que d'authentiques droits et libertés, ces objectifs ont pour fonction de limiter certains droits fondamentaux. Ces objectifs ont donc une fonction *négative* : modérer la portée de certaines libertés. Ils imposent au législateur

une obligation de moyen et non de résultat, qui est libre de choisir les modalités de mise en œuvre des prestations matérielles, comme le souligne le juge constitutionnel dans une décision du 18 décembre 1997 relative à la loi de financement de la sécurité sociale<sup>39</sup>. C'est la thèse de Laurence Gay, selon laquelle les droits économiques et sociaux ne constituent pas une catégorie homogène et ne peuvent faire l'objet d'un contrôle étendu<sup>40</sup>. On trouverait deux catégories de droits : les droits-créances, qui constituent des droits opposables, et les objectifs à valeur constitutionnelle, qui seraient davantage des lignes directrices pour le législateur. Toutefois, excepté la protection de la santé publique<sup>41</sup> ainsi que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent<sup>42</sup>, le juge constitutionnel n'a pas cru bon de consacrer l'ensemble de ces dispositions comme des objectifs à valeur constitutionnelle<sup>43</sup>. Selon Pierre Mazeaud :

[...] le fait de conférer une telle qualification à ces droits a servi à tempérer leur portée, malgré l'affirmation de leur niveau constitutionnel. Ils doivent être considérés comme n'ayant pas un caractère absolu, n'étant pas d'application directe et s'adressant non aux particuliers, mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat. En particulier, ils ne sont pas des droits subjectifs, dotés d'une justiciabilité directe<sup>44</sup>.

- 28 Le Conseil constitutionnel, dans les cas qui ont pu entraîner des atteintes aux droits et libertés des salariés, se contente de vérifier si les moyens mis en œuvre sont susceptibles de réaliser l'objectif poursuivi<sup>45</sup>. Dès lors, il existe une plus faible justiciabilité de ce type de droits fondamentaux. Ainsi, s'il existe une hiérarchie entre les différentes générations de droit, doit-on y voir une appréciation politique dans le contrôle de proportionnalité ? En consacrant la liberté d'entreprendre, n'est-ce pas le droit des employeurs qui est privilégié au détriment de celui de salariés ? Quid de la protection de la notion de « République sociale », qui est pourtant constitutive de l'identité constitutionnelle de la France, et avec elle les notions de solidarité, de démocratie économique, et de fraternité ? Lauréline Fontaine et Alain Supiot considèrent que le Conseil constitutionnel justifie ses décisions en ayant recours au principe de proportionnalité :

Sa méthode consiste à considérer les droits de seconde génération (consacrés par le Préambule) comme autant de dérogations, d'interprétation restrictive, aux libertés économiques des entreprises, que le Conseil déduit des droits de « première génération » consacrés par la Déclaration de 1789 (droit de propriété, à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre). Sur la base de cette antinomie présumée des droits relevant de « l'économique » et du « social », il lui suffit de se référer au principe de proportionnalité pour mettre en balance les uns et les autres et décider souverainement de censurer les dispositions législatives portant une « atteinte disproportionnée » aux libertés économiques<sup>46</sup>.

- 29 On pourrait considérer que le Conseil protège fortement les libertés présentes dans la DDHC, tandis qu'il protège faiblement les principes contenus dans le préambule de 1946. Aussi, on peut constater qu'il ne fait mention à aucun de « droits » ou de « libertés » pour désigner le contenu du préambule de la Constitution de 1946, mais plus sobrement de principes, d'exigences ou d'objectifs. Cette distinction sémantique a comme conséquence que le contrôle restreint inhérent aux droits contenus dans le préambule de 1946 ne saurait être déconnecté de considérations extra-juridiques, en l'occurrence, conséquentialistes :

[le contrôle retenu] repose aussi sur l'idée, qui apparaît d'ailleurs en filigrane dans les deux textes concernés, que le respect des libertés « classiques » peut et doit être déconnecté de toute référence au contexte économique et social, alors que les «

principes » « particulièrement nécessaires à notre temps » ne peuvent être mis en œuvre sans égard pour l'état de la société et de l'économie, les moyens mis en œuvre pour réaliser ces principes étant directement indexés sur les capacités contributives du moment<sup>47</sup>.

- 30 Depuis 2000, il existe une impression que le Conseil constitutionnel en fait trop lorsqu'il existe une atteinte supposée à la liberté d'entreprendre et plus largement au droit de propriété, ou au contraire qu'il n'en fait pas assez lorsque certaines lois accentuent les différences de traitement entre salariés, par exemple avec le travail le dimanche<sup>48</sup>, ou qu'elle inverse la hiérarchie des normes en droit du travail<sup>49</sup>. Pour paraphraser Jean Rivero, le Conseil constitutionnel donne l'impression qu'il filtre les moustiques pour mieux laisser passer les chameaux<sup>50</sup>.
- 31 On peut définir de manière générale la justice comme la conciliation de principes contraires entre lesquels il s'agit de trouver un juste équilibre. Celui-ci suppose d'attribuer un certain poids aux libertés et aux droits ; c'est bien cet exercice qui est le plus périlleux et le plus délicat pour un juge, d'autant plus lorsqu'il s'agit de rendre la justice constitutionnelle. La liberté d'entreprendre est une liberté nécessaire à notre temps, à la bonne marche de notre économie de marché. Cependant, il apparaît que la protection accordée par le juge constitutionnel à son égard est excessive. Au nom de cette liberté, d'autres libertés et droits pourtant consacrés par le juge se trouvent écartés, minorés. Cette liberté est mobilisée dans le cadre de décisions relatives au domaine économique et social, et bénéficie le plus souvent aux employeurs, aux entrepreneurs, aux entreprises, les intérêts privés. Par effet mécanique, ce sont les droits des salariés, la régulation de l'économie par l'État, les mécanismes de solidarité, bref, l'intérêt général qui s'en trouve fragilisés.
- 32 Plus que la consécration et la protection croissante de la liberté d'entreprendre depuis les années 1980, la controverse réside dans la conciliation opérée entre les différentes générations de droit. Il est vrai que, dès lors que l'on met en balance plusieurs droits et libertés, le raisonnement juridique laisse place à un inévitable jugement reposant sur des valeurs et des croyances. Ainsi, Guillaume Drago souligne que le juge constitutionnel aurait pu avoir une interprétation plus sociale et plus collective concernant la notion de propriété, mais qu'il a privilégié une interprétation libérale – au sens économique du terme – de la DDHC<sup>51</sup>. Cette conception spécifique vaut également pour la liberté d'entreprendre. Toutefois, il serait faux de penser que celle-ci est immuable. Au contraire, elle dépend de nombreux facteurs extrajuridiques qui pèsent sur l'idéologie du Conseil constitutionnel et qui peuvent l'amener à reconsidérer sa jurisprudence vis-à-vis de ce principe à valeur constitutionnelle.

## II. La liberté d'entreprendre : un colosse principliel aux pieds d'argile ?

- 33 Les méthodes d'interprétation du Conseil constitutionnel, fondées notamment sur le contrôle de proportionnalité, sont poreuses aux considérations extrajuridiques et débouchent sur un contrôle de nature politique – voire idéologique – concernant la liberté d'entreprendre (A). Ce contrôle politique peut cependant permettre un basculement de la jurisprudence constitutionnelle, qui pourrait déjà être à l'œuvre, comme le montre la décision de janvier 2020 et la consécration comme objectif à valeur constitutionnelle de la protection de l'environnement (B).

## A. Des méthodes interprétatives sensibles aux considérations extrajuridiques

- 34 La question de la conciliation des droits et libertés renvoie à celle à l'interprétation du bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. On pourrait voir, dans cette retenue affichée dans le contrôle des droits et libertés issus du préambule de la Constitution de 1946, une prise de position idéologique privilégiant les droits des entrepreneurs et des employeurs au détriment de ceux des salariés – les premiers renvoyant aux droits et libertés de 1789 tandis que les seconds font référence aux droits présents dans le préambule de 1946. Ainsi, s'agissant de la censure de la « loi Florange », Jean-Pascal Chazal dénonce une « décision éminemment politique » et l'illusion d'un Conseil apparaissant prétendument comme « le gardien neutre de la Constitution<sup>52</sup> ».
- 35 L'action d'interpréter le droit, en particulier lorsqu'elle porte sur des normes constitutionnelles très générales et parfois adoptées depuis longtemps – la DDHC par exemple – laisse selon Christophe Radé « nécessairement la place à des considérations métajuridiques liées à la subjectivité des juges, à leur culture, à leurs croyances parfois et plus largement à leur idéologie, surtout lorsqu'on veut bien se souvenir que les membres du Conseil constitutionnel sont choisis par des personnalités politiques et pour nombre d'entre elles parmi des personnalités politiques<sup>53</sup> ». La Constitution n'est pas porteuse d'idéologie ou de sens en soi, c'est l'interprétation qui en est faite qui l'est. Pierre-Yves Gahdoun ajoute que « les convictions politiques, le parcours universitaire, l'expérience ou non d'une fonction juridictionnelle, la connaissance des réalités quotidiennes de l'Institution sont autant de facteurs qui influencent les conclusions doctrinales et rendent illusoire tout jugement parfaitement objectif<sup>54</sup> ».
- 36 Il serait inexact de penser que le Conseil constitutionnel est historiquement un juge constitutionnel plus prompt à défendre les libertés individuelles que les droits et libertés collectives ; en somme, un juge conservateur. Jusqu'à sa décision de janvier 2002 sur la définition du licenciement économique, le Conseil constitutionnel était même considéré comme un juge audacieux en matière sociale, notamment parce que dans les années 1980 et 1990 il avait découvert et consacré la plupart des principes sociaux<sup>55</sup>. Ces dernières années, il a également pu se montrer protecteur en matière de liberté syndicale, qui s'étend désormais aux professions libérales<sup>56</sup> et aux employeurs<sup>57</sup>. Il a également reconnu la « liberté de communication des syndicats<sup>58</sup> », et a estimé au sujet du droit de participation des travailleurs que celui-ci ne s'applique pas aux employeurs ou aux travailleurs indépendants<sup>59</sup>. Toutefois, depuis les années 2000, on a assisté à une suite de décisions en matière sociale que certains juristes ont pu qualifier de décevantes<sup>60</sup>.
- 37 En ce sens, peut-on parler d'une « dérive néolibérale » qui conduirait le Conseil constitutionnel à donner la priorité aux libertés économiques des employeurs au détriment des droits des salariés ou de l'intervention de la puissance publique dans le secteur privé ? Évoquant la censure d'une partie de la « loi Florange » de 2014, Jean-Pascal Chazal souligne que le problème n'est pas que les décisions soient politiques, mais qu'elles prétendent être des décisions neutres reposant seulement sur des syllogismes juridiques<sup>61</sup>. Derrière un principe tout à fait louable et nécessaire à notre temps – la liberté d'entreprendre – se masque en réalité une certaine idéologie

économique : le néolibéralisme. Et on peut légitimement se demander jusqu'où ce courant théorique peut motiver les décisions d'un juge constitutionnel.

- 38 Les juges sont porteurs d'une idéologie, de valeurs. Pour autant, cela ne signifie pas qu'ils sont militants ou activistes : « la plasticité des concepts juridiques est propice à l'absorption des présupposés théoriques et idéologiques, sans lesquels il est impossible de saisir la réalité, c'est pourquoi la plupart sont politiquement chargés de sens<sup>62</sup> ». Ainsi, la Cour suprême des États-Unis est considérée comme un organe politique de premier plan, sans que cela ne soulève de questions quant à la légitimité et la crédibilité de ses décisions. Pour les motiver, elle n'hésite pas à mobiliser des arguments économiques, politiques ou sociologiques, et publie les opinions dissidentes, incitant à un débat public sur les décisions. Celles-ci suivent l'évolution de la société, de ses valeurs, de ses besoins. Ainsi, la notion de propriété a évolué avec la révolution industrielle, puis avec l'émergence de l'État-providence, et enfin avec la révolution néolibérale. Pour comprendre les éléments qui motivent les juges dans leur décision, on peut s'appuyer sur les théories attitudinales ou conséquentialiste qui nous permettent de sortir du dogme « kelsenien-formaliste », selon lequel les juges ne décideraient qu'en droit – et qui reste la « doctrine » officielle du Conseil constitutionnel<sup>63</sup>. Les théories attitudinales considèrent que les juges sont motivés par des préférences idéologiques et politiques dans leurs décisions<sup>64</sup>. Ceci est possible de le déterminer aux États-Unis, où les opinions des juges sont connues ainsi que leurs positions sur les décisions de la Cour suprême<sup>65</sup>. En France, il est beaucoup plus compliqué de déterminer la part des croyances et des idéologies dans les motivations des juges, car les débats ne sont pas publics – les procès-verbaux ne sont déclassifiés qu'après vingt ans – et les opinions dissidentes ne sont pas publiées<sup>66</sup>. Toutefois, l'ancien président du Conseil, Pierre Mazeaud, déclarait lors d'un colloque de droit constitutionnel en 2005 que « le contrôle de constitutionnalité repose pour partie sur des considérations extrajuridiques<sup>67</sup> » ; Laurent Fabius, lui, souscrit publiquement à l'approche conséquentialiste<sup>68</sup>.
- 39 Ainsi, des concepts comme la propriété et la liberté d'entreprendre n'ont pas « d'essence », elles sont « des instruments de technique juridique » pouvant être mis au service de telle ou telle position idéologique. Le sens d'un concept juridique relève donc d'un choix politique. Si l'on reprend le cas de la « loi Florange », on peut s'étonner de sa censure du fait de l'atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre. On pourrait, en plus de considérer l'intérêt des actionnaires, également prendre en compte celui des salariés et celui de la société. Ce choix est éminemment politique. De même, à cette époque, la censure décidée par le juge pourrait s'expliquer par la composition du Conseil. Comme le rappelle Jean-Pascal Chazal, sur les sept membres ayant siégé dans le délibéré, cinq devaient leur nomination à différentes personnalités de droite<sup>69</sup>. Un Conseil majoritairement de droite, partageant des croyances similaires sur la conception de l'économie, du rôle des entreprises et des actionnaires, face à une loi jugée « interventionniste » de la part d'un législateur socialiste ; il y a fort à parier que le juge constitutionnel a mis en balance des arguments extrajuridiques et pas uniquement formalistes. Enfin, on sait que le Conseil constitutionnel est perméable aux groupes d'influences, notamment par la pratique des portes étroites, qui tend toutefois à être davantage régulée depuis quelques années<sup>70</sup>.
- 40 Ainsi, concernant les principes contenus dans le préambule de la Constitution de 1946, ces derniers n'ont pas reçu la même portée normative que les droits et libertés

contenus dans la DDHC de 1789 ; certains sont des objectifs à valeur constitutionnelle ; aucun n'est un principe à valeur constitutionnel<sup>71</sup>. Cette distinction se fonderait sur une approche conséquentialiste, que certains comme Pierre Mazeaud qualifient de « réalisme » pour justifier cette différence de traitement. En ce sens, le juge constitutionnel ne se résout pas à fixer un niveau déterminé pour les prestations sociales, de même qu'il a renoncé à mettre en œuvre la règle générale de « non-retour en arrière », aussi appelée « effet cliquet », car cela aurait pour conséquence que la législation nouvelle aurait toujours dû être plus protectrice que l'ancienne en matière de droits et de libertés, en particulier pour les droits économiques et sociaux : « on peut en effet envisager que certaines évolutions économiques rendent impossible le maintien du niveau de protection déjà atteint<sup>72</sup> ».

## B. Un principe pouvant être remis en cause : le cas de la décision du 31 janvier 2020

- 41 « La censure des lois régulatrices est fréquente ; la validation des lois de dérégulation systématique<sup>73</sup> ». N'y a-t-il plus rien à attendre du Conseil constitutionnel comme l'écrit Julien Icard ? S'il est établi que le Conseil constitutionnel a adopté ces dernières années une approche libérale dans sa jurisprudence économique et sociale, celle-ci a commencé à être remise en cause. Même si les lois sur le travail et l'économie sont toujours validées, les censures au nom de la liberté d'entreprendre se font plus rares. Surtout, le juge constitutionnel français fait preuve d'audaces en matière de contrôle de proportionnalité vis-à-vis de la liberté d'entreprendre, puisque ce dernier s'est vu écarté au profit de la notion de « protection de l'environnement » qui est désormais reconnu comme un objectif à valeur constitutionnelle.
- 42 En ce sens, la décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 est la confirmation d'un tournant dans la jurisprudence constitutionnelle. Si elle revient sur la précédente décision de principe du 7 mai 2014 qui disposait que le préambule de la charte de l'environnement « n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit<sup>74</sup> », elle s'inscrit dans les pas de la décision « Bisphénol A » du 17 septembre 2015. L'article premier de la loi n° 2012-1442 du 24 décembre 2012 prévoyait la suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout produit comportant du bisphénol A et destiné à entrer en contact direct avec des denrées alimentaires. Le Conseil constitutionnel a estimé que « la commercialisation des produits en cause est autorisée dans de nombreux pays et qu'ainsi la suspension de la fabrication et de l'exportation de ces produits sur le territoire de la République ou à partir de ce territoire est sans effet sur la commercialisation de ces produits dans les pays étrangers<sup>75</sup> ». Alors que le Conseil valide bien l'interdiction de l'importation et de la mise sur le marché de produits contenant du bisphénol A au nom de la protection de la santé, il a toutefois indiqué que la suspension de la fabrication et de l'exportation de ces produits depuis la France apportait à la liberté d'entreprendre des restrictions qui n'étaient pas en lien avec l'objectif poursuivi.
- 43 La QPC, renvoyée par le Conseil d'État à la demande de l'Union des industries de la protection des plantes, visait à censurer, au nom des droits et libertés que la Constitution garantit, le paragraphe IV de l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime issu de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 « pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable

et accessible à tous ». Ces dispositions interdisent la production, le stockage et la circulation en France des produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées par l'Union européenne, en raison de leurs effets sur la santé humaine, la santé animale et sur l'environnement. Elles font ainsi obstacle non seulement à la vente de tels produits en France, mais aussi à leur exportation. L'Union des industries de la protection des plantes, rejointe par l'Union française des semenciers, soutenait que l'interdiction d'exportation instaurée par ces dispositions était, par la gravité de ses conséquences pour les entreprises productrices ou exportatrices, contraire à la liberté d'entreprendre ; le Conseil n'a pas suivi cet argument, et est allé plus loin encore que dans la décision « Bisphénol A » du 17 septembre 2015.

- 44 La décision du 31 janvier 2020 est fondamentale. Tout d'abord, elle permet d'écarter le grief de l'atteinte à la liberté d'entreprendre au regard d'objectifs à valeur constitutionnelle. Si la protection de la santé, déjà reconnue par le juge constitutionnel, est mobilisée dans la décision, c'est la consécration d'un nouvel objectif, la protection de l'environnement, qui retient l'attention du constitutionnaliste. Cette consécration du principe de protection de l'environnement s'inscrit dans une évolution récente de la jurisprudence constitutionnelle, qu'il s'agisse de la décision « gaz de schiste » du 11 octobre 2013 qui fait de la protection de l'environnement un « but d'intérêt général<sup>76</sup> » ou la décision du 11 octobre 2019 qui qualifie la protection de l'environnement « d'objectif d'intérêt général<sup>77</sup> ». Le moyen de procéder du Conseil constitutionnel est aussi inédit dans la mesure où il se réfère au préambule de la Charte de l'environnement :

[...] l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel [...] l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains [...] la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation [...] afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins<sup>78</sup>.

- 45 On peut également noter que dans son sixième considérant, le Conseil constitutionnel rappelle sa méthode d'interprétation, fondée sur la conciliation de la liberté d'entreprendre avec les objectifs de protection de santé publique et de protection de l'environnement. Dans une perspective conséquentialiste, il admet que le législateur peut tenir compte des effets des activités économiques et industrielles en France, mais aussi à l'étranger, notamment dans les pays du Sud qui sont les marchés ciblés par la vente de produits phytopharmaceutiques : « il appartient au législateur d'assurer la conciliation des objectifs précités avec l'exercice de la liberté d'entreprendre. À ce titre, le législateur est fondé à tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger<sup>79</sup> ».
- 46 Ensuite, en se référant explicitement à la Charte de l'environnement – en particulier son préambule – le Conseil constitutionnel confirme la possibilité d'invoquer le préambule de la Charte pour justifier la formulation d'un nouvel objectif de valeur constitutionnelle ayant pour fonction de limiter la portée de droits et de libertés que la Constitution garantit aux justiciables à travers la QPC. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il reconnaisse aux justiciables la faculté de se prévaloir de ce préambule et des principes ou objectifs qui en découlent. Ainsi, rien ne permet d'affirmer l'abandon de la solution retenue dans la décision *Société Casuca* du 7 mai 2014 dans laquelle le Conseil



affirme que les dispositions du préambule de la Charte « ne peuvent être invoquées à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution<sup>80</sup> ». Il apparaît qu'un justiciable ne peut toujours pas se prévaloir d'un tel objectif dans le cadre d'une QPC. Ainsi, certaines normes constitutionnelles restent l'apanage du Conseil, tandis que le justiciable se voit offrir un nombre réduit de dispositions. Une « situation d'invocabilité asymétrique » se crée alors, dans laquelle les objectifs ont une justiciabilité moindre que les d'autres droits et libertés, parmi lesquels la liberté d'entreprendre. Malgré cette asymétrie malheureuse dans l'invocabilité des normes constitutionnelles par le justiciable dans le cadre de la QPC, nos conclusions rejoignent celles développées par Véronique Champeil-Desplats quant à cette décision du Conseil qui interprète de manière plus solidariste la liberté d'entreprendre :

Ceux et celles qui appelaient des signes de rééquilibrage entre les libertés économiques, d'un côté, et des exigences à caractère social ou environnemental de l'autre, ne peuvent qu'être satisfaits de la consécration constitutionnelle d'un objectif de protection de l'environnement. D'abord en tant qu'intérêt général, puis en qualité d'objectif à valeur constitutionnelle, la protection de l'environnement est opposée par le Conseil à des acteurs économiques qui se prévalaient de l'égalité devant les charges publiques et la liberté d'entreprendre<sup>81</sup>.

- 47 On peut penser que la prise en compte des préoccupations environnementales par le juge constitutionnel participe d'une reconfiguration plus profonde du logiciel idéologique des sages de la rue de Montpensier. Depuis 2016, Laurent Fabius est le président du Conseil constitutionnel. Dès son entrée en fonction, il a fait savoir qu'il entendait faire du Conseil une « Cour constitutionnelle du futur<sup>82</sup> », en envisageant notamment la fin de la présence des anciens présidents et en poursuivant la tâche de son prédécesseur de rapprocher le juge constitutionnel des citoyens – par la délocalisation de certaines audiences, ou encore la simplification dans la rédaction et la motivation des décisions – mais également de la doctrine<sup>83</sup>. De par certaines de ses décisions, le Conseil constitutionnel repart à la conquête de principes à consacrer.
- 48 Comment ne pas penser à la décision qui consacre la fraternité comme un principe à valeur constitutionnelle ? Alors que Charles Benoist écrivait « qu'inscrire dans une formule politique : Fraternité, c'est absolument la même chose que d'y inscrire : Abracadabra<sup>84</sup> », le Conseil constitutionnel, dans une décision largement commentée par la doctrine et dans les médias, reconnaît la notion de fraternité comme un principe à valeur constitutionnelle. Auparavant, ce principe était considéré comme non juridique, seulement programmatique. Toutefois, depuis la décision de 2018, ce principe a désormais sa place dans le bloc de constitutionnalité. Il a été invoqué par le juge constitutionnel pour justifier la censure des poursuites pénales à l'encontre des personnes venant en aide à la circulation d'un étranger en situation irrégulière sur le sol français<sup>85</sup>. Dès lors, serait-il possible que le principe de fraternité puisse être entendu de manière extensive par le juge constitutionnel dans des décisions ultérieures ? En effet, on peut penser que ce principe, dans une acceptation solidariste, implique des relations d'aide et de soutien entre les individus et les groupes d'individus, et incite à la reconnaissance de nouveaux principes constitutionnels dans le champ économique et social, avec une obligation non plus de moyens, mais de résultats dans les politiques de redistribution, ou dans les politiques de l'emploi... Il est cependant permis d'en douter. Selon Michel Borgetto, « lorsqu'on connaît la prudence avec laquelle le juge a jusqu'à présent exercé son contrôle sur les éventuelles atteintes portées aux droits sociaux garantis par la Constitution, il est permis de ne pas redouter

autre mesure, suite à la décision du 6 juillet, l'avènement d'un gouvernement des juges<sup>86</sup> ». Ainsi, ce principe servirait davantage à confirmer des dispositions sur la lutte contre le racisme, la mise en place de nouvelles allocations, plutôt que d'invalider des mesures jugées contraires à la fraternité.

- 49 Ces décisions du Conseil constitutionnel sont encourageantes. Cette évolution reste cependant fragile car les décisions dépendent d'un certain rapport de forces idéologique et de contraintes extrajuridiques incertaines, qu'il s'agisse de la société civile mobilisée ou de groupes d'intérêts financiers ou industriels. Ainsi, la critique adressée à l'encontre de la composition des membres dans le délibéré de la décision sur la « loi Florange » en 2014 – nommés dans leur majorité par des personnalités de droite – peut être reprise dans le cas de la décision sur le principe de fraternité en 2018 ou dans la décision sur la protection de l'environnement en 2020 où une majorité des membres ayant participé aux délibérés avait été nommée par des personnalités de « gauche<sup>87</sup> ». La composition politique du Conseil constitutionnel influence fortement l'interprétation des dispositions législatives qui lui seront soumises, confirmant la thèse de Raphaël Franck sur la corrélation entre la couleur politique des nominations et le taux de censures<sup>88</sup>.
- 50 Comme nous l'avons déjà dit, le fait que la jurisprudence du Conseil constitutionnel soit marquée par une prise de position idéologique ne constitue pas un problème en soi ; celle-ci existe dans n'importe quelle Cour constitutionnelle. Selon Jean-Pascal Chazal, « le juge se doit de compenser, pour ainsi dire, son déficit démocratique par une motivation explicitant ses choix de politique jurisprudentielle<sup>89</sup> ». La motivation de la décision rend le juge plus légitime : en expliquant son choix, il permet aux citoyens de comprendre la décision et les arguments qui la soutiennent. Plutôt que de se réfugier derrière une fausse neutralité et les syllogismes juridiques, le juge constitutionnel devrait assumer que ses décisions soient politiques en ce qu'elles interprètent d'une certaine manière le droit constitutionnel. Il faut donc comprendre les principes juridiques, et plus encore les principes constitutionnels, comme de véritables « auberges espagnoles ». Enfin, il faut nuancer l'évolution de la jurisprudence, qui s'apparente davantage à une inflexion. Certes, des décisions fondamentales ces dernières années sont rentrées dans les annales. Mais il ne s'agit pas non plus d'un revirement à 180 degrés, comme en témoigne la conformité des textes législatifs de 2016, 2017 et 2018 qui viennent « flexibiliser » le droit du travail.
- 51 Nous venons de le voir, l'interprétation qu'a le Conseil constitutionnel de la notion de liberté d'entreprendre est évolutive. Après une lente mais continue consécration et renforcement de la protection de cette liberté, il apparaît que les atteintes portées à l'encontre de cette dernière sont de plus en plus justifiées au regard de la situation économique, sociale, mais aussi sanitaire. En effet, avec la crise du Covid-19, on peut se demander si les conditions extrajuridiques de l'interprétation peuvent peser en faveur d'une protection accrue des droits sociaux et économiques. La notion de liberté d'entreprendre a été remise en cause par le nouvel objectif à valeur constitutionnelle qu'est la protection de l'environnement. La crise sanitaire et maintenant économique qui touche l'ensemble de la planète peut constituer l'opportunité pour le Conseil constitutionnel de redéfinir la liberté d'entreprendre à l'aune d'autres normes constitutionnelles. On pense en premier lieu à l'objectif de protection de la santé publique, qui pourrait être rapidement mobilisé dans le cadre d'éventuelles atteintes à la liberté d'entreprendre et plus largement au droit de propriété si d'aventure le

législateur se risquait à réquisitionner certaines filières textiles dans la fabrication de masques ou à nationaliser certaines entreprises considérées comme stratégiques.

- 52 Il paraît nécessaire de traiter de manière égale les différentes générations de droits, en particulier les droits économiques, sociaux et environnementaux. Selon Christophe Radé, ceci « rehausserait ainsi la valeur symbolique des droits sociaux en évitant toute fâcheuse hiérarchisation avec les droits et libertés classiques, et pourrait même favoriser l'émergence de nouveaux principes<sup>90</sup> ». Il s'agirait donc de faire des principes contenus dans le préambule de la Constitution de 1946 et dans la Charte de l'environnement de véritables principes à valeur constitutionnelle, de même rang que les principes de la DDHC. De même, afin de mieux intégrer ces droits dans le bloc de constitutionnalité, il serait temps – enfin – de prendre en compte les conventions internationales dans le contrôle de constitutionnalité, et donc opérer un revirement de jurisprudence quant à la décision IVG de 1975. On pense ici au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, à la Charte sociale européenne, et surtout aux différentes conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), en particulier la convention n°158 relative au licenciement. Enfin, le Conseil constitutionnel, en rendant ses débats publics et ses décisions davantage motivées, et en publiant les opinions dissidentes, permettrait à ses décisions d'être mieux comprises et donc plus légitimes pour les justiciables et la société française. La nomination très politique des membres du Conseil constitutionnel pourrait donc être contrebalancée par une meilleure légitimité des décisions du juge constitutionnel.

---

## NOTES

1. « Parisot veut inscrire la 'liberté d'entreprendre' dans la Constitution », *Le Monde*, 8 juillet 2012.
2. CC, Décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 16.
3. La décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *corporations d'Alsace-Moselle*, indique que la liberté d'entreprendre comprend deux objets : « non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité » (cons. n° 7).
4. DE BÉCHILLON Denys, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°49, octobre 2015, p. 7.
5. GOURCUFF Marianne, « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés [En ligne] », *La Revue des droits de l'homme*, n°5, 2014, mis en ligne le 26 mai 2014, consulté le 1 mai 2019.
6. CC, Décision n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*.
7. CC, Décision n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, cons. 16.
8. Depuis 1983 et sa décision fondatrice en la matière, le Conseil constitutionnel considère que « le législateur s'oblige à poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre

d'intéressés » ; CC, Décision n° 83-156 DC, 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*. Ce n'est pas ici l'obligation de moyen qui pose problème, mais bien l'absence de consécration constitutionnelle de la part du juge constitutionnel.

9. CC, Décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

10. CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 2014, p. 158.

11. CC, Décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 16.

12. Cité dans : *Quelques éléments sur le droit de propriété et le Conseil constitutionnel*, note d'information interne aux services du Conseil constitutionnel, Conseil constitutionnel, consulté le 26 mai 2020.

13. DRAGO Guillaume, « La liberté d'entreprendre », *Commentaire*, 2015/2, n°150, p. 398.

14. DRAGO Guillaume, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 9, 2011, p. 32.

15. ZEVOUNOU Lionel, « Le concept de 'constitution économique' : une analyse critique [en ligne] », *Jus Politicum*, n° 21.

16. CC, Décision n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*.

17. CC, Décision n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, cons. 20.

18. CC, Décision n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 53.

19. CC, Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 50.

20. CC, Décision n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre*, cons. 5.

21. Commentaire de la Décision n° 2013-684 DC, 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*, p. 29.

22. CC, Décision n° 2013-684 DC, 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*, cons. 91.

23. CC, Décision n° 2014-692 DC, 27 mars 2014, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*.

24. CC, Décision n° 2015-476 QPC, 17 juillet 2015, *Société Holding Désile*.

25. « L'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays, est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale. Une telle obligation porte dès lors à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » ; CC, Décision n° 2016-741 DC, 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, cons. 103.

26. CC, Décision n°2018-732 QPC, 21 septembre 2018, *Grand port maritime de la Guadeloupe*.

27. On pense ainsi à la validation des lois qui flexibilisent en 2006, 2013, 2016, 2017 et 2018. Le Conseil constitutionnel, de ce point de vue, s'oppose à la jurisprudence de la Cour de cassation qui mobilise régulièrement les textes des conventions internationales, notamment dans sa décision sur le CNE avec la convention 158 de l'OIT en écartant le contrôle du juge sur le licenciement (Cass., ch. sociale, 1<sup>er</sup> juillet 2008, n° 07-44.124).

28. La notion de République sociale peut être définie à partir d'un métaprinциpe, le *Sozialstaat* en droit allemand, qui permet « de lier les droits et les devoirs dans le domaine économique et social comme dans le domaine environnemental » ; FONTAINE Lauréline, SUPIOT Alain, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit social*, septembre 2017, n° 9, pp. 754-763.

29. CC, Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 46.

30. GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel [en ligne] », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007.

31. DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014/4, n°45, p. 13.

32. « Le Conseil a dégagé de lui-même plusieurs principes qui témoignent d'une volonté aussi ancienne que constante de se détourner du 'gouvernement des juges'. Cette attitude a contribué à faire accepter ses décisions » ; MAZEAUD Pierre, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité [en ligne] », conférence donnée en 2005 à Erevan.
33. CC, Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.
34. CC, Décision n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*.
35. RADÉ Christophe, « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaider pour un changement de modèle », *Droit social*, n°9, septembre 2018, p. 726.
36. CC, Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1
37. TALON Méliandre, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *Revue du droit public*, n°1, janvier 2020, p. 137.
38. De l'aveu même du Conseil constitutionnel, les objectifs de valeur constitutionnelle « paraissent avoir pour fonction d'éviter de conférer un caractère absolu aux principes de valeur constitutionnelle » (Cons. const., « Le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques par le Conseil constitutionnel », rapport présenté par la délégation française à la VIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes, Lisbonne, 26-30 avril 1987, *Revue française de droit administratif*, 1987, p. 851.
39. « [...] l'exigence constitutionnelle résultant des dispositions précitées des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille ; qu'il est cependant loisible au législateur, pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités d'aide aux familles qui lui paraissent appropriées [...] » ; CC, Décision n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, cons. 33. Le Conseil constitutionnel se refuse à exercer un contrôle sur un droit minimal à des prestations matérielles. Toutefois, « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » ; CC, Décision n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 6. De même, concernant le ticket modérateur mise en place en 2004, « le montant de cette participation devra être fixé à un niveau tel que ne soient pas remises en cause les exigences du 11e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 » ; CC, Décision n° 2004-504 DC, 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 13.
40. GAY Laurence, *Les "droits-créances" constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, « Collection de droit public comparé et européen », 2007, 826 p.
41. CC, Décision n° 2012-248 QPC, 16 mai 2012, *M. Mathieu E.*, cons. 6.
42. CC, Décision n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, cons. 7.
43. À ces objectifs on peut aussi rajouter : la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, le pluralisme, la transparence financière des entreprises de presse, la recherche des auteurs d'infractions, la lutte contre la fraude fiscale, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi que l'égalité entre les collectivités territoriales.
44. MAZEAUD Pierre, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité [en ligne] », conférence donnée en 2005 à Erevan.
45. CC, Décision n° 2018-761 DC, 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*.
46. FONTAINE Lauréline, SUPIOT Alain, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *op. cit.*

47. RADÉ Christophe, « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaider pour un changement de modèle », *op. cit.*, p. 726.
48. CC, Décision n° 2009-588 DC, 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical*
49. CC, Décision n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* ; CC, Décision n° 2016-736 DC, 4 août 2016, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*.
50. RIVERO Jean, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », *Actualité juridique du droit administratif*, 1981, p. 275.
51. DRAGO Guillaume, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », *op. cit.*, p. 37.
52. CHAZAL Jean-Pascal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *Recueil Dalloz*, n° 19, 22 mai 2014, pp. 1101-1106.
53. RADÉ Christophe, « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaider pour un changement de modèle », *op. cit.*, p. 726.
54. GAHDOUN Pierre-Yves, « Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière sociale est-il trop 'relâché' ? », *Droit social*, n° 9, septembre 2018, p. 732.
55. On pense notamment à la décision du 6 novembre 1996 qui consacre la convention collective ; CC, Décision n° 96-383 DC, 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*
56. CC, Décision n° 2010-68 QPC, 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région*.
57. CC, Décision n° 2015-519 QPC, 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash*.
58. CC, Décision n° 2013-345 QPC, 27 septembre 2013, *Syndicat national Groupe Air France CFTC*.
59. CC, Décision n° 2015-519 QPC, *précit*.
60. On peut penser à la décision de mars 2006, dans laquelle le Conseil constitutionnel estime qu'aucun principe constitutionnel n'interdit au Parlement d'instaurer un mécanisme de rupture non motivée relatif au contrat première embauche (CPE) ou au contrat nouvelle embauche (CNE) ; CC, Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*. En 2007, en matière de droit de grève, le Conseil valide le système des « préavis » qui impose de respecter un certain délai entre le moment où le travailleur informe son employeur de son intention d'entrer en grève et le moment où il utilise effectivement son droit ; CC, Décision n° 2007-556 DC, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*. En 2008, le Conseil valide également le mécanisme de la « déclaration préalable » obligeant certains agents des services publics d'informer au préalable de leur volonté d'avoir recours au droit de grève ; CC, Décision n° 2008-569 DC 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*. En 2009, le juge constitutionnel refuse de reconnaître le repos dominical des salariés comme un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » ; CC, Décision n° 2009-588 DC, 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*. En 2013, le Conseil indique que le législateur peut méconnaître le principe de participation des travailleurs dans la gestion des entreprises : « le huitième alinéa du Préambule de 1946 n'impose pas la présence de représentants des salariés au sein des organes de direction de l'entreprise » ; CC, Décision n° 2013-333 QPC, 26 juillet 2013, *M. Philippe M. et autres*.
61. « Ce n'est pas la dimension politique et idéologique de cette décision qui est critiquable - le droit est fait de politique et d'idéologies -, c'est sa dissimulation sous des principes et notions (propriété, liberté d'entreprendre, entreprise) présentés comme évidents et derrière un raisonnement syllogistique qui confère une apparence mécanique et objective à la solution » ;

CHAZAL Jean-Pascal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *op. cit.*

62. *Ibidem.*

63. Dans le rapport d'activité 2018 du Conseil constitutionnel, Michel Charasse indique que « ni les convictions philosophiques ou politiques des uns et des autres, ni les positions publiques prises dans le passé par certains d'entre nous, n'ont jamais eu leur place dans nos délibérations [...] Les appréciations personnelles, d'humeur ou d'opportunité, n'y ont pas droit de cité non plus. Pas plus que nous effleure la tentation du "gouvernement des juges" : le Conseil rappelle régulièrement qu'il n'a pas le même pouvoir d'appréciation que le Parlement, et qu'il n'a pas le droit de faire la loi à sa place ! » ; *Rapport d'activité 2018*, Conseil constitutionnel.

64. FRANCK Raphaël, "Judicial Independence Under a Divided Polity: A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959-2006", *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 25, n° 1, mai 2009, pp. 262-284.

65. « La probabilité de censure d'une loi conservatrice sur cette période était de 27 % pour les juges conservateurs contre 76 % pour les juges démocrates. A contrario, la probabilité de censurer une loi libérale était de 17 % pour les libéraux et de 46 % pour les juges conservateurs » ; ESPINOSA Romain, « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question », *Les Cahiers de la Justice*, 2015/4, n°4, pp. 549-550.

66. Toutefois, on peut spéculer sur une éventuelle « retenue judiciaire » des juges en comparant la censure des dispositions législatives par rapport à la couleur politique du Conseil constitutionnel et sa concordance – ou non – avec celle du Parlement. Romain Espinosa estime ainsi qu'il existe une influence entre la nomination politique des membres et la censure de lois : les variables politiques sont corrélées avec la décision d'invalidation, la droite censure moins les lois de droite, et la gauche censure moins les lois de gauche. A contrario, la droite censure davantage les lois de gauche, et vice-versa. De même, le Conseil constitutionnel est plus enclin à valider une loi déjà censurée une première fois, ou si la précédente décision était aussi une censure. Enfin, le Conseil prend en compte l'attitude du Parlement suite à une première censure. Pierre Mazeaud explique que « cette rareté s'explique surtout par le souci du Conseil de ne pas créer une situation de crise avec le Parlement, dès lors, du moins, que le « message » contenu dans la première décision a été entendu par le législateur ».

67. MAZEAUD Pierre, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité [en ligne] », conférence donnée en 2005 à Erevan.

68. « Nous prenons nos décisions sur une base juridique d'abord, mais tout en regardant leurs conséquences » ; Laurent Fabius : « La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée », *Le Monde*, 17 avril 2016.

69. Parmi les membres présents, le président Jean-Louis Debré avait été nommé par Jacques Chirac ; Claire Bazy Malaurie par Bertrand Accoyer ; Guy Canivet par Jean-Louis Debré (alors président de l'Assemblée nationale) ; Renaud Denoix de Saint Marc par Christian Poncelet et Michel Charasse par Nicolas Sarkozy.

70. Sur les portes étroites, voir notamment cette enquête de Mediapart : MATHIEU Mathilde, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies », *Mediapart*, 4 novembre 2015.

71. On note comme seule exception la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, mais qui ne constitue pas à proprement parler un droit ou une liberté individuelle ou collective ; CC, n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

72. « C'est évidemment le réalisme qui a dicté cette solution : le niveau des prestations servies par l'« État Providence » étant conditionné par la situation économique, il ne serait pas raisonnable de le fixer de façon rigide au niveau constitutionnel » ; MAZEAUD Pierre, « La place des

considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité [en ligne] », conférence donnée en 2005 à Erevan.

73. ICARD Julien, « Il n'y a plus rien à attendre du Conseil constitutionnel », *Libération*, 3 avril 2018.

74. CC, Décision n° 2014-394 QPC, 7 mai 2014, *Société Casuca*.

75. CC, Décision n° 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe*, cons. 8.

76. « [...] qu'en interdisant le recours à des forages suivis de fracturation hydraulique de la roche pour l'ensemble des recherches et exploitations d'hydrocarbures, lesquelles sont soumises à un régime d'autorisation administrative, le législateur a poursuivi un but d'intérêt général de protection de l'environnement » ; CC, Décision n° 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*, cons. 12.

77. « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur des conséquences pour l'environnement de la culture des matières premières en question, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de l'objectif d'intérêt général de protection de l'environnement poursuivi », CC, Décision n° 2019-808 QPC, 11 octobre 2019, *Société Total raffinage France*, cons. 8.

78. CC, Décision n° 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, cons. 4.

79. *Ibidem*, cons. 6.

80. CC, Décision n° 2014-394 QPC, 7 mai 2014, *Société Casuca*, cons. 5.

81. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles [en ligne] ? », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 février 2020, consulté le 21 mai 2020.

82. « Laurent Fabius : "La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée", *Le Monde*, 17 avril 2016.

83. Ce rapprochement avec la doctrine et le monde de l'université continue de se réaliser, avec la publication de la nouvelle revue en ligne *Titre VII*, ainsi que la tenue régulière de colloques. On note aussi le renvoi à certains articles de doctrine concernant les décisions jugées importantes. Malgré une certaine ouverture, le Conseil constitutionnel semble développer « l'auto-doctrine » et ne pas avoir recours à la doctrine dans sa jurisprudence. Dans les commentaires des décisions rédigés par le secrétariat général, on trouve peu de références doctrinales. L'essentiel des références se trouve dans la première partie du commentaire qui vise à analyser les dispositions contestées, tandis que dans la seconde partie, relative au contrôle de constitutionnalité, les références sont plus rares, alors que c'est justement dans cette partie que le juge constitutionnel explique son raisonnement ; SEVERINO Caterina, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/1, n° 105, pp. 77-100.

84. BENOIST Charles, *Sophismes politiques de ce temps. Étude critique sur les formes, les principes et les procédés de gouvernement*, Paris, Perrin, 1893, p. 131.

85. « [...] il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national [...] Toutefois, aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. En outre, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle. Dès lors, il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public » ; CC, Décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre*, cons. 8 ; 9 ; 10.

86. BORGETTO Michel, « La fraternité devant le Conseil constitutionnel », *La Semaine Juridique*, n° 30-35, 23 juillet 2018, doct. 876.



87. Dans le cas de la décision du 6 juillet 2018, cinq membres (dont le président) sur huit avaient été nommés par des personnalités de gauche. Dans le cas de la décision du 31 janvier 2020, la classification est plus complexe, du fait de l'incertitude à mettre dans une catégorie prédéfinie l'orientation politique de l'actuel président de l'Assemblée nationale et du président de la République. Toutefois, une majorité relative (quatre membres sur neuf) avait été nommée par des personnalités de gauche.

88. FRANCK Raphaël, "Judicial Independence Under a Divided Polity: A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959-2006", *op. cit.*

89. CHAZAL Jean-Pascal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *op. cit.*

90. RADÉ Christophe, « Conseil constitutionnel et droits sociaux : plaidoyer pour un changement de modèle », *op. cit.*

---

## RÉSUMÉS

La liberté d'entreprendre est reconnue comme un principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. De plus en plus invoquée dans les décisions en matière économique et sociale, elle apparaît comme le symbole d'une interprétation « néolibérale » du juge constitutionnel français, qui mobilise cette liberté pour censurer des dispositions visant à réguler l'économie ou mieux protéger les salariés, ou au contraire pour valider des textes qui amendent le Code du travail vers une plus grande flexibilité. L'interprétation du Conseil, sensible aux considérations extrajuridiques, laisse toutefois entrevoir la possibilité d'une réinterprétation de ce principe à l'aune d'une lecture plus solidariste. Il s'agit dans cet article de revenir sur la consécration de la liberté d'entreprendre, d'analyser son rôle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais aussi d'étudier les limites nouvelles qui lui sont apportées par le juge constitutionnel, notamment avec la décision du 31 janvier 2020.

The freedom of enterprise is known as a principle with constitutional value according to the Constitutional Council. Increasingly invoked in economic and social decisions, it appears as the symbol of a "neoliberal" interpretation of the French constitutional court, which uses this freedom to censor provisions aimed at regulating the economy or better protecting employees, or on the contrary to validate texts which amend the Labor Code towards greater flexibility. The Council's interpretation, which is quite sensitive to extra-legal considerations, however gives the possibility of a more solidarism interpretation of this principle. This article proposes to investigate the freedom of enterprise into the jurisprudence of the Constitutional Council and to study the new limits highlighted by the constitutional court, particularly since the decision of January 31, 2020.

## INDEX

**Keywords :** freedom of enterprise, Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, preamble of the 1946 Constitution, control of proportionality, protection of the environment

**Mots-clés :** liberté d'entreprendre, DDHC, préambule de la Constitution de 1946, contrôle de proportionnalité, protection de l'environnement

## AUTEUR

### **VICTOR AUDUBERT**

Victor Audubert est docteur en droit public, enseignant-chercheur à Sciences Po Rennes et à l'IDPS - Université Sorbonne Paris Nord