

# Chronique de droit public



**Pierre-Yves GAHDOUN**

Professeur à l'Université de Montpellier CERCOP

## I. La liberté d'entreprendre des personnes publiques

*Décision n° 2018-732 QPC du 21 septembre 2018*

*Grand port maritime de la Guadeloupe [Option irrévocable d'adhésion au régime d'assurance chômage pour certains employeurs publics]*

Depuis toujours ou presque, la liberté d'entreprendre est enveloppée par un épais maillage réglementaire dont l'objectif essentiel consiste à préserver l'ordre public sous toutes ses formes : 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, interdiction de soumissionner pour les entreprises condamnées, etc. Mais il arrive aussi que la limitation de la liberté d'entreprendre échappe à toute considération d'ordre public et trouve sa source dans la volonté du législateur de permettre, sur un marché donné, une concurrence libre et loyale entre les différents opérateurs<sup>(1)</sup>. Par exemple, des avantages ou des aides peuvent être concédés à certains acteurs du marché, et pas à d'autres, au nom d'une meilleure concurrence ; par exemple encore, des grandes entreprises peuvent subir des contraintes particulières – financières ou techniques – lorsque l'autorité publique souhaite favoriser l'activité des PME dans un secteur déterminé. Dans ces différents cas, l'équation à résoudre n'est jamais simple, car la limitation de la liberté d'entreprendre de certains acteurs du marché trouve son explication et sa justification dans la nécessité de renforcer... la liberté d'entreprendre d'autres opérateurs ! Une bonne illustration de cette « tension » qui agite parfois la liberté d'entreprendre se trouve, nous semble-t-il, dans la décision n° 2018-732 QPC du 21 septembre 2018.

Il était question en l'espèce de l'article L. 5424-2 du code du travail dans sa rédaction résultant de la loi du 7 décembre 2010. Cette disposition offre aux entreprises publiques, c'est-à-dire celles dont le capital est détenu majoritairement ou en totalité par l'État ou des collectivités publiques, une alternative en matière d'affiliation au régime d'assurance chômage : soit le régime général d'assurance chômage – celui qui gouverne toutes les entreprises privées – ; soit une gestion personnelle et directe de l'assurance chômage des agents de la structure. En pratique, le choix de l'un ou l'autre des modes de gestion se concrétise par la signature d'une « convention » passée entre les entreprises publiques concernées et Pôle emploi. La liberté des entreprises publiques dans ce domaine est néanmoins assortie d'une contrainte : dès lors qu'une entreprise décide de s'affilier au régime général d'assurance chômage, la décision devient « irrévocable » et il n'est plus possible, pour l'opérateur signataire de la convention, de faire machine arrière. Ce que dénonçait précisément le « Grand port maritime de la Guadeloupe » – un EPIC – en estimant que le caractère irrévocable de l'option portait atteinte à la liberté d'entreprendre des entreprises publiques ainsi qu'à leur liberté contractuelle (puisqu'il s'agit d'une convention).

Le Conseil rejette néanmoins ces deux griefs en jugeant que la contrainte imposée aux entreprises publiques, bien réelle, se justifie par le souhait légitime du législateur de « limiter l'avantage compétitif procuré à ces employeurs par le caractère facultatif de leur adhésion, par rapport à leurs concurrents (*les entreprises privées*) pour lesquels cette adhésion est obligatoire ». Pour cette raison, dit encore le Conseil, « l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le caractère irrévocable de l'adhésion n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; (...) par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre doit être écarté ».

Cette décision, évidemment, a pu décevoir le Grand port maritime de la Guadeloupe qui soulignait dans son intervention orale devant les juges le coût exorbitant pour les entreprises publiques de l'affiliation perpétuelle au régime général d'assurance chômage. Mais au-delà du particularisme de l'affaire, la solution retenue par le Conseil a aussi le grand mérite de dire clairement – ce qui n'était jamais arrivé jusque-là à notre connaissance – que les entreprises publiques bénéficient, comme toutes autres formes juridiques d'entreprises, d'une protection constitutionnelle de leur liberté d'entreprendre. En clair, les entreprises publiques sont d'abord des « entreprises », avant d'être « publiques », et cela justifie de leur offrir le bénéfice des libertés économiques de rang constitutionnel.

L'originalité de cette décision tient surtout au fait que, jusqu'à présent, la jurisprudence du Conseil en matière de liberté d'entreprendre des entreprises publiques avait emprunté des chemins pour le moins sinueux.

D'abord, le Conseil s'est parfois montré assez réticent à l'idée d'élargir trop fortement le périmètre d'application de la liberté d'entreprendre, laissant ainsi entrevoir aux lecteurs de sa jurisprudence une conception plutôt étroite de la notion d'« entreprise » au sens de la Constitution. Par exemple, il avait jugé dans sa décision du 3 août 1994<sup>(2)</sup> que « les dispositions arrêtées par le législateur en vue de définir le cadre légal dans lequel les institutions de retraite supplémentaire peuvent être constituées ou maintenues ne concernent pas, compte tenu de l'objet et de la nature de ces institutions, la liberté d'entreprendre ». « La nature de ces institutions » : autrement dit, la forme juridique de ces organismes – qui sont pourtant des structures de droit privé (assureurs, banques) – interdit l'application du principe de liberté d'entreprendre, ce qui est tout de même un peu sévère. Dans le même esprit, le Conseil juge en 2014<sup>(3)</sup> que le moyen « tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre est inopérant à l'encontre d'une disposition relative à la Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales, laquelle est un organisme des régimes d'assurance vieillesse de la sécurité sociale ». De même encore, dans la décision du 13 août 2015<sup>(4)</sup>, le Conseil refuse de répondre au grief qui invoquait une atteinte à la liberté d'entreprendre des entreprises publiques, car selon lui, une obligation d'information imposée aux entreprises publiques – obligation qui était dénoncée par les requérants – « ne saurait, en elle-même, méconnaître la liberté d'entreprendre ». Dernier exemple : alors qu'il était question de la liberté d'entreprendre des établissements de santé dans une affaire en 2016<sup>(5)</sup>, le Conseil précise, dans sa réponse aux griefs formulés par les requérants, que la liberté d'entreprendre s'applique aux « établissements de santé *privés* », et seulement eux.

Le contentieux de la liberté contractuelle pouvait aussi, légitimement, faire douter de la pleine application de la liberté d'entreprendre aux personnes publiques. Dans ce domaine – très proche de la liberté d'entreprendre sous de nombreux aspects – le Conseil s'est montré particulièrement hésitant dans sa jurisprudence passée, au point qu'il est aujourd'hui bien difficile de dire si, oui ou non, les personnes publiques bénéficient d'une authentique liberté contractuelle de rang constitutionnel. Pour preuve : en 2006<sup>(6)</sup>, le Conseil consacre en grande pompe la liberté contractuelle des collectivités territoriales – position d'ailleurs largement saluée par la doctrine à ce moment – ; mais en 2014<sup>(7)</sup>, il nuance et précise que « les établissements publics ne jouissent de la liberté contractuelle que dans les conditions définies par la loi » et que « par suite, est inopérant le grief tiré de ce que la remise en cause par cette loi d'une convention entre deux établissements publics méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle ». Inopérant, donc non applicable... Dire ainsi que la liberté contractuelle est inapplicable aux EPIC – qui s'assimilent juridiquement à des « entreprises publiques »<sup>(8)</sup> – revenait donc à dire, implicitement mais nécessairement, ce que ces établissements n'étaient pas de vraies entreprises et ne pouvaient donc jouir de la liberté d'entreprendre.

Cela étant, il faut sans doute nuancer : dans une affaire QPC du 1<sup>er</sup> août 2013<sup>(9)</sup>, le Conseil soulève d'office un grief tenant à l'incompétence négative du législateur en jugeant que ce dernier n'a pas suffisamment défini la notion d'« entreprise publique ». Ce vide juridique permettait alors à la Cour de cassation de décider elle-même, par son interprétation, quelle entreprise serait ou non soumise au système de participation des salariés aux résultats de l'entreprise. Mais comme l'incompétence négative n'est pas invocable de façon isolée dans le contentieux de la QPC, il fallait nécessairement l'accompagner d'une liberté « de fond », et c'est à ce titre que la liberté d'entreprendre s'est invitée dans cette décision, laissant supposer qu'elle était applicable aux entreprises publiques dont il était justement question. Cependant, faute d'un considérant clair sur ce point, le doute était encore permis.

Il nous semble donc que la décision du 21 septembre 2018 lève les incertitudes en la matière et tranche enfin – ce qui n'est pas rien – l'épineuse question de la liberté d'entreprendre des entreprises publiques, y compris les établissements publics<sup>(10)</sup>.

On pourra néanmoins regretter deux choses dans cette affaire.

D'abord l'occasion était belle pour le Conseil de consacrer enfin un principe de libre concurrence au rang des principes constitutionnels, soit comme composante de la liberté d'entreprendre – l'hypothèse est parfois formulée <sup>(11)</sup> –, soit de façon isolée. Malheureusement, une nouvelle fois, les Sages parlent de libre concurrence sans jamais prononcer le mot, en estimant d'ailleurs que cette libre concurrence est un moteur puissant pour justifier une réglementation visant à restreindre la liberté d'action des opérateurs économiques. Au moins le Conseil pourrait-il avancer l'idée que la libre concurrence est un motif d'intérêt général « de rang constitutionnel » ou un « objectif de valeur constitutionnelle », ce qui permettrait sans doute de mieux justifier le flot d'entraves toujours plus important dans les marchés – autorités de régulation, réglementation, etc. Plus généralement, à notre sens, le développement d'un droit constitutionnel économique pertinent et efficace implique la reconnaissance d'un principe constitutionnel de libre concurrence dont le Conseil pourra dessiner les contours (et les limites) au fil de ses décisions.

Regret également en ce qui concerne la liberté contractuelle dans cette affaire : sur un point en particulier, le Conseil ne répond pas à la demande des requérants et se contente de dire que le principe de liberté contractuelle n'est, « en tout état de cause », pas méconnu : celui des engagements perpétuels. Le grief était pourtant sérieux. En instaurant un mécanisme d'option irrévocable qui se concrétise par une obligation contractuelle – l'entreprise choisit « par convention » avec Pôle emploi le régime général ou la gestion personnelle – le législateur produit, sans le dire tout à fait, un système d'engagement perpétuel, c'est-à-dire un système d'obligations dont l'une au moins des parties ne peut jamais se défaire. Cela se matérialise par une obligation « définitive » de contracter, et donc une atteinte très nette à la liberté contractuelle. Or notre droit interdit de longue date ce genre de conventions <sup>(12)</sup>. Au demeurant, le Conseil lui-même a admis sans détour, dans sa décision PACS <sup>(13)</sup>, que « les contrats à durée indéterminée (...) peuvent toujours être résiliés par l'une ou l'autre des parties » laissant ainsi supposer que la faculté de résiliation, et donc la faculté de rompre l'engagement, était une condition importante (essentielle ?) de la constitutionnalité d'un régime légal. Sur cette question des engagements perpétuels – et avec le nouvel article 1102 du Code civil qui définit la liberté contractuelle comme la liberté « de ne plus contracter » – le Conseil tenait là une opportunité de préciser et d'enrichir sa jurisprudence en matière de contrats <sup>(14)</sup>.

## II. Le nouveau principe de solidarité nationale en faveur des personnes handicapées

*Décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018*

*Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*

La consécration d'un nouveau principe constitutionnel ne signifie pas toujours, paradoxalement, une meilleure protection des droits et libertés. La décision du 15 novembre 2018 rendue à propos de la loi ELAN en est une parfaite illustration.

Dans cette affaire, le Conseil reconnaît pour la première fois un principe constitutionnel de « solidarité nationale en faveur des personnes handicapées » imposant au législateur la mise en œuvre de mesures destinées à améliorer les conditions de vie des personnes en situation de handicap. Dans une décision du 9 avril 2011 <sup>(15)</sup>, il avait déjà consacré l'existence d'un principe de solidarité nationale, sur le fondement des 10<sup>e</sup> et 11<sup>e</sup> alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, mais au profit de la catégorie plus générale des personnes défavorisées. En dissociant les personnes « handicapées » des personnes « défavorisées », le Conseil laisse entendre qu'une personne en situation de handicap n'est pas nécessairement une personne défavorisée <sup>(16)</sup> ; et ce faisant, il permet, par la consécration d'un principe constitutionnel spécifique, de cibler plus nettement la question particulière du handicap. Est-ce une bonne chose sur le terrain des libertés ?

Dans l'absolu, sans doute. Mais il faut regarder de plus près le détail de l'argumentation pour voir que, derrière les bonnes intentions, se cache une réalité moins séduisante.

Il était question en l'espèce de l'article L. 111-7-1 du code de la construction et de l'habitation qui impose la règle selon laquelle 20 % des logements des bâtiments d'habitation collectifs nouveaux doivent être accessibles aux personnes handicapées. Les saisissants reprochaient à cette disposition d'instaurer un minimum de logements neufs concernés par les impératifs réglementaires (20 %) alors que la version précédente de la disposition litigieuse – en vigueur depuis 1975 – était applicable à toute nouvelle construction (donc 100 %). Pour sa défense, le gouvernement invoquait l'impérative nécessité de promouvoir et d'accélérer la construction de logements neufs en desserrant les contraintes techniques (et financières <sup>(17)</sup>) pesant sur les bâtisseurs.

Sensible à cet argument, le Conseil rejette le grief des requérants en précisant d'abord que « les exigences constitutionnelles résultant de ces dispositions (*les 10<sup>e</sup> et 11<sup>e</sup> alinéas du Préambule de 1946*) impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes handicapées ». Mais une fois le nouveau principe énoncé, il en réduit immédiatement la portée en insistant sur la liberté dont dispose le législateur de « choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées » ou « de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ». Évidemment conclut le Conseil, « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » – ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La solution retenue peut tout de même surprendre : si l'abaissement à 20 % de la proportion des logements devant être accessibles aux personnes en situation de handicap ne constitue pas une privation des « garanties légales », on se demande alors ce qui pourrait bien produire une telle privation ! On pourra certes tirer argument de ce que le juge doit toujours maintenir une bonne distance à l'égard des choix opérés par le législateur sous peine de devenir lui-même un « gouvernant ». Mais outre le fait que la critique est un peu usée, la décision du Conseil de valider une nette érosion de la politique en faveur des personnes handicapées, revient, d'où que l'on prenne le problème, à réduire cette « solidarité nationale en faveur des personnes handicapées » à une coquille bien vide. Espérons simplement que les prochaines applications du nouveau principe soient un peu plus soucieuses du sort des premiers destinataires du principe.

### III. Biens publics et « situations légalement acquises »

*Décision n° 2018-743 QPC du 26 octobre 2018*

*Société Brimo de Laroussilhe [Inaliénabilité et imprescriptibilité des biens du domaine public]*

Le principe de pérennité des « situations légalement acquises » permet au Conseil constitutionnel, depuis 2005, de protéger des faits et des actes constitués en toute légalité sous l'empire d'une loi que le Parlement souhaite modifier ou abroger. Ces « situations » ne peuvent être remises en cause par le législateur que s'il justifie d'un motif d'intérêt général suffisant. À côté de ce principe « général », qui a vocation à embrasser l'ensemble des problèmes de temporalité (avantages fiscaux, prescriptions, situations de fait, etc.), se déploient également des principes « spéciaux » applicables à des situations particulières : les contrats avec le principe de liberté contractuelle, les validations législatives avec les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et la matière pénale avec le principe de non-rétroactivité des lois répressives. Dans tous les cas, la protection de la pérennité des situations contre la loi nouvelle implique la présence d'un élément important : la situation en cause doit obligatoirement avoir pris naissance de façon légale, c'est-à-dire en accord avec la législation en vigueur au moment de la survenance des faits ou de la conclusion de l'accord. Par exemple, si un contrat est noué en marge de la loi, une nouvelle disposition peut très bien anéantir ce contrat, même s'il a déjà produit une somme considérable d'effets de droits. La difficulté vient du fait que cette « légalité » des situations n'est pas toujours facile à appréhender comme en témoigne la décision du 26 octobre 2018.

Dans cette affaire, était contesté l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 21 avril 2006, selon lequel « les biens des personnes publiques (...) qui relèvent du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles ». La société requérante reprochait à ces dispositions « de ne pas prévoir de dérogation aux principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public en faveur des acquéreurs de bonne foi de biens mobiliers appartenant à ce domaine » ; elle estimait ainsi qu'en l'absence de ces dérogations, les acquéreurs étaient exposés « à tout moment, à une action en revendication de ces biens par les personnes publiques ». Pour appuyer ses revendications, la société invoquait notamment la méconnaissance par le législateur « des situations légalement acquises ».

Concrètement, une pierre sculptée avait été acquise de bonne foi par un antiquaire au début des années 2000. Ce dernier, qui souhaitait revendre cet objet, avait déposé une demande de certificat d'exportation auprès de l'autorité administrative compétente. Mauvaise idée... A la suite de l'expertise effectuée par l'administration, il s'est avéré que la pierre taillée avait été extraite de la cathédrale de Chartres, propriété de l'État. En toute logique, l'autorité administrative a donc exigé de l'antiquaire qu'il restitue (gratuitement) ce « bien public », imprescriptible et inaliénable.

Pour répondre aux griefs du requérant, le Conseil examine minutieusement le régime des biens publics mobiliers et en conclut que « l'inaliénabilité prévue par les dispositions contestées a pour conséquence d'interdire de se défaire d'un bien du domaine public, de manière volontaire ou non, à titre onéreux ou gratuit. L'imprescriptibilité fait obstacle, en outre, à ce qu'une personne publique puisse être dépossédée d'un bien de son domaine public du seul fait de sa détention prolongée par un tiers ». Sur cette base, les Sages estiment que les dispositions en cause, qui fixent les principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité, ne portent pas atteinte aux « situations

légalement acquises ».

Que penser de cette solution ?

Sur le fond, il nous semble qu'elle se justifie pleinement : lorsqu'un bien appartient au domaine public, il devient imprescriptible et inaliénable ce qui interdit toute cession, peu importe les circonstances d'acquisition du bien par la personne qui le détient. On regrettera néanmoins que l'argumentation retenue par le Conseil ne porte pas davantage sur la notion de légalité qui est pourtant au cœur du problème. En effet, dès lors qu'une situation n'est pas « légalement constituée », elle ne peut par définition revendiquer une protection constitutionnelle. Or en l'espèce, si la pierre taillée avait bien été acquise « de bonne foi » – ce que soulignait le requérant –, la législation en vigueur au début des années 2000 interdisait la cession de ce bien public, et donc son acquisition. Et par conséquent, la situation n'était pas, tout simplement, « légalement constituée ». En creux, il s'agit bien dans cette affaire de distinguer nettement, ce que ne fait malheureusement pas le Conseil, la notion de bonne foi et la notion de légalité : même formée en toute bonne foi, une situation juridique – le fait d'acquérir un objet par exemple – peut très bien se situer en marge de la légalité. Sans doute, le Conseil pouvait-il dans cette affaire – et peut-être le fera-t-il à l'avenir – cibler son argumentation sur ce point essentiel de la jurisprudence des situations légalement acquises.

Terminons par un regret plus général : il faut redire que le Conseil commet une erreur lorsqu'il prétend, comme il le fait dans cette affaire et dans toutes les autres, qu'une disposition législative porte (ou non) atteinte à une « situation légalement acquise » ou un « contrat en cours ». En réalité, cela est juridiquement impossible : une loi ne peut porter atteinte à une situation ou un contrat parce que, précisément, ces situations et ces contrats tirent leur validité du cadre légal en vigueur. Dire le contraire revient à inverser la pyramide des normes. En revanche, il est correct de dire qu'une disposition législative peut porter atteinte *au principe constitutionnel* qui préserve la pérennité des situations. On peut suggérer au Conseil qu'il modifie la rédaction de son considérant relatif aux situations légalement acquises (et à la liberté contractuelle), ce qui rendrait plus lisible et plus simple sa jurisprudence en la matière.

**(1)** Mais l'ordre public refait surface si l'on considère que la libre concurrence est un élément de l'ordre public... économique !

**(2)** Cons. Const., n° 94-348 DC, 3 août 1994, *R.* p. 117.

**(3)** Cons. Const., n° 2013-683 DC, 16 janvier 2014, *JO* 21 janvier 2014, p. 1066.

**(4)** Cons. Const., n° 2015-718 DC, 13 août 2015, *JO* 18 août 2015, p. 14376.

**(5)** Cons. Const., n° 2015-727 DC, 21 janvier 2016, *JO* 27 janvier 2016, texte n° 2.

**(6)** Cons. Const., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *R.* p. 120.

**(7)** Cons. Const., n° 2013-687 DC, 23 janvier 2014, *JO* 28 janvier 2014, p. 1622.

**(8)** V. sur cette question J.-P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, p. 831.

**(9)** Cons. Const., n° 2013-336 QPC, 1<sup>er</sup> août 2013, *R.* p. 918.

**(10)** La jurisprudence du Conseil d'Etat est évidemment riche d'enseignements sur cette question. V. not. l'arrêt fondateur CE ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre avocats Barreau de Paris*, Lebon, p. 272, et plus généralement G. Clamour, P.-Y. Gahdoun, *Commerce et industrie*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2019, n° 97 et s.

**(11)** Sur ce débat, la position du Conseil d'Etat et les nombreuses propositions doctrinales, qu'il soit permis de renvoyer à G. Clamour, P.-Y. Gahdoun, *Commerce et industrie*, *op. cit.*

**(12)** Disposition générale du Code civil (art. 1780 en matière de louage de services), régimes spéciaux et même jurisprudence de la Cour de cassation.

**(13)** Cons. Const., n°99-419 DC, 9 novembre 1999, *R.* p. 116.

**(14)** Pour la défense du Conseil, on admettra bien volontiers que la nature contractuelle des « conventions » en cause pouvait faire débat.

(15) Cons. Const., n° 2011-123 QPC, 29 avril 2011, R. p. 213.

(16) La doctrine avait pu s'étonner de cette liaison entre les personnes défavorisées et les personnes handicapées : « on regrettera, sur le plan symbolique, que l'expression enferme les personnes handicapées dans le giron de l'exclusion et de l'aide sociale – comme auparavant les inadaptés l'étaient dans l'assistance », L. Gay, « Reconnaissance du droit constitutionnel à la protection sociale dans le cadre de la QPC », *RFDC*, 2011/4, n° 88, p. 833.

(17) « Les logements accessibles répondent à des normes très précises prévoyant notamment la présence de zones de giration dans la salle de bains et les toilettes, ce qui augmente la superficie totale des logements, donc leur coût, à moins de réduire d'autant l'espace dans les autres pièces, notamment le séjour. Pour cette raison, les professionnels de la construction réclamaient depuis longtemps un assouplissement des règles », M. Thibault Bazin, *in* Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (n° 846), par M. Richard Lioger et Mme Christelle Dubos, AN, 18 mai 2018.

### Citer cet article

GAHDOUN, Pierre-Yves. « Chronique de droit public », Titre VII [en ligne], avril 2019, n° 2. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-public-0>