

# Titre VII

## Les cahiers du Conseil constitutionnel

Hors-série - octobre 2020

# QPC et économie

### Responsables scientifiques

**Guylain CLAMOUR**

Professeur à l'Université de Montpellier, Porteur du projet

**Pierre-Yves GAHDOUN**

Professeur à l'Université de Montpellier CERCOP

### Auteurs

**Jordane ARLETTAZ**

Professeur à l'Université de Montpellier

**Augustin BERTHOUT**

Doctorant à l'Université de Montpellier

**Jean-Baptiste BESSON**

Consultant en stratégie d'entreprise, fondateur de Besson Conseil

**Adrien BEZERT**

Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3

**Julien BONNET**

Professeur à l'Université de Montpellier

**Zérah BREMOND**

Docteur en droit public

**Thibault CARRERE**

Docteur en droit public

**Guylain CLAMOUR**

Professeur à l'Université de Montpellier, Porteur du projet

**Pierre-Yves GAHDOUN**

Professeur à l'Université de Montpellier CERCOP

**Aurore GALLET**

Doctorante à l'Université de Montpellier

**Gohar GALUSTIAN**

Doctorante à l'Université de Montpellier

**Jonathan GARCIA**

Docteur en droit public

**Camille GOURET**

Docteur en droit privé, Chargée de projets, LabEx Entreprendre, Chaire prévention et traitement des difficultés des entreprises à l'Université de Montpellier

**Marine HAULBERT**

Maître de conférences à l'Université de Grenoble Alpes

**Pascale IDOUX**

Professeur à l'Université de Montpellier

**Justine LAUER**

Doctorante à l'Université de Montpellier

**Alain MARCIANO**

Professeur d'économie à l'Université de Montpellier

**Alice MAURAS**

Doctorante à l'Université de Montpellier

**Cathie-Sophie PINAT**

Maître de conférences à l'Université de Lyon

**Louis-Sami RAMDANI**

Doctorant à l'Université de Montpellier

Coralie RICHAUD  
Maître de conférences à l'Université de Limoges

Éric SALES  
Maître de conférences HDR à l'Université de  
Montpellier

Mélessandre TALON  
Doctorante à l'Université de Montpellier

Fanny TARLET  
Professeur à l'Université de Montpellier

Marion UBAUD-BERGERON  
Professeur à l'Université de Montpellier

Alexandre VIALA  
Professeur à l'Université de Montpellier

Ferdi YOUTA  
Doctorant à l'Université de Montpellier

Manon ZARPAS  
Doctorante à l'Université de Montpellier

La présente note constitue une synthèse de la recherche menée sur le thème « QPC et économie » par une équipe pluridisciplinaire de chercheurs de l'Université de Montpellier. Contrairement au rapport final, qui contient des chapitres « individualisés », ce résumé est signé de l'ensemble des chercheurs.

## I. Problématique retenue et objectifs de la recherche

Un premier chiffre : il est ressorti de nos enquêtes -- dont les « données » sont présentées au point suivant -- que la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel représente près du tiers des décisions rendues dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution (31,3 %), soit 228 décisions sur un total de 728 décisions QPC (à la date du 1<sup>er</sup> décembre 2019).

Comment appréhender cette masse jurisprudentielle, et plus largement comment analyser les rapports entre la QPC et l'économie ?

À l'issue de nos réflexions et de nos discussions, il nous a semblé qu'un élément essentiel caractérisait la relation entre la QPC et l'économie : cette relation produit des échanges « dans les deux sens », elle est réciproque, mutuelle, et non exclusivement de l'un vers l'autre.

D'un côté, en effet, la *QPC influence l'économie* par l'intervention du Conseil constitutionnel et des juges du filtre sur des questions économiques lors des affaires QPC. Cette intervention peut être directe et brutale en cas d'abrogation d'une disposition « économique », car dans ce cas le procès QPC entraîne dans son sillage un bouleversement immédiat de l'état du droit en la matière. Elle peut être plus indirecte lorsque le Conseil corrige ou modifie sa jurisprudence sur les questions économiques, influençant alors l'action du législateur et des opérateurs économiques, ou lorsqu'il adopte des réserves d'interprétation visant à guider les autorités d'application dans la mise en œuvre de la législation. Pour mesurer avec justesse cette influence de la QPC sur l'économie, il nous a d'abord semblé nécessaire d'étudier en détail la réalité de cette influence, par des données quantitatives (taux de censures, nombre et nature des réserves, interventions extérieures...), et d'observer dans les différents secteurs de l'économie l'ampleur de ce changement -- en droit des sociétés, en droit de la régulation, en droit de la propriété... Mais cette analyse de l'influence de la QPC sur l'économie ne pouvait se contenter d'une étude du présent, du réel ; il fallait aussi, pour apprécier les perspectives d'évolution, recenser les potentialités de cette influence dans des domaines encore peu explorés par les requérants, dont rien ne garantit qu'ils resteront à l'abri des QPC dans les années à venir (notamment dans le droit de la commande publique).

Réciproquement, *l'économie influence la QPC* sur de nombreux aspects. Cette influence se traduit d'abord par la question du coût de la QPC pour les citoyens. Le choix de recourir ou non à une procédure contentieuse dépend en effet -- à un degré variable selon les justiciables -- des frais liés à l'utilisation de cette procédure, notamment les frais d'avocat. La QPC peut apparaître plus ou moins accessible, plus ou moins démocratique, en fonction de son « prix » pour les requérants. Nous avons ainsi tenté, avec différentes méthodes d'investigation, d'évaluer ce prix de la QPC, afin de déterminer si et dans quelle mesure cet instrument contentieux peut être considéré comme « cher » ou au contraire « abordable ». La science économique influence également la QPC par les outils d'analyse qu'elle propose, en particulier « l'analyse économique du droit » qui permet une approche originale du mécanisme. Le rapport contient ainsi, dans ses dernières pages, une « analyse économique de la QPC » -- avec un parfum sans doute plus théorique, mais qui n'en reste pas moins essentiel pour déchiffrer certains aspects de la relation entre l'économie et la QPC.

Durant toute la durée du projet, l'équipe de chercheurs a tenté d'éprouver cette « double » relation afin de la mesurer et d'en tirer les informations permettant de mieux comprendre la relation entre la QPC et l'économie.

## II. Énonciation et justification des choix méthodologiques effectués

A. Concernant la « méthode », une question s'est rapidement posée à l'équipe des chercheurs, celle de la définition de l'« économie ». Il fallait en effet, pour ne pas manquer la cible de nos recherches, trouver une définition claire permettant d'englober tous les aspects que recouvre le sujet. Or, il existe de vrais dire de nombreuses manières de définir l'économie.

Une première approche envisage l'économie comme l'ensemble des activités humaines de production, d'échange, de distribution et de consommation des biens et des services. Cette conception de l'économie, assez large, reste extrêmement classique ; elle alimente les travaux de nombreux organismes « officiels », et notamment l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE). Néanmoins, cette approche n'a pas été retenue pour le projet, car elle conduit à écarter un nombre important d'affaires qui intéressent, à première vue, le champ économique. Par exemple, les décisions relatives au fonctionnement et au régime juridique des entreprises ne sont pas directement liées à « la production, la distribution ou l'échange de biens ou de services », mais bien entendu la réglementation en matière de droit des sociétés peut avoir une influence considérable sur l'activité des opérateurs économiques.

La notion d'économie peut également s'appréhender avec le regard du *droit économique*, c'est-à-dire le savoir qui étudie le « couplage » <sup>(1)</sup> du droit et de l'économie. Depuis longtemps, la littérature du droit économique observe la notion d'économie avec la plus grande attention, et il n'est pas rare de trouver dans les grands ouvrages de droit économique -- de droit privé ou de droit public -- de longs développements consacrés à la signification du mot « économie ». Malheureusement, l'utilisation du droit économique se heurte, elle aussi, aux problèmes classiques de définition de l'économie, car il existe une multitude d'approches du droit économique, très différentes selon les auteurs et les époques -- conception « structurelle », conception « systémique », conception « matérielle » ...

B. Se pose aussi la question -- centrale -- de savoir sur quel objet porte l'économie. Dans certains cas, le caractère économique d'une affaire se matérialise dans les dispositions dénoncées par les justiciables. L'économie est en quelque sorte « légale », elle se déduit de la législation en cause dans telle ou telle décision. Dans d'autres cas, l'économie se dévoile dans les principes constitutionnels mobilisés par le Conseil pour exercer son contrôle des dispositions en cause, avec par exemple la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle. Ici, l'économie est « constitutionnelle ». Bien entendu, il arrive que ces deux aspects de l'économie se rencontrent lorsqu'une disposition de nature économique est examinée à la lueur d'un principe constitutionnel lui-même économique. Mais il arrive également, assez souvent en réalité, qu'une disposition économique soit examinée sur le fondement d'un principe totalement étranger au domaine économique -- notamment le droit constitutionnel punitif -- et que, à l'inverse, une disposition fort éloignée du champ économique -- en matière environnementale ou sociale -- soit saisie par le biais des principes constitutionnels économiques. Tout cela dessine un enchevêtrement complexe de situations offrant peu d'espace à une définition préétablie et « doctrinale » de l'économie.

C. Pour cette raison, il nous a semblé préférable de mobiliser la technique des « critères multiples » pour appréhender l'économie, et non celle de la définition figée. Sur la base d'un premier recensement très libre des décisions par les différents membres de l'équipe, nous avons convenu de retenir, pour alimenter nos enquêtes, les décisions QPC présentant au moins l'un des quatre « critères » suivants :

- *La disposition contestée a directement pour objet l'économie.* Il faut entendre « objet économique » au sens habituel du terme, c'est-à-dire comme l'ensemble des activités économiques de production, d'échange, de distribution et de consommation des biens et des services. Le périmètre d'analyse étant déjà considérable, seuls les objets directement économiques ont été retenus -- avec toute la subjectivité, inévitable et assumée, qu'implique l'appréciation du caractère « direct » de cet objet économique.
- *La disposition contestée vise à réglementer les entreprises.* De nombreuses dispositions n'ont pas un objet directement économique, mais elles intéressent le domaine économique en ce qu'elles réglementent l'organisation ou le fonctionnement des entreprises. Il s'agit là du droit des *acteurs* économiques, et non pas du droit des *activités* économiques (par exemple le régime de la responsabilité des dirigeants d'entreprise ou des procédures collectives).
- *Le requérant est une entreprise.* De la façon la plus large, une entreprise se définit comme une unité de production de biens ou de services (INSEE). Une QPC introduite par une entreprise possède inévitablement un caractère économique, car la « raison d'être » de l'entreprise est elle-même toujours économique <sup>(2)</sup> -- et même si la disposition dénoncée ne présente pas nécessairement un objet économique.
- Enfin, *la liberté d'entreprendre est mobilisée dans le litige.* Liberté économique par excellence, la liberté d'entreprendre protège l'exercice même d'une activité économique. Son utilisation dans une affaire QPC témoigne toujours du caractère économique de la situation contentieuse (au moins partiellement).

Il faut insister sur le fait que cette approche de l'économie, par le jeu de critères de sélection, se veut « opérante » et non doctrinale ou véritablement

scientifique. Il ne s'agit pas de figer une fois pour toutes la réalité économique du contentieux constitutionnel, par une définition universelle, mais plus modestement de proposer une grille d'analyse qui reste tributaire des choix méthodologiques de départ effectués en connaissance de cause par l'équipe de chercheurs.

### III. Données ayant servi de support à la recherche

Pour tenter d'aborder le sujet dans sa globalité, nous avons mobilisé à la fois des données « quantitatives » et des données « qualitatives ». Nous avons également souhaité enrichir notre réflexion par une approche « comparative ».

**A.** L'influence de la QPC sur l'économie se mesure d'abord par une étude quantitative du phénomène. Cette première méthode d'analyse est indispensable, parce qu'elle permet d'asseoir la réflexion sur des données concrètes et vérifiables, et non sur des suppositions. Mais cette recherche quantitative n'est ni simple ni rapide : il faut en effet, pour brosser un portrait fidèle des décisions QPC intervenues en matière économique, compiler une somme considérable d'affaires, et analyser « au laser » ces décisions afin d'en extraire toutes les informations pertinentes. Le résultat est néanmoins tout à fait instructif : les données récoltées, comme on va le voir, dessinent un tableau étonnant des relations entre l'économie et la QPC, parfois très éloigné des croyances ordinaires et des impressions exprimées depuis 2010 par les observateurs du contentieux constitutionnel.

Toujours en matière quantitative, la recherche a nécessité de récolter un ensemble de données relatives au « coût » de la QPC. Cette recherche était essentielle à nos yeux, car ce coût de la QPC affecte grandement son utilisation par les acteurs du procès constitutionnel. Plus concrètement, ce coût peut être envisagé sous divers éclairages : de la façon la plus large, en tentant d'estimer au plus près un prix global de la procédure pour les justiciables au-delà des disparités inévitables entre les différentes situations contentieuses ; d'une manière plus spécifique au domaine économique, en essayant de dessiner une cartographie du coût de la QPC en fonction de la nature des entreprises requérantes ou intervenantes (grandes, moyennes, petites, micros...) ; sous un angle plus précis encore, celui des finances publiques, car la QPC produit à vrai dire toutes sortes de coûts pour l'État : coût lié aux procédures de justice, coût lié aux abrogations, coût lié au fonctionnement du Conseil lui-même... Nous avons ainsi récolté des données – et effectué des calculs – dans ces différentes composantes du « coût » de la QPC.

**B.** L'influence de la QPC sur l'économie s'apprécie également de façon plus qualitative.

D'abord en étudiant les incidences de la QPC dans les différentes branches du droit économique : là encore, la recherche n'est pas simple, car le mécanisme peut frapper le droit économique sur de nombreux aspects : abrogation d'une disposition (avec l'intervention ou non du législateur pour répondre à cette censure), réserves d'interprétation, remises en cause de jurisprudences constantes, conséquences de la QPC sur les pratiques des opérateurs économiques, effets à court terme, moyen terme, long terme... Par ailleurs, le droit économique couvre en réalité toutes sortes de questions et intéresse une foule de disciplines juridiques, si bien qu'une étude exhaustive s'est avérée matériellement impossible ; elle aurait impliqué un travail colossal, dépassant de beaucoup le cadre du projet et les compétences des chercheurs. Plus modestement, nous avons fait le choix d'aborder seulement certains domaines du droit économique, de façon sélective, en tentant néanmoins de traiter les aspects les plus saillants de la matière.

Pour nourrir notre réflexion, nous avons logiquement étudié la jurisprudence – du Conseil constitutionnel et du juge *a quo*. Mais pour ne pas « déconnecter » cette jurisprudence de la réalité du jeu économique, nous avons également mené de nombreux entretiens avec divers professionnels du secteur (en France et à l'étranger). Ces entretiens sont ponctuellement évoqués dans le rapport. Nous avons choisi de publier intégralement l'un d'entre eux (en annexe du rapport), à titre d'illustration et parce que les problématiques abordées lors de cet échange intéressent plusieurs aspects de la recherche (rôle des avocats en droit économique, coût de la QPC, influence sur le droit de la régulation...).

**C.** Enfin, nous avons souhaité récolter et présenter des données « étrangères ». En effet, l'influence de la QPC sur l'économie peut se mesurer en posant sur le phénomène un regard étranger, de l'extérieur.

Certains États en Europe disposent d'un mécanisme constitutionnel assez proche de la QPC, dont les effets sur l'économie peuvent être évalués avec une relative précision. Cette analyse comparée permet alors d'éclairer sous un jour nouveau divers éléments de la relation entre la QPC et l'économie. Bien entendu, il n'était pas possible, sauf à survoler la question, d'envisager une étude globale de tous les mécanismes étrangers. Pour cette raison, l'équipe de chercheurs a souhaité limiter la zone d'investigation à quatre États européens présentant des caractéristiques comparables au système français : les droits constitutionnels allemand, belge, espagnol et italien. Dans ces quatre États, des études précises ont été faites et des entretiens (notamment avec des juges constitutionnels) ont été réalisés afin d'obtenir une vision la plus fidèle possible de ces « droits étrangers ».

### IV. Principales conclusions de la recherche

#### A. Influence de la QPC sur l'économie

## 1. Approche quantitative

La matière économique représente une part importante du contentieux QPC -- près du tiers des décisions rendues par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 61-1 de la Constitution. C'est un chiffre important, mais qu'il faut immédiatement nuancer :

- Certains domaines restent sous représentés comme l'agriculture et l'artisanat, la consommation et le secteur banques et assurances. Ce n'est donc pas toute l'économie qui « profite » de ce nombre important de QPC : il existe, au sein de cette matière économique, des domaines plus ou moins concernés par la QPC.
- Par ailleurs, le domaine économique présente des spécificités notables par rapport aux autres domaines concernés par la QPC. Quatre éléments spécifiques du champ économique ont été identifiés par l'étude quantitative du phénomène : un faible « taux de succès » de la QPC, une nature particulière des dispositions contestées, des moyens mobilisés différents selon les branches du droit économique, et des acteurs -- requérants et parties intervenantes -- extrêmement divers.

a. En premier lieu, en ce qui concerne le « succès » de la QPC, il faut noter que la matière économique se singularise par un taux de conformité à la Constitution supérieur à ce qui peut être observé de manière générale. En effet, le juge constitutionnel conclut à cette solution dans 59 % des cas, contre 54 % habituellement.

Il est par ailleurs possible d'observer un véritable délaissement de la technique des réserves d'interprétation puisque celles-ci ne représentent que 9 % des décisions -- contre 12 % de manière générale. Surtout, ces réserves sont presque exclusivement formulées à l'aune des principes applicables en matière pénale, ainsi que du principe d'égalité.

Par ailleurs, si la proportion des déclarations d'inconstitutionnalité est comparable <sup>(3)</sup>, cette coïncidence est essentiellement due à la spécificité de la matière fiscale. En effet, celle-ci se caractérise par un taux de censure et de réserve très largement supérieur à ce qui peut être observé dans l'ensemble du contentieux QPC. Ainsi, hors fiscalité, la matière économique se singularise par un taux de conformité à la Constitution bien plus élevé (62 % des décisions, contre 54 % de manière générale) -- et ce, au détriment des décisions de conformité sous réserve (dont la fréquence est quasiment divisée par deux) <sup>(4)</sup>, ainsi que des déclarations d'inconstitutionnalité (qui représentent 28 % des décisions, contre 30 % de manière générale).

b. En second lieu, l'objet de la loi -- la matière économique -- a une incidence certaine sur le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Le taux de conformité à la Constitution est ainsi exceptionnellement élevé lorsque la disposition contestée vise à encadrer les jeux d'argent et de hasard (100 %), promouvoir la santé publique (70 %), ou encore réglementer le secteur de l'énergie (86 %), ou des infrastructures et réseaux (69 %). De la même manière, le juge constitutionnel fait preuve d'une grande souplesse à l'égard des dispositions législatives visant à encadrer l'exercice d'une activité professionnelle -- qu'il s'agisse de l'instauration d'un monopole, d'un régime d'autorisation administrative préalable, ou du prononcé d'interdictions d'exercer (67 %).

Les dispositions les plus fréquemment contestées sont très homogènes du point de vue de leur origine. Elles sont nombreuses à ne pas être codifiées, mais les autres sont principalement issues du Code général des impôts, du Code de commerce, du Code du travail et du Code de la sécurité sociale <sup>(5)</sup>.

L'étude de l'objet de la loi contestée en QPC permet également de dessiner un portrait assez précis des « personnes » touchées par le mécanisme, c'est-à-dire celles qui sont concernées par la loi et peuvent subir -- ou non -- les conséquences d'une éventuelle censure.

Sur ce point, un premier enseignement peut être tiré, qui n'étonnera pas : les QPC en matière économique affectent très majoritairement les entreprises -- même si l'auteur de la QPC n'est pas nécessairement une entreprise\*. En effet, dans plus de 88 % des cas, les opérateurs visés par l'objet de la loi sont les entreprises, contre 11 % des cas pour les particuliers. Si ces chiffres semblent cohérents -- notamment au regard des critères de sélection de la matière économique --, il en résulte néanmoins un fort contraste entre les demandeurs à la QPC et les acteurs économiques affectés par la loi. À ce titre, si un lien de corrélation existe entre les sociétés requérantes (demandeur à la QPC) et les entreprises en tant qu'opérateurs économiques (affectés par la loi), aucune autre corrélation pertinente ne peut être établie entre les personnes physiques requérantes et la catégorie des particuliers.

Par ailleurs, lorsque la loi ne vise pas les entreprises, la jurisprudence se distingue par un taux élevé de conformité (65 %), mais également par une nette augmentation du taux de conformité sous réserve (qui passe de 8 % à 15 %) et par une baisse significative du taux de censures total (19 %). De cela, on peut donc en déduire une tendance générale : les lois visant les entreprises sont contrôlées avec une plus grande sévérité par le juge.

c. Quant aux griefs mobilisés par les requérants, ils présentent la particularité de ne pas être spécifiques à la matière économique -- hormis la liberté d'entreprendre qui est invoquée dans près d'un tiers des décisions <sup>(6)</sup>.

En effet, dans la plupart des cas, les demandeurs à la QPC privilégient les principes d'égalité devant la loi et les charges publiques, la garantie des droits, ainsi que l'incompétence négative du législateur. Les moyens naturellement associés à l'économie -- droit de propriété, liberté contractuelle, et droits sociaux -- sont, pour leur part, invoqués de manière beaucoup plus marginale.

Cela ne doit pas étonner, dans la mesure où cette fréquence d'invocation des griefs coïncide exactement avec leur efficacité -- ce qui n'a pas échappé aux justiciables qui se présentent devant le prétoire du Conseil constitutionnel. De fait, les moyens associés à la matière économique donnent lieu au prononcé d'une décision de conformité à la Constitution dans l'immense majorité des hypothèses. Cela vaut pour la liberté contractuelle (dans 70 % des cas), la liberté d'entreprendre (dans 64,2 % des cas), le droit de propriété (dans 66,6 % des cas), ainsi que pour les droits sociaux (dans 85,7 % des cas).

Le juge constitutionnel lui-même, lorsqu'il mobilise la technique de l'économie de moyens, préfère se reporter sur d'autres griefs pour prononcer la censure des dispositions législatives -- ce qui est un signe.

En définitive, les griefs permettant d'obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité (totale ou partielle) dans le domaine économique sont précisément les principes d'égalité devant la loi (21,8 % de censure) et les charges publiques (23,4 % de censure), ainsi que la garantie des droits (29,3 % de censure).

L'analyse des griefs soulevés permet également de faire ressortir certaines tendances. Par exemple, le grief tiré de la liberté d'entreprendre affecte plus précisément le secteur des services et de l'industrie. De plus, le grief tiré de l'égalité devant les charges publiques affecte principalement les entreprises et en particulier celles soumises à l'impôt sur les sociétés. Enfin, les griefs tirés de la garantie des droits et de la matière pénale impactent dans plus d'un tiers des cas les dispositions communes à toutes les entreprises. Ces tendances -- qui ne valent que pour la matière économique -- livrent en creux une autre représentation <sup>(7)</sup> de ces griefs sous le prisme des acteurs économiques. La liberté d'entreprendre dévoilerait ainsi son plein potentiel dans *l'économie marchande* ; le principe d'égalité devant les charges publiques sa dimension au sein de *l'économie fiscale* ; enfin la garantie des droits et la matière pénale leur impact dans *l'économie structurelle*.

**d.** La nature des requérants est également spécifique. Dans 70 % des cas, il s'agit d'une société <sup>(8)</sup>. Pour le reste : les personnes physiques représentent 18 % des demandeurs, les associations et syndicats sont à l'origine de 9 % des QPC et les personnes publiques sont à l'initiative d'à peine 1 % des décisions rendues en la matière.

Quelles conclusions principales en tirer ?

Premièrement, il est possible d'observer une forme de « miroir inversé » si l'on compare ces données avec celles issues du contentieux QPC général. En effet, les personnes physiques qui sont sous-représentées dans la matière économique représentent plus de la moitié des requérants dans le contentieux QPC général (56 %). Ce même « renversement » s'observe chez les sociétés qui ne représentent plus qu'un quart des requérants dans le contentieux QPC général (25 %).

Deuxièmement, selon la nature des requérants, les différents « taux de succès » des QPC semblent assez différents. On observe ainsi que, pour les sociétés, les taux observés en matière économique demeurent quasiment identiques à ceux du contentieux QPC en général. Les personnes physiques présentent également des taux assez proches de ceux du contentieux QPC général notamment en matière de conformité (55 % contre 54 % dans le contentieux *a posteriori* général) et de censure partielle (ici le taux est identique soit 9 %). En revanche, les personnes publiques présentent des taux singuliers en matière de conformité (67 %) et de censure totale (33 %) -- qu'il convient néanmoins de relativiser au regard du faible nombre de décisions concernées (seulement 3 décisions sur 228).

Troisièmement, concernant la modulation dans le temps des décisions, les sociétés bénéficient de censures immédiates dans 69 % des cas, alors que les particuliers ne bénéficient d'une censure immédiate que dans 23 % des situations. Une tendance identique s'observe pour les censures différées puisque les entreprises sont concernées par ce type de censure dans 60 % des cas contre (seulement) 30 % chez les personnes physiques.

L'analyse des données chiffrées relatives aux « intervenants extérieurs » est également très instructive.

Il faut d'abord noter que les interventions sont présentes dans environ un tiers des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, exactement 32,9 %. Ce chiffre est à peine plus élevé que dans l'ensemble du contentieux QPC. Il n'existe donc pas, en matière économique, de « sur exploitation » des interventions -- ce qui contredit une croyance assez répandue.

Il faut néanmoins nuancer. Depuis trois ans, le nombre d'interventions extérieures en matière économique connaît une forte augmentation : 52 % en 2017, 42,86 % en 2018 et 52,94 % en 2019. Pour ces trois années, les chiffres sont bien au-dessus du pourcentage global (autour de 33 % sur les dix années). Autrement dit, s'il n'existe pas de « sur exploitation » des interventions dans le champ économique depuis 2010, en revanche une nette

augmentation semble se dessiner depuis trois ans -- et pourrait bien se poursuivre.

En ce qui concerne la répartition des interventions selon les acteurs économiques affectés par la loi, il est assez remarquable que le taux d'intervention soit faible lorsque l'affaire concerne un contribuable particulier (28,57 %) ou une entreprise du secteur de l'industrie (25 %). De même, les interventions sont rares pour les professions réglementées (14,29 %).

Concernant enfin le profil des intervenants, sans surprise les sociétés arrivent en tête des résultats (45 % des cas), suivies des associations et syndicats (37 % des cas). Les personnes physiques interviennent moins fréquemment (8 % des cas). En revanche, de manière plus étonnante, les personnes publiques semblent surreprésentées, puisqu'elles sont à l'origine de 10 % des interventions.

Ces chiffres sur le profil des intervenants doivent cependant être mis en perspective avec l'action des requérants à l'origine des QPC en matière économique. Le pourcentage d'interventions des associations et syndicats est ainsi quatre fois plus important (37 %) que le pourcentage de QPC formées par ce type de requérants (environ 9 % des décisions de la matière économique). De même, si les personnes publiques forment très peu de QPC en matière économique (1 %), elles interviennent dans 10 % des affaires. Les associations, syndicats et les personnes publiques sont ainsi des requérants d'un type particulier en matière économique : ils soulèvent peu de QPC mais interviennent plus régulièrement, confirmant la nature institutionnelle de leur politique d'action contentieuse en matière économique. À l'inverse, si les sociétés sont à l'origine de 70 % des décisions en matière économique, elles interviennent moins systématiquement puisque seulement 45 % des interventions sont formées par ce type de requérant.

## 2. Approche qualitative

L'influence de la QPC sur l'économie peut également s'apprécier de façon plus « qualitative », en observant les effets du mécanisme dans les différentes branches du droit économique. Pas toutes, sans doute. L'économie frappant à peu près tous les secteurs de la législation, il était matériellement impossible d'envisager une analyse exhaustive du phénomène. En conséquence, le choix a été fait d'aborder seulement quelques domaines, jugés significatifs, « parlants » au regard de l'influence de la QPC sur la législation et les pratiques des opérateurs économiques : le droit de la régulation, le droit des sociétés, le droit des biens et le droit de la commande publique.

Dans toutes ces matières, à des degrés différents, la QPC a influencé l'économie : parfois de la façon la plus brutale, par l'abrogation de dispositions et l'adoption de nouveaux régimes ; parfois de manière plus subtile, en modifiant les jurisprudences et les interprétations des autorités d'application ; parfois encore la QPC n'a rien changé ou presque du cadre juridique -- mais c'est un enseignement qui mérite lui aussi d'être exposé et étudié.

Les principales conclusions sont les suivantes :

### A. EN DROIT DE LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE

- En matière de régulation économique, la QPC a entraîné une réorganisation de nombreuses autorités de régulation, modifiant parfois profondément leur façon de travailler.

À l'origine de ce bouleversement, la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, concernant une autorité administrative indépendante (AAI), l'Autorité de la concurrence. Depuis cette décision, le Conseil applique aux autorités de régulation une conception relativement exigeante de l'impartialité, en leur imposant une nette séparation des fonctions de poursuite et d'instruction.

Si le Conseil n'a pas censuré en 2012 les règles relatives à l'organisation de l'Autorité de la concurrence, dont l'organisation a été jugée compatible avec les exigences constitutionnelles grâce à l'indépendance du rapporteur chargé des poursuites, en revanche, dans d'autres décisions ultérieures, il a censuré le pouvoir de sanction de plusieurs autorités indépendantes : l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes (ARCEP - décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricable SAS et autre*), la Commission nationale des sanctions (décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autre*), l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (décision n° 2017-675 QPC du 24 novembre 2017, *Société Queen Air*) ainsi que l'Autorité française de lutte contre le dopage (décisions n° 2017-688 QPC du 2 février 2018, *M. Axel N.*, et n° 2019-796 QPC du 26 juillet 2019, *M. Windy B.*) -- qui relève de la même catégorie institutionnelle des AAI et autorités publiques indépendantes (API) même s'il ne s'agit nullement d'une autorité de régulation économique. Non seulement l'organisation interne de ces autorités a dû être remaniée mais, au-delà, par anticipation, toutes les autorités de régulation indépendantes ont été conduites à vérifier la conformité de leur organisation avec les exigences constitutionnelles et, pour celles dont on craignait une inconstitutionnalité, à revoir leur mode fonctionnement.

L'innovation jurisprudentielle du 12 octobre 2012 puis le succès de certaines de leurs QPC ont ainsi impliqué une large restructuration des AAI et API, ce qui n'a pas été sans conséquence sur leur autorité morale et leurs méthodes de travail. Plus encore, elle a suscité un sentiment d'insécurité juridique dont les manifestations restent perceptibles.

- Cependant, au-delà de la déstabilisation apparente des dispositifs de régulation économique provoquée par les décisions rendues sur QPC, le bilan des dix premières années de pratique de cet instrument, dont les opérateurs économiques se sont pleinement saisis, met également en évidence les signes d'une consolidation en profondeur des dispositifs et stratégies de régulation économique.

Plus précisément, les dix années de QPC écoulées ont contribué à consolider les dispositifs de régulation de l'économie en les ancrant solidement dans notre système juridique par deux voies complémentaires.

La première a consisté, pour la jurisprudence constitutionnelle, à ouvrir la voie à la consécration d'une véritable catégorie juridique en matière d'autorités de régulation indépendantes. En effet, la ligne jurisprudentielle inaugurée avec la décision du 12 octobre 2012 relative à l'Autorité de la concurrence a provoqué une double évolution du positionnement institutionnel des autorités de régulation indépendantes, qui se trouvent placées dans une situation tout à fait originale, à la fois quasi-juridictionnelle *et* différenciée des juridictions comme des administrations classiques. Il s'agit à notre connaissance d'une première en droit public français, véritable moment inaugural auquel, depuis, le législateur et la jurisprudence administrative ont emboîté le pas.

La seconde a consisté à esquisser un nouveau cadre constitutionnel de la régulation économique. D'abord, une logique de compensation consistant à alourdir les garanties procédurales pesant sur les régulateurs indépendants en contrepartie d'une validation de la très importante emprise qui leur est permise sur la conduite des affaires des opérateurs économiques -- alors que l'on aurait pu espérer, ou craindre, selon les positions défendues, une jurisprudence constitutionnelle plus réductrice du volontarisme des régulateurs. Ensuite, une logique de cantonnement de la tendance à la dépolitisation des dispositifs d'action publique, incitant les pouvoirs publics à des choix réfléchis en la matière.

## B. EN DROIT DES ENTREPRISES

Deux aspects du droit des entreprises ont été analysés : le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté

### ● Concernant le droit des sociétés

L'étude révèle que, comparativement à d'autres matières du droit économique, peu de dispositions relevant du droit des sociétés ont donné lieu à des QPC. Depuis 2010, en effet, seules quinze QPC ont en effet été soulevées. Parmi ces QPC : dix n'ont pas été transmises au Conseil constitutionnel (cinq relatives à des dispositions du Code de commerce, trois relatives à une disposition du Code civil, une relative à des dispositions du Code monétaire et financier, et une relative à des dispositions du Code rural et de la pêche maritime) ; et cinq de ces QPC ont été transmises au Conseil constitutionnel (une relative à une disposition du Code civil, trois relatives à des dispositions du Code de commerce, et une relative à une disposition du Code des marchés financiers).

Une seule décision du Conseil a donné lieu à une censure (Conseil constitutionnel, décision n° 2015-476 QPC du 17 juillet 2015, *Société Holding Désile*)

Le faible nombre de transmissions et l'analyse des motivations des arrêts de la Cour de cassation conduisent à s'interroger sur l'intensité du contrôle de la Haute juridiction en la matière, en tant que juge *a quo*. En effet, plusieurs des QPC formulées auraient sans doute mérité un contrôle de la part du Conseil constitutionnel -- et non pas seulement un examen de leur recevabilité.

Finalement, et de manière assez surprenante, la QPC a eu depuis 2010 une influence quasi nulle sur le droit des sociétés, entendu strictement. Le mécanisme se révèle, pour l'heure, presque imperméable à ce domaine. Il est intéressant de noter que, de manière tout à fait paradoxale, ce sont les décisions QPC visant des dispositions relevant d'autres branches du droit rendues en d'autres matières, notamment en matière fiscale, qui ont fait évoluer le droit des sociétés.

### ● Concernant le droit des entreprises en difficulté

Dans ce domaine spécifique du droit des entreprises, l'influence de la QPC semble plus forte.

Pourtant, en réalité, peu de QPC ont été transmises au Conseil -- seules seize ayant passé le filtre de la Cour de cassation alors que, toutes matières confondues, celle-ci est à l'origine de 448 renvois. Par ailleurs, le droit des entreprises en difficulté ne constitue pas la matière économique la plus affectée puisqu'il ne représente que 7 % des décisions rendues dans ce domaine.

Sur les seize QPC qu'il a eu à connaître, le Conseil constitutionnel a prononcé huit décisions de conformité totale, une conformité sous réserve et sept de non-conformité (dont cinq décisions de non-conformité totale et deux de non-conformité partielle). La symétrie presque parfaite entre les décisions de conformité totale et celle de non-conformité, huit contre sept, pourrait laisser croire qu'en comparaison avec l'ensemble des branches du droit relevant de la matière économique, le droit des entreprises en difficulté est plus sujet à la censure.



En effet, les censures, totales et partielles, représentent dans ce domaine 43,75 % des décisions du Conseil contre 30 % en matière économique. Plus encore, en droit des entreprises en difficulté, les décisions d'inconstitutionnalité totale atteignent un taux de 31,25 % et celles d'inconstitutionnalité partielle 12,5 %, contre 24 % et 6 % en matière économique.

Il faut néanmoins se garder de tirer une conclusion trop hâtive de ces données qui doivent être relativisées dans la mesure où sur les sept censures ayant été prononcées en droit des entreprises en difficulté, quatre décisions de non-conformité totale portent sur un seul et même thème : la saisine d'office. Aussi, si le Conseil constitutionnel a prononcé sept abrogations, il n'a en réalité censuré que quatre règles, ce qui ramène le taux de décisions de non-conformité à 25 % (et non plus 43,75 %).

Quant aux censures prononcées par le Conseil, elles n'ont pas porté sur des dispositions essentielles. Sans négliger leur importance, les abrogations prononcées n'ont pas concerné des dispositions dont la disparition a remis en cause l'équilibre du droit des procédures collectives et ainsi provoqué un bouleversement de la matière. La disparition de certaines autres dispositions aurait eu un impact bien plus considérable, notamment celles découlant de la discipline collective comme le gel du passif ou de la remise en cause du traitement différencié selon que le débiteur est placé en sauvegarde, en redressement ou en liquidation. Par ailleurs, si bien entendu toutes les décisions de non-conformité, qu'elles soient totales ou partielles, ont entraîné la disparition des dispositions concernées, dans la grande majorité des cas, le Conseil n'a pas condamné de manière ferme et définitive la règle contenue dans les dispositions déclarées non conformes. En effet, la plupart du temps, la réécriture du texte reste possible, le Conseil donnant même parfois des recommandations à cet égard.

Au demeurant, bien souvent et parfois malgré les incitations doctrinales, le législateur n'a pas remplacé les dispositions, choix qui tend à confirmer leur caractère « non essentiel ». Ainsi, ni celles applicables en Polynésie française ni celles prévues par les articles L. 624-6 et L. 654-6 du Code de commerce n'ont été adaptées pour être réinsérées dans l'ordonnement juridique. En revanche, le législateur et la jurisprudence ont, dans certains cas, pris appui sur les décisions de non-conformité d'ores et déjà rendues pour prévenir des futures censures, ces anticipations n'ayant d'ailleurs pas toujours été faites à bon escient.

En conclusion, malgré un domaine d'influence restreint qui s'explique par le filtrage conséquent effectué par les juges *a quo*, le législateur et la jurisprudence ont été particulièrement attentifs aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Aussi, même si la QPC n'a pas entraîné de bouleversement de la matière, elle a permis d'opérer un salutaire rapprochement du droit constitutionnel et du droit des entreprises en difficulté qui jusqu'alors n'entretenaient pas des rapports étroits.

## C. EN DROIT DES BIENS

- En droit des biens, la QPC a d'abord permis une « diffusion » plus large de la notion constitutionnelle de la propriété. Ce phénomène se rencontre dans différentes situations.

Par exemple, lorsqu'une disposition intéressant la propriété a été censurée par le juge constitutionnel, le législateur a fréquemment réintroduit des dispositions afin de répondre à l'inconstitutionnalité constatée. Dans ce cas précis, nul doute que la QPC a un rayonnement en droit des biens, lequel enregistre et intègre la solution constitutionnelle.

De plus, en certaines occasions, le législateur a consacré textuellement les réserves d'interprétation dont les décisions du Conseil avaient été assorties.

De même, les juridictions « ordinaires » -- administratives et judiciaires -- ont à plusieurs reprises « réceptionné » la jurisprudence du Conseil en matière de propriété, ce qui traduit, là encore, une influence nette de la QPC sur la matière.

- Néanmoins, dans de nombreux cas, la QPC n'a pas permis les changements escomptés par une partie de la doctrine (et des justiciables). L'exemple le plus significatif, souvent souligné par les observateurs, est celui de l'empiètement. En effet, la Cour de cassation nourrit une vision stricte du droit de propriété en matière d'empiètement et a refusé, par son contrôle de la recevabilité des QPC, que cette question soit examinée par le juge constitutionnel. De même, le Conseil d'État refuse systématiquement de saisir son voisin au Palais-Royal de l'interdiction de bâtir sur le domaine public maritime, opérant seul la conciliation des principes constitutionnels en cause.

D'une façon générale, il ressort de l'étude des QPC en droit des biens que le Conseil constitutionnel n'est pas libre de diffuser sa jurisprudence à tous les points intéressant la propriété, et qu'ainsi l'influence de la QPC en ce domaine dépend grandement des juridictions de filtrage.

Finalement, on peut légitimement se poser la question de savoir si la QPC est, ou non, la voie de droit la plus efficace pour protéger la propriété. Car, en la matière, le mécanisme est aujourd'hui sérieusement concurrencé par la jurisprudence du juge de Strasbourg qui nourrit une approche patrimoniale audacieuse de la notion de « bien », davantage adaptée à la réalité économique de la logique « propriétaire ». L'avantage que présente le contrôle *a*

*posteriori* pour le juge constitutionnel de pouvoir se prononcer à l'occasion du contexte d'application de la loi n'a pas non plus modifié l'approche qu'il avait du droit de propriété, son contrôle demeurant à dominante abstraite.

Dès lors, pour conserver l'attractivité du contrôle *a posteriori*, il paraît indispensable que le droit de propriété à valeur constitutionnelle, qui est en retrait face au droit européen, fasse un pas de plus vers les évolutions qui animent aujourd'hui le droit des biens.

#### D. EN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le droit des contrats publics a été jusqu'à présent relativement *préservé* par la QPC : si l'on excepte quelques rares questions soulevées devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation, le plus souvent non renvoyées au Conseil constitutionnel, aucune modification substantielle de ce droit n'aura été provoquée par le biais d'une QPC.

Plusieurs raisons peuvent être brièvement évoquées pour expliquer ce faible « succès » de la QPC en la matière.

La première tient sans doute à des éléments purement juridiques : le fondement largement réglementaire du droit des marchés publics a pu constituer un obstacle évident à un tel contentieux, de même que, dans une moindre mesure, l'origine européenne de ce droit puisque les ordonnances transposant les directives « marchés » et « concessions » ne peuvent être contestées devant le juge constitutionnel dès lors que la directive fait « écran ».

D'autres considérations propres au contentieux contractuel peuvent ensuite expliquer la faiblesse du contentieux QPC : une partie significative de ce contentieux est un contentieux subjectif (*ie* un contentieux de la responsabilité), dans lequel le réflexe des parties est davantage de contester la mise en œuvre des règles que leur pur fondement juridique ; cette même raison explique aussi qu'une partie de ce contentieux se règle d'ailleurs en dehors des juridictions étatiques par le biais de modes alternatifs de règlements de litiges (arbitrage, médiation) plus propices au règlement des contestations indemnitaires en matière contractuelle, et qui bénéficient d'une rapidité et d'une confidentialité appréciables en droit des affaires, y compris public. On peut alors penser que le « réflexe » QPC n'est pas ancré chez les acteurs du droit des contrats publics.

Pourtant, la QPC présente une forte *potentialité* pour le droit des contrats publics et devrait à l'avenir être amenée à se développer sous l'effet de divers facteurs.

Le principal d'entre eux tient au rehaussement législatif du droit des marchés publics opéré depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015 : concrètement, la plupart des règles essentielles applicables en matière de marchés et de concessions présentes dans le Code de la commande publique sont aujourd'hui des règles de niveau législatif pouvant, potentiellement, faire l'objet d'un tel contentieux. Il en va de même de la codification de nombreuses règles jurisprudentielles : si la porte à un contentieux QPC n'était déjà pas fermée à l'égard de la jurisprudence, l'inscription de celle-ci dans la loi favorise leur invocation devant le juge constitutionnel. Jusqu'à présent préservée de toute contestation dans leur principe même, la plupart des « règles générales applicables aux contrats administratifs » vont donc certainement se retrouver passée au crible du contrôle de constitutionnalité.

Un second facteur tient à la substance même de ce droit : le droit de la commande publique est un droit de contrainte économique par nature fortement attentatoire à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre ; de même, le droit des contrats administratifs est un droit inégalitaire lui aussi susceptible de porter atteinte tant à la liberté contractuelle qu'au principe d'égalité. C'est dire autrement que, pour peu que la porte soit ouverte, le droit des contrats publics est un terrain propice au contrôle de constitutionnalité.

L'intuition à l'origine des études qui ont été faites dans cette « matière » est ainsi que la QPC a vocation à s'épanouir sur le terrain des contrats publics. Reste à savoir comment.

Si tout le droit législatif de la commande publique pourrait être confronté au droit constitutionnel (la plupart des règles n'ayant jamais été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel), l'analyse devait évidemment être menée à l'aune de deux considérations restrictives : déterminer, juridiquement, quelles sont les dispositions législatives en droit des contrats publics qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et apprécier, concrètement, si une telle contestation présenterait un intérêt pour le requérant (en partant du principe qu'en droit des contrats, les requérants, plus que dans d'autres contentieux, ne recherchent pas une annulation purement « platonique » de la loi mais bien l'annulation d'une disposition ayant un impact économique significatif sur eux).

L'ensemble des entretiens menés avec les praticiens fait ressortir un certain nombre de règles dont la fragilité constitutionnelle mérite d'être soulevée. Quatre pistes ont été privilégiées -- et sont ici seulement évoquées compte tenu du cadre limité de cette note de synthèse -- : les clauses indemnitaires, les interdictions professionnelles, les principes fondamentaux de la commande publique et les conventions judiciaires d'intérêt public.

Dans ces quatre domaines, nous avons tenté de montrer que la QPC pouvait -- pourrait dans un avenir proche -- contribuer à bouleverser une partie du droit de la commande publique.

### 3. Approche comparative

L'« approche comparative » est le résultat d'une analyse comparée des droits constitutionnels allemand, belge, espagnol et italien, intégrant à la fois les dispositions constitutionnelles et la jurisprudence des cours constitutionnelles ; elle a été enrichie par les entretiens réalisés au sein de chacune de ces juridictions et s'est par ailleurs nourrie des débats doctrinaux propres aux États en étude.

Par cette recherche comparée, nous avons souhaité offrir un panorama général des modalités constitutionnelles d'appréhension des problématiques économiques dans quatre pays européens, voisins de la France, afin de pouvoir apprécier le cas français avec un regard « extérieur ». Le choix en faveur de l'étude de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne et de l'Italie se justifie au regard de deux critères : un critère contentieux d'abord, trois de ces quatre États ayant en partage avec la France l'existence d'une voie d'accès singulière au juge constitutionnel, sur le fondement de la protection des libertés constitutionnellement garanties ; un critère substantiel ensuite, l'ensemble de ces pays connaissant une actualité constitutionnelle manifeste en matière économique, actualité liée à une modification de la Constitution, à un revirement de jurisprudence et/ou aux effets juridiques engendrés par la récente crise économique.

Quels enseignements principaux est-il possible de tirer de cette approche comparative ?

- Tout d'abord -- et cela peut surprendre --, il apparaît de fortes disparités entre les États concernant la dimension économique de leur Constitution. Il n'existe pas, en réalité, une façon « européenne » de saisir l'économie par la Constitution.

Par exemple, l'économie est fortement présente dans la Loi fondamentale allemande qui consacre certaines de ses dispositions à des secteurs-clés de l'économie comme les terres et les ressources naturelles (article 15), les chemins de fer ou les télécommunications (article 87). De même, la Constitution espagnole contient des dispositions assez précises en matière économique, notamment l'article 130 qui impose aux pouvoirs publics de «\* veiller à la modernisation et au développement de tous les secteurs économiques et, en particulier, de l'agriculture, de l'élevage, de la pêche et de l'artisanat, afin d'égaliser le niveau de vie de tous les Espagnols\* ». Le secteur agricole est également visé par la Constitution italienne qui confie à la loi le soin de favoriser et d'imposer « *la bonification des terres* » (article 44) ; de manière plus originale, l'Italie consacre par ailleurs l'obligation constitutionnelle pour la République de protéger l'épargne et de contrôler l'exercice du crédit (article 47). En revanche, sur l'ensemble de ces aspects, le texte constitutionnel belge se démarque par son silence.

La jurisprudence est également très variée selon les États, certains juges constitutionnels intervenant beaucoup dans les choix économiques du législateur, d'autres moins.

Par exemple, le Tribunal fédéral allemand affirme dès 1954 que la Constitution n'instaure aucun modèle économique spécifique. Cette « neutralité » de la Constitution permet au législateur, selon le juge constitutionnel allemand, « *de suivre la politique économique qui lui semble la plus appropriée à tout moment, pour autant qu'il respecte toujours la Loi Fondamentale. L'ordre économique et social actuel est certainement un ordre possible en vertu de la Loi Fondamentale, mais assurément pas le seul possible. Il est fondé sur une décision économique et socio-politique produite par la volonté du législateur* »<sup>(9)</sup>.

- Ensuite, la recherche a permis de mettre en lumière plusieurs différences notables entre les États étudiés et le cas français.

Par exemple, en Italie, la Cour constitutionnelle a consacré la catégorie des « droits financièrement conditionnés » qui permet aux juges de reconnaître la constitutionnalité de mesures législatives venant limiter un droit, au nom du coût qu'engendre la garantie de son exercice.

De même, contrairement à la France, certains États ne reconnaissent pas la liberté d'entreprendre comme liberté constitutionnelle « autonome » par rapport à d'autres principes constitutionnels -- ce qui traduit une certaine philosophie des juges à l'égard de cette liberté. En Allemagne par exemple, la liberté d'entreprendre est rattachée à la « liberté de profession » protégée par l'article 12§1 de la Loi fondamentale.

En sens inverse, à la différence du cas allemand (et du cas français), la liberté d'entreprendre bénéficie d'une consécration constitutionnelle expresse dans la Constitution espagnole (article 38 de la Constitution), ce qui permet au juge de développer une jurisprudence plus contraignante pour le législateur.

À mi-chemin, les modalités de reconnaissance constitutionnelle de la liberté d'entreprendre sont relativement originales en Italie. La liberté des entreprises « découle » en effet, en Italie, de la notion de « libre initiative » présente à l'article 41 de la Constitution (« *L'initiative économique privée est libre* »). Par ailleurs, toujours en Italie, il existe une différence importante par rapport à la France en ce sens que le juge constitutionnel structure une

## B. Influence de l'économie sur la QPC

### 1. Coût de la QPC

Le coût de la QPC peut s'apprécier de différentes façons.

a. Il peut d'abord se mesurer en tenant compte de *la nature de l'entreprise*. La notion de coût est envisagée ici de façon très générale, comme un rapport entre les avantages et les inconvénients d'une action déterminée. Sur cette base, il est ressorti de nos analyses les éléments suivants :

- Premier constat : la QPC est avant tout un instrument au service des petites et moyennes entreprises (PME) qui représentent plus du tiers (33 %) des entreprises requérantes.
- Deuxième constat : les grandes entreprises (GE) sont celles qui obtiennent le plus fort taux de censure totale (32 % pour le contentieux QPC relatif à la matière économique contre 18 % pour l'ensemble du contentieux QPC).
- Troisième constat : les microentreprises (MIC) et les PME soulèvent davantage de QPC relatives à la fiscalité (dans 35 % des cas pour les deux) et à la réglementation des entreprises (dans 33 % des cas pour les MIC et près de 29 % pour les PME) que les entreprises de taille intermédiaire (ETI) (dans 23 % et 24 % des deux cas) et les GE (dans 5 % et 15 % des deux cas).
- Quatrième constat : les MIC sont celles qui posent le plus de QPC (plus de 40 %) portant sur des dispositions communes à toutes les entreprises.
- Cinquième constat : le grief tiré du principe d'égalité devant les charges publiques et celui du principe d'égalité devant la loi représentent près de 60 % des griefs invoqués par les entreprises requérantes.

b. Le coût de la QPC peut également s'apprécier à *l'égard du justiciable en général*, en envisageant l'ensemble des sommes engagées par le justiciable pour accéder à la justice constitutionnelle. Il s'agit là essentiellement des frais de représentation par avocat ainsi que des dépens. Sur ce point, deux enseignements principaux peuvent être tirés :

D'abord, ce sont essentiellement les règles contentieuses qui contribuent à affecter le coût final de la QPC, avec un problème majeur : l'abrogation différée prive la partie victorieuse d'une compensation du coût de mise en œuvre du mécanisme de la QPC et l'empêche d'obtenir le remboursement par son adversaire des frais engagés lorsque l'affaire revient devant la juridiction ayant prononcé le sursis à statuer.

Par ailleurs, les parties et les intervenants à la QPC peuvent aussi avoir une influence sur le coût de leur action soit à la baisse (en souscrivant une assurance ou en ne recourant pas aux services d'un avocat lorsque cela est possible) soit à la hausse (en assumant les coûts liés à la représentation alors qu'elle est facultative ou en optant volontairement pour la double représentation devant le Conseil constitutionnel en se faisant assister par un avocat à la Cour et par un avocat aux Conseils).

c. Enfin, la QPC représente aussi un coût *pour l'État* -- et par ricochet *pour le contribuable*. Ainsi, et en premier lieu, la seule mise en place de la QPC s'est traduite par une nécessaire adaptation du Conseil constitutionnel et par une évolution de son budget liée notamment à des investissements, des recrutements et à la mise en place d'un nouveau mode de fonctionnement. Sur la base de plusieurs éléments de calcul (notamment le volume d'heures de travail nécessaires), nous avons pu estimer que le coût d'une QPC pour le contribuable s'élevait à plusieurs dizaines de milliers d'euros -- ce qui ne manque pas d'interpeller (le rapport contient des chiffres précis).

En second lieu, l'abrogation de dispositions législatives peut évidemment avoir des conséquences financières pour l'État. Un exemple bien connu est celui de l'inconstitutionnalité de la contribution additionnelle de 3 % à l'impôt sur les sociétés au titre des dividendes -- avec pour résultat le remboursement par l'État de dix milliards d'euros de prélèvements indus auxquels s'ajoutent un milliard d'euros d'intérêts moratoires. En sens inverse, le maintien d'une disposition législative contestée peut avoir des conséquences financières défavorables aux collectivités territoriales... et sauvegarder les finances de l'État, par exemple avec le contentieux TASCOT<sup>(10)</sup>. Globalement, l'analyse du contentieux constitutionnel en la matière permet de démontrer que les juges constitutionnels évitent en général de rendre des décisions qui auraient pour conséquence plus ou moins directe soit une diminution des ressources publiques, soit l'aggravation d'une charge publique.

### 2. Analyse économique de la QPC

Nous avons souhaité enrichir l'étude des liens entre la QPC et l'économie par une « analyse économique de la QPC ». Dans cette perspective, l'économie n'est pas un objet empirique parallèlement observable avec l'objet juridique que constitue l'usage de la QPC, mais une méthode d'observation de cet usage.

a. Selon l'analyse économique du droit, l'efficacité de la QPC résulterait d'un bilan coût-avantage favorable au justiciable. Par conséquent, en tenant

pour acquiescer l'hypothèse que les agents sont rationnels -- c'est-à-dire qu'ils évaluent les règles et institutions en termes de coûts/bénéfices --, nous devons estimer qu'ils vont utiliser la QPC lorsque le gain net attendu est positif. Ces gains et coûts sont avant tout financiers ou monétaires. Cela signifie que l'utilisation de la QPC sera d'autant plus importante que les individus ont à gagner, ou à perdre, du fait de son utilisation. L'existence d'une telle institution a un impact sur la demande -- un effet d'offre. De cela, il est possible d'en tirer plusieurs conséquences.

D'abord, les grands opérateurs économiques ont sans aucun doute davantage intérêt à tenter des QPC que le justiciable « lambda ». De même, les domaines purement économiques -- comme le travail ou la fiscalité -- sont évidemment les premiers concernés par cette procédure puisque les enjeux sont *a priori* plus importants.

Ensuite, la QPC bénéficie d'un avantage considérable sur l'exception d'inconstitutionnalité : « gagner » une QPC a pour conséquence de faire abroger la loi définitivement. Dans l'hypothèse où cette loi s'avère en effet trop coûteuse dans les conséquences de son application, cette procédure est donc bien plus efficace que l'exception d'inconstitutionnalité des pays de *Common law*. Elle permet de supprimer de futurs coûts potentiels engendrés par d'éventuels litiges futurs qui auraient pu avoir lieu à défaut d'abrogation de la loi.

**b.** Les conséquences de l'instauration de la QPC doivent aussi -- et surtout, en fait -- être analysées du point de vue du système juridique tout entier. Une procédure ne peut être efficace que si elle engendre des gains nets pour l'ensemble de la société. Cette idée que l'on pourrait -- ou devrait -- mesurer l'efficacité des systèmes juridiques dans leur ensemble est vraiment au cœur de l'analyse économique du droit depuis ses origines.

- À ce titre, il est intéressant de voir quels sont les types de dispositions qui font l'objet du plus grand nombre de recours devant le Conseil constitutionnel par l'utilisation de la QPC. Cela permet de tester ou de vérifier l'hypothèse que la QPC peut conduire à plus d'efficacité. Cela vient ainsi corroborer une croyance connue du libéralisme classique, que l'on retrouve dans la fable des abeilles de Mandeville ou la théorie de la main invisible d'Adam Smith : les vices privés font les vertus publiques. En somme, la défense égoïste de ses intérêts par le requérant contribuerait de façon objective à l'amélioration du système juridique dans son entier.

- L'analyse économique du droit adhère à la thèse selon laquelle les juges tiennent compte des conséquences économiques de leurs décisions. La question qui nous préoccupe est de savoir si l'usage de l'argument conséquentialiste est plus fréquent dans le contentieux QPC que dans le contentieux DC. Il pourrait y avoir des éléments procéduraux qui favorisent cela : la relativisation de la dimension abstraite du contrôle, l'exigence d'un lien de la disposition contestée avec un litige existant, la prise en compte de conséquences qui n'étaient pas visibles lors du contrôle DC à l'instar, principalement, des effets potentiellement rétroactifs d'une abrogation. Dès lors, l'hypothèse est la suivante : la QPC est plus efficace que le contrôle DC, car elle laisse plus de place à la prise en compte par le juge des conséquences économiques de ses décisions. Pour le dire autrement, la QPC est « efficace », car elle donne plus de rationalité aux jugements. Dans cette hypothèse, le raisonnement juridique serait, en partie, un voile derrière lequel se cacheraient les véritables raisons du jugement : la rationalité économique.

(1) : Le terme est emprunté à G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 32

(2) : C'est au demeurant l'approche du Code civil qui définit le contrat de « société » par son but, celui « de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra » résulter de l'entreprise (art. 1832).

(3) : Ils sont 30 %, pour le contentieux économique comme de manière générale.

(4) : Hors fiscalité, la « matière économique » donne lieu à 7 % de décisions de conformité, contre 12 % d'ordinaire.

(5) : À eux seuls, ces quatre codes sont contestés dans 103 décisions QPC, qui représentent 45 % des 228 décisions rendues en matière économique par le Conseil constitutionnel.

(6) : Cette prévalence doit être relativisée dans la mesure où il s'agit d'un critère de sélection des décisions.

(7) : Que celle contentieuse.

(8) : Ce constat doit être relativisé puisqu'il s'agit d'un critère de sélection des décisions.

(9) : BVerfGE 4, 7, Aide aux investissements, 20 juillet 1954.

(10) : Conseil constitutionnel, décision n° 2017-644 QPC du 21 juillet 2017, *Communauté de communes du pays roussillonnais (Validation de la compensation du transfert de la TASCOM aux communes et aux EPCI à fiscalité propre)*, JO 23 juillet 2017, texte n° 13.

## Citer cet article

« QPC et économie », Titre VII [en ligne], Hors-série, *QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne*, octobre 2020. URL complète : <https://webview.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/qpc-et-economie>