

SERVICE PUBLIC NATIONAL ET LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE

PAR

Gérard QUIOT

*Professeur de Droit public
CREDECO - Université de Nice - Sophia Antipolis*

L'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 dispose que : *“Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité”*. Il est par ailleurs donné de lire dans l'alinéa 1 de ce même texte que : *“Il (le peuple français) réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789...”*

La proposition qui nous a été adressée de procéder, pour les besoins d'un colloque *“ordonné autour des antinomies juridiques et des contradictions politiques du texte du préambule de la Constitution de 1946”*, à une réflexion sur le thème *“service public national et liberté d'entreprendre”* nous paraît pouvoir (devoir ?) être reçue comme une incitation à traiter du caractère supposé antagoniste des deux affirmations ci-dessus rapportées, ce caractère étant censé tenir à ce que la première remettrait en cause la liberté d'entreprendre alors que la seconde la *“réaffirmerait”* indirectement. En d'autres termes et, plus précisément, cette proposition nous semble susceptible d'être regardée comme une invitation à disserter sur le fait que le texte du préambule, de par la coexistence en son sein de ces deux affirmations, serait porteur d'une *“antinomie juridique”* et d'une *“contradiction politique”*. Une *“antinomie juridique”* : la prescription de l'alinéa 9, en ce qu'elle impose le transfert à la collectivité de certains biens et entreprises et interdit en conséquence l'exploitation de ceux-ci par des particuliers contrarierait les dispositions de la Déclaration des droits de 1789 relatives à la liberté et à la propriété, dispositions qui impliquent, tel est du moins ce qu'à décidé le Conseil constitutionnel

en 1982¹, l'existence de la liberté d'entreprendre. Une "contradiction politique" : cette prescription principalement en ce qu'elle impose la collectivisation des biens et entreprises dont l'exploitation revêt pour l'ensemble de la nation le caractère d'un service d'intérêt général serait d'inspiration socialiste, alors que la réaffirmation des droits et libertés consacrés par la Déclaration de 89 dont est porteur l'alinéa 1 postulerait l'attachement à l'individualisme libéral et aux principes du libéralisme économique.

Quoiqu'elle s'accorde parfaitement avec l'opinion exposée par les premiers commentateurs du préambule en 1947 et très généralement admise depuis lors, selon laquelle, le texte de celui-ci "*marque une hésitation entre le libéralisme et le socialisme*"², l'hypothèse du caractère antagoniste de la disposition de l'alinéa neuf et de celle de l'alinéa un réaffirmant les droits et libertés consacrés en 1789 ne nous agrée pas. C'est dire que nous doutons de l'existence de l'"antinomie juridique" et de la contradiction politique" que l'on vient d'évoquer.

Cette hypothèse est déterminée par une vision de ce que sont les conceptions philosophico-politiques respectives des constituants de la Libération et de ceux de 1789-1791 dont nous croyons qu'elle n'est pas réaliste et qu'elle fait les premiers beaucoup plus socialistes et les seconds sensiblement plus libéraux qu'ils ne le sont effectivement.

On ne saurait discerner dans la prescription de l'alinéa 9 du préambule imposant la collectivisation des biens et entreprises "*dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national*" la marque d'une quelconque hostilité des auteurs de ce dernier au principe de la liberté d'entreprendre, le signe d'une volonté de leur part de s'en prendre au régime de "la libre entreprise". Et, à l'inverse, on ne saurait en aucune manière déduire des dispositions de la Déclaration des droits de 1789 que les pères de celle-ci sont des partisans intransigeants de ce régime, absolument hostiles à toute limitation apportée à cette liberté au nom de l'intérêt général.

Il est, en fait, permis d'estimer, et c'est ce que nous voulons mettre en évidence, qu'il n'existe pas, par rapport au sujet qui nous intéresse, de différence fondamentale entre la pensée des constituants de la Libération et celle des constituants révolutionnaires de 1789-1791 : ceux-là ne sont probablement pas moins favorables à la liberté d'entreprendre que ceux-ci et, probablement aussi, ceux-ci jugent-ils, tout autant que ceux-là, que l'exercice de cette dernière doit être compatible avec la satisfaction des exigences du "service public".

1. Cf. Décision n° 81-132 du 16 janvier 1982 sur les nationalisations. Cf. Favoreu (L.) et Philip (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 7ème édit., 1993, Sirey, p. 460 et s.

2. La formule est du professeur R. Pelloux (cf. "Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946" in : *R.D.P.* 1947, p. 398). Il nous paraît qu'elle traduit également assez bien les vues des professeurs J. Rivéro et G. Vedel lesquels, dans une étude parue à la même époque, soutiennent notamment qu'"il y a dans le préambule deux éléments, l'un traditionnel, l'autre

I - LES CONSTITUANTS DE LA LIBÉRATION, L'ALINÉA 9 DU PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1946 ET LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE

L'étude de sa genèse et des débats des deux constituantes autorise à l'affirmer : l'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946 représente pour les auteurs de celle-ci une arme destinée à combattre les "*féodalités économiques et financières*" afin d'assurer la prééminence de l'intérêt général sur les intérêts privés et non la liberté d'entreprendre. Bien plus : loin de constituer une arme de combat contre cette liberté et, donc, contre le régime de "la libre entreprise" il peut, au contraire, être considéré comme un instrument servant à la défense de ce dernier.

A) L'alinéa 9 du préambule, une arme destinée à combattre les "féodalités économiques et financières" non la liberté d'entreprendre

L'alinéa 9 du préambule prend sans doute sa source dans le programme du CNR adopté le 15 mars 1944 dont la réalisation représente pour la majorité des membres des deux constituantes une "*ardente obligation*" et qui, au titre des "*réformes indispensables à promouvoir sur le plan économique*" après la libération prévoyait notamment "*l'instauration d'une véritable démocratie économique et sociale, impliquant l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie*" et "*le retour à la nation des grands moyens de production monopolisés fruits du travail commun...*"

Il est plus directement issu de ces dispositions contenues dans l'article 40 de la proposition de constitution présentée par le groupe socialiste le 29 novembre 1945 : "*Tout individu a droit à être protégé contre la domination des puissances économiques et financières. Cette protection est assurée par la socialisation des biens et entreprises dont l'exploitation a le caractère d'un service public ou d'un monopole de fait...*"³

C'est en partant de ces dispositions que la Commission de constitution installée le 30 novembre 1945 élaborera le texte suivant qui devait devenir, après que le qualificatif de national ait été ajouté à l'expression de "service public", l'article 36 al. 2 du projet de constitution soumis au peuple français en avril

(suite note 2) *nouveau*" et qu'il existe "*une certaine contradiction entre la conception sociale de 1789 et celle qui commande la partie nouvelle du Préambule*" (cf. "Les principes économiques et sociaux de la constitution : Le préambule", in : *Droit social*, fascicule XXX, 1947, p. 34).

3. Cf. *Journal officiel*, A.N.C., 1945-46, Annexe n° 44, p. 58. Le titre II de la proposition socialiste (articles 6 à 40) constitue une Déclaration des droits et la section II de cette dernière (article 29 à 40) a trait aux Droits sociaux et économiques. Le texte de l'article 40 se poursuivait ainsi : "... et par l'organisation de la vie économique de l'Union française en vue du plein emploi de toutes ses ressources humaines et matérielles".

46 : *“Tout bien toute entreprise dont l’exploitation a ou acquiert les caractères d’un service public ou d’un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité”*. L’alinéa 1 de l’article 36 fournit la justification de cette prescription : *“Le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l’utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l’existence ou à la propriété d’autrui”*. Pour les auteurs du projet, cela est évident, l’alinéa 1 de l’article 36 définit un objectif et l’alinéa 2 le moyen permettant d’atteindre celui-ci.

Adopté sans la moindre difficulté par la Commission, le texte qui nous intéresse n’entraîna pas lors de son examen par l’Assemblée, loin s’en faut, des discussions aussi abondantes et aussi passionnées que celles auxquelles donnèrent lieu l’article 35, qui définissait la propriété comme *“le droit inviolable d’user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi”*. Ce texte fut, bien sûr, l’objet de critiques. Mais ces critiques, outre qu’elles ne correspondaient pas aux vues de la grande majorité des députés, présentent comme caractéristique de ne pas mettre en cause ce qui fait l’essentiel du contenu dudit texte, c’est-à-dire l’idée qu’il est légitime d’apporter, dans l’intérêt général, certaines restrictions à l’exercice du droit de propriété des personnes privées et de la liberté d’entreprendre⁴. Certains députés appartenant à la droite de l’Assemblée exprimèrent la crainte que le texte *“soit appelé à une extension infinie”* et permette de justifier *“l’étatisation de l’artisanat”*, voire la nationalisation du *“petit autocar de province qui relie deux cantons”* mais ce tout en s’affirmant favorable à *“la lutte nécessaire contre les trusts”*⁵. C’est précisément dans le but d’apaiser quelque peu cette crainte en chassant le spectre de la collectivisation à venir de l’ensemble des activités économiques que les auteurs du projet et l’Assemblée décidèrent de substituer à l’expression de *“service public”* celle de *“service public national”*. D’autres députés, plus nombreux, mirent en cause non le risque de restrictions abusives apportées au droit de propriété et à la liberté d’entreprendre, mais l’obligation, jugée trop lourde, imposée par le texte au législateur de procéder en toute hypothèse à la nationalisation des biens et entreprises visés par ce dernier⁶. Il

4. Il importe de remarquer en ce sens que le texte de l’alinéa 1 de ce qui était initialement l’article 33 du projet de constitution avant de devenir l’article 36 ne fit l’objet d’aucune proposition d’amendement ni ne suscita la moindre demande de parole lors du débat à l’Assemblée. (Cf. *J.O. A.N.C.*, p. 968).

5. Cf. Bruyneel (R.) s’exprimant au nom du parti républicain de la liberté, séance du 7 mai 1946, *J.O. A.N.C.*, p. 610.

6. C’est le cas en particulier de René Capitant qui exprime l’opinion selon laquelle *“si... dans un grand nombre de cas la nationalisation devra, en effet, emporter l’expropriation, en revanche, en un certain nombre de cas, celle-ci ne sera pas nécessaire”* et estime qu’il conviendrait donc *“d’employer dans le texte une formule plus souple, qui laisse au législateur la possibilité soit d’exproprier soit de soumettre l’entreprise à un régime de service public”* (séance du 21 mars 1946, *J.O. A.N.C.*, p. 969). Dans le même sens, cf. Henri-Louis Grimaud (séance du 21 mars 1946, *J.O. A.N.C.*, p. 969 et 970), Henri Joannon (séance du 21 mars 1946, *J.O. A.N.C.*, p. 970 et 971).

leur fut répondu par le rapporteur de la commission que l'approbation publique d'un bien "devenu service public" fournissait la seule garantie véritable que ce bien serait "au service du public"⁷.

A la suite du rejet du premier projet de constitution, les auteurs du second projet ont intégralement repris le texte de l'ex-article 36 al. 2 pour en faire celui de l'un des alinéas du préambule de la constitution consacrés aux "*principes particulièrement nécessaires à notre temps*". Ils ont repris ce texte et, il importe de le remarquer, ils l'ont repris alors qu'ils décidaient par ailleurs, d'une part, "d'abandonner" les dispositions touchant, au droit de propriété contenues dans le premier projet, jugées avoir été la cause, en raison de leur caractère "restrictif", de l'échec du référendum d'avril, et, d'autre part, de réaffirmer "*les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789*"⁸. C'est donc qu'ils ne jugeaient pas que l'affirmation énoncée dans l'alinéa 9 du préambule contredise en quoi que ce soit ladite Déclaration.

Que celle-là soit en parfaite harmonie avec celle-ci est précisément ce que firent valoir lors des débats à la première constituante plusieurs orateurs, au premier rang desquels Gilbert Zaksas, rapporteur de la Commission de la Constitution pour la Déclaration des droits de l'homme⁹. Dans son interven-

7. Cf. séance du 21 mars 1946, *J.O. A.N.C.*, p. 970. On peut avancer l'hypothèse que l'opinion du rapporteur trouve sa cause dans le discrédit qui pèse à l'époque sur la formule de la concession de service public suite à certains scandales engendrés par la pratique de cette formule et notamment à celui soulevé par la gestion jusqu'en 1937 du service public des chemins de fer. Sur ce discrédit, cf. Waline (M.), *Droit social* 1945, Les nationalisations, p. 86.

8. Les dispositions en question sont essentiellement celles de l'article 35 du projet d'avril citées plus haut. En conclusion de son article de 1984 sur le Conseil constitutionnel, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre que nous citons plus loin, J.-L. Mestre formule l'opinion suivante qui nous paraît prêter le flanc à la critique. Selon l'auteur, le caractère fondamental du droit de propriété a constamment été reconnu de 1789 à nos jours et "*cette continuité n'aurait pu être contestée que si le projet de constitution du 19 avril 1946 avait été ratifié par le suffrage universel*" et ce parce que, indique J.-L. Mestre, "*l'article 36 de ce projet qui disposait que «le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale», aurait pu permettre de par l'imprécision du concept d'«utilité sociale», une remise en cause radicale de la conception même de la propriété privée*" (op. cit. *infra*, p. 7 et 8). L'opinion nous paraît appeler deux observations. La première est que J.-L. Mestre semble ne pas voir, d'une part que l'alinéa 9 du préambule de la constitution adoptée reprend purement et simplement l'alinéa 2 de l'article 36 du projet d'avril et, d'autre part que cet alinéa 2 trouvait lui-même sa cause justificatrice dans l'alinéa 1 de l'article 36, en sorte qu'il ne semble pas impossible de considérer qu'il a été implicitement consacrée par le peuple français en octobre 1946, en même temps que le "principe particulièrement nécessaire à notre temps" énoncé par l'alinéa 9 du préambule, l'idée selon laquelle "*le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale*". La seconde observation est que, quoique semble en penser J.-L. Mestre, cette idée n'a rien qui puisse heurter les révolutionnaires de 89, lesquels, comme le remarque ce dernier, par ailleurs (cf. nos développements *infra*, II, b) n'ont jamais conçu le droit de propriété comme un droit "absolu". Comment admettre, en fait, que le droit de propriété puisse s'exercer "contrairement à l'utilité sociale" ?

9. M. Zaksas constituait avec André Philippe et Guy Mollet l'un des auteurs de la proposition de constitution présentée au nom du groupe socialiste en novembre 45.

tion à la séance du 7 mars 1946, celui-ci, présentant le projet de Déclaration de la Commission, indique que ce projet, “reprenant l'idée qui avait inspiré les constituants de 1789”, rappelle que “nul ne saurait être privé de sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique” ; puis il poursuit ainsi : “le principe selon lequel le droit de propriété doit s'effacer devant les exigences de l'intérêt général commande aujourd'hui une autre application rendue nécessaire par l'évolution de l'économie moderne qui a fait apparaître d'énormes entreprises ayant le caractère de monopole de fait. De véritables puissances économiques sont ainsi nées qui, dangereuses pour la nation, portent atteinte aux droits et libertés de chaque individu. Il n'est pas possible de garantir pleinement ces droits et libertés sans proclamer, en même temps, le retour à la collectivité des biens et entreprises dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public ou d'un monopole de fait”¹⁰. Le propos du rapporteur dont on ne peut dire qu'il soit parfaitement clair et explicatif appelle deux remarques.

On doit remarquer en premier lieu que l'explication développée par celui-ci pour justifier la nationalisation des biens et entreprises disposant d'un monopole de fait sert également à justifier celle des biens et entreprises dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public. Il faut en déduire que, dans l'esprit du rapporteur, les seconds, dans le cas où ils ne se confondent pas avec les premiers, ont en commun avec ceux-ci de conférer à leurs propriétaires un pouvoir de nuire aux droits et libertés des individus. Cette assimilation se comprend aisément dans la mesure où détenir la maîtrise d'un service public c'est détenir, par définition, la maîtrise de la fourniture de biens ou de prestations considérés comme indispensables à la vie et au travail des citoyens.

Il faut remarquer en second lieu que le rapporteur, en faveur de la nationalisation des entreprises ayant caractère de monopole de fait, fait valoir successivement le “principe” selon lequel “le droit de propriété doit s'effacer devant l'intérêt général” et la nécessité de “garantir pleinement les droits et libertés” de chaque individu. Or, l'on est fondé à penser que parmi les droits et libertés qui se trouvent menacés par l'existence de ces entreprises figurent en bonne place, outre la liberté d'entreprendre, le droit de propriété lui-même. La nationalisation de celles-ci constitue ainsi, en réalité, tout autant que le moyen de faire plier le droit de propriété devant les exigences de l'intérêt général, le moyen d'assurer, et ce dans l'intérêt général, la défense et la promotion de ce droit. Ce dernier point de vue correspond à la manière de voir d'A. Philip, président de la Commission de la constitution de la seconde Constituante.

Celui-ci, plaidant devant l'Assemblée pour le maintien intégral du texte de l'alinéa 9 du préambule que nous connaissons, affirme : “ce texte, loin d'être

10. J.O. A.N.C., p. 606.

*dans notre pensée restrictif du droit de propriété, est au contraire un texte positif qui complète l'affirmation du droit de propriété que nous avons proclamé par ailleurs, en nous référant à la Déclaration des droits de 1789*¹¹ ; et il précise sa pensée en ces termes : “... lorsque la propriété privée, du fait même de la concentration des entreprises et du développement de la technique moderne arrive à être un monopole de fait, c'est-à-dire essentiellement un moyen de priver les autres de leur propriété, nous estimons que transférer à la collectivité ces moyens de production est le seul moyen technique de rendre les travailleurs de ces industries propriétaires de leurs instruments de production”¹². Par ailleurs le président indique que les industries visées par la commission, comme celles que la première constituante a décidé de nationaliser, sont des industries pour lesquelles le monopole est inévitable étant lié “à la nature même de la technique contemporaine” ; et, puisqu’il est ainsi impossible de rétablir la “libre concurrence” dans leur secteur, nous voulons, continue-t-il, “que ces industries reviennent à la collectivité et par elle à l'ensemble des travailleurs et qu'elles ne permettent pas la constitution d'une féodalité dont nous connaissons les dangers pour l'existence économique et politique du pays”¹³ avant de conclure que le maintien intégral du texte de la commission s'impose “parce qu'il arme l'État pour garantir son indépendance politique et la liberté des citoyens”¹⁴.

Force est de constater à nouveau que l'argumentaire produit en faveur du texte de l'alinéa 9 du préambule concerne exclusivement la nationalisation des entreprises détenant un monopole de fait. On doit donc supposer, ici encore, que pour son auteur la nationalisation des entreprises dont l'exploitation revêt “le caractère d'un service public national” représente une exigence, quand bien même celles-ci ne détiendraient-elles pas un monopole de fait, parce que leur propriété, en raison même de ce caractère, permet aux personnes privées qui en disposent de peser d'une façon insupportable sur la vie de l'État et celle des citoyens.

Il ressort clairement des opinions ci-dessus rapportées que, dans l'esprit de ses auteurs, la disposition de l'alinéa 9 du préambule est un instrument devant servir à lutter contre les abus du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre et non le vecteur d'une entreprise révolutionnaire destinée à abolir ce droit et cette liberté. Grâce à elle, en d'autres termes, il s'agit d'éliminer les conséquences néfastes pour l'État et la société de l'évolution contemporaine du régime de la libre entreprise, conséquences néfastes tenant à la formation de “féodalités économiques et financières” que celui-ci suscite, et nullement ce régime lui-même.

11. J.O. A.N.C., séance du 28 août 1946, p. 3375.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

L'idéologie qui inspire ce texte apparaît ainsi être bien moins celle du socialisme que celle du réformisme "social-chrétien". Si l'on veut découvrir la pensée susceptible de servir de fondement théorique à la prescription véhiculée par l'alinéa 9 du préambule, ce n'est pas dans les œuvres de Marx et de Lénine ni même dans celles de Jaurès et de Blum qu'il faut chercher. C'est dans l'encyclique "*Quadragesimo anno*" de 1931. Elle se trouve assez bien exposée, croyons-nous, dans le court passage suivant de ce document : "*Il y a certains biens pour lesquels on peut soutenir avec raison qu'ils doivent être réservés à la collectivité lorsqu'ils en viennent à conférer une puissance telle qu'elle ne peut, sans danger pour le bien public, être laissée entre les mains des personnes privées*".

B) L'alinéa 9 du préambule, instrument de défense du régime de "la libre entreprise"

L'alinéa 9 du préambule et les nationalisations réalisées par les constituants de 1946 ne trouvent pas leur cause dans la volonté de ces derniers d'opérer une transformation radicale du système économique et social. Au regard de ceux-ci ou, en tous les cas, de la grande majorité d'entre eux, la nationalisation des biens et entreprises ayant le caractère d'un service public ou d'un monopole de fait n'est pas à proprement parler une mesure révolutionnaire en ce qu'elle ne tend pas à ouvrir la voie du remplacement du régime de "la libre entreprise" — ou, autrement dit, du régime capitaliste fondé sur l'appropriation privée des moyens de production — par le régime socialiste.

Que cette nationalisation ne soit pas une mesure révolutionnaire est du reste ce que soutiennent très clairement certains orateurs au cours des débats des deux constituantes. C'est par exemple le cas de Pascal Copeau, membre du groupe des "Républicains et résistants" : "*Lorsque nous disons qu'il est nécessaire pour notre liberté de procéder à des nationalisations nous ne prétendons pas faire la révolution dans ce pays, ni instituer un régime social radicalement nouveau*"¹⁵. C'est le cas aussi d'Artur Giovani, membre du parti communiste, qui, s'adressant aux députés de la seconde constituante, observe à propos de l'affirmation énoncée par l'alinéa 9 du préambule que celle-ci "*fait droit à une légitime revendication inscrite dans le programme du Conseil national de la Résistance, adoptée le 15 mars 1944, et qui n'est pas, quoi qu'on en ait dit, une revendication socialiste mais tout simplement démocratique*"¹⁶, avant que d'avancer : "*Actuellement il ne saurait être question de mesure socialiste, puisqu'une nationalisation n'est une mesure socialiste que lorsqu'elle est réalisée par un État socialiste, mais bien une mesure de défense démocratique qui peut permettre «un certain freinage des représentants les*

15. *J.O. A.N.C.*, séance du 7 mars 1946, p. 610.

16. *J.O. A.N.C.*, séance du 7 août 1946, p. 3328.

*plus cyniques du profit capitaliste, un certain renforcement de l'élément régulateur dans l'économie nationale*¹⁷.

Pour le député communiste, comme pour Pascal Copeau et comme pour ceux cités plus haut, les nationalisations réalisées et prescrites par le Constituant constituent donc le moyen de remédier aux maux que génère le régime capitaliste. Or, remédier à ces maux n'est ce pas en fin de compte contribuer à favoriser la pérennisation du système et, par conséquent, se faire le défenseur de ce dernier ? Les nationalisations opérées et envisagées par les constituants de 1946 ne sont pas des mesures "révolutionnaires". Mais, plus fondamentalement, ne sont-elles pas objectivement "anti-révolutionnaires" ?

La thèse selon laquelle des nationalisations effectuées en "système bourgeois" sont des mesures qui servent la cause des capitalistes et desservent celle du prolétariat, a été constamment soutenue dans le milieu des théoriciens marxistes. Elle était ainsi défendue par le philosophe soviétique Kouzminov lequel enseignait que : "*La nationalisation des banques, des entreprises et branches d'industrie qui s'effectue parfois dans les pays bourgeois est réalisée, non pas contre les monopoles, mais à leur profit*"¹⁸. Elle vaut qu'on s'y arrête. Et ce d'autant plus qu'à en croire Georgette Elgey, elle était celle des communistes à la Libération, ce qui expliquerait que ceux-ci, selon l'auteur, se soient montrés hostiles aux nationalisations, ce dont atteste, toujours selon l'auteur, le refus d'André Marty, président du groupe communiste, de rapporter devant l'Assemblée constitutionnelle le projet de nationalisation de l'électricité.

Quelles sont les raisons qui peuvent conduire à considérer que les nationalisations en général et celles des entreprises "de service public" en particulier, sont plus favorables que nuisibles au régime capitaliste ? Une raison d'ordre économique et une raison d'ordre politique. Une raison d'ordre économique : l'appropriation collective de certaines entreprises est le moyen de mettre à la charge de la collectivité le financement des investissements souvent considérables, nécessaires à l'essor d'activités essentielles pour la collectivité nationale mais aussi pour les capitalistes eux-mêmes et que ces derniers ne peuvent assumer ou ne veulent pas assumer, les jugeant insuffisamment rentables. Ceci vaut notamment pour la nationalisation des entreprises participant à l'exploitation des services publics constitués en "réseaux" (transports, énergie). Ce n'est pas le fait du hasard si la nationalisation de telles entreprises est intervenue avant la seconde guerre mondiale et après celle-ci dans la plupart des États occidentaux, États-Unis compris. La nécessité pour la collectivité de prendre à sa charge le fardeau financier de la reconstruction et de la modernisation de l'économie et ainsi, de servir, selon une expression souvent

17. *Ibid.*

18. Cité par Elgey (G.) in : *La République des illusions, 1947-1951, ou la vie secrète de la IVème République*, Fayard, 1965, p. 31.

employée, de “béquille” au capitalisme et aux capitalistes est parfaitement mise en exergue par le Général de Gaulle dans ses *Mémoires de Guerre* : “Étant donné que l'activité du pays dépend du charbon, du courant électrique, du gaz et du pétrole et dépendra un jour de la fusion de l'atome, que pour porter l'économie française au niveau qu'exige le progrès ces sources doivent être développées dans les plus vastes proportions, qu'il y faut des dépenses et des travaux que seule la collectivité est en mesure d'accomplir, la nationalisation s'impose”¹⁹. Ce motif financier ne constitue pas en réalité du point de vue du Général lui-même, on va le voir, le seul qui puisse justifier la nationalisation.

Une raison d'ordre politique : les nationalisations, et notamment celles des entreprises de service public, parce qu'elles tendent à permettre que certains besoins sociaux soient convenablement satisfaits et assurent, ainsi que le font valoir, comme on l'a montré, ceux qui plaident en leur faveur, une démocratisation du régime capitaliste, ont pour effet de rendre celui-ci plus “acceptable” ; elles sont ainsi de nature à décourager ou à freiner les ardeurs révolutionnaires. Utiles économiquement aux capitalistes, les nationalisations le sont donc aussi politiquement par le fait qu'elles sont susceptibles de servir à prévenir la Révolution. Afin d'étayer et d'illustrer cet argumentaire on rapportera deux opinions. La première émane de Maurice Thorez, et peu importe si elle ne touche pas directement au problème des nationalisations et de leur légitimité politique. À André Philippe qui lui parlait de la nécessité de réformer les circuits de distribution le ministre et secrétaire général du parti communiste opposa cette fin de non recevoir : “Nous sommes pour la révolution demain. En attendant, aujourd'hui, nous voulons que le régime capitaliste fonctionne selon ses propres lois auxquelles il ne faut pas porter atteinte. Nous n'allons pas aider le régime capitaliste à s'amender”²⁰. La seconde opinion est imputable au Général De Gaulle et se trouve exposée dans les *Mémoires de Guerre*. Dans celles-ci, le Général décrit la situation de la France à la Libération. Il indique que “le désastre de 1940 apparaissait à beaucoup comme la faillite, dans tous les domaines, du système et du monde dirigeant”, que “les masses” sont en quête d'une “mystique”, que “celle du communisme s'offre à leur colère et à leur espérance” et que le “parti” “a toutes chances de prendre la tête du pays grâce à la surenchère sociale”²¹. Après quoi il écrit : “A moins, toutefois, que de Gaulle, saisissant l'initiative, ne réalise des réformes telles qu'il puisse regrouper les esprits, obtenir le concours des travailleurs et assurer sur de nouvelles bases le démarrage économique”²². Et le Général d'évoquer ensuite toutes les réformes réalisées sous son autorité, au premier rang desquelles, bien sûr, les nationalisations décidées en 1944 et 1945.

19. *Mémoires de Guerre*, t. III, p. 96.

20. Rapporté par Elgey (G.), *op. cit.*, p. 32.

21. *Op. cit.*, t. III, p. 94.

22. *Ibid.*

Les responsables communistes, il nous faut le dire pour terminer, récusent absolument l'idée de leur hostilité aux nationalisations décidées à la Libération. Selon Jacques Duclos, les communistes ne se sont jamais opposés à celles-ci au motif qu'elles serviraient objectivement les intérêts du capitalisme ; mais, en revanche, ils se sont *"toujours refusé à voir des mesures de caractère socialiste dans les nationalisations effectuées en régime capitaliste"*²³, considérant avec Engels que : *"si les nationalisations étaient le propre du socialisme Napoléon 1er serait un socialiste parfait puisqu'il a mis fin au monopole des tabacs"*²⁴.

L'analyse des débats qui se sont déroulés dans les deux assemblées constituantes au cours de l'année 1946 révèle que les constituants de la IV^{ème} République prétendent inscrire leur pensée dans la continuité de celle des révolutionnaires de 1789 et qu'ils n'ambitionnent pas de renverser le régime économique et social existant mais seulement de le démocratiser. La restriction apportée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre et tenant à la disposition de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ne constitue pas, à leurs yeux, une remise en cause de ceux-ci ; elle est seulement la condition indispensable à la possibilité de leur exercice par tous et à la satisfaction des exigences de l'intérêt général. Les hommes de 1946 sont-ils aussi dans la ligne de la pensée de ceux de 1789 qu'ils le pensent et le disent ? Il est permis de le croire et c'est ce que nous allons maintenant montrer.

Dans le discours qu'il tint au Palais de Chaillot le 12 décembre 1944, le Général De Gaulle évoquant *"les principes que la France entend placer désormais à la base de son activité nationale"* prononça les mots suivants : *"nous dirons que, tout en assurant à tous le maximum possible de liberté et tout en favorisant en toute matière l'esprit d'entreprise, elle veut faire en sorte que l'intérêt particulier soit toujours contraint de céder à l'intérêt général"*. Ces mots nous paraissent refléter convenablement les vues de la grande majorité des constituants de la Libération. Ils reflètent sans doute aussi bien celles des constituants révolutionnaires.

23. Cité par Elgey (G.), *op. cit.* p. 34.

24. Assez significatif de ce que les nationalisations ne constituent pas pour les communistes un moyen pouvant/devant permettre une évolution, si ce n'est une transformation, du régime économique et social existant nous paraît être le fait suivant : dans la proposition de loi constitutionnelle présentée le 23 novembre 1945 par le parti communiste est prévue l'expropriation, et ce sans indemnités, de certaines entreprises mais, d'une part, cette expropriation ne vise que les entreprises ayant un caractère de monopole et, d'autre part, elle trouve sa justification exclusive dans les exigences de *"la sécurité et l'indépendance nationale de la France"* (Cf. : art 43 de la proposition, *J.O. A.N.C.*, 1945-46, Annexe n°20, p. 25.)

II - LES CONSTITUANTS RÉVOLUTIONNAIRES, LA DÉCLARATION DES DROITS DE 1789 ET LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE

On ne sache pas qu'il se soit trouvé un seul orateur lors des débats de la seconde constituante pour faire remarquer que la disposition de ce que nous connaissons aujourd'hui comme étant l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 venait contredire la Déclaration de 1789 à laquelle il avait été décidé de faire référence et ce parce qu'elle portait atteinte à la liberté d'entreprendre. Et pour cause est-on tenté d'écrire. Quoi qu'aient pu juger ou dire certains, la dite Déclaration ne "proclame" nullement, en effet, cette liberté. Mais quand même la proclamerait-elle, il n'en resterait pas moins que celle-ci, telle qu'elle est conçue par les constituants révolutionnaires, n'est "ni générale, ni absolue".

A) La Déclaration des droits de 1789 ne "proclame" pas la liberté d'entreprendre

Le Conseil constitutionnel, on le sait, a affirmé le contraire dans sa décision sur les nationalisations du 16 janvier 1982. Selon le Conseil, la liberté d'entreprendre est une composante essentielle de la liberté tout court laquelle "aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui" en sorte que, sans la première, la seconde elle-même ne saurait exister²⁵.

La thèse du Conseil a essuyé la vigoureuse critique du Doyen Robert Savy. D'après ce dernier, en incluant la liberté d'entreprendre dans le concept général de liberté et en érigeant ainsi celle-ci en "règle de valeur constitutionnelle" le Conseil a "choisi la lecture libérale et, ce faisant... il s'est fait constituant", "il s'est érigé en souverain" ; il s'est refusé "à prendre acte de l'absence de toute référence à la liberté d'entreprendre dans la Déclaration de 1789" et a préféré "invoquer l'esprit de 1789 et du XIXe siècle libéral au delà de la lettre du texte"²⁶.

25. Cette argumentation, cela ne peut vraiment étonner, le Conseil l'a empruntée à deux éminents juristes qui ont nom Jean Rivéro et... Georges Vedel, lesquels en 1947, dans l'article précité consacré aux "principes économiques et sociaux de la Constitution", soutenaient que la "liberté économique" est "implicitement incluse dans la définition de l'article quatre de la déclaration de 89" et, encore, que les constituants de 1946 "en maintenant la définition traditionnelle de la liberté... ont implicitement maintenu cette part de liberté qui en découle nécessairement et sans laquelle la liberté de l'individu, dans un monde où les emplois seraient imposés par voie d'autorité, ne seraient plus qu'un leurre". (Op. cit., p. 29).

26. Cf. "La constitution des juges", D. 1983, Chron., p. 105-110.

La critique de Robert Savy a à son tour été combattue par Jean-Louis Mestre²⁷. Volant au secours du Conseil constitutionnel, ce dernier s'est employé à montrer en s'appuyant sur des documents d'époque que la liberté d'entreprendre était "*implicitement proclamée*" par la Déclaration de 89 et que donc le Conseil n'avait nullement fait œuvre de constituant. En faveur du point de vue du Conseil et du sien, M. Mestre invoque ainsi de nombreuses opinions contenues dans des projets de déclaration des droits élaborés antérieurement au 26 août 1789 et qui affirment le droit pour tout citoyen d'entreprendre l'activité de son choix, ou, pour reprendre une formule utilisée par Siéyès, "*d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux, ainsi qu'il le juge bon et utile à lui-même*"²⁸.

L'argumentation produite par J.-L. Mestre ne nous paraît pas convaincante.

Incontestablement, les opinions rapportées par celui-ci révèlent l'attachement de leurs auteurs à la liberté d'entreprendre. Toujours est-il cependant que les rédacteurs de la Déclaration n'ont pour leur part nullement "*proclamé*" cette liberté ainsi que le constate R. Savy. M. Mestre est bien obligé d'en convenir ; et, non seulement il en convient, mais il nous explique encore pourquoi. En effet, après avoir relevé que les constituants en 89 n'ont pas eu le courage "*d'oser condamner formellement le système corporatif*" il poursuit ainsi : "*Bien que hostiles à ce système ils hésitaient à le faire disparaître immédiatement. Ils craignaient les réactions de ceux qui se sentiraient lésés, et souhaitaient respecter ce qu'ils considéraient, dans le système corporatif, comme une manifestation du droit de propriété*"²⁹. On complétera et nuancera cette explication que J.-L. Mestre emprunte à Jacques Godechot à l'aide de celle que fournit Albert Soboul. Dans son *Histoire de la révolution française*, ce dernier indique à propos de la décision de supprimer les corporations et les monopoles que cette décision fut prise "*non sans hésitation de la part de la bourgeoisie constituante, tant l'institution marquait des réalités diverses et des intérêts contradictoires*"³⁰. Quoiqu'il en soit de la raison pour laquelle les constituants ont tardé à faire disparaître les corporations le fait demeure que, justement, ils ont tardé. Alors que les corporations semblaient condamnées à la suite de la nuit du 4 août, elles ont survécu bien au-delà de cette date, et bien au-delà, ce qui est capital par rapport au problème qui nous occupe, de la date du 26 août 1789. Nous ne voyons pas, dès lors, comment il est permis de soutenir que fut "*proclamée*" à cette dernière date la liberté d'entreprendre. La logique juridique et la logique tout court font obstacle, nous semble-t-il, à ce que l'on puisse considérer que le texte de la Déclaration des droits voté le 26 août 1789 fonde "*implicitement*" l'existence de ladite liberté

27. "Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété", *D.* 1984, Chr., p. 1.

28. Quant à ces opinions en général et à celle de Siéyès en particulier, cf. Mestre (J.-L.), *op. cit.*, p. 2 et 3.

29. *Op. cit.*, p. 3.

30. *Histoire de la révolution française* ; Gallimard, coll. Idées, 1962, t. 1, p. 221.

alors que les auteurs de ce texte ont très explicitement, si l'on peut dire, refusé de consacrer celle-ci jusqu'en mars 1791. Il faudra attendre, en effet, plus d'un an et demi après août 89 et la loi du 2 mars 1791, dite "loi d'Allarde" pour que la liberté du commerce et de l'industrie soit "proclamée" par l'entremise de cette affirmation formulée par le législateur : "*A compter du 1er avril prochain il sera libre à tout citoyen d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon après s'être pourvu d'une patente...*".

M. Mestre a pris soin de relever que l'initiateur de ce texte avait fait valoir en faveur de l'adoption du principe ci-dessus énoncé que ce dernier n'est qu'"une suite" de ceux proclamés en 1789³¹. Cette constatation est impuissante à annuler celle à laquelle nous avons procédé. Et, par ailleurs, elle ne saurait annuler le fait que la liberté du commerce et de l'industrie, comme on a pu le faire remarquer, "*est consacrée «sans solennité», dans le cadre d'un texte législatif de circonstance dont le but est l'édiction d'un régime fiscal*"³². Jean-Jacques Sueur tire de ce fait que "*Il serait aventureux d'y voir l'expression d'une doctrine économique volontariste*"³³. Nous croyons pouvoir ajouter : et de voir en elle une liberté représentant pour les constituants de 89-91, au même titre que celles qui se trouvent explicitement proclamées dans la Déclaration des droits, une liberté fondamentale, composante essentielle de la liberté.

Force est de le constater : la liberté d'entreprendre n'est pas consacrée par la Déclaration de 89 placée en tête de la Constitution du 3 septembre 1791 ; et elle n'est pas davantage consacrée par cette constitution elle-même. M. Mestre observe que dans le préambule de cette dernière est affirmé ceci : "*L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits... Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers*"³⁴. Nous lui répondrons qu'il y a, à notre avis, dans la Constitution de 1791 quelque chose de beaucoup plus significatif quant à la valeur que revêt pour les hommes de 1789 la "*liberté du commerce et de l'industrie, manifestation concrète de la liberté d'entreprendre*" que cette affirmation de l'abolition des jurandes et corporations. Ce quelque chose, absolument ignoré tant par M. Mestre que par les auteurs de la décision du Conseil de 1982 sur les nationalisations, c'est l'absence de la moindre allusion à ladite liberté dans le titre premier de la constitution énonçant les "*dispositions fondamentales garanties par la Constitution*". Telle est, en effet, la réalité : la liberté du commerce et de l'industrie et, au-delà de celle-ci, la liberté

31. *Op. cit.*, p. 3.

32. Sueur (J.-J.), "Les conceptions économiques des membres de la constituante 1789-1791", *R.D.P.* 1990, p. 806-807.

33. *Ibid.*

34. Ainsi, selon M. Mestre, la Constituante, à deux reprises, en votant le Décret d'Allarde et en rédigeant le Préambule de la constitution de 91 "*a reconnu elle-même que la liberté du commerce et de l'industrie, manifestation concrète de la liberté d'entreprendre était la conséquence des principes qu'elle avait déclarés.*" (*Op. cit.*, p. 4).

d'entreprendre, ne figurent pas parmi les "*droits naturels et civils*" que garantit la constitution avec la liberté d'aller et de venir, la liberté de parler, d'écrire, d'imprimer et de publier ses pensées la liberté d'exercer le culte religieux de son choix, toutes libertés très clairement consacrées par la Déclaration de 89, et avec la liberté de manifester et celle de pétitionner, libertés "conquises" par le peuple entre août 89 et septembre 91, et adjointes aux précédentes par les auteurs du texte constitutionnel.

Aux vues de ce constat, il est difficile de croire que la liberté d'entreprendre puisse constituer pour les hommes de 89-91 une liberté "*générale et absolue*". Cette dernière opinion, on peut le noter, fut indirectement soutenue en 1946 lors des débats de la première constituante par un député socialiste, Pierre-Emmanuel Guillet, lequel, parlant du droit de propriété et de la liberté du commerce et de l'industrie crut pouvoir affirmer que : "*les hommes de 1789 les considéraient comme des droits absolus*"³⁵. Elle n'est pas la nôtre.

B) La liberté d'entreprendre ne constitue pas au regard des constituants de 89 une liberté "générale et absolue"

C'est un point de vue assez largement répandu et pas seulement dans les milieux libéraux, comme le montre le jugement du constituant socialiste dont on vient de faire état, que celui qui veut que les hommes de 89 aient entendu fonder un régime de libéralisme économique "intégral". Par cette dernière expression, nous entendons un régime dans lequel les individus propriétaires et entrepreneurs disposent d'une complète liberté d'action en sorte que le droit de "propriété privée" peut s'appliquer à tous les biens — ou, en d'autres termes : tout bien serait susceptible d'une appropriation privée — et que tout bien, toute activité peut être librement exploité ou exercée dans un but d'intérêt privé. Ce point de vue est erroné. Tout aussi erroné que cet autre point de vue avec lequel il est généralement "couplé" : les révolutionnaires de 89, au nom des principes du libéral-individualisme condamnaient l'interventionnisme étatique à finalité sociale, c'est-à-dire, l'organisation par l'État de services publics destinés à fournir à l'ensemble des citoyens ou à certains d'entre eux des prestations nécessaires à leur épanouissement voir à leur survie³⁶. La simple lecture du titre premier de la constitution de 1791 dans lequel on trouve affirmé qu'"il sera créé et organisé un établissement général de secours publics pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer" ainsi que "*une instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes*" permet de

35. Cf. J.O. A.N.C., séance du 7 mars 1946, p. 619.

36. Ce point de vue est notamment défendu par MM. Rivéro et Vedel dans leur article de 1947 (cf. *op. cit.*, p. 30 et 34).

constater la fausseté de ce second point de vue³⁷. Plusieurs éléments contraignent à reconnaître celle du premier : ce sont certaines opinions émanant de membres parmi les plus éminents de l'Assemblée constituante, certaines mesures adoptées par cette Assemblée et une certaine disposition de la constitution de 1791 contenue elle aussi dans le titre de cette dernière consacré aux "*dispositions fondamentales garanties par la constitution*".

Les opinions auxquelles on fait allusion sont celles exposées par Siéyès et par Mirabeau dans le cadre des travaux et débats préparatoires à l'adoption de la Déclaration des droits. L'un comme l'autre des deux grands hommes dans les projets de déclaration qu'ils présentent en juillet/août 89 défendent la liberté d'entreprendre. Mais l'un comme l'autre, aussi, assignent à celle-ci des limites. Ainsi, si l'on peut lire dans le "projet Siéyès" que "*tout citoyen est libre d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux ainsi qu'il le juge bon et utile à lui même*", que "*nul genre de travail lui est interdit*", qu'"*Il peut fabriquer et produire ce qui lui plaît et comme il lui plaît*", qu'"*il peut garder ou transporter à son gré toute espèce de marchandises et les vendre au gros ou en détail*" et que "*Dans ces diverses occupations nul particulier, nulle association n'a le droit de le gêner, à plus forte raison de l'empêcher*" on peut y lire également que : "*La loi seule peut marquer les bornes qu'il faut donner à cette liberté comme à toute autre*"³⁸. Et, si l'on peut découvrir affirmer dans le "projet Mirabeau" que "*tout citoyen a le droit d'acquérir, de posséder, de fabriquer, de faire le commerce, d'employer ses facultés et son industrie et de disposer à son gré de ses propriétés*" on peut y découvrir affirmer aussi que : "*La loi seule peut apporter des modifications à cette liberté pour l'intérêt général*"³⁹.

Se manifeste clairement au travers de ces opinions la volonté de faire prévaloir la liberté d'entreprendre contre les pratiques et comportements attentatoires à celle-ci suivis et adoptés par des particuliers ou des associations ; par des particuliers ou associations mais non par l'État lui-même. Il s'agit d'empêcher que la possibilité pour tout citoyen d'entreprendre l'activité de son choix afin de satisfaire son intérêt privé soit entravée ou annihilée par les exigences ou les interdits manifestés ou exprimés par d'autres personnes ou groupements de personnes agissant eux aussi en vue de la satisfaction de leur intérêt privé non qu'elle puisse l'être par des lois de l'État adoptées dans l'intérêt général. Pour Siéyès et Mirabeau et, pensons nous, pour l'immense majorité des constituants de 1789 il va de soi que la liberté d'entreprendre "comme toute autre" est susceptible d'être restreinte par le législateur si celui-ci estime que l'intérêt général l'exige. Elle peut être limitée par le législateur et, bien plus encore, elle doit

37. A en croire MM. Rivéro et Vedel, c'est seulement avec le projet girondin et la déclaration de 1793 qu'apparaissent "*les premiers droits impliquant de la part de l'État une action positive et non une simple abstention*", c'est-à-dire le droit à l'assistance et le droit à l'instruction (cf. *op. cit.*, p. 30).

38. Cf. *A.P.*, p. 260, col. 2.

39. Cf. Article 11 du projet, *A.P.*, p. 439, col. 1.

l'être si l'on en croit Siéyès. Pour les hommes dont on parle, par conséquent, et, n'en déplaise au constituant socialiste de 46 plus haut cité, ainsi qu'à tous ceux qui à l'époque contemporaine ont cherché à faire patronner leur intégrisme libéral par les auteurs de la Déclaration des droits de 89, le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie ne sont nullement "absolus".

Que ces hommes ne conçoivent pas ce droit et cette liberté comme "absolus", c'est ce dont nous paraissent attester parfaitement deux "mesures" adoptées par la Constituante. Celles-ci peuvent sembler aujourd'hui correspondre à des nécessités évidentes mais, appréhendées dans une perspective historique, elles ne vont justement pas de soi. Au travers d'elles se manifeste cette conviction que la protection de l'intérêt général commande que certains biens ou certaines activités ne puissent faire l'objet d'une appropriation et d'une exploitation à des fins privées.

La première de ces mesures est contenue dans le décret du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges : elle consiste en la condamnation de l'appropriation privée des charges publiques que permettait la condition juridique des offices. M. Mestre, à qui ce fait n'a pas échappé, procède dans son article à cette observation : "*De cette garantie (de la propriété), du droit de propriété lui-même les Constituants excluent bien quelque chose de façon expresse mais ce sont les fonctions publiques*"⁴⁰. Et, un peu plus loin, il ajoute : "*Mais c'est tout*". En réalité, non, ce n'est pas tout. Il est, en effet, autre "chose" qui est "expressément" exclu du droit de propriété par les constituants, et qui n'est pas rien : il s'agit des biens que les économistes modernes nomment "biens collectifs" et qui font partie de ce qu'il a été convenu d'appeler dans la première moitié du XIX^e siècle le "domaine public".

La seconde "mesure" que nous visons est la distinction établie par la loi domaniale des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 parmi les biens appartenant à la nation. Elle consiste plus précisément en l'affirmation énoncée par cette loi que, parmi ces biens et à côté des propriétés foncières et des droits réels ou mixtes pouvant, et même devant, en principe être aliénés existent des biens qui, selon les termes mêmes utilisés par le législateur, "*ne sont pas susceptibles d'une propriété privée*"⁴¹. Ces derniers biens se confondent avec ceux qui sont traditionnellement considérés comme étant "à l'usage de tous" (routes, chemins, fleuves navigables, rivages de la mer, etc.). Et s'ils sont déclarés "*insusceptibles d'une propriété privée*" c'est très exactement pour cette raison qu'il est estimé qu'ils doivent être à l'usage de tous, que chacun doit pouvoir en user librement, et donc gratuitement, car il n'existe pas de biens qui soient "par essence" insusceptibles d'une telle propriété.

40. *Op. cit.*, p. 6.

41. Cf. les articles 1 et 2 de la loi ; celle-ci est rapporté in : *Recueil d'arrêts De Villeneuve, Lois annotées, 1789-1830*, p. 77 et 78.

Les biens “à l’usage de tous” ne sont pas, en vérité, les seuls dont les constituants estiment qu’ils doivent échapper à la propriété privée pour appartenir à la Nation. On en vient par là au dernier des éléments évoqués plus haut.

Celui-ci tient en la disposition suivante contenue dans le titre premier de la Constitution de 1791 : “*Les biens destinés aux dépenses du culte et à tous services d’utilité publique appartiennent à la Nation et sont dans tous les temps à sa disposition*”. Cette disposition, dont on ne s’explique pas qu’elle soit encore plus méconnue que celles concernant l’obligation pesant sur l’État d’organiser les secours publics et l’instruction publique, appelle un bref commentaire.

L’évocation des “*biens destinés aux dépenses du culte*” incite d’abord à rappeler que les constituants de 1789 très généralement présentés comme les défenseurs intransigeants de la propriété privée et des intérêts des propriétaires privés confrontés à la volonté expropriatrice de la puissance publique⁴², décidèrent le 2 novembre 1789, afin de mettre un terme à la crise financière, la confiscation des biens ecclésiastiques et leur mise à la disposition de la Nation⁴³ et qu’ils furent donc les premiers “nationalisateurs”.

Comment ne pas remarquer ensuite que l’affirmation relative aux “*biens destinés à tous services d’utilité publique*”, si elle n’équivaut pas tout à fait à celle contenue dans l’alinéa neuf du préambule de la Constitution de 1946, s’en rapproche néanmoins énormément ? Comme cette dernière, nous semble-t-il, elle reflète la conviction que le service d’utilité publique “appelle” la propriété publique.

Pour les hommes de 89-91, comme l’écrit Jean-Jacques Sueur, “*la propriété ne se conçoit pas sans altération ou sans limitation*”⁴⁴ ; et il en va de même, forcément, de la liberté d’entreprendre. Telle qu’elle est conçue par ces hommes, cette dernière n’implique pas, selon nous, la détention par les “propriétaires-entrepreneurs” d’un pouvoir d’“entreprendre” dépourvu de bornes

42. Cf. par ex. Mestre (J.-L.), *op. cit.*, p. 5.

43. A l’occasion du débat précédant le vote du décret du 2 novembre, Maury et Cazales firent valoir contre l’adoption du projet présenté par Talleyrand que la propriété est un droit inviolable et sacré en vertu de l’article 17 de la Déclaration des droits. Sièyès et Mirabeau leur répondirent que celle-ci prévoit au même article 17 que l’on peut en être privé pour cause de nécessité publique (rapporté par A. Soboul, *op. cit.*, t. 1, p. 193 et 194).

44. *Op. cit.*, p. 307. Ceci relève de l’évidence et justifie que M. Mestre puisse s’étonner de ce que le Doyen Savy, dans sa critique de la décision du Conseil constitutionnel sur les nationalisations, évoque la “*conception absolue*” de la propriété prévalant en 1789 : “*D’ailleurs comment peut-on affirmer que les Constituants de 1789 avaient une «conception absolue» de la propriété alors qu’ils admettaient les servitudes de voisinage, des servitudes de voirie, la prescription, et, même si c’était de façon très restreinte, l’expropriation*” (*op. cit.*, p. 7. A propos de l’expropriation, J.-L. Mestre tempère quelque peu en note la réserve faite au texte en observant que “*l’individualiste droit romain*” ne l’“*avait tout de même pas admis formellement*”). Nous ne saurions mieux dire.

ni l'interdiction pour l'État de se réserver, en vue de la satisfaction de l'intérêt général, la maîtrise de biens ou d'"entreprises" "*dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national*"⁴⁵. Et, par conséquent, on ne peut selon nous, prétendre que l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 reflète une pensée politique se situant aux antipodes de celle des constituants de 89-91.

La disposition de cet alinéa n'emporte pas condamnation de la liberté d'entreprendre. Elle porte en elle, au contraire, la reconnaissance implicite de l'existence de cette liberté. Celle-ci, pour les hommes de 1946, est "de principe", elle constitue un principe. Mais ce principe doit supporter les dérogations qu'impose l'obligation de préserver l'intérêt général. On vient de le montrer : cette manière de voir semble coïncider avec les vues des hommes de 89.

Ainsi, et, parce qu'en admettant qu'elle soit "proclamée" par la Déclaration de 1789, cette liberté ne constitue pas au regard des auteurs de celle-ci une liberté "générale et absolue" il serait injustifié de considérer que se trouvent conjointement affirmées dans/par le préambule de la Constitution de 1946 deux principes contradictoires : celui de la liberté d'entreprendre et celui de l'appropriation collective obligatoire des biens et entreprises "*dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'une service public national*".

Si ces deux principes, qui sont tous deux aujourd'hui, par la grâce du Conseil constitutionnel, des principes de "valeur constitutionnelle", ne sont pas "en théorie" nécessairement antagonistes, ils sont cependant en concurrence et doivent être conciliés. Au terme de cette étude nous voulons procéder à quelques rapides observations touchant au problème de leur protection réciproque à l'époque actuelle.

45. Dans une étude consacrée à "*un postulat libéral*", "*la liberté d'entreprendre, limitée à l'intervention publique*", Jean-Pierre Théron donne à croire très "classiquement" que "*la conception libérale du rôle de l'État*" en vertu de laquelle "*L'entreprise est par définition l'affaire des particuliers*" et qui veut que "*Toute intervention de l'État susceptible de remettre en cause cette prérogative constitue une violation de frontière devant être sanctionnée*" est "*en harmonie profonde avec la conception de la société des révolutionnaires de 1789*" (in : *Propriété et Révolution*, Actes du colloque de Toulouse 12-14 octobre 1989, Edit. du C.N.R.S., 1990, p. 215). Ce jugement nous paraît ne pas traduire fidèlement la pensée desdits révolutionnaires ou être, à tout le moins équivoque en raison de l'ambiguïté du terme "entreprise" utilisé par son auteur. Nous le croyons acceptable si ce terme est pris comme synonyme de l'expression "activité à caractère industriel et/ou commercial" et en étant entendu qu'une telle activité se caractérise principalement si ce n'est exclusivement par son but spéculatif. Les révolutionnaires de 1789 considèrent sans doute que "faire" de l'industrie, du commerce ou encore de l'agriculture en vue de l'obtention d'un revenu est naturellement "affaire des particuliers". Mais ceci n'implique pas qu'ils considèrent que tout bien que toute activité de production de biens ou de service puisse/doive faire l'objet d'une exploitation de caractère "industriel et/ou commercial", puisse/doive constituer le support d'une entreprise "industrielle et commerciale" ; ou, autrement dit, qu'ils soient favorables à ce que les activités de caractère industriel et commercial soient assurées par des entrepreneurs privés, n'implique pas ainsi que nous l'avancions au texte, qu'ils soient hostiles à ce que l'État se fasse "entrepreneur de service public".

On observera d'abord que, si l'un et l'autre de ces principes ont a priori la même valeur juridique, ils ne jouissent ni de la même considération ni du même statut protecteur. C'est un euphémisme que de dire que la question de la protection du principe de la liberté d'entreprendre a sensiblement plus retenu l'attention ces dernières années que celle de la mise en œuvre et donc de la sauvegarde du second principe. Et, par ailleurs, ces deux principes ne sont pas vraiment juridiquement sur un pied d'égalité. En effet, alors que le principe de la liberté d'entreprendre peut bénéficier de la protection qu'est susceptible de lui apporter le juge constitutionnel, le principe de la nécessaire nationalisation des biens et entreprises ayant un caractère de service public ne dispose pas de celle-ci dans la mesure où ce juge ne dispose pas du pouvoir d'obliger le législateur à agir. Dans l'état actuel de notre droit, le juge constitutionnel peut empêcher une opération de nationalisation mais il ne peut imposer la réalisation d'une telle opération. Comme tous les "*principes particulièrement nécessaires à notre temps*" énoncés dans le préambule de la constitution de 1946 dont la mise en œuvre suppose une action de la part du législateur, celui posé par l'alinéa 9 de ce texte se trouve "pénalisé" par rapport aux droits et libertés affirmés en 1789.

On observera ensuite que la protection que le juge constitutionnel est susceptible d'apporter au principe de la liberté d'entreprendre face au risque d'un abus supposé d'utilisation de la disposition de l'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946 imposant la nationalisation des biens et entreprises dont l'exploitation revêt un caractère de "service public national" est toute relative.

L'abus dont nous parlons trouverait sa cause dans l'adoption par le législateur d'une définition par trop "extensive" du "service public national". Certains des constituants de 1946 ont manifesté la crainte que cette expression ouvre la porte à l'arbitraire et ont proposé, pour empêcher toute dérive, que soit adoptée par l'Assemblée constituante une définition très restrictive du service public⁴⁶. Cette proposition fut rejetée et le service public n'a donc pas été défini. Comme l'ont justement noté MM. Rivéro et Vedel, la formule "*toute entreprise qui a ou acquiert le caractère d'un service public national*" appelle une définition matérielle du service public ; elle veut qu'il soit possible à un moment donné de repérer dans une entreprise les caractères qui sont ceux du service public⁴⁷. Or, on le sait, "*il est impossible de définir objectivement ces caractères*"⁴⁸ en sorte que, conformément à la conception subjective du service public défendue par Jèze et consacrée par la jurisprudence — est service public l'activité dont le législateur gardien de l'intérêt général décide qu'elle

46. Un amendement présenté par M. Frédéric Dupont sous la première constituante et repris par M. Montel sous la seconde proposait qu'il soit considéré que les services publics sont ceux "*qui concourent à l'entretien du domaine public et à la sûreté intérieure et extérieure*" (cf. J.O. A.N.C., séance du 28 août 1946, p. 3376).

47. *Op. cit.*, p. 27.

48. *Ibid.*

doit être considérée comme telle — la formule utilisée par les concepteurs du texte de l'alinéa 9 du préambule se ramène à celle-ci : *“Tout bien toute entreprise dont il sera estimé par le législateur que l'exploitation a le caractère d'un service public”*.

Le Conseil constitutionnel n'a jamais eu jusqu'à ce jour, à notre connaissance, à se prononcer sur la conformité à la constitution d'une loi procédant, en application de la prescription de cet alinéa, à la nationalisation d'une entreprise motivée par le caractère de “service public national” de l'exploitation de celle-ci. Reprenant sa condamnation des *“restrictions abusives ou arbitraires apportées à la liberté d'entreprendre”* formulée dans sa décision du 16 janvier 1982 sur les nationalisations, il a affirmé, dans celle du 4 juillet 1989 relative au dénoyautage des entreprises privées qu’*“il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée”*. Ceci conduit à supposer que le Conseil se reconnaîtra le droit, en cas de survenance de l'hypothèse ci-dessus envisagée, de contrôler l'appréciation portée par le législateur quant au caractère de service public national de l'exploitation de l'entreprise nationalisée, comme il s'est reconnu le droit de contrôler l'appréciation portée par le législateur quant à l'existence de la “nécessité publique” justifiant les nationalisations de 82. Dans un cas comme dans l'autre le contrôle mis en œuvre sera un contrôle “minimum” s'exerçant par le biais de la mise en œuvre de la théorie de l’“erreur manifeste d'appréciation”. L'existence d'un tel contrôle n'est, croyons nous, qu'une pure fiction. Déjà intellectuellement très discutable lorsqu'elle est utilisée par le juge administratif dans le cadre du contrôle de légalité des actes administratifs, cette théorie devient franchement inacceptable lorsqu'on envisage son application dans le contentieux constitutionnel⁴⁹. Avouons-le : nous ne parvenons pas à imaginer que le juge constitutionnel puisse s'autoriser un jour à soutenir que le Parlement français s'est “manifestement” trompé en décidant que l'exploitation de telle ou telle entreprise présentait le caractère d'un “service public national”.

On observera pour finir que, si le juge constitutionnel ne peut, dans l'état actuel de notre droit et comme on l'a relevé, obliger le législateur à réaliser une opération de nationalisation⁵⁰, il peut tout du moins l'empêcher de transférer au secteur privé une entreprise exploitant un service public national. Le

49. L'erreur manifeste a ainsi été définie par le commissaire du gouvernement Braibant en 1970 : c'est *“une erreur évidente... et qui ne fait aucun doute pour un esprit clair”*. Et, selon le commissaire, son introduction dans le contentieux administratif a répondu à la volonté du Conseil d'État d'imposer aux autorités administratives investies d'un pouvoir discrétionnaire *“le respect d'un minimum de logique et de bon sens”* (concl. sur C.E. 13 nov. 1970, Lambert, A.J.D.A., 1971, p. 33). Et, par conséquent imputer à une autorité administrative la commission d'une telle erreur revient ni plus ni moins qu'à lui reprocher de “nier les évidences” et d'être dépourvu de tout bon sens. Ceci, nous semble-t-il, se passe de commentaire.

50. Ce qu'il pourrait vouloir soit parce qu'il lui paraîtrait que l'exploitation d'une entreprise donnée présente “manifestement” le caractère d'un service public national, ce qui aurait

législateur peut parfaitement décider de privatiser une entreprise dont il avait été précédemment reconnu qu'elle exploitait un tel service s'il juge que ce qui était hier un service public national ne l'est plus aujourd'hui. Mais il ne saurait en revanche décider la dénationalisation d'une entreprise dont il continuerait à considérer que son exploitation présente le caractère d'un service public national.

Compte tenu des bouleversements liés à la construction européenne qui affectent le secteur des entreprises publiques exploitant des services de réseaux (télécommunications, électricité etc.) il n'apparaît pas impossible qu'un jour prochain le Conseil constitutionnel soit amené à intervenir pour empêcher la privatisation plus ou moins déguisée d'une entreprise assurant la gestion d'un service revêtant «manifestement» le caractère de service public national».

A moins que d'ici là se trouve réalisée une nouvelle réforme de la constitution tendant à faire disparaître de celle-ci un principe jugé ne plus correspondre aux nécessités des temps nouveaux...

(suite note 50) échappé au législateur, soit parce qu'il constaterait que ce dernier tout en reconnaissant ce caractère à l'entreprise en question se refuserait à la nationaliser.