

GUILLAUME DRAGO
Agrégé des Facultés de Droit
Professeur à l'Université de Paris II
Panthéon-Assas

CONSULTATION

Le soussigné, Doyen Guillaume DRAGO,
professeur de droit public à l'Université Paris Panthéon-Assas,

Consulté par la Société Orange SA sur la constitutionnalité de l'article 17 *ter* (devenu l'article 41 dans la version définitive de la loi) de la loi de simplification de la vie économique adoptée par le Parlement le 15 avril 2026,

a émis l'avis suivant.

o

o o

Par message du 15 avril 2026 de la direction juridique de la société Orange SA, le soussigné a été sollicité pour examiner la constitutionnalité de l'article 17 *ter* (devenu l'article 41 dans la version définitive de la loi) de la loi de simplification de la vie économique voté après la délibération de la commission mixte paritaire (CMP) validant cet article de la loi.

Cet article 17 *ter* (devenu article 41) a été introduit à l'Assemblée nationale le 20 mars 2025, par un amendement n° CS1151 de M. Éric Bothorel, député des Côtes d'Armor. Il consiste d'abord à insérer après l'article L. 33-6 du code des postes et des communications électroniques cinq articles, numérotés L. 33-6-1 à 33-6-5, dont l'objet principal est de transférer autoritairement la propriété des équipements propres nécessaires à l'adduction de la construction, du terrain aménagé ou du lotissement sur les équipements publics de communications électroniques existants au droit du terrain, créés et mis en place par les personnes bénéficiaires des autorisations de construire, aménager ou lotir aux opérateurs de communications électroniques. Il consiste ensuite à ajouter un quatrième alinéa à l'article L.

332-15 du code de l'urbanisme qui renvoie aux dispositions nouvelles du code des postes et télécommunications.

Une première version de cet article de loi a été présentée lors de la réunion de la commission mixte paritaire du Parlement le mardi 20 janvier 2026, à l'initiative du sénateur Olivier Rietmann, en ces termes :

« L'article 17 *ter* vise à modifier le régime de propriété des branchements et infrastructures des réseaux de communications électroniques. Ces segments de réseaux, historiquement en cuivre, relevaient du service public des PTT puis du service universel de France Telecom, devenu Orange.

Ce régime, défini par l'article L. 332-15 du code de l'urbanisme, permettait de garantir une sécurité juridique du statut de ces segments de réseaux ainsi qu'une certaine fluidité dans les opérations de construction et d'entretien desdits segments, financés par les bénéficiaires. L'absence de renouvellement du service universel cuivre en 2020 ainsi que la décision gouvernementale de ne pas mettre en œuvre le service universel pour les réseaux en fibre optique, ont conduit l'ensemble des acteurs concourant à cette construction et à cet entretien dans une situation d'incertitudes persistantes notamment sur les modalités de mise en œuvre et d'entretien de ces branchements. Certains opérateurs ont, en outre, rejeté sur les bénéficiaires la responsabilité d'effectuer les démarches afférentes auprès des autorités administratives au risque d'accentuer les désordres.

L'article 17 *ter* a le grand mérite d'essayer d'apporter une solution mais il ne permet pas l'unification nécessaire, la propriété et la mise en œuvre des branchements restant morcelées.

Ma proposition de rédaction vise donc à assurer une gestion cohérente et efficace des branchements pour les opérateurs d'immeubles, en s'appuyant sur les gestionnaires d'infrastructures - Orange ou les collectivités territoriales - de la zone amont. L'unification de la gestion des infrastructures en amont de la partie privative permettra aussi de réduire les raccordements complexes, l'un des principaux obstacles à l'achèvement du plan France très haut débit »¹.

Selon le sénateur, l'amendement ne permettait pas l'unification de la gestion des infrastructures en amont de la partie privative mais tendait à une gestion plus cohérente des branchements pour les opérateurs, en s'appuyant sur les gestionnaires d'infrastructures. Mais le sénateur soulignait le « morcellement » de propriété résultant du système mis en place

Dans sa version finale, issue de la réunion de la commission mixte paritaire et votée le 15 avril 2026, l'article 41 (ancien article 17 *ter*) va beaucoup plus loin en opérant un transfert autoritaire de propriété, comme le soulignait l'auteur de l'amendement CS1151, le sénateur Éric Bothorel, amendement qui a conduit au vote final de l'article 41 du texte de loi :

« En l'absence d'autres dispositions spécifiques s'appliquant aux réseaux de communications électroniques, le bénéficiaire de l'autorisation de construire est le propriétaire des équipements propres permettant l'adduction des réseaux de communications électroniques

¹ <https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20260119/cmp.html>

qu'il a réalisé dans ce cadre, en particulier ceux situés au droit du terrain. Toutefois, cette situation, qui conduit à un morcellement de la propriété des infrastructures de génie civil accueillant les réseaux de communications électroniques construites sur le domaine public, emporte certaines difficultés opérationnelles. Afin de résoudre ces difficultés, et de garantir la sécurité des personnes et des biens, il apparaît nécessaire de définir un cadre stable qui règle la question de la fragmentation de la propriété de ces infrastructures de génie civil.

A cet égard, les infrastructures de génie civil construites sur le domaine public dans le droit du terrain, qui se délimite par un tracé perpendiculaire aux limites de la façade du terrain accueillant le projet de construction, par le bénéficiaire de l'autorisation de construire devraient être transférées à la personne visée au I de l'article L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques. Les dispositions du présent amendement visent ainsi à :

- permettre le transfert de propriété à titre gracieux des équipements propres réalisés et financés au droit du terrain par le bénéficiaire d'une autorisation de construire, d'aménager, ou de lotir, au titre du premier et du deuxième alinéa de l'article L. 332-15 du code de l'urbanisme, à la personne visée au I de l'article L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques ;

- pour les situations antérieures à la publication de la loi, les propriétaires des équipements propres situés au droit du terrain qui souhaitent rester propriétaires pourront le signaler dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la loi ».

L'article 41 de la loi de simplification économique prévoit en définitive le dispositif suivant :

- Pour toutes les infrastructures d'accueil créées après la promulgation de la loi, un transfert de la propriété des infrastructures à l'Opérateur d'Infrastructure (OI) fibre de la zone ou à l'opérateur attributaire du service universel (SU) (CPCE, art. L. 33-6-1 nouvellement créé), et par dérogation aux collectivités territoriales dans les zones où celles-ci ont la compétence d'aménagement numérique via des Réseaux d'Initiative Publique (RIP) (CPCE, art. L. 33-6-2 nouvellement créé).
- Pour toutes les infrastructures existantes jusqu'à la promulgation de la loi (CPCE, art. L. 33-6-3 nouvellement créé), un transfert de propriété aux personnes ci-après, sauf revendication par une personne physique ou morale dans l'année suivant la promulgation :
 - o A l'opérateur attributaire du service universel selon la période au cours de laquelle les équipements ont été réalisés (entre 1986 et 2021), et selon qu'ils ont été créés dans le cadre des missions de service universel ;
 - o A l'OI de la zone ;
 - o A la collectivité territoriale en zone RIP ;
 - o Le propriétaire peut décider de transférer la propriété au gestionnaire des équipements publics de communications électroniques, c'est-à-dire à l'OI ou à tout autre gestionnaire d'infrastructures d'accueil (CPCE, art. L. 33-6-4 nouvellement créé).

- Les conditions de ce transfert sont décrites comme à titre gratuit, sans contrepartie et sans possibilité pour le bénéficiaire de s’y opposer (CPCE, art. L. 33-6-5 nouvellement créé).
- Enfin, l’article L. 332-15 est modifié avec l’introduction de la nécessité d’un titre d’occupation pour établir les équipements propres nécessaires à l’accueil des réseaux de communications électroniques.

L’article 41 de la loi de simplification économique soulève de nombreuses questions quant à sa constitutionnalité. On peut les identifier ainsi, tout en considérant que le Conseil constitutionnel pourra, en fonction de sa plénitude constitutionnelle d’examen de la loi, soulever des moyens et des conclusions d’office à propos d’arguments d’inconstitutionnalité et de dispositions de l’article 41 qui n’auraient pas été critiqués par la saisine.

- 1. L’article 41 de la loi est un cavalier législatif.**
- 2. Inintelligibilité et inaccessibilité de l’article 41 de la loi au regard de sa motivation et absence d’étude d’impact relative à ses effets.**
- 3. Atteinte au droit de propriété.**
- 4. Atteinte à la liberté d’entreprendre.**
- 5. Atteinte au principe d’égalité et au principe d’égalité devant les charges publiques.**
- 6. Absence de droit au recours.**

1. L’article 41 de la loi est un cavalier législatif.

On sait que l’article 45 de la Constitution, alinéa 1^{er}, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, énonce que « *tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu’il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* ». Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un amendement ne peut être conforme à l’article 45 de la Constitution que s’il existe « *un lien entre l’objet de l’amendement et celui de l’une au moins des dispositions du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie* ». Et, lors de la discussion de la révision constitutionnelle, l’exposé des motifs de l’amendement déposé devant l’Assemblée nationale par le rapporteur de la commission des lois, proposant de modifier l’article 45 de la Constitution, justifiait la nouvelle formule de la manière suivante : « Le lien avec le texte, sans pour autant être absent, doit pouvoir être moins strictement limité que celui admis actuellement par la jurisprudence constitutionnelle ».

Le secrétaire général du Conseil constitutionnel, écrivant sur le thème des cavaliers législatifs (J. Maïa, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII*, 2020, n° 4), analyse ainsi cette jurisprudence : « La raison ultime de la prohibition des cavaliers législatifs est bien sûr à rechercher dans l’objectif de préservation d’une cohérence minimale tant du débat parlementaire que de la loi elle-même », précisant ensuite que « le contrôle des cavaliers peut également être vu comme protégeant les prérogatives du Gouvernement en évitant que ses projets de loi soient utilisés comme autant de véhicules législatifs permettant l’adoption de dispositions sans lien ». On ne saurait mieux dire

(v. aussi G. Drago, « Loi Immigration : le Conseil constitutionnel a-t-il raisonné en droit ou en politique ? », *Le club des juristes*, 8 février 2024 ; S. Benzina, « Loi 'Immigration' : une décision constitutionnelle habile aux frais des droits des parlementaires », *JP Blog*, 5 février 2024).

L'article 41 de la loi (alors article 17 *ter*) a été introduit lors de la réunion de la commission mixte paritaire (CMP) le 20 janvier 2026, donc déjà fort tardivement dans la discussion parlementaire. Cet amendement faisait déjà douter le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale, Stéphane Travert qui s'exprimait ainsi :

« M. Stéphane Travert, rapporteur pour l'Assemblée nationale. - « Nous étions convenus avec les rapporteurs du Sénat de nous en tenir aux dispositions adoptées par l'Assemblée nationale et élaborées avec le concours de l'Arcep, mais je sais que les discussions se sont poursuivies entre sénateurs » (CMP, réunion du 20 janvier 2026).

Mais c'est surtout la cohérence de cet amendement avec l'ensemble du projet de loi qui permet de le qualifier de cavalier législatif et qui devra conduire le Conseil constitutionnel à le déclarer contraire à la Constitution en vertu de l'article 45 de la Constitution.

La lecture de l'exposé des motifs du projet de loi déposé le 24 avril 2024 illustre en quelques phrases cette qualification de cavalier législatif de l'article 41 (ex. 17 *ter*) : « Ce projet de loi de simplification a été préparé en partant prioritairement des besoins et des demandes des TPE et des PME ». On ne voit pas le lien avec les entreprises majeures que sont les grands opérateurs d'infrastructure en matière de réseaux de fibre optique et la propriété des infrastructures afférentes.

Ainsi, pour le Gouvernement, « la charge des normes, des démarches, des complexités du quotidien pèse pour au moins 3 % du PIB » sur l'économie française. Le texte qu'il présente repose sur trois principes :

- la diminution de la charge engendrée par les démarches administrative ;
- une relation entre l'administration et les entreprises fondée sur la confiance, plutôt que sur le contrôle et la sanction ;
- une rationalisation de la norme, afin notamment de limiter les contraintes inutiles et accélérer les délais.

Le texte prévoit notamment :

- la suppression de certains régimes de déclaration préalable obligatoire, la transformation de certains de régimes d'autorisation administrative en régimes de déclaration obligatoires, l'allègement de procédures et formalités déclaratives pour les entreprises ;
- la création, sur demande d'une entreprise, d'une garantie consistant en une prise de position formelle sur l'application d'une norme à sa situation de fait ou à son projet, opposable à l'administration ;
- la simplification du bulletin de salaire ;

- l'évaluation par le Gouvernement des conséquences prévisibles pour les petites et moyennes entreprises des projets de loi qui le concerne.

Ces objectifs sont sans lien avec la propriété des adductions de génie civil qui forme l'objet de l'article 41 de la loi qui concerne les grandes entreprises de réseaux et non les PME et TPE.

L'exposé des motifs présente ensuite l'architecture du projet de loi :

« Ce projet de loi est organisé en douze titres.

Le titre I^{er} propose des mesures de simplification de l'organisation de l'administration.

Le titre II vise à simplifier les démarches administratives des entreprises.

Le titre III contient des dispositions visant à faciliter l'accès de toutes les entreprises à la commande publique.

Le titre IV a pour objet la simplification d'obligations pesant sur l'organisation et le fonctionnement des entreprises.

Le titre V contient des dispositions pour faciliter et de sécuriser le règlement des litiges.

Le titre VI vise à aligner les droits des TPE sur ceux des particuliers.

Le titre VII contient des mesures visant à faciliter l'essor de projets industriels et d'infrastructures.

Le titre VIII propose des simplifications pour accélérer la transition énergétique et écologique de notre économie.

Le titre IX contient des mesures facilitant l'innovation issue de la recherche.

Le titre X a pour objectif de faciliter l'installation et les travaux des commerces et à fluidifier les relations entre bailleurs et commerçants.

Le titre XI vise à assurer une simplification durable.

Le titre XII correspond aux dispositions diverses ».

Le rappel de ces titres du projet de loi montre que le périmètre du texte de loi, lors de sa première lecture, ne comprend pas la question des réseaux de communications électroniques et de la propriété de ceux-ci.

L'article 41 cherche à régler une difficulté technique de « morcellement » des propriétés en matière de réseau de fibre. Son objet domanial est sans lien avec les grands thèmes du texte de loi.

Pour toutes ces raisons, l'article 41 doit être considéré comme un cavalier législatif sans lien, même indirect, avec l'objet de loi et, en conséquence, déclaré contraire à la Constitution, au regard des exigences de l'article 45 de la Constitution.

2. Inintelligibilité et inaccessibilité de l'article 41 de la loi au regard de sa motivation et absence d'étude d'impact relative à ses effets.

Comme on le sait, la délibération des parlementaires de la commission mixte paritaire (CMP) prévue à l'article 45 de la Constitution est entièrement libre et n'est précédée que d'un

débat sommaire auquel le Gouvernement ne peut pas participer. Ce type de disposition relève d'une appréciation souveraine du Parlement, sans aucune possibilité pour le Gouvernement, ni de s'y opposer, ni d'en expliquer les conséquences ou d'en corriger les défauts.

Il n'y a donc aucune possibilité d'apprécier le contenu et les effets d'une mesure législative votée en CMP ce qui est contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Si cette liberté parlementaire lors de la CMP doit être défendue, elle ne peut aller à l'encontre d'un principe constitutionnel destiné à rendre la loi accessible, compréhensible et intelligible pour ses destinataires. A ce seul titre, l'article 41 doit être déclaré contraire à la Constitution.

La motivation de l'article 41 de la loi est fondée sur la volonté d'éviter tout « morcellement de propriété » mais il faut s'interroger sur le but d'intérêt général d'une telle mesure législative qui ne peut se réduire à la réduction du seul « morcellement » des propriétés qui est intrinsèque à la multiplication des réseaux, des opérateurs et des destinataires de ces réseaux.

La réalité d'une telle disposition législative est de faire peser sur les opérateurs majeurs d'infrastructure de réseau la charge d'un équipement propre qui relève de la responsabilité des bénéficiaires d'autorisation de construire, aménager ou lotir. On peut même s'interroger sur le lien, même indirect, entre cette disposition législative et l'objet du texte de loi.

On ajoute que ce type de disposition radicale, s'agissant d'un transfert autoritaire de propriété, aurait dû être logiquement précédé d'une évaluation des conséquences patrimoniales et financières pour les destinataires de la loi, spécialement les entreprises gestionnaires de réseaux concernées par cette mesure législative.

Certes, on sait que la procédure d'étude d'impact organisée, en vertu de l'article 34 de la Constitution, par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, ne concerne que les projets de loi et non les propositions de loi et les amendements (C. const., n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010, § 4, 7 et 8 ; n° 2016-739 DC, 17 novembre 2016, § 2, 4 et 6 ; n° 2022-844 DC, 15 décembre 2022, § 37 ; n° 2022-846 DC, 19 janvier 2023, § 20) mais il faut considérer que les critères relevant des études d'impact peuvent être appréciés pour toute mesure législative, y compris issues d'amendements en CMP, par le Conseil constitutionnel au titre du contrôle de l'accessibilité, de la clarté et de l'intelligibilité de la loi.

Ainsi, les critères de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 peuvent être intégrés au titre du contrôle de l'intelligibilité de la loi, particulièrement le critère énoncé à l'article 8 de la loi organique selon lequel une nouvelle législation doit « exposer avec précision » :

- « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ».

Il est clair que l'article 41 de la loi ne tient aucun compte des conséquences du transfert de propriété qu'il organise autoritairement, selon les critères précédemment exposés.

Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, le député Stéphane Travert, soulignait lors de la CMP que « l'ampleur du dispositif devrait impliquer, préalablement à sa mise en œuvre, une évaluation approfondie de ses conséquences économiques sur les opérateurs ». On ne saurait mieux dire, ce qui ajoute au constat de l'inconstitutionnalité de l'article 41 de la loi.

On ajoute que le champ d'application de l'article 41 ne dit rien de l'application territoriale de cette disposition, y compris en ce qui concerne les départements et régions d'outre-mer régis par l'article 73 de la Constitution et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution. Là encore, l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 énonce que la disposition législative envisagée doit prendre en considération

« les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités ».

L'absence de consultation préalable des assemblées délibérantes de ces collectivités doit également être soulignée et doit conduire le Conseil constitutionnel à censurer l'article 41 de la loi sur ce motif.

Enfin, le texte contesté repose sur une conception obsolète et inopérante du service universel des communications électroniques et est contraire aux exigences d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. En effet, il prévoit un transfert de propriété au profit d'un « opérateur attributaire du service universel », alors même que, depuis novembre 2020, aucun opérateur n'est désigné au titre du service universel des communications électroniques.

En outre, le champ des infrastructures susceptibles d'être concernées ne peut être déterminé avec certitude. Le service universel ne consistait pas en un raccordement systématique de tous les logements au réseau cuivre, mais en la fourniture d'un service de communications électroniques à la demande des usagers, pouvant impliquer tout à la fois création d'un nouvel accès (en cuivre, fibre ou satellite) ou la reprise d'un accès existant. Surtout, les obligations de service universel ni n'imposait ni ne conduisait l'opérateur désigné à raccorder les usagers sur des typologies de raccordement différentes de ceux prévus pour répondre aux besoins des autres usagers (hors bénéficiaires de l'offre de service universel). Dès lors, il est matériellement impossible d'établir si un raccordement donné relève ou non de ce régime désormais révolu.

Une telle incertitude affectant l'identification des biens concernés par le transfert de propriété porte atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

3. Atteinte au droit de propriété.

Les dispositions de l'article 41 de la loi de simplification de la vie économique sont contraires au droit de propriété protégé par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

L'article 2 de la Déclaration de 1789 énonce que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

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

On sait que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, concernant le respect de la protection constitutionnelle du droit de propriété, distingue selon que les dispositions législatives contestées conduisent, ou non, à une privation du droit de propriété, qu'il exprime ainsi :

« Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : “La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité” ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi » (C. const., n° 2010-60 QPC, 12 novembre 2010, *M. Pierre B. (Mur mitoyen)*, § 3 ; n° 2011-172 QPC, 23 septembre 2011, *Époux L. et autres (Accès aux propriétés privées pour l'étude des projets de travaux publics)*).

Le Conseil constitutionnel fonde donc son contrôle sur les articles 17 et 2 de la Déclaration de 1789. En cas de privation du droit de propriété, c'est l'article 17 de la Déclaration qui est à la source du contrôle. Il lui faut alors s'assurer que les exigences de l'article 17 sont respectées, c'est-à-dire l'existence d'une nécessité publique, constatée explicitement dans la loi, et la nécessaire reconnaissance par cette loi d'une juste et préalable indemnité (cf. C. const., n° 89-256 DC, 25 juillet 1989).

Les principes de cette jurisprudence peuvent être ainsi résumés, selon le Conseil constitutionnel lui-même (« commentaire » de la décision n° 2010-26 QPC du 17 septembre 2010, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30) :

– « afin de se conformer à ces exigences constitutionnelles, la loi ne peut autoriser l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers que pour la réalisation d'une opération dont l'utilité publique est légalement constatée ;

– la prise de possession par l'expropriant doit être subordonnée au versement préalable d'une indemnité ;

– pour être juste, l’indemnisation doit couvrir l’intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l’expropriation ;

– en cas de désaccord sur la fixation du montant de l’indemnisation, l’exproprié doit disposer d’une voie de recours appropriée ».

En l’absence d’une privation du droit de propriété, lorsque sont seulement apportées des limites à l’exercice de ce droit, c’est l’article 2 de la Déclaration qui sert de fondement au contrôle. Il lui appartient alors d’examiner si l’atteinte aux conditions d’exercice du droit de propriété est justifiée par un motif d’intérêt général et proportionnée au but poursuivi.

En l’espèce, les dispositions de l’article 41 concernent les infrastructures d’accueil de génie civil d’adduction qui permettent de raccorder un immeuble, une maison ou un lotissement.

Ces équipements sont à la charge des constructeurs d’un programme immobilier neuf qui doivent ainsi réaliser ces infrastructures jusqu’au point d’accès au réseau situé au droit du terrain et défini par l’opérateur d’infrastructure de la zone, en vertu de l’article L. 332-15 du code de l’urbanisme. Ces équipements et cette infrastructure sont donc réalisés et financés par le bénéficiaire de l’autorisation de construire, d’aménager ou de lotir et sont donc sa propriété.

Or, les articles 33-6-1 à 33-6-5 nouveaux du code des postes et des communications électroniques (CPCE), créés par l’article 41 de la loi, opèrent un transfert de propriété soit vers l’opérateur d’infrastructure soit vers les collectivités territoriales et leur groupement qui ont établi ou exploitent sur leurs territoires des infrastructures et des réseaux de communications électroniques en fibre optique jusqu’à l’abonné, en application de l’article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), alors que ces parties du réseau sont le plus souvent la propriété de particuliers ou de professionnels.

Ce transfert de propriété est une grave atteinte à la propriété et au droit de propriété défendu par les articles 17 et 2 de la Déclaration de 1789.

A.- Privation de propriété opérée par l’article 41 de la loi.

D’une part, ce transfert de propriété est opéré sans aucun accord des propriétaires, en dehors de toute opération d’expropriation dont les conditions ne sont aucunement réunies par le texte de loi. Cette cession d’une partie de la propriété n’est pas fixée dans une convention qui permettrait de recueillir l’accord du propriétaire. Ce transfert autoritaire de propriété constitue une véritable *privation de la propriété*, contraire à la Constitution.

1. Concernant les infrastructures d’accueil créées postérieurement à la promulgation de la loi.

Ainsi, l’article 33-6-1 nouveau du CPCE indique que

« *Les branchements et infrastructures y afférentes des équipements propres nécessaires à l’adduction de la construction, du terrain aménagé ou du lotissement sur les équipements publics de communications électroniques existants au droit du terrain, au sens de l’article L.*

332-15 du code de l'urbanisme, réalisés à compter de la promulgation de la loi n° du de simplification de la vie économique appartiennent à la personne mentionnée au premier alinéa du I de l'article L. 34-8-3 du présent code, dans les conditions prévues au 1° de l'article L. 33-6-3, ou à l'opérateur désigné dans le cadre de l'article L. 35-1 qui lui est substitué.

La remise a lieu à la date effective de la réalisation de ces équipements et au plus tard à partir du moment où la personne mentionnée au premier alinéa du I de l'article L. 34-8-3 est identifiée ».

Ainsi, pour les infrastructures d'accueil créées après la promulgation de la loi, celle-ci opère un transfert entier de propriété dès que la personne propriétaire est identifiée, ce que la loi elle-même qualifie de « substitution ». La loi ne fixe aucune condition à ce transfert autoritaire de propriété qui n'est pas justifié dans le texte de loi par une nécessité publique identifiée ou une utilité constatée. Il manque dans la loi l'énoncé clair de la nécessité publique ou de l'utilité publique puisque l'article 17 de la Déclaration énonce nettement que cette nécessité doit être « légalement constatée » c'est-à-dire explicitement exprimée dans le texte de loi procédant à ce transfert de propriété.

La seconde condition de la privation de la propriété consiste en une véritable *dépossession de propriété*, c'est-à-dire la constatation que l'ancien propriétaire ne possède plus aucune maîtrise de sa propriété, ni de son droit de propriété, ne peut plus en jouir, ne peut plus l'aliéner en tout ou partie. C'est bien ce que signifie le terme de « substitution » employé par le second alinéa de l'article 33-6-1 nouveau du CPCE qui exprime ce transfert de propriété au profit d'un tiers.

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la dépossession de propriété peut être admise en cas d'expropriation (C. const., n° 2012-226 QPC, 6 avril 2012), en cas de nationalisation (n° 81-132 DC, 16 janvier 1982), de saisie d'objets par l'administration des douanes (n° 2011-203 QPC, 2 décembre 2011), ou encore de cession gratuite de terrains à une commune (n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010).

Dans cette dernière décision du 22 septembre 2010, le Conseil constitutionnel a pu constater à la fois l'existence d'une privation de la propriété mais aussi *l'incompétence négative du législateur* par l'absence de garanties offertes au propriétaire dépossédé de sa propriété, fondées d'ailleurs également sur le respect de l'exercice de droits et libertés constitutionnellement garantis (cf. C. const., n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, § 9²) :

« Considérant que le e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme permet aux communes d'imposer aux constructeurs, par une prescription incluse dans l'autorisation d'occupation du sol, la cession gratuite d'une partie de leur terrain ; qu'il attribue à la

² « Le droit accordé à l'établissement public par l'article 3-II de la loi déferée de procéder à certaines installations sur la partie supérieure des propriétés bâties, dans la mesure où il n'impose qu'une gêne supportable, ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 mais une servitude d'intérêt public grevant l'immeuble en raison de son emplacement ou de son élévation ; il en serait autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété ou que, affectant non seulement l'immeuble mais la personne de ses occupants, elle devait constituer une entrave à l'exercice de droits et libertés constitutionnellement garantis » (C. const., n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, § 9, *Rec.* 78).

collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'il s'ensuit que, sans qu'il soit besoin d'examiner les griefs invoqués par la requérante, le e du 2^o de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme doit être déclaré contraire à la Constitution ».

Le Conseil constitutionnel a pratiqué ici une forme d'économie de moyens le conduisant à constater que, nonobstant la privation de propriété constatée, le législateur avait donné aux collectivités publiques un très large pouvoir d'appréciation sans même définir les usages publics des terrains ainsi spoliés, ce qui est constitutif d'une incompétence négative du législateur, sanctionnée par l'inconstitutionnalité de la disposition législative.

De même, tant pour l'article L. 33-6-1 que pour l'article 33-6-2 nouveaux du CPCE, la loi pose un principe de dépossession totale du précédent propriétaire pour confier sa propriété soit à un opérateur d'infrastructures soit à une collectivité territoriale ou à un groupement de collectivités territoriales. Il s'agit donc d'une véritable substitution de propriétaire sans que l'utilité publique de cette substitution soit clairement énoncée dans la loi et sans qu'aucune garantie à l'égard des anciens propriétaires ne soit inscrite dans la loi.

On est donc en présence également d'une incompétence négative du législateur, contraire aux termes de l'article 34 de la Constitution qui énonce que « *la loi détermine les principes fondamentaux ... de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ... du régime de la propriété ...* ».

C'est d'ailleurs ce que relevait le Conseil constitutionnel dans la décision précitée n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010 en constatant que le large pouvoir d'appréciation laissé à l'autorité publique dans l'application de la disposition législative et l'absence de précision sur les usages publics auxquels devaient être affectés les terrains cédés ne comportaient pas les garanties exigées par l'article 17 de la Déclaration de 1789.

Il en est de même pour l'article 41 de la loi en cause. La loi n'apporte aucune des garanties exigées par l'article 17 de la Déclaration de 1789 et ne renvoie d'ailleurs à aucune disposition réglementaire à venir qui permettrait de définir et préciser les éléments de cette cession forcée et les usages qui seront faits des terrains ainsi cédés de force.

Et on ne voit pas comment, à l'avenir, la juridiction administrative, si elle venait à être saisie au contentieux pourrait veiller à garantir ce qui n'est explicité ni dans la loi, ni dans un texte réglementaire... non prévu. D'ailleurs, dans l'espèce de cession de terrain qui a conduit à la décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, le Conseil constitutionnel rappelait, dans le « commentaire » de sa propre décision que « sans doute, le Conseil d'État est-il venu, dans le cadre de ses compétences, apporter des garanties pour atténuer la portée de la loi. Il veille à ce que la cession soit justifiée par un projet d'opération de voirie publique conforme à l'intérêt général et « suffisamment précis pour justifier la mise en œuvre des prérogatives exceptionnelles déterminées par les dispositions des articles L. 332-6-1 et R. 332-15 »,

renvoyant à une décision du Conseil d'État (C.E, 1^{er} avril 1994, *Commune de Ramatuelle*, n° 133210).

Ici, aucun élément de garantie n'est fixé dans la loi, ni aucun objectif suffisamment précis susceptible de justifier une telle privation de propriété, renforçant ainsi l'argument d'incompétence négative du législateur.

Ajoutons que les procédés institués par l'article 41 de la loi font largement fi de la volonté et du consentement du ou des propriétaires, ce que le Conseil constitutionnel sanctionne par une inconstitutionnalité.

Ainsi, comme le souligne un auteur³, « s'agissant de la procédure saisie immobilière, le Conseil juge que constitue une mesure privative de propriété la disposition prévoyant que le créancier poursuivant pourra se voir déclarer adjudicataire de l'immeuble saisi pour un prix supérieur à celui qu'il a fait figurer dans le cahier des charges (*i.e.* le prix qu'il aurait consenti à payer volontairement). Le Conseil constate sur ce point une atteinte au principe du libre consentement qui doit présider à l'acquisition de la propriété et estime qu'en définitive, le créancier poursuivant est susceptible de subir « *une diminution de son patrimoine assimilable à une privation de propriété* »⁴. La question de l'importance de la perte patrimoniale n'entre pas dans l'appréciation : la nature de la mesure suffit à justifier la qualification de privation du droit de propriété ».

Enfin, l'article 41 de la loi ne prévoit ni n'organise aucun système d'indemnisation des propriétaires ainsi spoliés de leur propriété alors que cette exigence découle de l'article 17 de la Déclaration de 1789. Or, la privation d'un bien décidée par la loi doit nécessairement donner lieu à une indemnité, c'est-à-dire une compensation « juste » et « préalable ». Cette indemnisation doit correspondre à la valeur du bien (C. const., n° 2010-87 QPC, 21 janvier 2011) et doit être versée avant qu'intervienne le transfert de propriété. Aucune de ces conditions n'est remplie par l'article 36-6-1 du CPCE pour les infrastructures d'accueil qui seront créées après la promulgation de la loi. La loi aurait dû prévoir les procédures et les moyens concrets d'une évaluation des biens transférés ainsi que les conditions du versement d'une indemnité, par exemple l'intervention d'une autorité publique, potentiellement indépendante, pour ces évaluations, ainsi que l'intervention d'un juge pour la fixation d'une indemnité, comme cela se pratique en matière d'expropriation. Le caractère purement autoritaire de ce transfert de propriété constitue donc une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

La seule mention inscrite à l'alinéa 2 de l'article L. 33-6-1 du CPCE selon laquelle

« *La remise a lieu à la date effective de la réalisation de ces équipements et au plus tard à partir du moment où la personne mentionnée au premier alinéa du I de l'article L. 34-8-3 est identifiée* »,

³ J.-F. de Montgolfier, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31 (dossier : le droit des biens et des obligations), mars 2011.

⁴ C. const., n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, § 38 à 42.

est tout à fait insuffisante pour répondre aux exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

L'article L. 33-6-2 nouveau de la loi indique ensuite que, par dérogation aux dispositions de l'article L. 33-6-2 du CPCE,

« Par dérogation à l'article L. 33-6-1, lorsque des infrastructures et des réseaux de communications électroniques en fibre optique jusqu'à l'abonné sont établis et exploités sur leur territoire par des collectivités territoriales et leurs groupements en application de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales, les branchements et infrastructures y afférentes des équipements propres nécessaires à l'adduction de la construction, du terrain aménagé ou du lotissement sur les équipements publics de communications électroniques existants au droit du terrain, au sens de l'article L. 332-15 du code de l'urbanisme, appartiennent à ces collectivités territoriales et leurs groupements ».

Là encore, la définition autoritaire de la propriété de ces infrastructures au profit de collectivités territoriales ou de leurs groupements est une véritable privation de la propriété au détriment des propriétaires privés.

En effet, la compétence d'aménagement numérique peut relever de collectivités territoriales ou de leurs groupements par la constitution de Réseaux d'Initiative Publique (RIP). Mais cette compétence définie par L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales n'ouvre pas à ces collectivités publiques un droit de propriété absolu et total qui conduirait à priver de leur propriété des propriétaires privés. Ce transfert de propriété est imposé par la loi sans qu'aucune nécessité publique constatée ait été définie dans le texte de loi. Or, la loi doit nécessairement indiquer quelle est la nécessité publique qui justifie la propriété des collectivités territoriales et de leurs groupements sur ces parcelles, alors qu'un régime de servitude pourrait être suffisant pour assurer une cohérence des réseaux. La solution maximaliste posée par l'article 41 de la loi constitue une privation de la propriété.

Là encore, aucune procédure permettant d'évaluer les propriétés en cause, tant sur le plan de leur consistance, de leur valeur financière n'est mise en place par la loi nouvelle, aucun procédé d'indemnisation n'est créé par la loi, ce qui constitue l'un des éléments de reconnaissance d'une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

2. Concernant les infrastructures d'accueil existantes jusqu'à la promulgation de la loi.

Pour ce qui concerne *les réseaux d'infrastructure existants jusqu'à la promulgation de la loi*, les **articles 33-6-3, 33-6-4 et 33-6-5 de la loi** organisent un transfert de propriété autoritaire, sous réserve de la revendication de leur propriété par une personne physique ou morale dans l'année suivant la promulgation de la loi. Ce transfert de propriété est organisé vers les personnes morales ainsi définies :

- L'opérateur attributaire du service universel pour la période au cours de laquelle ces équipements ont été réalisés, en pratique entre 1986 et 2021, dans le cadre des missions du service universel ;
- L'opérateur d'infrastructure de zone ;

- La collectivité territoriale ou son groupement dans le cadre d'une zone de Réseaux d'Initiative Publique (RIP) ;
- Le gestionnaire des équipements publics de communications électroniques, c'est-à-dire l'opérateur d'infrastructures d'accueil ou tout autre opérateur, si le propriétaire le demande (art. L. 36-6-4 CPCE).

« Art. L. 33-6-3. – *La propriété des branchements et infrastructures y afférentes des équipements propres nécessaires à l'adduction de la construction, du terrain aménagé ou du lotissement sur les équipements publics de communications électroniques existant au droit du terrain, au sens de l'article L. 332-15 du code de l'urbanisme réalisés avant la promulgation de la loi n° de simplification de la vie économique, lorsqu'elle n'a pas été revendiquée par une personne physique ou morale dans un délai d'un an à compter de cette promulgation, est établie comme suit :*

« 1° *La propriété des branchements et infrastructures y afférentes construits dans le cadre des missions du service universel mentionné à l'article L. 35-1 du présent code est présumée établie au profit de l'opérateur désigné pour la période au cours de laquelle ces équipements ont été réalisés, sans nécessité pour cet opérateur d'en revendiquer la propriété ;*

« 2° *La propriété des branchements et infrastructures y afférentes construits en dehors du cadre des missions du service universel mentionné au même article L. 35-1 est présumée établie au profit des personnes mentionnées aux articles L. 33-6-1 ou L. 33-6-2, selon les cas.*

« Art. L. 33-6-4. – *Le propriétaire des branchements et infrastructures y afférentes des équipements propres nécessaires à l'adduction de la construction, du terrain aménagé ou du lotissement sur les équipements publics de communications électroniques existant au droit du terrain, au sens de l'article L. 332-15 du code de l'urbanisme, en dehors du cas mentionné au 1° de l'article L. 33-6-3 du présent code, peut en demander le transfert au gestionnaire desdits équipements publics de communications électroniques. Ce transfert est réalisé dans les conditions définies à l'article L. 33-6-5.*

« Art. L. 33-6-5. – *La remise et le transfert prévus aux articles L. 33-6-1 à L. 33-6-4 sont effectués à titre gratuit, sans contrepartie d'aucune sorte, par un acte de transfert dans un délai raisonnable à compter de la demande. Le bénéficiaire de la remise ou du transfert ne peut s'opposer à ceux-ci.*

« *Le maître d'ouvrage d'une extension entre le branchement d'adduction à partir du droit du terrain et les équipements publics de communications électroniques existants peut transférer cette extension dans les mêmes conditions ».*

Ces articles de la loi renforcent la qualification de privation de la propriété de l'article 41 de la loi, contraire à la Constitution et spécialement à l'article 17 de la Déclaration de 1789.

L'article L. 33-6-3 du CPCE établit un transfert autoritaire de la propriété des infrastructures de réseau existant « au droit du terrain », pour les équipements et branchements réalisés à la date de promulgation de la loi de simplification de la vie économique, en distinguant deux grands types de situation :

- D'une part, la propriété est « *présumée établie au profit de l'opérateur désigné pour la période au cours de laquelle ces équipements ont été réalisés, sans nécessité pour cet opérateur d'en revendiquer la propriété* »,
- D'autre part, « *la propriété des branchements et infrastructures y afférentes construits en dehors du cadre des missions du service universel mentionné au même article L. 35-1 est présumée établie au profit des personnes mentionnées aux articles L. 33-6-1 ou L. 33-6-2, selon les cas* ».

Cette propriété est nécessairement établie « *lorsqu'elle n'a pas été revendiquée par une personne physique ou morale dans un délai d'un an à compter de cette promulgation* ».

Autrement dit, la propriété est « *présumée établie* » aux profit de ces personnes physiques ou morales sans qu'aucune vérification de titre de propriété ait été faite à l'égard des anciens propriétaires, qu'ils soient d'ailleurs publics ou privés. Cette dépossession est exercée sans analyse des propriétés en cause, sans information des propriétaires et en opérant un transfert forcé vers des opérateurs qui n'ont rien demandé et qui se trouvent devoir prendre en charge l'ensemble des réseaux, des branchements, des infrastructures ainsi transférés sans que leur accord ait été sollicité.

Il faut ajouter que la raison souvent donnée par les parlementaires pour justifier cette mesure est de considérer que les propriétaires ne savent pas nécessairement qu'ils sont propriétaires de certaines parcelles. Cet argument ne peut être recevable. Ce n'est pas parce qu'un propriétaire ne connaît pas nécessairement les limites de sa propriété qu'il n'en demeure pas moins propriétaire et qu'on peut le priver de sa propriété et de son droit de propriété sans l'informer, sans l'indemniser, sans expliciter dans la loi la nécessité publique qui fonde cette privation de sa propriété.

Ce transfert de propriété par la loi ne prévoit aucun mécanisme d'évaluation et d'indemnisation, tant pour les anciens propriétaires que pour les opérateurs qui se trouvent dans l'obligation d'assumer une charge nouvelle sans évaluation des surcoûts engendrés par un tel transfert de propriété.

Non seulement on est en présence d'une privation de propriété, véritable privation et dépossession de la propriété mais qui conduit, pour les opérateurs concernés, à une charge publique non également répartie, génératrice d'une violation du principe d'égalité devant les charges publiques (v. *infra*).

L'article L. 33-6-4 du CPCE prévoit que « *le propriétaire des branchements et infrastructures y afférentes des équipements propres nécessaires à l'adduction de la construction, du terrain aménagé ou du lotissement sur les équipements publics de communications électroniques existant au droit du terrain, au sens de l'article L. 332-15 du code de l'urbanisme, en dehors du cas mentionné au 1° de l'article L. 33-6-3 du présent code, peut en demander le transfert au gestionnaire desdits équipements publics de communications électroniques. Ce transfert est réalisé dans les conditions définies à l'article L. 33-6-5* ».

Le propriétaire peut prendre l'initiative de demander le transfert de sa propriété au gestionnaire des équipements publics de communications électroniques en cause, dans les conditions prévues à l'article L. 33-6-5 du CPCE. On constate que si le propriétaire peut être à l'initiative de ce transfert, celui-ci est réalisé sans aucune des conditions d'évaluation et d'indemnisation garantissant le respect des exigences constitutionnelles.

Enfin l'article L. 33-6-5 du CPCE précise que *« la remise et le transfert prévus aux articles L. 33-6-1 à L. 33-6-4 sont effectués à titre gratuit, sans contrepartie d'aucune sorte, par un acte de transfert dans un délai raisonnable à compter de la demande. Le bénéficiaire de la remise ou du transfert ne peut s'opposer à ceux-ci.*

« Le maître d'ouvrage d'une extension entre le branchement d'adduction à partir du droit du terrain et les équipements publics de communications électroniques existants peut transférer cette extension dans les mêmes conditions ».

Cet article final du dispositif législatif nouveau contient, en lui-même, l'ensemble des inconstitutionnalités dénoncées dans l'analyse des articles précédents.

D'abord, la remise et le transfert des propriétés est effectué *« à titre gratuit, sans contrepartie d'aucune sorte, par un acte de transfert dans un délai raisonnable à compter de la demande »*. On constate là, de façon explicite, le transfert forcé de propriété, sans aucune indemnisation ni évaluation de la propriété concernée, par un acte autoritaire de transfert dont l'auteur n'est d'ailleurs pas défini et dont le *« délai raisonnable »* n'a aucune signification précise, ce qui renforce l'inintelligibilité du texte de loi.

Ensuite, la loi prévoit que le *« bénéficiaire »* de la remise ou du transfert de propriété ne dispose pas non plus de liberté pour accepter ce *« don »* de propriété qui est en réalité une charge supplémentaire qui lui est imposée par la loi. En effet, l'article L. 33-6-5 du CPCE énonce que *« le bénéficiaire de la remise ou du transfert ne peut s'opposer à ceux-ci »*, ce qui est la caractéristique d'un transfert forcé de propriété que ne peut refuser celui qui *« reçoit »* cette propriété. L'atteinte à la propriété touche ainsi les destinataires du transfert autant que les propriétaires lésés.

Pour l'ensemble de ces raisons, ces dispositions de l'article 41 de la loi relative à la simplification de la vie économique doivent être déclarées contraire à la Constitution.

B.- Subsidiairement, limites inconstitutionnelles apportées à l'exercice du droit de propriété.

Subsidiairement, on soutient que l'article 41 de la loi de simplification de la vie économique porte atteinte à l'exercice du droit de propriété garanti par l'article 2 de la Déclaration de 1789.

La notion d'atteinte portée à l'exercice du droit de propriété hors dépossession recouvre tous les types de limitation apportées à l'exercice de ce droit, sans qu'une dépossession soit pour autant constatée. Dans cette situation, la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut accepter ces atteintes à un droit fondamental de valeur constitutionnelle pourvu qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt général et que les mesures envisagées soient proportionnées à l'objectif poursuivi.

Au cas où la privation de propriété ne serait pas reconnue par le Conseil constitutionnel à propos de l'article 41 de la loi, celui-ci pourrait reconnaître les atteintes portées par cet article de la loi à l'exercice du droit de propriété.

En effet, l'article 41 ne procède à aucune délimitation des propriétés en cause, ni d'ailleurs à aucun processus d'identification de ces propriétés ni des propriétaires concernés par l'atteinte portée à l'exercice du droit de propriété. Ainsi, l'atteinte à l'exercice du droit de propriété porte sur la méconnaissance de la consistance et de la délimitation des propriétés concernées (cf. C. const., n° 2013-316 QPC, 24 mai 2023).

Quant au motif d'intérêt général poursuivi par la loi, le seul objectif de réduction du « morcellement » des propriétés induit par l'installation de réseaux de fibre ne peut justifier, à lui seul, les atteintes graves portées à l'exercice du droit de propriété dont on rappelle qu'elles relèvent plus d'une privation de la propriété que d'une simple atteinte à l'exercice du droit de propriété.

Et on peut constater que mesures instituées par l'article 41 de la loi ne sont aucunement proportionnées à l'objectif poursuivi par le législateur. Pour réduire le « morcellement » des propriétés, le législateur choisit une mesure radicale qui est constituée par une atteinte majeure aux caractères du droit de propriété, à savoir la libre disposition de son bien par le propriétaire et le transfert forcé de propriété, alors qu'un simple régime de servitude, administrative ou privée, aurait suffi à faciliter l'installation et la gestion de ce type de réseaux.

Enfin, les transferts de propriété le sont de façon définitive, alors que des atteintes à l'exercice du droit de propriété auraient pu être acceptables si elles avaient été fixées pour une durée limitée (cf. C. const., n° 2013-346 QPC, 11 octobre 2013) ou pour une période délimitée dans le temps, comme en matière d'expropriation, ou pour certains types de biens seulement (n° 98-403 DC, 29 juillet 1998).

Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 41 de la loi de simplification de la vie économique doit être déclarée contraire à l'article 2 de la Déclaration de 1789 et donc contraire à la Constitution.

4. Atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle.

Comme on le sait, la liberté d'entreprendre a été énoncée par le Conseil constitutionnel comme une liberté de valeur constitutionnelle dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, liberté constitutionnelle fondée sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ». Cette liberté d'entreprendre est invocable dans le contentieux *a priori* de constitutionnalité de la loi, exercé en vertu de l'article 61 de la Constitution.

La liberté d'entreprendre est également reconnue comme l'un des droits et libertés que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1 de la Constitution dans le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité (cf. C. const., n° 2010-55 QPC, 18 octobre 2010).

Il s'agit donc d'une liberté essentielle, en particulier en matière d'activités économiques. Certes, on sait que la liberté d'entreprendre n'est « ni générale, ni absolue » (cf. C. const., n° 81-132 DC, précitée) et que seules les restrictions arbitraires ou abusives à cette liberté sont censurées pour inconstitutionnalité. Ainsi, la liberté d'entreprendre « s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi » (C. const., n° 85-200 DC, 16 janvier 1986), le Conseil constitutionnel précisant aujourd'hui que « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » (n° 98-401, 10 juin 1998 ; n° 99-223 DC, 13 janvier 2000) ou « à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi » (n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001).

Ces atteintes au droit de propriété se traduisent également par une limitation disproportionnée de la liberté d'entreprendre, principe à valeur constitutionnelle, en imposant aux opérateurs des charges et choix économiques et réglementaires durables qu'ils ne peuvent maîtriser.

Ce texte prévoit également un transfert de propriété aux collectivités territoriales lorsque les infrastructures se situent sur le territoire d'un Réseau d'Initiative Publique (RIP). Or, des équipements propres ne peuvent être remis en propriété à des personnes publiques dès lors qu'ils sont destinés à l'usage exclusif des propriétaires de ces immeubles neufs. Ils ne peuvent dès lors être qualifiés d'équipements publics pouvant intéresser une collectivité publique. La jurisprudence administrative distingue en effet clairement les équipements propres destinés à l'usage exclusif des propriétaires et correspondant, de par leur capacité technique, aux seuls besoins générés par l'opération (arrêt du C.E. du 24 mai 1991) des équipements susceptibles d'être utilisés, même dans l'avenir, par d'autres constructions ou opérations et qui sont des équipements publics (C.A.A. Lyon, 6 octobre 1993, n° 91LY00808, C.A.A. Paris, 30 septembre 1997, n° 95PA03133). Une personne publique ne peut, faute d'intérêt public, prendre en propriété et donc en charge un bien qui dessert des intérêts uniquement privés.

Cet article porte ainsi atteinte au droit de propriété tel qu'il est protégé par la Constitution, au titre de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

Les atteintes portés par l'article 41 de la loi à la liberté d'entreprendre se conjuguent donc avec les atteintes à la propriété et au droit de propriété.

D'une part, la liberté d'entreprendre des opérateurs est gravement atteinte par un transfert de propriété imposé par la loi sans nécessité publique.

D'autre part, les opérateurs d'infrastructure se voient imposer des surcoûts imprévus qui ne sont aucunement couverts par des mesures tarifaires qui devraient correspondre à ce surcoût engendré par une charge supplémentaire évaluée par les opérateurs à plusieurs millions d'euros. A ce surcoût structurel, il faut d'ailleurs ajouter l'augmentation sensible des redevances d'occupation du domaine public qui s'imposeront aux opérateurs d'infrastructure, et, ceci, sans pouvoir refuser ces transferts de propriété.

A ce titre d'ailleurs, l'article 41 porte atteinte à la liberté contractuelle, reconnue comme une liberté de valeur constitutionnelle (cf. C. const., n° 2000-437 DC, 19 décembre 2000).

On peut ici reprendre le raisonnement dégagé par le Conseil constitutionnel selon lequel « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi » (n° 2012-242 QPC, 14 mai 2012, § 6, Rec. p. 259).

Or, l'article 41 procède à un transfert autoritaire de propriété, sans évaluation ni indemnisation préalable, fait supporter l'entière propriété des terrains confisqués à des opérateurs d'infrastructure sans leur accord en leur faisant supporter le coût de l'ensemble ainsi dévolu avec l'ensemble des redevances d'occupation du domaine public afférentes, cet ensemble de contraintes étant largement disproportionné au regard de l'objectif de réduction du « morcellement » des propriétés qui n'est que le résultat de politiques successives qui ne relèvent pas de la responsabilité des opérateurs, seraient-ils les opérateurs « historiques ». La « cohérence du réseau » (cf. C. const., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, § 29 à 31), parfois invoquée dans certains contentieux, ne saurait, à elle seule, justifier de telles atteintes à des droits et libertés constitutionnellement protégés.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 41 de la loi de simplification de la vie économique doit être déclaré contraire à la Constitution.

5. Atteinte au principe d'égalité et au principe d'égalité devant les charges publiques.

L'article 41 de la loi porte atteinte au principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789 ainsi qu'au principe d'égalité devant les charges publiques énoncé à l'article 13 de la même Déclaration.

A.- Atteinte au principe d'égalité.

L'article 41 prévoit le transfert de la propriété des infrastructures dans deux hypothèses distinctes. L'une concerne les infrastructures créées avant la promulgation de la loi, l'autre concerne les infrastructures créées après la promulgation de la loi. Dans les deux cas, le transfert de propriété est organisé vers les opérateurs d'infrastructures mais avec des situations différentes en ce que, selon les cas, les propriétaires doivent transférer à ces opérateurs ou peuvent revendiquer cette propriété dans un délai suivant la promulgation de la loi, pour les réseaux existants. S'ils ne le font pas, cette propriété est transférée obligatoirement vers les opérateurs d'infrastructures qui était attributaire du service universel ou dans les autres cas à l'opérateur d'infrastructures de la zone concernée.

En tout état de cause, la propriété est transférée à ces opérateurs dans les mêmes conditions, sans possibilité pour eux de s'y opposer alors qu'ils ne sont pas dans la même situation de départ. Il y a ici une atteinte nette au principe d'égalité en ce que des opérateurs d'infrastructures placés dans des situations différentes, en particulier selon le régime juridique auxquels ils sont soumis, selon le régime juridique applicable à telle ou telle période, sont traités de façon identique par la loi contestée, alors que le principe d'égalité postule que des personnes placées dans des situations différentes doivent être traitées de façon différenciée.

B.- Atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques.

Aux termes de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
*« Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés »*⁵.

Pour la mise en œuvre de cette disposition, il résulte d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel que, si le législateur peut faire peser sur certaines catégories de personnes des charges particulières, c'est à la condition que celles-ci reposent sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts poursuivis et qu'elles ne créent pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

En l'espèce, les dispositions contestées prévoient le transfert de la propriété des infrastructures d'accueil d'adduction des immeubles, réalisées à l'occasion de leur construction, à l'opérateur d'infrastructure de la zone ou à l'opérateur attributaire du service universel.

D'une part, ces dispositions conduisent à faire peser sur les opérateurs d'infrastructure la propriété d'ouvrages qu'ils n'ont ni conçus ni réalisés, ainsi que l'ensemble des charges financières et réglementaires afférentes, notamment celles résultant de la réglementation relative à la prévention des endommagements des réseaux prévue à l'article R. 554-22 du code de l'environnement.

D'autre part, les opérateurs d'infrastructure ne se trouvent pas, au regard de l'objet de la loi, dans une situation différente de nature à justifier qu'ils supportent seuls de telles charges,

⁵ C. const., n° 2024-1115 QPC, 13 décembre 2024.

dès lors que ces ouvrages sont réalisés à l'initiative des constructeurs d'immeubles et indépendamment de toute intervention de leur part.

En outre, si le législateur a pu poursuivre un objectif d'intérêt général tenant à l'organisation et à la continuité des réseaux, un tel objectif ne saurait, à lui seul, justifier que soit imposé aux opérateurs d'infrastructure un transfert de propriété assorti de charges durables.

Par ailleurs, le critère tiré de la seule qualité d'opérateur d'infrastructure de la zone ne présente pas un caractère objectif et rationnel en fonction des buts poursuivis, dès lors qu'il ne tient compte ni des conditions de réalisation des ouvrages, ni de leur état, ni de la capacité des opérateurs à en assumer les charges. L'absence d'étude d'impact relative aux conséquences financières et techniques de ces dispositions est, à cet égard, révélatrice du caractère insuffisamment justifié des critères retenus par le législateur.

Enfin, en faisant peser sur les seuls opérateurs d'infrastructure des charges financières et réglementaires durables, portant sur des biens transférés dans leur patrimoine sans leur consentement, les dispositions contestées font supporter à ces opérateurs une charge spécifique et excessive au regard de l'objectif poursuivi.

Il en résulte une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

On ajoute que l'absence de régime indemnitaire inscrit dans la loi renforce l'atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques. C'est ce qu'exprime le Conseil constitutionnel : l'exigence constitutionnelle d'indemnisation « juste » implique l'octroi d'une indemnité couvrant « *l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation* », cette exigence trouvant d'ailleurs un double fondement : le droit de propriété (n° 89-256 DC, 25 juillet 1989, § 19) et le principe d'égalité devant les charges publiques (même décision, § 24), illustrant bien que le processus d'indemnisation peut être fondé à la fois sur l'atteinte au droit de propriété et sur le principe d'égalité devant les charges publiques.

Par suite, les dispositions contestées méconnaissent l'article 13 de la Déclaration de 1789.

6. Absence de droit au recours.

Le droit au recours est un principe général à valeur constitutionnelle applicable à de nombreuses situations, contentieuses et non contentieuses, par exemple au titre de recours administratif auprès d'une autorité publique ou au titre de recours juridictionnel. Il est fondé sur la « garantie des droits », expression employée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 selon laquelle « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

Le Conseil constitutionnel raisonne, à propos du droit au recours juridictionnel, en vérifiant « qu'il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer un recours » (n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, § 4 et 5), considérant également que « le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi

substantielle au droit à un recours juridictionnel » (n° 96-373 DC, 9 avril 1996, § 85, à propos de l'absence de droit au recours juridictionnel contre des délibérations de l'assemblée territoriale de Polynésie française).

En l'espèce, l'article 41 n'organise aucun type de recours, ni administratif devant une autorité administrative, déconcentrée ou décentralisée, ni juridictionnel devant un juge. L'absence de tout recours, spécialement juridictionnel, laisse les propriétaires comme les destinataires du transfert autoritaire de propriété sans aucune possibilité de contestation, violant ainsi le droit au recours, juridictionnel comme non juridictionnel. Cette absence de respect du droit au recours rend l'article 41 de la loi contraire à la Constitution.

A tout le moins, le Conseil constitutionnel pourrait énoncer une réserve d'interprétation constructive indiquant que les personnes concernées peuvent toujours exercer leur droit au recours, tant devant une autorité administrative que devant une autorité juridictionnelle.

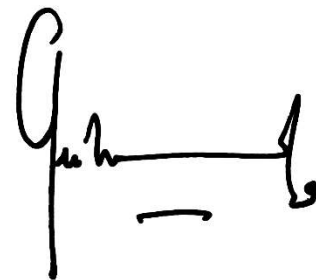
o

o o

Le soussigné a établi cette Consultation à la demande de la Société Orange SA en vue d'une saisine potentielle du Conseil constitutionnel concernant l'article 17 *ter* devenu l'article 41, dans sa rédaction définitive, de la loi de simplification de la vie économique.

Pour l'ensemble des raisons énoncées dans la présente Consultation, et par ces motifs et tous autres à déduire ou suppléer même d'office, le Conseil constitutionnel devra déclarer contraire à la Constitution l'article 17 *ter* devenu l'article 41 de la loi de simplification de la vie économique.

Le 21 avril 2026.



Guillaume DRAGO

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas