

9^e Congrès français de droit constitutionnel

Lyon, 26, 27 et 28 juin 2014

Proposition de communication orale

Marie-Laure Dussart

***D'une liberté personnelle à la garantie d'un ordre économique :
La mutation de la liberté d'entreprendre.***

Le contentieux de la QPC aurait-il transformé la liberté d'entreprendre en un nouveau Janus au double visage, l'un tourné vers le passé et la tradition, l'autre vers le futur et la modernité ? Norme de référence peu opérante jusqu'au début des années 2000, la liberté d'entreprendre qui découle, depuis la grande décision *Nationalisations*, de l'article 4 de la Déclaration de 1789, a trouvé de riches perspectives dans l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Sans que la chose ne soit particulièrement visible en première analyse, la garantie constitutionnelle de la liberté d'entreprendre a profondément évolué au fil des décisions QPC rendues. Sans modifier un considérant de principe solidement enraciné dans sa jurisprudence depuis le début des années 2000¹, le Conseil constitutionnel a effectivement enrichi la notion même de liberté d'entreprendre et la nature de sa protection. Régulièrement conduit à mobiliser une liberté retenant de plus en plus la faveur des requérants, le Conseil constitutionnel a ainsi accompagné ce développement quantitatif d'une évolution notable de la garantie qu'il lui réserve. Héritée sans doute de la jurisprudence du Conseil d'État, la principale nouveauté du contrôle tient à ce que le Conseil constitutionnel inclut désormais dans le champ de la liberté d'entreprendre l'examen du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

¹ La mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité apparaîtra au début des années 2000 avec les décisions n° 2000-436 DC du 7 déc. 2000, *SRU*, *Rec.* p. 176, note L. FAVOREU, *D.*, 2001, n° 23, pp. 1840-1841, note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *RFDC*, 2001, n° 46, pp. 346-353 ; n° 2000-439 DC du 16 janv. 2001, *Archéologie préventive*, *Rec.* p. 42, cons. 15, note E. FATÔME, *AJDA*, 2001, pp. 222-225 ; note V. BERNAUD, *RFDC*, 2001, n° 46, pp. 360-365. Pour une application récente du considérant de principe : Cons. const. déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Rec.* p. 259, note V. BERNAUD, *RFDC*, n° 92, 2012, pp. 866-869 ; déc. n° 2013-318 QPC du 7 juin 2013, *JO* du 9 juin 2013 p. 9630, note R. FRAISSE, *RJEP*, n° 714, 2013, pp. 27-31 : « *Considérant que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il est toutefois loisible au législateur d'apporter à cette liberté 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* ».

« *Nébuleuse aux contours mal définis* »², la liberté d'entreprendre connaît une place particulière au sein des droits fondamentaux. Consacrée en 1982 afin, les archives du Conseil sont explicites, de poser certains « *garde-fous* »³ aux réformes économiques du premier gouvernement socialiste, elle apparaît souvent comme l'un des gardiens du système économique libéral. On a d'ailleurs régulièrement appréhendé cette liberté comme un prolongement naturel de la propriété⁴, voire comme un concept juridique garant de l'économie de marché. En faisant « *découler* »⁵ la liberté d'entreprendre de l'article 4 de la Déclaration de 1789, et non de ses articles 2 et 17, le Conseil constitutionnel refusa toutefois de s'engager dans cette voie, sans jamais se prononcer vraiment sur la force du lien qui unit cette liberté à la personnalité. Et cette distinction ambiguë entre liberté économique/liberté personnelle, jamais parfaitement réglée, se retrouve aujourd'hui tout entière dans le contentieux de la QPC.

La mutation contemporaine de la liberté d'entreprendre tient à ce que le juge constitutionnel semble désormais considérer par le chemin de cette liberté, non simplement la situation personnelle des individus, mais le fonctionnement même du marché dans la présence des personnes publiques à la vie économique. L'évolution est ici, qui consiste à doter désormais une liberté personnelle d'une dimension organisationnelle inédite. Le contentieux de la QPC, relayé par les "commentaires" aux *Cahiers*, fait ainsi apparaître une liberté d'entreprendre désarticulée désormais en deux branches distinctes. D'une part, et classiquement, le Conseil constitutionnel contrôle le respect de la liberté de l'individu d'agir dans la vie économique. D'autre part, et de manière plus surprenante, le Conseil examine désormais le respect de la liberté du commerce et de l'industrie. On sait que cette dernière et la liberté d'entreprendre sont relativement « *similaires* »⁶ en tant que garanties du libre choix des activités professionnelles. Les deux libertés se séparent ensuite, la liberté du commerce et de l'industrie connaissant, elle, un second volet, énoncé avec éclat dans la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, garantissant le principe initiative privée par rapport aux interventions des personnes publiques dans l'économie⁷. Paradoxalement, c'est au moment où ce second volet est fondamentalement affaibli dans la jurisprudence du Conseil d'État qu'il fait

² J.-P. THÉRON, « À propos de la liberté d'entreprendre », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Montpellier, CERAM, 1984, p. 677.

³ R. FREY, Arch. Cons. const., séance du 21 déc. 1981 (déc. n° 81-132 DC, *Nationalisations*), p. 14.

⁴ Dans sa thèse Véronique DELVOLVÉ considère que la liberté d'entreprendre est fondée sur le droit de propriété (V. DELVOLVÉ, *La liberté d'entreprendre*, th. dact. dr., Paris II, 2002, pp. 195-200). Cf aussi. J. TRÉMEAU, « Propriété. Fondement constitutionnel du droit de la propriété », *JCl. civ.*, 2009, n° 14 ; G. CARCASSONNE, « La liberté d'entreprendre », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2010, n° 55, n° spéc., p. 45.

⁵ Vingt ans après l'apparition de la liberté d'entreprendre, le Conseil confirme son rattachement à l'article 4 de la Déclaration de 1789. Cons. const., déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi Aubry*, *Rec.* p. 258, cons. 3, note N. MOLFESSIS, *RTDciv.*, 1998, n° 3, pp. 796-803 ; note L. FAVOREU, *Dalloz*, 2000, p. 60.

⁶ V. DELVOLVÉ, *La liberté d'entreprendre*, *op. cit.* p. 388.

⁷ CE, sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n° 06781, *Leb.* p. 583, GAJA n° 43, p. 266 ; *RDP* 1930, p. 530, concl. Josse.

son apparition dans la jurisprudence constitutionnelle. L'exigence d'une carence de l'initiative privée, déjà raillée par Jean RIVÉRO⁸, apparaissait depuis longtemps comme une « *pure clause de style* »⁹. Elle sera définitivement privée d'effet dans une décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*, à l'occasion de laquelle l'Assemblée du Conseil d'État reviendra sur les conditions d'intervention des personnes publiques dans l'économie¹⁰. On sait en effet que le Conseil d'État ne se fait plus juge de la « *légitimité* »¹¹ de l'action économique des personnes publiques et se consacre essentiellement à l'examen des *modalités* de cette action. Les opérateurs publics doivent respecter le « *bon vieux principe d'égalité* »¹² pour relayer le mot de Didier CASAS, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas profiter de leur situation privilégiée pour fausser le libre jeu de la concurrence. Si le Conseil d'État aime encore à « *pavaner* »¹³ le principe de liberté du commerce et de l'industrie, le respect de ce principe n'a plus rien de contraignant : il exige seulement que les personnes publiques voulant accéder au marché justifient d'un intérêt public et ne leur interdit finalement que « *d'exercer une activité qui, parce qu'elle est totalement étrangère à l'intérêt général, ne peut l'être par une personne publique* »¹⁴. La portée *structurante* du principe a entièrement disparu, et avec elle l'idée d'une autonomie de la vie économique, d'une sphère de la société soustraite en principe à l'action publique.

Poussé de plus en plus à se mettre à l'heure du marché, le juge constitutionnel, figurant au nombre des « *dernières hautes juridictions à ignorer l'analyse économique* »¹⁵, a pourtant fait le choix de se moderniser en ajoutant à la liberté d'entreprendre un volet économique. La liberté d'entreprendre n'apparaît donc plus comme une simple déclinaison de la liberté individuelle, comme une seule liberté « *d'activité* », qui « *procède* »¹⁶, comme le montrait HAURIOU dès 1900, de ce qu'il nommait alors la liberté « *générale* » de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Elle est désormais dotée d'une dimension économique qui permet principalement au juge, non pas de se prononcer directement sur

⁸ J. RIVÉRO, « Le juge administratif un juge qui gouverne », *D.*, chr., 1951, pp. 21-24.

⁹ D. LOCHAK, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA*, 1971, p. 261.

¹⁰ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, *Leb.* p. 272,

¹¹ CE, *Rapport public 2002*, Paris, La Doc. fr., coll. « EDCE », n° 53 (*Collectivités publiques et concurrence*), p. 264. Il n'est pas inutile de donner à lire l'opinion qui était encore celle du Conseil d'État en 2002 : « *l'intervention des personnes publiques sur un marché ne peut être régie par le seul principe de libre concurrence. Elle doit répondre à une réelle légitimité, comme tendent à la faire prévaloir les principes traditionnels notamment celui de la liberté du commerce et de l'industrie* ».

¹² D. CASAS, concl. sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *RFDA*, 2006, p. 1051.

¹³ M. LOMBARD, « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : pavane pour une infante défunte », *RJEP*, 2011, n° 2, pp. 1-2.

¹⁴ G. PELLISSIER, « Création et dévolution des services publics locaux », *RJEP*, n° 678, 2010, comm. 44, pp. 30-35.

¹⁵ G. CLAMOUR, « La "concurrence" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », communication au VI^e congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 2005, p. 5.

¹⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose, 4^e éd., 1900, p. 72.

l'atteinte au principe de libre concurrence, mais de vérifier, plus spécifiquement, le bien-fondé de l'action des personnes publiques dans l'économie. Sans doute un tel contrôle n'a-t-il concerné pour l'heure qu'un nombre restreint de situations, et il est pour cette raison trop tôt d'y voir déjà une transformation de l'office du juge constitutionnel. Sans doute aussi ce nouveau contrôle, très présent dans les premières QPC rendues, paraît s'estomper aujourd'hui. Mais l'évolution est bien là, qui consiste à rapprocher de plus en plus la constitutionnalité de la garantie du marché. Devant la Constitution, le libre jeu de la concurrence sur un marché semble ainsi devenir la règle, et le monopole l'exception. L'évolution contemporaine de la liberté d'entreprendre interroge de cette manière la possible existence en droit constitutionnel de « libertés économiques », qui « *ne sont pas des libertés individuelles comme les autres* »¹⁷. Il y a bien quelques doutes à nourrir ici, une méfiance aussi.

L'argument le plus fort de cette mise en garde veut montrer que la matière économique ne peut et ne doit pas être abordée en droit constitutionnel comme elle l'est en droit administratif. Il ne faut pas voir dans ce qui apparaît à première vue comme un gage de modernité le signe d'un progrès pour la garantie des droits. Car, aussi séduisante que puisse sembler l'idée de promouvoir une garantie institutionnelle, une telle idée comporte toujours le risque de faire prévaloir cette garantie sur la liberté individuelle. Pas plus que de toute chose, l'économie ne peut pas être la fin du contrôle de constitutionnalité. Et c'est donc en réalité à la fois à contretemps (§I), et finalement comme un contresens (§II) que cette mutation de la liberté d'entreprendre peut se comprendre.

§I- Un contretemps : la dimension économique de la liberté d'entreprendre

Les questions économiques ont définitivement pénétré le prétoire du juge constitutionnel. À travers la question du monopole, plusieurs décisions ont clairement témoigné du développement d'un contrôle de l'action des personnes publiques dans l'économie. Si le principe d'un tel contrôle peut se comprendre, son exercice est pénalisé d'un double contretemps. Contretemps, d'abord, vis-à-vis de la jurisprudence du Conseil d'État, dont le Conseil constitutionnel, tout en s'en inspirant, n'a manifestement pas perçu l'évolution depuis au moins 2006 et la décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Contretemps, surtout, parce que, pris dans sa première erreur, occupé à la travailler, le Conseil constitutionnel ne donne pas à la liberté d'entreprendre la trajectoire qui devrait être la sienne. Affaiblie par sa nouvelle fonction économique (A), la liberté d'entreprendre n'offre ainsi qu'une protection insuffisante à l'individu dans la vie économique (B).

¹⁷ J.-J. BIENVENU, « La liberté de la concurrence est-elle effective ? Droit communautaire et droit français », in G. Drago et M. Lombard, (dir.), *Libertés économiques, op. cit.*, p. 123.

A- Un affaiblissement dans la lutte contre les monopoles

Peu à peu, le Conseil constitutionnel semble considérer par le chemin de la liberté d'entreprendre, non la situation des individus, mais principalement la structure économique qui leur est imposée par la loi. L'on voit ainsi le Conseil, derrière le « *principe de liberté d'entreprendre* », apprécier plus qu'il ne l'avait jamais fait les situations de monopole, en vérifiant par exemple qu'elles sont justifiées par une exigence de valeur constitutionnelle¹⁸, ou en constatant que leur suppression « *favorise la libre concurrence* »¹⁹. La décision *ZETurf* du 3 décembre 2010 révèle mieux que les autres la force de ce glissement. On sait en effet que l'organisation des paris hippiques n'est pas libre, puisqu'elle nécessite un agrément du ministre de l'Agriculture, et qu'elle est de fait réservée depuis toujours à une société unique (le PMU). Si le Conseil n'a pas directement contrôlé le monopole qui en résultait ici, il a en revanche apprécié la situation monopolistique en la regardant comme une « *limitation* » apportée à la liberté d'entreprendre. On peut comprendre que les professeurs LOMBARD et NICINSKI aient pu apercevoir un « *enrichissement* »²⁰ de la liberté d'entreprendre, qui semble viser désormais le « *fonctionnement du marché dans son ensemble* »²¹. Faut-il donc en déduire que devant la Constitution, « *le principe est le libre jeu de la concurrence sur un marché et le monopole l'exception* »²² ?

La décision *Bargibant* du 22 juin 2012 vient indéniablement renforcer ce sentiment. Le juge constitutionnel a en effet contrôlé pour la première fois explicitement « *l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole* »²³ confié par la loi à un opérateur privé. Pour mieux saisir ce glissement, on devra noter que le Conseil constitutionnel en a lui-même concédé l'existence au "commentaire" d'une décision *Storms* rendue le 30 novembre suivant²⁴. Ainsi donc, « *sans le dire expressément, [le Conseil] inclut la liberté du commerce et de l'industrie dans le champ de la liberté d'entreprendre* »²⁵. Rendant compte de sa

¹⁸ Cons. const., déc. n° 2010-55 QPC du 18 oct. 2010, *Madi*, *Rec.* p. 291, cons. 13, note M. LOMBARD, *AJDA*, 2011, n° 12, pp. 652-654.

¹⁹ Cons. const., déc. n° 2010-102 QPC du 11 fév. 2011, *Le Normand de Bretteville*, *Rec.* p. 119, cons. 5, note D. SYMON, *Europe*, 2011, n° 3, p. 5 ; note M. GUYOMAR, *Gaz. pal.*, 9 févr. 2011, n° 40-41, pp. 17-20 (pour la déc. de renvoi).

²⁰ S. NICINSKI, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives » (note sous CE, 23 mai 2012, n° 348909, *RATP*), *RFDA*, 2012, pp. 1184-1185.

²¹ M. LOMBARD, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2011, p. 654.

²² *Ibid.*, p. 654.

²³ Cons. const., déc. n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012, *op. cit.*, cons. 8.

²⁴ Cons. const., déc. n° 2012-285 QPC du 30 nov. 2012, *Storms*, *Rec.* p. 636, note F. HOFFMAN, *DA*, 2013, n° 2, pp. 21-24 ; note M. DISANT, *Gaz. Pal.*, 2013, n° 97-99, pp. 21-22.

²⁵ L'influence vient sans doute du Conseil d'État qui, dans une ordonnance de référé du 12 nov. 2001, qualifiait la liberté du commerce et de l'industrie de « *composante de la liberté fondamentale d'entreprendre* » (CE, 12 nov. 2001, *Cne de Montreuil-Bellay*, n° 239840, *Leb.* p. 551 ; note M. LOMBARD, *Dr. adm.*, 2002, comm. 41). Postérieurement à la décision *Bargibant*, le Conseil d'État estimera par exemple que la liberté du commerce et de l'industrie « *découle* » de la liberté d'entreprendre (CE, 22 mai 2013, *ASL REMANA*, n° 366750, *Contr. & marchés publ.*, 2013, n° 7, p. 28, note G. ECKERT).

décision *Bargibant*, le juge constitutionnel signifie en ce sens qu'il « *examine, au titre de [la liberté d'entreprendre] les griefs fondés sur [la liberté du commerce et de l'industrie]* »²⁶. Le Conseil constitutionnel a ainsi apprécié le bien-fondé d'un monopole d'exploitation, accordé par une loi du pays à un EPIC chargé d'une mission de service public, sur le fondement du principe de liberté du commerce et de l'industrie, désormais contenu dans la liberté d'entreprendre. S'appropriant les vieux standards du juge administratif, au point de croire peut-être que la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* n'est pas morte, le Conseil constitutionnel justifie la conformité même de ce monopole en référence, d'une part, aux « *particularités* » de la Nouvelle-Calédonie et, d'autre part, aux « *besoins d'approvisionnement du marché local* ». On pourra estimer avec le professeur LE BOT que pour le juge, la constitutionnalité du dispositif tient à ce que « *l'initiative privée ne serait pas en mesure de satisfaire la demande des consommateurs néo-calédoniens* »²⁷.

C'est donc moins sur le fondement d'une liberté *individuelle* d'entreprendre qu'est rendue cette décision que, sur l'exemple du juge administratif, d'après une considération d'opportunité économique. Plutôt que de faire peser sa garde sur l'atteinte possiblement portée à la liberté individuelle par le monopole, le Conseil constitutionnel a *justifié* l'intervention économique de l'organisme public sur le fondement de l'intérêt général. En acceptant de contrôler un monopole au regard de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel, donnant crédit aux critiques qui lui sont faites, cherche manifestement à faire de cette liberté un « *vecteur de protection de l'égalité concurrence sur le marché* »²⁸.

B- Un appauvrissement de la protection de l'individu

Poussé par la doctrine comme par la concurrence des juges à ne plus négliger les questions économiques, le Conseil constitutionnel a donc fait le choix de compléter la liberté d'entreprendre d'un volet économique. Mais y a-t-il nécessairement là un progrès ? Remarquée, attendue, cette transformation n'avait pourtant rien d'utile dès lors que la seule garantie individuelle de la

²⁶ C'est la position que soutenait le professeur GUIBAL : « *s'il est vrai que théoriquement, liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie ne sont pas des notions remplaçables l'une par l'autre, il est vrai aussi que la décision du Conseil aurait infiniment moins d'intérêt et, surtout, serait incompréhensible si l'on ne procédait pas à la traduction du premier terme (liberté d'entreprendre) par le second (la liberté du commerce et de l'industrie)* » (M. GUIBAL, « Commerce et industrie », *Encyclopédie Dalloz, Com.*, 2003, n° 45, p. 8). De manière relativement isolée, dans une décision 17 juillet 2003, le Conseil constitutionnel avait indiqué que la définition du « *critère de délivrance des autorisations d'exploitation [...] qui vise à limiter les positions dominantes, n'est pas contraire au principe de liberté du commerce et de l'industrie* » (Cons. const., déc. n° 2003-474 DC du 17 juil. 2003, *Loi de programme pour l'Outre-mer*, *Rec.* p. 389, note F. LUCHAIRE, *RDP*, 2003, n° 6, pp. 1789-1801).

²⁷ O. LE BOT, « Les limites très lâches de la liberté d'entreprendre (à propos du monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie) », *Constitutions*, 2013, p. 638.

²⁸ A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *RJEP*, 2004, n° 4, p. 5.

liberté d'entreprendre constituait un instrument efficace pour faire évoluer la jurisprudence constitutionnelle en matière économique. Le juge constitutionnel n'a pas suffisamment exploité la richesse des outils qui étaient à sa disposition en ne poussant pas assez loin la protection de la liberté d'entreprendre. Telle qu'elle résulte pourtant d'une systématisation du contrôle de constitutionnalité, la pauvreté du domaine protégé par le juge constitutionnel doit être relevée. L'essentiel de cette protection fut balisé dans une décision *Storms* rendue en 2012, par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé de la liberté d'entreprendre qu'elle comprenait « *non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* »²⁹. Sont donc protégés tout à la fois le libre accès à une activité et la liberté dans l'exercice de cette activité³⁰. Il apparaît toutefois que ces deux faces, qui n'emportent pas les mêmes conséquences, ne sont ni parfaitement différenciées, ni également protégées.

Contrairement au juge constitutionnel allemand, le Conseil constitutionnel ne garantit en effet qu'un libre accès à l'activité, qui s'apparente à une simple égalité juridique dans les conditions objectives ou subjectives établies par la loi. De son côté, en effet, la Cour constitutionnelle fédérale allemande regarde de longue date la liberté de profession, inscrite à l'article 12 I de la Loi fondamentale, comme une « *expression particulière du droit plus vaste, garanti à l'article 2 I LF, au libre épanouissement de la personnalité* »³¹. Prolongeant les mots de la jurisprudence *Pharmacies*, sa décision *Cogestion* lui permettra d'être plus éloquente encore, en jugeant que le « *travail* » est compris devant la Constitution « *dans sa relation avec la personnalité de l'être humain, pris dans sa totalité, qui ne peut donc se réaliser et s'accomplir totalement que lorsqu'il se consacre à une activité qui est pour lui à la fois le centre et l'assise de sa vie, et par laquelle il apporte en même temps sa contribution à l'effort social [...]. En tant que "profession", le travail a pour tous la même valeur et la même dignité* »³². En regardant, comme le fait la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'accès à une profession comme l'expression d'un *libre choix*, profondément intime, c'est-à-dire éminemment personnel, attaché à l'individu des droits fondamentaux, le juge français aurait les moyens de donner enfin son plein effet à l'article 4 de la Déclaration dans le domaine économique. Sur le

²⁹ Cons. const., déc. n° 2012-285 QPC du 30 nov. 2012, *Storms*, JO du 1^{er} déc. 2012, p. 18908, cons. 7, note F. HOFFMAN, *Dr. adm.*, 2013, n° 2, pp. 21-24 ; note M. DISANT, *Gaz. Pal.*, 2013, n° 97-99, pp. 21-22.

³⁰ Comme le souligne M. Arnaud SÉE, cette protection est conforme aux définitions données par le Conseil d'État (CE, ord., 26 avril 2002, *Sté Saria Industrie*, *Rec.* p. 155) et la Cour de justice de l'Union (CJCE, 13 déc. 1979, aff. 44/79, *Liselotte Hauer*, pt. 32, *Rec.* p. 3727), A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *op. cit.*, p. 4).

³¹ BVerfG, 30 oct. 1961, *op. cit.*, BVerfGE 13, 181, p. 185.

³² BVerfG, 1^{er} mars 1979, *op. cit.*, BVerfGE 50, 290, p. 363. Le débat allemand peut être rapproché du cas espagnol. Consacrée à l'article 38 de la Constitution, la liberté d'entreprise « *reconnue dans le cadre de l'économie de marché* » est appréhendée comme un droit subjectif, un droit de liberté ou d'autonomie (L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 91).

seul fondement de l'article 12 LF en effet, la Cour de Karlsruhe a pu déclarer inconstitutionnelles des mesures restreignant le libre choix d'une profession sans justifications suffisantes. Ce fut le cas bien sûr dans la célèbre affaire des *Pharmacies*, à l'occasion de laquelle la Cour avait déclaré contraires à la liberté de profession les *numerus clausus* appliqués aux officines pharmaceutiques. L'établissement de conditions objectives d'accès à une profession, ajouté à celui de conditions subjectives de diplômes, ne peut être justifié que dans des circonstances graves et pas, comme le résume le professeur AUTEXIER, par le « *seul souci de malthusianisme d'un groupe professionnel* »³³.

La QPC rendue le 11 février 2011 est de ce point de vue à la fois novatrice et très ambiguë pour le droit constitutionnel français³⁴. Au visa de l'article 16 de la Déclaration de 1789, le requérant contestait en effet la suppression du privilège professionnel dont jouissaient jusqu'en 2001 les courtiers interprètes et conducteurs de navire, en faisant valoir l'existence à son profit d'une situation légalement acquise³⁵. Il ne fait pas de doute, comme le Conseil l'avait déjà jugé en janvier 2001, que la volonté de mettre le droit national en conformité avec un règlement communautaire constituait un motif d'intérêt général suffisant pour affecter une situation légalement acquise. Simplement, on peut s'étonner que le Conseil constitutionnel se soit contenté d'observer en outre que, logiquement, une telle suppression « *tendait également à favoriser la libre concurrence et la liberté d'entreprendre* »³⁶. En réalité, cette suppression n'était-elle pas, plus que bienvenue, véritablement nécessaire pour que soit pleinement respectée la liberté qui préside au choix d'une profession ? La suppression d'un monopole ne tend pas simplement à « *favoriser la libre concurrence et la liberté d'entreprendre* », que le juge semble regarder encore comme un mode d'organisation de l'économie qui aurait ses faveurs. Elle tend bien plus à *prévenir* la violation d'une liberté d'activité.

C'est donc en faveur du libre *exercice* de l'activité que la jurisprudence française est la plus développée, à tel point en réalité que certains auteurs ont pu voir dans la liberté d'entreprendre une liberté de l'entrepreneur³⁷, voire plus généralement encore une « *liberté de gestion de l'entreprise* »³⁸. C'est dans cet

³³ Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, coll. « droit fondamental », 1997, p. 136.

³⁴ Cons. const., déc. n° 2010-102 QPC du 11 fév. 2011, *Le Normand de Bretteville*, JO du 12 fév. 2011, p. 2759, note M. GUYOMAR, *Gaz. pal.*, 2011, n° 40-41, pp. 17-20.

³⁵ Même si la disposition législative avait été déjà contrôlée dans le cadre du contrôle *a priori* (Cons. const., déc. n° 2000-440 DC du 10 janv. 2001, *op. cit.*), la QPC a été déclarée recevable, l'article 1^{er} de la loi ayant été examiné dans les motifs de la décision sans l'être dans son dispositif.

³⁶ Cons. const., déc. n° 2010-102 QPC du 11 fév. 2011, *op. cit.*, cons. 5.

³⁷ A. CAPITANI, *Les libertés de l'entrepreneur. Recherches sur la protection constitutionnelle des droits et libertés à caractère économique (aspects de droit comparé espagnol, français et suisse)*, thèse dact., Aix-en-P^{ce}, 2008, 410 p. ; V. DELVOLVÉ, *La liberté d'entreprendre*, th. Paris II, 2002, 556 p.

³⁸ S. NICINSKI, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », *RFDA*, 2012, n° 6, p. 1184.

élan que le juge a ainsi reconnu la possibilité de choisir ses collaborateurs³⁹, de licencier un salarié protégé lorsque ce dernier n'avait pas fait état de son statut⁴⁰, de licencier sans attendre nécessairement que la pérennité de l'entreprise soit en cause⁴¹, de fixer ses tarifs⁴² ou, même, de recourir à de la publicité commerciale⁴³. Et c'est encore en s'attachant à une forme d'exercice et de jouissance que la liberté d'entreprendre sera associée aussi à la libre disposition de son bien par le propriétaire⁴⁴. Dans l'intervalle, c'est toute la question, non pas seulement de l'accès à une profession, mais fondamentalement du choix de cette profession qui se trouve délaissée. C'est en ce sens que l'approfondissement dont la liberté d'entreprendre est l'objet conduit, paradoxalement, à l'affaiblissement de sa fonction et à l'appauvrissement de son domaine.

§II- Un contresens : les risques d'une mutation

Il semble ainsi que la carence du marché soit en mesure de fonder la constitutionnalité. Le pas franchi est considérable, et le Conseil constitutionnel, qui n'a pourtant ni les moyens ni pour fonction d'exercer un contrôle économique, ne semble pas voir tout ce que ce pas a de périlleux. L'argument le plus fort de cette mise en garde veut montrer que la matière économique ne peut et ne doit pas être abordée en droit constitutionnel comme elle l'est devant le juge administratif, les autorités de régulation ou même l'Autorité de concurrence. En réalité, le contrôle du Conseil constitutionnel ressort altéré de ce glissement d'une liberté à un principe économique, de ce passage du subjectif à l'objectif. Plutôt que réserver sa garde à l'atteinte possiblement portée par le monopole à la liberté d'entreprendre, le juge constitutionnel se retrouve à travailler les justifications de l'activité économique des personnes publiques. Il semble ainsi que, ressuscitant les vieux standards de la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, la carence de l'initiative privée sur un marché retienne aujourd'hui l'attention du juge constitutionnel.

Il ne s'agirait pas en effet, comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a montré, que les droits fondamentaux soient dotés par principe

³⁹ Cons. const., déc. n° 88-244 DC du 20 juil. 1988, *Loi portant amnistie*, *Rec.* p. 124, note P. WACHSMANN, *AJDA*, 1988, p. 752.

⁴⁰ Cons. const., déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie*, *Rec.* p. 259, note V. BERNAUD, *RFDC*, 2012, n° 92, pp. 866-869 ; note C. RADÉ, *Constitutions*, 2012, n° 3, pp. 459-463.

⁴¹ Cons. const., déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, *Modernisation sociale*, cons. 43-50, *Rec.* p. 49, note G. CARCASSONNE, *Dr. soc.*, 2002, n° 3, pp. 254-257, note L. GAY, *RFDC*, n° 50, 2002, pp. 422-438, note B. MATHIEU, *Petites aff.*, 2002, n° 191, pp. 15-22.

⁴² Cons. const., déc. n° 90-287 DC du 16 janv. 1991, *Santé publique*, *Rec.* p. 24, cons. 21, note L. FAVOREU, *RFDC*, 1991, p. 293, note X. PRÉTOT, *RDSS*, 1991, p. 246.

⁴³ Cons. const., déc. n° 90-283 DC du 8 janv. 1991, *Loi Évin*, *Rec.* p. 11, note P. WACHSMANN, *AJDA*, 1991, p. 382 ; note L. FAVOREU, *RFDC*, 1991, p. 293.

⁴⁴ Cons. const., déc. n° 2000-436 DC du 7 déc. 2000, *op. cit.*, cons. 20.

d'une dimension institutionnelle pour que leur garantie serve, en réalité, moins la protection de l'individu qu'un ordre économique particulier, dont la Constitution ne porte aucune trace. L'invitation faite au Conseil constitutionnel de juger, non pas seulement des effets d'une loi sur les droits individuels, mais, à partir de cette loi, le *fonctionnement* même du marché et de l'action des personnes publiques, véhicule avec elle une certaine idée de l'État, et l'engage à formuler implicitement une décision sur le genre et la forme de la vie économique, alors que cette décision, éminemment politique dans son objet, appartient au Parlement, arbitre des rapports sociaux. Ne cherche-t-on pas au fond, sur le motif d'une modernité et du développement du droit constitutionnel français, à détourner le Conseil constitutionnel de son office de gardien des droits fondamentaux ? Ne veut-on pas en définitive projeter sur le droit constitutionnel la logique économique du droit de l'Union ? On le redira : il n'y a aucun progrès juridique à voir le Conseil constitutionnel promouvoir dans le silence de la Constitution un ordre économique, la libre concurrence, pour soustraire finalement à la représentation de la société, le Parlement, la responsabilité de ce choix. Il n'y a rien à gagner à ce que le Conseil constitutionnel s'écarte plus qu'il ne le fait déjà, comme cette décision *Bargibant* le montre, de la fonction défensive des droits fondamentaux, indépassable dans un État de droit, et de la dimension subjective du contentieux constitutionnel, encore trop ignorée de la France. Aussi séduisante que puisse paraître l'idée de promouvoir une garantie institutionnelle, une telle idée comporte toujours le risque de faire prévaloir cette garantie sur la liberté individuelle. Le dessein de Carl SCHMITT n'était pas différent au moment pour lui de promouvoir la notion, pour faire jouer les garanties institutionnelles « *contre les "droits de liberté" en instaurant une hiérarchisation à leur profit* »⁴⁵.

⁴⁵ O. BEAUD, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, op. cit., pp. 90-91.