

Atelier A

DUSSART Marie-Laure, Docteur, qualifiée aux fonctions de maître de conférences, chargée d'enseignement à l'Université d'Aix-Marseille

Candidate au Prix Louis-Favoreu

Titre

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

Résumé

Le contentieux de la QPC aurait-il transformé la liberté d'entreprendre en un nouveau Janus aux deux visages, 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. À côté de la traditionnelle garantie d'une liberté personnelle d'accès et d'exercice d'une activité économique, la liberté d'entreprendre se dote implicitement au fil des décisions d'une dimension organisationnelle inédite. Et, de plus en plus, le Conseil constitutionnel semble considérer par le chemin de cette liberté, non la situation personnelle des individus, mais le fonctionnement même du marché dans la présence des personnes publiques à la vie économique.

Le contentieux de la QPC témoigne de ce glissement. L'on voit ainsi le Conseil, derrière ce qu'il nomme le « *principe* » de liberté d'entreprendre, apprécier plus qu'il ne l'avait jamais fait les situations de monopole, qu'il regarde comme des « *limitations* »(1) ou des « *atteintes* » (2) apportée à la liberté d'entreprendre, en vérifiant par exemple qu'elles sont justifiées par une exigence de valeur constitutionnelle (3), ou en constatant que leur suppression « *favorise la libre concurrence* » (4).

Influencé sans doute par la jurisprudence du Conseil d'État, 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. Les dernières décisions rendues montrent en effet que la liberté d'entreprendre exprime désormais l'exigence d'une libre concurrence, laquelle permet essentiellement au Conseil constitutionnel de vérifier le bien-fondé de l'action économique des personnes publiques. De la même manière qu'en droit administratif, devant la Constitution, le libre jeu de la concurrence sur un marché doit-il être la règle et le monopole l'exception ?

En réalité le contrôle du Conseil constitutionnel ressort biaisé 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 fonde la constitutionnalité.

Le pas franchi est considérable, et le Conseil constitutionnel, qui n'a ni les moyens ni pour fonction d'exercer un contrôle économique, ne semble pas voir tout ce que ce pas a de périlleux. C'est donc à la fois comme un contre temps et un contre sens que ce pas doit se comprendre. 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.

- (1) Cons. const., déc. n° 2010-73 QPC du 3 déc. 2010, Sté ZEturf Limited, Rec. p. 356, cons. 13.
- (2) Cons. const., déc. n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012, Ét. Bargibant S.A., Rec. p. 308, cons. 8.
- (3) Cons. const., déc. n° 2010-55 QPC du 18 oct. 2010, Madi, Rec. p. 291, cons. 13.
- (4) Cons. const., déc. n° 2010-102 QPC du 11 fév. 2011, Le Normand de Bretteville, Rec. p. 119, cons. 5.