



HAL
open science

La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux. Revue de droit du travail, 2007, 1, pp.19-25. hal-01665273

HAL Id: hal-01665273

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01665273v1>

Submitted on 15 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux

Véronique Champeil-Desplats, Professeur à l'Université de Paris X Nanterre

Les libertés économiques et, parmi elle, la liberté d'entreprendre gagnent en importance dans les ordres juridiques contemporains. Aux dires de beaucoup, elles sont devenues fondamentales. Pourtant, une telle qualification ne va pas de soi. Elle relève d'un effort de construction, impliquant parfois une torsion de la notion de droit fondamental. Il est d'ailleurs frappant que le glissement de la notion de « droit de l'homme » vers celle de « droit fondamental », que l'on observe tout particulièrement en France, serve singulièrement une telle construction. Difficiles à appréhender en qualité de droits de l'homme - essentiellement parce qu'elles soutiennent les intérêts des entreprises - les libertés économiques s'accommodent mieux de la qualification de libertés fondamentales. En effet, tandis que l'homme n'est pas un référent nécessaire pour que la notion de « droits fondamentaux » ait un sens, par définition, pour la notion de droit de l'homme, il l'est.

Accepter la fundamentalité des libertés économiques n'est pas anodin. Cette qualité leur confère en effet une prétention à faire obstacle non plus seulement à l'action de l'Etat - conformément à une conception libérale très classique -, mais également à d'autres droits et libertés qui s'inscrivent dans la catégorie traditionnelle des droits de l'homme : dignité, non-discrimination, instruction, santé... « Alors que les libertés économiques et l'économie de marché » ont eu besoin du cadre « des droits de l'homme pour assurer leur fonctionnement et leur développement », « une ligne de tension apparaît dorénavant » qui remet « en cause l'intimité des rapports entre droits de l'homme et économie de marché »¹. Les libertés économiques et les droits de l'homme ne s'allient plus dans une perspective commune de limitation de l'action de l'Etat. Ils s'affrontent au moment précis où ils sont saisis au moyen d'une même catégorie, celle des droits et libertés fondamentaux. (I)

Cette confrontation des libertés économiques avec les autres droits et libertés fondamentaux prend des formes inédites dans des domaines variés (relations de travail², santé³, éducation) dont certains échappaient en grande partie, il y a quelques années encore, à tout appel au marché. Elle peut prendre la forme d'oppositions horizontales directes entre des personnes qui se prévalent des libertés économiques et d'autres qui s'appuient sur les autres droits de l'homme. Elle peut aussi se manifester par une opposition qu'on peut dire « verticale inversée ». Dans ce cas, ce ne sont plus les individus qui opposent leurs libertés, fussent-elles économiques, aux pouvoirs publics mais ces derniers qui opposent des actes normatifs justifiés par des libertés économiques à d'autres droits fondamentaux. Les acteurs économiques peuvent ensuite se prévaloir de ces actes dans des rapports avec d'autres personnes privées.

La promotion des libertés économiques s'accompagne donc d'un décentrage de la problématique libérale traditionnelle qui met en avant le marché comme vecteur de liberté

¹ J.-B. Racine, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme », *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Edition Frison-Roche, 2003, p. 420

² I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Droit Ouvrier*, juillet 2002, p. 343

³ T. Grundlër, *La santé publique face aux droits fondamentaux*, Thèse, Paris X-Nanterre, mai 2006

contre l'Etat vers celle « du marché comme force privative de liberté » des individus⁴. Le problème n'est donc plus seulement celui de l'articulation entre des droits de l'homme conçus dans une perspective civique⁵ ou humaniste commune. Il n'est pas non plus celui de l'articulation des droits avec les intérêts surplombants de l'Etat justifiés en termes d'intérêt général ou d'ordre public qui demeurent, somme toute, l'expression d'exigences civiques ou d'un bien commun. Il devient celui d'un antagonisme entre des conceptions humanistes et civiques, d'une part, et marchandes, d'autre part, de droits et libertés ayant une égale prétention à la fundamentalité.

Plusieurs types de relations entre les libertés économiques et les droits de l'homme peuvent être envisagés, de la prévalence accordée aux premières à celle accordée aux seconds, avec, dans l'intervalle, des formes de conciliation pragmatiques, variées et variables. Le choix d'un type de relations dépend de préférences idéologiques, morales ou politiques. Il aboutit à constituer, à un extrême, un ordre strictement libéral (au sens économique du terme) et marchand et, à l'autre extrême, un ordre humaniste et, dans une certaine mesure, économiquement planifié. Selon les activités considérées et les droits et libertés en cause, plusieurs modes de résolutions des conflits entre les libertés économiques et les droits de l'homme coexistent dans les ordres juridiques contemporains. Toutefois, la montée en puissance des premières face aux seconds est sensible (II).

I. Les libertés économiques : des libertés fondamentales ?

La fundamentalité des libertés économiques prête à discussion. Aussi, pour l'évaluer, il est utile de confronter les libertés économiques aux significations possibles de la notion de droits ou libertés fondamentaux. On en a, ailleurs, isolé quatre⁶. La notion peut être conçue en un sens axiologique (A), formel (B), structurel (C) ou comme un dénominateur commun (D). Dans un sens, comme dans les autres, la fundamentalité des libertés économiques traduit des constructions souvent récentes. Elle n'est ni toujours acquise, ni franchement indiscutable.

A. Les libertés économiques, des valeurs inhérentes à la personne humaine ?

La fundamentalité au sens axiologique renvoie à l'expression de valeurs indispensables à l'humanité. Les droits fondamentaux sont inhérents à l'homme en tant qu'il est homme, et sont nécessaires à l'épanouissement individuel, à la dignité et à l'identité même de l'homme dans la société. Soutenir le caractère fondamental des libertés économiques revient alors à considérer qu'il est inhérent à l'homme d'entreprendre et de se constituer dans des rapports marchands. L'état d'*homo economicus* devient une qualité humaine substantielle qui prétend à une protection équivalente à celle dont bénéficient les autres qualités de l'humanité. Une telle conception suppose d'adhérer, au moins partiellement, à une ontologie libérale au sens économique du terme.

Cette conception de la notion de « droit fondamental » ne rompt pas significativement avec la traditionnelle catégorie de droit de l'homme. Mais, si les deux notions présentent une synonymie, le choix de l'une ou de l'autre n'est pas sans conséquence pour les libertés

⁴ C. Leroy, « Les rapports contemporains entre l'Etat et le Marché : Essai d'interprétation », *Revue de droit administratif*, 1997, n° 293, p. 530

⁵ L. Boltanski, L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991

⁶ V. Champeil-Desplats, "La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français", *Dalloz*, 1995, chr. 323 ; " Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification ", *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lokiec, A. Lyon-Caen (dir.), *Dalloz*, collection Thèmes et Commentaires, 2004, p. 11

économiques. Ce sont en effet ces dernières qui ont sans doute le plus tiré bénéfice de la substitution à l'expression du vocable de « droit de l'homme » (ou de « libertés publiques ») considéré comme plus moderne de « droits fondamentaux ». Alors que les ouvrages de libertés publiques ou de droits de l'homme n'évoquaient qu'occasionnellement les libertés économiques, celles-ci ont une place à part entière dans les ouvrages qui traitent des droits fondamentaux⁷. N'y est sans doute pas étranger le fait que la notion de droit de l'homme ait pour épicerie l'individu en tant qu'entité universelle, et qu'elle ne concerne les personnes morales (notamment les entreprises, principales incarnations de l'*homo economicus*) que par extension, tandis que la notion de « droits fondamentaux » peut d'emblée se rapporter à un grand nombre de sujets (tous les individus) comme se décliner par catégories⁸ : les contribuables, les minorités... et, surtout, les personnes morales⁹. Le glissement terminologique s'accompagne ainsi d'un glissement conceptuel qui contribue à institutionnaliser une extension (l'entreprise est aussi un homme) et une catégorisation (à chacun ses droits fondamentaux) des titulaires de droits fondamentaux. Chaque droit (ou liberté) fondamental catégoriel dispose alors d'une égale prétention à contribuer à la construction de l'homme en tant qu'il est homme. Au terme d'un parfait sophisme, les libertés économiques, fondamentales pour l'entreprise et l'*homo economicus*, prétendent être tout autant fondamentales pour l'homme que d'autres droits et libertés. Il faut, toutefois, pour en être convaincu, admettre le caractère ontologique du mode d'organisation de l'activité économique qui les promeut.

B. Les libertés économiques, au sommet des ordres juridiques?

Au sens formel, les droits sont fondamentaux quand ils se situent au plus haut degré de la hiérarchie d'un ordre juridique, ou font l'objet de mécanismes de garanties spécifiques : protection constitutionnelle ou internationale, recours spéciaux, impossibilité d'affaiblir leur niveau de protection... De ce point de vue, la fundamentalité des libertés économiques et notamment de la liberté d'entreprendre, est aussi récente et qu'imparfaite.

Si, pour certains, la liberté d'entreprendre a toujours implicitement découlé des art. 2, 4, 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et peut s'appuyer sur la solennité du Décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 et de la loi Le Chapelier des 14-17 mars 1791¹⁰, il faut néanmoins attendre la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982¹¹ pour que sa constitutionnalisation soit expresse. Jusqu'alors, le droit de propriété restait au niveau constitutionnel français, -comme dans d'autres ordres juridiques-, le principal relais de l'ordre marchand. Avec la décision de 1982, la liberté d'entreprendre peut dorénavant être qualifiée de fondamentale si l'on admet, comme la majeure partie de la doctrine d'aujourd'hui, que les droits et libertés constitutionnels sont fondamentaux en raison de leur place dans la hiérarchie des normes.

⁷ Voir par exemple, L. Favoreu et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000

⁸ Voir A. Troianiello, « Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Débats*, n° 124, mars-avril 2003, p. 58

⁹ Sur l'extension du principe de libre choix de l'exercice de sa profession au bénéfice des entreprises, voir par exemple en Allemagne, C. Autexier, *Introduction au droit allemand*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 1997, p. 130 et s.

¹⁰ Voir P. Delvolvé, *Droit public de l'Economie*, Dalloz, 1998, p. 105 et s ; J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », *D.* 1984, chr. 1.

¹¹ Décision n° 81-182 DC, du 16 janvier 1982, *rec.* 18

Le Conseil constitutionnel semble avoir franchi un pas supplémentaire dans la décision du 10 juin 1998¹². Il y affirme que parmi les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés, figure[nt] la liberté proclamé à l'art. 4 de la Déclaration dont découle en particulier la liberté d'entreprendre. Si l'on admet que les propriétés d'une catégorie générique se transmettent aux éléments qui la compose (comme semble y inviter le Conseil en conjuguant le verbe « figurer » à la troisième personne du pluriel), la liberté d'entreprendre pour les employeurs et les salariés devient une liberté constitutionnelle fondamentale. Une telle qualification était importante au moment où elle a été énoncée car il lui était associé le bénéfice spécifique de « l'effet cliquet »¹³. Le Conseil constitutionnel semble toutefois s'être détourné de ce mécanisme, ce qui retire tout intérêt à la qualification retenue.

Les juridictions ordinaires participent aussi à la construction de la fundamentalité formelle de droits et libertés. L'art. L. 521-2 du Code de Justice administrative permet au juge administratif, saisi en référé, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre toute mesure nécessaire à la cessation de la violation d'une liberté fondamentale. La liberté d'entreprendre est considérée comme telle depuis une ordonnance du 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*¹⁴. Toutefois sa protection présente des faiblesses qui n'affectent pas d'autres libertés fondamentales, notamment lorsqu'elle est confrontée à des mesures de police ou au régime de la domanialité publique¹⁵.

Le statut de la liberté d'entreprendre présente d'autres ambiguïtés dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi si la première chambre civile a pu qualifier le droit d'exercer une activité professionnelle de liberté fondamentale¹⁶, la chambre sociale s'est référée au « principe fondamental » de la liberté d'entreprendre, et non à la « liberté fondamentale » en tant que telle¹⁷, pour justifier le refus d'intégrer dans le temps de travail effectif des salariés le temps consacré au déplacement des vestiaires aux pointeuses. Une telle qualification marque néanmoins la volonté d'accorder à la liberté d'entreprendre une attention particulière. Elle mise sur les ressorts rhétoriques d'une référence à la fundamentalité, supposée renvoyer à un ordre de grandeur ultime. Elle vise ainsi à imposer un argument d'autorité et de clôture qui épuise le débat. Elle fait toutefois naître plusieurs interrogations : pourquoi « principe » et non « liberté » ? Est-ce parce qu'est ainsi mobilisée une conception structurelle et objective¹⁸ de la fundamentalité de la liberté d'entreprendre rapportée à l'ordre juridique, et non une conception axiologique et subjective rapportée à son titulaire, à savoir l'entreprise ? Quelles conséquences juridiques spécifiques autres qu'un effet rhétorique cette qualification implique-t-elle ?

L'ordre juridique français n'est pas le seul à avoir consacré le caractère fondamental, au sens formel, des libertés économiques. Ainsi, « la liberté d'exercer une activité dans un but lucratif, notamment une activité industrielle et commerciale »¹⁹ a été reconnue telle par la Cour constitutionnelle allemande à partir de l'interprétation de l'art. 12 de la Constitution qui consacre la liberté de choisir sa profession. Ou encore, alors que la Convention européenne

¹² *Rec.* 258

¹³ Voir V. Champeil-Desplats, "La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français", *op. cit.*

¹⁴ *Dr. Adm.*, 2002, p. 35, note M. Lombard

¹⁵ Voir N. Jacquinet, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *A.J.D.A.*, 2003, n° 13 p. 650

¹⁶ Civ. 1^{er}, 16 avril 1991, Guez.

¹⁷ Cass., soc., 13 juillet 2004, *La Société Carrefour France, Droit social*, 2004, p. 1026

¹⁸ Sur laquelle V. *Infra C*

¹⁹ Voir C. Autexier, *op. cit.*, p. 130 et s.

des droits de l'Homme est muette sur les libertés économiques, la Cour les protège en les rattachant à des libertés expressément consacrées par la Convention. Ainsi, la liberté d'expression sert la liberté d'entreprendre « toutes les fois où ce sont des informations commerciales qui sont concernées ou bien lorsque la diffusion d'information ou de programme se fait sous la forme d'une activité commerciale »²⁰.

Finalement, ce sont avant tout les ordres supra-nationaux visant à libéraliser les échanges économiques qui consacrent avec générosité la fundamentalité des libertés économiques. On se bornera à rappeler que l'ordre communautaire consacre les libertés fondamentales du marché (libertés de circulation des marchandises et des personnes, d'établissement, de prestation de service, de concurrence, d'exercice d'une activité professionnelle), et que la liberté d'entreprise a intégré l'art. 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

C. Des libertés structurellement fondamentales ?

Indépendamment de leur place dans la hiérarchie des normes – bien qu'un lien puisse être établi entre ces deux -, les droits fondamentaux sont ceux qui assurent une identité, un fondement conceptuel ou logique à un ensemble organisé et structuré d'autres droits qui en dérivent ou en sont déduits. Il est indéniable que certaines libertés économiques présentent ce caractère, tout particulièrement lorsqu'elles fondent un droit ordonné de la concurrence.

Toutefois, la fundamentalité des libertés économiques soulève au moins deux difficultés. En premier lieu, il n'est pas rare que ces libertés ne fondent pas d'autres libertés mais, au contraire, qu'elles soient présentées comme en découlant. On rappellera que le Conseil constitutionnel rattache la liberté d'entreprendre à l'art. 4 de la Déclaration de 1789 tandis que la Cour Européenne des droits de l'Homme ne la reconnaît que par ricochet. En second lieu, on peut hésiter sur l'identification de la liberté fondatrice parmi les libertés économiques. Leurs rapports sont complexes et donnent lieu à diverses appréciations, notamment s'agissant de la liberté d'entreprendre et la liberté de l'industrie et du commerce. Parfois ces deux libertés sont conçues comme des synonymes²¹. Tantôt la première est considérée comme matricielle, tantôt la seconde. Depuis la décision du 16 janvier 1982 du Conseil constitutionnel, la doctrine française affirme la préséance de la liberté d'entreprendre²² qui devient donc le contenant des libertés de l'industrie et du commerce, de la concurrence, d'établissement, d'exercice d'une profession, voire de la liberté contractuelle.

D. Les libertés économiques, des libertés universelles ?

Le caractère fondamental des droits et libertés dérive ici dans un ultime sens d'une reconnaissance et d'une protection convergentes dans un nombre significatif d'ordres juridiques nationaux ou internationaux. Cette conception n'est pas dénuée de prétentions à l'universalité, ni de visées normatives. Il s'agit tout autant d'extraire un ensemble de valeurs communes que de contribuer à la construction de cet ensemble. On rejoint, s'agissant des libertés économiques, la problématique de la globalisation et de la mondialisation de

²⁰ J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 430. V. CEDH, 20 novembre 1989, Markt inter Verlag et Autronic AG

²¹ J. B. Racine, *op. cit.*

²² P. Delvolvé reconnaît que l'évolution du droit positif l'a conduit à changer d'avis sur la question, *op. cit.*, pp. 106 et s. En ce sens, L. Favoreu, note sous la décision n° 182 DC du 16 janvier 1982, *R.D.P.*, 1982, p. 377 ; N. Jacquinet, *op. cit.*, p. 859 ; L. Favoreu et alii, *op. cit.*, p. 235. Voir aussi Conseil d'Etat, *Commune de Montreuil-Bellay*, précité.

l'économie de marché. La victoire annoncée du néo-libéralisme consacrerait la fondamentale des libertés économiques. La prudence s'impose néanmoins tant au regard de la complexité de l'appréciation de la fondamentale des libertés économiques dans les différents ordres juridiques, qu'en raison des rapports qu'elles entretiennent avec d'autres objectifs, intérêts, droits ou libertés fondamentaux déliés de toute logique marchande.

II. Les libertés économiques face aux droits de l'homme

L'enjeu de la reconnaissance du caractère fondamental, en quelque sens que ce soit, des libertés économiques réside dans les effets et les conséquences auxquels ce qualificatif permet de prétendre, en particulier en cas de conflit avec d'autres droits et libertés fondamentaux. Les exemples contentieux de ces conflits restent pour le moment limités. Ils se développeraient davantage si l'effet horizontal des droits de l'homme était plus sûrement admis, c'est-à-dire si des personnes privées pouvaient les invoquer face à d'autres personnes privées qui les méconnaîtraient au nom de l'exercice de libertés économiques. Il est donc peu étonnant que les exemples les plus significatifs soient fournis par le droit du travail. Toutefois la problématique d'un conflit entre droits et libertés des employeurs et droits et libertés de la personne du salarié n'a été ainsi formulée qu'à partir de l'arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} fév. 1980, *Corona*²³ puis de la rédaction de l'art. L. 120-2 du Code du travail. Les conflits entre les libertés économiques et les droits de la personne gagnent maintenant d'autres domaines et mettent à l'épreuve aussi bien le droit à la santé, la dignité humaine, le droit à l'instruction ou la non-discrimination...

Ces conflits peuvent avoir de trois types d'issue : la prévalence des droits non marchands de l'homme ou issue humaniste (A) une conciliation dite sociale libérale (B) ou une prévalence des libertés économiques. Peu d'ordres juridiques recourent exclusivement à l'un de ces modes de résolution. Les ordres juridiques nationaux offrent en général une pluralité de combinaisons en fonction des acteurs qui opèrent les choix, des activités économiques considérées et de l'importance accordée aux droits de l'homme mis à l'épreuve. Ils présentent toutefois des dominantes qui évoluent plutôt depuis une vingtaine d'années au bénéfice des libertés économiques. La tendance au passage d'un rapport de conflictualité au terme duquel les libertés économiques s'inclinaient, vers une logique de conciliation où tous les droits et libertés sont situés dans un rapport d'équivalence. Dorénavant elle est relayée par une logique d'absorption des droits de l'homme par les libertés économiques, ce qui se traduit par l'introduction de rapports marchands dans des activités qui en ont longtemps été préservées : activités sportives, culturelles, éducatives ou ouverture d'un marché du placement des demandeurs d'emploi...

A. L'issue humaniste

La solution humaniste accorde la primauté aux droits de l'homme non marchands sur les libertés économiques soit intégralement, soit partiellement en acceptant des dérogations dûment justifiées au bénéfice des secondes. Cette place subalterne des libertés économiques n'a guère été systématisée que dans des Etats communistes, mais le dirigisme économique n'y a jamais vraiment été justifié au nom de la protection des droits de l'Homme. Ailleurs, la

²³ *Dr. Soc.*, 1980, p. 310 V. I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse, Paris X-Nanterre, 1998 ; A. Lyon-Caen, I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », *Mélanges J. M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421

subordination des libertés économiques provient essentiellement de justifications à référent collectif exprimant l'intérêt de l'Etat, de la nation ou de la société : ordre public, intérêt général, solidarité nationale, utilité sociale, santé publique...

La justification de la subordination des libertés économiques s'inscrit rarement dans le registre des droits de l'homme, notamment au contentieux, mais elle commence à s'affirmer. On en trouve trace lorsque le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'objectif de pluralisme pour accepter la limitation de la possession et du contrôle des quotidiens de la presse²⁴, ou dans la référence à la dignité humaine faites par les autorités allemandes pour justifier l'interdiction de la commercialisation de « jeux à tuer » (*infra*).

B. *La conciliation sociale-libérale*

Droits de l'homme et libertés économiques disposent ici d'un statut juridique identique, sans rapport structurel de principe à exception. En cas de conflit, chacun d'eux a une égale prétention à l'emporter : la résolution donne souvent lieu à une application partielle, non nécessairement équilibrée, des droits et libertés en jeu. L'issue du conflit peut varier en fonction des cas, activités et droits en cause. Le pluralisme initial des valeurs d'un ordre juridique se trouve ainsi transféré dans la résolution des situations conflictuelles alors que dans les deux autres modes de résolution des conflits, cet éventuel pluralisme aboutit à la primauté de l'une des valeurs.

Ce mode de résolution des conflits s'affirme depuis quelques années et se manifeste sous de nouvelles formes. On assiste en particulier au passage d'une logique de justification à une logique de proportion²⁵. Dans le premier cas, la conciliation s'entend comme une exigence « d'adéquation entre la mesure adoptée et le but qu'elle vise »²⁶ : la justification d'une action par une norme supérieure suffit même si elle entre en conflit avec une autre de ces normes. Dans le second cas, la conciliation devient une fin en soi. La simple justification ne suffit plus. La logique de proportion vise à sanctionner toute restriction à l'exercice d'une liberté ou d'un droit qui aurait des conséquences excessives pour ses titulaires.

L'observation du contentieux constitutionnel ou administratif²⁷ révèle que les libertés économiques bénéficient de cette évolution des modes de résolution des conflits. Par exemple, là où la liberté d'entreprendre, engagée dans une logique de justification s'inclinait face à des objectifs concurrents, il est aujourd'hui exigé qu'elle soit conciliée avec ces autres objectifs, sans qu'il ne lui soit porté une atteinte excessive. Ainsi, au début des années 1980, le Conseil constitutionnel veillait à ce que la liberté d'entreprendre ne fasse pas l'objet de « restriction arbitraire ou abusive »²⁸ tout en rappelant qu'elle n'est « ni générale, ni absolue » et « qu'elle s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi »²⁹. Puis, au début des années 1990³⁰, il laisse le soin au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général ou liées aux autres exigences constitutionnelles, à la condition de ne pas en dénaturer la portée³¹. Depuis la décision du 12 janvier 2002, il accentue la logique de proportion en

²⁴ Décision n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1894, *rec.* 78

²⁵ I. Vacarie et A. Lyon-Caen, *op. cit.*, pp. 440-441

²⁶ I. Vacarie et A. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 440

²⁷ Conseil d'Etat du 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, A.J.D.A., 2003, p. 1150

²⁸ Décision n° 81-132 DC, précitée.

²⁹ Décision n° 85-202 DC, 16 janvier 1986, *rec.* 14

³⁰ Décision n° 90-284 DC, 16 janvier 1991, *rec.* 20

³¹ Décision n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *rec.* 258

affirmant que le droit pour chacun d'obtenir un emploi peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations, à la condition « qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». Il sanctionne en l'espèce le législateur pour avoir « porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi »³².

Ce passage d'une logique de la justification à une logique de la proportion s'effectue à peu près au moment où la liberté d'entreprendre n'est plus seulement opposée à des justifications à référent collectif (intérêt général, ordre public ou santé publique), mais est confrontée à des prétentions formulées en termes de droits de la personne : le droit d'obtenir un emploi, le droit au repos ou au temps de loisir. Au bout du compte, alors que dans une logique de justification l'intérêt collectif l'emportait sur la liberté d'entreprendre, les droits de la personne, soumis à une exigence de proportionnalité, semblent plus vulnérables. C'est d'ailleurs à partir de l'engagement du Conseil constitutionnel dans une logique de proportion que celui-ci a prononcé ses premières censures sur le fondement de la liberté d'entreprendre³³.

On s'interrogera enfin sur malléabilité des formules de conciliation utilisées par le Conseil constitutionnel. Celle-ci semble lui ouvrir un pouvoir de modulation des exigences de conciliation en fonction des dispositions législatives en cause. Ainsi, pour censurer une définition restrictive des motifs de licenciement économique fondée sur la protection du droit à l'emploi, le Conseil s'appuie sur l'existence d'une atteinte excessive et disproportionnée à la liberté d'entreprendre³⁴. Quelques temps après, il admet la limitation (fondée sur la liberté d'entreprendre) du droit au reclassement des salariés (fondé sur le droit à l'emploi) en se bornant à relever que le législateur n'a commis aucune d'erreur manifeste d'appréciation³⁵. Le Conseil semble donc plus exigeant à l'égard d'une disposition législative justifiée par un droit de l'homme non marchand qui restreint la portée de la liberté d'entreprendre, qu'à l'égard d'une disposition législative justifiée par la liberté d'entreprendre qui porte atteinte à un droit de l'homme non marchand.

C. *La solution libérale*

La solution libérale accorde la primauté aux libertés économiques sur les autres droits fondamentaux. Elle présente deux variantes. La première est ultra-libérale. Les libertés économiques sont à la fois un moyen et une finalité première. Elles sont auto-suffisantes et conditionnent tout. Dans sa forme extrême, cet ultra-libéralisme suspecte le droit de la concurrence car la concurrence pure et parfaite n'a pas besoin d'encadrement juridique. La seconde variante de type « libéral-social » est plus tempérée. Les libertés économiques sont un moyen mais non une fin, ou non l'unique fin possible. Elles sont le préalable à l'effectivité des autres droits et libertés, notamment des droits sociaux. Le droit de la concurrence peut servir des objectifs économiques et sociaux, et aménage les possibilités de dérogation aux libertés économiques.

La solution libérale, dans l'une ou l'autre de ces variantes, connaît, depuis la fin des années 1980, un succès croissant. Elle a justifié la libéralisation de nombreuses activités qui échappaient en tout ou partie au marché. Le présupposé est que la libre concurrence améliore le choix des usagers devenus consommateurs et, ainsi, l'efficacité et la qualité des prestations.

³² Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *rec.49*

³³ Décisions n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *rec. 176* et n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *rec.49*

³⁴ Décision n° 2001-455 DC, *précitée*

³⁵ Décision n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, *J.O.*, 19 janvier 2005, p. 896

Les entreprises placées en situation concurrentielle sont réputées aussi aptes, voire davantage, à satisfaire certains besoins que les organismes bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux³⁶.

Cette solution libérale opère un véritable changement de perspective par rapport aux autres solutions. Elle se concentre en effet sur un type d'organisation et non sur les fins poursuivies par celui-ci. Autrement dit, l'établissement d'une organisation marchande non entravé par d'autres types d'organisation qui, au mieux lui font exception, prime sur la distribution finale des biens. L'important est que ces biens soient produits dans un ordre marchand. On comprend que, d'un point de vue humaniste, la limite essentielle de la solution libérale réside dans son évacuation de la question de la non-discrimination vis-à-vis de l'accès aux biens et de leur distribution³⁷.

Au contentieux, la Cour de Justice des Communautés Européennes offre de nombreux exemples de la variante libérale-sociale. Tout en affirmant la primauté des libertés économiques, la Cour a peu à peu accepté la poursuite d'objectifs non marchands (protection de la santé publique³⁸, ordre public) que l'application stricte du droit de la concurrence mettrait à mal. Surtout, la Cour admet que les droits fondamentaux de la personne puissent faire obstacle, à titre dérogatoire, aux libertés fondamentales du marché. Envisagé depuis l'arrêt Nold³⁹, le cas a reçu une illustration toute particulière dans l'arrêt du 14 octobre 2004, OMOGA⁴⁰. La Cour admet que « le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses Etats membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle la libre prestation de service ». Est en l'espèce justifiée l'interdiction par l'Allemagne de « jeu à tuer » (avec des armes lasers) au nom de la dignité de la personne humaine et des troubles à l'ordre public.

Cette esquisse de rééquilibrage entre des objectifs non marchands exprimés sous la forme des droits fondamentaux et les libertés économiques, continue néanmoins de s'inscrire dans une rhétorique de principe à exception. Ceci a des conséquences sur la répartition de la charge de la preuve et sur les méthodes d'interprétation de la Cour, les dérogations étant d'interprétation stricte et soumises à une épreuve de proportionnalité⁴¹. Les modalités de cette

³⁶ Sur cette conception, CJCE, 11 décembre 2003, DocMorris, *A.J.D.A.* 2004, n° 6, p. 322. L'entreprise Doc Morris justifie la vente de médicament par internet, contestée par les organisations professionnelles de pharmaciens, par le fait que son site apporte des garanties équivalentes à celles des pharmacies traditionnelles et est assuré tout autant la protection de la santé des personnes.

³⁷ La libéralisation de l'assurance-maladie au Chili a montré que, dans un ordre marchand, rien n'assure les individus contre la faillite des prestataires, ni n'atténue la recherche de profits qui conduit à sélectionner les assurés en fonction du niveau de risque qu'ils présentent (selon les barèmes des prestataires). Ceci institue alors un système d'assurance à plusieurs vitesses au détriment des plus pauvres et des plus malades : voir note de la fondation Copernic, « Main basse sur l'assurance Maladie », Paris Editions Sylepses, 2003, pp. 49-50

³⁸ Par exemple, CJCE, 2 avril 1998, Norbrook Laboratories, *Lt/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, aff. C-127/95, *rec. p.* I-1531

³⁹ CJCE, 14 mai 1974, Nold, *kolhen-und Baustoffgrosshandlung Commision*, aff. 4/73, *rec. p.* 491

⁴⁰ *A.J.D.A.*, 2005, p. 152 ; Voir également l'arrêt CJCE 12 juin 2003, Schmidberger, aff. 112/00, *D.*, 2003, SC, p. 106. Les autorités autrichiennes s'appuient sur la liberté d'expression et de réunion pour refuser d'intervenir contre l'atteinte portée à libre circulation par un groupe de manifestant.

⁴¹ Sur le contrôle de proportionnalité des restrictions aux libertés fondamentales du marché, voir aussi l'affaire CJCE du 13 novembre 2003, Neri, *European school of economic, A.J.D.A.*, 2004, n° 13, p. 723. Pour la Cour, « Si l'objectif d'assurer un haut niveau des formations universitaire apparaît légitime pour justifier des restrictions aux libertés fondamentales, les dites restrictions doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ». En l'espèce, en ne reconnaissant pas les diplômes universitaires délivrés par des écoles privées étrangères situées sur

épreuve différent de la proportionnalité exigée dans le cadre de la solution « sociale-libérale ». Dans ce dernier, il s'agit de s'assurer qu'aucune atteinte disproportionnée n'est portée à un des droits ou libertés en jeu. Dans le cadre de la solution « libérale-sociale », le test de proportionnalité porte sur les mesures dérogatoires aux libertés économiques. Il vise à en contenir la portée et les effets.

La question de la capacité des droits fondamentaux à justifier des exceptions aux règles de la concurrence, et à rétablir un rééquilibrage civique, humaniste ou social dans un ordre marchand reste entière. Les concepteurs des politiques publiques ont un rôle essentiel dans la définition d'un équilibre, tout comme les juges dont on a vu qu'ils disposent, en cas de contentieux, d'un pouvoir important d'articulation des objectifs marchands et non marchands. Comme le souligne M. Delmas-Marty, « assurer l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux sera l'enjeu essentiel des prochaines années pour réussir à conjuguer économie et droit de l'homme et éviter ainsi que les deux processus, la globalisation économique et l'universalisation des droits de l'homme, ne deviennent conflictuelle »⁴² ou, si l'on estime que cette conflictualité est indépassable, qu'elle n'aboutisse à l'absorption et la domination de la seconde par la première.

son territoire, l'Italie qui invoquait « le bien public » et « les valeurs culturelles et historiques d'un Etat » que représente la formation universitaire a commis une restriction non proportionnée aux libertés fondamentales du marché. Comme le souligne Y. Jégouzo, un pas important est franchi dans « l'intégration de l'éducation dans le giron du monde marchand, *A.J.D.A.*, 2004, n° 13, p. 724.

⁴² « La mondialisation du droit : chances et risque », *D.* 1999, chr. 47