



INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE STRASBOURG

Université de Strasbourg

La liberté d'entreprise garantie par la Charte des droits fondamentaux, une liberté sous-estimée ?

Martial Guérin

Mémoire de 4^{ème} année

Filière « Droit et Administration Publique »

Sous la direction de Mme Florence Benoit-Rohmer

Juin 2017

« L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

La liberté n'est pas la liberté de réussir, mais la liberté d'entreprendre

Jean-Paul Sartre

Remerciements

Ce mémoire, fruit d'un an de travail, n'aurait pu voir le jour sans l'aide précieuse de nombreuses personnes. Je tiens donc à adresser mes plus sincères remerciements à :

Mme Florence Benoit-Rohmer, ma directrice de mémoire, qui a toujours su me conseiller, m'écouter et me guider avec patience, gentillesse et bienveillance.

M. Jean-Paul Jacqué, qui a accepté de faire partie de mon jury de soutenance. C'est pour moi un réel honneur.

Mme Frédérique Berrod et M. Jean-Philippe Kovar, qui n'ont jamais refusé de répondre à mes nombreuses questions.

Mme Dorothee Meyer, qui m'a donné goût au droit de l'Union Européenne.

Ma famille et mes amis, qui m'ont soutenu et accompagné tout au long de cette année.

Sommaire

<u>Liste des abréviations</u>	5
<u>Introduction</u>	6
Première partie : La liberté d'entreprise, une liberté puissante et utile	11
<u>Section 1</u> : Une liberté traditionnelle au contenu élargi	11
D) La consécration d'une liberté reconnue par les Etats membres et la jurisprudence de la Cour	11
II) Une liberté au contenu extrêmement large	21
<u>Section 2</u> : La liberté d'entreprise, vecteur de développement économique et de l'approfondissement du marché	30
D) Une liberté au service de l'économie, de la croissance et de l'entrepreneuriat	30
II) Une liberté au service de l'intégration et du marché intérieur	37
Deuxième partie : La liberté d'entreprise, une liberté soumise à de multiples limitations	45
<u>Section 1</u> : Les limites posées par le texte de la Charte	45
D) L'impact des dispositions générales et du texte de l'article 16 lui-même sur la liberté d'entreprise	45
II) Mi-droit mi-principe : le statut incertain de la liberté d'entreprise	52
<u>Section 2</u> : Les limites posées par la Cour	61
D) Une liberté non absolue et soumise à de nombreuses limites	61
II) Une liberté à la fois liée et confrontée à d'autres droits fondamentaux	68
<u>Conclusion</u>	76
<u>Bibliographie</u>	78
<u>Principaux arrêts et décisions</u>	82
<u>Tables des matières</u>	84

Listes des abréviations

Aff.	Affaire
CECA	Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TCEE	Traité instituant la Communauté Economique Européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
La Charte	La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
La Cour	La Cour de justice de l'Union européenne
Les explications	Les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Introduction

La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union Européenne n'a pas toujours été une évidence. Signés le 27 mars 1957, les traités de Rome, qui viennent créer une Communauté Economique Européenne et une Communauté Européenne de l'Energie Atomique, visent avant tout à établir un marché commun et à garantir l'approvisionnement énergétique des Etats membres. Aucune référence n'est donc faite aux droits de l'Homme, pourtant reconnus dans l'ordre juridique des Etats membres et de nombreux textes internationaux, dont la Convention Européenne des droits de l'Homme entrée en vigueur le 3 septembre 1953 ou la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. Ce n'est qu'en 2009, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, que l'Union européenne se dote d'un réel instrument de protection des droits fondamentaux, un instrument ayant la même valeur que les traités et qui par conséquent est donc contraignant : la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

Si cette dernière apparaît comme une réelle innovation, il convient toutefois de noter que l'Union Européenne n'a pas attendu ce texte pour protéger les droits fondamentaux. En effet, bien avant que la Charte soit adoptée et ne devienne contraignante, la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union Européenne est apparue comme une priorité. En l'absence de référence à ces droits dans les traités, c'est à la Cour de Justice des Communautés Européennes qu'est revenue la mission de leur assurer une protection.

Ainsi, dès 1969, dans l'affaire Stauder, la Cour est venue affirmer que « les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire »¹, principes dont elle assure le respect. Un an plus tard, dans son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour a précisé que ces droits fondamentaux, qui sont une « partie intégrante des principes généraux du droit », s'inspirent « des traditions constitutionnelles communes »² aux Etats membres. Enfin, avec l'arrêt *Nold* de 1974, la Cour est venue compléter son raisonnement en soulignant que « les

¹ CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. C-26/69, point 7.

² CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, point 4.

instruments internationaux concernant la protection des droits de l'Homme [...] peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »³. Ainsi, en utilisant l'outil que sont les principes généraux du droit communautaire, la Cour a, dès 1969, assuré une réelle protection aux droits fondamentaux, que ceux-ci soient issus des traditions constitutionnelles des Etats membres ou des traités internationaux, notamment la Convention européenne des droits de l'Homme.

Cette jurisprudence de la Cour a finalement été reprise dans le traité de Maastricht, signé le 7 février 1992. En effet, dans sa version originale, ce traité prévoit dans un article F que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

Avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le 1^{er} mai 1999, les droits fondamentaux gagnent encore de l'importance. Ceux-ci participent en effet au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice mis en place par ce traité. Ce n'est cependant qu'un an plus tard qu'ils seront, pour la première fois, pleinement reconnus. En effet, une première version de la Charte est solennellement proclamée lors du Conseil Européen de Nice par les Présidents du Parlement, du Conseil et de la Commission, le 7 décembre 2000. Cependant, ce texte n'est à l'époque pas contraignant. Reprise au titre II du traité établissant une constitution pour l'Europe, signé à Rome en 2004, la Charte ne voit cependant pas son statut évoluer, ce traité ayant été rejeté par certains Etats membres.

Ce n'est qu'avec l'adoption du traité de Lisbonne que la Charte devient réellement contraignante, c'est à dire qu'elle s'impose aux institutions, sans toutefois venir modifier leurs compétences, et aux Etats membres, quand ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Avec ce texte, l'Union Européenne se dote donc d'un réel instrument de protection des droits fondamentaux.

³ CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. C-4/73, point 13.

Les droits reconnus dans la Charte ne sont pas à proprement parler inédits. Ainsi, comme le note Annelise Oeschger, « les droits énumérés dans cette Charte ne sont pas nouveaux, mais au contraire solidement ancrés dans des traités notamment du Conseil de l'Europe et des Nations Unies qui en ont établi la pratique depuis un demi-siècle »⁴. Le préambule de la Charte vient également le confirmer :

« La présente Charte réaffirme [...] les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme ».

Les droits fondamentaux présents dans la Charte trouvent donc leur inspiration dans de nombreux textes internationaux mais aussi dans le droit des Etats membres et la jurisprudence de la Cour. Ils ne sont donc pas a priori totalement nouveaux. Malgré cela, la Charte propose une réelle innovation : être le premier texte à faire pleinement cohabiter non seulement des droits civils et politiques mais aussi des droits économiques et sociaux.

Ainsi, la Charte reconnaît de nombreux droits sociaux, parmi lesquels le droit de négociation et d'actions collectives (article 28), le droit à une protection en cas de licenciement injustifié (article 30) ou encore le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale (article 34). La présence de ces droits dans la Charte est le résultat d'un réel compromis politique. De nombreux Etats étaient en effet profondément opposés à l'introduction de tels droits dans la Charte des droits fondamentaux.

Pour faire accepter ces droits, les rédacteurs de la Charte ont choisi d'introduire une nouvelle disposition destinée à venir jouer le rôle de contrepoids : l'article 16. Selon cet

⁴ Conférence des OING du Conseil de l'Europe, « la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, un guide de lecture », présenté par Annelise Oeschger, mai 2008.

article, « la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ». Comme le note Guy Braibant, la liberté d'entreprise « qui a été jugée comme une sorte de provocation par les organisations syndicales de travailleurs » était « en même temps considérée par certains membres de la Convention, notamment les Britanniques, comme le pendant indispensable des droits sociaux reconnus par ailleurs »⁵. Son introduction dans la Charte vise donc bien à faire accepter par tous les Etats la présence de droits sociaux.

Il convient de noter que la cette liberté n'est pas le seul droit économique reconnu dans la Charte. Ainsi, l'article 15 reconnaît la liberté professionnelle et le droit de travailler, qui trouvent leur origine dans une convention du Conseil de l'Europe signée en 1961, la Charte sociale européenne. L'article 17 de la Charte reconnaît quant à lui le droit de propriété, inspiré de l'article 1 du protocole n°1 à la Convention Européenne des droits de l'Homme.

La liberté consacrée à l'article 16 se distingue cependant des autres droits économiques présents dans le titre II de la Charte. En effet, celle-ci n'étant présente dans aucun autre instrument international de protection des droits de l'Homme, sa reconnaissance dans la Charte est une première. Toutefois, cette liberté n'est pas totalement inédite. Son histoire est même plutôt ancienne. Reconnue dans le droit des Etats membres depuis parfois plus de deux cents ans, elle trouve son inspiration dans ce que la Cour appelle les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que dans la jurisprudence de la Cour qui, dès 1974, avait reconnu un principe général du droit relativement similaire à cette liberté.

L'article 16 ne donne aucune définition exacte de la liberté d'entreprise. Cependant, sans même avoir besoin de consulter les explications relatives à la Charte, il apparaît clairement que cette liberté vise avant tout à favoriser l'initiative économique privée. De par sa nature et ce qu'elle vient défendre, cette liberté semble donc s'inscrire pleinement dans la logique de l'Union Européenne, une union avant tout économique, et dans la continuité des libertés de circulation qui structurent le marché intérieur.

⁵ Guy BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, France, Édition du Seuil, 2001, p. 138.

Cependant, malgré sa reconnaissance inédite dans la Charte, son histoire ancienne et l'importance de ce qu'elle vient défendre, surtout dans un contexte de récession économique, cette liberté reste très méconnue. Invoquée pour la première fois devant la Cour en 2011, elle n'a depuis fait l'objet que d'une dizaine d'arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Elle semble par ailleurs soumise à de nombreuses limites. La lecture, même sans analyse, d'un arrêt de la Cour concernant cette liberté permet de s'en rendre compte. Ainsi, à titre d'exemple, dans son arrêt *Phillbox* 38 du 4 mai 2016, la Cour estime que « la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être examinée au regard de sa fonction dans la société »⁶, qu'elle « peut ainsi être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique ».

Permettre à chacun de participer pleinement à la vie économique des Etats membres et de l'Union Européenne ne semble a priori pas contraire à l'esprit des traités ni même aux politiques menées par les institutions, et même peut s'avérer extrêmement utile, en particulier dans un contexte économique difficile. Pourtant, cette liberté semble, à première vue, bénéficier d'un régime très peu protecteur, du moins bien moins avantageux que celui d'autres dispositions contenues dans la Charte. Dès lors, une question peut se poser : la liberté d'entreprise est-elle sous-estimée ?

Sans entrer dans une logique de classement des droits fondamentaux, qui consisterait à distinguer des libertés de premier et de second rang, ce mémoire vise avant tout à comprendre la valeur qu'accorde la Cour, mais aussi le texte de la Charte lui-même, à la liberté d'entreprise. Si une analyse de l'article 16, de son histoire, de son contenu et de l'influence qu'il peut avoir, donne à voir une liberté puissante et réellement utile, force est de constater que la liberté d'entreprise reste soumise à de très nombreuses limites qui viennent grandement en limiter la portée et l'effectivité.

⁶ CJUE, 4 mai 2016, *Phillbox* 38, aff. C- 477/14, points 157 et 158.

Première partie

La liberté d'entreprise, une liberté puissante et utile

Traditionnellement reconnue dans le droit des Etats membres et dans la jurisprudence de la Cour, la liberté d'entreprise semble cependant acquérir dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux une tout autre stature. Se voyant attribuer un contenu très large, elle devient effectivement une liberté réellement puissante, c'est à dire capable de protéger de très nombreuses situations. Forte de ce contenu élargi, la liberté d'entreprise se révèle par ailleurs être particulièrement utile. Celle-ci semble en effet être en mesure de venir servir aussi bien le développement économique que l'approfondissement du marché intérieur.

Section 1 : Une liberté traditionnelle au contenu élargi

Bien que ne figurant dans aucun autre instrument international de protection des droits de l'Homme, la liberté d'entreprise n'est pas totalement nouvelle. Elle trouve en effet son origine aussi bien dans le droit des Etats membres que dans la jurisprudence de la Cour. Elle reste cependant relativement inédite dans la mesure où son contenu dépasse les droits qui l'ont inspirée. La liberté d'entreprise apparaît dès lors comme une liberté très protectrice.

I) La consécration d'une liberté reconnue par les Etats membres et la jurisprudence de la Cour

Tandis que la majorité des droits fondamentaux présents dans la Charte sont issus de règles de droit international préexistantes, l'article 16 trouve son origine dans le droit des Etats membres. La liberté d'entreprise a par ailleurs été reconnue par la Cour dès 1974 sous la forme d'un principe général du droit.

A) Une liberté inspirée des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres

Si la Charte des droits fondamentaux vient reconnaître pour la première fois la liberté d'entreprise, qui selon Thierry Léonard « fait figure d'exception notable dans le paysage juridique »⁷, celle-ci n'est pas pour autant totalement inédite. Loin d'avoir créé de toutes pièces un nouveau droit économique, les rédacteurs de la Charte se sont en effet inspirés pour la rédaction de l'article 16 du droit des Etats membres, des traditions constitutionnelles communes à ces Etats. Ainsi, si les termes utilisés pour la qualifier divergent et si la valeur qui lui est accordée n'est pas toujours la même, la liberté d'entreprise trouve malgré tout sa place dans le droit interne de la majorité des Etats membres. Tandis que plusieurs constitutions viennent la reconnaître explicitement, dans certains Etats, les juges la déduisent d'autres principes constitutionnels. À ce titre, le cas de la France, où cohabitent deux libertés proches de la liberté d'entreprise, est particulièrement intéressant.

1) Une liberté présente dans la majorité des constitutions des Etats membres

Comme le note Guy Braibant dans son commentaire de la Charte des droits fondamentaux, la liberté d'entreprise, nouvellement consacrée par l'article 16 de ce texte, « figure plus ou moins explicitement dans toutes les Constitutions des Etats membres »⁸. Bien que son libellé puisse varier d'un pays à l'autre, la liberté d'entreprise est donc bel et bien reconnue dans la majorité des Etats membres, et ce depuis parfois plus d'un siècle et demi. En effet, si la notion de liberté d'entreprise apparaît de façon formelle dans l'ordre juridique de l'Union Européenne en 2000, son histoire dans les Etats membres est bien plus ancienne. Ainsi, dans certains Etats, cette liberté apparaît dès le XIXème siècle. C'est par exemple le cas au Danemark, dont la première constitution, adoptée en 1849, interdisait explicitement les restrictions au libre et égal

⁷ Thierry LEONARD, « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : une nouvelle verdeur pour la liberté d'entreprendre ? », dans *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2015, p. 75.

⁸ Guy BRAIBANT, op. cit., p. 138.

accès au commerce. Cependant, comme le précise l'Agence des droits fondamentaux⁹, la plupart des Etats membres n'ont reconnu la liberté d'entreprise qu'au XXème siècle, « souvent dans le cadre du processus de transition démocratique, ou dans le cadre d'un retour à une économie de marché »¹⁰.

Cette liberté possède, selon les chiffres de l'Agence des droits fondamentaux, une valeur constitutionnelle dans au moins vingt-deux¹¹ Etats membres. Cependant, compte tenu des différences qui peuvent exister quant à la nature et au contenu des textes constitutionnels de chacun de ces Etats, la manière dont est reconnue la liberté d'entreprise dans les ordres juridiques nationaux varie énormément. Certaines constitutions la reconnaissent de façon explicite et autonome, de la même manière que l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux. C'est le cas par exemple de la constitution espagnole dont l'article 38 dispose que « la liberté d'entreprise est reconnue dans le cadre de l'économie de marché » ou de la loi fondamentale hongroise qui dans son article M affirme que « l'économie de la Hongrie est fondée sur le travail, créateur de valeurs, et sur la liberté d'entreprise ». Bien que n'utilisant pas la même notion, d'autres constitutions viennent elles aussi protéger la liberté d'entreprise. Ainsi, en reconnaissant que l'initiative économique est libre, l'article 74 de la constitution slovène, l'article 41 de la constitution italienne ou encore l'article 61 de la constitution portugaise viennent incontestablement protéger les mêmes situations et les mêmes activités que la liberté d'entreprise. Enfin, dans certains Etats membres, cette liberté ne figure pas explicitement dans la constitution. Elle peut cependant découler d'autres garanties constitutionnelles qui s'en rapprochent plus ou moins. Par exemple, comme le note l'avocat général Pedro Cruz Villalón dans ses conclusions de l'affaire *Alemo-Herron*, en Allemagne, « la libre initiative économique [découle] du droit de propriété privée, mais aussi du droit au libre choix de la profession »¹², prévu à l'article 12 de la Loi fondamentale.

⁹ Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, "Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right", Août 2015, p. 25.

¹⁰ Texte original : "often as part of the process of the countries' transition to parliamentary democracy, or as part of their return to free market economy".

¹¹ Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, "Freedom to conduct a business", op. cit., p. 27.

¹² CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, aff. C-426/11, conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, point 50.

Certains Etats membres, six selon l'Agence des droits fondamentaux, ne reconnaissent pas la liberté d'entreprise dans leur constitution et ne leur accordent donc pas une valeur constitutionnelle. Cela ne signifie pas pour autant qu'une telle liberté soit absente de leur ordre juridique. Dans le cas de la Belgique par exemple, comme le précise Maxime Vanderstraeten, « la liberté d'entreprendre n'est pas, en tant que telle, constitutionnellement garantie »¹³. Déduite de l'article 7 du Décret d'Allarde, voté par l'Assemblée constituante française le 2 mars 1791 et introduit en Belgique le 10 novembre 1795, elle se voit néanmoins dotée d'une valeur législative. Cela a été confirmé par le Code de droit économique, adopté en 2013, et dont l'article II.3 dispose : « chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix ». La liberté d'entreprise, même sans valeur constitutionnelle, est donc malgré tout reconnue par la majorité des Etats membres. Même le Royaume-Uni semble accorder une protection au libre exercice des activités économiques, malgré l'absence de formalisation constitutionnelle propre à ce pays. Ainsi, comme le démontre Romain Place, « la liberté du commerce est [...] un droit de *common law*, reconnu par les juges à chaque individu »¹⁴.

Bien que reconnaissant à la liberté d'entreprise une valeur constitutionnelle, un Etat semble malgré tout se distinguer : la France. En effet, coexistent dans l'ordre juridique français deux libertés proches de la liberté d'entreprise, la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre, dont les liens n'ont jamais réellement été clarifiés par les juges ou la doctrine.

2) Le cas spécial de la France : liberté du commerce et de l'industrie et liberté d'entreprendre

Si la majorité des Etats membres ont reconnu la liberté d'entreprise et l'ont intégrée, pour certains très tôt, dans leur ordre constitutionnel, la France semble être un cas tout à fait particulier en la matière. En effet, l'article 16 de la Charte trouve son équivalent en France non pas dans une mais deux libertés : la liberté du commerce et de l'industrie et

¹³ Maxime VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'Etat », dans *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2015, p. 10.

¹⁴ Romain PLACE, « La protection de la liberté du commerce au sein de la Constitution britannique » (à paraître).

la liberté d'entreprendre. Comme le note Marie-Laure Dussart, « [la liberté du commerce et de l'industrie] et la liberté d'entreprendre sont relativement similaires en tant que garanties du libre choix des activités professionnelles »¹⁵ mais aussi du libre exercice des activités économiques. Ces deux libertés, très proches de la liberté d'entreprise, semblent donc à première vue relativement semblables. Cependant, cela ne concerne que les situations qu'elles viennent protéger. Reconnues par des juges différents et ayant par conséquent des valeurs différentes, ces deux libertés entretiennent en effet de réelles relations conflictuelles.

La constitution ne reconnaît pas expressément la liberté d'entreprendre. Celle-ci n'est pas non plus mentionnée dans les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » contenus dans le préambule de la constitution de 1946, ni dans aucune autre disposition du bloc de constitutionnalité. Cette liberté a cependant été consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations. Ainsi, se fondant sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les Sages affirment que « la liberté, qui aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »¹⁶. Ainsi reconnue, la liberté d'entreprendre se voit attribuer une valeur constitutionnelle et peut dès lors s'imposer aux législateurs. Cherchant une explication à cette reconnaissance relativement tardive, Jean-Yves Chérot affirme que « le Conseil constitutionnel ne pouvait pas ne pas placer dans les valeurs de la Constitution une liberté [...] qui avait été reconnue de façon permanente [par le Conseil d'Etat] »¹⁷. En effet, celui-ci a très tôt reconnu la liberté de commerce et d'industrie, liberté issue de la Révolution française, notamment du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, qu'il a consacrée comme principe général du droit en 1951 dans son arrêt Daudignac. Reconnue par le juge administratif, cette liberté est une liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution et relève donc de la compétence du législateur. Contrairement à la liberté d'entreprendre, la liberté du

¹⁵ Marie-Laure DUSSART, « D'une liberté personnelle à la garantie d'un ordre économique : la mutation de la liberté d'entreprendre », 9e Congrès français de droit constitutionnel, Lyon, Juin 2014.

¹⁶ Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, cons.16.

¹⁷ Jean-Yves CHEROT, *Droit public économique*, Paris, France, Economica, 2007.

commerce et de l'industrie n'a donc pas une valeur constitutionnelle : sa valeur est « infraconstitutionnelle mais supraréglementaire dans la hiérarchie des normes »¹⁸.

Les liens qu'entretiennent ces deux libertés, qui pourtant protègent des situations relativement similaires, ne sont pas clairement définis et font l'objet d'un intense débat doctrinal. Si pour certains auteurs, comme le note Jean-Yves Chérot, la liberté consacrée en 1982 n'est qu'une facette de la liberté du commerce et de l'industrie, pour d'autres, la liberté d'entreprendre est la liberté la plus vaste. Elle inclut donc la liberté du commerce et de l'industrie. La distinction est encore aujourd'hui relativement incertaine, d'autant plus que les juges ne sont jamais venus prendre clairement position. Ainsi, le Conseil constitutionnel a toujours refusé de se prononcer sur la valeur de la liberté du commerce et de l'industrie, quand bien même sa violation est invoquée par les auteurs de la saisine, comme c'est le cas dans sa décision du 31 octobre relative à la loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion. Le Conseil d'Etat quant à lui continue, même après la reconnaissance de la liberté d'entreprendre, de faire référence à la liberté du commerce et de l'industrie. Cependant, le juge administratif a admis, dans son ordonnance Commune de Montreuil-Bellay rendue le 12 novembre 2001, le caractère fondamental de la liberté d'entreprendre dans le cadre de la procédure du référé liberté. De plus, « prenant le contre-pied de la doctrine majoritaire »¹⁹, le Conseil d'Etat, dans le cadre de la même affaire, a admis que la liberté du commerce et de l'industrie était une composante de la liberté d'entreprendre. Cette solution reste cependant limitée au cadre très particulier prévu par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative et ne vient donc pas réellement clôturer le débat.

Malgré cette incertitude quant aux liens qu'entretiennent ces deux libertés, l'ordre constitutionnel français reconnaît bel et bien une liberté proche de la liberté d'entreprise, et lui accorde, comme dans 21 autres Etats membres, une valeur constitutionnelle. La liberté reconnue dans l'article 16 de la Charte n'est donc pas créée de toutes pièces par les rédacteurs de ce texte. Elle trouve bel et bien son inspiration dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.

¹⁸ Moncef KDHIR, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *Recueil Dalloz*, vol. 4, 1994, p. 30.

¹⁹ Louis FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, France, Dalloz, 2015.

B) Une liberté d'abord reconnue sous la forme d'un principe général du droit

Si la liberté d'entreprise s'inspire en grande partie du droit des Etats membres, elle trouve également son origine dans la jurisprudence de la Cour et plus particulièrement dans un principe général du droit de l'Union reconnu par la Cour dès 1974, lui-même inspiré par le droit des Etats. Si ce principe général du droit et la liberté reconnue à l'article 16 ne sont pas totalement identiques, ils ont cependant de nombreux points communs. S'est donc posée la question de la subsistance de ce principe après l'adoption de la Charte et la reconnaissance de son caractère contraignant.

1) Un principe général du droit reconnu dès 1974 par la Cour : le libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles

Sur la base de la jurisprudence concernant les principes généraux du droit, développée à partir de 1969 dans l'arrêt Stauder, la Cour est venue reconnaître de nombreux droits fondamentaux dont elle assure le respect. On compte parmi ces derniers un droit qui se rapproche de la liberté d'entreprise et qui par conséquent a fortement inspiré les rédacteurs de la Charte : le droit d'exercer librement une activité économique, commerciale ou professionnelle. Cette liberté a été reconnue très rapidement par la Cour, alors même que celle-ci posait les bases d'une protection des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire. En effet, si l'arrêt Nold de 1974 permet à la Cour d'apporter des précisions quant aux sources pouvant inspirer un principe général du droit dans le domaine des droits fondamentaux, c'est également dans le cadre de cette affaire que la Cour reconnaît pour la première fois « le libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles »²⁰ comme un principe général du droit. Pour ce faire, la Cour ne s'inspire pas d'un traité international concernant les droits de l'Homme mais d'une tradition constitutionnelle commune aux Etats membres. En effet, comme le constatent les juges de Luxembourg, le libre exercice des activités professionnelles est protégé « par la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, autant que par les constitutions d'autres Etats

²⁰ CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. C-4/73, point 14.

membres »²¹. Ainsi, de la même façon que la liberté d'entreprise, le principe général qui l'a précédée trouve son inspiration dans le droit constitutionnel des Etats membres.

Il convient toutefois de noter, comme le souligne Thierry Léonard, que les contours de ce principe général du droit « sont mal définis »²². En effet, si la Cour est venue confirmer sa solution de l'arrêt Nold à de nombreuses reprises, les termes qu'elle utilise pour nommer le droit fondamental reconnu dans cette affaire varient d'une décision à l'autre, venant rendre difficilement définissable le contenu exact de celui-ci : libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles²³, liberté professionnelle²⁴, libre exercice d'une activité professionnelle²⁵, libre exercice des activités économiques²⁶, droit au libre exercice d'une profession²⁷, droit d'exercer librement une activité économique²⁸ et même libre entreprise²⁹. Si cette grande diversité peut révéler une certaine incertitude de la Cour quant à ce droit fondamental, son contenu et aux situations qu'il peut venir protéger, elle peut aussi s'expliquer par la nature même des principes généraux du droit, en particulier lorsqu'ils reposent sur les traditions constitutionnelles communes et sur les droits reconnus par les constitutions des Etats membres. Ainsi, la multitude de formules utilisées par la Cour pour qualifier ce droit peut trouver son origine dans la diversité des formules utilisées par les constitutions des Etats membres. Toutefois, si ses contours ne sont pas clairement définis, il n'en demeure pas moins que le droit fondamental reconnu par la Cour dans l'arrêt Nold vient, en tant que principe général du droit, s'imposer aux institutions ainsi qu'aux Etats membres quand ils agissent dans le champ du droit de l'Union européenne.

Dès 1974, bien avant l'écriture de la Charte des droits fondamentaux et l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour est donc venue reconnaître un droit fondamental qui, compte tenu des activités et des comportements qu'il protège, se rapproche

²¹ Ibidem, point 12.

²² Thierry LEONARD, *op. cit.*, p. 83.

²³ CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. C-4/73, point 13.

²⁴ CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, aff. C-44/79, point 16.

²⁵ Ibidem, point 32.

²⁶ CJCE, 21 février 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, point 76.

²⁷ CJCE, 6 décembre 2005, ABNA, aff. jointes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, point 86.

²⁸ Ibidem, point 87.

²⁹ CJCE, 21 février 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, point 72.

fortement de la liberté d'entreprise. Celle-ci, bien que non reconnue dans la Convention Européenne des droits de l'Homme ou dans d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, n'est donc pas totalement inédite. Elle trouve son inspiration non seulement dans le droit des Etats membres mais aussi dans la jurisprudence de la Cour, elle-même inspirée par la doctrine constitutionnelle de ces Etats.

2) La cohabitation du principe général du droit et de l'article 16 de la Charte

Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} janvier 2009, traité qui accorde à la Charte la même valeur que les traités et qui lui reconnaît donc un caractère contraignant, s'est posée la question du maintien des principes généraux du droit. En effet, si ces derniers avaient permis à la Cour d'assurer, dès 1969, une protection aux droits fondamentaux, après son introduction dans le droit primaire de l'Union Européenne, la Charte est devenue comme le note Jean Paul Jacqué, « l'instrument principal de protection des droits de l'Homme »³⁰. Dès lors, quelle place accorder aux principes généraux du droit, et quel lien ceux-ci entretiennent-ils avec les droits reconnus dans la Charte ?

Cette question n'a pas été tranchée ni par le Traité sur l'Union Européenne (TUE) ni par la Charte des droits fondamentaux. En effet, dans cette dernière, aucune référence n'est faite aux principes généraux du droit, ni à leur valeur ou leur place dans le système juridique de l'Union après l'adoption du traité de Lisbonne. L'article 6 du TUE n'apporte pas plus de précisions. En effet, à côté d'un premier paragraphe venant reconnaître la Charte des droits fondamentaux, « laquelle a la même valeur juridique que les traités », subsiste une version à peine modifiée du paragraphe introduit par le traité de Maastricht. Ainsi, selon l'article 6 paragraphe 3 du TUE, « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne [des droits de l'Homme] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit ont donc a priori vocation à

³⁰ Jean Paul JACQUÉ, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après Lisbonne », *L'Europe des Libertés*, vol. 26, mai 2008, p. 2.

coexister.

Cette cohabitation a été à l'origine de nombreux débats. Proposant une simplification des différentes positions prises par les commentateurs de la Charte, Thierry Léonard identifie deux groupes distincts : les auteurs qui considèrent que la Charte a remplacé les principes généraux du droit ou du moins qu'elle constitue « une norme supérieure » à ces principes et ceux « prônant la coexistence des deux normes, sans hiérarchie, misant sur la complémentarité »³¹. Selon Jean Paul Jacqué, défenseur de cette complémentarité, si les principes généraux du droit peuvent dans certains cas « servir de guide à l'interprétation de certaines dispositions de la charte »³², ils permettent également à la Cour de reconnaître de nouveaux droits. Dès lors, si la Charte reste la norme principale, les principes généraux du droit apparaissent comme un outil permettant à la Cour de Justice de prendre en compte d'éventuelles innovations et donc d'assurer une protection à des droits nouvellement reconnus par les constitutions ou la jurisprudence constitutionnelle des Etats membres. Cette position est partagée par Peter Oliver³³ selon qui « l'article 6 paragraphe 3 du TUE permet d'établir une catégorie résiduelle de droits fondamentaux à laquelle la Cour peut se référer si elle constate un vide juridique que même une interprétation créative de la Charte ne peut venir combler »³⁴.

La liberté d'entreprise et le principe général qui l'a précédée n'échappent pas à cette controverse. Cependant, comme le note Thierry Léonard, l'enjeu du débat concernant l'article 16 « est sans doute à relativiser »³⁵. En effet, la formulation relativement large de cet article permet aisément d'englober les situations que protégeait le principe général du droit reconnu en 1974. De plus, même si la Cour n'a jamais explicitement tranché la question, force est de constater que dans les affaires traitées après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les références au principe général du droit dégagé en 1974 tendent à disparaître. Ainsi, dans l'arrêt *Scarlet Extended* de 2011, les juges de

³¹ Thierry LEONARD, op. cit., p. 90.

³² Jean Paul JACQUÉ, op. cit., p. 7.

³³ Peter OLIVER, « What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve? », dans, *General principles of EU law and European private law*, Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law, 2013, p. 284.

³⁴ Texte original : « Article 6(3) TEU is now the basis of a *residual* category of fundamental rights, to which the Court is likely to resort only in case of a gap in the fifty articles of the Charter that cannot be closed even by creative interpretation ».

³⁵ Thierry LEONARD, op. cit., p. 90.

Luxembourg font référence pour la première fois à l'article 16 de la Charte³⁶ sans jamais se référer à la jurisprudence antérieure. S'il peut arriver à la Cour de renvoyer au principe général du droit, comme c'est le cas dans l'arrêt *Deutsches Weintor* de 2012, et d'employer la notion de « libre exercice d'une activité professionnelle »³⁷, c'est avant tout pour expliciter et préciser la liberté d'entreprise, conformément à la logique de complémentarité décrite par Jean-Paul Jacqué. Dans le cas de l'article 16, la cohabitation avec un principe général préexistant ne semble donc pas poser de réels problèmes juridiques. Selon Peter Oliver³⁸, qui adopte une position encore plus radicale, la question n'a même pas lieu d'être posée. L'auteur considère en effet que « l'article 16 a remplacé le droit d'exercer librement une activité économique reconnu par la Cour comme principe général du droit »³⁹.

II) Une liberté au contenu extrêmement large

Inspirée par le droit des Etats membres et la jurisprudence de la Cour, la liberté d'entreprise n'est pas totalement nouvelle. Elle apparaît cependant plus protectrice que le principe général du droit et le droit des Etats membres dont elle est inspirée. Une analyse des explications de la Charte le prouve : la liberté d'entreprise bénéficie d'un contenu extrêmement large.

A) La liberté d'entreprise selon les explications de la Charte : une liberté à trois facettes

La lecture de l'article 16 de la Charte n'apporte aucune précision sur la notion de liberté d'entreprise, notion qui par ailleurs ne correspond à aucune autre appellation utilisée par la Cour dans sa jurisprudence. Un texte établi par le *praesidium* de la Convention ayant élaboré la Charte permet cependant de clarifier les dispositions contenues dans celle-ci : « les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux ». Etabli en même temps que la Charte en 2000 puis modifié en 2007, ce

³⁶ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, point 46.

³⁷ CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, point 54.

³⁸ Peter OLIVER, *op. cit.* p. 283.

³⁹ Texte original : "Article 16 seamlessly replaced the pre-existing fundamental right to conduct a business which had existed as a general principle of Union law"

texte, qui en soi n'a pas de valeur juridique, constitue, comme le précise son préambule, « un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte ». Les explications relatives à l'article 16, si elles paraissent à première vue relativement courtes, sont en réalité particulièrement éclairantes et permettent de mieux saisir le contenu de la liberté d'entreprise :

« Cet article se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice, qui a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale (voir les arrêts du 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold, rec. 1974, p. 491, point 14; et du 27 septembre 1979, aff. 230/78, SpA Eridania et autres, rec. 1979, p. 2749, points 20 et 31) et la liberté contractuelle (voir, entre autres, les arrêts Sukkerfabriken Nykoebing, aff. 151/78, rec. 1979, p. 1, point 19; 5 octobre 1999, Espagne c. Commission, C-240/97, rec. 1999, p. I-6571, point 99 des motifs), ainsi que sur l'article 119, paragraphes 1 et 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui reconnaît la concurrence libre. Ce droit s'exerce bien entendu dans le respect du droit de l'Union et des législations nationales. Il peut être soumis aux limitations prévues à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte ».

Selon ces explications, la liberté d'entreprise renvoie donc à trois droits distincts, deux se fondant sur la jurisprudence de la Cour, la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale ainsi que la liberté contractuelle, et un reposant sur les traités, la concurrence libre. Si la liberté définie par l'article 16 semble à la lecture de la Charte relativement vague, les explications nous donnent à voir une liberté au contenu extrêmement large, bien plus large que le principe général du droit énoncé en 1974, « une liberté à trois facettes »⁴⁰ qui vient protéger de nombreuses situations.

1) La liberté d'exercer une activité économique ou commerciale

Le libre exercice d'une activité économique ou commerciale est, selon les explications de la Charte, l'une des composantes de la liberté d'entreprise. Afin de définir pleinement ce droit issu de la jurisprudence, le texte renvoie à deux arrêts de la Cour : l'arrêt Nold de 1974 et l'arrêt SpA Eridania de 1979. Ces références, et en particulier la première d'entre elles, ne sont pas anodines. Comme le note Thierry Léonard, « la référence explicite du texte aux sources jurisprudentielles paraît indiquer que la valeur [de la liberté d'entreprise] est à comprendre dans la continuité de celle qui

⁴⁰ Thierry LEONARD, op. cit., p. 87.

lui était reconnue par la jurisprudence antérieure de la Cour, ainsi que dans celle des Etats membres »⁴¹. Ainsi, en citant l'arrêt Nold, les explications viennent faire le lien entre la liberté d'entreprise et le principe général du droit reconnu en 1974, et par conséquent clore le débat sur la coexistence de celui-ci et de l'article 16 de la Charte. En effet, ces deux normes qui partagent un objectif commun et protègent les mêmes situations sont réellement complémentaires. Le principe général du droit ne disparaît pas au profit de la liberté d'entreprise mais vient plutôt en expliciter le contenu et devient même une des composantes de celle-ci. La liberté définie à l'article 16 de la Charte s'inscrit dès lors dans la continuité du principe reconnu par la Cour sur la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.

La jurisprudence de la Cour basée sur le principe général du droit reconnu dans l'arrêt Nold avait cependant un défaut non négligeable : son inconstance. En effet, lorsqu'ils faisaient référence à celui-ci, les juges de Luxembourg utilisaient une grande variété de termes. Cela avait pour effet de rendre relativement flous les contours de ce principe et pouvait être à l'origine d'une certaine insécurité juridique. Les explications relatives à l'article 16 viennent résoudre ce problème. En effet, en faisant référence à « la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale », ces dernières viennent définitivement fixer un nom au principe général devenu composante de la liberté d'entreprise. Si cette dénomination est inspirée de l'arrêt Nold qui évoquait notamment « le libre exercice du commerce »⁴², elle trouve également son inspiration dans l'arrêt SpA Eridania auquel les explications font explicitement référence. En effet, à l'occasion de cette affaire, la Cour utilise pour la première fois le terme « exercice d'une activité économique »⁴³, terme que les rédacteurs des explications ont choisi de reprendre pour définir la première facette de la liberté d'entreprise.

2) La liberté contractuelle

Outre le libre exercice d'une activité économique ou commerciale, les explications relatives à la Charte viennent identifier une deuxième composante de la liberté

⁴¹ Ibidem, p. 88.

⁴² CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. C-4/73, point 14.

⁴³ CJCE, 27 septembre 1979, SpA Eridania, aff. C-230/78, point 20.

d'entreprise, elle aussi issue de la jurisprudence : la liberté contractuelle. C'est le premier indice d'une liberté au contenu large : celle-ci ne se limite pas au principe général du droit consacré par la Cour en 1974. En effet, elle vient également protéger une liberté reconnue par la Cour dès 1979 dans l'arrêt *Sukkerfabriken*, arrêt auquel les explications de la Charte font explicitement référence. Ainsi, dans cet arrêt la Cour évoque pour la première fois la « liberté de contracter »⁴⁴, liberté qui selon les juges ne peut subir des limitations que si celles-ci sont prévues par un texte venant préciser la procédure, les formes et les autorités compétentes pour mener à bien une telle atteinte aux relations contractuelles. La Cour est venue confirmer son jugement et reconnaître encore plus explicitement la liberté contractuelle dans son arrêt *Espagne contre Commission*, également cité par les explications de l'article 16. Ainsi, selon la Cour, « le droit des parties de modifier les contrats qu'elles ont conclus repose sur le principe de la liberté contractuelle et ne saurait, dès lors, être limité en l'absence d'une réglementation communautaire instaurant des restrictions spécifiques à cet égard »⁴⁵. Si la Cour reconnaît la liberté contractuelle comme un principe dont les institutions ne peuvent disposer librement, elle ne dit cependant rien sur le caractère fondamental de cette liberté et ne fait pas explicitement référence aux principes généraux du droit. Ce doute quant au statut de cette liberté est cependant levé par les explications relatives à la Charte qui, en en faisant l'une des composantes de la liberté d'entreprise, font d'elle une liberté bénéficiant des mêmes garanties que les droits fondamentaux.

Se basant sur une jurisprudence déjà bien établie, la Cour est venue, son arrêt *Sky Österreich*, apporter des précisions quant au contenu de la liberté contractuelle. Dans ce même arrêt, la Cour constate en effet que « la liberté contractuelle comprend, notamment, le libre choix du partenaire économique [...] ainsi que la liberté de déterminer le prix pour une prestation »⁴⁶. Permettant d'identifier les situations dans lesquelles la liberté contractuelle trouve à s'appliquer, ces précisions facilitent la mise en œuvre de cette liberté et donc sa protection. Toute mesure venant porter atteinte au libre choix du partenaire économique ou à la liberté de déterminer le prix d'une prestation serait ainsi contraire à la liberté contractuelle et donc à la liberté d'entreprise.

⁴⁴ CJCE, 16 janvier 1979, *Sukkerfabriken Nykoebing*, aff. C-151/78, point 20.

⁴⁵ CJCE, 5 octobre 1999, *Espagne c. Commission*, aff. C-240/97, point 99.

⁴⁶ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, point 43.

3) La concurrence libre

Si les deux premières composantes de la liberté d'entreprise sont d'origine jurisprudentielle, la concurrence libre trouve quant à elle son origine dans les traités. Ainsi, les explications renvoient au paragraphe 1 de l'article 119 du TFUE selon lequel « l'action des États membres et de l'Union comporte [...] l'instauration d'une politique économique [...] conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre » ainsi qu'au paragraphe 3 du même article qui dispose que « cette action des États membres et de l'Union implique le respect des principes directeurs suivants: prix stables, finances publiques et conditions monétaires saines et balance des paiements stable ». Cet article n'est pas nouveau : il reprend à peu de choses près les mêmes mots que son prédécesseur, l'article 4 du Traité instituant la Communauté européenne, article sur lequel la première version des explications relatives à l'article 16 se basait pour reconnaître non pas la concurrence libre mais « la liberté de concurrence ». Toutefois, le texte de l'article 119 du TFUE étant très proche de celui de l'article 4 du TCE, cette modification opérée dans les explications ne change a priori rien au contenu de cette composante de la liberté d'entreprise.

L'article 16 protège donc, sur la base des dispositions du traité, un droit à la libre concurrence. La référence à cette liberté dans les explications relatives à l'article 16 de la Charte vient rappeler l'importance de la concurrence au sein de l'Union Européenne, notamment dans le cadre du marché intérieur. En effet, une concurrence libre apparaît essentielle pour assurer le bon fonctionnement de l'économie et l'intégration des marchés. Comme le note Peter Oliver⁴⁷, « cette reconnaissance est d'autant plus importante que le traité de Lisbonne est venu supprimer la référence à la concurrence non faussée présente à l'article 3 paragraphe 1 du TCE »⁴⁸. Cette suppression résulte d'une demande de la France qui, comme le note le Sénateur Jean François Poncet dans son rapport sur le traité de Lisbonne, « a entendu par-là souligner que la concurrence n'est pas une fin en soi, mais un moyen au service d'objectifs plus généraux »⁴⁹. Il

⁴⁷ Peter OLIVER, *op. cit.* p. 287.

⁴⁸ Texte original : "This is all the more important in that – as is well known – the Treaty of Lisbon removed the reference to competition policy which had been in Article 3(1) TEC"

⁴⁹ Sénat, Commission des affaires étrangères, rapport n° 288 : « Le traité de Lisbonne », présenté par Jean François Poncet, 30 janvier 2008, p. 18.

convient cependant de noter que cette suppression ne modifie en rien les règles du droit européen de la concurrence, d'autant plus que le protocole n°6 annexé au Traité de Lisbonne précise que « le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du traité sur l'Union Européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée ». Cette modification du traité, si elle est politiquement significative, n'a donc pas de réelle influence juridique.

Quoi qu'il en soit, cette troisième facette de la liberté d'entreprise vient considérablement étendre le contenu et la valeur de la liberté d'entreprise. Si la liberté d'entreprise vient protéger les situations individuelles, elle apparaît aussi comme un moyen de garantir le fonctionnement de l'économie de marché et la stabilité des prix. Par ailleurs, cette liberté de concurrence apparaît comme un moyen de garantir la réalisation concrète des deux autres composantes de la liberté reconnue à l'article 16 de la Charte. En effet, assurer la libre concurrence, c'est permettre à chacun d'exercer librement son activité et de contracter comme il le souhaite, sans qu'aucune intervention de l'Etat ne puisse venir restreindre ces libertés.

B) Une liberté protégeant davantage de droits que les constitutions des Etats membres

La liberté d'entreprise telle qu'elle est décrite dans les explications relatives à la Charte apparaît donc comme un droit fondamental au contenu extrêmement large. Protégeant non seulement le libre exercice d'une activité économique ou commerciale, comme le faisait le principe général reconnu par la Cour en 1974, elle vient également apporter des garanties à la liberté contractuelle et à la concurrence libre. Elle semble donc bien plus protectrice que ne pouvait l'être son prédécesseur. L'étude des droits nationaux confirme ce constat : la liberté d'entreprise au sens de l'article 16 a un contenu plus large que les libertés reconnues similaires par les Etats membres. Elle vient par ailleurs protéger des droits qui ne sont que très peu présents dans les constitutions des Etats membres. En effet, si le libre exercice d'une activité économique est présent dans la majorité des ordres constitutionnels nationaux, la liberté contractuelle et la concurrence libre se voient beaucoup moins souvent accorder une valeur

constitutionnelle et ne sont donc par conséquent que très rarement considérées par les Etats membres comme des composantes de la liberté d'entreprise.

1) Le libre exercice d'une activité économique, un droit classiquement reconnu

Selon l'Agence des droits fondamentaux, sur les 28 Etats membres de l'Union Européenne, vingt-deux accordent au libre exercice d'une activité économique ou commerciale une valeur constitutionnelle. Ce chiffre n'est pas sans rappeler celui du nombre d'Etat reconnaissant, sous une forme ou sous une autre, la liberté d'entreprise. Ceci n'est pas un hasard. Ainsi, que celles-ci soit nommées « liberté d'entreprise », « liberté d'initiative économique », « liberté du commerce » ou encore « liberté d'entreprendre », les libertés reconnues dans les Etats membres, et qui sont a priori semblables à la liberté d'entreprise, garantissent, elles aussi, le libre exercice d'une activité économique ou commerciale. En France par exemple, comme le soulignent les auteurs de l'ouvrage *Droit des libertés fondamentales*, « la liberté d'entreprendre permet le libre exercice de toute activité économique »⁵⁰. On retrouve donc bien en droit français la première composante de la liberté d'entreprise. Le Conseil constitutionnel est d'ailleurs venu préciser le contenu de cette liberté dans une décision relative aux corporations d'Alsace-Moselle du 30 novembre 2012 : « la liberté d'entreprendre comprend 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 »⁵¹.

Cette reconnaissance de la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale dans la majorité des Etats n'est pas une surprise. C'est justement sa présence dans les constitutions de nombreux Etats membres qui avait permis à la Cour de consacrer, dès 1974, cette liberté en tant que principe général du droit. La tradition constitutionnelle qu'évoquait la Cour renvoyait ainsi à la présence massive de cette liberté dans les ordres juridiques nationaux. Avec cette première composante, l'article

⁵⁰ Louis FAVOREU et al., op. cit.

⁵¹ Conseil constitutionnel, 30 novembre 2012, décision n° 2012-285 QPC, *Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle*, cons. 7.

16 de la Charte vient ainsi protéger un droit classiquement reconnu dans les Etats membres et consacré relativement tôt par la Cour. Ce n'est donc pas sur ce terrain-là que vient jouer l'élargissement opéré par la Charte des droits fondamentaux.

2) Liberté contractuelle et libre concurrence, des libertés nettement moins protégées

Si la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale est consacrée dans l'ordre constitutionnel de nombreux Etats membres, la liberté contractuelle et la concurrence libre ne bénéficient pas d'une telle reconnaissance unanime. Comme le constate l'Agence des droits fondamentaux, rares sont les Etats qui reconnaissent les trois composantes de l'article 16 de la Charte. Ainsi, la liberté d'entreprise, telle qu'elle est reconnue dans les Etats membres, ne renvoie en général qu'au libre exercice des activités économiques. Quelques Etats reconnaissent à cette liberté une deuxième facette. C'est notamment le cas de la Bulgarie ou de la Roumanie pour qui la liberté d'entreprise renvoie au libre exercice des activités économiques mais aussi à la concurrence libre. Ainsi, la constitution bulgare dans son article 19 alinéa 2 prévoit que « la loi crée et garantit à tous les citoyens et personnes morales des droits juridiques égaux pour l'exercice d'une activité économique, en prévenant l'abus du monopole, la concurrence déloyale et en protégeant les producteurs ». Ces deux pays, qui par ailleurs ne reconnaissent pas la troisième composante de la liberté d'entreprise, font cependant figure d'exception. Le contenu des libertés économiques reconnues dans les Etats membres et ayant inspiré l'article 16, quels que soient leurs noms ou la valeur qui lui leur accordée, n'est donc pratiquement jamais aussi large que celui de la liberté d'entreprise reconnue dans la Charte des droits fondamentaux.

De plus, au-delà de la question de l'inclusion de ces deux libertés dans la liberté d'entreprise, force est de constater que les Etats membres n'accordent pas aussi souvent à ces deux libertés la même protection qu'au libre exercice d'une activité économique. Ces deux libertés se voient en effet beaucoup moins souvent accorder une valeur constitutionnelle. Ainsi, comme le note l'Agence des droits fondamentaux la libre concurrence n'est explicitement reconnue que dans 11 constitutions. A titre d'exemple,

l'article 46 constitution de la constitution lettonne dispose : « La loi interdit de monopoliser la production et le marché et protège la libre concurrence ». En France cependant, comme le note Gabriel Eckert, le Conseil constitutionnel ne semble vouloir faire de la libre concurrence « ni un principe propre, ni une exigence particulière »⁵². La liberté contractuelle quant à elle ne figure explicitement dans la constitution que d'un seul Etat membre : Chypre. Ainsi, selon l'article 26 alinéa 1 de la constitution chypriote, « chacun a le droit de négocier librement tout contrat, sans préjudice des conditions, limitations ou restrictions établies conformément aux principes généraux du droit des contrats ». Ainsi, concurrence libre et liberté contractuelle sont bien moins reconnues par les Etats membres que la première facette de la liberté d'entreprise.

De par son contenu extrêmement large, l'article 16 vient donc protéger d'avantages de droits que la majorité des constitutions des Etats membres. Dès lors, ce n'est pas sa reconnaissance *stricto sensu* dans la Charte qui fait de la liberté d'entreprise une liberté inédite mais bel et bien son contenu extrêmement large. Celui-ci permet à la liberté d'entreprise de protéger de très nombreuses situations.

⁵² Gabriel ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, n° 718, avril 2014, p. 8.

Section 2 : La liberté d'entreprise, vecteur de développement économique et de l'approfondissement du marché intérieur.

La liberté d'entreprise telle qu'elle est reconnue dans la Charte des droits fondamentaux bénéficie d'un contenu extrêmement large. Celui-ci lui permet de protéger de nombreuses situations et fait donc de cette liberté une liberté puissante. Mais la liberté d'entreprise ne se limite pas à cela. En effet, elle peut aussi être réellement utile. Ainsi, en ce qu'elle vient protéger l'initiative économique privée, cette liberté peut avoir un rôle à jouer en dehors des tribunaux et venir dès lors servir l'économie et le marché intérieur.

I) Une liberté au service de l'économie, de la croissance et de l'entrepreneuriat

La liberté d'entreprise en tant que droit devant être promu, et pas seulement respecté ou protégé, dispose d'une fonction habilitante. Cela lui permet de devenir un réel outil de développement économique venant soutenir les politiques menées par les institutions et les Etats membres.

A) La liberté d'entreprise, un outil de développement économique

Le rôle des droits fondamentaux ne se limite pas à celui de bouclier et leur cadre d'action dépasse celui des procès devant la Cour. Dès lors, en ce qu'elle garantit trois droits extrêmement importants en matière de développement économique, la liberté d'entreprise permet de favoriser, au-delà des situations individuelles, l'initiative économique et l'entrepreneuriat.

1) La « fonction habilitante » des droits fondamentaux

En vertu de l'article 51 paragraphe 1 de la Charte, les institutions et organes de l'Union Européenne ainsi que les Etats membres lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union » se doivent de respecter les droits et principes qui figurent dans la Charte des droits fondamentaux, parmi lesquels la liberté d'entreprise reconnue à l'article 16.

Dès lors, comme le note l'avocat général Pedro Cruz Villalón dans ses conclusions de l'affaire *Alemo-Herron*, « la liberté d'entreprise opère comme une limite à l'action de l'Union dans sa fonction législative et exécutive, comme à celle des États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union »⁵³. Cependant, l'article 51 paragraphe 1 précise également que les institutions et les États doivent promouvoir l'application des droits établis par la Charte. Quand elles agissent, les autorités concernées sont donc tenues de prendre en considération les droits fondamentaux, sans forcément attendre qu'une intervention de la Cour viennent limiter leur action. Comme le note Peter Olivier⁵⁴, « le simple fait que l'article 16 figure dans la Charte signifie que toutes les autorités publiques qui agissent dans le cadre du droit de l'Union, en particulier le législateur européen, doivent prendre pleinement en compte la liberté d'entreprise »⁵⁵.

Dans son rapport annuel de 2013, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne défend cette vision des droits fondamentaux. Selon cette agence, il est en effet nécessaire de tenir compte des droits fondamentaux au-delà des limites que ceux-ci peuvent venir poser aux actions menées, notamment en favorisant la mise en place de politiques visant à promouvoir et défendre ces droits :

« Les droits fondamentaux ne devraient pas être réduits à une simple fonction consistant à imposer des limites à la législation et à l'administration publique. Ils ont un « double rôle », servant de « bouclier », mais agissant également comme une « épée » dotée d'une fonction habilitante et capable d'orienter la création, l'adoption et la mise en œuvre de certaines initiatives, en défendant de la sorte des violations potentielles »⁵⁶.

Le rôle des droits fondamentaux ne se limite donc pas à celui de barrière. Susceptibles de venir limiter et encadrer les actes pris par les institutions ou les États membres, ces droits peuvent également inspirer de nouvelles politiques. Dès lors, l'article 16, au-delà de sa capacité à être mobilisé devant la Cour de Justice, peut aussi

⁵³ CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, aff. C-426/11, conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, point 50.

⁵⁴ Peter OLIVER, op. cit. p. 299.

⁵⁵ Texte original : “ the mere fact that Article 16 features in the Charter means that all public authorities acting within the scope of EU law – and in particular the Union legislator – are required to take full account of the freedom to conduct a business”.

⁵⁶ Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, « Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2013 », Juin 2014.

être vu comme un réel outil de développement économique venant influencer et guider les actions menées par les autorités publiques.

2) L'article 16, véritable garantie de l'entrepreneuriat et de l'activité économique

Doté d'une réelle fonction habilitante, l'article 16 de la Charte, qui selon l'Agence des droits fondamentaux introduit un concept crucial pour la société moderne, a un rôle à jouer en dehors des tribunaux. Comme le note Andrea Usai⁵⁷, « si la liberté d'entreprise est avant tout un droit individuel, elle vient aussi servir un but socialement utile »⁵⁸. En effet, compte tenu des droits qu'elle vient protéger, la liberté d'entreprise, si elle est mise en valeur et prise en compte par les institutions ou les Etats membres, peut participer, plus que n'importe quel autre droit contenu dans la Charte, au développement économique. Donner toute son importance à la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, mais aussi à la liberté contractuelle et à la libre concurrence, et faire en sorte que chaque citoyen de l'Union puisse jouir pleinement de ces droits, revient à promouvoir l'esprit d'entreprise et à favoriser l'entrepreneuriat.

Cette vision de l'article 16 comme outil permettant de garantir le développement économique a été développée aussi bien par l'Agence des droits fondamentaux que par l'avocat général à la Cour de Justice, Pedro Cruz Villalón. En effet, si dans les conclusions de l'affaire Alemo-Herron, ce dernier vient définir la liberté d'entreprise, en retraçant notamment son origine et en la distinguant d'autres droits, en particulier le droit de propriété, il vient également en présenter la fonction majeure. Ainsi, selon lui « la liberté d'entreprise [...] opère comme une garantie de l'initiative et de l'activité économique, évidemment soumise à des limitations, mais assurant en tout état de cause l'existence de conditions minimales d'action économique sur le marché intérieur »⁵⁹. Cette analyse est partagée par l'Agence des droits fondamentaux qui dès l'introduction du rapport qu'elle dédie exclusivement à la liberté d'entreprise, et avant même d'en

⁵⁷ Andrea USAI, « The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration », *German Law Journal*, vol. 14, septembre 2013, p. 1869.

⁵⁸ Texte original : "it will be argued that although the right to economic initiative is an individual right [...], it also serves a "socially useful" purpose".

⁵⁹ CJUE, 18 juillet 2013, Alemo-Herron, aff. C-426/11, conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, point 50.

expliciter le contenu ou d'en évoquer les sources, vient présenter l'article 16 comme une des solutions possibles à la relance de l'économie. Cette agence, qui a vocation à conseiller les institutions et les Etats membres en matière de droits fondamentaux, souhaite ainsi démontrer que dans un contexte où de nombreux Etats cherchent encore à surmonter les effets de la crise, la liberté d'entreprise peut être particulièrement utile, notamment dans la perspective d'une augmentation de la croissance. Ainsi, comme le précise le rapport de 2015⁶⁰, « respecter cette liberté peut aider à réduire le chômage, à encourager l'entrepreneuriat ainsi que l'innovation et donc favoriser une croissance inclusive »⁶¹.

B) La mise en place de politiques favorisant la promotion de la liberté d'entreprise

Pour que la fonction de la liberté d'entreprise soit pleinement effective et que celle-ci puisse effectivement venir favoriser la croissance, encore faut-il que les institutions ou les Etats membres mettent en place des politiques visant à la promouvoir. Comme le note l'Agence des droits fondamentaux⁶², « de nombreux instruments mis en place par les institutions de l'Union visent à fournir un environnement économique propice au développement du commerce »⁶³. Deux d'entre eux semblent particulièrement promouvoir, au moins indirectement, la liberté d'entreprise : la stratégie « Europe 2020 » et le plan d'action « Entrepreneuriat 2020 ».

1) « Europe 2020 », une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive

Explicitée dans une communication publiée en mars 2010, « Europe 2020 » est une stratégie mise en place par la Commission visant à créer « les conditions d'une sortie de crise réussie »⁶⁴. Si cette politique a été conçue comme une réponse à la crise, elle a aussi pour but de fournir à l'Union Européenne et aux Etats membres les outils

⁶⁰ Ibidem, p. 7.

⁶¹ Texte original : "Respect for the freedom to conduct a business can help to reduce unemployment, spur entrepreneurship and innovation, and support inclusive growth".

⁶² Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, "Freedom to conduct a business", op. cit., p. 12.

⁶³ Texte original : "The need to provide a stable economic environment conducive to the development of business is emphasised throughout a wide range of EU instruments"

⁶⁴ Commission Européenne, Communication, « Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », 3 mars 2010, p.2.

permettant de surmonter les défis d'une économie de plus en mondialisée et compétitive. Un certain nombre d'objectifs sont ainsi définis dans ce texte, parmi lesquels l'emploi, l'innovation, la protection de l'environnement, l'enseignement et l'inclusion sociale. Selon la Commission, la réalisation effective de ces objectifs suppose la prise en compte de priorités : une croissance intelligente, dont la réussite suppose le développement d'une « économie fondée sur la connaissance et l'innovation »⁶⁵, une croissance durable nécessitant la promotion d'une « économie plus efficace dans l'utilisation des ressources, plus verte et plus compétitive »⁶⁶, et une croissance inclusive visant à « encourager une économie à fort taux d'emploi favorisant la cohésion économique, sociale et territoriale »⁶⁷.

Il convient de noter que dans la communication de la Commission, aucun lien direct n'est fait entre les objectifs et les priorités d'Europe 2020 et la liberté d'entreprise. Cependant, en établissant les bases d'une économie favorisant notamment l'investissement et la création d'emplois, cette stratégie vient indirectement promouvoir la liberté d'entreprise. Par ailleurs, bien qu'aucune référence ne soit faite à la liberté d'entreprise aussi bien au niveau de l'Union que dans les politiques nationales inspirées par Europe 2020, la liberté d'entreprise apparaît comme un outil au service de la politique définie par la Commission. En effet, respecter la liberté d'exercer une activité économique et commerciale, la liberté contractuelle et la libre concurrence pourrait permettre aux Etats membres de surmonter les obstacles au développement économique et à la compétitivité identifiés par la Commission. De plus, comme le note l'Agence des droits fondamentaux⁶⁸, « l'article 16 de la Charte peut contribuer à la réalisation des objectifs établis dans cette stratégie »⁶⁹, en particulier ceux liés à la promotion de l'emploi et de l'innovation. Enfin, la liberté d'entreprise, en ce qu'elle favorise le développement des activités économiques, peut avoir un réel rôle à jouer dans la réalisation d'une croissance inclusive.

⁶⁵ Ibidem, p. 11.

⁶⁶ Ibidem p. 12.

⁶⁷ Ibidem p. 12.

⁶⁸ Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, "Freedom to conduct a business", op. cit., p. 51.

⁶⁹ Texte original : "The right of freedom to conduct a business can contribute to the achievement of the strategic goals set out in the Europe 2020 growth strategy".

Même sans lien ni référence directe, la liberté d'entreprise a donc toute son importance dans le cadre d'Europe 2020. La mise en place de cette stratégie fixant des objectifs concrets et visant à coordonner les politiques économiques des Etats membres illustre le rôle que l'article 16 peut avoir en dehors des tribunaux. Véritable outil de développement économique, cet article vient plus orienter que limiter les actions menées par les institutions. Cette fonction de guide de la liberté d'entreprise et la capacité d'une politique à promouvoir ce droit fondamental trouvent une illustration encore plus convaincante dans le plan Entrepreneurariat 2020.

2) Entrepreneurariat 2020, un plan d'action visant à raviver l'esprit d'entreprise en Europe

Dans le cadre de la stratégie Europe 2020, la Commission européenne a adopté en janvier 2013 un plan d'action nommé Entrepreneurariat 2020. Partant du constat qu'un nombre plus important d'entrepreneurs peut permettre à l'Union Européenne de « renouer avec la croissance et retrouver un niveau d'emploi élevé »⁷⁰, les institutions ont tenu, par ce plan, à promouvoir mais aussi et surtout faciliter la création d'entreprises. L'objectif est donc clair : promouvoir l'entrepreneuriat, ce « puissant moteur de croissance économique »⁷¹ qui favorise le développement de nouvelles activités économiques, vient créer des emplois et permet de dégager davantage de revenus. Pour ce faire, le plan Entrepreneurariat 2020 repose sur trois piliers définis dans une communication de la Commission : la promotion « de l'éducation et de la formation à l'entrepreneuriat afin de soutenir la croissance et la création d'entreprises »⁷², la création d'un « environnement dans lequel les entrepreneurs peuvent prospérer et se développer »⁷³ et la mise en avant « de modèles à suivre et l'inclusion de groupes spécifiques »⁷⁴.

De la même façon que pour la stratégie Europe 2020, le plan Entrepreneurariat 2020 ainsi que les actes pris par les Etats membres pour l'appliquer ne mentionne nullement

⁷⁰ Commission Européenne, Communication, « Plan d'action Entrepreneurariat 2020, raviver l'esprit d'entreprise en Europe », 9 janvier 2010, p.3.

⁷¹ Ibidem, p.3

⁷² Ibidem, p. 6.

⁷³ Ibidem, p. 9

⁷⁴ Ibidem, p. 24

l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux. Cependant, le lien entre cet article et la politique définie par la Commission ne fait aucun doute. En promouvant l'entrepreneuriat, ce plan d'action vient inévitablement promouvoir la liberté d'entreprise. La création d'un environnement juridique et économique favorable aux initiatives individuelles et à la création de nouvelles activités économiques permet en effet à chaque individu de pouvoir bénéficier au mieux des droits garantis par la liberté d'entreprise. De plus, en mettant l'accent sur certains groupes, en particulier les femmes, les migrants et les personnes handicapées, cette politique vient rendre possible la création par tous les citoyens d'une entreprise et par conséquent vient s'assurer que chacun puisse librement exercer une activité économique et commerciale.

Si l'entrepreneuriat est présenté comme une réelle solution, pour que celui-ci soit effectivement créateur de croissance, la Commission reconnaît que « l'Europe a besoin d'un profond changement culturel »⁷⁵. Il est en effet nécessaire de redorer l'image de l'entrepreneuriat, de valoriser la réussite individuelle et de mettre en avant « les contributions des entrepreneurs à la prospérité européenne »⁷⁶. Compte tenu de son caractère relativement inédit, de son contenu extrêmement large et de sa capacité à favoriser le développement économique et l'entrepreneuriat, la liberté d'entreprise peut être considérée comme l'un des éléments essentiels de cette nécessaire révolution culturelle. L'Agence des droits fondamentaux, qui dans son rapport propose aux institutions une vision inédite de l'article 16, défend cette position :

« L'incorporation de la liberté d'entreprise dans la liste des droits fondamentaux consacrés par la Charte peut être vue comme l'un des premiers symptômes de cette nouvelle approche, approche qui pourrait éventuellement considérer cette liberté comme vitale pour la prospérité future de l'Union Européenne »⁷⁷

Dès lors, l'article 16 et le plan Entrepreneuriat 2020 se complètent : si la politique de la Commission vient promouvoir la liberté d'entreprise, notamment en instaurant

⁷⁵ Ibidem, p. 5.

⁷⁶ Ibidem, p. 31.

⁷⁷ Texte original : "the incorporation of the freedom the freedom to conduct a business into the list of fundamental rights enshrined in the Charter can be seen as one of the first symptoms of this new approach that could eventually see freedom to conduct a business as vital for the EU's future prosperity".

un environnement propice à la jouissance par chacun de ce droit fondamental, celle-ci vient elle-même servir le plan d'action en participant à la création d'un cadre intellectuel favorable à l'initiative économique et à l'entrepreneuriat. L'article 16 vient donc pleinement jouer son rôle d'outil de développement de l'activité économique.

II) Une liberté au service de l'intégration et du marché intérieur

Si liberté d'entreprise peut être considérée comme un réel outil de développement économique au service des politiques menées par la Commission, elle semble également être en mesure de servir l'intégration des marchés en venant utilement compléter les libertés fondamentales, véritables piliers du marché intérieur, et le droit de la concurrence. En effet, si ceux-ci viennent garantir à l'article 16 de la Charte une effectivité pleine et entière, la liberté d'entreprise elle-même peut venir renforcer, compléter voire affiner les règles régissant le marché intérieur.

A) Liberté d'entreprise et libertés de circulation : une complémentarité bénéfique pour le marché intérieur

Instauré dès 1957, le marché intérieur, qui permet « à 500 millions d'Européens d'avoir accès aux biens, aux services, aux emplois, aux débouchés économiques et à la richesse culturelle de vingt-huit États membres »⁷⁸, constitue encore aujourd'hui le cœur du projet européen. Il repose sur quatre libertés fondamentales : la liberté de circulation des marchandises, des capitaux, des personnes et des services. Si des conflits peuvent exister entre certains droits fondamentaux, notamment les droits sociaux, et ces quatre libertés économiques, l'article 16 ne semble en aucun cas être concerné par de telles oppositions. En effet, en ce qu'elles participent au développement des activités économiques et à l'approfondissement du marché intérieur, liberté d'entreprise et libertés fondamentales s'avèrent être tout à fait compatibles voire même, dans certaines situations, complémentaires.

⁷⁸ Mariusz MACIEJEWSKI et Louis DANCOURT, « Fiches techniques sur l'Union européenne - Le marché intérieur : principes généraux », *Parlement européen à votre service*, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.1.html> (consulté le 31 mai 2017).

1) Les libertés fondamentales, piliers du marché intérieur

Objet central du traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome le 25 mars 1957, le marché commun avait en réalité commencé à se construire dès l'adoption du traité venant créer la Communauté européenne du charbon et de l'acier. En effet, selon l'article 1^{er} de ce traité signé le 18 avril 1951 à Paris, la CECA est « fondée sur un marché commun, des objectifs communs et des institutions communes ». Le traité de Rome reprend cette notion et vient faire de ce marché commun le moteur de la Communauté nouvellement créée. Ainsi, l'article 2 du TCEE dispose :

« La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit ».

Si le marché commun apparaît donc comme le principal moyen de réaliser une « union sans cesse plus étroite entre les peuples européens », sa mise en place concrète passe par l'instauration d'une union douanière ainsi que par l'abolition de tous les obstacles aux échanges entre les Etats membres. Ainsi, comme l'explique la Cour dans son arrêt Schul de 1982, « la notion de marché commun [...] vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur »⁷⁹. Si la Cour vient identifier la suppression des entraves comme l'objectif majeur du marché commun, l'intérêt de cet arrêt réside également dans l'utilisation, dès 1982, de l'expression « marché intérieur ». Celle-ci sera en effet reprise quatre ans plus tard dans l'Acte unique européen.

Ainsi, après l'entrée en vigueur de ce traité signé les 17 et 28 février 1986, la référence au « marché commun » disparaît au profit de la notion de « marché intérieur », dont la réalisation est prévue avant la fin de l'année 1992. Par ailleurs,

⁷⁹ CJCE, 5 mai 1982, Schul, aff. C-15/81, point 33.

l'Acte unique européen, dans son article 13 venant modifier l'article 8 du TCEE, vient préciser la notion de marché intérieur et ainsi définir les quatre libertés sur lesquelles celui-ci se fonde : « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ». Si la version originale du TCEE prévoyait des mesures visant à permettre aux marchandises de circuler librement, notamment l'union douanière, et s'il avait reconnu, dans son article 3, la nécessité d'abolir les obstacles « à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux », avec l'Acte unique, ces libertés acquièrent un tout autre statut. Elles deviennent la base du marché intérieur, les piliers sur lesquels celui-ci repose. On les qualifie d'ailleurs de libertés fondamentales. Leur fundamentalité a très tôt été reconnue par la Cour, et confirmée dans de nombreux arrêts, dont l'arrêt *Fidium Finanz* de 2006 par exemple, dans lequel les juges viennent par ailleurs préciser qu'il n'existe aucune hiérarchie entre ces libertés⁸⁰.

Les libertés fondamentales sont aujourd'hui reconnues à l'article 26 du TFUE, dans des termes similaires à ceux de l'Acte unique européen. La libre circulation des marchandises, à laquelle un titre entier est consacré, le titre II, repose avant tout sur la réalisation d'une union douanière⁸¹ et sur l'interdiction des restrictions quantitatives et toute mesure d'effet équivalent⁸². Les trois autres libertés sont réunies dans le titre IV du TFUE. La libre circulation des personnes s'applique aussi bien aux travailleurs, qui peuvent librement se déplacer, séjourner et exercer une activité professionnelle dans un autre Etat membre que le leur⁸³, qu'aux indépendants et personnes morales, qui bénéficient d'une liberté d'établissement⁸⁴, c'est à dire la possibilité d'accéder aux activités non salariées ainsi que de constituer ou gérer une entreprise dans un autre Etat membre, et ce dans les conditions définies par les règles de l'Etat d'accueil. La libre circulation des services repose quant à elle sur la libre prestation de services⁸⁵, qui permet à tout ressortissant d'un Etat membre de fournir librement des services, c'est à

⁸⁰ CJCE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz*, aff. C-452/04, point 32.

⁸¹ Article 28 du TFUE.

⁸² Articles 34 et 35 du TFUE.

⁸³ Article 45 du TFUE.

⁸⁴ Article 49 du TFUE.

⁸⁵ Article 46 du TFUE.

dire « toutes les prestations fournies normalement contre rémunération »⁸⁶ dans un autre Etat. Enfin, la libre circulation des capitaux vient protéger les mouvements de capitaux ainsi que les paiements entre les Etats membres mais aussi entre les Etats membres et les Etats tiers⁸⁷. Les libertés fondamentales, qui ont pour objectif principal de venir supprimer les frontières et décloisonner les marchés nationaux, sont donc bel et bien les piliers du marché intérieur.

2) L'article 16, garant d'une protection accrue des libertés de circulation

Comme le souligne Grégory Godiveau et Stéphane Leclerc, « bon nombre des dispositions de la Charte des droits fondamentaux intéressent directement [les] libertés de circulation »⁸⁸. Parmi celles-ci les deux auteurs en identifient une en particulier : l'article 16. En effet la liberté d'entreprise et les libertés fondamentales sont réellement complémentaires. Ainsi, en venant assurer l'existence d'un marché sans frontières ni entraves, et en permettant à chacun de pouvoir fonder une entreprise ou exercer librement une activité dans n'importe quel Etat membre, les libertés de circulation permettent à la liberté d'entreprise d'être pleinement effective. Grace à ces libertés, chacun peut, dans le cadre du marché intérieur, exercer librement une activité économique ou commerciale. Comme le note Andrea Usai⁸⁹, « il n'y aurait certainement aucun droit à l'initiative économique dans le système légal de l'union sans un marché intérieur dans lequel exercer ce droit »⁹⁰.

Si les libertés fondamentales peuvent venir servir la liberté d'entreprise, l'inverse est également vrai. Tout d'abord, l'article 16 a vocation à s'appliquer à toute personne, qu'elle soit physique ou morale, et ce sans condition de nationalité ou de citoyenneté. À la différence de la libre circulation des personnes et des services notamment, le bénéfice de cette liberté n'est donc a priori pas réservé aux ressortissants des Etats membres. Par ailleurs, contrairement à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services,

⁸⁶ Article 57 du TFUE.

⁸⁷ Article 63 du TFUE.

⁸⁸ Grégory GODIVEAU et Stéphane LECLERC, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, France, Gualino - Lextenso éditions, 2016, p.19.

⁸⁹ Andrea Usai, op. cit., p. 1877.

⁹⁰ Texte original : « There would certainly be no meaningful right to economic initiative in the EU legal order without an internal market within which to exercise that right »

l'application de l'article 16 ne suppose pas de mouvement d'un Etat membre à un autre. Comme le suggère Andrea Usai, la liberté d'entreprise peut dès lors apparaître comme un outil permettant de venir limiter les discriminations à rebours, souvent très pénalisantes pour les producteurs nationaux.

En protégeant des situations que les libertés de circulation ne couvrent pas, l'article 16 semble donc capable d'étendre les bénéfices de ces libertés et d'assurer leur protection dans davantage de contextes. La liberté d'entreprise apparaît alors comme le garant d'une protection accrue des libertés de circulation et vient par conséquent servir le marché intérieur.

B) Liberté d'entreprise et droit de la concurrence : deux instruments venant servir le marché intérieur

Si la liberté d'entreprise apparaît comme un réel complément aux libertés économiques qui viennent structurer le marché intérieur, elle peut également compléter l'autre pilier sur lequel repose ce marché : le droit de la concurrence. En effet, celui-ci et la liberté d'entreprise sont extrêmement complémentaires et partagent un objectif commun : l'approfondissement et la protection du marché unique.

1) La politique de concurrence au sein de l'Union Européenne

Alors que la volonté principale des Etats participant aux discussions précédant l'adoption du Traité de Rome était de mettre en place un marché commun, ceux-ci ont très vite reconnu la nécessité d'adopter des règles visant à contrôler les pratiques anticoncurrentielles. Comme le constate l'OCDE dans son rapport dédié au droit et à la politique de concurrence dans l'Union Européenne, « les documents préparatoires [du TCEE] décrivent les problèmes posés par les monopoles et le besoin de règles pour lutter contre les discriminations, les partages de marché et les pratiques éliminant la production ou les technologies concurrentes »⁹¹. Ainsi, le décloisonnement des marchés nationaux, rendu possible par la mise en place d'un marché intérieur, ne pouvait être

⁹¹ OCDE, « Droit et politique de la concurrence dans l'Union Européenne », 2005, p.11

total sans un encadrement du comportement des entreprises. Habituees au fait d'être protégées par une barrière étatique, celles-ci auraient en effet pu être tentées de venir reconstruire une telle protection, notamment en passant des accords relatifs à la fixation des prix ou la répartition des marchés avec leurs concurrents. Pour éviter une telle situation, des règles venant encadrer les comportements anticoncurrentiels sont présentes dès 1957 dans le TCEE.

Ces règles, dont la formulation n'a pratiquement pas évolué depuis le traité de Rome, sont aujourd'hui reprises dans le TFUE. Elles s'appliquent avant tout aux entreprises. Sont ainsi interdites les ententes anti-concurrentielles « susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur »⁹², que celles-ci prennent la forme d'un accord formel, d'une décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée. De plus, tout abus de position dominante venant affecter « le commerce entre les Etats membres »⁹³ est interdit. Enfin, un règlement du 20 janvier 2004 vient prévoir un contrôle des concentrations entre entreprises. Le droit de la concurrence européen ne se limite cependant pas à encadrer le comportement des entreprises : des règles applicables aux Etats sont également prévues par les traités. Ainsi, les aides d'Etats qui viennent fausser la concurrence en favorisant une ou plusieurs entreprises, au détriment du commerce entre les Etats membres, sont formellement interdites⁹⁴.

Les règles du droit de la concurrence européen sont relativement classiques. Celles applicables aux entreprises sont même similaires en tout point aux règles américaines, posées notamment par le Sherman Act. Cependant, à la différence des Etats-Unis, pour l'Union Européenne, la concurrence n'est pas une fin en soi. En effet, celle-ci est avant tout un moyen de construire et faire fonctionner le marché intérieur. Ainsi, si les libertés de circulations relèvent, comme le rappellent Joël Molinier et Nathalie de Grove-Valdeyron, d'une « conception finaliste de l'intégration »⁹⁵, le droit de la concurrence

⁹² Article 101 du TFUE.

⁹³ Article 102 du TFUE.

⁹⁴ Article 107 du TFUE.

⁹⁵ Joël MOLINIER et Nathalie de GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, Paris, France, LGDJ - Lextenso édition, 2011, p. 15.

relève quant à lui d'une conception « instrumentaliste ». La concurrence n'est donc pas une fin en soi mais un moyen de réaliser le marché intérieur, un instrument au service de l'intégration. Cette conception du droit de la concurrence est même formalisée dans le TFUE. L'article 3 de ce traité prévoit en effet que l'Union dispose de compétences exclusives pour « l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ». Le droit de la concurrence apparaît dès lors comme un réel instrument au service du marché intérieur. Ainsi, comme le précise le rapport 2015 de la Commission sur la politique de concurrence, « l'objectif ultime de [cette politique] est de faire en sorte que les marchés fonctionnent mieux »⁹⁶, que ceux-ci soient plus « efficaces » et plus « ouverts ».

2) La protection et l'approfondissement du marché intérieur : des objectifs partagés par le droit de la concurrence et la liberté d'entreprise

D'une certaine manière, liberté d'entreprise et droit de la concurrence peuvent être vus comme fondamentalement opposés. En effet, en venant encadrer leur comportement, les règles de concurrence, par nature, limitent la possibilité pour les entreprises d'exercer librement leur activité économique ou commerciale. Ces règles peuvent même venir porter atteinte à la liberté contractuelle, notamment en réglementant les accords entre entreprises. Guy Braibant le souligne dans son commentaire de l'article 16 de la Charte : la liberté d'entreprise « a été rognée par le droit de la concurrence »⁹⁷.

Cependant, les règles de concurrence et l'article 16 peuvent aussi être extrêmement complémentaires. Tout d'abord, la liberté d'entreprise ne peut être pleinement effective sans politique de la concurrence. Comme le remarque Margrethe Vestager, Commissaire pour la concurrence, une telle politique contribue « au maintien de règles du jeu équitables donnant la possibilité à toutes les entreprises, qu'elles soient grandes ou petites, de prospérer ». Les règles de concurrence permettent donc à tous les opérateurs économiques privés d'avoir accès au marché et donc de pouvoir librement exercer leur activité. Dans cette perspective-là, le droit de concurrence vient garantir la

⁹⁶ Commission Européenne, « Rapport sur la politique de concurrence 2015 », 15 juin 2006, p. 2.

⁹⁷ BRAIBANT, *op. cit.*, p. 138.

jouissance par tous de la liberté d'entreprise. Par ailleurs, si les règles de concurrence permettent de renforcer l'effectivité de la liberté d'entreprise, l'inverse est également vrai. Ainsi, en ce qu'elle protège la concurrence libre, comme le précisent les explications relatives à la Charte, la liberté d'entreprise vient inévitablement apporter une garantie supplémentaire au système concurrentiel. C'est en cela qu'existe une réelle complémentarité entre l'article 16 et les règles.

Au-delà de cette complémentarité, liberté d'entreprise et droit de la concurrence partagent un même objectif : la protection et l'approfondissement du marché intérieur. Le droit de la concurrence européen a, dès son instauration, eu pour mission de participer à la construction du marché intérieur. Faire fonctionner ce dernier en le protégeant d'éventuels obstacles au commerce entre les Etats membres est d'ailleurs son but premier. La liberté d'entreprise quant à elle vient certes protéger les situations individuelles, mais elle peut aussi servir un intérêt plus global. Ainsi, véritable outil au service du développement économique et des politiques de l'Union en la matière, cette liberté semble également être en mesure de protéger le marché intérieur et d'en assurer un fonctionnement optimal. Elle partage alors, comme le défend Andrea Usai, les mêmes objectifs que les règles de concurrence. Selon lui⁹⁸, de la même façon que ces règles, la liberté d'entreprise « protège les bénéfices sociaux et économiques dérivant directement ou indirectement d'un marché libre, unique, compétitif et fonctionnant correctement »⁹⁹. La liberté d'entreprise et le droit de la concurrence apparaissent donc comme deux instruments complémentaires partageant un même objectif : assurer le meilleur fonctionnement possible au marché intérieur. En effet, en garantissant un système réellement concurrentiel, un système où la concurrence est libre, mais également en permettant à chaque entreprise d'exercer librement son activité et de contracter librement, la liberté d'entreprise participe pleinement à l'élimination des entraves à la libre circulation. Elle vient alors, comme le droit de la concurrence, protéger les acquis du marché intérieur et en favoriser l'approfondissement.

⁹⁸ Andrea Usai, *op. cit.*, p. 1877.

⁹⁹ Texte original : "It protects the economic and social benefits directly or indirectly deriving from a free, single, competitive, and properly functioning market".

Deuxième partie

La liberté d'entreprise, une liberté soumise à de multiples limitations

Si la liberté d'entreprise apparaît comme une liberté réellement puissante et utile, notamment au regard de son contenu et de l'influence qu'elle peut avoir sur l'économie et le marché intérieur, force est de constater qu'elle est soumise à de nombreuses limites. Celles-ci peuvent avoir deux origines : le texte de la Charte, aussi bien les dispositions générales que le texte de l'article 16 lui-même, et la jurisprudence de la Cour, qui a développé une interprétation venant restreindre fortement la portée de la liberté d'entreprise.

Section 1 : Les limites posées par le texte de la Charte

Avant même de s'intéresser au sort que réserve la Cour à l'article 16, il peut être intéressant d'analyser le texte de la Charte et de voir ce qui dans ce texte vient poser des limites à la liberté d'entreprise. Ainsi les dispositions générales, relatives notamment au champ d'application de la Charte et aux limitations pouvant être apportées aux dispositions de ce texte, mais aussi le texte de l'article 16, viennent limiter l'effectivité de la liberté d'entreprise. Par ailleurs, un article en particulier peut potentiellement venir limiter sans commune mesure la portée des dispositions de la Charte : l'article 52 paragraphe 5. Cet article, qui vient faire la distinction entre droits et principes, vient par nature limiter l'effectivité des dispositions de la Charte, notamment celles ayant le statut de principe.

- D) L'impact des dispositions générales et du texte de l'article 16 lui-même sur la liberté d'entreprise

La liberté d'entreprise, aussi puissante soit elle, se trouve encadrée voire limitée aussi bien par les dispositions générales de la Charte que par le texte de l'article 16 lui-même.

A) Une liberté limitée par les dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte

Deux dispositions générales ont une influence sur la liberté d'entreprise : l'article 51 paragraphe 1, qui vient définir le champ d'application de la Charte, et l'article 52 paragraphe 1, qui vient lui reconnaître la possibilité pour les institutions ou les Etats de venir limiter les dispositions de la Charte. Ces deux dispositions qui s'appliquent à tous les droits fondamentaux ont cependant un réel impact sur l'effectivité de l'article 16.

1) Un champ d'application relativement restreint

Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux est précisé à l'article 51 paragraphe 1 : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». En vertu de cet article, les institutions de l'Union européenne sont les principales destinataires des dispositions de la Charte. Ainsi, quand elles agissent et adoptent des actes, celles-ci se doivent de respecter les droits fondamentaux, toute violation de ceux-ci pouvant être jugée et condamnée par la Cour. Selon ce même article, les Etats se doivent également de respecter les droits reconnus dans la Charte. Ils doivent cependant le faire uniquement lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union ». Cette formule a beaucoup été commentée. En effet, elle apparaissait, comme le note Thierry Leonard, plus « restrictive que [celle] utilisée par la Cour s'agissant du champ d'application des droits fondamentaux reconnus comme principes généraux du droit »¹⁰⁰, ceux-ci s'imposant aux Etats lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union. Venant mettre fin à cette controverse, les explications de la Charte relative à

¹⁰⁰ Thierry LEONARD, *op. cit.*, p. 79.

cet article 51 précisent qu'il résulte « sans ambiguïté de la jurisprudence de la Cour que l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union ». Les dispositions de la Charte s'imposent donc aux Etats dans les mêmes conditions que les principes généraux du droit. Confirmant cette interprétation du texte de l'article 51, la Cour est venue préciser le champ d'application de la Charte dans son arrêt Pfleger de 2014 :

« Les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations. C'est dans cette mesure que la Cour a déjà rappelé qu'elle ne peut apprécier, au regard de la Charte, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit de l'Union. En revanche, dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application de ce droit, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect »¹⁰¹.

Ainsi, lorsqu'un Etat agit hors du champ d'application du droit de l'Union, les dispositions de la Charte ne trouvent pas à s'appliquer. Dès lors toute une série d'actes pouvant potentiellement porter atteinte aux droits reconnus dans la Charte échappent au contrôle de la Cour. Ce champ d'application relativement restreint, classique en droit de l'Union Européenne, peut avoir une réelle influence sur la portée et la protection des droits fondamentaux, notamment ceux qui ne sont pas reconnus par d'autres instruments de protection des droits de l'Homme. En effet, si un Etat viole un droit reconnu par la Charte et que cette violation intervient en dehors du champ d'application du droit de l'Union, il pourra certes échapper aux juges de Luxembourg, mais probablement pas à ceux de Strasbourg si le droit en question est également présent dans la Convention européenne des droits de l'Homme par exemple. Cependant, si ce droit n'est reconnu par aucun autre instrument et que la violation intervient dans un cadre purement interne, le requérant ne dispose d'aucun moyen d'agir. Dès lors, du fait de son champ d'application relativement restreint, la Charte des droits fondamentaux peut, dans certaines situations, se retrouver totalement inopérante.

¹⁰¹ CJUE, 30 avril 2014, Pfleger, aff. C-390/12, point 33.

La liberté d'entreprise peut voir sa portée limitée par ce champ d'application. En effet, comme tous les droits contenus dans la Charte, une violation de cette liberté par un Etat n'agissant pas dans le cadre du droit de l'Union ne pourra être condamnée. Cependant, n'étant reconnue dans aucun autre texte que la Charte, cette liberté ne bénéficiera dans une telle situation d'aucune protection. Dès lors, l'article 16, pourtant présenté comme une réelle innovation, peut perdre toute sa force. Certes, les droits nationaux protègent des libertés se rapprochant de la liberté d'entreprise et auxquelles les juges peuvent se référer. Toutefois, le contenu de ces libertés « nationales » n'est rarement aussi étendu que celui de la liberté reconnue dans l'article 16 Charte. Ainsi, en dehors du champ d'application du droit de l'Union, la liberté d'entreprise, et en particulier la libre concurrence et la liberté contractuelle, peut se voir dépourvue de toute protection.

2) La possibilité d'apporter des limitations aux droits reconnus dans la Charte

Si le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux peut limiter la portée des droits fondamentaux, et notamment la liberté d'entreprise, une autre disposition générale vient porter atteinte à ces droits de façon encore plus assumée : l'article 52 paragraphe 1 de la Charte. Selon cet article :

« Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Cet article n'est pas anodin. En effet, en venant mettre en place un régime de limitations, il vient donner aux Etats membres la possibilité de porter atteinte aux droits reconnus dans la Charte. Cependant, ces Etats ne sont pas libres de leurs mouvements : ils doivent respecter un certain nombre de conditions. Outre le fait que les limites posées doivent être prévues par la loi et doivent respecter le contenu des droits, l'article 52 paragraphe 1 évoque la nécessité de respecter le principe de proportionnalité. Comme le précisent les explications relatives à cet article, les rédacteurs de la Charte se

sont inspirés d'une jurisprudence bien établie de la Cour. En effet, le contrôle de proportionnalité est une technique classiquement utilisée par les juges, notamment lors de l'analyse des limites posées par les Etats aux libertés de circulation, et qui trouve également à s'appliquer dans le domaine des droits fondamentaux. Ainsi, non seulement les limitations apportées aux droits contenus dans la Charte doivent être nécessaires mais elles doivent également être justifiées par un objectif d'intérêt général. Selon la jurisprudence classique en la matière, d'ailleurs explicitement citée dans les explications de l'article 52 paragraphe 1, des restrictions sont donc possibles, à condition que celles-ci « répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général [...] et ne constituent pas, par rapport au but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même de ces droits »¹⁰².

Quand bien même les Etats doivent respecter un certain nombre de conditions, cette possibilité de venir apporter des limitations aux droits contenus dans la Charte vient sans commune mesure restreindre la portée de ces droits, et en particulier de la liberté d'entreprise. Si a priori ce régime s'applique à toutes les dispositions de la Charte, l'article 16 semble cependant occuper une position tout à fait particulière. En effet, selon les explications relatives cet article, la liberté d'entreprise peut « être soumise aux limitations prévues à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte ». Cette précision est une réelle exception : elle ne figure dans les explications d'aucun autre article de la Charte. La liberté d'entreprise semble donc plus susceptible que d'autres dispositions de la charte de faire l'objet de limites.

B) Une portée réduite par le texte de l'article 16 lui-même

Bien que le texte de l'article 16 semble relativement anodin, il vient en réalité limiter la liberté qu'il reconnaît. En effet, son manque de précision mais aussi et surtout la référence aux législations européennes et nationales participent à amoindrir la portée de la liberté d'entreprise.

¹⁰² CJCE, 13 avril 2000, Karlsson, aff. C-292/97, point 45.

1) Une reconnaissance « timide »

Si la liberté d'entreprise se trouve inscrite dans un instrument de protection des droits de l'Homme pour la première fois, cette reconnaissance reste toutefois relativement « timide »¹⁰³. Tout d'abord, de par sa formulation, l'article 16 semble se distinguer de la majorité des autres articles présents dans le titre II de la Charte. En effet, tandis que de nombreux articles débutent par la formule « toute personne a le droit », les rédacteurs ont choisi pour l'article 16 une formule bien moins percutante. Ainsi, cet article se contente d'affirmer que « la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». Cette différence, qui a priori n'a aucune conséquence juridique, illustre cependant, la prudence avec laquelle les rédacteurs de la Charte ont introduit ce droit fondamental dans l'ordre juridique de l'Union.

Au-delà de cette différence de formulation, force est de constater que le texte de l'article 16 est particulièrement succinct et bien moins précis que la majorité des articles contenus dans la Charte. Comme le note Thierry Léonard, « l'objet de ladite liberté n'est autrement précisé que par son énoncé : liberté d'entreprise »¹⁰⁴. Cette absence de précision est d'autant plus problématique que cette liberté est relativement inédite. Dès lors, ni la Convention européenne des droits de l'Homme ni la Charte sociale ne peuvent venir éclairer l'objet de la liberté d'entreprise. Compte tenu de la grande diversité des droits nationaux ayant inspiré cette liberté et de l'incapacité de la Cour à définir de façon exacte le principe général qu'elle a reconnu en 1974, ces deux sources ne sont pas d'une plus grande aide.

Les explications relatives à la Charte viennent apporter des précisions et permettent de saisir le contenu de la liberté d'entreprise. Cependant, les explications de l'article 16 semblent elles aussi relativement succinctes, du moins bien plus que celles dédiées aux autres droits économiques consacrés dans la Charte aux articles 15 et 17. Par ailleurs, si les références à la jurisprudence que proposent ces explications permettent de saisir l'objet des deux premières composantes de la liberté d'entreprise, la concurrence libre,

¹⁰³ Thierry LEONARD, op. cit., p. 84.

¹⁰⁴ Thierry LEONARD, op. cit., p. 85.

troisième facette de cette liberté, fondée sur un article du TFUE n’y faisant que subtilement allusion, semble beaucoup plus abstraite. L’avocat général à la Cour Pedro Cruz Villalón se montre lui-même relativement critique vis à vis de ces explications. Si elles peuvent être d’une aide précieuse, elles ne sont cependant pas suffisantes selon lui, ce d’autant plus que la Cour n’est jamais venue définir de façon précise la liberté d’entreprise. Ainsi, dans ses conclusions concernant l’affaire Alemo-Herron, celui-ci affirme :

« Si la liberté d’entreprise compte ces trois sources, il n’en reste pas moins que la jurisprudence n’a, à ce jour, pas donné une définition complète et opérationnelle de cette liberté. Les arrêts dans lesquels la Cour a eu l’occasion de se prononcer à ce sujet se sont bornés soit à renvoyer au droit de propriété, soit à énoncer succinctement les dispositions de l’article 16 de la charte des droits fondamentaux »¹⁰⁵.

La reconnaissance timide de cette liberté a donc de réelles conséquences symboliques mais aussi, dans une certaine mesure, juridiques. En l’absence d’une définition réellement opérationnelle de la liberté d’entreprise, l’article 16 ne peut en effet être pleinement appliqué et la liberté qu’il proclame pleinement protégée.

2) La prise en compte du droit de l’Union et des législations nationales

Si le manque de précision de l’article 16 peut venir influencer la protection accordée à la liberté d’entreprise, la formule « conformément au droit de l’Union et aux législations et pratiques nationales » vient quant à elle poser une réelle limite à l’effectivité de ce droit fondamental. Cette référence au droit de l’Union et aux droits nationaux ne figure dans aucun autre article du titre II consacré aux « Libertés. En revanche, cette formule est monnaie courante dans les articles du titre IV dédié à la « Solidarité », articles consacrant essentiellement des droits dits sociaux. A titre d’exemple, l’article 30 de la Charte dispose : « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l’Union et aux législations et pratiques nationales ». Ainsi, comme le constate Guy Braibant dans son commentaire

¹⁰⁵ CJUE, 18 juillet 2013, Alemo-Herron, aff. C-426/11, conclusions de l’avocat général Pedro Cruz Villalón, point 49.

de la Charte, « le refrain habituel dans la définition des droits sociaux a été introduit ici, alors qu'il ne figurait pas dans une première rédaction »¹⁰⁶. La présence de cette formule dans le texte de l'article 16 s'explique avant tout par « l'histoire » de la liberté d'entreprise. Celle-ci a en effet été introduite dans la Charte afin de venir contrebalancer les droits sociaux reconnus dans le titre IV. Dès lors, les rédacteurs de la Charte ont tenu à ce que le même poids soit accordé à ces droits et à la liberté d'entreprise, d'où la référence au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales dans le texte de l'article 16.

Cette référence n'est pas sans conséquence juridique. Selon Thierry Léonard, « les effets et contours [de la liberté d'entreprise] semblent conditionnés, ou à tout le moins, modalisés par l'état du droit de l'Union »¹⁰⁷ ainsi que par le droit des Etats membres. Ainsi si cette formule peut venir indiquer que la liberté d'entreprise est inspirée des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, de la jurisprudence de la Cour et des traités, elle signifie surtout que cette liberté peut être encadrée par les législations européennes ou nationales. C'est ce qu'explique la Cour dans son arrêt *Sky Österreich* de 2013. En effet, compte tenu de la spécificité du libellé de l'article 16, « qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte »¹⁰⁸, les juges de Luxembourg viennent admettre que la liberté d'entreprise puisse faire l'objet de limitations. Ainsi, la présence de la formule « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales » n'est pas anodine. Elle confère à la l'article 16 un statut tout à fait particulier, relativement semblable à celui conféré aux droits sociaux, et peut dès lors venir justifier la mise en place, par les autorités publiques, de politiques portant atteinte à la liberté d'entreprise. Ainsi, alors que la reconnaissance de la liberté d'entreprise dans la Charte des droits fondamentaux est considérée par certains comme une réelle innovation, le texte de l'article 16 lui-même vient grandement en limiter la portée.

II) Mi-droit mi-principe : le statut incertain de la liberté d'entreprise

¹⁰⁶ Guy BRAIBANT, *op.cit.*, p. 138.

¹⁰⁷ Thierry LEONARD, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁸ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, point 46.

Bien que rappelant la nécessité de « renforcer la protection des droits fondamentaux », le préambule de la Charte vient dans son dernier paragraphe établir une réelle distinction entre ces droits : « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés-ci après ». Reprise puis précisée aux articles 51 et 52 paragraphe 5, et se focalisant surtout sur les notions de « droits » et « principes », cette distinction opérée par la Charte n'est pas sans conséquence, notamment en termes de niveau de protection. Cependant la Charte ne range pas explicitement les droits fondamentaux qu'elle reconnaît dans l'une ou l'autre des catégories. Si pour certains droits fondamentaux aucun doute n'existe, pour d'autres, dont la liberté d'entreprise, la question reste ouverte. Cette incertitude mais aussi la possibilité que cette liberté ne soit qu'un principe viennent incontestablement limiter la portée de l'article 16.

A) Le statut des droits fondamentaux reconnus par la Charte : la distinction entre droits et principes

La distinction posée par l'article 52 paragraphe 5 résulte des négociations ayant précédées l'adoption de la Charte. Si elle est avant tout historiquement politique, cette distinction a cependant des conséquences juridiques extrêmement importantes en ce qu'elle vient considérablement réduire l'effectivité des dispositions ayant le statut de principe.

1) Une distinction avant tout politique

A la différence de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Charte rassemble des droits civils et politiques mais aussi des droits économiques et sociaux. Selon Catherine Lalumière « depuis que les droits de la personne sont reconnus [...] aucun texte n'a réuni ensemble ces deux catégories de droits »¹⁰⁹. Cependant les rédacteurs de la Charte, s'ils ont en effet inclus ces deux types de droit dans le texte, ont dès le préambule choisi de distinguer les droits des principes. Evoquée dès les premières lignes, cette distinction est précisée à l'article 51 de la Charte : « [les institutions,

¹⁰⁹ Catherine LALUMIÈRE, « La Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, vol. 23, Janvier 2000, p.176.

organes et organismes de l'Union, ainsi que les Etats membres] respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives ». Cet article opère une réelle distinction : en ce qu'ils doivent être observés et non respectés, les principes semblent avoir un « effet moindre »¹¹⁰ que les droits.

Cette distinction est la conséquence directe du débat concernant l'introduction de droits sociaux dans la Charte. Si la reconnaissance de la liberté d'entreprise avait pour but de venir contrebalancer ces droits et donc d'assurer au sein de la Charte un certain équilibre, pour certains Etats, cela n'était pas suffisant. En effet, ceux-ci craignaient notamment que la reconnaissance de droits sociaux vienne créer de nouvelles compétences au profit de l'Union Européenne et donc au détriment de la large marge de manœuvre dont ils bénéficiaient en matière de politique sociale. De plus, ces derniers ne souhaitaient pas que de tels droits puissent venir influencer leurs politiques publiques en venant créer des obligations positives. Enfin, comme le note Thierry Léonard, ces Etats, pour qui les droits sociaux n'étaient rien de plus que des objectifs à atteindre, refusaient d'y voir « des droits subjectifs directement invocables devant leurs juges nationaux »¹¹¹ et contestaient donc leur « justiciabilité »¹¹².

Compte tenu de ces réticences, les rédacteurs de la Charte ont dû trouver un moyen de faire accepter ces droits aux plus circonspects des Etats. Selon Fabrice Picod, le concept de « principes sociaux » avait dans un premier temps été proposé mais non retenu « dans la mesure où [il] paraissait peu acceptable pour les défenseurs des droits sociaux »¹¹³. La notion de principe, distincte de celle de droit, a finalement été choisie afin « d'atténuer la force de certains droits et ainsi d'en faire accepter un plus grand nombre »¹¹⁴. « Argument principal [...] en faveur de l'inscription au sein de la Charte d'un ensemble de droits sociaux »¹¹⁵ selon Olivier de Schutter, la distinction opérée dès

¹¹⁰ Thierry LEONARD, op. cit., p. 91.

¹¹¹ Thierry LEONARD, op. cit., p. 91.

¹¹² Olivier DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen », dans *Une constitution pour l'Europe : réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Belgique, Larcier, 2004, p. 110.

¹¹³ Fabrice PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union Européenne », dans *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, France, Dalloz, 2010, p. 533.

¹¹⁴ Ibidem, p. 533.

¹¹⁵ Olivier DE SCHUTTER, op. cit., p. 110.

le préambule de la Charte est donc avant tout le fruit d'un compromis politique. Cependant, le résultat de cette négociation a de réelles conséquences juridiques, en particulier sur la valeur des droits fondamentaux ayant le statut de principe et sur la protection qui leur est accordée.

2) Des conséquences juridiques précisées par l'article 52 paragraphe 5 de la Charte

Absent de la première version de la Charte des droits fondamentaux, l'article 52 paragraphe 5, qui, comme le précise Olivier De Schutter, vient utilement compléter l'article 51 sans dénaturer le « compromis qui avait permis de clore les travaux portant sur l'élaboration de la Charte au cours de l'été 2000 », vient expliciter le régime juridique applicable aux principes :

« Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

Ce paragraphe a pour conséquence majeure de venir limiter les situations dans lesquelles les principes peuvent être invoqués. En effet, selon les explications de la Charte relatives à l'article 52 paragraphe 5, les principes, qui peuvent être mis en œuvre par des actes adoptés par les institutions de l'Union ou les États membres, « n'acquièrent [...] une importance particulière pour les tribunaux seulement lorsque ces actes sont interprétés ou contrôlés ». Pour qu'un principe puisse être invoqué et donc bénéficier d'une protection effective, il faut donc qu'une mesure le mettant en œuvre soit prise et que celle-ci soit contestée. Ce n'est qu'à cette occasion qu'un justiciable peut se prévaloir d'une disposition de la Charte ayant la valeur de principe. Selon Thierry Léonard, il résulte de cet article 52 que les juridictions « ne [sont] pas tenues d'appliquer les principes dans des litiges entre particuliers, d'écarter les dispositions nationales contraires ou de les interpréter conformément aux principes

consacrés ou encore de condamner les Etats membres pour violation de ces dispositions »¹¹⁶. La portée des principes se trouve donc profondément amoindrie et la protection qui leur est conférée quasiment inexistante.

La possibilité d'invoquer ces principes est d'autant plus réduite que les institutions de l'Union ou les Etats membres ne sont aucunement tenues de prendre des mesures visant à les mettre en œuvre. Selon le texte du paragraphe 5 de cet article, les principes « peuvent être mis en œuvre » par des actes, mais aucune obligation ne pèse sur les autorités concernées. Dès lors, dans une situation où ces dernières refuseraient de prendre de telles mesures, les principes ne pourraient pas être invoqués. La passivité d'un Etat ou des institutions peut donc à elle seule rendre totalement inopérantes les dispositions de la Charte ayant le statut de principe.

Par ailleurs, les explications de l'article 52 viennent apporter une précision non négligeable : les principes ne « donnent [...] pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres ». Cette phrase est une réponse directe aux inquiétudes des Etats opposés à l'introduction des droits sociaux. En effet, contrairement à ce que ces derniers craignaient, les principes ne peuvent venir créer d'obligations positives. Ainsi, comme le note Olivier de Schutter, ces derniers « ne peuvent [...] être invoqués devant le juge afin de réclamer de la part du législateur ou de l'exécutif l'adoption de certaines mesures déterminées à l'effet de les concrétiser »¹¹⁷.

Si certains auteurs défendent une interprétation moins littérale et donc plus souple de cet article, en faisant notamment valoir que les principes pourraient « faire obstacle à l'adoption de certains actes [...] qui remettraient en cause le niveau de réalisation déjà atteint par des mesures de mises en œuvre »¹¹⁸, il n'en demeure pas moins que le régime juridique des principes est bien moins protecteur que celui des droits.

B) L'absence de certitude quant au statut de la liberté d'entreprise

¹¹⁶ Thierry LEONARD, *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁷ Olivier DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁸ Olivier DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 112.

Compte tenu de la différence de traitement accordée aux principes et aux droits, pouvoir classer avec certitude les droits fondamentaux reconnus par la Charte dans l'une ou l'autre de ces catégories est essentiel. En effet, accorder à une disposition le statut de droit ou celui de principe n'a pas les mêmes conséquences juridiques. Cependant, la Charte des droits fondamentaux ne propose aucune liste et ne vient pas fixer de critère permettant d'effectuer un tel classement. Dès lors, la question se pose : l'article 16 contient-il un droit ou un principe ? Les avis divergent. Pour certains auteurs, compte tenu de l'histoire et de la nature de l'article 16, la liberté d'entreprise est un principe. Pour d'autres, il convient de considérer les composantes de cette liberté individuellement. La liberté d'entreprise semble dès lors être la somme de deux droits et d'un principe. Que celle-ci soit ou non un principe, le manque de certitude quant à son statut vient en lui-même limiter la force et la portée de la liberté d'entreprise.

1) L'article 16, une disposition ayant le statut de principe

Les explications relatives à l'article 52 paragraphe 5 identifient plusieurs dispositions de la Charte ayant le statut de principe : l'article 25 qui reconnaît des droits aux personnes âgées, l'article 26 portant sur l'intégration des personnes handicapées ou encore l'article 37 relatif à la protection de l'environnement. Cependant, cette liste n'est pas exhaustive. Les explications relatives à la Charte le précisent clairement : ces trois dispositions ne sont que des exemples. Dès lors, l'article 16 pourrait très bien trouver sa place dans cette liste, d'autant plus que, comme le précise Fabrice Picod « la notion de principes [...] couvre un champ plus large que celui des questions sociales »¹¹⁹.

Comme le démontre Thierry Leonard, « plusieurs critères d'interprétation [...], tenant au libellé de la Charte et de son texte, paraissent favorables à la qualification de "principe" »¹²⁰. En effet, compte tenu du texte relativement vague de l'article 16 et de la reconnaissance timide de la liberté d'entreprise, celle-ci peut être considérée comme un principe. Ceci paraît d'autant plus plausible qu'en l'absence d'explication, l'étendue et le contenu de la liberté d'entreprise ne sont absolument pas définissables. Par ailleurs, la

¹¹⁹ Fabrice PICOD, *op. cit.*, p. 533.

¹²⁰ Thierry LEONARD, *op. cit.*, p. 101.

présence dans l'article 16 de la référence au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, vient confirmer cette hypothèse. En effet, cette formule, qui se rapproche fortement de celle utilisée dans la définition des droits sociaux, vient donner à la liberté d'entreprise la même valeur que ces droits. Or la distinction entre principes et droits a été introduite justement pour rendre acceptable la reconnaissance de droits sociaux dans la Charte. Dès lors, ceux-ci semblent pouvoir être qualifiés de principes. Par conséquent, la liberté d'entreprise, introduite pour venir contrebalancer les droits sociaux, semble, elle aussi, acquérir le statut de principe.

Cette thèse est notamment défendue par Fabrice Picod. Constatant l'absence de classification précise dans la Charte, celui-ci se propose de faire la liste des dispositions pouvant être qualifiées de droits et celles se voyant attribuer le statut de principe. Ainsi, selon lui, les dispositions de la Charte énoncées « dans des termes impératifs », les droits « bien définis reconnus au profit d'une catégorie de personnes » mais aussi « les interdictions énoncées dans des termes impératifs » et « les valeurs fondamentales de notre société » devraient être qualifiés de droit. Pour identifier les principes, cet auteur se base avant tout sur le libellé des droits en question. Dès lors, « il est possible de considérer que les droits et libertés qui sont reconnus “conformément” ou “selon les règles établies” par le droit de l'Union et les législations nationales peuvent être qualifiés de principes et non de droits fondamentaux »¹²¹. Parmi ces principes, le premier exemple que donne Picod est la liberté d'entreprise.

Ainsi, pour certains auteurs, du fait de son libellé et de son histoire, la liberté d'entreprise est un principe au sens des articles 51 et 52 paragraphe 5 de la Charte. Un tel statut vient considérablement réduire la portée de cette liberté et vient en limiter l'effectivité. Cependant, cette classification ne fait pas l'unanimité. D'autres auteurs plaident en effet pour une approche plus favorable, basée sur d'autres critères d'interprétation.

2) L'article 16 de la Charte, somme de deux libertés et d'un principe

¹²¹ Fabrice PICOD, *op. cit.*, p. 533.

Considérant que les critères d'interprétation utilisés par les auteurs considérant la liberté d'entreprise comme un principe sont « surestimés », Thierry Leonard propose un autre raisonnement. Selon lui, le meilleur critère permettant de classer les dispositions de la Charte est celui « de la nécessité d'une mise en œuvre concrète des mesures internes afin de rendre effectif le principe, contrairement au droit ou à la liberté fondamentale qui n'en ont nullement besoin »¹²². Ce critère se base sur le régime juridique applicable aux principes en vertu de l'article 52 paragraphe 5. Ainsi, si une disposition est directement invocable, elle se voit qualifiée de droit. Au contraire, si elle ne peut être effective sans un texte venant la mettre en œuvre, elle se voit attribuer le statut de principe. Par ailleurs, ce raisonnement s'applique non pas à la liberté d'entreprise dans son ensemble mais à chacune de ses composantes. En effet, comme le précise les explications de l'article 52 « dans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe ». Il convient dès lors d'analyser distinctement les trois facettes de la liberté d'entreprise.

Largement reconnue dans l'ordre juridique interne des Etats membres comme un droit fondamental, la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale ne semble pas, pour être pleinement invocable par les justiciables, nécessiter de mesures de mise en œuvre. Ceci est d'autant plus vrai que cette liberté a, dès 1974, été jugée suffisamment effective dans les Etats membres pour se voir attribuer le statut de principe général du droit. Ainsi, selon Thierry Leonard, « la qualification préalable de principe général du droit [est] incompatible avec celle ultérieure de principe au sens de la Charte ». Il en résulte que cette première composante de la liberté d'entreprise se voit, selon ce raisonnement, attribuer le statut de droit au sens de l'article 52 paragraphe 5.

Jamais explicitement reconnue par la Cour comme un principe général du droit par la Cour, la liberté contractuelle semble néanmoins être considérée comme une disposition directement invocable. L'arrêt *Sky Osterreich* en témoigne. En effet, dans cette affaire, la Cour analyse la mesure contestée au regard non pas du libre exercice des activités économiques mais de la liberté contractuelle, dont elle vient d'ailleurs en préciser le contenu. Elle semble traiter cette mesure non pas comme un principe, qui

¹²² Thierry LEONARD, op. cit., p. 101.

suppose des actes de mise en œuvre, mais bel et bien comme un droit, directement invocable, même sans mesures visant à la rendre effective. La liberté contractuelle peut donc elle aussi être considérée comme un droit.

La troisième facette de l'article 16, la concurrence libre, pose davantage de problèmes. En effet, en l'absence de mesures venant préciser son contenu et donc la mettre en œuvre, difficile de savoir précisément à quoi renvoi cette liberté et les situations qu'elle vient protéger. Ainsi, comme l'affirme Thierry Leonard, l'effectivité de la libre concurrence dépend « de nombreux actes de concrétisation »¹²³. Dès lors, cette dernière composante de la liberté d'entreprise ne semble pas bénéficier du même statut que ses consœurs : non directement invocable, la concurrence libre se voit reléguée dans la catégorie des statuts.

Avec un tel raisonnement, la liberté d'entreprise gagne en effectivité : deux de ses facettes bénéficient du statut de droit et peuvent donc être directement mobilisées par les justiciables. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'une de ses composantes nécessite des mesures de mise en œuvre. Ainsi, composée certes de deux droits mais aussi d'un principe, cette liberté voit sa portée partiellement limitée par la distinction posée par les articles 51 et 52 paragraphe 5 de la Charte. De plus, en l'absence d'une liste exhaustive des dispositions ayant le statut de principe, difficile de savoir quel raisonnement est le plus correct, chacun des deux se basant sur des arguments concrets. Il existe donc une réelle incertitude quant au statut de la liberté d'entreprise, incertitude qui vient, elle aussi, limiter la force et l'impact que peut avoir l'article 16.

¹²³ Thierry LEONARD, *op. cit.*, p. 101.

Section 2 : les limites posées par la Cour

Devenue contraignante en 2009, la liberté d'entreprise a une histoire relativement récente dans l'ordre juridique de l'Union. Elle est évoquée pour la première fois devant la Cour en 2011 dans l'arrêt *Scarlet Extended*. Citée dans les motifs d'une trentaine d'affaires, seulement dix d'entre elles ont réellement trait à une éventuelle violation de cette liberté. Par ailleurs les juges ne reconnaissent que très rarement une violation de cette liberté. Ainsi, depuis 2011, la liberté d'entreprise n'est sortie triomphante que dans deux affaires.

Malgré ce faible nombre d'arrêts, force est de constater que la Cour est venue apporter de nombreuses précisions quant à l'article 16. Ainsi, l'interprétation que la Cour fait de cette liberté est tout à fait particulière : elle considère que cette liberté n'est pas une prérogative absolue, et accepte par conséquent qu'elle fasse l'objet de nombreuses limitations. De plus la liberté d'entreprise est sans cesse liée ou mise en balance avec d'autres droits. Au regard de la jurisprudence de la Cour, la liberté d'entreprise semble donc relativement « maltraitée ». Cependant, pour comprendre le traitement réservé à cette liberté, une analyse des décisions rendues ne peut suffire. En effet, selon l'article 52 paragraphe 4 de la Charte, « dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions ». Dès lors l'interprétation que la Cour fait de la liberté d'entreprise, qui est bel et bien inspirée des traditions constitutionnelles communes aux États membres, se doit d'être analysée au regard du droit de ces États. Une telle comparaison permet en effet de comprendre les solutions dégagées par la Cour.

I) Une liberté non absolue et soumise à de nombreuses limites

Depuis 2011, la Cour s'est peu à peu approprié la liberté d'entreprise. Elle est ainsi venue construire, sur la base des dispositions générales de la Charte, du texte de l'article 16, de sa jurisprudence antérieure et du droit des Etats membre un cadre d'interprétation qui semble cependant relativement peu favorable à cette liberté. Ainsi, dès les premières décisions relatives à l'article 16, la Cour est venue affirmer, de la même façon que les juges constitutionnels dans les Etats membres, que la liberté d'entreprise n'est pas une prérogative absolue. Se basant sur l'article 52 paragraphe 1, elle reconnaît par ailleurs que celle-ci peut faire l'objet de nombreuses limitations. Dans une logique similaire à celle appliquée dans les Etats membres, la Cour vient donc grandement limiter la portée de cette liberté.

A) Un droit on absolu devant être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société

Dans les dix arrêts adoptés depuis 2011, la Cour est sans cesse venue rappeler que la liberté d'entreprise n'était pas un droit absolu, c'est à dire inviolable et opposable à tous. La solution consacrée par la Cour concernant l'article 16 est cependant loin d'être inédite : elle est inspirée de l'interprétation faite par les juges nationaux de la liberté d'entreprise ou de ses équivalents, et apparait dans la jurisprudence de la Cour dès 1974.

1) Une solution classique dans les Etats membres

Comme le note l'Agence des droits fondamentaux, quelle que soit la forme sous laquelle elle est reconnue et quel que soit son libellé, la liberté d'entreprise dans les Etats membres est très souvent considérée comme un droit qui n'est ni général ni absolu. Ainsi, en Espagne par exemple, pays dans lequel la constitution reconnaît la liberté d'entreprise dans les mêmes termes que l'article 16 de la Charte, les juges constitutionnels n'accordent pas à cette liberté un caractère absolu. Comme le soulignent les auteurs de l'ouvrage dirigé par Louis Favoreu, la liberté reconnue à l'article 38 de la constitution espagnole « est comprise dans le second cercle des droits fondamentaux, c'est-à-dire ceux qui sont moins fortement protégés et notamment ne

bénéficient pas de la protection assurée par le recours d'*amparo* »¹²⁴. Ce mécanisme juridique, prévu dans la constitution, vise à assurer aux justiciables une protection contre les violations de certains droits fondamentaux. Cependant, comme le note Carlos Ruiz-Miguel, « on ne peut se prévaloir du recours d'*amparo* constitutionnel que pour les droits constitutionnels expressément mentionnés [dans les articles 14 à 29 de la constitution] ; on ne peut l'introduire pour la protection d'autres droits visés soit dans d'autres dispositions de la Constitution, soit dans des traités internationaux, ou encore dans des lois internes »¹²⁵. La liberté d'entreprise, qui n'est ni générale ni absolue, ne bénéficie donc pas de cette protection.

En Italie, la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 41 de la constitution, ne bénéficie pas d'un meilleur statut. N'ayant pas un caractère absolu, elle est de plus considérée comme un droit de deuxième génération, « c'est à dire un droit à protection moins forte parce qu'inséré dans un contexte économique et social moins libéral que celui des droits de la première génération »¹²⁶.

Enfin, en France, reconnaissant la liberté d'entreprendre pour la première fois dans sa décision Loi de nationalisation du 16 janvier 1982, le Conseil constitutionnel ne donne aucune précision quant au statut ou à la valeur de cette liberté nouvellement consacrée. Cependant, à peine quelques mois plus tard, dans leur décision relative à la loi sur la communication audiovisuelle du 27 juillet 1982, les Sages sont venus estimer que la liberté d'entreprendre n'est « ni générale ni absolue » et qu'elle ne peut « exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi »¹²⁷. Le cas de la France, tout comme celui de l'Espagne ou de l'Italie, illustre donc une solution classiquement adoptée par les juges des Etats membres : la liberté d'entreprise n'est pas un droit absolu.

2) Une formule reprise par la Cour dès 1974

¹²⁴ Louis FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit.

¹²⁵ Carlos RUIZ MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Cahier du Conseil constitutionnel*, vol. 10, mai 2001.

¹²⁶ Louis FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit.

¹²⁷ Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, décision n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 13.

Bien avant que la Charte des droits fondamentaux soit écrite et ne devienne contraignante, la Cour va reprendre la solution dégagée dans les Etats membres et venir l'appliquer à la liberté d'exercer des activités économiques ou commerciale. En effet, le principe général du droit reconnu dans l'arrêt Nold, inspiré des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, et qui lui-même a inspiré l'article 16 de la Charte avant d'en devenir une composante, va lui aussi être considéré par les juges comme un droit non absolu. Ainsi, juste après avoir reconnu l'existence de ce principe général du droit, la Cour vient préciser que, « si des garanties [...] sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles, les droits ainsi garantis, loin d'apparaître comme des prérogatives absolues, doivent être considérés en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés »¹²⁸. Le droit fondamental ainsi protégé par la Cour se voit accorder le même statut que la liberté d'entreprise dans les Etats membres.

Dès les premières affaires concernant l'article 16 de la Charte la Cour va venir réutiliser sa formule de l'arrêt Nold et ainsi expliquer que la liberté d'entreprise n'est pas une prérogative absolue et qu'elle doit être prise « en considération par rapport à [sa] fonction dans la société »¹²⁹. Conformément à l'interprétation faite par les juges nationaux, la Cour vient donc reconnaître que la liberté d'entreprise n'est pas un droit absolu. Elle précise par ailleurs que cette liberté doit être analysée au regard du contexte dans lequel elle intervient et des activités qu'elle vient protéger.

Il convient cependant de noter qu'a priori, aucun droit contenu dans la Charte n'est totalement absolu. En témoigne la possibilité d'apporter des limitations aux droits prévues à l'article 52 paragraphe 1 de la Charte. Dès lors, si tous les droits fondamentaux subissent le même sort, reconnaître que la liberté d'entreprise n'est pas une prérogative absolue peut sembler relativement inutile. Cependant, en lui reconnaissant explicitement un caractère non absolu, et en le rappelant à chaque décision la concernant, la Cour semble vouloir indiquer que la liberté d'entreprise, plus que certains autres droits, peut se voir apporter de limitations.

¹²⁸ CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. C-4/73, point 14.

¹²⁹ CJUE, 6 septembre 2012, Deutsches Weintor, aff. C-544/10, point 54.

B) La possibilité de poser des limites à la liberté d'entreprise, conséquence directe de son caractère non absolu

Aussi bien la Cour que les juges constitutionnels des Etats membres reconnaissent que la liberté d'entreprise n'est pas un droit absolu. Ils en tirent une conséquence majeure : cette liberté peut être soumise à de très nombreuses limitations. Celles-ci doivent cependant respecter un principe classique en droit de l'Union, le principe de proportionnalité.

1) Des limites acceptées par les juges constitutionnels des Etats membres dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité

Reconnaître que la liberté d'entreprise n'est ni générale ni absolue n'est pas sans conséquence. En effet, en raison de son statut particulier, cette liberté peut être soumise à de très nombreuses limitations. Ainsi, comme le note Louis Favoreu, en Espagne, en Italie, mais aussi en Allemagne ou en Autriche, le législateur peut venir établir des limites à la liberté d'entreprise. Ces limites doivent cependant assurer « la préservation du “contenu essentiel” ou du “noyau intangible”, c'est à dire la “non-dénaturation” de la liberté » et poursuivre des « buts d'intérêt général »¹³⁰. Le contrôle de ces limites se fait donc dans le cadre d'un test de proportionnalité relativement similaire à celui qu'utilise la Cour et que la Charte reconnaît à l'article 51 paragraphe 1. Ainsi, les juges constitutionnels de ces quatre pays vérifient que les limites posées par le législateur soient nécessaires et adéquates, et qu'elles ne soient pas disproportionnées au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi. Il convient de noter que les objectifs que les législateurs opposent à la liberté d'entreprise peuvent être de nature extrêmement variée. En Italie par exemple, « l'utilité sociale est souvent mise en avant pour justifier une limitation »¹³¹ de la liberté d'entreprise. Ainsi, dans ces quatre Etats, le caractère non absolu de celle-ci permet donc au législateur d'y apporter des limitations.

¹³⁰ Louis FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit.

¹³¹ Ibidem.

En France, le constat est le même : le législateur peut lui aussi venir limiter la liberté d'entreprendre. Le Conseil constitutionnel, constatant dès 1982 le caractère non absolu de cette liberté, a très tôt accepté ces limitations. Il est venu les reconnaître pleinement et explicitement dans sa décision portant sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail du 10 juin 1998. Ainsi, selon les juges de la rue de Montpensier :

« 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 »¹³².

Si elles en respectent le contenu et ne viennent pas porter atteinte à sa portée, des limitations à la liberté d'entreprendre sont donc possibles. Celles-ci doivent par ailleurs être justifiées par l'intérêt général. Encore une fois, les justifications apportées par le législateur peuvent être de nature très variée. Ainsi, la loi est venue restreindre la liberté d'entreprendre pour des motifs tels que la lutte contre le chômage¹³³, la préservation du patrimoine archéologique¹³⁴ ou encore les conditions de desserte des transports¹³⁵. En outre, de la même manière que dans les autres Etats membres, le juge opère un contrôle de proportionnalité visant à vérifier que les limites portées à la liberté d'entreprendre ne soient pas disproportionnées. Comme le souligne Jean-Yves Chérot, entre 1982 et 2000, le Conseil constitutionnel a peu à peu modifié son considérant de principe pour intégrer cette idée de proportionnalité. Ainsi, dans une formule désormais stabilisée, les Sages estiment que le législateur peut apporter des limitations à la liberté d'entreprendre « à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »¹³⁶.

2) La soumission de l'article 16 à de très nombreuses limitations

¹³² Conseil constitutionnel, 10 juin 1998, décision n° 98-401 DC, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cons. 26.

¹³³ Conseil constitutionnel, 16 janvier 1986, décision n° 85-200 DC, Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, cons. 4.

¹³⁴ Conseil constitutionnel, 16 janvier 2001, décision n° 2000-439 DC, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 15.

¹³⁵ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, décision n° 82-150 DC, *Loi d'orientation des transports intérieurs*, cons. 2.

¹³⁶ Conseil constitutionnel, 16 janvier 2001, décision n°2000-439 DC, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 14.

De la même manière que les juges nationaux, la Cour déduit du caractère non absolu de la liberté d'entreprise que celle-ci peut faire l'objet de restrictions, à conditions que celles-ci soit justifiées par un objectif d'intérêt général et ne constitue pas « une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ces droits »¹³⁷. On retrouve ici les éléments de l'article 52 paragraphe 1. Ainsi, si des limites sont possibles, elles doivent cependant respecter le principe de proportionnalité. Il n'en demeure pas moins que la liberté d'entreprise, comme le souligne l'Agence des droits fondamentaux¹³⁸, fait l'objet de très nombreuses restrictions, aussi bien à l'échelle de l'Union Européenne que dans les Etats membres. Ces limites « tiennent à des considérations générales, notamment la santé publique ou la sécurité, mais concernent aussi des interdictions très spécifiques, liées notamment aux qualifications ou aux comportements de certains individus »¹³⁹.

La Cour est venue reconnaître, au-delà de la possibilité offerte par l'article 51 paragraphe 1, que la liberté d'entreprise, plus que certaines autres dispositions de la Charte, pouvait faire l'objet de limitations. Ainsi, dans son arrêt *Sky Österreich*, venant rappeler que la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue, les juges ajoutent :

« Sur le fondement de cette jurisprudence et eu égard au libellé de l'article 16 de la Charte, qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte, la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique »¹⁴⁰.

Ainsi, les limites que peuvent subir la liberté d'entreprise s'expliquent non seulement par sa nature, et notamment par son caractère non absolu, mais aussi par son libellé, qui comme le rappelle la Cour, diffère de celui des autres droits présents dans le titre consacré aux Libertés. Par conséquent, la liberté d'entreprise, plus que d'autres droits, semble être susceptible de faire l'objet de larges limitations. Cette interprétation

¹³⁷ CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, point 54.

¹³⁸ Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, "Freedom to conduct a business", op. cit., p. 21.

¹³⁹ Texte original : "They range from general public interest considerations including public health and safety, to very specific bans linked to an individual's qualifications or conduct".

¹⁴⁰ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, point 46.

du point 46 de l'arrêt Sky Österreich est défendue par Thierry Leonard. Selon lui, la référence faite par la Cour à la formulation très spécifique de l'article 16 suppose que les limitations dont peut faire l'objet la liberté d'entreprise « pourraient être de plus d'ampleurs que pour les dispositions avoisinantes du titre II », en particulier la liberté professionnelle et de travailler et le droit de propriété. Quoi qu'il en soit, aussi nombreuses soient-elles, les limites apportées à la liberté d'entreprise doivent être compatibles avec le principe de proportionnalité. La Cour vient le rappeler dans l'affaire Sky Österreich.

II) Une liberté à la fois liée et confrontée à d'autres droits fondamentaux

Au-delà des limites dont peut faire l'objet la liberté d'entreprise, la jurisprudence de la Cour concernant l'article 16 fait apparaître un autre élément très intéressant : les liens qu'entretient la liberté d'entreprise avec les autres droits fondamentaux. En effet, dans les affaires où elle apparaît, cette liberté n'est que très rarement l'unique disposition de la Charte utilisée par la Cour. Les liens qui existent peuvent être de deux ordres. Tout d'abord, la liberté d'entreprise est dans la majorité des affaires mise en balance avec d'autres droits fondamentaux. Par ailleurs, au-delà de cette confrontation, la liberté d'entreprise peut aussi être combinée avec d'autres dispositions de la Charte. L'article 16 ne semble dès lors pas réellement autonome et voit sa portée limitée par les autres dispositions de la Charte auxquelles il est lié ou confronté.

De la même façon que pour les limitations portées à la liberté d'entreprise, la jurisprudence de la Cour en la matière trouve son inspiration dans le droit des Etats membres. Le cas de la liberté d'entreprendre, reconnue et protégée par Conseil constitutionnel français est particulièrement éclairant. Son analyse permet ainsi de mieux comprendre l'interprétation faite par la Cour de l'article 16.

A) La mise en balance de la liberté d'entreprise avec d'autres droits fondamentaux

Aussi bien le Conseil constitutionnel que la Cour peuvent, dans le cadre de l'étude d'une mesure, être amenés à concilier différents droits. Il s'agit alors pour eux d'assurer

un parfait équilibre entre les droits impliqués. Appliquée à l'article 16, cette conciliation se relève souvent être une véritable confrontation particulièrement désavantageuse pour la liberté d'entreprise.

1) Le cas français : la conciliation de la liberté d'entreprendre avec les droits et exigences constitutionnels

En matière de mise en balance de la liberté d'entreprise avec d'autres droits, le cas français est tout à fait éclairant. En effet, quand le législateur justifie une atteinte à la liberté d'entreprendre, il peut se baser soit sur un objectif d'intérêt général, soit sur des exigences constitutionnelles. Il appartient alors au Conseil constitutionnel de concilier la liberté d'entreprendre avec ces exigences.

Celles-ci découlent très souvent du préambule de la constitution de 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, dans la mesure où, comme le constate les rédacteurs des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, « certaines dispositions législatives mettant en œuvre des droits [issus de ce préambule] peuvent entrer en contradiction avec la liberté d'entreprendre »¹⁴¹. Ainsi, dans le cadre de sa décision relative aux nationalisations de 1982¹⁴², le Conseil constitutionnel a procédé à une mise en balance de la liberté d'entreprendre et de l'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946, selon lequel « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». De la même façon, dans leur étude d'une loi venant réglementer la publicité pour le tabac ou les boissons alcoolisées, les Sages sont venus concilier la liberté d'entreprendre et les exigences de protection de la santé, qui en vertu de l'alinéa 11 du préambule de 1946 ont une valeur constitutionnelle¹⁴³. Enfin, s'exprimant sur une définition rénovée du licenciement économique, le Conseil a

¹⁴¹ Louis FAVOREU et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, France, Dalloz, 2016, p. 593.

¹⁴² Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, cons.17 à 20.

¹⁴³ Conseil constitutionnel, 8 janvier 1991, décision n° 90-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 15

procédé à une conciliation de la liberté d'entreprendre du le droit à l'emploi reconnu par l'alinéa 5 de ce même préambule¹⁴⁴.

Outre les droits contenus dans le préambule de 1946, les exigences servant de justification au législateur peuvent découler d'objectifs de valeur constitutionnelle. Dans ce cas, le législateur doit une nouvelle fois concilier la liberté d'entreprendre avec ces objectifs, en particulier l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Cette conciliation a notamment été opérée lors de la mise en place par le Parlement d'un régime d'agrément des jeux en ligne¹⁴⁵ ou d'une limitation stricte de l'utilisation des machines à sous¹⁴⁶.

Ainsi, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel la liberté d'entreprendre est très souvent mise en balance avec d'autres droits ou objectifs ayant une valeur constitutionnelle. Si les Sages cherchent en théorie à concilier cette liberté avec d'autres exigences constitutionnelles, force est de constater que la conciliation s'apparente le plus souvent à un combat dont la liberté d'entreprendre ne sort que très rarement gagnante.

2) La confrontation de l'article 16 avec d'autres dispositions de la Charte

De la même façon que le Conseil constitutionnel, la Cour, quand elle analyse un acte ou une décision des Etats membres ou des institutions de l'Union, se voit parfois obligée de concilier plusieurs droits fondamentaux. Cette solution apparaît explicitement pour la première fois dans l'arrêt *Promusicae* de 2008. Ainsi, la Cour reconnaît devoir opérer dans certains situations une « conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux »¹⁴⁷, en l'espèce le droit au respect de la vie privée et la protection de la propriété. Effectuant une réelle mise en balance, la Cour évalue alors le poids de chaque droit en cause et tente d'établir un juste équilibre. C'est ce que les juges sont venus préciser dans l'arrêt *Deutsches*

¹⁴⁴ Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, décision n° 01-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, cons. 45.

¹⁴⁵ Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 25.

¹⁴⁶ Conseil constitutionnel, 18 octobre 2010, décision n° 2010-55 QPC, *Prohibition des machines à sous*, cons. 6.

¹⁴⁷ CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, point 65.

Weintor. Dans cette affaire, la Cour analyse la mesure contestée au regard de la liberté d'entreprise et de la liberté professionnelle mais aussi de la protection de la santé. Selon elle, son appréciation des faits de l'espèce « doit être effectuée dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de ces différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union et d'un juste équilibre entre eux »¹⁴⁸. La Cour cherche donc à concilier les différents droits évoqués en s'assurant qu'aucun ne soit moins protégé que les autres ou ne subisse une restriction plus importante.

L'affaire *Deutsches Weintor* le prouve, la liberté d'entreprise n'échappe pas à cette mise en balance des droits fondamentaux. Ainsi, dans de très nombreuses affaires le concernant, l'article 16 se trouve concilié à d'autres dispositions de la Charte. On compte parmi celles-ci l'article 38¹⁴⁹ de la Charte, relatif à la protection des consommateurs, l'article 11¹⁵⁰, garantissant notamment la liberté d'information et la pluralité des médias ou encore l'article 17 paragraphe 2 venant protéger la propriété intellectuelle. Cependant, de la même manière que la liberté d'entreprendre en France, la conciliation que la Cour se doit d'opérer se transforme, dans l'ensemble des affaires concernant la liberté d'entreprise, en réelle confrontation, le plus souvent au détriment de cette liberté. En effet, cette mise en balance des droits fondamentaux n'est que très rarement favorable à la liberté d'entreprise. Celle-ci apparaît dès lors comme une liberté moins protégée que certaines autres dispositions de la Charte, une liberté dont la portée se trouve fortement réduite par les décisions de la Cour.

B) Le manque d'autonomie de la liberté d'entreprise

Si dans certaines affaires la liberté d'entreprise est confrontée à d'autres droits fondamentaux, elle peut aussi se voir liée à ces derniers. Ainsi, lorsqu'elle analyse une atteinte à l'article 16, la Cour a très souvent recours à d'autres dispositions de la Charte qu'elle vient combiner avec la liberté d'entreprise. Cette pratique, similaire à celle effectué par les juges nationaux, notamment en France, vient considérablement limiter la force de la liberté d'entreprise qui apparaît dès lors comme une liberté non autonome.

¹⁴⁸ CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, point 47.

¹⁴⁹ CJUE, 31 janvier 2013, *McDonagh*, aff. C-12/11, point 68.

¹⁵⁰ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, point 59.

1) La liberté d'entreprendre en France, une liberté qui ne se suffit pas à elle même

Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il contrôle des mesures a priori contraires à la liberté d'entreprendre, semble le plus souvent se baser non pas sur cette simple liberté mais sur plusieurs libertés combinées, qu'elles soient économiques ou non. Selon Louis Favoreu, cette façon de procéder suppose que le Conseil constitutionnel ait effectué « en amont un contrôle de la liberté d'entreprendre [...] qui n'était pas à elle seule suffisante et qu'il a ensuite recherché si les atteintes à d'autres libertés pouvaient être découvertes »¹⁵¹. Dans cette hypothèse, le juge constitutionnel utilise donc une autre liberté afin de renforcer la liberté d'entreprendre et d'éventuellement prononcer, en se basant sur ce couple de libertés, la censure de la mesure concernée. Par exemple, dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil a jugé que l'article L. 45 du Code des postes et des télécommunications, relatif à la gestion et à l'attribution des noms de domaines en .fr, était contraire à la Constitution, cet article ne garantissant pas la liberté d'entreprendre, le droit de propriété, consacré par les articles 2 et 7 de la déclaration de 1789, et la liberté de communication, protégée par l'article 11 de cette même déclaration¹⁵². Ainsi, « quand l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est pas aggravée par l'atteinte à un droit ou une autre liberté (droit de propriété, liberté d'expression...), elle ne conduit que très exceptionnellement à une censure »¹⁵³.

Si les libertés que le Conseil constitutionnel combine avec la liberté d'entreprendre peuvent être de toute nature, le contrôle opéré sur la base de cette dernière se fait le plus souvent en lien avec les libertés économiques dont elle est proche, en particulier le droit de propriété. Le lien entre ces libertés est apparu dès la reconnaissance de la liberté d'entreprendre. Dans la décision Loi de nationalisation de 1982, celle-ci est en effet combinée avec le droit de propriété¹⁵⁴. De la même façon, dans la décision relative à la loi SRU, qui reconnaît pour la première fois l'existence d'une violation de la liberté d'entreprendre, le Conseil associe une nouvelle fois liberté d'entreprendre et droit de propriété. Ainsi, selon les Sages :

¹⁵¹ Louis FAVOREU et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit. p. 597.

¹⁵² Conseil constitutionnel, décision, 6 octobre 2010, décision n° 2010-45 QPC, cons. 5.

¹⁵³ Louis FAVOREU et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit. p. 598.

¹⁵⁴ Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, cons.16.

« En soumettant à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité, le législateur a apporté, en l'espèce, tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi »¹⁵⁵.

C'est bel et bien la combinaison du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre qui permet au Conseil constitutionnel de constater une disproportion dans les limitations apportées par le législateur. La liberté d'entreprendre n'est donc pas, vis à vis des autres droits, et en particulier du droit de propriété, totalement autonome. Cette liberté ne se suffit pas à elle-même.

2) Liberté d'entreprise et autres droits fondamentaux : une combinaison indispensable

Le cas de la France est en tout point similaire à la pratique de la Cour concernant la liberté d'entreprise. Tout d'abord, lorsqu'elle examine une potentielle violation de la liberté d'entreprise, la Cour a souvent recours à d'autres droits fondamentaux. Ceux-ci viennent alors en renfort de l'article 16. Ainsi, dans l'affaire Plefer, la Cour n'étudie pas la réglementation nationale en cause au regard de la simple liberté d'entreprise. Elle effectue un examen au titre des articles 15 à 17 de la Charte sans jamais venir différencier ces droits fondamentaux¹⁵⁶. L'examen de la mesure se fait donc au regard de la combinaison de ces trois dispositions. Incluse dans un tout, dans un ensemble indifférencié, la liberté d'entreprise voit dès lors son effectivité fortement atténuée.

L'arrêt *Scarlet Extended* illustre encore mieux la combinaison de droits fondamentaux que la Cour est très souvent amenée à réaliser. Le raisonnement des juges dans cet arrêt repose avant tout sur une mise en balance du droit de propriété intellectuelle et de la liberté d'entreprise¹⁵⁷. Dans un premier temps, la Cour constate que la mesure contestée ne permet pas d'assurer un juste équilibre entre les deux droits

¹⁵⁵ Conseil constitutionnel, 7 décembre 2000, décision n°2000-436 DC, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 20.

¹⁵⁶ CJUE, 30 avril 2014, *Plefer e.a.*, aff. C-390/12, point 57.

¹⁵⁷ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, point 46.

en question¹⁵⁸, et ce au détriment de la liberté d'entreprise. Les juges auraient pu à ce stade de leur raisonnement conclure à une violation de cette liberté. Ils ne le font cependant pas. En effet, ils poursuivent leur raisonnement et démontrent que la réglementation en cause vient non seulement porter atteinte à la liberté d'entreprise mais aussi au droit à la protection des données personnelles et à la liberté d'information¹⁵⁹. La violation de la liberté d'entreprise ne semble donc pas suffire. Les juges concluent en observant un déséquilibre entre le droit de propriété d'une part et « la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part »¹⁶⁰. Si cette affaire est considérée comme l'une des rares fois où la Cour a reconnu une atteinte à la liberté d'entreprise, force est de constater que celle-ci est loin d'être autonome. C'est n'est que combiné avec deux autres dispositions de la Charte que l'article 16 semble réellement effectif et qu'il permet à la Cour de venir écarter une réglementation contestée.

Si la liberté d'entreprise peut être combinée avec de nombreux articles de la Charte, elle semble néanmoins, de la même manière que la liberté d'entreprendre en France, entretenir des relations privilégiées avec une disposition en particulier : le droit de propriété, consacré à l'article 17 de la Charte. Le principe général reconnu par la Cour en 1974 était déjà fortement lié à ce droit. Ainsi, dans des *Nold* de 1974, la Cour vient lier la liberté d'exercer une activité économique au droit de propriété. Selon Pedro Cruz Villalón, cette liberté est même conçue comme un « corolaire du droit fondamental de propriété »¹⁶¹. Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la liberté d'entreprise gagne cependant en autonomie. De par son contenu, explicité clairement dans les explications relatives à la Charte, l'article 16 se distingue d'ailleurs clairement de son voisin l'article 17. Ces deux dispositions protègent des situations différentes. Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Alemo-Herron* viennent préciser la différence :

« Si le droit de propriété porte sur le domaine de biens matériels et immatériels, la

¹⁵⁸ Ibidem, point 49.

¹⁵⁹ Ibidem, point 50.

¹⁶⁰ Ibidem, point 53.

¹⁶¹ CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, aff. C-426/11, conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, point 48.

liberté d'entreprise protège l'initiative économique et la capacité d'agir sur un marché, mais non les bénéfices concrets, traduits en un montant patrimonial, obtenus sur ledit marché »¹⁶².

Malgré de réelles différences quant aux situations qu'ils viennent protéger, il n'en demeure pas moins que ces deux droits fondamentaux restent fondamentalement liés. La jurisprudence de la Cour le démontre. Ainsi dans l'affaire McDonagh, la Cour examine la mesure contestée au regard des articles 16 et 17 de la Charte sans jamais distinguer ces deux dispositions.

La liberté d'entreprise ne semble donc pas être pleinement autonome. La Cour ne vient jamais reconnaître une violation de cette liberté en elle-même. Ce n'est que combinée avec d'autres dispositions de la Charte que l'article 16 devient pleinement effectif. La liberté d'entreprise, de la même façon que la liberté d'entreprendre reconnue en France par le Conseil constitutionnel, ne semble dès lors pas se suffire à elle-même. Sa portée s'en trouve considérablement réduite.

¹⁶² Ibidem, point 51.

Conclusion

La liberté d'entreprise, telle qu'elle est reconnue à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux, est une liberté aussi inédite que méconnue. Inspirée du droit des Etats membres et de la jurisprudence de la Cour, elle bénéficie d'un contenu extrêmement large. Composée de la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, de la liberté contractuelle ainsi que de la concurrence libre, la liberté d'entreprise vient protéger de nombreuses situations. Par ailleurs, dotée d'une fonction habilitante, elle vient servir aussi bien le développement économique que le marché intérieur. Puissante et réellement utile, la liberté d'entreprise s'inscrit donc pleinement dans la logique des politiques économiques menées par les institutions de l'union.

Cependant, de la même manière que dans les Etats membres, la liberté d'entreprise fait l'objet de nombreuses limitations, aussi bien jurisprudentielles que textuelles. Ainsi, si certains articles de la Charte viennent porter atteinte à l'effectivité de cette liberté, le texte de l'article 16 lui-même est extrêmement réducteur. Par ailleurs, cette liberté n'est que très peu protégée par la Cour. Considérée comme une prérogative non absolue, elle peut par conséquent se voir apporter de multiples limites. De plus, liée ou confrontée à d'autres droits fondamentaux dans la majorité des arrêts la concernant, la liberté d'entreprise ne se suffit que très rarement à elle-même. Sa portée et son effectivité s'en trouvent considérablement réduites.

D'un côté utile et puissante, de l'autre limitée et peu effective, la confrontation de ces deux réalités paraît relativement surprenante. Tout dépend en réalité du cadre dans laquelle est analysé l'article 16. En dehors des tribunaux, la liberté d'entreprise trouve toute sa place et agit comme un vecteur de développement et d'intégration. Evoquée devant la Cour, elle perd toute son aura et est réellement sous-estimée.

Ainsi, les juges ne semblent pas en mesure de reconnaître le rôle que peut venir jouer la liberté d'entreprise au sein de l'Union européenne. Comment l'expliquer ? L'histoire de cette liberté peut être un élément de réponse. Introduit pour venir contrebalancer les droits sociaux, l'article 16 se dès lors voit reconnaître la même valeur que ceux-ci. Cet argument est tout à fait plausible. Le sort réservé à cette liberté dans les Etats membres peut également venir expliquer le régime appliqué par la Cour à la liberté d'entreprise. Cependant, si les constitutions nationales se doivent d'être économiquement neutres et de ne pas influencer les politiques publiques, au sein de l'Union la réalité est tout autre. Dès lors venir limiter une liberté économique telle que la liberté d'entreprise dans un Etat membre peut avoir du sens. Agir de la même manière dans le cadre de l'Union européenne, dont l'un des éléments majeurs, le marché intérieur, repose sur des libertés avant tout économiques, semble beaucoup plus surprenant. La Cour pourrait donc tout à fait se détacher de l'interprétation que les juges nationaux font de la liberté d'entreprise.

Il ne faut cependant pas oublier la prise en compte par la Cour de cet article est récente et que les arrêts le concernant ne sont que très peu nombreux. La position de la Cour peut donc être amenée à évoluer. La jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant la liberté d'entreprendre le démontre : depuis quelques années les Sages tendent à accorder une meilleure protection à cette liberté. Si des limitations restent possibles malgré l'abandon de la formule « ni générale ni absolue », le contrôle du Conseil semble de plus en plus favorable à la liberté d'entreprendre. Cette évolution est de bon augure. Elle pourrait venir influencer les juges de Luxembourg et les amener à reconsidérer leur position.

Quoi qu'il en soit, aussi sous-estimé par la Cour soit-il, l'article 16 n'est pas une lettre morte. En tant qu'outil au service de l'économie, de l'entrepreneuriat et de l'intégration, la liberté d'entreprise a un réel rôle à jouer. En adoptant des politiques visant à réellement la promouvoir, les institutions ont d'ailleurs la possibilité de donner à cette liberté toute l'attention qu'elle mérite.

Bibliographie

➤ Ouvrages généraux

1. BELLIS, J.-F., *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2017.
2. CABRILLAC, R., C. ALBIGES, É. ALFANDARI et J. ANTIPPAS, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, France, Dalloz, 2016.
3. CHEROT, J.-Y., *Droit public économique*, Paris, France, Economica, 2007.
4. DELAUNAY, B., *Droit public de la concurrence*, Issy-Les-Moulineaux, France, Lextenso éditions, 2015.
5. FAVOREU, L., P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, L. PHILIP et M. WALINE, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, France, Dalloz, 2016.
6. FAVOREU, L., P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA-GAÏA, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, France, Dalloz, 2015.
7. GODIVEAU, G. et S. LECLERC, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, France, Gualino - Lextenso éditions, 2016.
8. GRYNFOGEL, C., *Droit européen de la concurrence*, Issy-les-Moulineaux, France, Lextenso éditions, 2016.
9. MOLINIER, J. et N. de GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, Paris, France, LGDJ - Lextenso édition, 2011.
10. VOGEL, L., *Droit du marché intérieur*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2016.

➤ Ouvrages spécialisés

1. BRAIBANT, G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, France, Édition Du Seuil, 2001.
2. DUSSART, M.-L. et J.-Y. CHEROT, *Constitution et économie*, Paris, France, Dalloz, 2015, 2015.
3. FONTBRESSIN, P. DE, *L'entreprise et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2008.

➤ Contributions à un ouvrage

1. DE SCHUTTER, O., « Les droits fondamentaux dans le projet européen. », dans *Une constitution pour l'Europe : réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Belgique, Larcier, 2004, p. 81-117.
2. DESFONDS-FARJON, L., « Liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle », dans *Protection des libertés et droits fondamentaux*, 2ème édition, Paris, France, La Documentation française, 2007, p. 351-359.
3. LEONARD, T., « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : une nouvelle verdeur pour la liberté d'entreprendre ? », dans *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2015, p. 75-122.
4. OLIVER, P., « What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve? », dans *General principles of EU law and European private law*, Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law, 2013, p. 281-300.
5. PICOD, F., « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union Européenne », dans *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, France, Dalloz, 2010, p. 527-445.
6. VANDERSTRAETEN, M., « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'Etat », dans *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2015, p. 7-43.

➤ Articles de revues juridiques

1. BAILLEUX, A., « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 97, janvier 2014, p. 215-235.
2. BECHILLON, D. de, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 49, octobre 2015, p. 7-14.
3. D'AVOUT, L., « La liberté d'entreprendre au bâcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, vol. 22, juin 2014, p. 1287-1292.
4. ECKERT, G., « Quelle place pour la libre concurrence ? », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, n° 718, avril 2014, p. 32-38.
5. GAÏA, P., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue française de droit constitutionnel*, n°58, p. 227-246.

6. HUBERT, P., « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 49, octobre 2010, p. 15-27.
7. JACQUE, J. P., « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après Lisbonne », *Europe des Libertés*, vol. 26, mai 2008, p. 2-12.
8. JACQUINOT, N., « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : Un cas à part ? », *Actualité Juridique Droit Administratif*, vol. 13, avril 2003, p. 658-666.
9. KDHIR, M., « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *Recueil Dalloz*, vol. 4, janvier 1994, p.30-33.
10. LALUMIERE, C., « La Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme », (2000) *Revue québécoise de droit international*, vol. 23, janvier 2000, p.167-186.
11. LYON-CAEN, A., « La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprise », *La Revue des droits de l'homme*, n°5, juin 2014.
12. PLACE R., « La protection de la liberté du commerce au sein de la Constitution britannique » (à paraître).
13. RUIZ MIGUEL, C., « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Cahier du Conseil constitutionnel*, vol. 10, mai 2001.
14. SEE, A., « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, vol 719, avril 2014, p. 3-9.
15. USAI, A., « The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration », *German Law Journal*, vol. 14, septembre 2013, p.1867-1888.

➤ Rapports et communications

1. OCDE, « Droit et politique de la concurrence dans l'Union Européenne », 2005.
2. SENAT, Commission des affaires étrangères, rapport n° 288 : « Le traité de Lisbonne », présenté par Jean François Poncet, 30 janvier 2008.
3. CONFERENCE DES OING DU CONSEIL DE L'EUROPE, « la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, un guide de lecture », présenté par Annelise Oeschger, mai 2008.
4. COMMISSION EUROPEENNE, Communication, « Plan d'action Entrepreneuriat 2020,

raviver l'esprit d'entreprise en Europe », 9 janvier 2010.

5. COMMISSION EUROPEENNE, Communication, « Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », 3 mars 2010.
6. AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE, « Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2013 », Juin 2014.
7. AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE, “Freedom to conduct a business : exploring the dimensions of a fundamental right”, Août 2015.
8. COMMISSION EUROPEENNE, « Rapport sur la politique de concurrence 2015 », 15 juin 2016.

➤ Colloques

1. DUSSART M-L., « D'une liberté personnelle à la garantie d'un ordre économique : la mutation de la liberté d'entreprendre », 9e Congrès français de droit constitutionnel, Lyon, Juin 2014.

➤ Documents web

1. HONNEFELDER, S., « Fiches techniques sur l'Union européenne - Politique de la concurrence », *Parlement européen à votre service*, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.1.html> (consulté le 19 mai 2017).
2. MACIEJEWSKI, M. et L. DANCOURT, « Fiches techniques sur l'Union européenne - Le marché intérieur : principes généraux », *Parlement européen à votre service*, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.1.html> (consulté le 31 mai 2017).

Principaux arrêts et décisions

- Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes / Cour de Justice de l'Union Européenne
 - CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. C-26/69
 - CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. C-11/70
 - CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. C-4/73
 - CJCE, 16 janvier 1979, Sukkerfabriken Nykoebing, aff. C-151/78
 - CJCE, 27 septembre 1979, SpA Eridania, aff. C-230/78
 - CJCE, 13 décembre 1979, Haeur, aff. C-44/79
 - CJCE, 5 mai 1982, Schul, aff. C-15/81
 - CJCE, 21 février 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest, aff. jointes C-143/88 et C-92/89
 - CJCE, 5 octobre 1999, Espagne c. Commission, aff. C-240/97
 - CJCE, 13 avril 2000, Karlsson, aff. C-292/97
 - CJCE, 6 décembre 2005, ABNA, aff. jointes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04
 - CJCE, 3 octobre 2006, Fidium Finanz, aff. C-452/04
 - CJCE, 29 janvier 2008, Promusicae, aff. C-275/06.
 - CJUE, 24 novembre 2011, Scarlet Extended, aff. C-70/10
 - CJUE, 6 septembre 2012, Deutsches Weintor, aff. C-544/10
 - CJUE, 22 janvier 2013, Sky Österreich, aff. C-283/11
 - CJUE, 18 juillet 2013, Alemo-Herron, aff. C-426/11, conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón
 - CJUE, 31 janvier 2013, McDonagh, aff. C-12/11.
 - CJUE, 30 avril 2014, Pfleger, aff. C-390/12
 - CJUE, 4 mai 2016, Phillbox, aff. C- 477/14.

- Décisions du Conseil constitutionnel
 - Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*
 - Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, décision n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*
 - Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, décision n° 82-150 DC, *Loi d'orientation des transports intérieurs*
 - Conseil constitutionnel, 16 janvier 1986, décision n° 85-200 DC, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*
 - Conseil constitutionnel, 8 janvier 1991, décision n° 90-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*
 - Conseil constitutionnel, 10 juin 1998, décision n° 98-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*
 - Conseil constitutionnel, 7 décembre 2000, décision n°2000-436 DC, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*

- Conseil constitutionnel, 16 janvier 2001, décision n° 2000-439 DC, *Loi relative à l'archéologie préventive*
- Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, décision n° 01-455 DC, *Loi de modernisation sociale*
- Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*
- Conseil constitutionnel, 18 octobre 2010, décision n° 2010-55 QPC, *Prohibition des machines à sous*
- Conseil constitutionnel, 30 novembre 2012, décision n° 2012-285 QPC, *Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle*

Table des matières

<u>Sommaire</u>	4
<u>Liste des abréviations</u>	5
<u>Introduction</u>	6
Première partie : La liberté d'entreprise, une liberté puissante et utile	11
<u>Section 1</u> : Une liberté traditionnelle au contenu élargi	11
I) <u>La consécration d'une liberté reconnue par les Etats membres et la jurisprudence de la Cour</u>	11
A) Une liberté inspirée des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres	12
1) Une liberté présente dans la majorité des constitutions des Etats membres	12
2) Le cas spécial de la France	14
B) Une liberté d'abord reconnue sous la forme d'un principe général du droit	17
1) Un principe général du droit reconnu dès 1974 par la Cour	17
2) La cohabitation du principe général du droit et de l'article 16	19
II) <u>Une liberté au contenu extrêmement large</u>	21
A) La liberté d'entreprendre selon les explications de la Charte : une liberté à trois facettes	21
1) La liberté d'exercer une activité économique ou commerciale	22
2) La liberté contractuelle	23
3) La concurrence libre	25
B) Une liberté protégeant davantage de droits que les constitutions des Etats membres	26
1) Le libre exercice d'une activité économique, un droit classiquement reconnu	27
2) Liberté contractuelle et libre concurrence, des libertés nettement moins protégées	28
<u>Section 2</u> : La liberté d'entreprise, vecteur de développement économique et de l'approfondissement du marché intérieur	30
I) <u>Une liberté au service de l'économie, de la croissance et de l'entrepreneuriat</u>	30
A) La liberté d'entreprise, un outil de développement économique	30
1) La fonction habilitante des droits fondamentaux	30
2) L'article 16, véritable garantie de l'entrepreneuriat et de l'activité économique	32
B) La mise en place de politiques favorisant la promotion de la liberté d'entreprise	33
1) Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive	33
2) Entrepreneuriat 2020, un plan d'action visant à raviver l'esprit d'entreprise en Europe	35
II) <u>Une liberté au service de l'intégration et du marché intérieur</u>	37
A) Liberté d'entreprise et libertés de circulation : une complémentarité bénéfique pour le marché	37
1) Les libertés fondamentales, piliers du marché intérieur	38
2) L'article 16, garant d'une protection accrue des libertés de circulation	40
B) Liberté d'entreprise et droit de la concurrence : deux instruments venant servir le marché intérieur	41
1) La politique de concurrence au sein de l'Union européenne	41
2) La protection et l'approfondissement du marché intérieur : des objectifs partagés par le droit de la concurrence et la liberté d'entreprise	43

Deuxième partie : La liberté d'entreprise, une liberté soumise à de multiples limitations	45
<u>Section 1</u> Les limites posées par le texte de la Charte	45
I) <u>L'impact des dispositions générales et du texte de l'article 16 lui-même sur la liberté d'entreprise</u>	45
A) Une liberté limitée par les dispositions générales régissant l'application de la Charte	46
1) Un champ d'application relativement restreint	46
2) La possibilité d'apporter des limitations aux droits reconnus dans la Charte	48
B) Une portée réduite par le texte de l'article 16 lui-même	49
1) Une reconnaissance « timide »	49
2) La prise en compte du droit de l'Union et des législations nationales	51
II) <u>Mi-droit mi-principe : le statut incertain de la liberté d'entreprise</u>	52
A) Le statut des droits fondamentaux reconnus par la Charte : la distinction entre droits et principes.....	53
1) Une distinction avant tout politique	53
2) Des conséquences juridiques précisées par l'article 52 paragraphe 5 de la Charte	55
B) L'absence de certitude quant au statut de la liberté d'entreprise	56
1) L'article 16, une disposition ayant le statut de principe	57
2) L'article 16, somme de deux libertés et d'un principe	58
<u>Section 2</u> : Les limites posées par la Cour	61
I) <u>Une liberté non absolue et soumise à de nombreuses limites</u>	61
A) Un droit non absolu devant être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société	62
1) Une solution classique dans les Etats membres	62
2) Une formule reprise par la Cour dès 1974	63
B) La possibilité de poser des limites à la liberté d'entreprise, conséquence directe de son caractère non absolu	64
1) Des limites acceptées par les juges constitutionnels des Etats membres dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité	65
2) La soumission de l'article 16 à de très nombreuses limites	66
II) <u>Une liberté à la fois liée et confrontée à d'autres droits fondamentaux</u>	68
A) La mise en balance de la liberté d'entreprise avec d'autres droits fondamentaux	68
1) Le cas français : la conciliation de la liberté d'entreprendre avec les exigences constitutionnelles	69
2) La confrontation de l'article 16 avec d'autres dispositions de la Charte	70
B) Le manque d'autonomie de la liberté d'entreprise	71
1) La liberté d'entreprendre en France, une liberté qui ne se suffit pas à elle-même	71
2) Liberté d'entreprise et autres droits fondamentaux : une combinaison indispensable	73
<u>Conclusion</u>	76
<u>Bibliographie</u>	78
<u>Principaux arrêts et décisions</u>	82