

La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques

Arnaud Sée

► **To cite this version:**

Arnaud Sée. La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques. Revue juridique de l'économie publique, LexisNexis JurisClasseur - 2007-2014, 2014. hal-01674522

HAL Id: hal-01674522

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01674522>

Submitted on 3 Jan 2018

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

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

Revue juridique de l'économie publique n° 718, Avril 2014, étude 5

La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques

Etude par Arnaud SÉE
maître de conférences à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense
Centre de recherches sur le droit public (CRDP)

Sommaire

L'existence et le statut des libertés économiques sont intimement liés à l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel, qui a consacré puis consolidé les libertés économiques au niveau constitutionnel. Mais la révolution tant attendue n'a pas eu lieu. La QPC n'a permis qu'une faible progression des libertés économiques dans la jurisprudence constitutionnelle, et la protection de ces libertés est plus que jamais limitée.

1. - « Il faut que tout change pour que rien ne change^{Note 2} ». La formule de Tancredi Falconeri dans *Le Guépard* de Lampedusa s'applique parfaitement à l'analyse de la place des libertés économiques dans la jurisprudence constitutionnelle depuis l'avènement de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le nouveau contrôle *a posteriori* a certes révolutionné le rôle du Conseil, qui a vu sa fonction juridictionnelle revalorisée et qui sera peut-être bientôt une « Cour » constitutionnelle^{Note 3}. Mais cette révolution procédurale n'a presque rien changé au statut des libertés permettant ou garantissant l'exercice d'une activité économique.

2. - Pourtant, l'existence et le statut des libertés économiques sont intimement liés à l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel. C'est en effet le Conseil constitutionnel qui a consacré puis consolidé les libertés économiques au niveau constitutionnel.

3. - La consécration des libertés économiques par le juge constitutionnel. - C'est en effet grâce au juge constitutionnel que les libertés économiques ont été consacrées au plus haut niveau de la hiérarchie des normes au début des années 1980. Avant cette date, la constitution économique se limitait à fort peu de choses. En 1965, quand Bernard Chenot évoque la constitution économique de la France dans son manuel, c'est pour décrire le rôle des pouvoirs publics constitutionnels dans la définition et la mise en oeuvre de la politique économique^{Note 4}. Une telle analyse était purement institutionnelle et n'évoquait à aucun moment la question des normes substantielles. Et pour cause : la constitution ne contenait aucune norme textuelle permettant ou garantissant l'exercice d'une activité économique^{Note 5}. Cette situation a profondément évolué au début des années 1980, concomitamment à l'évolution de la fonction juridictionnelle du Conseil constitutionnel. C'est le Conseil constitutionnel qui a construit la Constitution économique de la France, dans sa décision du 16 janvier 1982^{Note 6}, dans laquelle il a confirmé la pleine valeur constitutionnelle du droit de propriété et a dégagé une liberté constitutionnelle d'entreprendre sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cet aspect de la décision fut certes controversé - on se souvient de l'opposition entre Savy^{Note 7} et Mestre^{Note 8}, le second montrant que la liberté de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pouvait constituer un fondement historiquement acceptable de la nouvelle liberté économique -. Mais la dispute est depuis lors largement épuisée, et on peut dire, comme le Professeur Carcassonne, que la liberté d'entreprendre est « le bel enfant »^{Note 9} du droit de propriété et de la liberté.

4. - La consolidation des libertés économiques par le juge constitutionnel. - Le Conseil a par la suite doublement consolidé les libertés économiques. Il a tout d'abord consacré au niveau constitutionnel des libertés qui ne sont pas en elles-mêmes des libertés économiques, mais qui permettent l'exercice d'une activité économique. S'inspirant du juge administratif, le Conseil a ainsi appliqué le principe d'égalité en matière économique^{Note 10}. Sous l'influence, toujours, du juge administratif^{Note 11}, le juge constitutionnel a élevé la liberté contractuelle au sommet de la hiérarchie des normes^{Note 12}, en la fondant dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme la liberté d'entreprendre. Plus récemment, il a dégagé les principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement

des candidats et de transparence des procédures^{Note 13}. Ces principes bénéficient autant aux personnes privées qu'aux personnes publiques, même si ces dernières sont parfois soumises à un régime spécifique.

5. - Le juge constitutionnel a ensuite et surtout considérablement renforcé son contrôle sur les libertés économiques, et notamment la liberté d'entreprendre. Ce contrôle a pendant longtemps été platonique. Dans ses premières décisions, la liberté d'entreprendre avait une portée presque symbolique : elle n'était « ni générale, ni absolue », et seules les atteintes « arbitraires » ou « abusives » étaient prohibées^{Note 14}. Un tel contrôle a conduit à l'absence d'annulation sur le fondement de la liberté d'entreprendre, le Conseil préférant faire appel d'autres principes pour fonder une déclaration d'inconstitutionnalité^{Note 15}. Ce n'est qu'à la fin des années 1990 que le Conseil a renforcé sa protection de la liberté d'entreprendre, en évoluant vers un contrôle de proportionnalité, et en analysant la liberté d'entreprendre comme toutes les autres libertés constitutionnelles. La liberté d'entreprendre n'est plus « ni générale, ni absolue »^{Note 16}, et désormais, le Conseil considère, suivant une formule constante, qu'« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »^{Note 17}. A été retentissante, notamment, la décision *Loi de modernisation sociale* dans laquelle le Conseil a censuré les restrictions aux licenciements économiques voulues par le législateur^{Note 18}.

6. - **La revalorisation des libertés économiques sous l'influence de la QPC ?** Pourtant, le renforcement du contrôle juridictionnel exercé sur la liberté d'entreprendre n'a conduit qu'à peu de censures sur le fondement de cette liberté. Certains auteurs ont ainsi pu considérer qu'elle n'était qu'une liberté de second rang^{Note 19}. On pouvait donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si l'évolution de la fonction juridictionnelle du Conseil constitutionnel allait avoir une influence sur la protection des libertés économiques. La question est d'autant plus importante que l'évolution des libertés économiques a suivi le renforcement de la fonction juridictionnelle du juge constitutionnel.

7. - La révolution tant attendue n'a pourtant pas eu lieu^{Note 20}. Certes, d'un point de vue quantitatif, le nombre de décisions rendues sur le fondement de la liberté d'entreprendre a sensiblement augmenté^{Note 21}. Mais, d'un point de vue qualitatif, le Conseil n'a opéré aucun *risorgimento* des libertés économiques. La QPC n'a permis qu'une faible progression des libertés économiques dans la jurisprudence constitutionnelle (1). Pour le reste, le contrôle exercé sur ces libertés demeure insuffisant et la protection des libertés économiques est plus que jamais limitée (2). La liberté d'entreprendre occupe toujours une « place quelque peu singulière »^{Note 22} en droit constitutionnel.

1. La faible progression des libertés économiques depuis la QPC

8. - Depuis l'introduction de la QPC en droit français, les libertés économiques n'ont que sensiblement progressé. D'abord, la liberté d'entreprendre a vu son champ d'application étendu ; mais cette extension apparaît bien limitée (A). C'est ensuite l'égalité de la concurrence entre opérateurs économiques qui a été consacrée comme un élément de l'intérêt général ; mais cette consécration semble bien ambiguë (B).

A. - L'extension limitée du champ d'application de la liberté d'entreprendre

9. - Les décisions rendues suivant la procédure de QPC ont permis au Conseil constitutionnel de donner - enfin - une définition claire de la liberté d'entreprendre, qui « 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 »^{Note 23}. Cette définition rejoint celle proposée par la doctrine^{Note 24} et est conforme aux définitions de la liberté d'entreprendre données par le Conseil d'État^{Note 25} et la Cour de justice^{Note 26}. La liberté d'entreprendre garantit ainsi tout à la fois l'accès au marché des opérateurs économiques, mais aussi le libre exercice d'une activité économique sur le marché. On retrouve ici la définition de l'un des corollaires de la liberté du commerce et de l'industrie, ce qui va dans le sens de l'assimilation de ces deux libertés^{Note 27}. Suivant cette définition, et comme il le faisait avant l'avènement de la procédure de QPC, le Conseil contrôle au regard de la liberté d'entreprendre la possibilité pour un opérateur économique d'accéder à un marché, c'est-à-dire le libre exercice d'une activité professionnelle. Le juge examine ainsi au regard de la liberté d'entreprendre les régimes d'autorisation administrative^{Note 28}, ou encore les législations fixant les régimes d'incapacités et d'interdictions professionnelles.^{Note 29} Ensuite, le juge constitutionnel contrôle de la même façon les législations encadrant l'exercice d'une activité économique, ou permettant le contrôle de la puissance publique sur les activités économiques^{Note 30}. Le Conseil a ainsi, et par exemple, pu valider l'existence de la législation spécifique des motos taxi^{Note 31}, ou celle concernant les fermetures hebdomadaires^{Note 32}. Le juge a d'ailleurs pu se montrer plutôt sévère à propos de législations imposant des

contraintes injustifiées au libre exercice d'une activité économique. Le Conseil a ainsi censuré l'art. L. 224-1 du Code de l'environnement qui donnait compétence, de façon générale, au Gouvernement pour fixer les conditions dans lesquelles « certaines constructions nouvelles doivent comporter une quantité minimale de matériaux en bois »^{Note 33}. De manière encore plus significative, le Conseil a invalidé les dispositions du droit local d'Alsace-Moselle posant l'obligation d'affiliation à une corporation d'artisans dans ces départements^{Note 34}.

10. - Mais la procédure de QPC a permis au Conseil d'assigner de nouveaux domaines d'application à la liberté d'entreprendre. Le Conseil constitutionnel a conféré à la liberté d'entreprendre une portée qui la rapproche de la libre concurrence. Il a examiné certaines législations économiques dans des hypothèses qui, en droit administratif, sont plutôt appréhendées au regard du principe de libre concurrence et de la prohibition des abus de position dominante. Trois solutions méritent à ce titre d'être évoquées.

11. - Le contrôle d'un monopole. - D'abord, en premier lieu, le Conseil constitutionnel a accepté de contrôler l'instauration ou la suppression d'un monopole au regard de la liberté d'entreprendre. Il a ainsi considéré que le monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie confié à un établissement public de la concurrence ne portait pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre^{Note 35}, ce dernier étant justifié par les « particularités de la Nouvelle-Calédonie et les besoins d'approvisionnement du marché local ». Le Conseil a aussi validé la loi de 1891 qui prohibe l'organisation de paris hippiques, l'atteinte à la liberté d'entreprendre étant ici justifiée par des considérations tirées de la protection de l'ordre public^{Note 36}. Le Conseil a en sens inverse validé la suppression du monopole des courtiers interprètes et des conducteurs de navire par le législateur^{Note 37}, suppression qui répond au motif d'intérêt général de mettre le droit national en conformité avec un règlement de l'Union européenne et de favoriser la libre concurrence et la liberté d'entreprendre. Alors certes, le contrôle des monopoles au regard de la liberté d'entreprendre n'est pas tout à fait nouveau. Le Conseil constitutionnel l'avait déjà amorcé dans sa décision « archéologie préventive » de 2001^{Note 38}. Certes encore, le Conseil d'État contrôle depuis longtemps l'instauration d'un monopole au regard de la liberté du commerce de l'industrie^{Note 39}. Mais il n'en demeure pas moins qu'en acceptant de contrôler un monopole au regard de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel fait de la liberté constitutionnelle un vecteur de protection de l'égalité concurrence sur le marché.

12. - Le contrôle des restrictions à la liberté des prix. - Ensuite, en deuxième lieu, le Conseil contrôle, au regard de la liberté d'entreprendre, des législations portant atteinte à la liberté des prix. Il a ainsi contrôlé la majoration forfaitaire du prix de la prestation de transport routier de marchandises, qui est validée car justifiée par l'objectif de politique économique poursuivi par le législateur à l'égard du secteur du transport routier de marchandises^{Note 40}. Dans le même sens, les dispositions donnant aux conseils généraux des départements d'Outre-mer le pouvoir de fixer un prix minimum de vente au détail du tabac ont été validées au regard des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatives à « la protection de la santé »^{Note 41}. Ces deux décisions témoignent d'une extension remarquable du champ de la liberté d'entreprendre. Les restrictions à la liberté des prix constituent des barrières réglementaires à l'entrée qui restreignent la concurrence sur le marché^{Note 42}. Liberté des prix et liberté de la concurrence sont intimement liées, comme en témoignent l'intitulé de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et l'article L. 410-1 du Code de commerce aux termes duquel les prix « sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». C'est précisément l'argumentation que développaient les auteurs de la saisine, qui estimaient que les dispositions litigieuses, en restreignant la liberté tarifaire, créaient « une distorsion de concurrence entre les différentes entreprises non justifiée par un motif d'intérêt général ». Le Conseil constitutionnel a été sensible à cette argumentation et a accepté de contrôler la restriction à la liberté des prix au regard du principe constitutionnel de liberté d'entreprendre. Le Conseil n'était jamais allé aussi loin : tout au plus s'était-il autorisé à contrôler un régime législatif prévoyant une homologation tarifaire^{Note 43}. Ainsi, la liberté d'entreprendre a désormais une portée assez large pour permettre le contrôle de législations portant atteinte à la liberté des prix, et donc inclure des préoccupations de concurrence. On comprend alors qu'en contrôlant une législation tarifaire au regard de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel constitutionnalise la liberté des prix. Cette évolution est notable, puisque la liberté des prix, corollaire de la libre concurrence, n'avait jusqu'à présent qu'une valeur législative (*C. com., art. L. 410-1*).

13. - Le contrôle de la délégation à une personne privée d'une fonction de réglementation économique. - En troisième lieu, le Conseil a pu censurer au regard de la liberté d'entreprendre une législation déléguant à une personne privée une fonction de réglementation économique^{Note 44}. L'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques confiait à des organismes désignés par le ministre chargé des Communications électroniques l'attribution et la gestion des noms de domaine. Le Conseil a censuré cette disposition pour incompétence négative, au regard de la liberté

d'entreprendre et de la liberté de communication. Relevant que le choix des noms de domaines « affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre », le Conseil considère que le législateur « a entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés » et « qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ». Cette solution est audacieuse. De telles dispositions déléguant à des personnes privées un pouvoir de réglementation économique sont en effet traditionnellement appréhendées par le biais de la prohibition des abus de position dominante^{Note 45}.

14. - On le voit, le Conseil constitutionnel est de plus en plus sensible à l'idée de protéger la libre concurrence sur le marché. Il n'y a dans ces conditions rien d'étonnant à ce que le Conseil ait consacré la concurrence comme un élément de l'intérêt général.

B. - La consécration ambiguë de la concurrence comme élément de l'intérêt général

15. - La libre concurrence n'est pas, pour le juge constitutionnel, un principe de valeur constitutionnelle. Le Conseil considère que la libre concurrence s'impose uniquement aux autorités administratives et judiciaires, mais non au législateur. Elle n'a par conséquent pas valeur constitutionnelle en elle-même^{Note 46}. Le Conseil d'État adopte la même approche et considère que la libre concurrence n'est pas « en elle-même, au nombre des droits et libertés garantis par la constitution »^{Note 47}. Dans ces décisions, les juges constitutionnel et administratif font de la libre concurrence un simple corollaire du principe d'égalité^{Note 48}.

16. - La reconnaissance de l'égalité concurrence par le juge constitutionnel. - Ceci étant, la référence à la concurrence a quand même progressé dans la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel considère que l'égalité concurrence entre opérateurs économiques constitue un motif d'intérêt général justifiant une atteinte à la liberté d'entreprendre. Il a pu avoir cette analyse dans deux décisions rendues à propos de législations sur le repos hebdomadaire.

17. - Dans une première décision *Chaud Colatine*, le Conseil a d'abord admis la constitutionnalité de l'article L. 3132-29 du Code du travail, qui permet au préfet d'imposer un jour de fermeture hebdomadaire à tous les établissements exerçant une même profession dans une même zone géographique^{Note 49}. Le juge a considéré que cette disposition ne porte pas une atteinte excessive de la liberté d'entreprendre, car elle « vise à assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire » et « que, dès lors, [elle] répond à un motif d'intérêt général » justifiant l'atteinte à la liberté d'entreprendre. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, l'égalité de concurrence entre établissements de même profession constitue un motif d'intérêt général justifiant une atteinte à la liberté d'entreprendre. Cette référence à l'égalité concurrence n'est pas sans rappeler la jurisprudence administrative du début du siècle précédent sur cette même question du repos dominical^{Note 50}.

18. - Dans une seconde décision *Somodja*, le Conseil a considéré que le régime de droit local d'Alsace-Moselle en vertu duquel le droit au repos hebdomadaire des salariés s'exerce le dimanche ne portait pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre^{Note 51}. Là encore, l'atteinte à la liberté d'entreprendre est justifiée par la volonté de préserver l'égalité concurrence entre opérateurs économiques. Pour le Conseil, « ces dispositions ont pour objet d'encadrer les conditions de la concurrence entre les établissements quels que soient leur taille ou le statut juridique des personnes qui y travaillent ; que, dès lors, elles répondent à un motif d'intérêt général ». Il faut donc en conclure, avec Martine Lombard, qu'« égaliser les conditions de la concurrence entre établissements est un motif d'intérêt général justifiant une limitation à la liberté d'entreprendre »^{Note 52}.

La concurrence est ainsi consacrée comme un élément de l'intérêt général, comme l'avait déjà relevé la doctrine^{Note 53}. Le Conseil reprend ainsi à son compte les avancées du juge administratif, qui avait aussi considéré que la concurrence constituait un intérêt public à protéger^{Note 54}. Il a d'ailleurs précisé que l'égalité concurrence entre opérateurs sur le marché était une composante de l'ordre public économique. Dans une décision *Canal Plus*, le Conseil constitutionnel a considéré que le pouvoir de l'Autorité de la concurrence de sanctionner le non-respect d'injonctions ou d'engagements ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre^{Note 55}. L'atteinte à la liberté d'entreprendre est ici justifiée par la préservation de l'ordre public économique, qui est défini par le Conseil comme permettant d'« assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé ». Cette solution a été réaffirmée en 2013 dans une décision concernant le contrôle des concentrations en Nouvelle-Calédonie^{Note 56}. Le Conseil y considère que le contrôle des concentrations tend à « assurer un fonctionnement concurrentiel des marchés », et qu'une telle atteinte à la liberté d'entre-

prendre est justifiée par « les objectifs de préservation de l'ordre public économique »^{Note 57}. Le Conseil avait auparavant relevé dans le même sens que l'ordre public économique vise à « l'équilibre des relations commerciales »^{Note 58}.

19. - Les ambiguïtés de la concurrence dans la jurisprudence constitutionnelle. - La référence du juge constitutionnel à l'intérêt général protégeant l'égalité de concurrence sur le marché est en réalité très ambiguë, et ce pour trois raisons.

D'abord, l'égalité de concurrence est consacrée comme une norme objective, et non comme un droit subjectif. Ce n'est qu'un motif d'intérêt général justifiant l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre. L'égalité de concurrence n'est donc pas au nombre des « droits et libertés fondamentaux que la Constitution garantit » et sa violation ne saurait être invoquée par un requérant à l'occasion d'une QPC.

20. - Ensuite, la reconnaissance de l'égalité de concurrence entre opérateurs comme élément de l'intérêt général ne signifie pas, de manière certaine, que cet objectif d'intérêt général ait acquis une valeur constitutionnelle. La doctrine a en effet montré que « seuls certains démembrements de l'intérêt général ont été regardés comme des principes ou objectifs dotés de la pleine valeur constitutionnelle »^{Note 59}. Ainsi, les objectifs d'intérêt général évoqués par le Conseil constitutionnel dans ses décisions peuvent être soit de valeur législative, soit de valeur constitutionnelle^{Note 60}. Or, pour avoir valeur constitutionnelle, un objectif d'intérêt général devrait pouvoir être « exprimé dans des normes constitutionnelles »^{Note 61}, c'est-à-dire rattaché à une norme constitutionnelle.

21. - C'est précisément la troisième ambiguïté qui caractérise la jurisprudence du Conseil. Force est en effet de constater que l'éventuel fondement de l'égalité de concurrence n'est pas clair en droit constitutionnel, car « la référence à la norme de concurrence n'est jamais qu'implicite dans toutes ces décisions »^{Note 62}. Dans ses premières décisions rendues avant la QPC, le Conseil considérait que la libre concurrence était un corollaire du principe d'égalité, mais qu'elle n'avait pas de valeur constitutionnelle. Mais dans les décisions précitées, l'égalité de concurrence est une préoccupation d'intérêt général qui relève de l'« ordre public économique ». La sauvegarde de l'ordre public étant un objectif de valeur constitutionnelle^{Note 63}, on peut alors se demander si le rattachement de l'intérêt général concurrentiel à « l'ordre public économique » ne vient pas renforcer la thèse de la constitutionnalisation de l'égalité de concurrence. Mais il serait aussi possible de rattacher la libre concurrence à la liberté d'entreprendre, même si le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État considèrent que la libre concurrence constitue une considération d'intérêt général permettant de limiter la liberté d'entreprendre^{Note 64}. Dans ces conditions, il n'existe aucune certitude quant à l'éventuel fondement constitutionnel de la libre concurrence.

22. - Au final, on peut se demander si la consécration de l'égalité de concurrence a bien un lien avec la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité. D'ailleurs, le respect de la concurrence avait déjà pu être considéré implicitement comme constituant une préoccupation d'intérêt général avant la QPC^{Note 65}. Dans ces conditions, la progression des libertés économiques dans la jurisprudence constitutionnelle apparaît dès lors bien faible depuis l'avènement de la QPC. Il en va de même de la protection de ces libertés, qui n'a toujours pas été renforcée.

2. La faible protection des libertés économiques malgré la QPC

23. - La liberté d'entreprendre a pendant longtemps été perçue comme un principe « à protection constitutionnelle atténuée »^{Note 66}. La QPC n'y a rien changé, et la liberté d'entreprendre demeure toujours une liberté « surestimée »^{Note 67}. Certes, le Conseil constitutionnel a triplé, depuis 2010, le nombre de censures fondées exclusivement sur la violation de la liberté d'entreprendre. Mais ce constat pourrait paraître bien cynique quand on sait qu'avant cette date, deux censures avaient été prononcées et que seulement quatre sont intervenues depuis 2010. Les libertés économiques sont toujours insuffisamment protégées, et ce en raison du degré de contrôle exercé par le juge constitutionnel (**A**), mais aussi des méthodes de contrôle qu'il met en oeuvre (**B**).

A. - La limitation du degré de contrôle

24. - Le contrôle de proportionnalité exercé sur la liberté d'entreprendre n'a pas évolué depuis la mise en oeuvre de la question prioritaire de constitutionnalité. Le juge vérifie toujours si les atteintes à la liberté d'entreprendre sont justifiées par l'intérêt général ou la protection d'autres exigences constitutionnelles, et proportionnées à cet objectif. D'ailleurs, depuis la QPC, ce type de contrôle a été généralisé à l'ensemble des libertés permettant l'exercice d'une activité économique. Le juge constitutionnel exerce désormais un contrôle de proportionnalité sur les atteintes à la liberté contractuel-

le^{Note 68}, alors même qu'il considèrerait auparavant que l'intérêt général pouvait toujours déroger à cette liberté^{Note 69}. Le Conseil a dans le même sens renforcé son contrôle exercé sur les limitations législatives aux conditions d'exercice du droit de propriété et exerce désormais là aussi un contrôle de proportionnalité^{Note 70}. Mais la progression du contrôle du juge constitutionnel sur les libertés économiques ne doit toutefois pas masquer sa limitation intrinsèque. La liberté d'entreprendre a en définitive des « limites très lâches »^{Note 71}, et cette limitation du contrôle se justifie certainement par des considérations de politique jurisprudentielle.

25. - Un contrôle limité. - Le juge de la rue Montpensier limite son contrôle sur la justification de l'atteinte aux libertés économiques comme sur la proportion de l'atteinte.

26. - Les justifications de l'atteinte à la liberté d'entreprendre sont nombreuses. Elles peuvent tenir dans la protection d'autres normes constitutionnelles souvent invoquées. Elles peuvent aussi résulter de considérations d'intérêt général. Or, les références à l'intérêt général sont souvent bien commodes. Ainsi, la suppression législative de l'incitation à recourir aux heures supplémentaires et complémentaires de travail se justifie par l'intérêt général tenant à favoriser le recours à l'emploi^{Note 72}. Plus encore, le monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie se justifie par l'insularité, mais aussi par les « besoins d'approvisionnement du marché local »^{Note 73}. Pire, dans certaines décisions, le juge valide la disposition au regard de la liberté d'entreprendre sans aucune justification^{Note 74}. Ceci est certainement dû au fait que la liberté d'entreprendre « est parfois utilisée comme bouée de sauvetage, au milieu d'autres griefs d'inconstitutionnalité, pour tenter de faire en sorte que la loi qui est appliquée à l'entreprise ne le soit plus »^{Note 75}.

27. - Le contrôle de la proportion des atteintes à la liberté d'entreprendre est tout aussi restreint. Comme le relève Régis Fraisse, « le contrôle de l'adéquation est souvent discret »^{Note 76}. À l'instar des autres droits et libertés constitutionnels, le juge de la rue Montpensier n'exerce qu'un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation du législateur^{Note 77}. Il considère ainsi, traditionnellement, que « la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen »^{Note 78}. Le Conseil exerce ainsi un contrôle restreint à la disproportion manifeste du législateur : il ne lui appartient pas « de substituer son appréciation » à celle du Parlement^{Note 79}. D'ailleurs, si le juge s'efforce de rechercher la justification de l'atteinte à la liberté d'entreprendre, il ne prend pas toujours la peine d'expliquer en quoi l'atteinte est proportionnée.

28. - Certains auteurs évoquent toutefois une possible progression du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil^{Note 80}. Ce contrôle serait dissocié : il serait un contrôle restreint à la disproportion manifeste quand le Conseil met en balance la liberté d'entreprendre avec une autre norme constitutionnelle, mais deviendrait un contrôle normal en cas de conciliation de la liberté économique avec l'intérêt général. Cette évolution serait révélée par la terminologie employée, le juge n'employant plus l'expression « manifeste » dans le second cas. Selon Régis Fraisse, « cette distinction (...) repose sur l'idée que, dans la balance des intérêts en jeu, un intérêt général autre que constitutionnel a un poids moins fort qu'une exigence constitutionnelle. Arbitrer entre une exigence constitutionnelle et un objectif d'intérêt général est en effet plus facile que d'arbitrer entre deux exigences constitutionnelles ». Pourtant, il n'est pas certain que cette nuance de terminologie fasse effectivement progresser le contrôle du juge constitutionnel. En effet, la limitation intrinsèque de ce contrôle est largement justifiée par des considérations de politique jurisprudentielle.

29. - Une limitation du contrôle justifiée. - La limitation du contrôle du Conseil peut se comprendre, dans la mesure où elle lui permet d'éviter de prendre des décisions de nature politique. Ce constat a été fait depuis bien longtemps : si le Conseil a admis le principe des nationalisations^{Note 81}, en les encadrant, il a de la même façon autorisé les politiques de privatisation quelques années plus tard^{Note 82}. Depuis la QPC, le Conseil a validé tant les politiques d'ouverture à la concurrence de certains secteurs que le maintien sous monopole de certaines activités. Le Conseil a ainsi considéré que le monopole des paris hippiques au profit du PMU, instauré par la loi du 2 juin 1891, ne portait pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre^{Note 83}. Il a validé dans le même sens le monopole de l'exploitation des jeux de hasard au profit de la Française des Jeux, des fêtes foraines et des casinos au regard de la même liberté^{Note 84}, et même le monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie^{Note 85}. Mais il a considéré, à l'inverse, que la loi relative à l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux de hasard en ligne ne porte pas d'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre^{Note 86}. De même, la loi supprimant le monopole des courtiers interprètes et des conducteurs de navire ne porte pas non plus une atteinte à la liberté d'entreprendre : bien au contraire, un tel texte tend à « favoriser la libre concurrence et la liberté d'entreprendre »^{Note 87}. On le voit, le Conseil évite autant que faire se peut de conférer une portée politique à ses décisions, en conférant une certaine neutralité politique à la liberté d'entreprendre : celle-ci ne s'oppose ni aux politiques d'ouver-

ture à la concurrence de certains secteurs, ni au maintien sous monopole d'autres activités. Ce qui est plus troublant dans ces décisions, c'est que ce sont les mêmes considérations tirées de la protection de l'ordre public qui justifient l'ouverture à la concurrence et le monopole. En tout état de cause, les difficultés inhérentes au degré de contrôle du Conseil constitutionnel s'accompagnent d'une insuffisance des méthodes de contrôle de ce dernier.

B. - L'insuffisance des méthodes de contrôle

30. - Les méthodes de contrôle du respect de la liberté d'entreprendre par le juge constitutionnel présentent deux lacunes principales. Non content de ne jamais avoir recours à l'analyse économique, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à rendre des décisions s'écartant largement de la jurisprudence du juge de l'Union européenne, révélant une absence totale de dialogue avec ce dernier dans le domaine économique.

31. - L'absence de recours à l'analyse économique. - Certes, le juge constitutionnel commence depuis peu à se référer à la notion d'activité économique pour délimiter le champ d'application de la liberté d'entreprendre^{Note 88}, à l'instar de ce que fait le Conseil d'État pour la liberté du commerce et de l'industrie^{Note 89}. Mais, pour le reste, le Conseil ne met en oeuvre aucune analyse économique. Notamment, il ne fait pas l'effort de délimiter un marché pertinent pour contrôler le libre exercice d'une activité. Une telle absence d'analyse économique pose parfois des difficultés, comme le révèle la décision *Somodia*^{Note 90}. On se souvient que dans cette décision, le Conseil considère que le repos dominical des salariés vise à préserver l'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques d'Alsace-Moselle. Or, précisément, cette disposition rompt l'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques d'Alsace-Moselle et ceux des départements limitrophes, voire des pays limitrophes, qui, eux, peuvent être autorisés à exercer leur activité le dimanche. Il est ainsi étonnant de voir le Conseil constitutionnel consacrer la concurrence comme impératif d'intérêt général lors du contrôle d'une loi qui rompt précisément l'égalité entre les établissements situés en Alsace et ceux des communes limitrophes^{Note 91}. Dans ces conditions, « on est donc au plan constitutionnel très loin du corpus qui ressort de la jurisprudence administrative »^{Note 92}, et il serait peut-être temps, à l'instar de ce que préconise Martine Lombard, de faire « un nouvel usage des QPC en matière de concurrence »^{Note 93}.

32. - L'absence de cohérence avec le droit de l'Union européenne. - Comme le relève le Professeur Parléani, « le Conseil constitutionnel a pu déclarer conformes à la Constitution des législations bien discutables au regard des libertés qu'offre le droit de l'Union européenne »^{Note 94}. Le contrôle de constitutionnalité semble en effet prendre ses distances avec le contrôle de conventionalité, et les décisions rendues en QPC n'ont fait qu'accentuer cette difficulté. Trois exemples permettent de s'en convaincre.

33. - Il en va ainsi dans le domaine du contrôle de l'instauration d'un monopole. En droit de l'Union européenne, le monopole ne se justifie que si les conditions de l'article 106, § 2 TFUE sont réunies, à savoir qu'il est nécessaire à l'accomplissement d'une mission d'intérêt économique général, et qu'en son absence, il serait fait échec à cette mission. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, ne vérifie que la justification du monopole. Il ne vérifie jamais la nécessité du monopole pour accomplir la mission d'intérêt général. Une telle différence de contrôle ne pouvait conduire qu'à des divergences avec la jurisprudence européenne. Le Conseil constitutionnel a ainsi pu justifier le monopole dans le secteur des jeux hasard, alors que ce monopole était déjà condamné par la Cour de Luxembourg^{Note 95}.

34. - Il en va de même dans le domaine du contrôle de la création d'une activité économique publique par le législateur. En droit français, le principe de non-concurrence n'a toujours qu'une valeur législative et n'est pas adossé à la liberté constitutionnelle d'entreprendre^{Note 96}. Le législateur peut donc créer librement une activité économique publique, sans à avoir à vérifier au préalable que le marché est défaillant, comme l'exige pourtant le droit de l'Union européenne^{Note 97}.

35. - Il en va enfin ainsi en matière d'aide publique à une activité économique. Le Conseil constitutionnel a à ce titre été récemment saisi d'une QPC portant sur l'article L. 431-9 du Code des assurances^{Note 98}. Les requérants ont contesté au regard du principe d'égalité et de la liberté d'entreprendre la garantie de l'État accordée à la Caisse centrale de réassurance, société anonyme détenue intégralement par l'État, qui conduirait à un monopole de fait institué au profit de cette dernière sur le marché de la réassurance des catastrophes naturelles. Devant le Conseil d'État, le rapporteur public a justifié le renvoi par la nécessité pour le Conseil constitutionnel de préciser son contrôle sur de telles problématiques, et notamment sur la question de savoir s'il convient de transposer la jurisprudence *Ordre des avocats au Barreau de Paris* relative à l'égalité de concurrence au contentieux constitutionnel. Le Conseil constitutionnel n'a pas suivi ce raisonne-

ment et a considéré que la garantie de l'État à la CCR avait été mise en place dans un souci de solidarité nationale et ne violait ni le principe d'égalité, ni la liberté d'entreprendre^{Note 99}. Or, en droit de l'Union européenne, la garantie illimitée de l'État au profit des entreprises publiques est considérée comme une aide d'État incompatible avec le Traité^{Note 100}.

36. - La QPC n'a donc pas rapproché les juges du Palais Royal de leurs homologues de Luxembourg. Ces distances sont d'autant plus étonnantes que, dans d'autres domaines, le Conseil constitutionnel s'est largement inspiré de la jurisprudence européenne pour rendre ses décisions. En matière économique, le dialogue des juges est inexistant, alors même que le Conseil tend à le développer dans d'autres domaines, en posant par exemple une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne^{Note 101}. On en viendrait presque à se demander si la liberté d'entreprendre n'est pas un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, tant sa portée est évaluée à l'aune d'une vision strictement nationale. Sans aller jusque-là, il est certain que c'est le contrôle du juge constitutionnel qui est « inhérent à l'identité nationale » : il apparaît bien singulier et demeure presque totalement inoffensif, malgré la QPC.

Note 1 Cette étude a fait l'objet d'une communication orale à l'occasion du colloque « La Constitution économique » en hommage à Guy Carcassonne (Nanterre, 30 oct. 2013).

Note 2 G. Tomasi di Lampedusa, *Le Guépard*, trad. J.-P. Manganaro : éd. du Seuil, 394 p. La traduction littérale est « *si nous voulons que tout reste tel que c'est, il faut que tout change* » (*Se vogliamo che tutto rimanga com'e, bisogna che tutto cambi*). Par cette formule, Tancredi Falconeri, neveu du prince Salina, entendait justifier sa participation à la révolution garibaldienne afin, en définitive, de conserver les avantages de sa classe sociale. La révolution opérerait le changement ; mais ce changement n'aboutirait qu'à un retour au point de départ.

Note 3 *Prop. de loi constitutionnelle tendant à réformer le Conseil constitutionnel*, 17 mai 2013, n° 1044.

Note 4 B. Chenot, *Organisation économique de l'État*, 2e éd. : D. 1965, p. 93. L'auteur remarquait qu'« une constitution économique existe en tout État », « qu'elle soit écrite ou coutumière, qu'elle laisse le champ large aux initiatives individuelles ou qu'elle les gouverne ».

Note 5 À l'exception, notable, de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel « *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* ».

Note 6 *Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation* : *JurisData* n° 1982-300012.

Note 7 R. Savy, *La constitution des juges* : D. 1983, chron. 105.

Note 8 J.-L. Mestre, *Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété* : D. 1984, chron. 1

Note 9 G. Carcassonne, *La liberté d'entreprendre*, in *L'entreprise et le droit constitutionnel* : *Rev. Lamy dr. aff.* 2010, 55, suppl.

Note 10 *Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, préc.* Le Conseil considère que « le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques ». - V. aussi *Cons. const., déc. 11 avr. 2013, n° 2013-666 DC, Bonus-malus énergétique* : *Journal Officiel du 16 Avril 2013*, p. 6214. Auparavant, le Conseil d'État avait déjà pu appliquer certaines déclinaisons du principe d'égalité en matière économique (*CE, 22 mars 1950, Sté des ciments français* : *Rec. CE 1950*, p. 175).

Note 11 *CE, 28 juill. 2000, n° 208103, Laboratoire Paucourt et a.* Dans le contentieux particulier du référé-liberté, le Conseil d'État a jugé que la liberté contractuelle constituait une « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (*CE, 12 nov. 2001, n° 239840, Cne Montreuil-Bellay* : *JurisData* n° 2001-063253 ; *Rec. CE 2001*, p. 455).

Note 12 *Cons. const., déc. 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* : *Journal Officiel du 24 Décembre 2000*, p. 20576. - *Cons. const., déc. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi* : *Journal Officiel du 18 Janvier 2003*, p. 1084.

Note 13 *Cons. const., déc. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* : *Journal Officiel du 3 Juillet 2003*, p. 11205.

Note 14 *Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, préc.*

Note 15 *Cons. const., déc. 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, Loi portant amnistie* : *Journal Officiel du 21 Juillet 1988*, p. 9448.

Note 16 *Cons. const.*, déc. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* : *Journal Officiel* du 14 Juin 1998, p. 9033. - *Cons. const.*, déc. 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, *Loi sur relative à la liberté de communication* : *Journal Officiel* du 2 Aout 2000, p. 11922.

Note 17 *Cons. const.*, déc. 16 janv. 2001, n° 2000-439 DC, *Loi relative à l'archéologie préventive* : *Journal Officiel* du 18 Janvier 2001, p. 931. - *Cons. const.*, déc. 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux de hasard* : *Journal Officiel* du 13 Mai 2010, p. 8797.

Note 18 *Cons. const.*, déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455, *Loi de modernisation sociale* : *Journal Officiel* du 18 Janvier 2002, p. 1053.

Note 19 V. notamment V. *Goesel-Le Bihan*, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel* : *Cah. Cons. const.* 2007, n° 22, p. 270. - A. *Cartier-Bresson*, *Marché, concurrence, État actionnaire. Dits, non-dits et clairs-obscur constitutionnels* : *LPA* 22 janv. 2009, p. 33. - F. *Priet*, *La liberté d'entreprendre entre deux juges, Mélanges H. Jacquot* : *Presses universitaires d'Orléans*, 2006, p. 497.

Note 20 *Contra*, M. *Kamal*, L. *Perez*, *La liberté d'entreprendre à la lumière de la question prioritaire de constitutionnalité* : *Rev. Lamy conc.* 2012, 31 : relevant que la QPC avait « reconfiguré » le contentieux constitutionnel, les auteurs considèrent, à propos de la liberté d'entreprendre, que « le Conseil constitutionnel en élargit le calibre et ajuste à proportion les lignes directrices de son contrôle, laissant transparaître un visage inachevé mais prometteur ».

Note 21 Au 1er septembre 2013, 24 décisions QPC ont été rendues sur le fondement de la liberté d'entreprendre, pour 87 décisions au total. Il est possible d'attribuer cette évolution aux nombreuses QPC « stratégiques » des requérants, qui souhaitent voir abrogées les lois applicables à leurs litiges.

Note 22 G. *Carcassonne*, *La liberté d'entreprendre, in L'entreprise et le droit constitutionnel* : *Rev. Lamy dr. aff.* 2010, 55, suppl.

Note 23 *Cons. const.*, déc. 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC, M. *Christian S.* [*Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle*] : *JurisData* n° 2012-028142.

Note 24 G. *Marson*, *Les libertés économiques, thèse, université Paris Ouest Nanterre - La Défense*, 2012, p. 100.

Note 25 Pour la Haute juridiction administrative, la liberté d'entreprendre « s'entend de celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui lui sont légalement imposées, tout spécialement lorsqu'elles poursuivent une exigence aussi impérieuse que la protection de la santé publique » (*CE.*, réf., 26 avr. 2002, *Sté Saria Industries* : *Rec. CE* 2002, p. 155)

Note 26 *CJCE*, 13 déc. 1979, aff. 44/79, *Liselotte Hauer* : *Rec. CJCE* 1979, p. 3727, pt. 32.

Note 27 V. réc. *CE*, 22 mai 2013, n° 366750, *ASL REMANA* : *JurisData* n° 2013-011270. Le Conseil d'État évoque le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie « qui en découle ». V. aussi *CE*, 6 oct. 2010, n° 341537, *Muntoni* : *JurisData* n° 2010-017840. - *CE*, ord., 28 oct. 2011, n° 353553, *SARL PCRL Exploitation* : *JurisData* n° 2011-023219. De son côté, le Conseil constitutionnel a déjà inclut la liberté du commerce et de l'industrie dans le champ de la liberté d'entreprendre, en examinant, au titre de cette dernière, les griefs fondés sur la première (*Cons. const.*, déc. 22 juin 2012, n° 2012-258 QPC, *Ets Bargibant SA [Monopole d'importation des viandes]* : *JurisData* n° 2012-014287).

Note 28 *Cons. const.*, déc. 23 nov. 2012, n° 2012-282 QPC, *Assoc. France Nature Environnement* [*Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité*] : *JurisData* n° 2012-027284.

Note 29 *Cons. const.*, déc. 20 mai 2011, n° 2011-132 QPC, M. *Ion C.* [*Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons*] : *Journal Officiel* du 21 Mai 2011, p. 8891.

Note 30 *Cons. const.*, déc. 13 déc. 2012, n° 2012-659 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013* : *Journal Officiel* du 18 Décembre 2012, p. 19861. - *Cons. const.*, déc. 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, *Stés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal* : *JurisData* n° 2012-022856 [*Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction*].

Note 31 *Cons. const.*, déc. 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC, M. *Mohamed T.* : *JurisData* n° 2013-012006 [*Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur*].

Note 32 *Cons. const.*, déc. 21 janv. 2011, n° 2010-89 QPC, *Sté Chaud Colatine* [*Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement*] : *JurisData* n° 2011-014573. - *Cons. const.*, déc. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, *Sté Somodia* : *JurisData* n° 2011-017946 [*Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle*].

Note 33 *Cons. const.*, déc. 24 mai 2012, n° 2013-317 QPC, *Syndicat français de l'industrie cimentière et a.* : *JurisData* n° 2013-010064 [*Quantité minimale de matériaux en bois dans certaines constructions nouvelles*].

- Note 34 *Cons. const., déc. 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC, préc.*
- Note 35 *Cons. const., déc. 22 juin 2012, n° 2012-258 QPC, préc.*
- Note 36 *Cons. const., déc. 3 déc. 2010, n° 2010-73 QPC, Zeturf : JurisData n° 2010-030696 [Paris sur les courses hippiques].*
- Note 37 *Cons. const., déc. 11 févr. 2011, n° 2010-102 QPC : JurisData n° 2011-015514 [Monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires].*
- Note 38 *Cons. const., déc. 16 janv. 2001, n° 2000-439 DC, préc.*
- Note 39 *CE, 29 janv. 1932, Sté des autobus antibois : D. 1932, III, p. 67, concl. R. Latournerie. Le juge administratif considère depuis longtemps que « l'institution d'un monopole ne pourrait résulter que d'une loi » (CE, ass., 16 nov. 1956, Sté des grandes tuileries Perrusson et Desfontaines : Rec. CE 1956, p. 441).*
- Note 40 *Cons. const., déc. 23 mai 2013, n° 2013-670 DC, Loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports : Journal Officiel du 29 Mai 2013, p. 8807.*
- Note 41 *Cons. const., déc. 25 janv. 2013, n° 2012-290/291 QPC, Sté Distrivit et a. : JurisData n° 2013-000793 [Droit de consommation du tabac dans les DOM].*
- Note 42 *Conseil de la concurrence, « Les barrières à l'entrée » : Rapp. annuel 2006, p. 139.*
- Note 43 *Cons. const., déc. 16 janv. 1991, n° 90-287 DC, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, consid. 21 : Journal Officiel du 18 Janvier 1991, p. 924.*
- Note 44 *Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-45 QPC, M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet] : JurisData n° 2010-030652.*
- Note 45 *V. notamment CJCE, 1er juill. 2008, aff. C-49/07, Motoe.*
- Note 46 *Cons. const., déc. 11 juill. 2001, n° 2001-450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social : Journal Officiel du 18 Juillet 2001, p. 11506. - Cons. const., déc. 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, Loi portant amélioration de la couverture des salariés non agricoles : Journal Officiel du 1er Décembre 2001, p. 19112. - Cons. const., déc. 16 août 2007, n° 2007-556 DC, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs : JurisData n° 2007-010004 : « il appartient aux autorités de contrôle et aux juge compétent de veiller au respect du principe d'égalité qui, en l'espèce, implique la libre concurrence ».*
- Note 47 *CE, 2 mars 2011, n° 345288, Sté Manirys.*
- Note 48 *CE, 2 mars 2011, Sté Manirys, préc. : la libre concurrence « peut être une exigence, notamment pour garantir le respect du principe d'égalité ou de la liberté d'entreprendre ».*
- Note 49 *Cons. const., déc. 21 janv. 2011, n° 2010-89 QPC, préc.*
- Note 50 *CE, 30 nov. 1906, Sieur Jacquin, concl. J. Romieu : Rec. CE 1906, p. 862. Dans ses conclusions, Romieu relevait déjà que la législation relative au repos dominical permettait de garantir l'égalité entre opérateurs économiques agissant sur le même marché.*
- Note 51 *Cons. const., déc. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, préc.*
- Note 52 *M. Lombard, note sous Cons. const., déc. n° 2011-157 QPC, préc. : AJDA 2011, p. 1880.*
- Note 53 *J.-P. Kovar, L'État et les modes d'organisation du marché, Thèse Strasbourg, 2005 ; notamment la seconde partie de la thèse (« La concurrence comme élément de l'intérêt général »). - G. Clamour. Intérêt général et concurrence : Dalloz, Nouvelle bibl. des thèses, 2006.*
- Note 54 *CE, 10 avr. 2002, SARL Somatour : Rec. CE 2002, tables, p. 918. - CE, réf., 19 janv. 2004, Sté T-Online : AJDA 2004, p. 1476, note S. Nicinski.*
- Note 55 *Cons. const., déc. 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, Stés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal, préc. : « Les dispositions contestées (...) ont pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé ; (...) en les adoptant, le législateur n'a pas apporté au principe de la liberté d'entreprendre une atteinte qui ne serait pas justifiée par les objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assigné et proportionnée à cette fin».*

Note 56 *Cons. const., déc. 1er oct. 2013, n° 2013-3 LP, Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie : Journal Officiel du 4 Octobre 2013, p. 16505.*

Note 57 *Cons. const., déc. 1er oct. 2013, n° 2013-3 LP, préc., consid. 5.*

Note 58 *Cons. const., déc. 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, Système U Centrale Nationale : JurisData n° 2011-015905 [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence].*

Note 59 *J.-E. Schoettl, Intérêt général et Constitution, in CE, Rapport public 1999, L'intérêt général : Doc. fr., 1999, p. 378.*

Note 60 *G. Merland, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : LGDJ, coll. Bibl. constitutionnelle et de sciences politique, t. 121, 2004. V. aussi J.-E. Schoettl, Intérêt général et Constitution, in CE, Rapp. public 1999, L'intérêt général : Doc. fr., 1999, p. 378. - S. Dyens et E. Sales, Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? RA 1996, n° 291, p. 275. - B. Mathieu et M. Verpeaux, Contentieux constitutionnel et droit fondamentaux : LGDJ, 2002, p. 427.*

Note 61 *G. Merland, op. cit., p. 119.*

Note 62 *M. Bazex, Le Conseil constitutionnel et la concurrence, préc.*

Note 63 *Cons. const., déc. 27 juill. 1982, n° 82-141 DC, Loi sur la communication audiovisuelle : Journal Officiel du 27 Juillet 1982, p. 2422. - Cons. const., déc. 18 juill. 2001, n° 2001-447 DC, Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées : Journal Officiel du 21 Juillet 2001, p. 11743.*

Note 64 *Le Conseil d'État considère lui aussi que la libre concurrence peut constituer une limite à la liberté du commerce et de l'industrie et doit être conciliée avec cette dernière : CE, 16 oct. 2013, n° 365067, Électricité de Tahiti : JurisData n° 2013-022817.*

Note 65 *Cons. const., déc. 19 nov. 2009, n° 2009-592 DC, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie : Journal Officiel du 25 Novembre 2009. À propos du transfert des agents de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, le Conseil avait relevé que « le législateur a entendu mettre la situation de cette association en conformité avec les règles de concurrence résultant du droit communautaire » en se fondant sur « l'avis du Conseil de la concurrence du 18 juin 2008 », ce qui constituait, pour le Conseil, un motif d'intérêt général suffisant.*

Note 66 *L. Favoreu, La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, in Conseil constitutionnel, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : PUF, 1989, p. 133.*

Note 67 *G. Carcassonne, La liberté d'entreprendre, in L'entreprise et le droit constitutionnel : Rev. Lamy dr. aff. 2010, 55, suppl.*

Note 68 *Cons. const., déc. 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC, Assoc. Temps de Vie : JurisData n° 2012-010566 [Licenciement des salariés protégés]. - Cons. const., déc. 17 janv. 2013, n° 2012-660 DC, Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social : Journal Officiel du 19 Janvier 2013. - Cons. const., déc. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi : JurisData n° 2013-023077. Le juge considère qu'« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».*

Note 69 *Cons. const., déc. 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie : JurisData n° 2006-400116.*

Note 70 *Cons. const., déc. 11 avr. 2013, n° 2013-666 DC, « bonus malus énergétique », préc. V. aussi Cons. const., déc. 17 janv. 2013, n° 2012-660 DC, préc. Le Conseil considère qu'« en l'absence de privation du droit de propriété au sens de l'article 17, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ».*

Note 71 *O. Le Bot, Les limites très lâches de la liberté d'entreprendre (à propos du monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie) : Constitutions, 2012, p. 638.*

Note 72 *Cons. const., déc. 9 août 2012, n° 2012-654 DC du Loi de finances rectificative pour 2012 : Journal Officiel du 17 Aout 2012, p. 13496.*

Note 73 *Cons. const., déc. 22 juin 2012, n° 2012-258 QPC, préc.*

Note 74 *Cons. const., déc. 7 oct. 2011, n° 2011-175 QPC, Sté travaux industriels et maritimes : JurisData n° 2011-021361 [Contribution au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante].*

Note 75 *R. Fraisse, La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre : RJEP 2011, étude 3.*

Note 76 *Ibid.*

Note 77 V. notamment *D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 9e éd. : Montchrestien, 2010, p. 146.* - *G. Drago, Contentieux constitutionnel français, 3e éd. : PUF, Thémis, 2011, p. 386 et s.*

Note 78 V. notamment *Cons. const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : JurisData n° 2013-011692.*

Note 79 *Ibid.*

Note 80 *R. Fraisse, La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre, préc.*

Note 81 *Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, préc.*

Note 82 *Cons. const., déc. 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social : Journal Officiel du 27 Juin 1986 [Lois de privatisation].*

Note 83 *Cons. const., déc. 3 déc. 2010, n° 2010-73 QPC, préc.*

Note 84 *Cons. const., déc. 18 oct. 2010, n° 2010-55 QPC, Rachid M. et a. : JurisData n° 2010-030655 [Prohibition des machines à sous].*

Note 85 *Cons. const., déc. 22 juin 2012, n° 2012-258 QPC, préc.*

Note 86 *Cons. const., déc. 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, préc., consid. 25.*

Note 87 *Cons. const., déc. 11 févr. 2011, n° 2010-102 QPC, préc.*

Note 88 *Cons. const., déc. 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC, préc. - Cons. const., déc. 23 nov. 2012, n° 2012-283 QPC, Antoine de M. : JurisData n° 2012-027288 [Classement de déclassé des sites].*

Note 89 *CE, ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris : RFDA 2006, p. 1048, concl. D. Casas.*

Note 90 *Cons. const., déc. 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, préc.*

Note 91 *M. Lombard, note sous Cons. const., déc. n° 2011-157 QPC, préc. : AJDA 2011, p. 1880.*

Note 92 *M. Bazex, Le Conseil constitutionnel et la concurrence : Dr. adm. 2012, comm. 94.*

Note 93 *M. Lombard, Pour un nouvel usage des QPC en matière de concurrence : RJEP 2013, repère 3.*

Note 94 *G. Parléani, La QPC et le droit des affaires de l'Union européenne : LPA 29 sept. 2011, p. 17.*

Note 95 *CJCE, 6 mars 2007, aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Procédures pénales c/ Massimiliano Placanica : JurisData n° 2007-008045.* Le juge de l'Union a par la suite assoupli sa position : *CJCE, 8 sept. 2009, aff. C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional : JurisData n° 2009-016380.* - *CJUE, 24 janv. 2013, aff. C-186/11 et C-209/11, Stanleybet International e.a. : JurisData n° 2013-005173*

Note 96 *V. G. Eckert, Quelle place pour la libre concurrence ?, note sous Cons. const., déc. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, préc. et Cons. const., déc. 27 sept. 2013, n° 2013-344 QPC, Sté SCOR SE : JurisData n° 2013-021244 ; RJEP 2014, note 18.*

Note 97 *TPICE, 15 juin 2005, aff. T-17/02, Fred Olsen.*

Note 98 *CE, 11 juill. 2013, n° 367664, SA Européenne SCOR, concl. F. Aladjidi : JurisData n° 2013-015618.*

Note 99 *Cons. const., déc. 27 sept. 2012, n° 2013-344 QPC, Sté SCOR SE, préc. [Garantie de l'État à la Caisse Centrale de Réassurance, pour le risque résultant de catastrophes naturelles].*

Note 100 *TUE, 20 sept. 2012, aff. T-154/10, France c/ Commission.*

Note 101 *Cons. const., déc. 4 avr. 2013, n° 2013-314 P QPC, Jeremy F : JurisData n° 2013-006207.*