


Voir p 23-31 « Les interactions entre l'économie de marché et les Droits et libertés fondamentaux ».. par *Hélène HURPY*



Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché

Toulon, journée AFDC, 20 novembre 2015

Responsables scientifiques : Hélène Hurpy, Sylvie Torcol

Direction de publication : Sylvie Torcol

Université de Toulon

Centre d'Études et de Recherches sur les Contentieux

UNIVERSITÉ DE TOULON

COLLOQUE DU CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LES CONTENTIEUX

Contentieux constitutionnel des Droits et Libertés fondamentaux et Économie



Direction scientifique
Hélène HURPY et Sylvie TORCOL

Amphithéâtre 100
Faculté de droit

Vendredi 20
Novembre 2015

<http://cerc.univ-tln.fr>
Email : secretariat-cerc@univ-tln.fr



UNIVERSITÉ
DE TOULON

PRÉSENTATION DE L'OUVRAGE

La thématique de ce colloque « *Contentieux constitutionnel des droits et libertés fondamentaux et Économie* », a été choisie afin de répondre à l'appel à projet des journées décentralisées 2015 de l'Association Française de Droit Constitutionnel : « *Le droit constitutionnel et les autres sciences* » : journées consultables sur : (<http://www.droitconstitutionnel.org/JE15/grille2015.html>).

Ce choix est né d'un constat : la crise économique éprouve les régimes démocratiques et libéraux, en révélant leurs faiblesses politiques mais également en menaçant le principe de solidarité et l'idée même de développement dans la protection des droits et libertés fondamentaux.

Ce constat est difficilement contestable, il peut être traduit en termes d'*épreuve* : le droit et le droit constitutionnel au sens large est mis à l'épreuve de la crise, et cette épreuve est susceptible de générer deux impressions apparemment contradictoires :

1 - On présente généralement l'économie sous l'angle de sa puissance de destruction des catégories, des institutions et des hommes. Il était donc nécessaire, alors que la crise s'éternise, de s'interroger sur le rôle du juge et des juges, dans le rétablissement d'un certain équilibre et de se demander en conséquence en quoi celui-ci et ceux-ci peuvent apparaître au-delà de la constitutionnalisation des principes de l'économie de marché, comme des acteurs à part entière du système économique lui-même. Et si oui, comment.

De prime abord, un rapport de concurrence semble naître de la confrontation entre ces deux secteurs. Les mesures d'austérité en sont la preuve et apparaissent comme une réponse à des objectifs économiques *structurels* tout en faisant apparaître de graves conséquences sur le plan humain, à la limite du déni de démocratie. Nous avons été amenés, par exemple, à poser la question de savoir si les justiciables sont ou non les victimes des perturbations qui affectent le système économique, ce qui nous a conduit également à mesurer la contingence des droits et libertés fondamentaux face à ce qu'il faut bien appeler la contrainte économique (terme qu'il sera analysé plus précisément dans les conclusions de l'ouvrage).

2 - Pourtant, et en second lieu, les gouvernements ne peuvent tomber dans le piège politique qui leur est tendu en adoptant des mesures discriminatoires génératrices d'inégalités.

La seule réponse possible à la crise est alors celle qui consiste à trouver une nouvelle voie permettant de concilier les politiques de reprise économique et la protection des droits et libertés fondamentaux. À cette fin, le principe de solidarité et l'effectivité des droits économiques et sociaux des personnes sont appelés à inspirer, dans la mesure où cela se révèle possible, des réponses justes et durables aux défis qui sont lancés en étant placés le plus souvent sous le signe de la nécessité. Ce dernier point conduit à entrevoir un rapport de complémentarité/ conciliation venant compenser la première impression produite.

Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché

Les droits fondamentaux peuvent être vus alors, dans cette seconde perspective, comme des principes, ou comme des « droits qui fondent » selon l'expression d'Etienne Picard. Ils peuvent également être compris comme un élément « organisateur » ou encore de « rationalisation » de l'économie réelle, voire de la finance.

Cette ambiguïté de la « contrainte économique », analysée à travers une approche contentieuse « large » (contentieux constitutionnel, contentieux administratif, droit comparé, droit de l'UE, droit de la Convention européenne des droits de l'homme, a permis aux contributeurs de ce colloque, de faire le point, à un moment clé de l'histoire européenne, sur l'état d'avancement de deux conceptions antagonistes, concrétisées par la confrontation des deux logiques, marchande et non marchande.

SOMMAIRE

Rapports introductifs :

L'analyse économique des droits fondamentaux

- **Le point de vue de l'économiste :**

« Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'efficacité économique : Une application à la politique de la concurrence »*par Frédéric MARTY,P. 7*

- **Le point de vue du juriste :**

« Les interactions entre l'économie de marché et les Droits et libertés fondamentaux »..
par Hélène HURPY,P. 23

Première partie

Contentieux constitutionnel français et structure économique

Première sous-partie : La constitutionnalisation des principes

« Les principes directeurs de la jurisprudence économique et sociale du Conseil constitutionnel »
par Guillaume DRAGO..... P. 32

« Réflexions sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques »
par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS,
P. 33

Deuxième sous-partie : L'analyse matérielle des droits

« Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel »
par Claire MONGOUACHON P. 42

« Les droits sociaux constitutionnels dans l'ombre de l'État de droit »
par Julien BONNET, P. 61

« La liberté d'entreprendre saisie par les justiciables-économiques :

Analyse des fondements juridiques de l'uberisation de la société à travers les QPC VTC/taxis »

par Clémentine BACQUET, P. 72

« La conciliation entre libertés économiques et droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil d'État »

par Virginie DONIER, P. 88

Deuxième partie

Contentieux comparé et européens et déséquilibres économiques

Première sous-partie : approche comparative

« La crise grecque et l'Europe : un bref essai »

par Michel DIMOU, P. 98

« Les droits de l'Homme, le juge constitutionnel grec et la crise économique »

par Yannis KTISTAKIS, P. 106

« La dimension sociale donnée par le juge constitutionnel allemand à certains droits fondamentaux »

par Michel FROMONT, P. 110

Deuxième sous-partie : approche européenne

« La conciliation des objectifs économiques et des droits fondamentaux par la Cour de justice. La recherche d'une efficacité en droit de l'Union »

par Christophe MAUBERNARD, .. P. 121

« Mécanique des flux migratoires & conception utilitariste des droits.

L'approche par les *hotspots* sous examen » *par Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE,*

P. 138

EN GUISE DE CONCLUSION :

« Synthèse : La crise économique, un plafond de verre pour les droits sociaux fondamentaux ? »

par Sylvie TORCOL P. 158

**Rapports introductifs :
L'analyse économique des droits fondamentaux**

- **Le point de vue de l'économiste :**

**Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'efficacité économique:
Une application à la politique de la concurrence**

Par
Frédéric MARTY
Chargé de recherche CNRS, Université Côte d'Azur, GREDEG, CNRS

I. – Introduction : Constitution et analyse économique du droit – des prescriptions fondées sur l'utilitarisme ?

Développer une perspective économique sur la question des droits fondamentaux peut conduire à développer des approches très diverses, les unes tenant à l'évaluation de l'impact du respect des droits fondamentaux et plus généralement de la règle de droit sur le potentiel de développement des économies, les autres s'attachant à la place de ces droits dans les décisions publiques et dans les arbitrages qu'elle peut induire.

Les premières approches relatives à l'impact économique des règles constitutionnelles peuvent être déclinées selon des angles micro ou macro-économiques¹.

Elles peuvent tout d'abord s'attacher à la prise en considération de la qualité de l'état de droit sur le potentiel de croissance des économies². Les analyses peuvent plus spécifiquement porter sur l'importance de la qualité de la définition des droits de propriété et de l'action des tribunaux en matière de garanties des obligations contractuelles sur la performance des économies. Tout d'abord, la littérature économique standard considère que des droits de propriété clairement définis sont essentiels pour garantir l'efficacité de la gestion des actifs³. La notion de *tragédie des communs* est topique de cette analyse. Ce raisonnement constitue l'hypothèse sous-jacente des travaux d'histoire économique qui voient dans le mouvement des enclosures l'élément permissif de la Révolution Industrielle anglaise à la fin du XVIII^e siècle. Les analyses économiques réalisées quant au lien entre croissance et

¹ Pour une présentation plus générale voir :

T. KIRAT, *Economie du droit*, Paris, Repères-La Découverte, 2012, 2^{ème} éd., 125 p.

² D. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge (Ma.), Cambridge University Press, 1990, 159 p.

³ Pour une mise en perspective, critique, de cette approche se référer à :

B. CORIAT, « Le retour des communs - Sources et origines d'un programme de recherche », *Revue de la Régulation – Capitalisme, Institutions, Pouvoirs*, n° 14, 2013, 2nd semestre.

indépendance du système juridique, comme nous le verrons, mettent l'accent sur le rôle de l'équilibre des pouvoirs et sur l'importance du contrôle constitutionnel des actes législatifs⁴.

Ensuite, de nombreuses analyses mettent en regard les capacités des économies à maintenir une croissance durable et la sécurité juridique dont bénéficient les investisseurs. Dans cette perspective, la croissance dépend de la capacité des acteurs de s'engager dans des contrats de long terme. Le niveau de risque associé aux investissements les plus générateurs de croissance (en termes de capital engagé et de délais de récupération de celui-ci) suppose que les acteurs puissent compter sur des instances de règlements des différends indépendantes et garantissant le bon respect des obligations contractuelles. S'il est craint que l'État puisse exproprier les investisseurs ou que le juge ne traite pas les différends dans un seul souci d'efficacité, les agents renonceront à de tels investissements ou exigeront des primes de risque excessives⁵.

Un second ensemble d'approches traite des critères qui structurent l'analyse économique du droit⁶. Le cas des contrats de long terme décrit *supra* souligne l'importance du critère de l'efficacité dans le raisonnement du juge. En effet, les notions d'utilité et d'efficacité économique occupent une place centrale dans le raisonnement économique et de façon induite dans les prescriptions qui en découlent tant pour le législateur que pour le juge.

Ainsi, penser les liens entre sciences économiques et droit constitutionnel implique de s'attacher à la place de l'utilité dans l'analyse économique et dans son contenu normatif. L'utilité (et son corollaire l'efficacité) constitue la clé de voûte d'une grande partie des approches économiques du droit en général. Celles-ci ne se caractérisent pas pour autant par une adhésion univoque à l'utilitarisme, principalement de tradition benthamienne⁷. Ce dernier constitue en effet la matrice des approches *welfaristes* dominantes en sciences économiques⁸.

Les approches économiques traditionnelles, qu'il s'agisse de l'économie du bien-être traditionnelle ou de la nouvelle économie du bien-être, prônèrent l'application à la norme de

⁴ F. von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960.

R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES and A. SCHLEIFER, « Judicial Checks and Balance », *Journal of Political Economy*, volume 112, n° 2, 2004, p. 445-470.

⁵ Pour une discussion de cette hypothèse, voir :

D. ABOAL, N. NOYA and A. RIUS, « Contract Enforcement and Investment : A Systematic Review of the Evidence », *World Development*, volume 64, December 2014, p. 322-338.

Pour une analyse plus générale basée sur la concurrence des systèmes juridiques (*common law versus civil law*) et notamment la prise en compte de l'impact du droit civil sur la subordination (posée dans cette littérature) des juges au pouvoir politique, se reporter à :

D. BERKOWITZ and K. CLAY, « The Effect of Judicial Independence on Courts: Evidence from the American States », *Journal of Legal Studies*, Vol. 35, n°2, June 2006, p. 399-440.

⁶ Nous visons ici l'analyse économique standard appliquée au droit. Celle-ci se fonde principalement sur une hypothèse d'agents maximisant leur utilité et animés par une rationalité substantielle. Cette approche, largement dominante dans le monde académique, a été élaborée au sein de l'Ecole de Chicago dans l'immédiat après-guerre.

E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz-Sirey, 2008, 638 p.

Il ne s'agit pas pour autant de la seule approche en matière d'économie du droit. Il convient en effet de citer les approches institutionnalistes (T. KIRAT, *op.cit.* 2012) et autrichiennes (M.J. RIZZO, *Austrian Law and Economics*, US, Edward Elgar, 2011, 1488 p.) sur lesquelles nous reviendrons dans notre article.

⁷ Voir E. DE CHAMPS DE SAINT LEGER, « Bentham et le droit constitutionnel : morale et législation », in M. BOZZO-REY et G. TUSSEAU (dir.), *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Paris, Economica, collection « Études juridiques », 2011, p. 161-175.

⁸ C. GAMEL, « Les Théories de la Justice vues par un économiste De "l'économie du Bien-Être" au "Post-Welfarisme" contemporain », *AMSE Working Paper*, Aix-Marseille School of Economics, n°26, 2012, 18 p.

justice d'un principe d'utilité. Dans la mesure où, comme le souligne Claude Gamel⁹, l'approche est de nature conséquentialiste, il ne saurait être question de limiter sur le principe l'ampleur des sacrifices auxquels certains devraient consentir pour maximiser le bonheur collectif, *i.e.* l'utilité globale. De la même façon un creusement des inégalités peut être pleinement justifié s'il permet d'accroître le bien-être global. En effet, cette approche n'utilise pas exclusivement le critère de Pareto. Rappelons que ce dernier permet de définir un état social *b* comme préférable à un état social *a* s'il améliore la situation d'au moins un agent sans en dégrader celle d'un autre. Au contraire, le critère le plus utilisé en la matière est celui de Kaldor-Hicks. Il s'agit en l'espèce d'un critère de compensation hypothétique. Un changement peut être collectivement souhaitable s'il permet – en valeur absolue – un gain supérieur pour les gagnants que le montant de la perte agrégée des perdants. Ce critère, qui s'est imposé en analyse économique du droit¹⁰, est également présent dans la pratique décisionnelle européenne liée au contentieux concurrentiel, pratique qui constituera le fil conducteur de notre article¹¹. En effet, le principe même de la défense sur la base de l'efficacité, qui permet de faire la balance entre les dommages concurrentiels liés à la stratégie d'un opérateur dominant, et les gains d'efficacité qui peuvent en découler, participe pleinement, dans le cadre d'une approche plus économique de l'application des règles de concurrence, d'une telle logique¹².

Cette approche est celle de la microéconomie standard actuelle. Elle trouve l'un de ses fondements dans l'École de Chicago telle qu'elle s'est (re)constituée dans l'immédiat après-guerre¹³. Dans le cadre de cette approche, le juge n'a pas à faire la balance entre différents intérêts ou valeurs sociales vagues, contradictoires ou incommensurables. Sa décision ne doit se fonder que sur un objectif d'efficacité (voire de maximisation de la richesse¹⁴) quelles qu'en soient les conséquences en termes de distribution du bien-être dans la société ou par exemple d'accès au marché de firmes dépourvues de pouvoir économique. À cette aune, la critique formulée par Director et Levi en 1956 de la décision rendue par le juge Learned Hand dans l'affaire Alcoa en 1945, relative à une stratégie de compression des marges, est particulièrement emblématique de cette approche¹⁵. Seule prime la question de l'efficacité, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur les effets distributifs ou sur les droits fondamentaux des firmes concurrentes ou des firmes placées dans une situation de dépendance économique.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 592.

¹¹ Pour une présentation plus générale de l'interaction entre droit de la concurrence et droits fondamentaux des opérateurs dominants en droit de l'Union Européenne, voir :

F. MARTY, « La politique de la concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes », in L. SOLIS-POTVIN (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 57-95.

¹² E. ROUSSEVA, « Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust Law », in J. BOURGEOIS, D. WAELBROECK (dir.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law: State of play and perspectives*, GCLC Annual Conference Series, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 242-292.

¹³ P. BOUGETTE, M. DESCHAMPS, F. MARTY, « When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law », *Enterprise and Society*, volume 16, issue 2, 2015, p. 313-353.

¹⁴ R. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge (Ma.), Harvard University Press, 1981.

¹⁵ A. DIRECTOR, E.H. LEVI, « Law and the Future : Trade Regulation », *Northwestern Law Review*, vol. 51, 1956, p. 284-296.

Cette approche – qui au mieux a le mérite de permettre des arbitrages entre les droits et les valeurs et au pire à conduire à ne prendre en considération qu'une seule d'entre elles – peut soulever de légitimes critiques. Les réformes portées dans les années soixante-dix et quatre-vingt par les *Chicago Boys* dans le cône sud de l'Amérique Latine ont été critiquées dans la mesure où l'objectif de maximisation de l'efficacité économique globale était assumé au prix d'un creusement des inégalités et d'un net rétrécissement de la sphère des libertés publiques¹⁶. Une telle optique ne peut être de mise dans une perspective rawlsienne¹⁷. Dans ses principes, le « principe d'égale liberté » l'emporte sur celui de la « juste égalité des chances » et celui-ci même a une valeur supérieure au « principe de différence » qui pourrait justifier qu'il existe des inégalités au profit des individus les moins favorisés. Cependant l'approche rawlsienne – qui opposait approche libérale et approche utilitariste¹⁸, n'a eu qu'une influence très réduite dans la sphère de la science économique, influence limitée à la mise en avant du critère du *maximin* dans certains arbitrages¹⁹.

La place de la maximisation de l'efficacité, de l'utilité voire de la richesse dans le discours normatif de l'économie conduit à s'interroger sur la place des autres objectifs qu'il est possible et souhaitable d'assigner à la règle de droit et à la décision du juge. Elle pose également la question de la conciliation avec les droits et libertés fondamentaux. S'agit-il de mettre en balance ces derniers avec les préoccupations d'efficacité économique ou s'agit-il même de les subordonner à ces dernières ?

Nous discutons la dominance d'une approche utilitariste basée sur le seul critère de l'efficacité économique en prenant particulièrement en considération le cas de la politique de la concurrence, dans la mesure où il s'agit d'un domaine de l'action publique qui se réclame d'une finalité économique et qui a fait l'objet d'une volonté d'économicisation depuis 2005. Cette politique se caractérise par la volonté de faire reposer la législation de la concurrence en général et la décision du juge en particulier sur un seul critère d'efficacité – le bien-être du consommateur – et non sur des objectifs collectifs pouvant tenir à la raisonnable de la distribution du bien-être résultant de l'équilibre de marché ou encore à l'accès au marché d'acteurs dépourvus de puissance économique²⁰. Elle se caractérise également par le refus croissant de fonder la décision sur des règles formelles définies *ex ante* pour privilégier une évaluation au cas par cas des effets nets des pratiques sur le bien-être du consommateur.

Le choix de la politique de la concurrence se fonde également sur le fait que la Seconde École de Chicago, qui constitue la matrice de l'analyse économique du droit, s'est structurée autour de deux programmes successifs, le *Free Market Studies Program* et

¹⁶ Voir pour l'exemple de la sécurité sociale :

S. BORZUTZKY, « From Chicago to Santiago: Neoliberalism and Social Security Privatization in Chile », *Governance*, volume 18, issue 4, 2005, p. 655-674.

¹⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, éd. du Seuil, Cambridge (Ma.), Harvard University Press, 1987, éd. originale 1971.

¹⁸ L'approche rawlsienne a été critiquée par les travaux d'Amartya Sen (C. GAMEL, *op.cit.*). Partant de la notion de biens premiers que Rawls avait introduit dans *A Theory of Justice*, biens qui échapperaient à la loi d'airain de l'utilité et que l'on pourrait ici assimiler à nos droits et libertés fondamentaux, Amartya Sen va introduire une notion de capacités. Il s'écarter d'une définition abstraite de la justice qui est présente chez Rawls pour adopter une approche de nature comparatiste (est-ce plus ou moins juste qu'une autre situation ?).

¹⁹ C. GAMEL, *op.cit.*

²⁰ F. MARTY, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence: une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'Antitrust américain », *Revue Internationale de Droit Economique*, 4-2014, p. 471-497.

l'*Antitrust Project*, en grande partie initiés par Hayek, dont les travaux résidèrent dans une remise en cause de la politique *Antitrust* américaine, jugée trop activiste et pouvant conduire à réduire le bien-être du consommateur au travers de sanctions indues d'opérateurs dominants ne devant leur position de marché qu'à leurs seuls mérites²¹. À titre d'exemple, les premiers travaux de Richard Posner portèrent sur une analyse de la pratique décisionnelle concurrentielle américaine selon ce prisme²². À cette raison de centrer nos développements sur les politiques de concurrence, tenant à l'histoire des pensées économiques s'ajoute une spécificité européenne tenant à la place centrale jouée par la politique de la concurrence dans la construction de l'Union Européenne. La construction d'un marché intérieur de concurrence libre et non faussée est élément de base de la constitution économique européenne. En outre, la Commission détient avec la mise en œuvre des règles de concurrence issues du Traité une capacité d'action pouvant lui permettre de jouer sur les structures mêmes de l'économie européenne²³.

Ce faisant, la politique de la concurrence nous paraît être un domaine particulièrement intéressant pour analyser la dimension normative de l'analyse économique du droit et pour apprécier l'impact qu'elle peut avoir sur les libertés et droits fondamentaux. Nous ne discuterons pas ici directement les effets de l'économicisation sur le droit de la concurrence sinon dans notre dernière partie de nature conclusive. Nous nous attacherons plutôt à deux critiques possibles émanant elles-mêmes de la sphère économique. Une première, fondée sur les travaux de Hayek, discutera le rôle assigné au juge par l'analyse économique du droit et s'interrogera quant à la possibilité de faire de ce dernier un législateur interstitiel et un acteur extérieur aux parties au conflit qui peut s'avérer capable de « mimer le marché ». Une deuxième critique tient à la possibilité de voir la théorie économique soutenir une approche constitutionnelle attachée aux dimensions distributives et non seulement à l'efficacité économique. Le nouveau constitutionnalisme porté par les économistes institutionnalistes américains dans l'entre-deux-guerres portait un tel projet. Cependant, si cet activisme s'éloigne également de l'approche néoclassique portée par la Seconde École de Chicago, il se distingue nettement, par son projet constructiviste, de l'approche autrichienne développée par Hayek. Cette dernière opposition permet au passage d'illustrer les vues divergentes de ces économistes quant au système de pouvoirs et de contre-pouvoirs propres à la constitution

²¹ P. BOUGETTE, M. DESCHAMPS and F. MARTY, *op. cit.*

²² R. POSNER, « A Statistical Study of Antitrust Enforcement », *Journal of Law and Economics*, vol. 13, issue 2, 1970, p. 365-419.

Nous n'aborderons pas ici la question de l'analyse économique du droit constitutionnel lui-même. Richard Posner y a également apporté quelques contributions majeures (se référer notamment à R. POSNER, « The Constitution as an Economic Document », *George Washington Law Review*, volume 56, issue 4, 1987, p. 4-38). Il ne fut pas pour autant le premier économiste à s'intéresser à la question comme nous le verrons *infra* en abordant les travaux de Commons. Pour autant, la première analyse de la constitution américaine sous un angle économique se trouve dans les travaux de Charles Beard en 1913. De façon très synthétique, l'analyse économique du droit constitutionnel peut recouvrir à la fois des dimensions positives (appréciation de l'effet économique des règles) et des dimensions normatives (propositions de règles fondées sur la théorie économique). Elle peut également s'appliquer à l'interprétation des règles (voir R. POSNER, *Reflections on Judging*, Cambridge (Ma.), Harvard University Press, 2013, 380 p.). De façon générale, le rôle attribué au droit constitutionnel, dans le cadre de cette approche, est également celui de promouvoir l'efficacité économique comme le montre Richard Posner (R. POSNER, « Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution », *University of Chicago Law Review*, volume 49, number 2, 1982, p. 263-290) faisant remonter cet objectif à la *Common Law* anglaise et plus particulièrement à la décision *Heydon* en 1584.

²³ F. MARTY, « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », *op. cit.*

américaine. Enfin, notre conclusion s'interrogera sur les effets de la mise en œuvre de l'approche plus économique et plus généralement de la modernisation du droit de la concurrence (qui inclut les procédures négociées) sur les libertés et droits fondamentaux des entreprises.

II. Les droits fondamentaux peuvent-ils être soumis à un calcul économique ? L'approche de F. Hayek

Il n'est ici pas question de considérer que, chez Hayek, à l'inverse de l'approche de l'analyse économique du droit, la recherche d'objectifs redistributifs devrait l'emporter sur des droits fondamentaux ou sur l'efficacité économique résultant du développement du processus de concurrence. L'intérêt de s'attacher à la pensée hayékienne tient à une double originalité par rapport à l'approche de l'économie du droit traditionnelle dans son acceptation chichagoéenne. A l'inverse du juge de Posner, le juge hayékien ne saurait être un législateur interstitiel qui produit la règle de droit et ce dans un but de maximisation de l'efficacité économique « en mimant le marché²⁴ ». Une décision est pour Hayek la résultante d'un processus de découverte d'une règle sous-jacente et préexistante, dans la logique d'un processus évolutionniste de sélection, et en aucun cas le produit d'un calcul rationnel que l'on présente comme neutre, objectif et en tout cas extérieur aux acteurs²⁵. En d'autres termes, le juge ne doit pas décider lui-même de l'allocation optimale des ressources mais doit sécuriser les décisions de ceux qui sont les mieux informés pour ce faire²⁶. Pour Hayek, à l'instar du mécanisme des prix, le système des règles juridiques vise à créer un savoir additionnel pour les agents de façon à conforter leurs décisions individuelles. Le rôle du juge n'est pas de créer de nouvelles règles efficaces mais de soutenir leurs anticipations²⁷. A ce titre, des règles formelles connues *ex ante* et stables sont préférables à l'application d'une règle de raison ou autrement dit à une analyse économique au cas par cas.

Le juge hayékien n'est pas pour autant un juge passif. Tout en veillant à la cohérence de ses décisions avec les précédents, il doit faire évoluer la jurisprudence pour tenir compte

²⁴ J.L. COLEMAN, « Efficiency, Exchanges, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law », *California Law Review*, volume 68, 1980, p. 221-249.

²⁵ Pour une discussion sur la capacité des juges de *Common Law* à former des décisions efficaces par le calcul économiques ou sur l'existence d'une tendance à l'efficacité, voir :

A. MARCIANO, E.L. KHALIL, « Optimization, path dependence and the law: Can judges Promote efficiency ? », *International Journal of Law and Economics*, volume 32, 2012, p. 72-82.

²⁶ Pour Hayek, les connaissances spécifiques de temps et de lieu sont idiosyncrasiques à chaque agent. Il s'agit de la distinction qu'il introduit entre le *scientific knowledge* et l'*economic knowledge*. Le juge ne peut accéder au second pour prendre une décision allant dans le sens d'une maximisation de l'efficacité économique. Ce faisant, il ne peut rechercher sciemment au travers de sa décision un résultat collectif jugé souhaitable. Pour Hayek les faits sur lesquels reposent les sciences sociales ne sont pas des données naturelles qui existent indépendamment de l'observateur mais sont de fait inséparables des catégories qu'il construit et qui dépendent de fait de ses valeurs. De façon générale, Hayek s'oppose à un rationalisme de tradition lockéenne. L'ordre social ne peut être un construit volontaire (une *organisation* selon ses termes) mais est à son sens le produit d'un processus évolutionniste.

F. von HAYEK, « The use of knowledge in society », *American Economic Review*, volume 35, n°4, 1945, p. 519-530.

²⁷ F. von HAYEK, *Droit, législation et liberté – une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Paris, PUF, seconde édition, 2013, 920 p.

des évolutions sociales mais ce pouvoir est borné par la conformité à la *rule of law*. En effet, l'action du juge tout comme celle du législateur doit se conformer à des règles générales et abstraites. En d'autres termes, l'exercice du pouvoir de coercition de l'État doit se faire de façon prévisible et s'appliquer d'une égale façon pour tous²⁸. Nous verrons que la montée en puissance en matière concurrentielle de l'approche plus économique et des procédures d'engagements est de nature à mettre en question ces caractéristiques.

Il s'agit donc d'une approche libérale classique. La liberté y est définie de façon négative comme une absence de coercition (et très rarement dans une logique positive, par exemple sous la forme d'un revenu minimum garanti). L'interventionnisme sur la base du calcul économique y est rejeté comme participant d'une démarche scientiste. L'action du décideur public, juge ou législateur, ne peut se faire que dans le cadre de la *rule of law*. Les droits de propriété et la liberté contractuelle ne sont pas pour autant des valeurs absolues mais ne peuvent être affectés que dans le cadre de conditions très restrictives²⁹. En effet, si l'État doit conserver le monopole de la coercition, celle-ci doit être réduite au minimum nécessaire, d'une façon contrainte par la loi, dans le cadre de règles générales, appliquées dans les mêmes conditions à tous et fixées *ex ante*.

La *rule of law* est définie par Hayek comme un principe méta-légal qui fournit un standard auquel toute loi ou décision de justice doit se conformer. Elle joue un rôle de limitation du pouvoir, notamment législatif. Il ne s'agit ni d'un construit social, ni d'une résultante du droit naturel. Elle est le produit de la sédimentation des pratiques sociales. La *rule of law* et toutes les règles qu'elle sous-tend ne visent pas à atteindre un objectif économique précis. Le rôle de la loi n'est pas celui d'un commandement comme cela serait le cas dans une organisation. Elle n'exprime pas une fin précise et déterminée, elle pose des principes de conduite.

À ce titre, Hayek salue la Constitution américaine avec le principe de *check and balances* qu'elle met en jeu. Le contrôle exercé par la Cour Suprême sur les décisions du législateur sur la base de la Constitution permet à la fois de satisfaire à sa préconisation d'une souveraineté limitée et de garantir la préservation des intérêts de long terme de la société contre les tentations de manipuler les règles afin de satisfaire à des objectifs économiques de court terme³⁰. Ce faisant, dans *The Constitution of Liberty*, Hayek³¹ manifeste sa préférence

²⁸ Pour reprendre les termes de Miller : « The ideal of the rule of law requires that existing laws share certain characteristics. Law must be general; it must be known and certain and apply equally to all; it must provide for an independent judiciary; it must limit the executive by legislative and judicial rules; and it must safeguard fundamental rights and civil liberties ».

E.F. MILLER, « Hayek's The Constitution of Liberty – an Account of its Argument », London, The Institute of Economic Affairs, 2010, p. 19.

²⁹ Il s'agit de conditions d'urgence ou d'intérêt public très strictement définies. Il s'agit d'une logique de *due process* telle que nous la définirons *infra*.

³⁰ Pour Hayek : « so long democracy constraints the individual only by general rules of its own making, it controls the power of coercion ». Le danger pour les libertés individuelles se matérialise dès lors que ces règles générales évoluent vers des décisions finalisées. Il ne s'agit plus alors de lois mais de simples commandements qui prescrivent un usage donné de ressources pour parvenir à un objectif précis. Or, la loi doit fournir un cadre à l'exercice des libertés individuelles et non contraindre les comportements *i.e.* exercer un pouvoir de coercition pour parvenir à une situation jugée collectivement souhaitable.

F. von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960.

³¹ F. von HAYEK, *ibid.*

pour la Constitution écrite américaine vis-à-vis du cas britannique³². Hayek louait particulièrement l'insistance de la Constitution américaine sur l'inviolabilité de certains droits individuels et sur l'importance du contrôle constitutionnel exercé par la Cour Suprême. L'avantage selon Hayek du fonctionnement de la Cour Suprême américaine (à laquelle le Président F.D. Roosevelt s'opposa vainement dans le cadre du *premier New Deal* entre 1933 et 1937) tient au fait que ses juges, indépendants, n'ont pas à se soumettre aux choix de politiques économiques de court terme de l'exécutif qui pourraient menacer des libertés individuelles³³.

Cette appréciation, très différente de celle de Posner pour lequel la décision du juge doit se baser sur un critère d'efficacité économique, s'oppose également aux institutionnalistes américains de l'entre-deux-guerres pour lesquels la défense des droits fondamentaux par la Cour Suprême devait être contestée sur la base des nécessités économiques. Pour eux cette résistance était moins attribuable à une défense de la *rule of law* qu'à une préférence politique et économique pour le libéralisme classique et particulièrement le laissez-faire.

III. L'économie à l'assaut du laissez-faire ou des droits fondamentaux ? Le nouveau constitutionnalisme des économistes institutionnalistes américains

L'opposition entre objectifs de politique économique et contrôle constitutionnel a revêtu une forme paroxystique dans le contexte américain de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle. La Seconde Révolution Industrielle avait conduit à une spectaculaire concentration du pouvoir économique aux mains de quelques grands groupes, notamment dans les industries de réseaux et dans le domaine énergétique. Cette situation conduisait à remettre en cause le modèle de l'entrepreneur indépendant qui faisait figure de substrat de la société américaine. L'action contre les abus d'opérateurs dominants qui imposaient des conditions contractuelles déraisonnables à leurs partenaires commerciaux ou qui les évinçaient du marché ainsi que les débats autour des conditions de travail conduisirent les économistes et les juristes progressistes à appuyer des législations prises par les états pour contrebalancer les effets des déséquilibres économiques. Il en allait ainsi de la régulation des tarifs des entreprises de réseaux, détentrices de facilités essentielles, et de la législation du travail, qu'il s'agisse de la réglementation de la durée de ce dernier ou des conditions de négociations salariales.

Ce *Progressive Assault on Laissez Faire* pour reprendre le titre de l'ouvrage de Barbara Fried³⁴ se heurta à la résistance de la Cour Suprême, laquelle sous l'influence de la

³² Nous verrons dans la prochaine section que les institutionnalistes américains qui furent aux prises avec une interprétation très restrictive de celle-ci de la part de la Cour Suprême louèrent de leur côté la flexibilité du cadre constitutionnel britannique qui permettait à la fin du XIX^e siècle de disposer d'une législation du travail plus protectrice pour les salariés.

³³ Notons que les analyses d'Hayek ont reçu une confirmation par les travaux de la nouvelle économie comparative. Une analyse économétrique réalisée sur soixante-onze États a conduit La Porta et al. à conclure que l'indépendance de la justice est fortement corrélée avec les libertés économiques et politiques et que le contrôle constitutionnel l'est avec les libertés politiques.

R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES, A. SCHLEIFER, *op.cit.*

³⁴ B.H. FRIED, *The Progressive Assault on Laissez Faire : Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Cambridge, (Ma.), Harvard University Press, 2001.

Classical Legal Thought limitait drastiquement les capacités des États à promulguer des législations susceptibles d'affecter les droits de propriété et les droits contractuels des entreprises³⁵. Ces derniers étaient conçus comme des droits fondamentaux qui ne pouvaient être remis en cause que dans des conditions extrêmement restrictives. Il s'agit en l'espèce de la notion du *due process of law*, introduite par le 14^e amendement³⁶. Celle-ci était interprétée par la Cour Suprême dans le sens d'une protection quasi-absolue offerte par la Constitution aux libertés économiques et notamment aux droits de propriété, la conduisant à rejeter toute législation pouvant en limiter l'exercice. La préservation de ces droits face à une contestation de nature économique (assurer un fonctionnement raisonnable du marché) ne répondait pas seulement à une logique purement juridique fondée sur les droits naturels, elle répondait aussi à une logique économique sous-jacente qui était celle du laissez-faire³⁷, comme le montre l'opinion dissidente du Juge Holmes dans l'arrêt *Lochner* du 17 avril 1905³⁸.

De façon générale, les juristes réalistes et à leur suite les économistes institutionnalistes mettaient l'accent sur le fait que la décision des juges n'avaient pas à être contrainte par des précédents fondés sur des interprétations formées sur un raisonnement juridique déductif refermé sur lui-même. Ils considéraient que cette lecture restrictive du 14^e amendement relevait moins de la défense de droits fondamentaux que de celle de conceptions économiques qui n'avaient plus cours du fait des évolutions de l'économie américaine. Ce faisant, le contrôle constitutionnel exercé par la Cour Suprême, et qui faisait pièce aux législations progressistes portées par les États, pouvait apparaître à leurs yeux comme une entrave illégitime au pouvoir législatif et empêchait l'adaptation des règles aux nécessités du temps³⁹. Les économistes institutionnalistes récusent la neutralité axiologique du raisonnement juridique déductif et prônaient l'intégration d'une logique économique finalisée dans l'interprétation des règles.

La logique de cette approche n'est pas sans lien avec celle qu'imposera plus tard la Seconde École de Chicago. Par exemple, la liberté d'un opérateur dominant à fixer ses prix ne

³⁵ La notion de *Judicial restraint* avait été notamment formalisée par James Thayer. Voir : J.B. THAYER, « The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, volume 7, 1893, p. 129 et s.

³⁶ Le premier article du 14^e amendement stipule que : « All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ».

³⁷ Pour une synthèse, se reporter à :

F. MARTY, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence: une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'Antitrust américain », 2014, *op.cit.*

³⁸ L'arrêt *Lochner* portait sur la régulation de la durée du travail dans le secteur de la boulangerie mise en place par l'État de New York en 1895 (10 heures de travail par jour, 6 jours par semaine). La Cour Suprême considéra que cet usage du pouvoir de police était incompatible avec la Constitution des États-Unis en ce qu'il restreignait indûment la liberté contractuelle des acteurs économiques. Cette interprétation dissimulait pour Holmes une adhésion au laissez-faire plus qu'un raisonnement juridique. Comme Holmes l'affirma dans son opinion dissidente : « The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics ».

³⁹ « Je pense que quelque chose de similaire a conduit les gens qui n'espèrent plus contrôler les assemblées législatives à se tourner vers les cours comme interprètes des constitutions et que, dans certaines cours, de nouveaux principes ont été découverts en dehors du corps de ces instruments, qui puissent être généralisés pour aboutir à l'acceptation des doctrines économiques qui ont prévalu il y a cinquante ans et à une interdiction générale de ce qu'un tribunal de juristes ne pense pas être correct ».

O.W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, volume 10, 1897, p. 457 et s.

pouvait être mise en question. Une firme ayant obtenu une position de monopole par ses propres mérites peut – et même doit dans le cadre de cette approche – fixer des prix de monopoles. Cette possibilité affirmée par la Cour Suprême dans son arrêt Colgate de 1919 (U.S. v Colgate & Co, 250 US, 1919)⁴⁰ ne pouvait satisfaire les institutionnalistes comme Ely et Commons. Pour ces derniers le droit de propriété n'est pas un droit naturel mais une délégation de souveraineté.

L'approche prônée par des économistes institutionnalistes comme John Commons et Richard Ely se rattache à l'approche réaliste américaine et au courant de la *sociological jurisprudence*. L'idée est de réinterpréter l'histoire du droit constitutionnel américain lui-même pour faire face à une jurisprudence de la Cour Suprême rejetant les initiatives des États sur la base de trois principes structurants que sont une philosophie politique individualiste fondée sur une notion de droit naturel lockéenne, une acceptation de la théorie néoclassique qui reconnaît en celle-ci la prédominance de lois naturelles du marché et enfin une intuition selon laquelle le droit est un système auto-référencé qu'il s'agit de protéger de toute ingérence politique et dont la logique interne n'a rien à voir avec des dimensions politiques et sociales⁴¹.

Dans cette perspective, les droits de propriété et la liberté contractuelles sont deux droits fondamentaux naturels qui préexistent au politique et qu'il s'agit de protéger de toute ingérence de l'État sur la base de son pouvoir de police. À l'inverse, les progressistes, tels Roscoe Pound⁴², considéraient que la défense de ces droits individuels devait s'interpréter dans le cadre de la promotion d'objectifs de nature collective et donc être dans une certaine mesure subordonnée à l'intérêt général. De fait, chez J.R. Commons, les droits de propriété ne sont plus seulement définis comme un pouvoir sur les choses mais au contraire comme un pouvoir s'exerçant (du fait de l'inégalité de leur distribution) sur les contreparties dans les transactions⁴³. Il s'ensuit que le déséquilibre dans la répartition des droits permet à certains acteurs d'exercer un pouvoir de coercition sur les autres et justifie donc une intervention publique. Dans cette logique, le rôle des juridictions est de réguler l'exercice du pouvoir économique en ne considérant plus les droits de propriété comme des droits fondamentaux naturels devant être protégés en eux-mêmes mais en s'autorisant à subordonner leur exercice à des préoccupations de justice sociale⁴⁴.

À l'opposé de la vision portée par la Cour Suprême, les institutionnalistes considèrent que le droit lui-même est un construit social qui est basé sur un équilibre transitoire entre des

⁴⁰ « In the absence of any intent to create or maintain a monopoly, the Sherman Act does not prevent a manufacturer engaged in a private business from announcing in advance the prices at which his good may be resold and refusing to deal with wholesaler and retailers who do not conform to such price ».

⁴¹ M. VANCURA, « John R. Commons and American Constitutionalism », *Studi e Note di Economia*, anno XVII, n°1, 2012, p. 73-111.

⁴² R. POUND, « Social Problems and the Courts », *American Journal of Sociology*, volume 18, issue 3, November 1912, p. 331-341.

⁴³ J.R. COMMONS, « A Sociological View of Sovereignty », in M. RUTHERFORD, W. SAMUELS (dir.), *J.R. Commons : Selected Essays*, New York, Routledge, 1899, rééd. 1996.

⁴⁴ Comme le note Vancura (2012), la logique apparaît le plus clairement dans l'implication des économistes institutionnalistes dans les débats sur la régulation des industries de réseaux (voir à ce sujet pour un arrêt de la Cour Suprême allant dans le sens des recommandations des institutionnalistes, l'arrêt Minnesota rate (Chicago M. & St P. Ry Co v Minnesota, 134 US 418, 1890)). Cependant, la pratique décisionnelle de la Cour Suprême fut bien plus restrictive en matière de régulation des déséquilibres économiques dans les relations de travail qu'elle ne le fut pour la régulation des industries en monopole naturel.
M. VANCURA, *op.cit.*

intérêts sociaux antagonistes visant à répartir de façon acceptable le bien-être dans la société. Le juge a un rôle à jouer dans la régulation de ces droits dans le cadre d'un critère de raisonabilité. La « régulation » des droits, qu'il s'agisse du domaine de la régulation des industries de réseaux ou de la gestion de la relation de travail, correspond à un « nouveau constitutionnalisme » conçu comme la résultante d'un marchandage entre les différentes forces économiques. La Cour Suprême dans ce cadre n'a pas à cristalliser un équilibre au nom d'une approche économique donnée mais doit se comporter comme un arbitre indépendant cherchant une solution raisonnable.

La grille de lecture commonsienne conduit à transposer à la constitution la logique des négociations collectives du marché du travail⁴⁵. L'action collective a dans chaque cas le rôle de contrebalancer les différences de pouvoir de négociation entre les acteurs⁴⁶. L'État dans cette perspective est considéré comme un répartiteur de droits de propriété organisant des transferts entre acteurs économiques dans une visée de fonctionnement raisonnable et apaisé de l'économie. Les standards de *reasonableness* ou de *reasonable value* devaient de fait guider l'action du législateur et du juge constitutionnel.

Le constitutionnalisme commonsien est donc de nature fonctionnaliste. Il se fonde sur des prescriptions issues de la science économique. L'État ainsi que tout le système juridique sont pensés comme un lieu de règlement des conflits liés au partage du bien-être. Le fondement du système juridique n'a pas de nature métaphysique à la John Locke mais résulte dans une logique telle que développée par David Hume d'un construit social dont la forme résulte de l'équilibre de forces antagonistes⁴⁷. La constitution doit alors permettre une évolution des résultats de cette « négociation collective » sur le bien-être social pour tenir compte des changements de conditions économiques et des attentes sociales⁴⁸. L'approche constitutionnelle de Commons ne s'articule pas sur un modèle économique défini extérieurement aux acteurs comme optimal⁴⁹ mais sur une transposition de son analyse des relations industrielles (au sens des rapports capital-travail) le conduisant à formaliser celle-ci comme un *industrial government*. En d'autres termes, le débat constitutionnel n'est pas

⁴⁵ Pour Commons, « the State is rather the partnership of different classes in government. This partnership is not sporadic and chanceful but is definite, organized, intended ».

J.R. COMMONS, *op. cit.*, 1899, p. 103.

⁴⁶ J.R. COMMONS, *The Legal Foundations of Capitalism*, New York, Macmillan, 1924.

⁴⁷ Pour Commons (J.R. COMMONS, *Institutional Economics. Its Place in Political Economy*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1934, rééd. 1990) une conception des droits fondamentaux en termes de droits naturels tenait à une approche a-scientifique du XVIII^e siècle. La nécessité de passer à un nouveau constitutionnalisme était à l'inverse étayée à son sens par les progrès de la science économique...

M. VANCURA, *op.cit.*, p.103.

⁴⁸ Rappelons après Matej VANCURA (M. VANCURA, *op.cit.*, 2012) que la logique sous-jacente de l'approche institutionnaliste se retrouve également en matière de politique de concurrence pour laquelle il s'agissait d'abandonner le laisser-faire au profit d'un contrôle commun de l'industrie entre « travail » et « capital », projet de contrôle commun dont le *National Recovery Act* de Franklin D. Roosevelt sera une résultante lors du Premier *New Deal* entre 1933 et 1937 et qui se heurtera lui aussi à la résistante de la Cour Suprême (voir P. BOUGETTE, M. DESCHAMPS, F. MARTY, *op.cit.*, 2015).

⁴⁹ Nous pourrions parler de convention de l'État extérieur ou de convention de l'État absent en reprenant les catégories de Robert Salais.

R. SALAIS, « Revisiter la question de l'État à la lumière de la crise de l'Europe », *Revue française de socio-économie*, 2015-2, hors-série, p. 245-262.

appréhendé selon une grille de lecture purement juridique, comme le préconisait la *classical legal thought*, mais dans le cadre d'une analyse de nature socio-économique⁵⁰.

Ce nouveau constitutionnalisme n'était donc pas spécifiquement centré dans la sphère juridique, tout comme le sera d'ailleurs l'approche de l'analyse économique du droit. Il s'en distingue cependant en ce qu'il ne met pas en œuvre une ingénierie sociale mais vise principalement à organiser la négociation entre les différentes parties prenantes⁵¹. Comme le souligne Vancura⁵², la distinction entre l'approche de la première économie du droit portée par les institutionnalistes et l'analyse économique du droit qui la suivra tient au fait que les décisions ne doivent pas être basées sur une notion d'utilité marginale ou de choix rationnel mais sur la demande des parties prenantes d'un règlement équitable des conflits sociaux liés à la répartition du bien-être : « Commons believed that the public demands justice and fairness more than anything else and this is the supreme aim of political institutions ».

Il convient de relever qu'alors que Hayek loue la Constitution américaine par rapport au système britannique, Commons note que le contrôle des actes du Souverain par le Parlement qui caractérise ce dernier⁵³ est passé dans le cas américain à un contrôle du pouvoir législatif par la Cour Suprême au travers de l'exercice de son contrôle constitutionnel⁵⁴. Pour Commons ce rôle n'est pas le fruit d'une règle *a priori* nécessaire et souhaitable en elle-même mais le fruit de contingences historiques⁵⁵. L'adoption par la Cour Suprême d'une interprétation excessive des dispositions du 14^e amendement en matière de défense des libertés et des droits de propriété a pour effet, selon les économistes institutionnalistes, de priver le système américain de la flexibilité existante au Royaume-Uni⁵⁶ dans lequel le Parlement est l'acteur pivot.

Relevons que cette approche conduisant à un contrôle de l'exercice des droits de propriété et des libertés économiques au nom de la maîtrise des effets des déséquilibres économiques n'était pas spécifique aux institutionnalistes américains. Pour toujours raisonner dans le domaine concurrentiel, les notions d'abus d'exploitation et d'abus de dépendance économique peuvent venir s'opposer, dans le cadre du droit de la concurrence de l'Union Européenne, à l'exercice de leurs droits par des opérateurs dominants. L'une des racines de ces notions peut être trouvée chez les ordolibéraux allemands⁵⁷. Pour ces derniers le principal risque qui pèse sur le processus de concurrence est la concentration du pouvoir économique et l'exercice du pouvoir de coercition qui en résulte. Ce faisant l'opérateur dominant est tenu de se comporter *comme si* il était dépourvu d'un tel pouvoir. Les ordolibéraux admettaient même

⁵⁰ R.T. ELY, *Property and Contract in their Relation to the Distribution of Wealth*, New York, Macmillan, 1914.

⁵¹ Rejoignant ainsi toujours conformément aux conventions de l'État chez Robert Salais une logique d'État situé.

⁵² M. VANCURA, *op.cit.*, p.106

⁵³ Act of Settlement de 1700.

⁵⁴ Relevons également qu'alors que Hayek adopte une définition négative de la liberté qui aurait pu également être celle des institutionnalistes, ces derniers la définissent moins comme l'absence de coercition (comme le feraient les ordolibéraux) mais comme la liberté positive de choisir entre des alternatives. Le propre du pouvoir économique dans une transaction dite « de rareté » est en effet que la partie dénuée de contrepartie alternative est effectivement en situation de dépendance économique vis-à-vis de celle qui peut disposer d'un contractant alternatif et qui donc peut « retenir le produit », c'est-à-dire refuser la transaction pour s'engager dans une autre.

⁵⁵ M. VANCURA, *op.cit.*, p.88

⁵⁶ R.T. ELY, *op.cit.*

⁵⁷ C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, n°4-2011, p. 70-78.

que l'opérateur dominant pouvait légitimement se voir obligé de céder des actifs pour garantir ce que nous pourrions appeler une structure de concurrence effective⁵⁸.

Il convient en outre de noter que cette acceptation néo-libérale d'un contrôle collectif sur ces droits fondamentaux des opérateurs dominants⁵⁹ ne fut pas l'apanage des seuls ordolibéraux allemands mais se retrouvait également aux États-Unis au sein de la Première École de Chicago. C'était d'ailleurs le point de partage entre libéraux traditionnels favorables au laissez-faire et donc très restrictifs en matière de mise en cause de ces deux droits et les néolibéraux qui considéraient qu'une intervention publique était nécessaire pour préserver le processus de marché contre lui-même. Le paradoxe tient au fait que la Seconde École de Chicago s'est écartée de l'approche néolibérale d'un Henry C. Simons qui était pourtant à son origine pour renouer avec libéralisme classique au point d'être parfois qualifiée de *Neoclassical Legal Thought*⁶⁰.

L'analyse économique se traduisant à ce compte pour reprendre les termes de R. Van Horn par un *pro-trust antitrust*, nulle remise en cause des droits de propriété et de la liberté contractuelle ne saurait être décidée sur une autre base que celle de l'efficacité⁶¹... Les questions de justice sociale ou de liberté d'accès au marché ne sont pas dans ce cadre tenues pour légitimes. Il est donc à relever que si les institutionnalistes concevaient le droit comme une technologie de régulation sociale, comme un jeu sur la répartition, pour l'analyse économique du droit, ici symbolisée par Posner, les juges doivent maximiser la richesse *i.e.* l'utilité espérée des parties en conflit. La question de la justice distributive est rejetée (comme c'était le cas dans la *Classical Legal Thought*).

IV. Les droits et libertés fondamentaux des entreprises mis en péril par l'approche plus économique de la Commission ?

Le retour au libéralisme classique qui pourrait sembler résulter du développement de l'analyse économique du droit dans sa conception chicagoéenne ne signifie pas pour autant une soumission du législateur et du juge à la *rule of law* hayékienne. Le critère d'efficacité prime sur les principes fondamentaux. Ainsi, la sacralisation des droits de propriété et de la liberté contractuelle, caractéristique de la *Classical Legal Thought*, semble ne pas devoir être de mise dans le cadre de la mise en œuvre de l'approche plus économique du droit de la concurrence. Le recours à l'analyse économique du droit en matière concurrentielle, et par

⁵⁸ F. MARTY, « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », *op. cit.*

⁵⁹ Nous la qualifions ainsi de néolibérale en ce sens qu'elle s'ancre dans la contestation propre aux années trente du laisser-faire manchestérien. Elle considère que le processus de marché est instable en lui-même ou qu'il conduit même à son propre épuisement au travers de la concentration du pouvoir économique. Une intervention active de l'État sur la concurrence est conçue comme nécessaire pour corriger ces effets et assurer la pérennité de la concurrence. La *Cité Libre* de Walter Lippmann et le colloque qui fut organisé en son honneur à Paris à la fin des années trente marquent la naissance de cette approche.

F.U. CLAVE, « Walter Lippmann et le néolibéralisme de La Cité Libre », *Cahiers d'Economie Politique*, 2005-1, n° 48, p. 79-110.

⁶⁰ Pour une analyse plus complète quant à ces développements, se reporter à : P. BOUGETTE, M. DESCHAMPS, F. MARTY, *op.cit.*

⁶¹ R. VAN HORN, « Chicago's Shifting Attitude toward Concentrations of Business Power (1934-1962) », *Seattle University Law Review*, volume 34, 2010, p. 1527-1544.

extension constitutionnelle, pose en effet plusieurs problèmes, les uns tenant à sa neutralité axiologique et les autres à la prise en compte des droits et libertés fondamentaux dans les décisions qu'elle structure.

La première dimension tient à la scientificité des règles normatives qui dérivent de l'analyse économique. Pour Richard Posner, et plus généralement pour la Seconde École de Chicago, la décision de justice ne doit s'appuyer que sur des faits mesurables pour prévenir le risque de se voir fondée sur des dimensions subjectives, sur des jugements de valeur. La décision doit se baser sur des critères d'évaluation objectifs lui donnant un contenu réfutable⁶². A ce titre, l'analyse économique et ses hypothèses de comportements individuels rationnels maximisateurs peuvent structurer le raisonnement et la décision du juge⁶³. Faire de l'analyse économique la grammaire de la décision du juge ou de la production de la règle par le législateur conduit à orienter toutes les décisions et toutes les règles vers un objectif d'efficacité économique⁶⁴ ou plus directement à les fonder sur un critère de maximisation de la richesse. Cependant, cette ambition peut légitimement être discutée. L'ambition de « substituer l'analyse économique au formalisme juridique⁶⁵ » ne saurait être fondée que si celle-ci revêt tous les éléments de la scientificité et notamment son objectivité. Elle peut en effet apparaître, pour reprendre des termes hayékiens comme un scientisme, ou porter de façon implicite des valeurs ou des choix sociaux, qu'elle contribue à sanctuariser par rapport au débat politique et social en leur revêtant l'habit de la vérité scientifique, paradoxalement irréfutable.

Ce point mène à une seconde dimension qui tient à l'effet performatif des règles et des décisions fondées sur cette analyse économique et à la façon dont elles s'imposent non seulement aux différentes parties prenantes mais aussi éventuellement aux droits et libertés fondamentaux. Le recours à l'analyse économique en matière concurrentielle peut conduire à promouvoir des décisions non plus fondées sur des règles stables, extérieures et identiques pour tous mais sur des arbitrages finalisés au cas par cas pouvant aller à l'encontre de la sécurité juridique des opérateurs économiques en revêtant la forme d'un interventionnisme affectant les structures et contraignant les comportements des acteurs, interventionnisme parfois qualifié de scientifique et de brouillon⁶⁶. Ainsi, les objectifs de recherche de l'efficacité

⁶² M. DESCHAMPS, F. MARTY, « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, 2008, p. 2541-2569.

⁶³ Notons que dans le cadre de l'approche positive de l'économie formalisée par Milton Friedman, le réalisme des hypothèses n'a pas à être discuté du moment où ces dernières permettent de rendre compte efficacement de la réalité. Le modèle se juge en fonction de ses capacités prédictives et non en fonction du réalisme de ses hypothèses. Richard Posner étend ce raisonnement à la décision de justice elle-même. Pour lui, Même si le juge se fonde sur des catégories juridiques, sur les précédents, tout se passe comme s'il mettait en œuvre de façon implicite un raisonnement économique.

⁶⁴ Dans le domaine de la concurrence, le principe d'efficacité est ramené à la maximisation du bien-être du consommateur. Pour une discussion de ces principes, voir David Cayla et Irène Berthonnet.

D. CAYLA, « Concurrence : de quoi parlons-nous ? », *Journée d'étude politique de concurrence / politique industrielle*, Université Côte d'Azur, Sophia-Antipolis, GREDEG, octobre 2016.

L. BERTHONNET, *De l'efficacité à la concurrence. Histoire d'une synthèse entre économie classique et néolibéralisme*, Thèse es sciences économiques, Université de Lille, décembre 2014.

⁶⁵ L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, Bibliothèque de droit public, tome 272, LGDJ, 2012, p. 368.

⁶⁶ O. FRÉGET, *La concurrence, une idée toujours neuve en Europe et en France*, Paris, Odile Jacob, 2015, 352 p.

économique et de construction d'un marché concurrentiels peuvent aller à l'encontre de droits fondamentaux ou de principes de nature constitutionnelle⁶⁷.

Au niveau général, Robert Salais montre comment les politiques de concurrence peuvent, si elles sont utilisées dans un sens *régulateur* tenant à la construction de marchés que l'on souhaite parfaits au sens économique, conduire à une mise entre parenthèses du débat démocratique quant aux choix politiques⁶⁸ sur l'autel de considérations d'efficacité économique qui sont présentées comme s'imposant à tous⁶⁹.

Au niveau spécifiquement concurrentiel, des remèdes comportementaux ou structurels peuvent résulter de décisions au côté ou à la place des sanctions pécuniaires traditionnelles. Ces remèdes contribuent à brouiller la frontière entre régulation de la concurrence (jouant *ex ante* sur les conditions de la concurrence pour viser un résultat défini comme souhaitable) et application des règles de concurrence (sanctionnant *ex post* des manquements). Ces remèdes, initialement mis en œuvre dans le cadre du contrôle des concentrations, peuvent mettre en cause la liberté contractuelle et les droits de propriété des opérateurs. Dans le cadre d'une procédure contentieuse (régie par l'article 7 du règlement européen 1/2003), de tels remèdes ne peuvent être prononcés qu'après la caractérisation d'un abus (après une procédure contradictoire) et sont soumis à un contrôle juridictionnel portant notamment sur leur nécessité et leur proportionnalité. Cependant, le lien entre la qualification de l'abus et l'injonction peut parfois paraître ténu.

Par exemple, en droit interne, l'injonction structurelle initialement intégrée dans la Loi Macron n'a pas été semble-t-il censurée par le Conseil Constitutionnel sur la base de sa légitimité même (elle s'applique d'ailleurs dans les outremer⁷⁰) mais surtout sur celle d'une mauvaise qualité de sa rédaction⁷¹. Il s'agissait pourtant d'un cas extrêmement particulier d'une possible sanction affectant les droits de propriété qui n'était pas conditionnée à la démonstration d'un abus mais simplement de prix ou de marges élevés.

Si en droit européen de la concurrence des injonctions structurelles ou comportementales sont rares, il n'en va pas de même en matière d'engagements. Certes, ceux-

⁶⁷ Il serait également possible de prendre un exemple dans le domaine des contrats administratifs. Le Conseil Constitutionnel avait dans sa décision de juin 2003 accepté que les contrats de partenariats dérogent aux règles habituelles de la commande publique sur la base d'une évaluation préalable qui à l'origine reposait sur une démarche en deux temps ; une première de nature juridique tenait à la mise en évidence d'une possibilité de dérogation sur la base de deux critères possibles, l'urgence et la complexité ; une seconde de nature purement économique reposait sur la comparaison des coûts entre les différents vecteurs de commandes publiques. Ainsi, un critère d'efficacité économique peut-il permettre de déroger aux principes encadrant la commande publique (accès au marché, interdiction des paiements différés, maîtrise d'ouvrage publique, principe d'allotissement). La loi de juillet 2008 avait consacré cette tendance en faisant de l'efficacité économique le troisième critère de dérogation aux côtés de l'urgence et de la complexité.

⁶⁸ Dans la mesure où le bien-commun est défini extérieurement aux acteurs, sur la base d'un modèle présenté comme axiologiquement neutre, le choix politique avec ce qu'il suppose de mise en œuvre de délibérations visant à parvenir à un compromis, n'est plus de mise. Ce faisant, pour Robert Salais, le « constructivisme de marché » peut se développer dans un cadre « a-démocratique » dans la mesure où il s'inscrit dans une visée purement technocratique.

R. SALAIS, *op.cit.*, p. 255.

⁶⁹ « [...] L'État absent construit une régulation du marché parfait qui doit faciliter le libre jeu de la concurrence de tous contre tous au nom de l'efficacité [...] ».

R. SALAIS, *op.cit.*, p.252.

⁷⁰ Voir F. VENAYRE, « L'efficacité du pouvoir ultramarin d'injonction structurelle en question », *Document de travail GREDEG*, n°2015-50.

⁷¹ CC n° 2015-715 DC, 5 août 2015.

ci sont pris par les entreprises sur une base volontaire. Il n'en demeure pas moins que la question des garanties juridictionnelles reste posée pour ces derniers. Les opérateurs dominants, face à une Commission dont les décisions sont de plus en plus structurées par des textes de *soft law* dont elle est elle-même la productrice, peuvent craindre des décisions se traduisant par des sanctions élevées et reposant sur une analyse au cas par cas et non sur des règles formelles permettant de jauger *ex ante* la conformité des pratiques de marché⁷². Le double phénomène d'économicisation du droit de la concurrence et de montée en puissance des procédures négociées pourrait avoir un effet quelque peu paradoxal.

Les entreprises mises en difficultés pour anticiper la qualification des pratiques et l'évaluation du dommage à l'économie pourraient être incitées à mettre un terme à la procédure quitte à proposer des engagements dont la proportionnalité et la nécessité ne feront pas l'objet d'un réel contrôle juridictionnel (voir l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne, du 29 juin 2010 dans l'affaire C-441/07P, Commission / Alrosa⁷³). L'efficacité économique de la décision concurrentielle, ainsi d'ailleurs que celle de la procédure, pourrait se faire au détriment des droits fondamentaux des opérateurs : à la fois en termes de droits de propriété, de liberté contractuelle et de droit aux garanties d'un procès équitable. En d'autres termes, le recours aux procédures négociées pourrait se lire dans une logique d'évitement du contrôle juridictionnel. L'approche plus économique incite possiblement les opérateurs économiques à opter pour des règlements négociés dans la mesure où la qualification de leurs pratiques ne peut plus être garantie *ex ante*, dans la mesure où la Commission s'écarte de l'application de règles formelles au profit d'une analyse au cas par cas basée sur une évaluation économique des effets, évaluation pouvant apparaître comme inductrice d'une insécurité juridique pour les firmes. Dans ce contexte, le recours à des procédures d'engagements peut paraître préférable pour les opérateurs. Il n'en pose pas moins un ensemble de questions liées aux principes fondamentaux, notamment en termes de procès équitable⁷⁴. Ainsi, l'une des conséquences de la montée en puissance du rôle de l'analyse économique en matière de politique de concurrence pourrait-elle être un affaiblissement de la *rule of law* au sens hayékien au profit d'un interventionnisme de nature quasi-régulatoire et posant quoiqu'il en soit un problème de contrôle juridictionnel⁷⁵.

⁷² L'objectif lui-même d'une politique de concurrence axée sur la seule défense du bien-être du consommateur peut également être discuté en lui-même notamment quant à sa supériorité revendiquée dans le cadre de la modernisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence européen sur l'objectif de garantie d'accès au marché qui peut être vu comme une conciliation entre liberté et égalité des opérateurs économiques.

J. DREXL, « Le droit de la concurrence international : menace ou gardien des droits de l'homme ? », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 335-360.

⁷³ Patricia Kipiani souligne que la conséquence de l'arrêt d'Alrosa est de faire porter la responsabilité du contrôle du caractère excessif sur les entreprises qui en sont à l'origine elles-mêmes et non à la Commission qui n'est tenue que par les engagements effectivement proposés par les entreprises.

P. KIPIANI, *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles – analyse des droits français, européen et américain*, Paris, Bibliothèque de droit international et de droit de l'Union Européenne, LGDJ, 2014, 596 p.

⁷⁴ O. FREGET, *op.cit.*

⁷⁵ F. MARTY, M. MEZAGUER, « Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union Européenne ? », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2016-1, tome XXX, p. 55-89.

- **Le point de vue du juriste :**

Les interactions entre l'économie de marché et les Droits et libertés fondamentaux

Par

Hélène HURPY

Maître de conférences, Université de Toulon, CERC

En 2016, soixante-deux personnes possèdent autant que la moitié de la population mondiale¹. Cette inégalité provoque une crise qui ne cesse de s'aggraver dans un contexte économique où les politiques d'austérité sont d'autant plus difficilement vécues et acceptées par les populations des États. À ce jour, la Grèce en est l'exemple le plus flagrant. Dès lors, l'économie de marché, c'est-à-dire le type d'économie où règne la libre concurrence, met véritablement à l'épreuve les valeurs de démocratie, de solidarité ou d'État de droit qui fondent nos régimes politiques. Il en résulte que l'exercice des droits et libertés fondamentaux - qui renvoient à la dimension ontologique de l'être humain et qui sont protégés par des normes constitutionnelles et internationales, à l'encontre de tous les pouvoirs, par les juges constitutionnels et supranationaux -, pourrait alors en être perturbé. Ce constat a notamment été dressé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe soulignant le risque que « les approches restrictives actuellement poursuivies, essentiellement fondées sur des coupes budgétaires dans les dépenses sociales, n'atteignent pas leurs objectifs de consolider les budgets publics, mais aggravent plus encore la crise et nuisent aux droits sociaux puisqu'elles touchent principalement les classes aux plus bas revenus et les catégories les plus vulnérables de la population »².

Or, même si, de prime abord, un rapport de concurrence apparaît entre contraintes de l'économie de marché et défense des droits et libertés fondamentaux, des interactions doivent être envisagées afin de mettre en lumière, au contraire, un utile rapport de complémentarité.

Des influences croisées sont d'abord visibles d'un point de vue subjectif : l'essor de notre modèle économique a en effet permis de reconnaître des droits à des catégories d'individus – comme les travailleurs. En ce sens, Georges Burdeau relève « qu'ils ont droit dans leur situation, leur mode de vie, leurs chances, à quelque chose de plus que ce qu'ils pourraient attendre du jeu spontané des lois naturelles »³. Il s'agit donc davantage d'ajuster la protection juridique d'acteurs sociaux vulnérables aux risques encourus, que de faciliter rigoureusement le fonctionnement de l'économie de marché.

¹ D'après le rapport de l'ONG Oxfam, intitulé *Une économie au service des 1 %*, publié le 18 janvier 2016 et disponible sur Internet : <https://www.oxfam.org/fr/rapports/une-economie-au-service-des-1> (consulté le 3 décembre 2016).

² APCE, Résolution 1884, « Mesures d'austérité – un danger pour la démocratie et les droits sociaux », 26 juin 2012.

³ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1961, p. 308.

Ensuite, des interactions sont perceptibles d'un point de vue objectif : la protection des droits et libertés fondamentaux en matière économique pourrait participer à redéfinir l'ampleur de la tâche confiée aux détenteurs du pouvoir. Là encore, Georges Burdeau insiste sur le fait que « le droit social [...] dans son sens le plus général, signifie une correction des injustices sociales »⁴. En ce sens, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a également relevé que « [f]ace aux conséquences d'un libéralisme économique « effréné » [il serait nécessaire d'adopter une] vision européenne commune, caractérisée par les principes généraux d'une « économie sociale de marché » et l'État providence devrait être renforcé davantage [...] plaçant l'humain au centre des préoccupations »⁵.

L'enjeu de la protection des droits et libertés fondamentaux en prise avec l'économie de marché est donc essentiel, d'une part pour l'être humain en tant qu'acteur social vulnérable, et d'autre part, pour favoriser la redéfinition structurelle du modèle économique en replaçant l'humain en son cœur.

Entre résistance (I) et soumission (II), les rapports entre droits et libertés fondamentaux et économie de marché doivent alors être perçus comme les deux faces d'une même réalité complexe où il n'y a ni vainqueur, ni vaincu.

I. La résistance par les droits et libertés fondamentaux

Cette résistance s'observe dans la revalorisation de l'humain au sein du modèle économique par l'aménagement des droits et libertés fondamentaux existants (A), mais aussi par l'élargissement du champ de leurs bénéficiaires (B).

A. L'aménagement des droits et libertés fondamentaux

Pour considérer la personne physique comme un acteur social du modèle économique, il est nécessaire de l'appréhender en tant qu'être autonome, capable d'effectuer ses propres choix. Le concept d'autonomie personnelle⁶ - défini par la Cour européenne des droits de l'homme comme « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend »⁷ -, constitue en ce sens un fondement juridique controversé⁸, mais aussi particulièrement décisif⁹.

L'autonomie, ainsi conférée à la personne, ne ferait-elle pas le jeu des règles du marché ? Pour Bernard Edelman, un tel fondement juridique permettrait en effet de « mettre [l'homme] en concordance avec le marché »¹⁰ et favoriserait notamment « l'exploitation de son propre corps comme valeur économique »¹¹. Le contentieux relatif à la prostitution

⁴ *Idem.*

⁵ APCE, Résolution 1884, *Op. cit.*

⁶ V. notamment : H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 1022 p.

⁷ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, § 62.

⁸ V. notamment : M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD, F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, Avril 2009, n° 48, p. 3-57.

⁹ V. ici : B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.*, 31/03/2011, n° 13, p. 897-904.

¹⁰ B. EDELMAN, *Op. cit.*, p. 901.

¹¹ *Idem.*

volontaire¹² est particulièrement éclairant sur les limites d'une liberté qui semble ainsi favoriser la marchandisation du corps. Sur ce point, il est vrai que la Cour de Luxembourg a relevé que « l'activité de prostitution exercée en tant qu'indépendant peut être considérée comme étant un service fourni contre rémunération »¹³, c'est-à-dire une activité économique à part entière¹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, estimé que « la prostitution [serait] incompatible avec les droits de la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte »¹⁵. Cette formulation a été expressément dénoncée par Bernard Edelman qui estime que « la seule chose qui importe, pour déterminer si la prostitution est digne ou indigne est de savoir qui profitera de ces utilités. La prostituée elle-même ? alors son activité sera digne ; un proxénète ? elle sera indigne [comme si] la dignité [était] mesurée à l'aune de la destination du profit de ce bien »¹⁶. Or, la Cour ne qualifie pas l'activité prostitutionnelle au regard des profits éventuels découlant de l'activité, mais bien au regard du consentement de la prostituée. En ce sens, Jean-Pierre Marguénaud explique à juste titre que la Cour ne fait qu'appliquer « à la prostitution, la distinction entre les activités sexuelles librement consenties placées sous l'influence de l'autonomie personnelle et les activités sexuelles contraintes relevant du domaine de l'abjection »¹⁷. Au plus, la juridiction supranationale se contente d'admettre l'existence d'une prostitution libre conformément aux travaux du Conseil de l'Europe¹⁸. Par conséquent, l'être humain est certes autorisé à utiliser son corps comme il l'entend dans le cadre de pratiques sexuelles consenties pour en tirer profit, mais est-il souhaitable qu'il en aille différemment ? Comme le rappelle Françoise Tulkens, « le droit pénal est un mal, il ne faut pas l'oublier, et son usage doit être limité – une *ultima ratio* »¹⁹, *a fortiori* dans le domaine de la sexualité.

Loin d'être néfaste, la prise en compte accrue de la capacité de choix de la personne pourrait au contraire renforcer la protection de sa vulnérabilité en matière économique. En ce sens, Olivier de Schutter relève que « la concentration du pouvoir qui s'opère entre les mains de certains grands acteurs collectifs – comme les syndicats (...) notamment – dans une société d'organisations, accroît la vulnérabilité de l'individu (...) par rapport aux pressions que ces acteurs peuvent exercer sur lui »²⁰. C'est sans doute ce qui explique que le Conseil constitutionnel ait explicitement mis en exergue la liberté personnelle du salarié vis-à-vis des

¹² V. ici APCE, Résolution 1579, 4 octobre 2007, « Prostitution – quelle attitude adopter ? », point 4 : la prostitution volontaire est définie « comme la prostitution exercée par des personnes de plus de 18 ans qui ont choisi la prostitution comme moyen de gagner leur vie ».

¹³ CJCE, *Jany et autres c/ Pays-Bas*, 20 novembre 2001, aff. C-268/99, *Rec.* p. I-08615 ; S. RETTERER, « L'activité de prostitution exercée à titre indépendant : une activité économique au sens du droit communautaire », *D.*, 11/02/2002, n° 27, p. 2144-2148. V. également dans ce domaine : CJCE, *Adoui et Cornuaille c/ Belgique*, 18 mai 1982, aff. C-155 et 116/81, *Rec.* p. 01665.

¹⁴ V. notamment ici : J.-L. CLERGERIE, « Sexe et commerce », in O. DUBOS, J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens*, Paris, A. Pedone, 2007, p. 69-84.

¹⁵ CEDH, 11 septembre 2007, *Tremblay c/ France*, req. n° 37194/02 ; *RTDH*, 2009, 193, note J.-M. LARRALDE ; *RTD Civ.*, 2007, 730, chron. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁶ B. EDELMAN, *Op. cit.*, p. 901.

¹⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, *Op. cit.*, 730.

¹⁸ APCE, Résolution 1579, *Op. cit.*

¹⁹ F. TULKENS, *Op. cit.*, p. 20.

²⁰ O. de SCHUTTER, « L'accès des personnes morales à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus-Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 83-84.

organisations syndicales²¹. Elle emporte comme conséquence le fait que le « législateur ne peut (...) pas définir les pouvoirs et prérogatives des syndicats d'une manière qui limiterait la liberté des salariés de choisir le syndicat auquel ils désirent adhérer »²². Dans le même sens, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu dans l'arrêt *Sorensen et Rasmussen*²³ le droit d'association négatif²⁴. Elle se fonde alors à nouveau sur « la notion d'autonomie personnelle [...] [qui] doit [...] être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu » (§ 54) et souligne que « [...] les personnes qui postulent à un emploi sont souvent dans une situation de vulnérabilité qui les amène à tout faire pour se conformer aux conditions de travail proposées » (§ 59). Une telle solution a été dénoncée par l'un des juges dans son opinion dissidente à l'arrêt²⁵. Selon lui, ce « travailleur individuel (voire individualiste) » en usant de son droit de se désassocier ferait ainsi fi du « fruit de plusieurs décennies de négociation collective ». En réalité, il ne s'agit pas d'une solution *in abstracto* mais décidée au cas par cas, car la Cour relève bien que « contraindre quelqu'un à s'inscrire à un syndicat déterminé peut ne pas se heurter toujours à la Convention [...] » (§ 54). Par conséquent, l'autonomie personnelle est ici utilisée non pour braver « plusieurs décennies de négociation collective »²⁶, mais pour garantir l'essence même de la liberté d'association – à savoir le choix d'adhérer ou non à un syndicat – et favorise dans le même temps une meilleure intégration sociale de l'individu au sein du collectif. Cette résistance du droit et de la personne humaine à l'économie et aux règles du marché s'observe encore à travers l'élargissement du champ des bénéficiaires des droits et libertés fondamentaux.

B. L'élargissement du champ des bénéficiaires des droits et libertés fondamentaux

Il sera ici question d'envisager la personne morale qui, en tant qu'entité sociale, évolue – au même titre que la personne physique – au sein de l'économie de marché. À ce titre, elle mérite une protection par la reconnaissance de droits²⁷. Mais l'assimilation de la protection des droits des personnes morales à ceux des personnes physiques présente un certain nombre d'écueils. Elle est avant tout partielle, faute d'incarnation des personnes

²¹ La liberté personnelle dans ce contexte s'entend comme « visant à assurer la sauvegarde de l'individu vis-à-vis de la collectivité, (...) [et] exprime le droit, pour son titulaire, de ne pas subir de contraintes excessives » (B. MATHIEU, *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1992, p. 27).

²² G. JOLIVET, « Les relations de travail à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *JCP S.*, 2010, 1353.

²³ CEDH [GC], 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 52562/99 et n° 52620/99 ; *RTDH*, 2006, n° 68, p. 787, obs. F. KRENC ; *JCP G.*, 2006, I 164, n° 10, chron. F. SUDRE ; *Droit social*, 2006, 1022, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY.

²⁴ V. notamment ici : F. KRENC, *Op. cit.*, pp. 787-815.

²⁵ Il s'agit de l'opinion dissidente du Juge ZUPANČIČ.

²⁶ *Idem*.

²⁷ V. notamment ici : V. WESTER-OUISSSE, « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP G.*, 2009, n° 16, p. 13. V. également sur cette question : R. PIERRE, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé : contribution à l'étude de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Sarrebruck, Editions universitaires européennes, 2011, 628 p.

morales²⁸. Elle présente aussi le risque de permettre « aux dirigeants de sociétés de se désengager juridiquement de leurs activités sociales, de se déresponsabiliser : c'est la personne morale qu'ils dirigent qui se voit imputer les décisions, en vertu de ses qualités et de ses pouvoirs propres »²⁹. Il est encore possible de redouter le traitement égalitaire qui est fait entre les personnes physiques et morales alors même que « l'égalité dont ces dernières se réclament est davantage une manifestation de la liberté économique et de la libre concurrence »³⁰. En somme, l'assimilation de la protection des droits des personnes morales à ceux des personnes physiques participerait de la mercantilisation croissante du droit, voire permettrait au marché économique de prendre « forme humaine »³¹.

L'affirmation sans détour de la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt de 2008 fait craindre une telle évolution : « il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doive être interprétée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales »³². La Cour européenne participe également de ce mouvement en reconnaissant, par exemple, la protection de leur domicile à des personnes morales de droit privé et la réparation de leur préjudice moral sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³³. Toutefois, la Cour tend à influencer cette tendance de manière positive, pour les personnes physiques, en exerçant une « protection différenciée (...) entre personnes physiques et personnes morales »³⁴. En ce sens, elle note que « le droit d'ingérence [peut] aller plus loin pour les locaux commerciaux d'une personne morale »³⁵.

Une telle hiérarchisation entre les droits des personnes physiques et ceux des personnes morales a été encore observée dans le cadre d'une affaire en date du 15 mai 2005³⁶ : la Cour a eu à apprécier l'action en diffamation exercée par Mc Donald's contre deux requérants britanniques condamnés à lui verser d'importants dommages et intérêts. Les juges de Strasbourg se sont livrés à un examen très approfondi des faits et en ont déduit que les dommages-intérêts accordés en l'espèce pour diffamation étaient disproportionnés au but

²⁸ V. ici : L. DUMOULIN, « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Revue des sociétés*, 2006, n° 1, spéc. p. 3 et s.

²⁹ V. WESTER-OUISSE, *Op. cit.*, p. 15.

³⁰ G. LOISEAU, « Des droits humains pour personnes non humaines », *D.*, 27/10/2011, n° 37, p. 2560.

³¹ Question à nouveau soulevée par B. EDELMAN, *Op. cit.*, p. 900 : « Qu'on en rit ou qu'on s'en effraye, le fait est là : le marché s'est incarné dans des personnes morales qui présentent les caractères d'une personne physique ; il a pris « forme humaine » ».

³² CJCE, 14 février 2008, *Varec SA c/ État belge*, aff. C-450/06, *Rec.*, p. I-00581.

³³ CEDH, 16 juillet 2002, *Sociétés Colas Est et a. c/ France*, req. n° 37971/97, § 41 : « [...] il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'art. 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels ». Sur la protection du domicile des personnes morales, voir aussi : CEDH, 9 décembre 2004, *Van Rossem c/ Belgique*, req. n° 41872/98 ; *Europe*, 2005, p. 32-32, note N. DEFFAINS. Voir encore : CEDH, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/ Autriche*, req. n° 74336/01.

³⁴ V. ici A. LEPAGE, « Les personnes morales ont droit au respect de leur domicile sur le fondement de l'article 8 de la Convention – Note sous CEDH, 16 avril 2002, *Sté Colas Est c/ France*, req. n° 37971/97 », *D.*, 2003, n° 23, p. 1542.

³⁵ CEDH, *Société Colas Est et a. c/ France*, *préc.*, § 49. La Cour rejoint ainsi l'argumentation du gouvernement qui soutenait que « si les personnes morales peuvent se voir reconnaître, au sens de la Convention, des droits similaires à ceux reconnus aux personnes physiques les premières ne sauraient pour autant revendiquer un droit à la protection des locaux commerciaux avec la même intensité qu'un individu pour son domicile professionnel » (§ 30).

³⁶ CEDH, 15 mai 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, req. n° 68416/01.

légitime poursuivi – à savoir l'atteinte causée à la réputation. Cette argumentation de la part du juge strasbourgeois atteste qu' « il s'agit donc de privilégier les droits fondamentaux de l'être humain aux dépens de ceux des personnes morales »³⁷, répondant ainsi aux préconisations de Xavier Dupré de Boulois appelant « à hiérarchiser les droits fondamentaux en considération de la nature de leurs titulaires »³⁸. Cela montre encore qu'en tenant compte de la nature de « grande société multinationale » (§ 94) de la personne morale concernée en l'espèce, le raisonnement du juge augure peut-être d'une « lecture humaniste du droit économique »³⁹ privilégiant les personnes physiques⁴⁰. Pourtant, la tendance actuelle atteste encore bien souvent de la soumission des droits et libertés fondamentaux à l'économie de marché...

II. La soumission des droits et libertés fondamentaux

Cette soumission témoigne à quel point il est difficile pour le droit en général et pour le juge en particulier d'intervenir sur la structure de l'économie. Difficile mais pas impossible : d'abord, en raison des libertés économiques qui constituent le cadre de l'économie de marché mais qui prédominent sur les droits sociaux (A) ; ensuite, à cause d'une tendance prononcée de l'élargissement des acteurs économiques – tels les juges - dont la voix peine encore à se faire entendre (B).

A. La prédominance conjoncturelle des libertés économiques

La mise en balance des droits sociaux avec les quatre libertés économiques - que sont les libertés de circulation des services, d'établissement, de marchandises, des travailleurs -, s'avère de plus en plus préoccupante. Bénédicte Lavaud-Legendre dénonce ainsi le fait que l'objet du droit du travail « s'est élargi de la protection des salariés à [...] la sauvegarde des intérêts capitalistes de production »⁴¹ et que « ses règles [aient] été qualifiées de réversibles »⁴². Faut-il alors s'inquiéter d'une possible régression de la protection des travailleurs face aux quatre libertés économiques régulant l'économie de marché ? En analysant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, Pierre Rodière dresse un constat alarmant et sans appel. Selon lui, « la Cour n'admettra pas qu'une de ces quatre libertés cède devant les exigences des droits sociaux. Lorsque le conflit se présente [...] la

³⁷ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 3^e partie : jusqu'où ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 03/01/2012, 2012-1, disponible : <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/les-droits-fondamentaux-des-personnes-morales-3e-partie/> (consulté le 10 décembre 2016).

³⁸ *Idem.*

³⁹ G. ROYER, « La Convention EDH et le droit des sociétés – Éléments pour une lecture humaniste du droit économique », *JCP G.*, 2008, n° 38, p. 17-21.

⁴⁰ V. ici X. BIOY dont l'opinion est qu'il n'est possible de reconnaître des droits fondamentaux aux personnes morales « qu'à la condition qu'ils protègent des droits fondamentaux des personnes physiques », in *Le concept de personne humaine en droit public – Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, p. 766.

⁴¹ B. LAVAUD-LEGENDRE, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction », *RDSS*, Mai-juin 2010, n° 3, p. 521. V. ici : G. LYON-CAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995, 99 p.

⁴² *Idem.*

solution sera, au pire, celle d'un assujettissement pur et simple aux contraintes de la liberté économique en cause, au mieux celle d'une conciliation dont les observateurs estiment volontiers qu'elle penche plutôt en faveur de l'économique que du social »⁴³.

Les arrêts *Viking*⁴⁴ et *Laval*⁴⁵ sont symptomatiques de cette inquiétante hiérarchisation entre les libertés économiques et, en l'espèce, le droit d'action collective. Si la Cour de Luxembourg reconnaît que le droit de mener une action collective – y compris la grève – a valeur de droit fondamental des travailleurs, elle le soumet dans le même temps aux règles relatives à la liberté de prestation de services et d'établissement. La Cour avait déjà énoncé dans deux autres arrêts que, malgré leur caractère de droit fondamental, les libertés de réunion et d'expression⁴⁶ et le respect de la dignité humaine⁴⁷ devaient être appréhendées en lien avec les règles gouvernant le marché unique. Mais les arrêts *Viking* et *Laval* « parlent de manière beaucoup plus explicite de soumission du droit à l'action collective aux libertés économiques du traité »⁴⁸.

Les titulaires du droit à l'action collective doivent, en effet, en justifier l'exercice lorsqu'une liberté économique communautaire est en jeu. Dans l'arrêt *Viking*, la Cour de justice des Communautés européennes subordonne la légalité de l'action collective à une « condition de pertinence et de proportionnalité »⁴⁹. Dans l'arrêt *Laval*, les actions en cause sont reconnues illicites en raison de leur finalité⁵⁰ : il est notamment indiqué que les revendications ne pourraient excéder les prévisions d'une directive datant de 1996 relative aux détachements de travailleurs transfrontaliers⁵¹. Cette lecture très stricte du texte communautaire de 1996 a été confirmée dans une affaire ultérieure⁵², mais a alerté le Parlement européen. Celui-ci a alors réaffirmé que les libertés économiques ne peuvent pas porter atteinte aux droits sociaux dans une résolution⁵³ qui, au regard du droit positif, semble reléguée à de simples vœux...

Si, dans la mise en balance avec les droits sociaux, les libertés économiques semblent toujours dominer, une telle situation conduit aussi à interroger le rôle décisif du juge, en tant qu'acteur économique à part entière, pour redéfinir un État de droit social.

⁴³ P. RODIÈRE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Droit social*, Mai 2010, n° 5, p. 576.

⁴⁴ CJCE [GC], 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation & Finish Seamen's Union c/ Viking Line ABP*, aff. C-438/05.

⁴⁵ CJCE [GC], 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341/05.

⁴⁶ CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00.

⁴⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02.

⁴⁸ C. VIGNEAU, « Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome », *JCP G.*, 26 mars 2008, n° 13, II 10060.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Directive n° 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOUE*, 21/01/1997, L 18/1.

⁵² CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06.

⁵³ Résolution du 22 octobre 2008 sur les défis pour les conventions collectives dans l'Union européenne, Doc. A6-0370/2008.

B. L'élargissement du champ des acteurs économiques

Le contrôle croissant des juges constitutionnels et européens dans la protection des droits sociaux est-il la marque d'un « activisme judiciaire »⁵⁴ pour construire un État de droit social ? Mais est-ce là véritablement leur rôle ? Au regard des arrêts précités *Viking* et *Laval*, on serait tenté de répondre par la négative. Toutefois, quelques indices laissent à penser qu'à côté des autorités politiques – dont la déresponsabilisation en matière économique est de plus en plus mise en exergue⁵⁵ –, les juges participent de la régulation de l'ordre économique. Deux exemples retiennent ici l'attention.

Le rôle « actif » du Conseil constitutionnel peut ainsi être souligné à travers sa technique des réserves d'interprétation. Dans la décision n° 89-257 DC, dite *Prévention des licenciements économiques*⁵⁶, le juge constitutionnel a certes rappelé la réserve de compétence législative dans le domaine de la liberté syndicale, mais il a aussi corrigé la loi qui lui était soumise. L'une des dispositions litigieuses de ce texte permettait en effet qu'un syndicat exerce une action en justice en faveur d'un salarié à la seule condition de l'avertir par lettre recommandée avec accusé réception. Or, après avoir rappelé l'importance de la liberté personnelle du salarié, le juge constitutionnel « ajoute à la loi » en considérant que la lettre adressée au salarié doit contenir un certain nombre d'informations sur l'action exercée. Par conséquent, et comme le relève Bertrand Mathieu, « le Conseil ne se borne pas à préciser la manière dont la loi devra être appliquée, il modifie le sens de la règle posée »⁵⁷, dans un sens favorable au salarié.

La Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans un arrêt remarqué du 9 février 2010 relatif à la loi *Hartz IV*⁵⁸ a reconnu un droit à un minimum vital, qui résulte de la valeur prééminente de la dignité humaine dans la Loi fondamentale allemande (article 1^{er}) et de la nature sociale de l'État (article 20 al. 1^{er})⁵⁹. De manière inédite, elle va redéfinir l'étendue des obligations que ce droit fait peser sur le législateur. Notamment, elle relève qu'il appartient au législateur de définir les critères et les montants d'une prestation sociale. Par conséquent, le rôle du juge s'avère ici indubitablement déterminant pour construire un nouveau modèle économique plus respectueux de l'humain.

⁵⁴ V. ici : D. ROMAN, « La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 01/10/2014, n° 45, p. 63-75.

⁵⁵ V. ici : P. LOKIEC, « Avis de tempête sur le droit du travail », *Revue Droit du travail*, Décembre 2014, n° 12, p. 738-745. V. encore : D. ROMAN, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux » », *RDSS*, Janvier 2009, n° 1, p. 63-78.

⁵⁶ Déc. n° 89-257 DC, 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, *Rec.* p. 59.

⁵⁷ B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel « législateur positif » », *Revue internationale de droit comparé*, Avril 2010, 2010/2, p. 506-507.

⁵⁸ BVerfGE 125, 175, *Hartz IV*, 9 février 2010.

⁵⁹ V. ici : C. FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision « Hartz IV » de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », *RDSS*, juillet-août 2010, n° 4, p. 653-661.

Les influences croisées entre les contraintes de l'économie de marché et la garantie des droits et libertés fondamentaux – notamment sociaux – montrent que des progrès ont été réalisés dans la revalorisation de l'humain au sein du modèle économique, notamment par la prise en compte de son autonomie et de sa vulnérabilité. Toutefois, de telles avancées restent encore bien timides : la conciliation juridictionnelle entre les droits sociaux des travailleurs et les libertés économiques régulant le marché s'opère bien souvent au détriment des premiers par rapport aux seconds révélant indubitablement le cantonnement du rôle du juge lui-même en la matière.

Il faut aussi tenir compte du fait que le cadre d'analyse autour de la construction d'un nouveau modèle économique centré sur l'humain est aujourd'hui totalement bouleversé par la crise économique. La réponse européenne à cette crise a été l'adoption de politiques budgétaires restrictives⁶⁰. Or, de telles politiques ont produit des effets sur l'exercice des droits et libertés fondamentaux dont la protection constituera à n'en pas douter le point d'ancrage de la redéfinition des règles économiques.

⁶⁰ V. ici : D. ROMAN, « La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », *Op. cit.*, p. 63-75.

Première partie

Contentieux constitutionnel français et structure économique

Première sous-partie : La constitutionnalisation des principes

**« Les principes directeurs de la jurisprudence économique et sociale du
Conseil constitutionnel »**

Par

Guillaume DRAGO

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, Directeur du Centre d'Études
Constitutionnelles et Politiques

TEXTE A VENIR

Réflexions sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques

par

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS

Professeure à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

À l'heure où les recours fondés sur les droits ou libertés ayant pour fonction de justifier des activités économiques (liberté d'entreprendre, liberté de l'industrie et du commerce mais aussi liberté contractuelle, droit de propriété, égalité devant l'impôt...) sont devenus légion tant dans le cadre des Questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) que dans celui des saisines *a priori*, il est tentant de réduire l'analyse de leur constitutionnalisation à la multiplication de leurs usages dans les décisions rendues par le Conseil constitutionnel.

Pourtant, les phénomènes qui peuvent être rapportés à un processus de constitutionnalisation des libertés économiques débordent le strict cadre contentieux : celui-ci n'en est que l'une des expressions. Sans vouloir en minimiser l'importance, on pourrait même soutenir qu'en égard aux évolutions conceptuelles et théoriques en cours dans la pensée juridique, l'analyse de la dimension contentieuse du processus n'est pas la plus stimulante.

À partir du cas français, on voudrait dès lors mettre en évidence le caractère multiforme et polycentrique du processus de constitutionnalisation des libertés économiques. Pour en prendre la mesure, on opérera une distinction entre un processus formel de constitutionnalisation des libertés économiques dans le cadre de l'État (I) et un processus matériel pensé et établi essentiellement en dehors du cadre de l'État - hors la forme « État » aurait-on dit il y a quelques temps (II).

I. Les constitutionnalisations formelles des libertés économiques

Rapporté au cadre de l'État, les processus de constitutionnalisation présentent trois principaux degrés¹ : une constitutionnalisation au sens faible - ou processus de *mise en forme* - (A) ; une constitutionnalisation au sens fort - ou processus de *mise en norme* - (B) ; une constitutionnalisation *fortissimo sensu* - ou processus de *diffusion axio-normative* - (C).

A. La mise en forme constitutionnelle

D'un point de vue général, la constitutionnalisation au sens faible consiste à conférer une constitution à un ordre juridique qui en était jusque-là dépourvu. Hormis les quelques cas

¹ Voir R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, collection Rivages du droit, 2010, p. 80 et s. ; voir aussi M. LOUGHLIN, « What is constitutionalization ? », *Jus Politicum*, n° 3, <http://www.juspoliticum.com/Qu-est-ce-que-la.html>

où l'on peut identifier l'existence d'une constitution sans texte², ce processus repose en principe, depuis l'avènement de l'État moderne, sur la rédaction d'un ou plusieurs textes à dénomination variable (charte, constitution, loi(s) constitutionnelle(s), loi(s) fondamentale(s)...). Cette mise en forme constitutionnelle peut aussi, plus particulièrement, consister à inscrire dans un texte constitutionnel en vigueur de nouveaux énoncés à l'issue d'une révision constitutionnelle.

À cet égard, les libertés économiques ont fait l'objet d'une mise en forme constitutionnelle à géométrie variable selon les libertés et les ordres juridiques considérés. Le constat général, au moins depuis la seconde guerre mondiale, serait même que certaines libertés économiques ont été constitutionnalisées comme normes (*infra* B) sans l'avoir préalablement été sous la forme d'une inscription expresse dans les textes constitutionnels. En France tout particulièrement, la lecture littérale de la constitution du 4 octobre 1958 et de son préambule ne laisse pas apparaître de références précises à des libertés économiques, du moins si on les comprend comme des énoncés se rapportant expressément aux conditions d'exercice d'activités usuellement qualifiées d'économiques. Les libertés d'entreprendre, de l'industrie et du commerce, d'établissement, d'exercice d'une profession, la libre circulation des marchandises ou des capitaux, la liberté de la concurrence n'apparaissent pas dans les rédactions successives du texte de la constitution... En revanche, on le sait, on trouve au nombre des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps inscrits dans le préambule de la constitution du 17 octobre 1946, celui 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 » (alinéa 9). Plus tard, la Charte de l'environnement, adossée à la Constitution depuis la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, s'adresse aussi à des activités économiques dans une perspective d'encadrement de leur développement et de leurs effets. Tel est le sens notamment de la référence au principe de précaution (article 5) ou de l'exigence adressée aux politiques publiques de concilier « la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social » dans la perspective d'un développement durable (article 6).

La justification du libre exercice d'activités économiques par des énoncés du texte constitutionnel passe alors, d'une part, par une interprétation spécifique de droits et libertés généraux, que l'on peut aussi qualifier de « multifonctionnels » au sens où ils sont susceptibles d'être invoqués pour soutenir divers types d'intérêts, d'activités ou de valeurs (économique, sociaux, humanistes...). L'illustration par excellence reste le droit de propriété proclamé à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. La justification du libre exercice d'activités économiques par des énoncés du texte constitutionnel repose, d'autre part, sur une interprétation extensive de ceux-ci qui conduit à leur rattacher des droits et libertés qu'ils n'affirment pas expressément.

² Voir D. BARANGER, *Ecrire la Constitution non écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2008, 334 p.

B. La mise en norme constitutionnelle

La mise en norme constitutionnelle ou constitutionnalisation *au sens fort* désigne un processus de transformation de rapports politiques en rapports juridiques, en l'occurrence encadrés par le droit constitutionnel. L'existence préalable d'une constitution ou de dispositions écrites n'est pas nécessaire. Classiquement, en Israël, la Cour suprême remplit une fonction d'encadrement juridictionnel des rapports entre les pouvoirs publics alors qu'il n'existe pas de constitution écrite³.

S'agissant du cas particulier des libertés économiques, ce processus se réalise en France, comme dans d'autres États, à l'initiative des organes de contrôle de la constitutionnalité, en procédant à une interprétation extensive des énoncés textuels disponibles. La Cour constitutionnelle allemande, par exemple, a progressivement reconnu que la liberté de choisir sa profession consacrée à l'article 12 de la loi fondamentale incluait aussi « la liberté d'exercer une activité dans un but lucratif, notamment une activité industrielle et commerciale »⁴.

En France, cette forme de constitutionnalisation est variable en fonction des libertés économiques considérées. S'agissant tout d'abord de la liberté de la concurrence, les auteurs s'accordent sur le fait qu'aucune « constitutionnalisation explicite » ne peut être relevée. Selon certains, le Conseil constitutionnel considérerait même « implicitement que la libre concurrence [n'a] pas valeur constitutionnelle en elle-même »⁵. Il l'envisagerait comme une implication du principe d'égalité, suggérant ainsi sa préférence pour la dimension « égale concurrence » plutôt que pour celle de « libre concurrence »⁶. S'agissant ensuite de la liberté de l'industrie et du commerce, le Conseil constitutionnel ne se montre pas plus explicite.

Depuis la décision du 16 janvier 1982⁷, il la répute découler de la liberté d'entreprendre, ce qui a conduit une partie de la doctrine à affirmer la préséance de cette seconde sur la première, après avoir, un temps, soutenu l'inverse⁸. Car la liberté d'entreprendre constitue la liberté économique pour laquelle le processus de constitutionnalisation reste, en France, la moins équivoque. Historiquement, elle a communément été rattachée à la loi des 2-17 mars 1791 dit « Décret d'Allarde » et la loi Le Chapelier des 14-17 mars 1791⁹. Mais elle n'est mentionnée ni dans le texte de la constitution, ni dans son préambule. Avant que le Conseil constitutionnel n'en consacre explicitement la valeur constitutionnelle, une partie de la doctrine soutenait que, bien que confrontée à de nombreuses limites et bien qu'elle ne soit pas expressément reconnue dans les textes constitutionnels, la liberté d'entreprendre découlait des articles 2, 4, 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. La décision du 16 janvier 1982 consacre cette analyse.

³ Voir R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 81 et s.

⁴ Bverf21n261 [266]. Voir C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, p. 130 et s.

⁵ P. HUBERT, A. CASTAN, « Droit et liberté de la concurrence », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 49, p. 15.

⁶ *Ibid.* Voir les décisions n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001 ; 2007-556 DC, 16 août 2007.

⁷ Décision n° 81-132, 16 janvier 1982, *rec.* p. 18.

⁸ P. DELVOLVÉ reconnaît que l'évolution du droit positif l'a conduit à changer d'avis sur la question, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, p. 106 et s. ; voir aussi L. FAVOREU, note sous la décision n° 81-182 DC, 16 janvier 1982, *RDP*, 1982, p. 377.

⁹ Voir P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 105 et s. ; J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.*, 1984, chr. 1.

Plus précisément, le Conseil constitutionnel donne pour fondement à la liberté d'entreprendre la liberté proclamée à l'article 4 de la Déclaration. Depuis lors, il a consacré plusieurs implications et facettes de cette liberté, à savoir tant sa dimension de liberté individuelle et de droit subjectif que celle de principe et d'« objectif organisationnel »¹⁰.

C. La diffusion axio-normative de la constitution

La constitutionnalisation peut enfin être envisagée *fortissimo* sensu. Elle désigne un processus de transformation d'un ordre juridique au terme duquel celui-ci devient de part en part, « irradié », « imprégné », « saturé » ou « imbibé » par les normes constitutionnelles et, plus particulièrement, par celles qui expriment des droits et libertés¹¹. Les normes constitutionnelles, pensées comme des mises en forme des valeurs structurantes de l'ensemble de l'ordre juridique, tendent à conditionner tant la législation, la jurisprudence, la doctrine que le comportement et les activités des acteurs politiques, économiques ou sociaux¹². Ce degré de constitutionnalisation repose sur deux éléments essentiels. Le premier est l'existence d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité qui assure le caractère contraignant des normes constitutionnelles. Le second est le passage d'un seuil quantitatif à une transformation qualitative, à savoir une fréquence, devenant récurrence, des références au texte constitutionnel dans les débats juridiques, politiques, économiques et sociaux.

Depuis le milieu des années 1990, à la lecture même rapide des décisions du Conseil constitutionnel, force est de constater la multiplication des références à la liberté d'entreprendre et autres libertés économiques. Celle-ci se vérifie autant dans le cadre de la procédure de saisine *a priori* que dans celui des QPC¹³. Les personnes morales, à qui les QPC ont été rapidement ouvertes, ont largement su s'en saisir surtout dans le champ économique¹⁴. Les Sociétés UBER, Holding Désile¹⁵, Groupe Canal Plus et autre¹⁶, le ZEturf Limited¹⁷, et bien d'autres encore, ont compris, parfois à leurs dépens¹⁸, la formidable ressource qu'ouvrait aux acteurs économiques la possibilité d'invoquer devant le Conseil constitutionnel des droits et libertés que la constitution garantit. L'appropriation des droits et libertés constitutionnels ne touche pas seulement celles ciblées sur les activités économiques ou la fiscalité. Elle vaut potentiellement aussi pour tout droit et liberté invoqué dans une perspective marchande, comme le sont tout particulièrement aujourd'hui la liberté contractuelle et le droit de propriété.

¹⁰ M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, Paris Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2015, p. 210-211 ; Voir par exemple décision n° 2010-73 QPC, 3 décembre 2010.

¹¹ P. COMANDUCCI, « Constitucionalización y neoconstitucionalismo », in P. COMANDUCCI, M. ANGELES AHUMADA, D. GONZALES LAGIER (dir.), *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, p. 86.

¹² *Ibid.*

¹³ Voir D. de BÉCHILLON, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 49, p. 7.

¹⁴ Voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, « ...les droits et libertés que la constitution garantit » : *quiproquo* sur la QPC ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 11 juillet 2016, consulté le 12 octobre 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2481>

¹⁵ Décision n° 2015-476 QPC, 17 juillet 2015.

¹⁶ Décision n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012.

¹⁷ Décision n° 2010-73 QPC, 3 décembre 2010.

¹⁸ Décision n° 2015-484 QPC, 22 septembre 2015.

La procédure de QPC s'avère ainsi un puissant facteur de constitutionnalisation au sens fort des libertés économiques même si, il faut le souligner, le Conseil constitutionnel ne constitutionnalise pas tout et rappelle que, comme les autres, les libertés économiques doivent être conciliées avec des principes, exigences, droits ou libertés constitutionnels concurrents. Pour autant, si le Conseil se refuse à apparaître comme le « gardien d'un ordre économique » déterminé¹⁹, et s'il lui arrive, à l'issue d'un contrôle de proportionnalité, de situer le curseur du côté des droits et libertés opposés aux libertés économiques (protection de la santé²⁰, possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent par exemple²¹), le bilan est tout de même celui d'une attention accrue portée à leur égard²².

Pour finir, un des points remarquables de cette constitutionnalisation *fortissimo sensu* consiste aussi dans les préoccupations multiples qui s'expriment d'intégrer en amont, au cours des procédures législatives ou réglementaires, les exigences du Conseil constitutionnel en matière économique. En témoignent en tous les cas, les demandes croissantes d'expertises, de consultations ou encore les groupes de réflexions qui prospèrent en ce domaine.

II. Les constitutionnalisations matérielles des libertés économiques

Les constitutionnalisations matérielles regroupent des phénomènes qui restent encore diffus et dont la labellisation même de « constitutionnalisation » est objet de discussion. Les phénomènes visés se manifestent en effet en dehors de la forme étatique, ce qui exige, tout particulièrement pour les constitutionnalistes, de faire le deuil de l'association étroite entre les concepts d'État et de Constitution. A cet égard, les processus de constitutionnalisation matérielle, en particulier ceux qui englobent les libertés économiques, procèdent à un double mouvement, au moins, de mise à l'écart de l'État. D'un côté, le concept de constitution est déplacé du cadre national vers un niveau global (A). D'un autre côté, des instruments juridiques qui se sont développés dans l'orbite du droit public sont sujets à une appropriation par des acteurs privés (B).

A. Du national au global

Depuis le début du nouveau millénaire, prolifère une littérature d'horizons intellectuels et idéologiques divers, constatant, et le plus souvent justifiant et encourageant, un processus matériel de constitutionnalisation du droit qui se développerait en dehors du cadre de l'État - « hors l'État »²³. Ce processus constituerait l'une des évolutions marquante du droit constitutionnel contemporain. L'idée de « constitutionnalisation désétatisée »²⁴ connaît un succès spécifique s'agissant des libertés économiques dans la mesure où les cadres normatifs

¹⁹ M. L. Dussart, *Constitution et économie*, op. cit., p. 17.

²⁰ Décision n° 2012-290/291 QPC, 25 janvier 2013.

²¹ Décision n° 2015-470 QPC, 29 mai 2015.

²² Le Conseil constitutionnel le reconnaît lui-même, *Rapport d'activités* 2016, p. 31 ; http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/bilan2016/rapport_cc_2016.pdf

²³ Voir O. JOUANJAN, « Ce que 'donner une constitution à l'Europe' veut dire », *Cités*, 13, 2003, p. 21.

²⁴ G. TUSSEAU, « Le chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in J.-Y. CHEROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 188 et s.

imposés par l'État sont souvent pensés comme des obstacles à l'expansion de l'activité économique. À tout le moins s'agit-il de les déplacer pour promouvoir des formes de normativité estimées moins contraignantes.

L'Union européenne fournit l'un des laboratoires institutionnels privilégié de ce type de théorisation. À côté du débat général sur le caractère constitutionnel ou non de l'Union européenne²⁵, l'affirmation de libertés fondamentales à objet économique au sein de ses Traités constitutifs, la consécration de leur primauté par la Cour de Justice de l'Union européenne confortée par la reconnaissance de la liberté d'entreprise à l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux, ont favorisé le diagnostic d'un processus de constitutionnalisation. « Le TFUE procède à une constitutionnalisation complète du droit européen de la concurrence », peuvent par exemple soutenir Patrick Hubert et Adrian Castan dans des développements placés sous l'intitulé évocateur : « la nature constitutionnelle des règles de concurrence dans le TFUE »²⁶. C'est alors ici le caractère fondamental conféré aux libertés économiques au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne qui semble opérer comme élément d'identification d'un processus de constitutionnalisation et non l'inverse, tel que le conçoivent plus habituellement les constitutionnalistes en France²⁷. En d'autres termes, dans le cadre européen, les libertés économiques ne seraient pas fondamentales parce qu'elles sont constitutionnelles, mais elles seraient constitutionnelles parce qu'elles sont fondamentales.

En signe de parachèvement de ce processus, le concept de « constitution économique »²⁸ se voit remis au gout du jour en « tant qu'ensemble de normes juridiques régissant à un niveau qualifié de 'fondamental' la vie économique. Dans cette présentation, la "constitution économique" ne se limite pas aux seules normes constitutionnelles, mais s'étend, parce que l'imprécision de l'adjectif fondamental le permet, à des normes ordinaires (loi, règlement) ou internationales »²⁹. Au niveau européen, cette « constitution économique » est parfois présentée comme l'héritage de la pensée ordo-libérale. Toutefois, outre qu'il n'est pas certain que l'on retrouve dans la promotion actuelle de la constitutionnalisation des libertés économiques les valeurs sociales et humanistes qui préoccupaient les ordo-libéraux de l'époque, on assiste également à une inversion tendancielle des rapports entre constitution et économie. Tandis que « l'idée de "Constitution économique" » des ordo-libéraux « fut conçue pour que la vie économique découle de la Constitution en y étant établie dans son genre et

²⁵ Voir par exemple, O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 21 ; voir aussi I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, 2000, <http://www.whi-berlin.eu/documents/fondements.pdf> ; J. HABERMAS, *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000 ; *La Constitution de l'Europe*, Paris, Gallimard, « NRF Essais », 2012.

²⁶ P. HUBERT, A. CASTAN, « Droit et liberté de la concurrence », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015, p. 17.

²⁷ Voir par exemple L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2004.

²⁸ Voir par exemple, M.-L. DUSSART, *Constitution et économie, op. cit.*, p. 21 et s. ; F. LECOMTE, « Un autre Viking dans le prétoire. Commentaire sous CJ, 3F c. Commission des Communautés européennes, 9 juillet 2009, C-319/07 P » », *Revue internationale de droit économique*, 2010, p. 316 et s. ; S. DEAKIN, "The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgements and the financial crisis : in search of New Foundations for Europe's Social Market Economy" », N. BRUUN, K. LÖRCHER I. SCHÖMANN (eds.), *The Lisbon Treaty and social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 20 ; C. JOERGES, F. RÖDL, « Informal Politics, Formalised Law and the 'Social deficit' of European Integration : Reflections after the Judgements of the ECJ in *Viking* and *Laval* », *European Law Journal*, vol. 15, n° 1, 2009, p. 1-19.

²⁹ M.-L. DUSSART, *Constitution et économie, op. cit.*, p. 87.

dans sa forme »³⁰, les mobilisations contemporaines du concept de constitutionnalisation des libertés économiques semblent plutôt relever de la dynamique inverse, à savoir que la vie constitutionnelle découle de l'économie « en y étant établie dans son genre et dans sa forme ». C'est alors l'activité économique et ses acteurs qui dessineraient des formes nouvelles de normativités jugées plus adaptées à leurs besoins. Et entreraient dans ces nouvelles « constitutions économiques » non plus (seulement) les normes constitutionnelles ou internationales précédemment évoquées, mais (aussi) diverses formes de normativité, dites globales, supposées à la fois justifier et autoréguler l'activité économique mondiale : des pactes, des chartes éthiques, des codes de conduites, des codes-types négociés, des labels, des normes ISO, des notations³¹...

B. Du public au privé ?

La diffusion de ces processus de constitutionnalisation « globalisée » se double d'un phénomène de privatisation au sens où leurs acteurs et leur destinataires sont essentiellement, si ce n'est exclusivement, des personnes privées : ONG, entreprises multi- ou transnationales... Le champ conceptuel de la constitution – l'idée constitutionnelle pourrait-on dire aussi – et son vocabulaire se trouvent dès lors réappropriés, « capturés »³² dans un ordre de grandeur marchand³³. Plus largement même, cette réappropriation touchent un ensemble d'instruments juridiques nés dans le giron de l'État moderne (« constitution », « charte », « activité législative » devant en l'occurrence « de la société mondiale »³⁴, « code »), mais en excluant autant que possible l'intervention d'organes étatiques, voire d'organes internationaux au profit d'arbitrages transnationaux. Comme le souligne Benoit Frydman à propos de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale, celle-ci n'a été acceptée par les entreprises qu'à la condition que sa violation ne soit pas « de nature à justifier une mesure étatique de restriction au libre-échange » ; « l'ISO leur en a donné la garantie formelle »³⁵.

Les acteurs de la constitutionnalisation revendiquée sont donc essentiellement des personnes privées qui se trouvent parties prenantes à la fois à la détermination des règles auxquelles elles consentent se soumettre et à leur mise en œuvre. L'écart habituellement créé entre le pouvoir constituant, d'un côté, et les pouvoirs constitués et les destinataires des normes constitutionnelles, de l'autre, tend dans ce contexte à s'amenuiser et à contractualiser le processus de constitutionnalisation. On pourrait aussi voir, plus finement encore, dans ce processus la manifestation d'une dialectique entre un mouvement de privatisation de l'idée constitutionnelle par réappropriation des concepts étatiques et un mouvement de publicisation

³⁰ *Ibid.*, p. 12.

³¹ Voir L. HENNEBEL, « Les droits de l'Homme dans les théories du droit global », in J.-Y. CHEROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, p. 140 et s. ; G. TUSSEAU « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in J.-Y. CHEROT, B. FRYDMAN (dir.), *op. cit.*, p. 19 ; J. P. ROBE, A. LYON-CAEN, S. VERNAC (dir.), *Constituzionalisation of the world power system*, Oxford, Routledge, 2016.

³² A. M. SLAUGHTER, *A New World Order: Government Networks and the Diaggregated State*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

³³ L. BOLTANSKI, L. THEVENOT, *De la justification, Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, Collection NRF Essais, 1991, 496 p.

³⁴ A. FISCHER-LESCANO, « Pour un critique radicale du droit », *Grief*, 2015, n° 2, p. 31.

³⁵ B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, p. 112.

des rapports privés confrontés à la nécessité d'élaborer des règles minimales de coordination, d'encadrement ou de régulation de leurs activités³⁶.

Il est bien évident que placer ce processus ambivalent de « privation-publicisation » sous le sceau de la « constitutionnalisation » peut relever, pour ceux qui ont été formés aux concepts classiques de l'État moderne, du galvaudage et de la contrefaçon. Il n'empêche que l'initiative bénéficie de ses théorisations aussi bien justificatrices que critiques³⁷. Du point de vue de l'analyse des concepts et de leurs transformations, elle exige donc d'être prise au sérieux et d'être appréhendée tout autant dans sa dimension sémantique (à quels glissements de la notion de constitution assistons-nous ?)³⁸, que pragmatique et performative : quels effets produit-elle ou quelles conséquences implique-t-elle dans les champs conceptuels du droit constitutionnel et des droits et libertés ? On relèvera ici deux effets, l'un d'ordre normatif, l'autre d'ordre ontologique relatif à la titularité des droits et libertés.

Sur le plan normatif, réputer que des droits et libertés sont constitutionnalisés permet de leur conférer une valeur juridique au moins aussi importante que d'autres à qui cette valeur avait déjà été reconnue. Par conséquent, présentées comme constitutionnelles, les libertés économiques peuvent bénéficier d'une égale prétention à réduire la portée non plus seulement de l'action de l'État justifiée par l'intérêt général ou la poursuite d'un bien commun, mais également d'autres droits et libertés constitutionnelles accordés à l'individu : égalité, liberté d'expression, protection de la vie privée, éducation, santé, droit de grève... En cas de contentieux, le juge ou, dans un monde globalisé, le tiers choisi – un arbitre – devient l'évaluateur casuistique et pragmatique des intérêts et des valeurs à privilégier dans le cas qui lui est soumis.

Au plan ontologique, la promotion de la constitutionnalisation des libertés économiques prend corps dans un contexte d'ouverture progressive de la titularité des droits et libertés aux personnes morales, en général, et aux formes juridiques que se donnent les acteurs économiques en particulier. Cette possibilité pour les personnes morales de revendiquer et d'obtenir le bénéfice de droits et libertés constitutionnels peut être rangée au nombre des caractéristiques du passage conceptuel d'un « temps » des droits de l'homme à un « temps » des droits fondamentaux³⁹. Tandis que le temps des droits de l'homme, celui de l'affirmation de l'État moderne, pouvait reconnaître, parmi d'autres, des libertés économiques à l'individu détaché des corps intermédiaires, le temps contemporain des droits fondamentaux est gagné par la diversification des personnes juridiques qui peuvent les invoquer. Ce glissement est favorisé par la donnée très prosaïque de ce que, contrairement à l'expression « droits de l'homme », celle de « droits ou libertés fondamentaux » ne fait pas référence immédiatement à « l'homme ». Mais la substitution terminologique est à rapporter à une évolution bien plus profonde d'extension et de diversification de la titularité des droits et

³⁶ J. DE MUNK, « From orthodox to societal constitutionalism », in P. ROBÉ, A. LYON-CAEN, S. VERNAC (dir.), *op. cit.*, p. 135.

³⁷ Voir G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016. voir aussi G. TUSSEAU « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », *op. cit.*

³⁸ On renverra sur ce point en particulier à O. JOUANJAN, « Ce que 'donner une constitution à l'Europe' veut dire », *op. cit.*, p. 25 et s.

³⁹ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, n° 8 : <http://juspoliticum.com/article/La-theorie-generale-de-l-Etat-est-aussi-une-theorie-des-libertes-fondamentales-537.html>

libertés⁴⁰, au profit d'entités qui dépassent l'individualité de l'homme des droits de l'homme pour adopter des formes catégorielles (des communautés, des groupes d'intérêts, des sociétés, des collectivités territoriales...) et parfois immatérielles (les générations futures), revendiquant l'égale fondamentale, si ce n'est la supériorité, des droits et libertés qui expriment leurs valeurs ou leurs intérêts particuliers⁴¹.

La constitutionnalisation des libertés économiques se manifeste par un double mouvement, d'une part, d'intégration et de diffusion des libertés économiques en tant que normes constitutionnelles au sein des ordres juridiques étatiques et, d'autre part, de « matérialisation » du concept de constitution dans le but de capter, voire de justifier et de promouvoir au moyen du vocabulaire juridique de l'État moderne, un processus qui se développe en dehors de son cadre. Ce processus complexe et ambivalent interroge, tout d'abord, l'élasticité que les théoriciens contemporains sont prêts à reconnaître au concept de constitution. Son déplacement en dehors du cadre de l'État est certes possible, mais à quel prix conceptuel ? Ce processus sollicite aussi les rapports entre le droit et l'économie. Il manifeste une forme d'appropriation du premier par la seconde tout autant - et plutôt plus - que l'inverse. Là où la pensée constitutionnelle occidentale de l'après seconde guerre mondiale recherchait une certaine neutralité des règles du jeu démocratique en matière économique pour ne pas prédéterminer le choix des élus⁴², la constitutionnalisation revendiquée des libertés économiques s'accompagne d'une valorisation, voire d'une survalorisation, des prétentions et des modes d'organisation que celles-ci fondent à l'égard tant du fond que de la forme des normes juridiques qui structurent traditionnellement l'État moderne.

⁴⁰ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1989, p. 35 et s.

⁴¹ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, n°1, p. 19.

⁴² Voir N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, (a cura di Michelangelo BOVERO), Torino, Einaudi, 1999, p. 381.

Deuxième sous-partie : L'analyse matérielle des droits

Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Par

Claire MONGOUACHON,

Maître de Conférences à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, CRDP

Tenter de mettre en regard égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas chose aisée. D'une part, les deux notions sont dotées d'une plasticité si forte, qu'il est presque impossible d'en proposer une définition univoque. D'autre part, et sans doute en raison même de cette indétermination, les deux notions, et plus encore, la nature de leur relation, nourrissent de vives passions. La concurrence, et notamment celle qui s'exerce au niveau mondial, n'est-elle pas la cause la plus souvent invoquée dans le discours politique pour expliquer la montée en puissance des inégalités ? Oser penser la relation entre égalité et concurrence relèverait presque d'une provocation.

L'objet du propos est de répondre à un questionnement nécessairement plus limité. Il s'inscrit dans le cadre d'une réflexion portant sur le processus de constitutionnalisation des principes de l'économie de marché, qui est celle du présent colloque. Il ne s'agit pas tant de s'interroger sur le bien-fondé d'un tel processus que de l'illustrer à travers l'analyse des droits et libertés fondamentaux. Principe phare de l'économie de marché, le principe de concurrence ne pouvait donc pas manquer de s'inviter au débat. Le principe de concurrence est-il constitutionnalisé ? Disons le d'emblée, si la question est riche au plan théorique, ce qui explique que la doctrine soit tant active sur ce terrain, elle est également décisive pour le développement du contentieux constitutionnel économique, et les enjeux financiers peuvent s'avérer considérables pour les entreprises. Le constat parfois posé en doctrine est que le Conseil constitutionnel se place trop en retrait dans la protection des libertés économiques. Les interventions du législateur dans la sphère économique ne seraient pas assez strictement contrôlées¹. Certains militent pour une consécration constitutionnelle à part entière du principe de libre concurrence qui permettrait, à l'image de la jurisprudence administrative, de transcrire le mécanisme d'opposabilité du droit de la concurrence². Cette démarche présente pour ses instigateurs un écueil évident : c'est qu'elle postule que les exigences concurrentielles sont limitatives pour l'action publique, alors même que le respect des règles de concurrence suppose une intervention active de la puissance publique pour corriger les excès et déséquilibres qui s'observent sur le marché. Appréhender les impératifs

¹ G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *RJEP*, n° 718, avril 2014, comm. 18.

² P. HUBERT et A. CASTAN, « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49 (dossier : l'entreprise), octobre 2015, pp. 15-27.

concurrentiels sous le prisme de « libertés économiques » semble mener tout droit vers une impasse.

C'est là tout l'intérêt d'un retour vers le principe d'égalité. En « quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence »³, il s'offre comme un passage précieux. Il permet de se tourner vers ce qui est au cœur même de l'application des règles de concurrence : la protection non pas tant d'une concurrence libre que d'une égale concurrence⁴. S'il n'est pas question de revenir sur les définitions de la notion de concurrence⁵, on s'attachera pour les besoins de l'exposé à définir simplement la double dimension qui la sous-tend. La libre concurrence correspond à la liberté de chacun de prendre part au marché. Le marché n'étant jamais organisé que dans un cadre défini par la puissance publique, cette liberté n'est pas absolue, mais elle est protégée traditionnellement par le biais de la liberté d'entreprendre pour le droit constitutionnel ou des libertés de circulation pour le droit de l'Union. L'égale concurrence correspond à la possibilité donnée à chaque opérateur de pouvoir se faire concurrence. Ainsi, pour que la libre concurrence soit offerte à chacun, elle devra être corrigée par les autorités publiques : il s'agit de limiter la liberté des opérateurs économiques afin que la puissance d'action des uns ne s'exerce pas au désavantage des autres. L'égale concurrence est protégée aussi bien en droit interne à travers notamment le contrôle des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit européen puisque le marché intérieur, sur lequel s'exercent les libertés de circulation, « comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée »⁶.

Étant confrontée au couple liberté/égalité, la concurrence est en prise avec les mêmes paradoxes que la notion d'égalité. C'est ce que nous montrerons en insistant d'abord sur les implications concurrentielles du principe d'égalité (I), avant de présenter les méthodes de réalisation de l'égale concurrence au plan contentieux (II).

I. Les implications concurrentielles du principe d'égalité

Ambivalent (A), le principe d'égalité permet de rendre compte du caractère protéiforme du phénomène concurrentiel (B).

A. L'application ambivalente du principe d'égalité en matière économique

Applicable à la sphère économique, ce qui n'allait pas de soi (1), le principe d'égalité y portera ses propres contradictions (2).

³ F. MARTUCCI, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *Revue de jurisprudence commerciale*, novembre/décembre 2014, n° 6, p. 444-455.

⁴ L. IDOT, « La liberté de concurrence en France », *LPA*, 23 mars 2000, n° 59, p. 4.

⁵ Sur la question, L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 272, 2012, 466 p.

⁶ Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence.

1. L'applicabilité du principe d'égalité en matière économique

L'application du principe d'égalité aux interventions économiques du législateur ne va pas de soi. Comme il avait déjà pu être constaté au sujet des interventions de l'administration, « l'interventionnisme est, par nature, inégalitaire : il entend favoriser les activités conformes à l'intérêt général économique. D'où une altération générale du concept d'égalité autour duquel s'était construit notre système de relations entre le citoyen et le pouvoir »⁷. Ce caractère intrinsèquement discriminatoire de l'interventionnisme n'est bien sûr pas propre à la sphère économique. C'est plus largement l'activité législative qui s'avère discriminatoire, dans la mesure où elle établit des régimes spécifiques s'appliquant à des catégories de personnes ou de biens, au gré des objectifs du législateur. Ainsi, le professeur Mélin-Soucramanien montre que la mise en œuvre du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel « recèle en germe une potentialité d'anéantissement de la quasi-totalité des textes législatifs »⁸. C'est précisément cette potentialité d'anéantissement qui explique que le principe d'égalité soit si souvent mobilisé par les acteurs économiques, lorsqu'ils souhaitent, parfois pour des raisons purement stratégiques, remettre en cause la validité des législations censées régir leurs activités économiques en agissant par la voie de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC). Critique à l'égard de ce mouvement, une partie de la doctrine a pu constater que le recours récurrent au principe d'égalité était particulièrement « prometteur » dans le cadre d'une voie de recours « largement captée » par des entreprises désireuses de « mettre en cause des réglementations au profit d'une plus grande liberté des acteurs »⁹.

Cette promesse, faut-il le rappeler, est contenue en germes dans la décision fondatrice *Loi de nationalisation*, par laquelle le juge constitutionnel admet dès 1982 la portée économique du principe d'égalité. Dans un considérant décisif pour le développement des libertés économiques, le juge constitutionnel y énonce « que le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaldrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci »¹⁰. Apparaît là un argument majeur en faveur d'une compréhension subjective des droits et libertés fondamentaux consistant à envisager leur protection constitutionnelle comme *continuum* de celle qui est accordée aux individus¹¹. Mais l'argument est subversif car si dans son fondement, c'est bien la personne humaine qui est la source de la reconnaissance du droit fondamental aux personnes morales, l'effet d'une telle

⁷ R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, p. 4.

⁸ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29 (Dossier : La Question Prioritaire de Constitutionnalité), 2010/3, p. 99.

⁹ S. HENNETTE VAUCHEZ, « ...les droits et libertés que la constitution garantit : quiproquo sur la QPC ? », *Revue des Droits de l'Homme*, 10/ 2016 : <https://revdh.revues.org/2481#ftn54>

¹⁰ Cons. Const., déc. n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

¹¹ En ce sens, voir la thèse de M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, préface J.-Y. CHÉROT, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 144, 2015, 379 p. L'auteur réfute le caractère économique des droits et libertés fondamentaux contenus dans la Constitution, lesquels ne s'attacheraient qu'« à offrir une sphère de liberté à l'individu dans la vie économique » (spéc. p. 317) et non à permettre la constitutionnalisation d'un système économique particulier.

reconnaissance conduit inmanquablement à une forme de constitutionnalisation de l'économie libérale. Non pas que le législateur se trouverait désormais lié par la reconnaissance constitutionnelle de l'économie de marché, en tant qu'ordre invasif imposant ses propres lois¹². Mais plutôt que l'application des principes de l'État de droit à la sphère économique paraît conduire à un processus de découverte *a posteriori* des principes structurants de l'économie de marché. Cela n'est pas nécessairement bien perçu. Aussi le principe d'une reconnaissance des droits et libertés fondamentaux au profit des personnes morales n'a-t-il pas manqué de susciter la critique, comme le rappelle Hélène Hurpy dans sa contribution ci-jointe¹³. L'égale reconnaissance des droits et libertés aux personnes physiques et morales – et en particulier aux entreprises – ne se traduit-elle pas par une exaltation par ces dernières de la liberté économique et de la libre concurrence ?

2. Les mutations du principe d'égalité

Qu'ainsi reconnu dans sa vocation économique, le principe d'égalité puisse venir au secours d'une plus grande liberté économique des opérateurs, cela requiert néanmoins quelques éclaircissements. L'égalité n'a-t-elle pas au contraire pour effet de tempérer la liberté ? C'est qu'il en va de la matière économique comme des autres domaines plus classiques qu'il régit : tel un « Janus constitutionnel »¹⁴, l'égalité que le droit public tend à protéger a plusieurs facettes. Dégagées naguère dans une célèbre analyse du professeur Jean Rivero¹⁵, ces variantes de l'égalité reviennent pour l'essentiel à établir une distinction désormais largement usitée entre l'égalité abstraite et l'égalité réelle. Rivero remarque que « l'égalité à laquelle s'attache le droit public français est une égalité juridique, non une égalité de fait »¹⁶, c'est-à-dire qu'elle doit être la même pour tous. Néanmoins, et ce dès 1965, il met en lumière des hypothèses dans lesquelles « s'engageant dans la voie de l'égalité réelle, le législateur et le juge ont différencié les règles selon les situations qu'il s'agissait de régir »¹⁷. Pour Rivero, ces discriminations ne heurtent donc pas l'égalité mais au contraire la servent. Il faut comprendre, dit-il, qu'« à l'égalité cherchée dans la généralité se substitue une égalité par la différenciation »¹⁸.

Se fondant sur la pensée de Rivero, certaines analyses plus récentes tendent à distinguer trois variantes de l'égalité : l'égalité formelle et abstraite, qui s'exerce devant la loi ; l'égalité dans la règle de droit, plus concrète et réelle, qui tient compte des différences de situation ; et enfin l'égalité par la règle de droit, manifestation la plus volontariste, correctrice

¹² Sur ce débat déjà ancien, *L'ordre concurrentiel – Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éd. Frison-Roche, 2003, 686 p.

¹³ H. HURPY, « Les interactions entre l'économie de marché et les Droits et libertés fondamentaux », *cette revue*.

¹⁴ F. LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *Revue de droit public*, 1983, p. 1274.

¹⁵ J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*, tome XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343-360. Le professeur distingue dans son texte entre l'égalité dans la règle elle-même, l'égalité dans l'application de la règle et l'égalité en-dehors de toute règle, mais cette distinction semble avoir fait l'objet de diverses réinterprétations doctrinales.

¹⁶ *Ibid.*, p. 349.

¹⁷ *Ibid.*, p. 350.

¹⁸ *Ibid.*, p. 350-351.

et concrète de l'égalité¹⁹. Il s'agit toujours d'opposer l'égalité formelle et l'égalité réelle, mais au sein de cette dernière, on est plus nettement conduit à reconnaître la singularité des différenciations positives légales, ébauches de la discrimination positive, « qui traduisent des politiques publiques visant à compenser des inégalités socio-économiques »²⁰. C'est cette conception trilogique, égalité formelle, réelle et correctrice que nous retiendrons par la suite. Cette dernière grille de lecture des mutations du principe d'égalité offre, il nous semble, un éclairage pertinent pour lever l'ambiguïté des relations entre égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Elle laisse tout d'abord entrevoir une mobilisation multidimensionnelle du principe d'égalité correspondant à des préoccupations concurrentielles différentes.

B. Les déclinaisons concurrentielles du principe d'égalité

Invoqué dans sa variante formelle, le principe d'égalité permet essentiellement de garantir la libre concurrence, au sens du libre et égal accès au marché (1). Vêtue de sa composante substantielle, l'égalité suppose de contrôler plus finement et étroitement les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché, ce qui implique d'admettre des tempéraments au principe d'égalité (2).

1. Le principe d'égalité ou la libre concurrence renforcée

Envisagée originellement de façon formelle et abstraite, l'égalité est formulée à l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans les termes suivants : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Il n'est pas anodin que les termes libres et égaux aient été énoncés conjointement. Dans la logique révolutionnaire, il s'agit avant tout de prémunir les citoyens contre les privilèges et l'arbitraire du pouvoir en leur conférant une sphère de liberté individuelle. Il ne fait pas de doute que la liberté d'entreprendre s'inscrit dans cette perspective. Bien qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une consécration expresse dans le texte de 1789, la liberté d'entreprendre qui sera rattachée en 1982 à l'article 4 de la Déclaration, était alors déjà comprise comme une composante de la liberté générale des citoyens²¹. Dans sa première variante libérale et abstraite, le principe d'égalité en matière économique ne peut venir qu'en renfort de la liberté d'entreprendre. Le principe d'égalité sert ici l'existence d'une libre concurrence puisque celle-ci suppose une égalité juridique entre les compétiteurs²², du moins pour l'accès au marché. Comme l'indique Laurence Idot, « la concurrence suppose sur chaque marché une multiplicité d'offreurs libres

¹⁹ M. BORGETTO, « Égalité, solidarité... équité », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 239-279, spéc. p. 244.

²⁰ A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 55-71.

²¹ En ce sens, J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », *D.*, 1984, chron. p. 1.

²² En ce sens déjà, J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*, tome XIV, *op. cit.*, p. 353 : « L'économie de marché, qui met sa confiance dans la vertu des régulations automatiques nées de la libre concurrence, exige certes, au départ une égalité juridique entre les compétiteurs ».

de déterminer leurs prix, ce qui permet aux demandeurs d'opérer leur choix de manière également libre ; elle implique en amont la possibilité d'accéder à un tel marché »²³.

En combinaison avec la liberté d'entreprendre, le principe d'égalité permet ainsi de mettre en évidence l'inégalité suscitée par la législation que ce soit dans l'accès à l'activité économique ou dans les modalités d'exercice de cette activité économique, qui sont les deux aspects de la vie économique protégés par la liberté d'entreprendre²⁴. Une partie de la doctrine voit dans cette dernière une application du principe de libre concurrence²⁵, défini comme comportant la liberté d'être concurrent et la liberté de concurrencer²⁶. Il est vrai que depuis la QPC, le Conseil constitutionnel a appliqué la liberté d'entreprendre dans des configurations permettant d'identifier un rapprochement avec la libre concurrence²⁷. Néanmoins, cette dernière n'a pour l'heure jamais fait l'objet d'une consécration autonome par le Conseil constitutionnel²⁸, qui s'y réfère toujours conjointement soit à la liberté d'entreprendre²⁹, soit au principe d'égalité³⁰. Simple condition d'exercice de la liberté d'entreprendre ou de la libre concurrence, le principe d'égalité joue ici son rôle de « "droit-tuteur" nécessaire à la mise en œuvre des autres droits fondamentaux »³¹. Si le principe d'égalité est souvent invoqué simultanément à la liberté d'entreprendre, c'est parce que toute législation limitant l'accès ou fixant les modalités d'accès au marché et d'exercice d'une activité économique risque par principe de rompre l'égalité formelle entre les opérateurs économiques. C'est alors qu'entre en scène la deuxième variante, plus réelle, de l'égalité, source de dérogations et de corrections.

2. L'égalité réelle ou la libre concurrence tempérée

Empruntant aux nouvelles exigences démocratiques du XXème siècle, orientées vers la consécration d'une démocratie sociale, l'égalité acquiert une texture matérielle. L'égalité

²³ L. IDOT, « La liberté de concurrence en France », *LPA*, 23 mars 2000, n° 59, p. 4.

²⁴ Cons. Const., déc. n° 2012-285 QPC, 30 novembre 2012, *M. Christian S.* : 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 ».

²⁵ D. RIBES, note sous Cons. Const., déc. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, RFDC*, n° 53, 2003, p. 168-174. L'auteur avançait prudemment : « il semble bien que le Conseil constitutionnel entende ainsi promouvoir la liberté de concurrence en tant que liberté constitutionnelle à part entière » (p. 172).

²⁶ D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in J.-M. RAINAUD et R. CRISTINI (dir.), *Droit public de la concurrence*, Paris, Economica, coll. Science et Droit Administratifs, 1987, p. 15. Au sujet de l'articulation entre liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie et liberté de concurrence, l'auteur écrivait : « c'est le principe de libre concurrence qui paraît le plus compréhensif, car il comporte nécessairement la liberté d'être concurrent (c'est la liberté d'entreprendre au sens de la liberté d'installation, d'établissement, de créer ou d'accéder à une profession) et la liberté de concurrencer (libre exploitation, libre exercice, liberté contractuelle, liberté du travail, toutes formes de la liberté du commerce et de l'industrie) ». (en italique dans le texte).

²⁷ A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *RJEP*, n° 718, avril 2014, étude 5.

²⁸ G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *RJEP*, n° 718, avril 2014, comm. 18.

²⁹ Cons. Const., déc. n° 2010-QPC, 11 février 2011, *Pierre L.*

³⁰ Cons. Const., déc. n° 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*.

³¹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », préc.

formelle ne serait qu'une coquille vide si, se contentant d'appliquer à tous la même règle de droit, elle ne permettait pas de consolider les liens fondamentaux qui relient les individus à la société. Pour être acquise, l'idée n'est pas pour autant galvaudée. Comme le relevait le Conseil d'État dans son rapport public de 1996, « lorsque ces liens sont fragilisés, voire rompus, l'égalité des droits risque d'apparaître comme une pétition purement formelle. Dès lors, le principe d'égalité joue davantage sa crédibilité sur le terrain de l'égalité des chances »³². Alexis de Tocqueville n'avait rien prédit de différent, lorsqu'il annonçait qu'à la quête de la liberté succéderait la passion de l'égalité³³. Aussi bien le Conseil d'État³⁴ puis le Conseil constitutionnel³⁵ ont-ils admis la possibilité de tempérer le principe d'égalité pour tenir compte soit des différences concrètes de situation pouvant exister entre les individus, soit de l'intérêt général.

Dans la première hypothèse, il ne s'agit pas tant d'une dérogation que d'une mise à l'écart de l'atteinte à l'égalité. Dans la seconde, il y a dérogation à l'égalité justifiée par l'intérêt général. À cet égard, seule l'attribution d'un contenu matériel au principe d'égalité permet de lever le paradoxe apparent de cette jurisprudence aux termes de laquelle « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur puisse déroger à l'égalité »³⁶... C'est plus précisément l'égalité *matérielle* qui ne s'oppose pas aux dérogations à l'égalité *formelle*³⁷.

Or cette approche s'avère tout particulièrement pertinente en matière économique, si tant est qu'elle n'ait pas été directement commandée par les réalités de l'action publique économique. C'est ce qu'avait parfaitement mis en lumière Jean Rivero lorsqu'il pointait le caractère inapproprié de l'égalité juridique : « en matière économique, cette égalité abstraite, liée à la généralité de la règle, a cédé le pas à la recherche de l'égalité concrète »³⁸. Développée en 1962, l'analyse contient déjà la clé d'explication des deux dérogations au principe d'égalité. « Il a fallu », expliquait-il, « pour éviter qu'une règle trop générale aboutisse à des résultats opposés selon les assujettis, spécialiser la règle à l'extrême, la fragmenter [...]. Bien plus, l'administration, dans nombre de cas, a dû, pour faire prévaloir l'intérêt général, sacrifier systématiquement l'égalité, conférer des privilèges [...], bref, procéder par voie de discrimination ». « Appliquée à l'action économique du pouvoir, la notion d'égalité appelle un nouvel examen »³⁹, insistera-t-il plus tard. On comprend à la lumière de cette argumentation que l'invocation du principe d'égalité à l'encontre de

³² Conseil d'Etat, *Rapport annuel, Le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'Etat, n° 48, 1997, p. 49.

³³ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 2, Paris, Flammarion, 414 p.

³⁴ CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques, Leb.*, p. 274.

³⁵ Cons. Const., déc. n° 87-232-DC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, Rec.*, p. 17.

³⁶ Irrationalité relevée notamment par O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n° 7 (<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-gardien-de-l-egalite-459.html>) : Pour l'auteur, « une telle formule, en elle-même, vide de sens le principe d'égalité ».

³⁷ En ce sens, voir P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in A. VIDAL-NAQUET et M. FATIN-ROUGE STEFAFINI (dir.), *La norme et ses exceptions – Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014, p. 213-226, spéc. p. 219.

³⁸ J. RIVERO, « Action économique de l'État et évolution administrative », in *Revue économique*, vol. 13, n° 6, 1962, p. 886-896, spéc. p. 891.

³⁹ J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*, tome XIV, op. cit., p. 344.

législations économiques, par principe discriminatoires, puisse avoir du mal à prospérer dans le contentieux constitutionnel français. Lorsqu'il s'agit de remettre en cause l'atteinte à l'égalité formelle, que l'État libéral s'efforce de combattre, cette atteinte pourra être facilement balayée à la faveur d'un État providence agissant « pour le bonheur des peuples »⁴⁰.

Mais pareille approche tempérée du principe d'égalité, si elle se laisse justifier par les nécessités d'un interventionnisme économique qui pourrait sembler d'un autre temps, est-elle compatible avec les exigences concurrentielles contemporaines?

La réponse est assurément positive.

D'une part, si l'ordonnance de 1986 a inscrit l'action de l'État dans un cadre *a priori* plus libéral, étant conforme aux préceptes de l'économie de marché, les règles de concurrence consacrées n'en sont pas moins fondées sur un ensemble de discriminations. On ne traite pas l'entreprise dominante de la même façon que les autres entreprises ; on ne sanctionne pas certains accords conclus entre entreprises lorsqu'ils sont censés générer des gains d'efficacité. Face à la liberté contractuelle, les entreprises ne sont pas placées dans une situation identique et c'est ce qui explique que leur liberté contractuelle se trouve inégalement protégée. C'est bien toute la force de l'analyse substantielle qui sous-tend le droit économique⁴¹, entraînant la multiplication des catégories et sous-catégories. La règle de concurrence s'éprouve ici dans la confrontation permanente à la réalité des faits ; elle repose sur une segmentation fine des situations de marché. En tant qu'outil de différenciation, le droit de la concurrence participe donc incontestablement d'une approche réelle de l'égalité, autorisant à ce titre autant de dérogations au principe d'égalité (formelle).

D'autre part, la règle de concurrence contribue au développement de la réserve tirée de l'intérêt général. Il y a dix ans, la doctrine montrait avec force comment la concurrence était devenue une exigence d'intérêt général dans la jurisprudence administrative⁴². Et l'on voit maintenant le Conseil constitutionnel s'engager lui aussi dans la voie de cette reconnaissance. Il a ainsi considéré que le fait « d'encadrer les conditions de la concurrence » répond à un motif d'intérêt général⁴³, avant de juger que « le fonctionnement concurrentiel du marché » correspond à un objectif de préservation de l'ordre public économique⁴⁴. Cela ne permet certes pas de conclure que l'égalité concurrentielle revêt une valeur constitutionnelle⁴⁵. A

⁴⁰ G. DEBEYRE, « rapport général », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*, tome XIV, *op. cit.*, p. 335.

⁴¹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 106-107 : « L'analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier ou à critiquer des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons droit substantiel ou droit "matériel". Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle. »

⁴² G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, préf. J.-L. AUTIN, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, spéc. p. 347 et s. ; également J.-Ph. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, thèse Strasbourg, 2005.

⁴³ Cons. Const., déc. n° 2011-157 QPC, 5 août 2011, *Société SOMODIA*, cons. 7 ; note M. LOMBARD, *AJDA* 2011, p. 1880, qui utilise une formule plus explicite : « égaliser les conditions de la concurrence entre établissements est un motif d'intérêt général justifiant une limitation à la liberté d'entreprendre ».

⁴⁴ Cons. Const., déc. n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Canal Plus et a.*, cons. 11 ; Cons. Const, déc. n° 2013-3 LP, 1^{er} octobre 2013, *Loi relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*.

⁴⁵ Pour une discussion sur la libre concurrence, voir A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *préc.*, qui relève que la sauvegarde de l'ordre public est un objectif de valeur constitutionnelle (spéc. n° 21).

néanmoins été franchie « une étape remarquable dans la reconnaissance constitutionnelle du droit de la concurrence »⁴⁶. Ce sont là autant de limitations à la liberté d'entreprendre légitimées par l'action correctrice du droit de la concurrence.

Car c'est bien cette facette la plus volontariste de l'égalité que sert l'impératif concurrentiel. Cette exigence ne saurait se satisfaire de l'égalité formelle, abstraite, consistant à laisser l'ensemble des opérateurs agir librement sur le marché. Elle requiert une intervention active de la puissance publique, justifiée par la volonté de surveiller les conditions d'exercice de la concurrence. Cette action est aujourd'hui occupée en matière économique par des autorités de régulation⁴⁷, et pour ce qui concerne la régulation générale de la concurrence, par l'Autorité de la concurrence. Il n'est pas anodin que les dernières réformes législatives aient choisi le registre de « l'égalité des chances »⁴⁸ ou de « l'égalité réelle »⁴⁹ pour renforcer les pouvoirs de contrôle de l'Autorité de la concurrence, au point de constituer pour certaines mesures telles que le pouvoir d'injonction structurelle une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété⁵⁰.

C'est que les voies de réalisation contentieuses de l'égalité de concurrence sont tout aussi subtiles que la notion elle-même.

II. Les voies de réalisation contentieuses de l'égalité de concurrence

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière économique épouse les contradictions internes à la notion d'égalité qui viennent d'être esquissées. Si le principe d'égalité constitue un fondement incertain de la libre concurrence (A), sa mise en œuvre peut être à la fois vecteur d'une analyse concurrentielle fructueuse (B) et source d'une prise en compte effective de l'intérêt général (C).

A. Le principe d'égalité, fondement incertain de la libre concurrence

Rattachée initialement au principe d'égalité (1), la référence constitutionnelle à la libre concurrence a ensuite été associée plus étroitement à la liberté d'entreprendre (2).

1. Le rattachement initial de la libre concurrence au principe d'égalité

Dès le milieu des années 1980, le principe d'égalité a pu être présenté « comme condition nécessaire et corollaire obligé du principe de concurrence »⁵¹. Dès lors, le principe d'égalité n'eût-il pas vocation à déployer toute sa portée dans la sphère concurrentielle ?

⁴⁶ F. MARTUCCI, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 453.

⁴⁷ F. JAPPONT, « La dualité égalité-équité dans la pratique des autorités de régulation », *RIDE*, 2006/2 (t. XX, 2), p. 151-165.

⁴⁸ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴⁹ Projet de loi de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière économique, n° 4000, déposé le 3 août 2016.

⁵⁰ Cons. Const., déc. n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

⁵¹ D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 19, soulignant l'importance du principe pour le développement du droit public de la concurrence.

À la fin des années 1990, on pouvait penser que le Conseil constitutionnel acceptât de s'engager sur ce chemin et de porter dans le prétoire constitutionnel, *via* le principe d'égalité, les exigences de respect de la libre concurrence tout juste imposées par le juge administratif⁵². Dans une décision du 29 décembre 1998 du Conseil constitutionnel, ce dernier considérait que « les effets éventuels des dispositions contestées sur les conditions de la concurrence ne sont pas constitutifs d'une rupture d'égalité »⁵³. Lu *a contrario*, le considérant pouvait se lire comme une incise à vérifier l'incidence d'une loi de finances sur le jeu de la concurrence au regard du principe d'égalité⁵⁴. Le Conseil semble réitérer quelques années plus tard, dans une décision du 27 décembre 2001 lorsqu'il accepte de contrôler un « avantage concurrentiel » au regard du principe⁵⁵. Était-ce là une singularité de la jurisprudence rendue en matière fiscale ?

À vrai dire, au début des années 2000, le principe d'égalité semble alors livrer au Conseil constitutionnel un moyen opératoire pour protéger les conditions de la concurrence. Dans deux décisions rendues en 2001, il s'attache à vérifier que des dispositions législatives « ne portent, par elles-mêmes, aucune atteinte à l'égalité entre les entreprises »⁵⁶. Ces deux décisions sont intéressantes car on croit bien y reconnaître la transposition au niveau du juge constitutionnel de la théorie de l'abus automatique, qui quelques années auparavant, s'était trouvée consacrée par le juge administratif. Dans la décision du 27 novembre 2001, l'argumentation des requérants était en effet directement imprégnée des concepts tirés du droit de la concurrence. Se trouvait mise en cause une loi qui attribuait aux caisses de mutualité sociale agricole la gestion du régime de base, accusée de « fausser le jeu normal de la concurrence sur le terrain de l'assurance complémentaire ». Les requérants lui reprochaient de violer « le principe d'égalité, qui implique que les personnes physiques ou morales qui entendent accéder au même marché pertinent soient placées dans des conditions garantissant l'absence de discrimination *a priori* entre elles pour l'accès à ce marché »⁵⁷. Étant chargées de centraliser les renseignements relatifs aux assurés sociaux, ces caisses auraient détenu des informations privilégiées, leur conférant un « avantage déterminant » dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs sur le marché de l'assurance complémentaire. Il s'agit là d'un cas classique d'abus de position dominante pour un opérateur du secteur public. Si le Conseil constitutionnel valide finalement le dispositif, c'est parce qu'il juge que les attributions législatives confiées aux caisses de mutualité sociale agricole ne portent, par elles-mêmes, aucune atteinte au principe d'égalité. La locution « par elles-mêmes » est à cet égard très signifiante. C'est faute de lien automatique entre les mesures législatives et la pratique d'abus que la violation du principe d'égalité ne peut être retenue. On doit donc comprendre *a contrario* que si la loi avait effectivement cristallisé une atteinte au droit de la concurrence, et en particulier aux dispositions de l'abus de position dominante, elle aurait pu encourir la censure sur le fondement du principe d'égalité. En l'espèce, l'avantage concurrentiel invoqué n'était qu'une faculté laissée aux caisses « dans le silence de la loi ».

⁵² CE Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, AJDA, 1997, *Leb.* p. 406.

⁵³ Cons. Const., déc. n° 98-405 DC, 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, cons. 21.

⁵⁴ En ce sens, D. RIBES, préc.

⁵⁵ Cons. Const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, cons. 30.

⁵⁶ Cons. Const., déc. n° 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. 10 ; Cons. Const., déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 33.

⁵⁷ Cons. Const., déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, préc., cons. 32.

Faute pour la loi d'être la source directe et nécessaire du comportement anticoncurrentiel, le Conseil constitutionnel ne peut que rejeter le grief, avant de préciser qu' « il appartiendra, en tout état de cause, aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes de veiller au respect du principe d'égalité et de la libre concurrence sur les marchés de l'assurance complémentaire »⁵⁸.

On ne saurait associer plus étroitement le principe d'égalité et la protection de la libre concurrence. Celle-ci n'étant pas érigée en « principe » autonome, elle émerge dans ces décisions du début des années 2000 comme un prolongement direct du principe d'égalité. Mais cette assise constitutionnelle ne sera pas durable.

2. L'imbrication récente de la libre concurrence dans la liberté d'entreprendre

Depuis les années 2010, les distorsions de concurrence ne semblent plus devoir être examinées sous le prisme du principe d'égalité. C'est la liberté d'entreprendre qui a pris le relais. S'ouvrant à de nouveaux domaines⁵⁹, la liberté d'entreprendre a ainsi pu être sollicitée pour contrôler des législations qui restreignaient la liberté des prix⁶⁰, instaurent des monopoles⁶¹, ou encore déléguaient à une personne privée une fonction de réglementation économique⁶².

Le cas des monopoles est intéressant. Dans l'esprit du professeur Linotte, le principe d'égalité devait précisément « permettre d'éviter la constitution de monopoles protégés et de privilèges alimentés notamment par le localisme »⁶³. Le terme de privilèges est fort à propos car il rappelle directement le contexte révolutionnaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et ses références subséquentes au principe d'égalité des citoyens. Que dans le contrôle des monopoles, ce soit la liberté d'entreprendre qui soit mobilisée, n'est certes pas chose surprenante au regard de la jurisprudence administrative qui recourt traditionnellement à la liberté du commerce et de l'industrie. Mais, au détour d'un vocable tout droit sorti de l'époque révolutionnaire, le Conseil fait plus nettement le lien avec les exigences concurrentielles. Ainsi au sujet du monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires, il considère que « la suppression du privilège dont [ils] jouissaient [...] tendait également à favoriser la libre concurrence et la liberté d'entreprendre »⁶⁴.

Dans la lutte contre les distorsions de concurrence, le principe d'égalité se voit même concurrencé par la liberté d'entreprendre sur son terrain d'élection habituel : celui des aides publiques. On sait que le juge administratif apprécie traditionnellement la régularité des aides publiques au regard du principe d'égalité, ce qui l'autorise à sanctionner une garantie

⁵⁸ Cons. Const., déc. n° 2001-451 DC, préc., cons. 34.

⁵⁹ A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *op. cit.*,

⁶⁰ Cons. Const., déc. n° 2013-670 DC, 23 mai 2013, *Loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports* ; Cons. Const., déc. n° 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre*.

⁶¹ Cons. Const., déc. n° 2012-258 QPC, 22 juin 2012, *Établissements Bargibant S.A.*

⁶² Cons. Const., déc. n° 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.*

⁶³ D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 19.

⁶⁴ Cons. Const., déc. n° 2010-102 QPC, 11 février 2011, *M. Pierre L.*, cons. 5.

d'emprunt accordée par une commune à une entreprise au détriment des autres⁶⁵. C'est logiquement sur le fondement du principe d'égalité que le Conseil d'État acceptait dans l'affaire SCOR de soumettre la question de la constitutionnalité d'une garantie de l'État au Conseil constitutionnel⁶⁶. La société SCOR contestait une disposition législative qui accordait à la seule Caisse centrale de réassurance la garantie de l'État pour les opérations de réassurance des risques résultant des catastrophes naturelles. Le principe d'égalité semblait plutôt bien placé pour engager un débat portant sur le respect de l'égale concurrence entre les opérateurs économiques du secteur. Or, si le moyen tiré du principe d'égalité apparaît dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel, il se trouve encore complété par une référence à la liberté d'entreprendre. Ce qui a conduit la doctrine à conclure que le Conseil semblait « surtout soucieux de justifier la garantie de l'État au profit de la Caisse centrale de réassurance, laquelle est jugée pleinement conforme à la liberté d'entreprendre »⁶⁷.

Cette démarche consistant à appréhender par le biais de la liberté d'entreprendre des distorsions de concurrence n'est pas exempte de limites⁶⁸. Si la liberté d'entreprendre a incontestablement un rôle à jouer dans le contrôle des conditions de la libre concurrence, le principe d'égalité paraît bien plus adapté à contrôler les conditions de l'égale concurrence.

B. La mise en œuvre du principe d'égalité, vecteur d'appropriation de l'analyse concurrentielle

Les potentialités de la notion d'égalité en matière économique s'expliquent par sa capacité à se saisir de la réalité. Cette dimension, comme on l'a vu plus haut, n'est prise en compte par le principe d'égalité qu'à titre dérogatoire, ce qui limite la force opératoire du concept. Néanmoins, l'analyse des différences de situation n'en reste pas moins porteuse d'une logique d'égalsation des conditions de concurrence. Cette logique est servie par l'emprunt par le Conseil constitutionnel de certains concepts au droit de la concurrence, qu'il s'agisse de la notion d'activité économique (1) ou de la délimitation du marché pertinent (2), révélant un processus d'« appropriation »⁶⁹ par le Conseil constitutionnel de l'objet économique.

1. Vers une définition fonctionnelle de l'activité économique ?

L'application du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel à la matière économique lui a permis, à certaines reprises, de densifier l'intensité de son contrôle porté sur la validité des législations contestées. On le remarque tout particulièrement lorsque le juge constitutionnel est amené à examiner si la différence de traitement entre les opérateurs est justifiée par une différence de situation. On rappelle que depuis une décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel juge que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le

⁶⁵ TA Grenoble, 27 janv. 1998, *Ruphy et a. c/ Commune de La Clusaz*, JCP G 1989, II, 2126, obs. Cl. DEVÈS, jurisprudence retracée par G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », préc.

⁶⁶ Cons. Const., déc. n° 2013-344 QPC, 27 septembre 2013, *Société SCOR SE*.

⁶⁷ G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », préc.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Expression et idée empruntées à J. MARTINEZ, *Concurrences* n° 2-2016, Chronique Actions publiques, p. 210.

législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »⁷⁰. Il lui faudra dans cette hypothèse déterminer si la législation concerne des opérateurs placés dans une situation identique. Cela semble inhérent à l'idée même d'une distorsion de concurrence : pour qu'il y ait rupture d'égalité, encore faut-il que les opérateurs soient placés dans un rapport de concurrence. Si les différenciations législatives s'apprécient au regard des critères du législateur, certaines notions tirées directement du droit de la concurrence permettent visiblement au Conseil de mieux apprécier la rationalité des choix du législateur.

Ainsi en va-t-il de la notion d'activité économique. Dans sa décision du 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, le Conseil devait notamment examiner une disposition qui soumettait à réglementation les opérations de commercialisation des semences, tout en exemptant non seulement les opérations réalisées à titre gratuit mais aussi les opérations réalisées à titre onéreux, dès lors qu'elles étaient réalisées par des associations régies par la loi de 1901. Se plaçant comme l'y invitaient les députés requérants sur le fondement du principe d'égalité devant la loi, le Conseil censure ladite disposition en constatant que les associations loi de 1901 n'étaient pas placées au regard de l'objet de la loi dans une situation différente de celle des autres acteurs économiques susceptibles de procéder aux mêmes opérations. S'écartant d'une approche formelle de l'activité, fondée sur le statut de la personne morale, le Conseil paraît ici s'orienter vers une appréhension matérielle de l'activité économique, ce qui a donné l'occasion à certains auteurs d'effectuer un rapprochement avec la définition fonctionnelle du droit de l'Union européenne⁷¹. On sait en effet qu'en droit européen de la concurrence, la notion d'entreprise « comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁷².

Plus encore, la référence à la notion d'activité économique s'accompagne parfois d'une délimitation précise de l'activité en cause, qui emprunte à la notion de marché pertinent.

2. Vers une délimitation concurrentielle des marchés pertinents ?

Au-delà de la définition même d'activité économique, c'est en effet la définition du marché telle qu'elle provient du droit de la concurrence qui permet d'affiner l'analyse de la rupture d'égalité, même s'il convient de relever que le Conseil constitutionnel n'utilise pas l'expression de « marché pertinent » dans ses décisions. L'affaire qui a opposé les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (VTC) en offre une illustration évidente. Sans rentrer dans une présentation détaillée de l'affaire⁷³, il faut rappeler que certaines restrictions d'exercice de l'activité des VTC, telles l'interdiction d'informer le client ou l'interdiction de la tarification horokilométrique, ont été examinées sous le prisme de la liberté d'entreprendre.

⁷⁰ Cons. Const., déc. n° 1996-380 DC, 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, cons. 9.

⁷¹ J. MARTINEZ, note sous Cons. Const., déc. n° 2016-737 DC du 4 août 2016, *Concurrences* n° 4-2016, chronique action publique, p. 201-202.

⁷² CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec. p.* 01979.

⁷³ C. BACQUET, « La liberté d'entreprendre saisie par les justiciables-économiques. Analyse des fondements juridiques de l'uberisation de la société à travers les QPC VTC/taxis », *cette revue*.

L'examen des conditions d'exercice de la concurrence dans ce secteur n'en demeure pas moins complètement tributaire de la délimitation des activités concernées. Dans la décision du 22 mai 2015⁷⁴, le Conseil constitutionnel s'appuie sur une délimitation centrale pour la mise en œuvre des libertés économiques. Face à la loi litigieuse qui régit le cadre d'exercice de l'activité de transport public particulier de personnes à titre onéreux, le Conseil considère que le législateur a distingué entre l'activité consistant à stationner et à circuler sur la voie publique en quête de clients en vue de leur transport et, d'autre part, l'activité de transport individuel de personnes sur réservation préalable. Or cette distinction entre les deux activités économiques reprend une délimitation opérée initialement par l'Autorité de la concurrence dans un avis du 16 décembre 2013 entre le marché de la maraude, c'est-à-dire la prise en charge immédiate de clients sur la voie publique, sur lequel les taxis jouissent d'un monopole et le marché de la réservation préalable, sur lequel les taxis sont en concurrence avec les VTC⁷⁵. Il est tout à fait remarquable que le Conseil constitutionnel ait repris cette délimitation, alors même l'Autorité de la concurrence avait précisé que « cette distinction des marchés qui découle d'un raisonnement concurrentiel ne doit pas être confondue avec une distinction des modes d'activité du point de vue de la réglementation qui distingue les VTC et les taxis »⁷⁶.

C'est la délimitation effectuée par l'Autorité de la concurrence qui a fait autorité, emportant avec elle une logique d'égénéralisation des conditions de la concurrence entre les taxis et les VTC sur le marché de la réservation préalable. Si l'interdiction faite aux exploitants de VTC d'informer un client de la localisation et de la disponibilité d'un véhicule lorsqu'il se trouve sur la voie ouverte à la circulation publique est jugée n'être pas manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel prend soin de relever que l'interdiction « s'applique également aux taxis lorsqu'ils sont situés en dehors de leur autorisation de stationnement »⁷⁷. Quant à l'obligation de retour à la base, qui pèse spécifiquement sur les VTC, et pour laquelle l'Autorité de la concurrence avait émis dans l'avis précité les plus grandes réserves, elle fait réciproquement l'objet d'une réserve d'interprétation inspirée par la même logique : cette disposition ne saurait, « sans porter au principe d'égalité devant la loi, exonérer un taxi de l'obligation [...] dès lors qu'il se trouve en dehors du ressort de son autorisation de stationnement »⁷⁸. On pourrait se demander si, en distinguant au sein du marché sur réservation préalable les activités des taxis selon qu'ils se trouvent dans ou en dehors du ressort de leur autorisation de stationnement, le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause la délimitation effectuée par l'Autorité de la concurrence.

Au plan formel, il n'en est rien. Le Conseil constitutionnel admet en effet l'existence d'une identité de situation sur le marché de la réservation préalable entre les exploitants de taxis situés dans le ressort de leur autorisation de stationnement et les autres personnes exerçant l'activité de transport individuel de personnes sur réservation préalable. C'est

⁷⁴ Cons. Const., déc. n° 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre*, note F. MARTUCCI, *Concurrences*, chronique Actions publiques, p. 214-216.

⁷⁵ ADLC, avis n° 13-A-23 du 16 décembre 2013 concernant un projet de décret relatif à la réservation des voitures de tourisme avec chauffeur.

⁷⁶ ADLC, avis n° 14-A-17 du 9 décembre 2014 concernant un projet de décret relatif au transport public particulier de personnes, point 25.

⁷⁷ Cons. Const., déc. n° 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *préc.*, cons. 13.

⁷⁸ *Ibid.* cons. 26.

précisément ce qui le conduit à identifier une « différence de traitement » entre ces catégories d'opérateurs tenant à la fois à l'interdiction d'information des clients et à l'obligation de retour à la base dont sont exonérés exclusivement les taxis situés dans le ressort de leur autorisation de stationnement. Il y a donc bien dans les deux cas une rupture d'égalité entre deux types d'activités, dont l'identification résulte précisément des critères tirés de l'analyse concurrentielle en termes de marché pertinent. Néanmoins, la différence de traitement qui profite aux taxis exerçant dans leur ressort de stationnement s'avère, d'après la Haute juridiction, « justifiée par des objectifs d'ordre public, notamment de police de la circulation et du stationnement sur la voie publique ». C'est là une limite de l'examen des différences de situation⁷⁹ : si le test révèle une différence de traitement, celle-ci pourra toujours être rachetée par la prise en compte de l'intérêt général.

C. La mise en œuvre du principe d'égalité, facteur de conciliation entre intérêt général et concurrence

Porteur de dérogations, le tempérament tiré de l'intérêt général semble *a priori* constituer un frein à une prise en compte effective des exigences concurrentielles par le juge constitutionnel (1). N'assiste-t-on pas à un glissement du contenu du principe d'égalité à celui du contenu de l'intérêt général⁸⁰ ? À la réflexion, il nous semble que ce mouvement, qui innerve l'ensemble des droits et libertés (économiques), soit parfaitement compatible avec le respect des exigences concurrentielles (2), si tant est que l'on envisage les fonctions respectives du Conseil constitutionnel et de l'Autorité de la concurrence dans un rapport de complémentarité et non d'identité (3).

1. La subordination de l'analyse concurrentielle à la prise en compte de la volonté législative

Il est vrai que l'appréciation du respect du principe d'égalité s'inscrit toujours dans le cadre finalisé de la règle qui institue la différence de traitement⁸¹. Le principe d'égalité est encore respecté lorsque que la différenciation se justifie par la poursuite par le législateur d'une raison d'intérêt général, pourvu qu'elle soit en rapport direct avec l'objet de la loi. En résulte naturellement une certaine marge d'action pour le législateur, que d'aucuns estiment excessive⁸². Plus modérément, il nous semble que l'importance accordée à l'objectif poursuivi par le législateur explique la (juste) place dévolue à l'analyse concurrentielle. Les notions tirées du droit de la concurrence peuvent permettre d'apprécier la différence de situation dans la mesure où elles s'avèrent pertinentes pour apprécier la rationalité des choix législatifs.

⁷⁹ Pour une critique de cette limite, voir O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », préc.

⁸⁰ En ce sens déjà, B. ASSO, « Inégalité compensatrice et droit de la concurrence », in J.-M. RAINAUD et R. CRISTINI (dir.), *Droit public de la concurrence*, op. cit., p. 28 : « tout laisse à penser que l'intérêt général, et l'idée que l'on en a, a subordonné le principe d'égalité ».

⁸¹ O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », préc.

⁸² D. de BÉCHILLON, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015, p. 7-14.

Si dans l'affaire des semences évoquée plus haut⁸³, le Conseil constitutionnel se réfère à la notion fonctionnelle d'activité économique, ce n'est pas tant pour réceptionner telle quelle la définition donnée par la Cour de justice. C'est surtout parce qu'elle était adaptée pour vérifier la cohérence entre la différence de traitement et l'objet de la loi. C'est parce qu'en l'occurrence l'objet de la loi était de préserver la biodiversité en excluant une exploitation commerciale que le traitement spécifique réservé aux associations loi 1901 n'était pas justifié. Il n'est pas besoin en effet de recourir aux analyses du droit de la concurrence pour reconnaître que les associations peuvent tout à fait se livrer à des exploitations commerciales.

C'est précisément cette référence aux critères définis par le législateur qui explique que la notion fonctionnelle d'activité économique n'ait pas été mobilisée dans une décision intéressant – paradoxalement – le droit de la concurrence. Il s'agissait pour le Conseil constitutionnel d'examiner une disposition du Code de commerce qui prévoit des modalités de sanction différentes selon que les pratiques anticoncurrentielles sont commises par des entreprises ou d'autres entités (associations loi 1901, ordres professionnels, fédérations professionnelles, collectivités territoriales, État). Pour conclure que la différence de traitement respecte le principe d'égalité, le Conseil considère que la différence de traitement est en rapport direct avec « l'objectif de préservation de l'ordre public économique » poursuivi par le législateur, qui « implique que le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif »⁸⁴. En contrariété avec la logique et l'esprit du droit de la concurrence⁸⁵, qui à travers la notion d'activité économique promeut une approche objective et fonctionnelle de l'entreprise, le Conseil constitutionnel retient une approche plus formelle, dépendante du « statut ou de la forme juridique propre à la poursuite d'un but lucratif ».

On le voit, l'appropriation des notions de droit de la concurrence ne s'impose que partiellement dans la jurisprudence constitutionnelle, y compris sur les propres terres de la matière concurrentielle ! Cela est lié à la part d'interprétation que comportent nécessairement l'opération de reconstitution *a posteriori* de l'intention législative et l'examen des critères législatifs de discrimination. Les outils concurrentiels ne sont, de ce point de vue, qu'une boussole pour le juge constitutionnel : s'ils permettent d'indiquer les étapes d'un chemin, la direction doit être définie par la puissance publique. Mais dans la mise en œuvre du principe d'égalité, l'importance dévolue à l'intérêt général, dont fait précisément partie l'objectif de préservation de l'ordre public économique, ne pose en soi aucune difficulté du point de vue de l'impératif concurrentiel. Bien au contraire.

2. La promotion de l'intérêt général par la dimension compensatrice du droit de la concurrence

Rappelons nous que le principe d'égalité est porteur dans sa dimension matérielle d'une logique de correction des inégalités, laquelle suppose une action correctrice des pouvoirs publics en vue de rétablir ces déséquilibres. Cette dimension étant prise en compte

⁸³ Cons. Const., déc. n° 2016-737 DC, 4 août 2016, préc.

⁸⁴ Cons. Const., déc. n° 2015-510 QPC, 7 janvier 2016, *Association Expert-comptable média association*, note J. MARTINEZ, *Concurrences* n° 2-2016, Chronique Actions publiques, p. 209-211.

⁸⁵ En ce sens, la position de Joseph VOGEL, in L. ARCELIN, H. GÉNIN, J. VOGEL, « Décision n° 2015-510 QPC du Conseil constitutionnel : faut-il craindre une remise en cause de la cohérence du droit de la concurrence », *RLC* n° 52, juillet-août 2013, p. 37-42.

comme nous l'avons vu plus haut à titre dérogatoire, c'est bien, au risque de surprendre, lors de l'examen des raisons d'intérêt général que la logique concurrentielle pourra déployer tous ses effets.

Dans sa jurisprudence précitée de 2001, on pouvait voir le Conseil constitutionnel, mobilisant son appareil de contrôle classique de ruptures des inégalités, appréhender une aide selon une approche correctrice tout à fait novatrice. Au sujet d'une aide destinée aux quotidiens d'information politique et générale, il avait estimé qu'elle respectait le principe d'égalité car « il est loisible au législateur de créer une aide de l'État dans le but de compenser des surcoûts spécifiques de diffusion » et cette aide « participe de la volonté de préserver le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale, dont le maintien et le développement sont nécessaires à l'exercice effectif de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁸⁶. C'est bel et bien l'idée de « discrimination positive » qui se trouve réinvestie ici dans la sphère économique⁸⁷. Certains auteurs la nommaient hier « technique de discrimination fonctionnelle »⁸⁸, montrant le caractère interventionniste qui la sous-tend. D'autres la nomment aujourd'hui « neutralité concurrentielle »⁸⁹, partant d'une approche délibérément tournée vers l'objectif d'efficience.

Revenir vers une analyse centrée sur le principe d'égalité pourrait paraître démodé. C'est qu'on a sans doute sous-estimé la portée concurrentielle d'un tel principe. Ne contient-il pas en germes l'approche compensatoire qui sera développée au niveau de l'Union européenne pour disqualifier d'aide les compensations de service public⁹⁰? C'est, à notre sens, cette approche qui aurait pu être sollicitée par le biais du principe d'égalité pour solidifier l'argumentation du Conseil constitutionnel dans l'affaire SCOR. On se rappelle que le Conseil avait jugé, au terme d'une motivation lacunaire, que la garantie de l'État accordée à la seule caisse centrale de réassurance n'avait méconnu ni la liberté d'entreprendre ni le principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel s'était référé à l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ». Il aurait donc pu considérer qu'il était loisible au législateur de conférer une garantie à la Caisse de réassurance pour compenser les contraintes spécifiques assumées par cette dernière. Outre l'obligation de réassurer tous les assureurs intéressés, le Conseil relevait à cet égard « la nature particulière des risques assurés et l'absence de tout plafond de garantie de la couverture dont bénéficient les assurés »⁹¹.

Certes, pour porter jusqu'au bout l'approche compensatoire et la logique d'égalisation des conditions de concurrence qui la sous-tend, encore faudrait-il que le Conseil constitutionnel intensifie son contrôle. Entendant certaines critiques doctrinales, il pourrait

⁸⁶ Cons. Const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, préc.

⁸⁷ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, p. 222.

⁸⁸ B. ASSO, op. cit., p. 29 : « Le droit public économique et son département, le droit public de la concurrence, ainsi finalisés, expliquent l'émergence de la technique de discrimination fonctionnelle et notamment de l'inégalité compensatrice qui consiste à accorder des avantages à certains en compensation de sujétions plus ou moins importantes ».

⁸⁹ R. LANNEAU, « La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique », *Droit administratif*, 2016, n° 1, étude n° 1 ; F. JENNY, « Les autorités nationales de concurrence face au défi de la neutralité concurrentielle », *Concurrences*, 2015-4, p. 1.

⁹⁰ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00.

⁹¹ Cons. Const., déc. n° 2013-344 QPC, préc., cons. 8.

notamment resserrer son examen de la justification sur « l'idée centrale de proportion »⁹², c'est-à-dire « sur ce qui est à la base même de l'égalité, à savoir l'analyse comparée des situations »⁹³. Le contrôle exercé s'apparenterait alors à un contrôle de proportionnalité plus en phase avec les exigences qui entourent la mise en œuvre des dérogations aux libertés économiques en droit de l'Union européenne. Plus encore, s'il acceptait de se défaire d'une jurisprudence contestée et selon laquelle le principe d'égalité n'oblige pas à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes⁹⁴, il contribuerait sans aucun doute à « faire peser sur le législateur une obligation positive d'égalisation des conditions de concurrence » réclamée par une partie de la doctrine⁹⁵.

3. La complémentarité des fonctions du juge constitutionnel et du juge concurrentiel

Il ne s'agit pas de prôner un alignement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur celle de la Cour de justice et encore moins sa subordination à la logique portée par l'analyse économique du droit de la concurrence. Il n'est pas certain que la vocation du juge constitutionnel soit de s'ériger en juge de la concurrence. À un moment où le droit de l'Union reconnaît plus que jamais le rôle prépondérant des États dans la définition et l'organisation des services d'intérêt économique général, ce sont les juridictions nationales qui sont appelées en premier ressort à contrôler les contours de cet intérêt général, par la mise en œuvre effective du contrôle des libertés économiques traditionnelles. Ce contrôle est un préalable indispensable au contrôle effectif de l'Autorité de la concurrence. Impuissante à apprécier la licéité des interventions économiques des pouvoirs publics à titre contentieux, l'Autorité de la concurrence ne peut exercer son contrôle que sur les conditions concrètes d'intervention des personnes publiques sur la base de l'application des règles de concurrence. Comme le rappelle fréquemment la gardienne de la concurrence, « le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général »⁹⁶. C'est dire le rôle crucial que revêt l'opération de contrôle préalable du bien-fondé des interventions économiques de la puissance publique, lorsque celle-ci invoque de telles considérations d'intérêt général. C'est aux juges naturels de l'action publique, juge constitutionnel et juge administratif, qu'incombe ce contrôle, qui peut rester articulé autour des droits et libertés fondamentaux traditionnels. En puisant dans les forces méthodiques du principe d'égalité et en réinvestissant le test classique de proportionnalité, l'analyse économique pourra alors se déployer, obligeant le législateur à repenser dans ses fondements et ses implications le bien-fondé de son intervention, dont la légitimité ne pourra sortir que renforcée.

⁹² O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », préc.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Cons. Const., déc. n° 2010-617 DC, 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des retraites*.

⁹⁵ G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *op. cit.*,

⁹⁶ Cons. Conc., avis n° 96-A-12 17 septembre 1996, relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français.

Quant au principe de libre concurrence, si tant est qu'un tel principe existe en droit français, pourquoi chercher à lui trouver un fondement constitutionnel autonome ? Lorsque le Conseil constitutionnel considérait qu'il incombait aux autorités et juridictions compétentes de veiller de respecter de la libre concurrence⁹⁷, alors tout juste reconnue, il ne s'était pas mépris sur la fonction propre de chaque juge. On objectera que certains comportements anticoncurrentiels peuvent être couverts par une législation nationale contraire aux règles européennes de concurrence, en violation du devoir de coopération loyale des États membres. Ce à quoi l'on répondra brièvement que le droit de l'Union européenne a déjà échafaudé une solution fort pragmatique en obligeant les autorités nationales de concurrence confrontées à une législation nationale litigieuse à l'écarter au profit de l'application de la règle de concurrence⁹⁸.

Ainsi face au mouvement d'opposabilité des règles de concurrence aux États membres, impulsé en droit de l'Union européenne, il conviendrait d'insister sur le mouvement réciproque d'applicabilité des principes constitutionnels au jeu de la concurrence. Car cette applicabilité n'est pas sans incidence dans la structuration de l'ordre économique et sur la formalisation d'une politique de concurrence confrontée à des finalités contradictoires. L'apport des constitutionnalistes en la matière ne serait-il pas en fin de compte de faire « pénétrer plus intimement l'État de droit dans le système économique »⁹⁹ ?

⁹⁷ Cons. Const., déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, préc., cons. 34.

⁹⁸ CJCE, 9 septembre 2003, *Consortio Industrie Fiammeri (CIF)*, aff. C-198/01, *Rec.* p. I-8055.

⁹⁹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, op. cit., p. 195.

Les droits sociaux constitutionnels dans l'ombre de l'État de droit

Par

Julien BONNET

Professeur à l'Université de Montpellier, CERCOP

Les droits sociaux constitutionnels ne sont pas effectifs : le constat est avéré mais il mérite d'être affiné et précisé, en sortant de deux lieux communs du contentieux constitutionnel. Selon le premier, lorsque l'effectivité des droits et libertés constitutionnels est interrogée, le regard se tourne exclusivement vers le Conseil constitutionnel. Parce qu'il concentre la possibilité de déclarer une loi contraire à la Constitution, le Conseil constitutionnel serait le garant et l'interprète exclusif, du moins privilégié, des droits et libertés constitutionnels, et donc en particulier des droits sociaux constitutionnels. Ainsi, les juridictions judiciaires et administratives ne joueraient qu'un rôle résiduel en la matière. Selon le second lieu commun, la mesure de l'effectivité des droits sociaux serait directement indexée sur le taux de censure des lois fondées sur les normes constitutionnelles garantissant les droits sociaux.

Ces deux lieux communs ne sont pas à proprement parler erronés, ils traduisent une part de réalité du contentieux constitutionnel des droits et libertés. Mais une part seulement car un simple pas de côté fait apparaître de nouvelles perspectives.

En effet, le contentieux constitutionnel est un ensemble juridique et juridictionnel dont font partie intégrante les juridictions judiciaires et administratives. Et ce quelle que soit la dénomination qui leur est accordée, qu'elles soient ou non considérées comme des juges constitutionnels authentiques, de droit commun ou des juges constitutionnels ordinaires selon les expressions consacrées en doctrine. Ainsi, en intégrant la jurisprudence judiciaire et administrative à l'analyse des droits sociaux constitutionnels, dans le cadre et en dehors de la QPC, un paradoxe apparaît au regard de la représentation classique de la question : l'interprétation et le développement normatif des droits sociaux constitutionnels se fait principalement devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, et non devant le Conseil constitutionnel. Parallèlement, le taux de censure devant le Conseil constitutionnel fondé sur les droits sociaux constitutionnels doit être rapporté aux nombres d'invocation de la violation de tels griefs. Or, en se concentrant sur les droits et libertés constitutionnels du Préambule de 1946, le bilan statistique est révélateur d'une invocabilité résiduelle des droits sociaux par les justiciables. Faiblement invoqués, les droits sociaux constitutionnels ne sont forcément pas à l'origine de nombreuses décisions de non-conformité. Ainsi, sous l'influence de ces deux éléments, le Conseil constitutionnel serait, dans cette hypothèse, un juge accessoire des droits sociaux constitutionnels.

En outre, un second paradoxe apparaît lorsque les traces les plus minces de l'effectivité des droits sociaux sont recherchées. En effet, l'effectivité la plus importante des droits sociaux constitutionnels est finalement obtenue grâce aux abstentions des juges constitutionnels, grâce aux décisions de non-renvoi de QPC ou des décisions de conformité du Conseil constitutionnel, lorsque un justiciable conteste une disposition législative

d'inspiration sociale sur le fondement de la liberté d'entreprendre ou du droit de propriété par exemple. Les choix législatifs à caractère sociaux sont ainsi globalement préservés et, en creux, la protection des droits sociaux constitutionnels est assurée. Émerge ainsi, par défaut, la figure du Conseil constitutionnel en tant que « juge social négatif ».

Enfin, le Conseil constitutionnel est un juge timoré des droits sociaux constitutionnels. Au regard des limites de son office, des contraintes structurelles du contentieux constitutionnel et de ses choix interprétatifs, le Conseil constitutionnel n'assure pas une réelle effectivité des droits sociaux constitutionnels lorsque, de manière positive, il doit se prononcer sur la conformité d'une loi qui affecte ces droits sociaux.

Ainsi, en apparaissant comme un juge accessoire (I), seulement négatif (II) et finalement timoré (III) des droits sociaux constitutionnels, le Conseil constitutionnel crée une zone d'ombre dans l'État de droit français. La compréhension de cette politique jurisprudentielle renvoie à la posture globale de retrait des juges français face aux choix économiques. Par une sorte d'indifférence passive, le juge en France, et en particulier les juges constitutionnels, tendent par principe au législateur une sorte de laisser-passer juridique quel que soit le sens des choix opérés par la loi. Il ne s'agit bien évidemment pas d'une neutralité mais d'une forme de *self restraint*, d'indifférence apparente face aux inspirations économiques du législateur, même si des exceptions ponctuelles apparaissent. Cette posture s'exprime de manière intense dans le cadre du contrôle abstrait exercé par le Conseil constitutionnel dès lors qu'il s'agit d'apprécier frontalement la constitutionnalité de la loi. Elle s'exprime de manière plus discrète dans le contentieux judiciaire et administratif lorsqu'il s'agit de trancher une question concrète et ponctuelle, ce qui explique probablement que le dynamisme interprétatif en matière de droits sociaux constitutionnels soit davantage présent du côté du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Cette posture expliquerait également l'émergence de la protection par voie d'abstention des droits sociaux constitutionnels. Mais cette posture n'est ni une obligation ni une fatalité, notamment au regard des enseignements issus du droit comparé. Elle est un choix. Un choix commode afin d'éviter les accusations de gouvernement des juges, mais un choix contestable car il réduit à peu le niveau de garantie des droits sociaux constitutionnels.

I. Le Conseil constitutionnel juge accessoire droits sociaux constitutionnels

Le Conseil constitutionnel n'est pas le juge principal des droits sociaux constitutionnels au regard de l'apport de la jurisprudence judiciaire et administrative (A) et de la faible invocation des droits sociaux constitutionnels par les parties lors de la contestation de la constitutionnalité de la loi (B).

A. L'apport de la jurisprudence judiciaire et administrative

Le Conseil d'État et la Cour de cassation¹ sont désormais des juges constitutionnels assumés et décomplexés. Initié depuis environ une vingtaine d'années, c'est-à-dire depuis que

¹ O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009, 852 p.

le contrôle de conventionnalité des lois a trouvé son rythme de croisière, confirmé depuis l'avènement de la QPC, ce mouvement global concerne en particulier la question des droits sociaux constitutionnels.

En premier lieu, en dehors du cadre de la QPC, les juridictions judiciaires et administratives assurent la concrétisation des droits sociaux constitutionnels. Au cours d'un litige classique, ces juges font produire des effets aux droits sociaux constitutionnels, en concrétisant les formulations abstraites des textes constitutionnels ou des décisions du Conseil constitutionnel. Parmi d'innombrables illustrations, la jurisprudence en matière de droit de grève est parfaitement illustratrice. En dépit d'une jurisprudence ponctuelle du Conseil constitutionnel et en l'absence de loi générale, c'est surtout la jurisprudence bien connue du Conseil d'État² qui décide de la substance constitutionnelle du droit de grève. Mais la Cour de cassation produit également de nombreux arrêts fondés sur l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, par exemple pour juger que les arrêts de travail courts et répétés ne constituent pas un exercice illicite du droit de grève³, même lorsqu'il s'agit d'une entreprise chargée d'un service public de transport terrestre soumise à l'obligation légale d'élaborer un plan de transports et d'information des usagers et de garantir un service minimum⁴. En matière de liberté syndicale, le Conseil d'État estime que « les principes de liberté syndicale et de non-discrimination entre organisations syndicales légalement constituées font obstacle à ce que soient réservés aux seules organisations syndicales représentatives les moyens destinés à faciliter l'exercice du droit syndical au sein de l'administration si ceux-ci ne sont pas limités en raison de contraintes particulières ou des nécessités du service »⁵. Pour la Cour de cassation, le licenciement d'un salarié en raison de ses activités syndicales est nul « dès lors qu'il caractérise une atteinte à la liberté, garantie par la Constitution, qu'a tout homme de pouvoir défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale »⁶. Le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail est également garanti par le Conseil d'État⁷, de même la Cour de cassation déduit du principe de dignité l'obligation d'information du médecin⁸ ou déduit du droit à la santé le montant des indemnités dues au salarié réintégré à la suite de l'annulation de son licenciement en raison de son état de santé⁹.

En deuxième lieu, le dynamisme interprétatif de la Cour de cassation l'a conduit à dégager un principe constitutionnel inconnu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : la liberté du travail. Fréquemment appliquée, notamment en matière de clause de non concurrence, la liberté du travail est parfois invoquée en QPC et la Cour de cassation examine le moyen au fond¹⁰. De même, la liberté du travail faisait partie des nombreux droits et libertés invoqués pour justifier le renvoi devant le Conseil constitutionnel lors de l'affaire du

² CE, Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, Lebon, p. 426 ; CE, 12 avril 2013, Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et autres, n°s 329570, 329683, 330539, 330847.

³ Cass., soc., 25 janv. 2011, n° 09-69030.

⁴ Cass., soc., 30 juin 2015, n° 14-10764.

⁵ CE, 26 sept. 2014, n° 361293. Cf. également CE, 23 juill. 2014, n° 358349.

⁶ Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-16434 et n° 13-16805.

⁷ V. par ex. CE, Ass., 23 déc. 2011, n° 335033, n° 335477.

⁸ Cass., civ., 1ère, 9 oct. 2001, *Bull. civ. I*, n° 249, voir O. DESAULNAY, *op. cit.*, p. 225.

⁹ Cass., soc., 29 mai 2013, n° 11-28734.

¹⁰ Cass., soc., 11 juill. 2012, n° 12-40041.

recours suspensif contre les dérogations préfectorales au repos dominical¹¹. Ni la décision du Conseil constitutionnel, ni le commentaire officiel n'ont dénié à la liberté du travail son caractère de droit et liberté constitutionnel au sens de l'article 61-1 de la Constitution, signe que l'offensive ancienne de la Cour de cassation a semble-t-il atteint son but.

En troisième lieu, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont récemment repoussé les limites de leur office, ce qui pourrait potentiellement accroître l'effectivité des droits sociaux constitutionnels. D'une part, le Conseil d'État réduit désormais la théorie de la loi-écran à l'hypothèse dans laquelle les mesures prises pour l'application de la loi se bornent à en tirer les conséquences nécessaires¹². Autrement dit, lorsque l'administration dispose d'une marge d'appréciation dans l'application de la loi, le juge administratif peut contrôler l'usage qu'elle fait de son pouvoir discrétionnaire. Si cette solution a été façonnée à propos de la Charte de l'environnement, il est envisageable qu'elle soit étendue à d'autres composantes constitutionnelles, et donc y compris aux droits sociaux constitutionnels. D'autre part, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'étend désormais aux dispositions qui, « bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution »¹³. Parmi une jurisprudence abondante, la nouvelle portée conférée à l'article 62 de la Constitution a d'ores et déjà permis au Conseil d'État de neutraliser lui-même l'application d'une loi¹⁴ et de renvoyer des QPC sur le fondement de l'article 62¹⁵. Dans le même esprit, la Cour de cassation élargit l'autorité d'une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, à propos du licenciement des salariés protégés, en l'appliquant à toutes les situations analogues à celles prévues par la disposition objet de la décision de conformité sous réserve¹⁶.

En quatrième lieu, dans le cadre de la QPC, les juges du filtrage agissent régulièrement au service de l'effectivité des droits sociaux constitutionnels. L'incompétence négative est ainsi utilisée pour retenir le sérieux d'une question relative à la protection du droit à la santé¹⁷. Ce même droit à la santé, ainsi que le principe de dignité, justifient une nouvelle interprétation de la loi qui ôte à la question son caractère sérieux : dans un arrêt spectaculaire du 26 juin 2013¹⁸, la Chambre criminelle de la Cour de cassation opère une interprétation *contra legem* du régime législatif relatif à la suspension de peines pour raisons médicales, refusant ainsi de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel, mais en rehaussant le niveau de garantie des droits des détenus. Le juge du filtrage n'hésite pas à renvoyer au Conseil constitutionnel des questions sensibles sur le plan social, comme le travail de nuit¹⁹. Le Conseil d'État ne s'est pas opposé à une interprétation innovante des droits sociaux constitutionnels, en acceptant de renvoyer une question « nouvelle » relative à l'applicabilité

¹¹ Cass., soc., 8 janv. 2014, n° 13-24851 ; CC, n° 2014-374 QPC, 4 avril 2014.

¹² CE, 12 juill. 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, n° 344522 ; CE, 26 fév. 2014, *Association Ban Asbestos France*, n° 351514, *LPA*, 10 oct. 2014, n° 203, p. 6, note V. COQ, A. ROBLLOT-TROIZIER, « Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2013, p. 1255.

¹³ CC, n° 2013-682 DC, 19 décembre 2013.

¹⁴ CE, 16 janv. 2015, *Société Métropole Télévision*, n° 386031.

¹⁵ CE, 2 juill. 2014, n° 377207 ; CE, 25 sept. 2015, n° 391331 et n° 392164.

¹⁶ Comp. CC, n° 2012-242-QPC, 14 mai 2012 et Cass., soc., 14 sept. 2012, n° **11-21307** ; Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-28269 ; Cass., soc., 14 sept. 2016, n° 16-40223.

¹⁷ CE, 6 fév. 2014, n° 371236.

¹⁸ Cass., crim., 26 juin 2013, n° 12-88284.

¹⁹ Cass., 8 janv. 2014, n° 13-24851.

des principes de participation et des droits syndicaux au profit des employeurs²⁰. Le Conseil constitutionnel refusera cependant de retenir une telle argumentation²¹.

En dernier lieu, les propos qui précèdent visent simplement à surligner les apports du Conseil d'État et de la Cour de cassation en matière de droits sociaux constitutionnels. En aucun cas il ne s'agit de pêcher par naïveté en omettant les lacunes de la jurisprudence judiciaire et administrative. Les hésitations du Conseil d'État à reconnaître l'invocabilité directe de certains alinéas du Préambule de 1946 est connue de tous. En QPC, les droits sociaux ne prospèrent pas toujours, à l'image des refus de renvoi de la Cour de cassation à propos du local commun aux sections syndicales dans les entreprises d'au moins 200 salariés²² ou en matière de droits sociaux des étrangers²³. De même, la Chambre sociale refuse de considérer le « principe de faveur » en tant que PFRLR²⁴, alors que la question de sa valeur constitutionnelle aurait mérité d'être tranchée par le Conseil constitutionnel. En matière de droit au logement, un arrêt du 13 mai 2015²⁵ de la 2^e chambre civile fait un usage contestable de l'incompétence négative en imposant de démontrer que la lacune de la loi doit violer les droits sociaux, alors que le Conseil constitutionnel exige seulement, de jurisprudence constante, que les droits et libertés constitutionnels soient « affectés ». L'ambivalence des avancées contentieuses non suivies d'effectivité pour les droits sociaux se retrouvent dans un arrêt de la Chambre sociale du 12 mars 2014²⁶. À propos de la reconnaissance de la compétence de la juridiction prud'homale pour connaître des demandes indemnitaires présentées au titre du préjudice d'anxiété, la Cour de cassation fait œuvre originale en reconnaissant que sa propre jurisprudence puisse constituer un changement de circonstances permettant le réexamen de la loi par le Conseil constitutionnel, tout en refusant de retenir en l'espèce le caractère sérieux de la QPC posée. Le dynamisme interprétatif des juges constitutionnels judiciaires et administratifs en matière de droits sociaux constitutionnels n'est donc pas synonyme d'un niveau d'effectivité systématiquement élevé. D'autant que le bilan quantitatif de l'invocation des droits sociaux constitutionnels révèle des lacunes.

B. L'accès résiduel aux droits sociaux constitutionnels

Second motif permettant de considérer que le Conseil constitutionnel est un juge simplement accessoire des droits sociaux, ce type de grief est peu invoqué par les parties. Pour parvenir à ce constat, il est possible de présenter quelques données chiffrées sur l'usage du Préambule de 1946 devant le Conseil constitutionnel. Évidemment, surgit aussitôt une objection sur le fait que les droits sociaux constitutionnels ne sont pas seulement consacrés dans le texte de 1946, à l'image du principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui permet d'assurer l'effectivité des droits sociaux²⁷, ou du principe de légalité des délits et des peines à l'origine de la censure de l'incrimination de la perception frauduleuse de

²⁰ CE, 9 nov. 2015, n° 392476.

²¹ CC, n° 2015-519 QPC, 3 février 2016.

²² Cass., soc., 10 avril 2014, n° 14-40008.

²³ Cass., civ., 2^e, 12 déc. 2013, n° 13-40059.

²⁴ Cass., 29 janv. 2014, n° 13-40067.

²⁵ Cass., civ., 2^e, 13 mai 2015, n° 14-25812.

²⁶ Cass., soc., 12 mars 2014, n° 13-23.174.

²⁷ V. par ex., sur la période récente, CC, n° 2015-523 QPC, 2 mars 2016 ; CC, n° 2016-534 QPC, 14 avril 2016.

prestations d'aide sociale²⁸. Pour autant, faute de disposer de données complètes, l'analyse centrée sur le Préambule de 1946 peut constituer un simple indicateur de tendance contentieuse. D'autant que les résultats sont particulièrement significatifs.

Depuis le 1^{er} mars 2010, au stade du filtrage des QPC devant le Conseil d'État, le Préambule de la Constitution de 1946 est invoqué dans 4 à 7% des décisions, selon les années. Entre 3,5% et 10% des décisions, pour la Cour de cassation. En comparaison, la Charte de l'environnement est invoquée dans 5% des décisions QPC du Conseil d'État et 1% des décisions QPC de la Cour de cassation. L'écart est abyssal avec les références à la Déclaration de 1789, présente dans 45% des décisions QPC du Conseil d'État et 64% des décisions QPC de la Cour de cassation. En clair, le préambule de 1946 est peu présent dans les argumentaires des parties au stade du filtrage des QPC devant le Conseil d'État et la Cour de cassation. Ce texte d'inspiration sociale est autant présent que la Charte de l'environnement devant le Conseil d'État, il est dix à quinze fois moins présent que la Déclaration de 1789.

Peu invoqué en amont, le Préambule de 1946 est mécaniquement moins présent devant le Conseil constitutionnel. Ici encore, bien que ce seul chiffre ne puisse servir de caution, il est tout de même remarquable que, sur plus de 600 affaires QPC jugées par le Conseil constitutionnel, seule une poignée de décisions de non-conformité soit fondée sur le Préambule de 1946²⁹. Dans le cadre du contrôle *a priori*, seul 1% des décisions de non-conformité rendues entre 2004 et 2014 ont été fondées sur le Préambule de 1946³⁰.

Ces chiffres illustrent par conséquent une faible invocation des droits et libertés issus du Préambule de la Constitution de 1946 et, plus largement, une effectivité réduite des droits sociaux constitutionnels. Sans revenir sur une question traitée par la doctrine³¹, il est possible d'avancer des tentatives d'explications sur la question spécifique de l'accès aux droits sociaux constitutionnels devant le Conseil constitutionnel. Sans que l'inventaire ne soit complet ni hiérarchisé, il est probable que le défaut global de réflexe constitutionnel chez les praticiens du droit, ainsi que la méconnaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, n'incitent pas les plaideurs à agir en ce sens dans le cadre de la QPC. Ces mêmes plaideurs, ainsi que les saisissants dans le cadre du contrôle *a priori*, sont certainement découragés d'aller sur le terrain du Préambule de 1946 au regard des réticences du Conseil constitutionnel à garantir un niveau important d'effectivité aux droits sociaux. Plus largement, l'accès à la justice pour les populations concernées par les atteintes aux droits sociaux constitutionnels est globalement difficile et coûteux, il l'est d'autant plus dans le cadre d'un mécanisme à double filtrage centralisé au profit du Conseil d'État et de la Cour de cassation, suivi de l'intervention du Conseil constitutionnel dont l'effet sur le litige en cours n'est pas assuré. Le rôle intermédiaire des associations et syndicats est plus que jamais nécessaire afin de pouvoir user

²⁸ CC, n° 2013-328 QPC, 28 juin 2013.

²⁹ CC, n° 2014-393 QPC, 25 avril 2014 ; n° 2013-360 QPC, 9 janvier 2014 ; n° 2014-388 QPC, 11 avril 2014 ; n° 2016-579 QPC, 5 octobre 2016.

³⁰ L. DOMINGO, D. RIBES, « Analyse statistique des saisines parlementaires du Conseil constitutionnel entre 2004 et 2014 », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, octobre 2015, p. 120.

³¹ D. ROMAN (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux*, Rapport de recherche, novembre 2010, 480 p., Consultable en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article696> et sur la revue <http://revdh.revues.org/84>.

efficacement de « l'arme du droit »³², comme il l'est par exemple à propos des QPC formées par l'Observatoire international des prisons au nom de la défense des droits des détenus.

II. Le Conseil constitutionnel « juge négatif » des droits sociaux constitutionnels

Les décisions de conformité à la Constitution sont, par défaut et en l'état actuel du droit du contentieux constitutionnel, les meilleures garanties des droits sociaux constitutionnels. En effet, conformément à la posture d'indifférence juridique aux choix économiques et sociaux du législateur que les juges constitutionnels adoptent la plupart du temps, le *self restraint* juridictionnel se révèle favorable aux droits sociaux lorsque les textes accordant une avancée sociale ne sont pas remis en cause. Ainsi, l'autolimitation des juges de la loi a deux types d'effets sur l'effectivité des droits sociaux : un effet négatif lorsque les droits sociaux sont affectés par une loi et que cette dernière n'est pas remise en cause ; un effet positif lorsqu'une loi de tendance sociale est contestée et que les juges rejettent les griefs des demandeurs, la plupart du temps fondés sur le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle. Évidemment, ce levier d'effectivité des droits sociaux constitutionnels n'est ni réjouissant, ni spectaculaire, mais il demeure assez largement méconnu. Probablement parce que les résignations passives des juges attirent moins le regard doctrinal que les créations actives.

L'effectivité par voie d'abstention s'exprime tout particulièrement dans le contentieux objectif de la QPC au sein duquel tout justiciable peut contester une disposition législative applicable à un litige, sans qu'il ait besoin de démontrer la violation de ses propres intérêts et tout en se prévalant, théoriquement, de droits et libertés dont il n'est même pas titulaire³³.

Dans les décisions de non-renvois de QPC, le Conseil d'État rejette par exemple, au nom de la protection de la santé publique, la violation du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre à propos de la contestation par une société de l'inscription de mentions sur les paquets de cigarettes³⁴. Il est tout à fait révélateur que la Cour de cassation emploie l'expression « ordre public social » dans un arrêt du 10 juillet 2014³⁵ pour préserver une disposition législative relative à la rémunération des salariés à temps partiel, et ainsi ne pas considérer comme sérieux une QPC fondée sur la violation de la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle. De même, la deuxième chambre civile privilégie dans un arrêt du 22 octobre 2015³⁶ le principe de solidarité nationale, au détriment de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre, à propos d'une QPC visant la mutualisation des risques dans le cadre du régime de sécurité sociale.

³² L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2009, 142 p.

³³ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérivés du contentieux objectif des droits », *RDLF*, 2014, chron. n° 2, www.revuedlf.com. V. cependant le mouvement de subjectivisation du filtrage des QPC par la Cour de cassation : Cass., crim., 9 mai 2012, n° 12-81242 ; Cass., civ. 2^e, 10 avril 2014, n° 13-24746 ; Cass., crim., 4 juin 2014, n° 13-87162 ; Cass., soc., 13 juin 2014, n°s 13-26353 et autres ; Cass., civ. 2^e, 2 avril 2015, n° 14-24941.

³⁴ CE, 30 juin 2015, n° 388777.

³⁵ Cass., soc., 10 juill. 2014, n° 14-40030.

³⁶ Cass., civ. 2^e, 22 oct. 2015, n°15-16312.

Devant le Conseil constitutionnel, deux décisions récentes illustrent tout particulièrement la figure du juge social négatif. D'une part, la décision QPC du 29 mai 2015³⁷ à propos de l'interdiction d'interrompre la distribution d'eau dans les résidences principales suite au défaut de paiement des factures. Une société de distribution de l'eau contestait cette interdiction, au nom de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause ce choix du législateur en opérant un contrôle restreint et en profite pour inscrire, de manière inédite, la garantie de l'accès à l'eau au sein de l'objectif à valeur constitutionnelle de la possibilité de disposer d'un logement décent. D'autre part, la décision QPC du 5 octobre 2016³⁸ valide une disposition du code de l'urbanisme à l'origine d'une obligation de relogement au bénéfice des occupants du bien affecté par une opération d'aménagement. En dépit des atteintes au droit de propriété invoquées par la société requérante, le Conseil constitutionnel déclare la loi conforme à la Constitution dès lors que « l'obligation de relogement, en cas d'éviction définitive, met en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ». Les décisions de conformité à la Constitution sont donc parfois précieuses en termes d'effectivité des droits sociaux constitutionnels en ce que les acquis législatifs sont préservés.

Pour autant, cette démarche n'est évidemment pas systématique et il arrive que le Conseil constitutionnel censure des lois d'inspirations « sociale ». Par exemple, dans sa décision du 12 janvier 2002³⁹, le Conseil censure la définition restrictive du licenciement pour motif économique qu'entendait poser la loi de modernisation sociale, et ce à une période où cette liberté n'avait donné lieu qu'à une seule censure⁴⁰. De même, dans la décision du 17 juillet 2015⁴¹, le Conseil censure l'obligation d'information des salariés lorsque leur entreprise fait l'objet d'une cession de participation majoritaire. La loi entendait favoriser la reprise de l'entreprise par les salariés en cas de revente de la société, dès lors l'entrepreneur qui ne respecte pas cette obligation subissait comme sanction l'annulation de la cession irrégulière. Or, estime le Conseil, cette « action en nullité prévue par les dispositions contestées porte une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre », ainsi « les dispositions contestées de la loi du 31 juillet 2014 doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

Ainsi, bien que la mise en évidence de la posture de juge négatif de l'effectivité des droits et libertés soit nécessaire, le Conseil constitutionnel reste un juge particulièrement prudent des droits sociaux constitutionnels.

³⁷ CC, n° 2015-470 QPC, 29 mai 2015.

³⁸ CC, n° 2016-581 QPC, 5 octobre 2016.

³⁹ CC, n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002.

⁴⁰ CC, n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000.

⁴¹ CC, n° 2015-476 QPC, 17 juillet 2015.

III. Le Conseil constitutionnel juge timoré des droits sociaux constitutionnels

Certes, le Conseil constitutionnel n'ignore pas totalement les droits sociaux constitutionnels. La doctrine a mis en évidence les apports en la matière⁴², notamment au regard de l'extension des champs de compétence du législateur. De même, récemment, la décision du 29 juillet 2016⁴³ affirme pour la première fois que « la mise en œuvre d'une politique garantissant un égal accès de tous à la formation professionnelle constitue une exigence constitutionnelle ». La décision du 2 mars 2016⁴⁴ censure, sur le fondement du principe d'égalité, l'absence d'indemnité compensatrice de congé payé en cas de rupture du contrat de travail provoquée par la faute lourde du salarié.

Pour autant, l'équilibre de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel n'est pas synonyme d'effectivité importante des droits sociaux constitutionnels. Il est vrai qu'il est statistiquement moins saisi de la violation de ce type de droits. Mais lorsque c'est le cas, il se réfugie la plupart du temps derrière le prétexte commode du *self restraint* et se révèle excessivement attentif aux conséquences économiques d'une éventuelle censure⁴⁵. De même, cette politique jurisprudentielle tranche avec le rehaussement spectaculaire de protection de la liberté d'entreprendre depuis l'entrée en vigueur de la QPC⁴⁶. Le manque d'audace du Conseil constitutionnel rejoint sa tendance à éviter de trancher frontalement les questions sensibles, en particulier les questions économiques et sociales. La crainte d'accusation de gouvernement des juges, le caractère imprécis et programmatique des énoncés constitutionnels en matière de droits sociaux constituent autant de prétextes permettant de justifier un choix interprétatif. Or, sauf à transformer la contrainte économique en nouveau jusnaturalisme incitant les juges à retenir leur office, la restriction de la portée normative des droits sociaux constitutionnels n'est pas une fatalité. Parmi d'innombrables exemples de créations prétorienne qui dépassent la seule lettre du texte constitutionnel, il suffit d'invoquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel fondée sur l'article 16 de la Déclaration de 1789, véritable couteau-suisse du bloc de constitutionnalité, ainsi que l'ensemble des exigences qui découlent de l'article 4 du texte de 1789. L'importante marge de manœuvre du législateur en matière économique et sociale n'est pas non plus une fatalité. C'est un choix prétorien, dont les facteurs explicatifs renvoient, au-delà du droit, au contexte économique et à l'histoire de la conception française de la séparation des pouvoirs. Mais cela reste un choix, réversible ou à tout le moins modulable à l'image des illustrations du droit comparé⁴⁷.

Le défaut d'effectivité des droits sociaux constitutionnels s'explique également par des raisons liées à la structure du contentieux constitutionnel français et aux limites de l'office du

⁴² V. par ex. la contribution de G. DRAGO au présent numéro ; le dossier consacré à cette question dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°45, 2014, p. 5-76 ; V. BERNAUD, « La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ? », *Droit social*, 2014, p. 347.

⁴³ CC, n° 2016-558/559 QPC, 29 juillet 2016.

⁴⁴ CC, n° 2015-523 QPC, 2 mars 2016.

⁴⁵ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, 800 p.

⁴⁶ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 11^e éd., 2016, §. 819s.

⁴⁷ D. ROMAN, « La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, 2014, p. 63.

Conseil constitutionnel⁴⁸. Avec, par exemple, l'impossibilité prévue par la loi organique pour le juge du filtrage de relever d'office la QPC, l'impossibilité pour le justiciable de passer outre une déclaration de conformité du Conseil constitutionnel en invoquant un autre grief que ceux spécialement examinés⁴⁹, ce qui impose de démontrer dans ces hypothèses la présence d'un changement de circonstances. Le caractère essentiellement abstrait et objectif du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel empêche également les violations concrètes des droits sociaux d'apparaître clairement dans le procès constitutionnel et d'être censurées. De même, la contestation des omissions législatives constitue un angle mort du contentieux de la QPC, faute pour le droit français d'avoir consacré un recours de type amparo. En effet, en présence d'un vide législatif qui génère une violation des droits et libertés constitutionnels, les juges du filtrage ainsi que le Conseil constitutionnel restent prudents et l'incompétence négative ne permet pas toujours de pallier cette lacune.

À elle seule, la décision du 25 septembre 2015⁵⁰ relative aux droits sociaux des travailleurs détenus cumule la plupart des observations sur les lacunes de l'effectivité des droits sociaux constitutionnels. En cause, l'article 33 de la loi pénitentiaire de 2009 indiquait simplement que la participation des détenus aux activités professionnelles était subordonnée à l'établissement d'un « acte d'engagement », signé par le chef d'établissement et la personne détenue et devant énoncer « les droits et obligations professionnels de celle-ci ainsi que ses conditions de travail et sa rémunération ». Sans réclamer l'application du droit commun du travail en prison, le requérant et l'OIP à titre d'intervenant invoquaient principalement la présence d'une incompétence négative affectant les droits sociaux des travailleurs détenus. Or, poussant à l'extrême l'abstraction de son contrôle, au point de le rendre aveugle, le Conseil constitutionnel se contente d'une vague formule générale sur la garantie des droits des détenus, de dispositions législatives partielles et incomplètes qui ne font qu'effleurer l'organisation du travail en prison et de la possibilité - en pratique illusoire pour les détenus - d'exercer un recours juridictionnel⁵¹. Incohérente sur le plan juridique, au regard des cas classiques d'incompétence négative, ce renoncement du Conseil constitutionnel illustre le défaut d'effectivité des droits sociaux, et plus largement la négation de la vocation sociale du travail. Car en refusant d'imposer au législateur un régime davantage encadré des conditions de travail en prison, le Conseil constitutionnel laisse le champ libre à une application aléatoire de la loi, à des pratiques contestables en termes de protection sociale, de santé, de sécurité des travailleurs et, plus largement, de niveau de salaire et de droits à la retraite. La peine

⁴⁸ V. J. BENETTI, « Quel(s) usage(s) de la QPC pour quels pouvoirs au profit du justiciable ? », in X. MAGNON, P. ESPLUGAS, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Question sur la question 3 (QsQ). De nouveaux équilibres institutionnels ?*, Paris, LGDJ, 2014, p. 195 ; J. BONNET, « La QPC et l'intérêt du justiciable », in J. ARLETTAZ, J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux, Du juge des droits au juge du Droit ?*, Paris, Pedone, 2015, p. 23 ; S. HENNETE-VAUCHEZ, « "...les droits et libertés que la constitution garantit" : quiproquo sur la QPC ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 10, 2016, mis en ligne le 11 juillet 2016, <http://revdh.revues.org/2481>

⁴⁹ CC, n° 2010-9 QPC, 2 juillet 2010.

⁵⁰ CC, n° 2015-485 QPC, 25 septembre 2015.

⁵¹ La doctrine est unanimement critique sur cette décision, cf. par ex. *Constitutions*, octobre-décembre 2015, n° 2015-4, p. 564, obs. M. GHEVONTIAN, p. 579, obs. C. WOLMARK ; *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, p. 85, obs. J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER ; *RFDC*, 2016, n° 105, p. 177, obs. C. TZUTZUIANO ; *Droit social*, 2016, p. 64, obs. P. AUVERGNON ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Retour sur la case « prison » : le Conseil constitutionnel, un monde à part ? », *Revue de droit du travail*, 2016 p. 611.

Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché

l'emporte sur l'exercice d'un travail, la punition domine la socialisation, les droits sociaux restent aux côtés des détenus : oubliés, dans l'ombre de l'État de droit.

**La liberté d'entreprendre saisie par les justiciables-économiques :
Analyse des fondements juridiques de l'*uberisation* de la société à travers
les QPC VTC/taxis.**

Par

Clémentine BACQUET

Doctorante, Université de Toulon, CERC

Beaucoup commentée, critiquée pour son absence de ligne de conduite¹, la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel concernant le conflit ouvert entre chauffeurs de taxis et VTC et inaugurée par sa décision du 17 octobre 2014 peut nous éclairer quant à la pratique contentieuse *a posteriori* au regard des libertés économiques. À l'approche d'une énième tentative du législateur d'encadrer le transport public particulier de personnes à titre onéreux², il semble donc opportun de revenir brièvement sur les péages QPC lui ayant été imposés. En effet, le Conseil constitutionnel ayant été systématiquement saisi à ce propos par les « justiciables »³, on peut légitimement s'interroger sur le rôle joué par celui-ci au sein de l'économie de marché – renouvelée par l'*uberisation* de la société – à partir de cette activité du transport des personnes.

Avant de nous interroger précisément sur la thématique de cette contribution, il convient de faire quelques remarques préalables. L'« *uberisation* »⁴ de la société est un phénomène récent qui invite à redistribuer les cartes du libéralisme traditionnel. Définie par son observatoire⁵ comme « le changement rapide des rapports de force grâce au numérique », censée être « au carrefour de l'économie du partage, de l'innovation numérique, de la recherche de compétitivité et de la volonté d'indépendance des français », celle-ci est présentée comme « une lame de fond qui va petit à petit impacter tous les secteurs de l'économie traditionnelle des services »⁶. Les principaux secteurs concernés sont pour l'heure

¹ Pour exemple, v. J-P. FELDMAN, « Le Conseil constitutionnel, une Cour d'Ancien Régime ? », *Recueil Dalloz*, n° 26, 16 juillet 2015, p. 1497-1498. ; A. HAQUET, « Taxis contre voitures de tourisme avec chauffeur - Droit constitutionnel », *RFDA*, n° 6, novembre-décembre 2015, p. 1135-1143.

² Proposition de loi relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 juin 2016.

³ CC, n° 2014-422 QPC, 17 oct. 2014, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT-taxis [VTC]* ; CC, n° 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre (I) [VTC – Interdiction de la « maraude électronique » - Modalités de tarification – Obligation de retour à la base]* ; CC, n° 2015-484 QPC, 22 sept. 2015, *Société UBER France SAS et autre (II) [Incrimination de la mise en relation de clients avec des conducteurs non professionnels]* ; CC, n° 2015-516 QPC, 15 janv. 2016, *M. Robert M. et autres [Incompatibilité de l'exercice de l'activité de conducteur de taxi avec celle de conducteur de VTC]*.

⁴ Sur cette notion et la difficulté des politiques à l'appréhender, v. J-B. SOUFRON, « Uber et les taxis : qui doit s'adapter ? », *Esprit*, 2015/8, p. 204-208 ; R. RENIER, « Uber : innovation ou concurrence déloyale ? », *Alternatives économiques*, n° 345, 4/2015, p. 70.

⁵ Fondé par la Fédération des auto-entrepreneurs (FEDAE) et l'association Parrainer la Croissance, l'observatoire de l'*uberisation* a pour but d'accompagner ce phénomène, d'apporter un constat précis et de proposer des pistes de réflexion autour de la réforme du code du travail, du dialogue social et de l'évolution du droit.

⁶ <https://www.uberisation.org/> Consulté le 30 novembre 2016.

les taxis (Uber), les librairies (Amazon), les hôtels (AirBNB), les restaurants (Vizeat), les banques (multiplication des plateformes de *crowdfunding* et de *peer to peer lending*), mais également les métiers juridiques (*WeClaim*). Loué ou hué, ce phénomène emporte de nombreuses interrogations touchant à des enjeux essentiels de notre vie en société. En effet, celui-ci implique de réinventer notre modèle social et fiscal, notre modèle juridique mais également notre modèle économique⁷. Pourtant, ce projet certes ambitieux et empreint de modernité est-il réaliste ?

Déjà en cours et bousculant nos schémas traditionnels, le législateur semble bien en peine pour se prononcer sur ce phénomène global qui lui échappe en partie, ce que confirment les multiples QPC parvenues au Conseil constitutionnel à propos de la législation visant à encadrer les nouveaux modes de transport urbain. Afin d'éclaircir le sujet, il faut donc revenir sur les jurisprudences concernant le traitement des VTC dans la législation ; le but étant de trouver des pistes, voire des infléchissements quant à la pratique du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au sein d'une Économie de marché renouvelée par ce phénomène d'*uberisation*. Il n'est pas utile ici, de nous plonger à nouveau dans l'exégèse jurisprudentielle des décisions précitées. Il s'agira plutôt de mettre en lumière la stratégie adoptée par les « justiciables-économiques » dans le contentieux QPC (I), avant de se concentrer sur les grandes mécaniques retenues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de cette jurisprudence, particulièrement au regard de la liberté d'entreprendre (II).

I. L'appropriation de la QPC par les acteurs du transport particulier de personnes à titre onéreux, une stratégie des « justiciables-économiques »

La possible appropriation de la QPC par les acteurs économiques du transport de particuliers n'est pas très étonnante. En effet, face à une législation à la fois peu cohérente et insuffisamment précise (A), les justiciables n'ont d'autre choix que de se tourner vers le juge constitutionnel pour faire valoir leurs arguments mais aussi pour les défendre au regard des droits et libertés que la Constitution garantit (B).

A. La cause : une législation tâtonnante

Confronté à la question de l'*uberisation* de la profession du transport particulier de personnes à titre onéreux jusque-là essentiellement organisée au profit des taxis, le législateur a pour le moins adopté une législation tâtonnante !

Mise en place pour réfléchir à la « libération de la croissance française » en 2007, la Commission Attali a démarré sur les chapeaux de roues. Sous constat de la nécessité d'ouvrir le marché des taxis et des véhicules de petite remise au regard des besoins croissants des usagers et du développement de nouveaux transports urbains⁸, son rapport souligne

⁷ *Ibid.*

⁸ Pour un aperçu des distinctions opérées entre ces nouveaux moyens de transports et les tergiversations de la législation à leur propos, v. X. DELPECH, « Les nouveaux modes de transport urbain », *Juris tourisme*, n° 158, 2013, p. 31 ; pour une présentation plus complète, v. D. BROUSSOLLE, « Transport routier. – Transport de

notamment qu'il est pressant de libéraliser les professions réglementées. Le troisième principe retenu pour conduire ce pan de la réforme est de « supprimer le *numerus clausus* dans les professions à l'accès aujourd'hui limité, sauf s'il est nécessaire pour garantir l'intérêt du consommateur et des entreprises, et s'il n'existe pas une solution alternative »⁹. Parmi ces activités est particulièrement visée celle des taxis, qui bénéficie d'un régime particulier à la fois contraignant – mais également très lucratif – du fait de la valeur des licences leur permettant de stationner sur la voie publique et de se livrer à la maraude (ADS).

Embarqué dans cette volonté de « libération » du secteur des transports tout en souhaitant préserver la spécificité des taxis, le législateur ne tardera pas à prendre le chemin des recommandations formulées par la commission et à procéder à un assouplissement de la réglementation. C'est ainsi que la loi Novelli du 22 juillet 2009¹⁰ précise le régime applicable aux motos-taxis (art. L. 3123-1 code des transports) et introduit dans la législation les voitures de tourisme avec chauffeur (VTC, art. L. 231-1 code du tourisme)¹¹. Conformément aux préconisations de la commission Attali, ces dispositions permettent de distinguer les taxis des VTC et d'instaurer un régime juridique différent pour ces professions pourtant similaires. Les entreprises disposant de VTC doivent avoir « des véhicules et un personnel adapté » marquant un certain confort et standing (art. L. 231-2), et surtout, les VTC « ne peuvent ni stationner sur la voie publique si elles n'ont pas fait l'objet d'une location préalable, ni être louées à la place » (art. L. 231-3). Si cette disposition marque la volonté du législateur de préserver le marché de la « maraude »¹² au bénéfice des seuls taxis, le statut des VTC est quant à lui plus flexible dans la mesure où les VTC n'ont pas besoin d'acheter ou de louer une licence pour exercer. Ceux-ci ne sont soumis qu'à une obligation d'immatriculation, beaucoup moins contraignante.

Ces dispositions vont favoriser un considérable essor de l'activité des VTC. Selon l'agence Atout France¹³, on comptait en France 51 immatriculations d'entreprises de VTC fin 2010 pour plus de 10 000 aujourd'hui. En pratique, cet essor a surtout été impulsé par le numérique et le développement de plates-formes mettant en contact chauffeurs et particuliers en utilisant la géolocalisation. Rapidement, des entrepreneurs ont créé des applications pour smartphones permettant de commander un VTC en quelques instants. UBER, plate-forme créée en 2009 à San Francisco, ne tardera pas à comprendre les potentialités de ce nouveau marché. Aujourd'hui leader mondial des VTC et installée en France fin 2011, cette entreprise revendique cette année plus d'1.5 millions d'utilisateurs sur notre territoire, et n'est pourtant pas la seule de ce type (Allocab, LeCab...).

voyageurs. – Taxis. Voitures de tourisme avec chauffeur. Covoiturage. Motos-taxis. Voitures de remises. Ambulances. », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 275-10, 1er mars 2016.

⁹ Rapport Attali, *La documentation française*, 2007, p. 159. Voir aussi la décision n° 209 à ce propos p. 161.

¹⁰ L. n° 2009-888, 22 juill. 2009, de développement et de modernisation des services touristiques, modification des articles L. 231-1 à L. 231-4 du code du tourisme.

¹¹ Qualifiée de « Voitures de Transport avec Chauffeur » depuis le 1^{er} janvier 2015.

¹² La maraude désigne pour les chauffeurs la prise en charge de clients sur la voie publique sans réservation préalable.

¹³ L'Agence de développement touristique de la France (Atout France) est chargée par la loi du 22 juillet 2009 de contribuer au développement de l'industrie touristique. Celle-ci est notamment chargée d'observer et d'analyser les marchés touristiques, de renforcer l'offre touristique et la commercialiser et d'optimiser la qualité des prestations. URL : <http://atout-france.fr/services/missions>.

Voyant leur marché en danger, et bien décidés à freiner l'expansion des VTC, les taxis manifesteront dès janvier 2013 afin de dénoncer une « concurrence déloyale », l'interdiction de la maraude étant selon eux *de facto* contournée par l'existence des plates-formes de mise en relation utilisant des applications smartphones. Ils demanderont un durcissement de la réglementation applicable aux VTC sous peine de nouvelles grèves. Les représentants des taxis exigeant le perfectionnement des techniques de contrôle de la réservation préalable et l'instauration d'un délai de deux heures entre la réservation et la prise en charge d'un client par les VTC, le gouvernement parviendra à réduire ce délai à 15 minutes, délai inséré dans la réglementation par le décret n° 2013-1251 du 27 décembre 2013 en dépit d'un avis négatif de l'Autorité de la concurrence à ce propos¹⁴.

Si les taxis vont obtenir un temps gain de cause par l'adoption de décrets et arrêtés encadrant plus strictement la profession de VTC¹⁵, le décret insufflé par les représentants des taxis et susmentionné sera suspendu puis annulé par le Conseil d'Etat – celui-ci ayant été jugé comme portant « une atteinte grave et immédiate aux intérêts économiques » des chauffeurs VTC¹⁶. Coup de grâce pour les taxis, les dispositions de la loi Novelli contestées par le prisme de la QPC seront jugées conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit par le Conseil constitutionnel¹⁷. Cette décision a été perçue comme une « victoire de la liberté d'entreprendre »¹⁸ annonciatrice de la fin d'un monopole pour les taxis, et ressentie entre autres comme portant atteinte à un droit de propriété jaloux de longue date.

Cette décision de rejet n'ayant pas permis de stabiliser le régime juridique des VTC et de faire ronronner les taxis qui ont réitéré les manifestations, un nouveau virage a été pris par la loi Thévenoud censée redresser la trajectoire prise initialement par le législateur en vue de trouver un équilibre entre des intérêts contradictoires. Promulguée le 1^{er} octobre 2014¹⁹, cette loi réunit taxis et VTC dans le code des transports et tente de mieux délimiter le cadre juridique de chacune de ces activités. Pour ce faire, celle-ci prévoit pour les taxis l'établissement de couleurs distinctives facilitant leur reconnaissance et l'établissement d'un « registre de disponibilité » facilitant la maraude électronique à leur profit (Art. L. 3121-11-1 du code des transports) ; tout en confirmant l'interdiction de la maraude « quel que soit le moyen utilisé » pour les VTC (art. L. 3120-2). Elle impose au surplus aux VTC une obligation de « retour à la base » sauf réservation préalable (amendement 116 à la loi Thévenoud à l'origine de manifestations houleuses, inséré art. L. 3122-9), et des modalités de tarification (art. L. 3122-2). Enfin, elle cantonne la cessibilité des licences de taxis à titre onéreux à celles délivrées avant la promulgation de la loi (art. L. 3121-2), et prévoit de multiples sanctions dès lors que les règles relatives à l'exercice de ces deux activités ne sont

¹⁴ Autorité de la concurrence, Avis n°13-A-23 du 16 décembre 2013 concernant un projet de décret relatif à la réservation préalable des voitures de tourisme avec chauffeur.

¹⁵ Décr. n° 2013-690 et n° 2013-691 du 30 juill. 2013 ; trois arrêtés du 30 juill. 2013 ; Décr. n° 2013-1251 du 27 déc. 2013.

¹⁶ V. à ce propos, D. BROUSSOLLE, « Taxis contre smartphones. Le droit des transports à l'épreuve des VTC, du covoiturage et de l'autopartage », *JCP G*, n° 6, 10 fév. 2014, p. 156 ; A. BRETONNEAU, « Taxis contre VTC : le feu rouge du juge des référés du Conseil d'Etat », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 720, juin 2014, comm. 29.

¹⁷ CC, n° 2014-422 QPC, 17 oct. 2014, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT-taxis [VTC]*, préc.

¹⁸ A. HAQUET, « Taxis contre VTC devant le Conseil constitutionnel : victoire de la liberté d'entreprendre », *AJDA*, n° 4, 9 février 2015, p. 226-229.

¹⁹ L. n° 2014-1104, 1^{er} octobre 2014, relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur.

pas respectées, parmi lesquelles l'interdiction de cumuler les professions de chauffeur taxi et de chauffeur VTC (art. L. 3121-10). Comme le souligne Arnaud Haquet, cette loi « souvent présentée comme un succès de la profession des exploitants de taxis [...] dérèglemente pourtant sur le très long terme cette profession »²⁰, ce qui marque là encore le manque d'audace du législateur pour prendre véritablement position.

Loin de constituer une aire de repos pour les conducteurs et plates-formes concernés, c'est donc sans surprise que la législation Thévenoud sera à de multiples reprises contestée. En effet, bien décidés à faire valoir chacun leurs prétentions au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, pas moins de trois questions prioritaires de constitutionnalité seront tranchées par le Conseil Constitutionnel à propos de la loi Thévenoud (CC, n° 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre (I)* ; CC, n° 2015-484 QPC, 22 septembre 2015, *Société UBER France SAS et autre (II)* ; CC, n° 2015-516 QPC, 15 janvier 2016, *M. Robert M. et autres*) et conduiront à la censure de certaines de ses dispositions.

Cela explique la « proposition Grandguillaume » adoptée récemment, et sur laquelle nous reviendrons brièvement. Pour l'heure, il faut s'interroger sur les intentions des auteurs de ces QPC, qui n'ont pas hésité à utiliser tous les ressorts mis à leur disposition pour défendre leurs droits et libertés via le juge constitutionnel.

B. La conséquence : la QPC comme « stratégie économique »

VTC, taxis, plates-formes de mise en relation, véhicules motorisés à deux ou trois roues, l'utilisation de la procédure QPC par les acteurs économiques du transport particulier de personnes peut être rapidement établie : ceux-ci manient le déclenchement de la QPC comme sa conduite et ne sont pas intimidés par les éventuels barrages. En l'absence de décisions DC portant sur les lois Novelli et Thévenoud, la « nouvelle voie de droit » instituée par la réforme du 23 juillet 2008²¹ a effectivement été empruntée par les pourfendeurs de l'*uberisation* de la société comme par ses instigateurs. Plusieurs constats doivent être ici dressés, car ils démontrent l'intérêt porté par les acteurs économiques pour cette procédure.

D'abord, force est de constater au travers des décisions citées que les auteurs des différentes QPC sont tour à tour les chauffeurs de taxis et les entreprises de VTC. Ainsi, tandis que la guerre juridique avait été entamée par les VTC qui demandaient la suspension du décret du 27 décembre 2013 susmentionné devant le juge des référés, ce sont les taxis qui ont été les premiers à demander le renvoi d'une QPC à propos des dispositions de la loi Novelli, renvoi accepté par le Conseil d'Etat. Ces dispositions jugées conformes n'ayant pas permis l'apaisement du conflit, la législation Thévenoud fut quant à elle contestée par les entreprises VTC à deux reprises avant d'être attaquée par les conducteurs taxis désireux de devenir cumulativement chauffeur VTC.

Il faut également souligner que les auteurs de ces recours se tournent à la fois vers le juge judiciaire et le juge administratif pour demander le renvoi QPC, ce qui dénote le fort impact de cette législation tant au regard du droit privé que du droit public. Ces demandes

²⁰ A. HAQUET, « Taxis contre VTC devant le Conseil constitutionnel : victoire de la liberté d'entreprendre », *op. cit.*, p. 228.

²¹ Art. 61-1 C.

multiples, on le comprend facilement, permettent aux requérants de multiplier leurs chances de parvenir au Conseil, seul habilité à invalider les dispositions critiquées. La décision n° 2015-468/469/472 QPC est à cet égard topique, faisant suite à deux renvois de la chambre commerciale de la Cour de cassation²² et d'un renvoi du Conseil d'Etat²³ joints pour l'occasion. De manière plus générale, sur les trois autres décisions rendues, deux font suite à un renvoi du Conseil d'Etat²⁴, et une fait suite à un renvoi de la Cour de cassation²⁵.

Ces éléments indiquent une réelle volonté d'accéder au Conseil constitutionnel. D'autres encore montrent la volonté de communiquer avec lui, par l'usage fait des ressources procédurales ouvertes aux requérants mais également aux intervenants. En effet, il faut relever dans le cadre de ces jurisprudences que les observations sont systématiques²⁶ et les interventions fréquentes – on en constate dans trois des quatre décisions examinées²⁷–.

Tous ces comportements marquent la volonté de favoriser l'effectivité des libertés économiques et contrastent avec la faiblesse de l'effectivité des droits sociaux mise en lumière par Julien Bonnet²⁸. Alors que la problématique des droits sociaux décourage souvent plaideurs et avocats face aux jurisprudences frileuses du Conseil et au coût de la QPC – les éventuels intermédiaires se faisant plus rares –, les acteurs économiques font de la QPC un outil systématique de la protection des libertés économiques, ce que confirme les droits et libertés invoqués.

En effet, en exploitant toutes les ressources procédurales pour accéder au Conseil constitutionnel, les acteurs économiques multiplient également les stratégies juridiques pour invalider les dispositions contestées. Ces derniers n'hésitent pas à multiplier les moyens d'inconstitutionnalité, nous en voulons pour preuve la reprise des mémoires ayant justifié les renvois au juge constitutionnel. Au regard des jurisprudences précitées, si le principe d'égalité et la liberté d'entreprendre sont les principaux droits et libertés invoqués, le droit de propriété, la liberté d'aller et de venir, la liberté du travail, la libre concurrence, la nécessité des peines ou encore la présomption d'innocence se trouvent également invoqués et parfois mis en confrontation. On relève également des arguments tenant à l'ordre public et à l'intérêt général (objectif de sauvegarde de l'ordre public, de protection de l'environnement). Ainsi, au soutien de la QPC n° 2014-422, ce ne sont pas moins de six moyens d'inconstitutionnalité différents qui seront retenus pour demander l'invalidation des dispositions introduisant les VTC. On en retrouve tout autant au soutien de la QPC n° 2015-468/469/472, et cinq pour la décision n° 2015-484 QPC. L'intérêt de cette stratégie du foisonnement des moyens d'inconstitutionnalité

²² Cass. com., 13 mars 2015, n° 14-40.053 QPC, Sté Uber France et a. c/ Sté Voxtur et a. : et Cass. com., 13 mars 2015, n° 14-40.054 QPC, Sté Uber France et a.

²³ CE, 3 avril 2015, n° 388213.

²⁴ CE, 23 juill. 2014, n° 375869 et n° 375896 ; CE, 16 oct. 2015, n° 391859.

²⁵ Cass. com., 23 juin 2015, n° 15-40.012 QPC, Sté Uber France et a. c/ Sté Voxtur et a.

²⁶ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2015-les-5-ans-de-la-qpc-au-conseil-constitutionnel-quelques-chiffres.143503.html>

²⁷ Sur l'intervention, v. A-M. LECIS COCCO ORTU, « QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, 2015, vol. 4, n° 104, p. 863-886.

²⁸ J. BONNET, « L'effectivité des droits sociaux dans le cadre de la QPC », *ce colloque* ; V. également sur cette question, S. HENNETTE VAUCHEZ, « "...les droits et libertés que la constitution garantit" : *quiproquo* sur la QPC ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 11 juillet 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2481>.

est de multiplier les possibilités de voir les dispositions contestées abrogées, par l'effet des décisions du Conseil (art. 62 C.).

Pourtant, en fait, cette multiplication des moyens invoqués va permettre au juge constitutionnel une plus grande liberté dans son argumentation soutenue par des motivations quelquefois sommaires. D'autant que certains droits et libertés peuvent être avancés au soutien d'arguments diamétralement opposés. Pour exemple, tandis que les taxis contestent les dispositions introduisant les VTC au motif que celles-ci porteraient atteinte à leur liberté d'entreprendre en « l'absence de règle imposant, pour les voitures de tourisme avec chauffeur, le respect d'un délai suffisant entre la réservation d'une voiture et la prise en charge du client » (déc. n° 2014-422 QPC, consid. 2) ; la fédération intervenante soutient pour sa part qu'en « interdisant aux voitures de tourisme avec chauffeur de "stationner sur la voie publique" sans préciser que cette interdiction ne porte que sur le stationnement dans l'attente de clientèle, les dispositions de l'article L. 231-3 du code du tourisme portent atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté d'aller et de venir » (même déc. consid. 3). Il semble toutefois que les acteurs économiques du transport particulier de personnes à titre onéreux aient compris cette tendance à l'appropriation par le juge constitutionnel des griefs invoqués, ces derniers étant plus ciblés dans le dernier mémoire QPC que dans les premiers. Ainsi et *a contrario*, seuls deux droits et libertés que la Constitution garantit sont mis en avant dans la dernière QPC rendue sur la législation VTC/taxis – liberté d'entreprendre et principe d'égalité –, obligeant le Conseil constitutionnel à se montrer plus rigoureux dans sa motivation (déc. 2015-516 QPC).

Ces premiers constats sont révélateurs du poids des acteurs économiques du transport particulier de personnes à titre onéreux pour faire valoir leurs libertés économiques. Ceux-ci n'hésitent pas à faire de la QPC un véritable outil à leur disposition. Arnaud Sée constatait à ce propos qu'au 1er septembre 2013, 24 décisions QPC avaient été rendues sur le fondement de la liberté d'entreprendre pour 87 décisions y faisant appel. Il soulignait que cette évolution pouvait être attribuée aux nombreuses QPC « stratégiques » des requérants souhaitant voir abrogées les lois applicables à leurs litiges²⁹. Ainsi, souvent utilisée comme « bouée de sauvetage »³⁰ il y a encore quelques années, la liberté d'entreprendre connaît toutefois depuis 2014 un vif regain d'intérêt qu'il est difficile de nier, ce que ne démentent pas les espèces en présence !

En effet, l'atteinte à cette liberté est présente à titre principal dans toutes les espèces examinées. Il convient alors d'examiner quelles sont les conséquences de cette nouvelle et abondante jurisprudence élaborée par le Conseil constitutionnel en matière de libertés économiques, particulièrement au regard de la liberté d'entreprendre.

²⁹ A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 718, avril 2014, étude 5.

³⁰ R. FRAISSE, « La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 689, août 2011, étude 3.

II : Le traitement de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel, accélérateur d'une politique jurisprudentielle en faveur des libertés économiques

Accueillies de manière mitigée par la doctrine³¹, les décisions QPC rendues sur les législations Novelli et Thévenoud ont donné lieu à des commentaires pour le moins opposés. « Cour d'ancien régime » pour certains³² ; marquant une « victoire de la liberté d'entreprendre »³³ pour d'autres, le Conseil constitutionnel ne semble pas adopter de position nette faisant l'unanimité. Pourtant, devant cet *imbroglio* et parmi la multiplicité des droits et libertés invoqués, les réponses apportées au regard de la liberté d'entreprendre méritent une attention particulière. En effet, systématiquement mise en avant par les requérants, celle-ci ne serait-elle pas « remodelée » par le juge constitutionnel pour répondre à une problématique inédite ? Pour le savoir, il faut réexaminer les jurisprudences commentées en nous concentrant sur les contours de la liberté d'entreprendre (A). Au terme de cette analyse, il faudra alors déterminer si cette politique jurisprudentielle n'est pas le résultat d'un perceptible malaise du juge constitutionnel face à des libertés économiques qui sont le reflet d'une société en pleine mutation (B).

A. L'enrichissement de la liberté d'entreprendre, moteur et enjeu principal de l'uberisation

Amorcée dans le contentieux de la QPC par la jurisprudence *Christian S.* qui a précisé le contenu de la liberté d'entreprendre³⁴, la prise de vitesse de cette liberté ne s'est pas vue freiner par la jurisprudence du Conseil portant sur l'*uberisation* des moyens de transport. En effet, grief présent à titre principal dans la totalité des espèces examinées, l'atteinte à la liberté d'entreprendre est indéniablement le moteur principal des QPC VTC/taxis. C'est également cette liberté qui est mise en valeur par le juge constitutionnel, ce au moins pour trois raisons.

En premier lieu, parce que l'utilisation plus ou moins poussée de ce moyen par le juge constitutionnel n'est pas fortuite. Ensuite, parce que sont confortés certains de ces champs

³¹ Pour une position critique, v. par ex. L. GAMET, « UberPop (†) », *Droit social*, 2015, p. 929 ; D. BROUSSOLLE, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 2015 suffira-t-elle à sauver le monopole des taxis ? », *La Semaine juridique. Édition générale*, n° 22, 1 juin 2015, p. 1034-1036 ; D. GENCY-TANDONNET, « L'habillage juridique de solutions discriminatoires contre les VTC et l'avenir du modèle d'Uber », *Recueil Dalloz*, n° 37, 29 octobre 2015, p. 2134-2135.

³² J-P. FELDMAN, « Le Conseil constitutionnel, une Cour d'Ancien Régime ? », *Recueil Dalloz*, n° 26, 16 juillet 2015, p. 1497-1498.

³³ A. HAQUET, « Taxis contre VTC devant le Conseil constitutionnel : victoire de la liberté d'entreprendre », *op. cit.* Cet auteur admettra toutefois en décembre 2015 que la jurisprudence du Conseil ne permet pas d'« assurer la cohérence de la législation », A. HAQUET, « Taxis contre voitures de tourisme avec chauffeur - Droit constitutionnel », *RFDA*, n° 6, novembre-décembre 2015, p. 1135.

³⁴ Celle-ci nous en sommes sûrs à présent 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 » (CC, n° 2012-285 QPC, 30 nov 2012, *M. Christian S.*, consid. 7). Cette distinction déjà opérée par la doctrine (G. DRAGO, « La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée ? Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre », in G. DRAGO et M. LOMBARD (dir.), *Les libertés économiques*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 30-31. ; G. MARSON, *Les libertés économiques*, thèse, université Paris Ouest Nanterre - La Défense, 2012, p. 100. ; A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *op. cit.*) va permettre au Conseil de développer sa jurisprudence sur ce second versant, ce que confirment les espèces examinées !

d'application (liberté d'exercice et liberté de prix). Enfin, parce qu'on constate que sont minorées ou esquivées les atteintes invoquées au droit de propriété, attestant d'un renversement latent entre droits de l'homme et libertés fondamentales.

Concernant l'utilisation plus ou moins poussée du grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre par le juge constitutionnel et l'approfondissement du contrôle de l'atteinte qui lui est portée au fil des décisions examinées : comme précisé précédemment, cette possibilité est facilitée par la profusion de griefs soulevés par les requérants. Elle peut être également facilitée par la possibilité qu'a le Conseil constitutionnel de soulever des griefs d'office, ce qu'il n'a pas hésité à faire dans sa décision n° 2013-318 QPC, qu'il faut rattacher aux décisions examinées. Saisi de la question de la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 3123-1, L. 3123-2 et L. 3124-9 du code des transports précisant la législation applicable à l'exercice de l'activité de transport au moyen de véhicules motorisés à deux ou trois roues (les motos-taxis), le juge constitutionnel va en effet soumettre aux parties un grief susceptible d'être soulevé d'office, à savoir celui de l'atteinte portée au principe de la proportionnalité des délits et des peines, qui sera par la suite le seul grief à être retenu pour invalider une partie des dispositions contestées. Ainsi questionné sur les points de savoir si la législation portant sur les motos-taxis est conforme au principe d'égalité devant la loi et d'intelligibilité de cette dernière en ce qu'elle instaure des règles différentes entre des activités similaires (motos-taxis, taxis, VTC, voitures de petite remise) ; à la liberté d'entreprendre et à la liberté d'aller et de venir en ce qu'elle restreint la possibilité des motos-taxis de se livrer à la maraude et de se garer à proximité des endroits de passage dès lors qu'ils ne justifient pas d'une réservation préalable ; le Conseil se bornera à répondre que les véhicules à deux ou trois roues n'en ont pas quatre (consid. 11), que l'activité de la maraude est réservée aux taxis et justifiée par un objectif de sauvegarde de l'ordre public, et que seule la disproportion des peines encourues pour s'être livré à la maraude illégale – l'interdiction jusqu'à cinq ans d'entrer ou d'être à proximité d'un aéroport, d'un port, d'une gare routière ou ferroviaire – doit être regardée comme contraire à la Constitution³⁵. Ainsi, force est de constater que le Conseil reste très prudent dans les réponses apportées. Toutefois, sous l'impulsion des QPC renvoyées ultérieurement, le juge constitutionnel n'aura d'autre choix que de préciser sa solution, et en faveur de la liberté d'entreprendre. En effet, la seconde QPC rendue à propos des nouveaux moyens de transport reprend une partie de ce raisonnement et le précise. Saisi en 2014 par la chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT-taxis dans un contexte houleux, le juge constitutionnel devait cette fois se prononcer sur les dispositions introduisant non pas les motos-taxis mais les VTC (art. L. 231-1 à L. 231-4 du code du tourisme). Devant principalement répondre à l'épineuse question de savoir si ces nouveaux moyens de transport portent atteinte au monopole des taxis ; à leur droit de propriété qui en découle et à leur liberté d'entreprendre, le juge constitutionnel va se livrer à une réflexion en trois temps, le premier résolvant les suivants.

Les VTC comme les taxis ayant quatre roues, le Conseil constitutionnel va d'abord devoir préciser le raisonnement retenu dans la décision n° 2013-318 QPC pour rejeter le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité. Pour ce faire, celui-ci retiendra que le législateur a

³⁵ CC, n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, *M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur]*. Sur cette déc., v. not. R. FRAISSE, « Les "motos taxis" devant le Conseil constitutionnel », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 714, décembre 2013, comm. 53.

entendu distinguer l'activité de la maraude de celle de réservation préalable, la première étant réservée aux taxis et justifiée par un objectif de sauvegarde de l'ordre public (la police de la circulation et du stationnement sur la voie publique), la seconde étant ouverte aux taxis comme aux VTC. C'est donc à partir de ce critère de la réservation préalable que réponse va être apportée aux autres motifs, mais de manière pour le moins expéditive.

Se prononçant ensuite sur le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre à la fois invoqué par les taxis (qui considèrent que l'absence de délai entre la réservation et la prise en charge du client ne permet pas de distinguer l'activité de la maraude de celle de la réservation préalable) mais aussi par les intervenants VTC (pour qui l'interdiction pour les VTC de « stationner sur la voie publique » ne leur permet pas d'exercer), le Conseil esquivera les argumentaires soulevés en se contentant de répondre à la société requérante que « le droit reconnu par les dispositions contestées aux voitures de tourisme avec chauffeur d'exercer l'activité de transport public de personnes sur réservation préalable ne porte aucune atteinte à la liberté d'entreprendre des taxis » (consid. 9). Il se montrera un peu plus ouvert envers les VTC sans toutefois leur donner raison en leur répondant qu'« en réservant aux taxis le droit de stationner et de circuler sur la voie publique « en quête de clients », le législateur n'a pas porté à la liberté d'entreprendre ou à la liberté d'aller et de venir des voitures de tourisme avec chauffeur une atteinte disproportionnée au regard des objectifs d'ordre public poursuivis » (consid. 10). Ainsi, si les dispositions contestées seront jugées conformes à la liberté d'entreprendre quand bien même la maraude demeure le privilège des taxis, c'est la liberté d'exercer l'activité de transport individuel de personnes sur réservation préalable qui est favorisée, et ce au terme d'une motivation sommaire. Si le marché de la maraude peut justifier une limitation de la liberté d'entreprendre des VTC par le législateur au nom d'un objectif de sauvegarde de l'ordre public, le marché de la réservation préalable, lui, ne peut être organisé au profit d'une profession³⁶. Aussi, le contrôle de proportionnalité exercé au regard de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre si peu détaillé qu'il soit, contraste avec l'intérêt porté au droit de propriété (déc. n° 2014-422, consid. 11, v. *infra*).

La décision n° 2015-468/469/472 QPC³⁷ marque pour sa part un approfondissement du contrôle de proportionnalité opéré au regard de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre, mais également la confirmation d'une consécration de la liberté de prix comme corollaire de cette même liberté³⁸. Devant vérifier la constitutionnalité des dispositions du code des transports portant sur l'interdiction de la maraude électronique, l'imposition de modalités de tarification et d'obligation de retour à la base pour les VTC, le juge constitutionnel sera plus loquace ! Si l'interdiction de la maraude « quel que soit le moyen utilisé » pour les VTC a été jugée conforme à la liberté d'entreprendre car « limitée » ; et l'obligation de retour à la base conforme sous réserve de s'appliquer également aux taxis, ce ne sera qu'au terme d'un

³⁶ En ce sens, S. MARTIN, « Rejet de la question prioritaire de constitutionnalité des taxis dirigée contre le statut des véhicules de tourisme avec chauffeur », *Revue de droit des transports*, n° 4, octobre 2014, comm. 72.

³⁷ Sur cette déc. v. not. X. DELPECH, « Transport – Routier – Bientôt une QPC sur la "maraude électronique" », *Juris tourisme*, n° 174, 2015, p. 11. ; X. DELPECH, « Transport routier – VTC – L'interdiction de la "maraude électronique" conforme à la Constitution », *Juris tourisme*, n° 176, 2015, p. 14. ; J-M. PASTOR, « Le Conseil constitutionnel préserve le monopole légal des taxis », *AJDA*, 2015, p. 1020. ; B. DE SEVIN, « La réglementation du transport public particulier de personnes à l'épreuve de la Constitution », *La Semaine juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, n° 36, sept. 2015, p. 2258.

³⁸ A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *op. cit.*

contrôle de proportionnalité poussé. En effet, le juge constitutionnel spécifiera l'élément fondamental distinguant la maraude de la réservation préalable, à savoir la détention d'une autorisation de stationnement (ADS). Il précisera également la mesure des obligations et interdictions posées dans un sens favorable aux VTC, nous y reviendrons. Déjà amorcé dans le cadre du contrôle *a priori*³⁹, le rattachement de la liberté de fixation des prix à la liberté d'entreprendre est quant à lui ici confirmé et conduira à la censure de l'article L. 3122-2 du code des transports, étant précisé qu'« en interdisant certains modes de tarification pour la détermination du prix des prestations que les entreprises qui mettent à la disposition de leur clientèle une ou plusieurs voitures avec chauffeur proposent aux consommateurs lors de la réservation préalable, les dispositions contestées ont porté à la liberté d'entreprendre une atteinte qui n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général en lien direct avec l'objectif poursuivi ; qu'il en résulte que [...] les dispositions de l'article L. 3122-2 du code des transports doivent être déclarées contraires à la Constitution » (QPC n° 2015-468/469/472, consid. 20). Ainsi, parfois présentée comme manquant d'audace, cette jurisprudence du Conseil constitutionnel dresse toutefois les nouveaux contours de la liberté d'entreprendre tout en la conciliant avec les impératifs retenus par le législateur, à savoir la préservation de l'ordre public. Il est intéressant de relever à cet égard que la définition de ces nouveaux contours est favorisée par les juges de renvoi, particulièrement par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Celle-ci a, à deux reprises, précisée l'atteinte à la liberté d'entreprendre, en spécifiant d'abord une atteinte à la liberté d'exercice (déc. de renvoi n° 14-40054) puis une atteinte à la liberté de fixation des prix (déc. de renvoi n° 14-40053). C'est elle également qui fait disparaître l'atteinte relevée au droit de propriété par les requérants en 2014 (déc. de renvoi n° 14-40054, v. *infra*).

L'approfondissement du contrôle opéré au regard de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre sera quant à lui encore renforcé dans la décision n° 2015-516 QPC. Dernière QPC en date à propos de la législation Thévenoud, celle-ci devait répondre à la question de savoir si l'interdiction de cumuler les emplois de chauffeur taxi et chauffeur VTC prévue à l'article L. 3121-10 du code des transports était conforme au principe d'égalité et à la liberté d'entreprendre. Seuls deux moyens d'inconstitutionnalité étant invoqués, le Conseil n'aura d'autre choix que de motiver solidement sa solution. Après avoir rappelé les griefs des requérants et avoir fait référence aux travaux préparatoires de la loi en cause – qui mettent en avant la volonté de lutter contre la fraude fiscale et d'assurer la pleine exploitation des licences taxis pour justifier cette interdiction –, il invalidera toutefois ladite disposition en considérant que par celle-ci, « le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte qui n'est justifiée ni par les objectifs qu'il s'est assignés ni par aucun autre motif d'intérêt général » (consid. 7). Pour parvenir à cette solution, il soulignera que cette interdiction, en ne visant que le cumul chauffeur taxi/ chauffeur VTC, n'est « pas justifiée » ; et que ces véhicules comportant des signes distinctifs, il ne peut y avoir fraude ! (consid. 7). Nous le voyons, le détail de la motivation tranche avec les premières décisions rendues à propos des nouveaux moyens de transport. Et si référence est faite aux travaux préparatoires de la loi, ce ne sera que pour considérer que la disposition litigieuse ne répond pas à l'un des motifs mis

³⁹ CC, n° 90-287 DC, 16 janv. 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, consid. 21. ; CC, n° 2013-670 DC, 23 mai 2013, *Loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de transport*.

en lumière par le législateur. Comme il a déjà été constaté, cette jurisprudence est importante en ce qu'elle marque un contrôle non pas de la proportionnalité de l'interdiction posée mais de sa « nécessité »⁴⁰ ! Ainsi, en procédant à un contrôle de la nécessité, il est indéniable que le juge constitutionnel « poursuit [...] sa politique de renforcement progressif du contrôle de la liberté d'entreprendre »⁴¹.

Enfin, il est important de souligner que deux des décisions examinées se prononcent sur le grief tiré de l'atteinte portée à un droit de propriété, sans jamais le retenir. D'abord, se prononçant sur le grief tiré de l'atteinte portée au monopole du marché de la maraude et partant, au droit de propriété des titulaires de licence de taxis, le juge constitutionnel rejettera rapidement ce moyen comme manquant en fait, « la législation interdisant les voitures de tourisme avec chauffeur à stationner ou circuler sur la voie publique en quête de clients » (déc. n° 2014-422 QPC, consid. 11). Si cette solution est admissible juridiquement, l'argumentation mise en avant par les requérants ne manquait pas de pertinence. En effet, les requérants faisaient valoir à l'appui de leur recours que le développement des applications smartphones pour procéder très rapidement aux réservations préalables conduisait « en pratique » à mettre en cause le monopole dont ils jouissent sur le marché de la maraude.

D'autant qu'en fait⁴², de nombreux chauffeurs VTC se livrent à cette pratique illégale, ce qui a d'ailleurs conduit à la condamnation d'UBER pour le maraudage de ses chauffeurs dès 2014 et plusieurs fois depuis⁴³. Ainsi, l'absence de contrôle au regard d'une éventuelle atteinte au monopole des taxis marque une certaine réticence du Conseil à se prononcer sur ce point, préférant se réfugier derrière le caractère objectif du contrôle de constitutionnalité.

C'est pourquoi le choix retenu par le juge constitutionnel peut apparaître révélateur d'une nouvelle tendance, à savoir une dissociation de plus en plus grande entre liberté d'entreprendre et droit de propriété au profit de la liberté d'entreprendre, ce que confirme la décision Uber I. En effet, le droit de propriété également invoqué au soutien de la QPC n° 2015-468/469/472 sera là encore rapidement écarté par le juge constitutionnel, comme par le juge de renvoi. Pourtant mis en avant dans le mémoire QPC par les requérants aux côtés de la liberté d'entreprendre et du principe d'égalité⁴⁴, celui-ci disparaîtra des motifs retenus dans la décision de renvoi. Et si le Conseil reviendra dessus, ce ne sera que pour l'écarter, ne constatant pas d'atteinte injustifiée à ce droit (consid. 15). Ces deux décisions sont révélatrices d'une tendance, puisque se trouve sacrifié un droit de l'homme au profit d'une liberté fondamentale. Ainsi, la liberté d'entreprendre constitutionnalisée par le juge en 1982⁴⁵ à côté – « surtout »⁴⁶ – du droit de propriété, semble prendre sa complète indépendance

⁴⁰ En ce sens, v. O. LE BOT, « L'interdiction de cumuler les activités de taxi et de VTC est contraire à la liberté d'entreprendre », *Constitutions*, n° 2016/1, janvier-mars 2016, p. 105-107.

⁴¹ C. RICHARD. ; S. SALLES, « QPC Liberté d'entreprendre », *Gazette du Palais*, n° 13, 29 mars 2016.

⁴² J.-J. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, juillet 2000.

⁴³ P. GAROSCIO, « Uber condamné pour le maraudage de ses chauffeurs », in *Le journal de l'économie*, 27 janv. 2016 : « Ce mercredi 27 janvier 2016, c'est le volet financier de l'affaire qui s'est clos. Le tribunal de grande instance de Paris a condamné Uber à verser 1,2 million d'euros à l'UNT dans le cadre de cette affaire de maraude illégale. Un nouvel échec en justice pour Uber. ».

⁴⁴ Cass. com., 13 mars 2015, n° 14-40.054 QPC, Sté Uber France et a. : *JurisData* n° 2015-005075.

⁴⁵ CC, n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, consid. 16.

⁴⁶ P. TERNEYRE, « La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel a-t-elle une portée ? », in G. DRAGO, et M. LOMBARD (dir.), *Les libertés économiques*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 15.

aujourd'hui vis-à-vis de lui, et même le concurrencer. Cela conforte l'inquiétude quant à l'écart croissant entre droits de l'homme et libertés fondamentales⁴⁷, et l'importance du poids pris par les libertés économiques dans la balance des droits et libertés fondamentaux.

Quels enseignements tirer de ces évolutions jurisprudentielles ? Une appropriation des griefs soulevés par le juge constitutionnel, un développement du contrôle de proportionnalité opéré au regard des limitations apportées à la liberté d'entreprendre par le législateur, une motivation à géométrie variable ! Évitant les interrogations centrales – le législateur étant traditionnellement compétent pour se prononcer sur les politiques économiques – c'est pourtant bien la liberté d'entreprendre qui sort renforcée et précisée par les solutions apportées ! Ainsi, si l'on pouvait lire en 2011⁴⁸ et en 2014 que l'introduction de la QPC n'avait permis qu'une « faible progression des libertés économiques dans la jurisprudence constitutionnelle »⁴⁹, les années 2014-2016 semblent avoir pris un nouveau cap, grâce à ce qui peut être dépeint comme une « logique jurisprudentielle [...] libérale »⁵⁰. Car si le considérant de principe à propos de la liberté d'entreprendre reste inchangé depuis 2001⁵¹ et est similaire dans le cadre du contrôle *a priori* et *a posteriori*⁵², l'introduction de la QPC a indéniablement permis un approfondissement quant à la définition et à l'appréhension de celle-ci. Il reste que la liberté d'entreprendre apparaît particulièrement dépendante du contexte économique dans lequel elle évolue.

B. Une politique jurisprudentielle modératrice face aux enjeux économiques ?

Souligné notamment par Denis Broussolle, la législation adoptée en matière de transports particulier de personnes à titre onéreux reflèterait en réalité la « politique traditionnelle de protection de l'influente profession de taxis contre la concurrence »⁵³, une « surenchère protectionniste de la loi »⁵⁴. Ces propos mettent en lumière la question du retour d'un certain « volontarisme politique », qui se manifesterait par la tendance des gouvernants à ne percevoir la liberté d'entreprendre « ni comme une contrainte majeure, ni comme un facteur de prospérité »⁵⁵.

Pourtant, ne faudrait-il pas parler également d'un volontarisme juridique « développé récemment », et en faveur des libertés économiques ? Pour justifier cette interrogation, il faut s'intéresser à la décision ayant inauguré la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les nouveaux moyens de transport urbain. Saisi en 2013 de la question de la conformité du

⁴⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, n° 1, 2007, p. 19.

⁴⁸ R. FRAISSE, « La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre », *op. cit.*

⁴⁹ A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *op. cit.*

⁵⁰ A. HAQUET, « Taxis contre VTC devant le Conseil constitutionnel : victoire de la liberté d'entreprendre », *op. cit.*

⁵¹ CC, n° 2000-439 DC, 16 janv 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, consid. 13.

⁵² G. DRAGO, « Les principes directeurs de la jurisprudence économique et sociale du Conseil constitutionnel », *ce colloque*.

⁵³ D. BROUSSOLLE, « Taxis contre smartphones. Le droit des transports à l'épreuve des VTC, du covoiturage et de l'autopartage », *op. cit.* p. 156.

⁵⁴ D. BROUSSOLLE, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 2015 suffira-t-elle à sauver le monopole des taxis ? », *La Semaine juridique. Édition générale*, n° 22, 1 juin 2015, p. 1034.

⁵⁵ D. DE BÉCHILLON, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015/4, p. 11.

régime des motos-taxis aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil après avoir rappelé les arguments des requérants, les dispositions contestées et avant de se prononcer sur le fond prend la peine d'insérer un considérant pour le moins étonnant : « Considérant que les dispositions contestées sont relatives à la réglementation du transport public de particuliers par des véhicules motorisés à deux ou trois roues, qui s'est développé récemment » (consid. 9)⁵⁶. C'est bien la première fois que le Conseil emploie une telle formulation ! Celle-ci tranche avec celle habituellement employée et qui veut que le Conseil « ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation du législateur »⁵⁷, particulièrement concernant une « question de société », ce qu'est indéniablement la question de l'*uberisation* des moyens de transport. L'interrogation d'un éventuel volontarisme juridique peut d'ailleurs être appuyée au regard des commentaires joints aux décisions du Conseil sur son site internet. On peut notamment y lire que le critère de la réservation préalable retenu par le législateur pour distinguer les activités VTC et taxis « aura sans doute moins d'importance à l'avenir avec le développement des réservations par Internet et par téléphone portable »⁵⁸.

Plus loin, le juge constitutionnel n'hésite pas à fournir les clés nécessaires pour peu à peu vider la profession taxi de son intérêt. C'est lui d'abord qui atténue la portée de l'interdiction de la maraude électronique en spécifiant que seul le cumul des informations sont constitutives d'une infraction. C'est encore lui qui par sa réserve d'interprétation rappelle aux taxis qui en doutaient que l'obligation de retour à la base les concerne également dès lors qu'ils ne se situent pas dans leur ressort. C'est enfin lui qui leur ouvre les portes de chauffeur VTC. Juger de la non-conformité de l'interdiction de pratiquer à la fois l'activité de taxi et de chauffeur VTC n'incite-t-il pas en effet à s'éloigner de la profession de taxi, vouée à disparaître ? Aussi, en invalidant l'article L. 3121-10 du code des transports, le juge constitutionnel ne va-t-il pas à l'encontre d'un choix délibéré du législateur de tempérer les fraudes fiscales des acteurs économiques concernés ? N'oublions pas à cet égard que le législateur est guidé par une volonté d'encadrer les nouveaux moyens de transport qui – on le sait – échappent en grande partie à la législation fiscale et sociale. La question se pose alors de savoir si les décisions récentes du Conseil sont un frein au « volontarisme politique » visant à réguler la croissance de la liberté d'entreprendre au regard d'autres droits et libertés et à protéger les taxis dont on connaît la capacité à bloquer la voie publique ; mais également tenant à la volonté des autorités publiques de relativiser les effets de la globalisation sur notre territoire ? Le juge constitutionnel au travers de ces décisions ne relativise-t-il pas les jalons posés par le législateur pour distinguer taxis et VTC ? On peut également se demander si le Conseil constitutionnel intègre la logique de l'efficacité économique dans son raisonnement, en faisant primer la liberté d'entreprendre du plus grand nombre sur la propriété de quelques-uns ?⁵⁹

⁵⁶ CC, n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, *M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur]*, consid. 9, souligné par nous.

⁵⁷ Pour une présentation classique de la position du Conseil à l'égard du législateur, v. G. BERGOUIGNOUS, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013/1, p. 294. Première décision en ce sens : CC, n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, cons. 1.

⁵⁸ Comm. CC, n° 2013-318 QPC, *M. Mohamed T.*, p. 11. URL : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013318QPCccc_318qpc.pdf

⁵⁹ F. MARTY, « Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie. Une application à la politique de la concurrence », *ce colloque*.

Ainsi, au travers de ces rapides interrogations, c'est bien plutôt la question d'un certain « volontarisme juridique » qui se dessine. On peut lire que « les réponses du Conseil constitutionnel, en 2015, traduisent des choix fondés sur des considérations plus politiques que juridiques »⁶⁰. Cette politique va-t-elle dans le même sens que les considérations retenues par le législateur ? Rien n'est moins sûr. C'est pourquoi sans crier au « gouvernement des juges », ni oser parler de contrôle d'opportunité, il semble toutefois juste d'évoquer une jurisprudence « contextualisée », ce que le considérant susmentionné laisse bien entendre.

Tout ça pour quoi ? Comme constaté dans le cadre de sa jurisprudence relative à l'accès aux services de santé qui tend à se libéraliser, le juge constitutionnel a en réalité dû « vérifier l'implication de la loi dans la conciliation d'impératifs contradictoires »⁶¹. Ce constat n'est pas isolé mais marque l'intérêt et la difficulté de traiter du contentieux des droits et libertés que la Constitution garantit au regard du développement des libertés économiques. Ainsi, les accueils mitigés de la doctrine s'expliquent parfaitement. Il faut dire que ces solutions timides – pour libérales soient elles – ne permettent pas de résoudre le conflit, ce que confirment la reprise des manifestations à propos de la législation Thévenoud fin janvier 2016 et la loi Grandguillaume fraîchement adoptée⁶². En effet, la loi Grandguillaume visant à « pacifier le conflit » est sans appel : l'*uberisation* de la société pose de redoutables problèmes de droit que ni le législateur ni le Conseil constitutionnel ne sont parvenus à résoudre. Cela laisse d'ailleurs présager au Conseil d'être saisi à propos de la nouvelle législation – déjà critiquée⁶³ ! Face à un marché des transports en crise et secoué par le développement d'une « économie numérique », apparaît toutefois une certitude : la liberté d'entreprendre constitue un enjeu majeur, un vecteur de l'*uberisation* de la société.

Au regard des infléchissements apportés à la législation du fait des déclarations d'inconstitutionnalités prononcées, deux réponses plus générales s'offrent finalement aux questions posées par les instigatrices du colloque :

D'une part, il est certain aujourd'hui que le juge est un acteur à part entière du système économique et participe à la constitutionnalisation des principes de l'Économie de marché, au premier rang desquels figure la liberté d'entreprendre. Ce rôle est d'autant plus important depuis l'introduction de la QPC.

D'autre part, force est de constater que les « justiciables économiques » ne sont pas les victimes de ce système mais participent au contraire à sa libéralisation par le truchement du juge. Qu'en est-il en revanche du citoyen, là est une autre question que ces quelques lignes ne nous permettent pas de traiter...

Dominique Rousseau écrivait dès 1990 que « la minceur du fil constitutionnel reliant la liberté d'entreprendre à l'article 4 de la DDHC, si elle fragilise l'argumentation du Conseil,

⁶⁰ D. GENCY-TANDONNET, « L'habillage juridique de solutions discriminatoires contre les VTC et l'avenir du modèle d'Uber », *op. cit.*, p. 2134.

⁶¹ X. BIOY, « Accès aux services de santé et libertés économiques », *Constitutions*, 2014, p. 87.

⁶² Proposition de loi relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 juin 2016, adoptée les 19 et 21 déc. 2016. Sur cette loi et la problématique des véhicules LOTI, v. L. TOUSSAINT, « La guerre des trois n'aura pas lieu », *Bulletin des transports et de la logistique*, n° 3593, 18 avril 2016, p. 229-230.

⁶³ V. la présentation faite de cette loi sur le site d'Uber : URL : <http://www.chauffeur-uber.fr/proposition-loi-grandguillaume/>

fait apparaître, par soustraction, l'épaisseur de son engagement en faveur des principes de l'économie de marché. »⁶⁴. La formule loin d'avoir perdu en acuité est ainsi davantage illustrée aujourd'hui, comme l'atteste l'examen de cette jurisprudence récente du Conseil.

Antoine Lyon-Caen pour sa part précisait il y a peu que « Ceux qui n'avaient pas prévu le mouvement [...] sont dorénavant prévenus : la liberté d'entreprendre et le droit de propriété deviennent des mesures constitutionnelles courantes des lois anciennes comme des textes nouveaux. [...] Ces appels à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété ne sont pas l'œuvre spontanée du Conseil constitutionnel, mais avant tout des auteurs des saisines ou des rédacteurs des questions prioritaires de constitutionnalité. Toutefois en accueillant parfois, et parfois même, de manière éclatante les critiques constitutionnelles formulées en leur nom, le Conseil constitutionnel contribue à la crédibilité de telles critiques et pourrait, à son corps défendant, les stimuler. »⁶⁵.

Nous irons plus loin en ne retenant que la liberté d'entreprendre... Partage et propriété ne faisant pas bon ménage pour *uberiser* !

⁶⁴ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, n° 1, 1990, p. 11.

⁶⁵ A. LYON-CAEN, « La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprise », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 02 juin 2014. URL : <http://revdh.revues.org/830>

La conciliation entre libertés économiques et droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil d'État

Par

Virginie DONIER

Professeure de droit public, Université de Toulon, CERC

Le contentieux des droits et des libertés fondamentaux n'étant pas l'apanage du juge constitutionnel, il peut sembler opportun de porter également le regard vers le juge administratif, et plus précisément, vers le Conseil d'État, afin de déterminer la place accordée en droit positif à l'économie de marché. L'articulation entre libertés économiques et droits économiques et sociaux suppose de combiner des principes (et des valeurs) aux finalités parfois antagonistes. Certaines évolutions jurisprudentielles récentes laissent d'ailleurs à penser que le Conseil d'État est de plus en plus imprégné par l'objectif de protection des intérêts économiques. Dans sa décision d'Assemblée du 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, le Conseil d'État a ainsi considéré que des actes qui, auparavant, échappaient largement au contrôle du juge (tels des avis ou des recommandations), pouvaient désormais lui être soumis dès lors qu'ils « produisent des effets notables notamment de nature économique »¹. Certains auteurs n'ont pas manqué de s'interroger sur le sens d'une telle évolution qui traduirait une « rupture du « pacte républicain » », la protection des intérêts économiques devenant un critère permettant d'identifier un acte administratif susceptible de recours². Une telle analyse conforte la thèse selon laquelle il existerait deux poids et deux mesures dans la protection des droits fondamentaux, le Conseil d'État étant peut-être l'un des artisans de ce déséquilibre.

Pour tenter d'éclairer ce débat, on se propose d'analyser la manière dont le Conseil d'État reçoit, dans sa jurisprudence, les libertés économiques à valeur constitutionnelle comme la liberté d'entreprendre et le droit de propriété, lorsque ces libertés et droits sont confrontés à d'autres droits fondamentaux que sont les droits sociaux.

Présentée à l'origine comme une composante de la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre est protégée constitutionnellement, le Conseil constitutionnel ayant jugé, dans sa décision du 16 janvier 1982, que « la liberté (...) ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »³. Cette valeur constitutionnelle a été plus récemment rappelée dans deux décisions QPC du 17 octobre 2014 s'agissant de l'activité des Voitures de Tourisme avec Chauffeurs (VTC) et du 15 janvier 2016 sur l'incompatibilité entre l'exercice de

¹ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390 023, *AJDA*, 2016, p. 717, chronique L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET.

² F. ROLIN, « Le droit administratif est-il au service du Grand Capital ? », *AJDA*, 2016, p. 921.

³ Décision n° 81-132 DC, Loi de nationalisation, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 356.

l'activité de conducteur de taxi avec celle de conducteur de VTC⁴. La liberté d'entreprendre est également une liberté fondamentale au sens de l'article L 521-2 CJA⁵. Ces évolutions jurisprudentielles ont incité la doctrine à repenser la logique originelle pour considérer que la liberté d'entreprendre était devenue le principe matriciel, c'est-à-dire le « contenant des libertés de l'industrie et du commerce, de la concurrence, d'établissement, d'exercice d'une profession, voire de la liberté contractuelle »⁶.

Le droit de propriété est quant à lui consacré explicitement par la Déclaration de 1789 et sa valeur constitutionnelle a été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision relative aux nationalisations⁷. De plus, à l'instar de la liberté d'entreprendre, il s'agit aussi d'une liberté fondamentale pouvant justifier l'introduction d'un référé-liberté devant le juge administratif⁸.

La valeur constitutionnelle des droits et libertés précités justifie-t-elle que le Conseil d'État leur accorde nécessairement une place prépondérante dans sa jurisprudence au détriment des droits sociaux ? Le Conseil d'État tente-t-il de faire coexister ces deux catégories de droits en essayant de dégager un subtil équilibre entre deux logiques différentes ? Telles sont les questions qu'il convient de se poser car si le recours à la hiérarchie des normes peut, dans certains cas, constituer un élément de résolution du conflit (tous les droits sociaux n'ayant pas valeur constitutionnelle), le Conseil d'État est en mesure de consacrer une liberté fondamentale au sens de l'article L 521-2 du Code de la justice administrative en s'affranchissant des catégories constitutionnelles. Dès lors, l'analyse de la jurisprudence laisse transparaître la conception que le juge administratif retient, consciemment ou inconsciemment, du modèle social. Même s'il ne s'agit pas d'affirmer que ce modèle est le fruit d'un consensus au sein de l'institution (car derrière « le juge » se cachent en réalité des juges et des époques différentes), il peut néanmoins être intéressant de s'interroger sur la place que l'institution accorde actuellement aux droits sociaux face aux libertés économiques grâce à l'analyse de la jurisprudence relative à la liberté d'entreprendre (I) et au droit de propriété (II).

I. Les droits sociaux confrontés à la liberté d'entreprendre dans la jurisprudence administrative

Dans le cadre de cette première partie, nous avons plus précisément fait le choix de mettre l'accent sur la jurisprudence relative aux services publics en raison du rôle joué par ces activités dans la mise en œuvre des droits sociaux. Pour s'en convaincre, il suffit de convoquer les auteurs classiques, à l'instar de Jean Rivero qui, dans son manuel de libertés

⁴ Respectivement, QPC 2014-422, *JO* du 19 octobre 2014, p. 17454 ; A. HAQUET, « Taxis contre VTC devant le Conseil constitutionnel : victoire de la liberté d'entreprendre », *AJDA*, 2015, p. 226 ; QPC 2015-516, *JO* 17 janvier 2016, note O. LE BOT, *Constitutions*, 2016, n° 1, p. 105.

⁵ CE, ref, 12 novembre 2001, commune de Montreuil-Bellay, rec. p. 551.

⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, p. 19.

⁷ Décision n° 81-132, *op. cit.*

⁸ CE, 29 mars 2002, SCI Stephaure et autres, rec p. 117 ; CE 3 janvier 2003, Ministre de l'intérieur de la sécurité intérieure et des libertés locales, *AJDA*, 2003, p. 342, note J.P. GILLI ; CE, 16 mai 2012, Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer des collectivités territoriales et de l'immigration, n° 359214.

publiques écrivait : « les droits de créance ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers. Le service public est donc (...) le procédé le plus normal pour assurer la concrétisation de ces droits »⁹.

Service public et marché doivent par conséquent coexister¹⁰. Toutefois, cette relation de couple n'apparaît pas comme étant linéaire, elle a connu des évolutions au fil de la jurisprudence administrative et elle ne se conçoit pas de la même manière selon l'objet de l'activité de service public. C'est pourquoi il apparaît nécessaire de distinguer, d'une part, les solutions applicables à la création de services à finalité sociale (mais non dénués de dimension économique), et d'autre part, la question du droit d'accès aux services économiques essentiels (non dénués de dimension sociale).

A. La liberté d'entreprendre face à la création de services publics à finalité sociale

La préservation des libertés économiques a eu d'ardents défenseurs en doctrine, sous la plume de Pierre Delvolvé notamment, l'auteur indiquant que l'extension de la notion de service public constituerait une atteinte grave à la liberté d'entreprendre¹¹. Cela démontre qu'existe bien une tension entre les libertés économiques et les activités des personnes publiques qui répondent à l'objectif d'interdépendance sociale, pour reprendre la terminologie Duguiste.

Pour tenter de mieux appréhender cette tension, il convient de rappeler la jurisprudence classique qui dessine les contours de l'interventionnisme des personnes publiques. Cette jurisprudence s'est tout d'abord construite au temps du socialisme municipal avec le fameux arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* du 30 mai 1930 : « les activités à caractère commercial restent en principe réservées à l'initiative privée ». Les personnes publiques ne peuvent prendre en charge de telles activités que « si en raison des circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière »¹².

Si l'interprétation a pu sembler restrictive, les décisions ultérieures démontrent que la carence de l'initiative privée s'est ensuite transformée en insuffisance. C'est ce qu'illustre l'arrêt *Commune de Nanterre* du 20 novembre 1964 relatif à la création d'un service public municipal de soins dentaires¹³. Le juge a estimé que cette création était légale du fait des tarifs pratiqués par les praticiens privés de la commune qui, pour la plupart, étaient supérieurs au tarif de la sécurité sociale. Cette décision illustre parfaitement la relation de complémentarité

⁹ Tome 1, PUF 1991, p. 121 ; pour des analyses plus contemporaines voir L. THÉVENOT, « Les justifications du service public peuvent-elles contenir le marché ? » in V. CHAMPEIL-DESPLATS et A. LYON-CAEN (dir.), *Services publics et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2001, p. 127 : le service public vise à rétablir une « commune dignité menacée par les inégalités liées au sexe, à la santé », ou aux disparités économiques, sociale et territoriales.

¹⁰ A. S. MESCHERIAKOFF, « Service public et marché, histoire d'un couple. Ou vie et mort du service public à la française », in *Le service public*, AFDA, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 3.

¹¹ « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 2. Pour une position contraire, voir E. PISIER, « Services publics et libertés publiques », *Pouvoir*, 1986, p. 149.

¹² CE, section, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, rec. p. 583 ; *RDP* 1930 p. 530 avec les conclusions du commissaire du gouvernement JOSSE.

¹³ Rec. p. 563.

devant exister entre service public et marché, et c'est précisément dans cette logique de complémentarité que le service public puise sa légitimité, selon la jurisprudence.

Quelques années plus tard, le Conseil d'État est venu préciser, dans son avis *Jean Louis Consultants* du 8 juin 2000, qu'« aucun texte ni aucun principe n'interdit en raison de sa nature une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public »¹⁴.

Pour autant, dans son rapport de 2002, le Conseil d'État rappelle que la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* a dégagé un principe dont il ne faut pas « faire litière »¹⁵. Et c'est précisément ce que démontre l'arrêt rendu par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, le 31 mai 2006, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*¹⁶ : il ressort de cette décision que l'interprétation classique de la liberté du commerce et de l'industrie doit continuer à prévaloir en amont, au plan du principe même de l'intervention, tandis que la règle d'égale concurrence joue quant à elle en aval, au niveau des modalités de l'intervention économique publique, lorsque cette dernière a été admise dans son principe¹⁷.

Il convient donc de faire le partage entre deux questions distinctes : celle de la création d'un service public susceptible de concurrencer le secteur privé, ce qui suppose de faire la preuve de l'existence d'un intérêt public¹⁸, et la question du respect des règles de la concurrence au niveau du fonctionnement de l'activité.

Cette partition se retrouve d'ailleurs dans un arrêt rendu par le Conseil d'État le 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, décision dans laquelle était en cause la création d'un service de téléalarme pour les personnes dépendantes alors même qu'il existe des prestations similaires offertes par des sociétés privées¹⁹. Le juge estime qu'en dépit de cela, « la création de ce service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local ; par suite, cette création n'a pas porté une atteinte illégale au principe de liberté du commerce et de l'industrie ».

Il apparaît ainsi que l'existence d'un secteur privé ne prive pas une personne publique de toute faculté d'intervention dès lors que l'activité économique poursuit une finalité sociale et présente un intérêt public. Dans ses conclusions, Nicolas Boulouis indiquait d'ailleurs : « qu'il y a un intérêt public à ce que le département intervienne, pour des raisons qui tiennent à la nature de l'activité, à son public, mais aussi, paradoxalement, à l'intervention de plusieurs acteurs privés ainsi qu'à la circonstance que la téléassistance puisse être prise en charge au titre de l'allocation personnalisée d'autonomie »²⁰.

L'intervention d'acteurs privés ne prive pas la personne publique de toute faculté d'intervention et à première vue, on serait enclin à conclure que cet arrêt préserve l'existence

¹⁴ Rec. p. 492.

¹⁵ « Collectivités publiques et concurrence », *Etudes et documents*, n° 53, p. 265.

¹⁶ Rec. p. 272 ; conclusions D. CASAS, *RFDA*, 2006, p. 1048.

¹⁷ C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, Thèse dactylographiée, Université de Limoges, 2009, p. 289.

¹⁸ Si l'arrêt de 2006, *Ordre des avocats à la Cour d'Appel de Paris* a précisé qu'il existait un domaine d'intervention naturel dans lequel l'initiative privée pouvait légalement s'exprimer, les activités économiques poursuivant une finalité sociale n'entrent pas dans ce cadre, ce qui signifie que la collectivité publique doit démontrer qu'elle a un intérêt à agir, voir S. NICINSKY, « Les services sociaux devant le Conseil d'Etat : la construction d'une exception française », *AJDA*, 2008, p. 185.

¹⁹ Rec. p. 652 ; *RDSS*, 2010, p. 341, note G. KOUBI et G. J. GUGLIELMI.

²⁰ *AJDA*, 2010 p. 957.

des services publics. Toutefois, à y regarder de plus près, il nous semble que cette décision comporte une part d'ombre : on peut se demander, comme le font G. Koubi et G. J. Guglielmi²¹, si la place laissée aux services publics n'est pas réduite à la portion congrue et si derrière cet objectif d'accès universel à la téléassistance (indépendamment du niveau des ressources), ne se cache pas en réalité une vision plus restrictive du service public. Pour bien saisir les doutes que l'on émet, il faut distinguer d'une part les justifications avancées à l'appui de la création du service public, et d'autre part, les modalités de fonctionnement de celui-ci.

Sur le second point, le caractère universel n'est pas remis en cause dans la mesure où toutes les personnes dépendantes bénéficient d'un égal accès au service départemental. Néanmoins, les justifications apportées à la création de ce service public n'ont rien d'universel : c'est parce que le service public s'adresse en premier lieu aux personnes qui ne pourraient se tourner vers le secteur privé qu'il ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Or, cela nous incite à nous interroger sur la place dévolue aux initiatives publiques par rapport aux libertés économiques. La création d'un service public ne semble être légitime que lorsqu'il s'agit de combler les besoins des plus modestes, ce qui laisse à penser que dans le couple « service public – marché », le premier n'occuperait qu'une place subsidiaire. Ce n'est pas seulement l'objet de la prestation qui justifie l'existence d'un service public, mais l'exclusion des plus modestes des prestations assurées par le secteur privé. Cela tend à démontrer que les libertés économiques bénéficient d'une place prééminente lors de l'examen des justifications apportées à la création d'un service public par le Conseil d'État. Les services publics à vocation sociale non dénués de finalité économique semblent être placés dans un véritable étau, l'intérêt public devant en effet être prouvé, il n'est nullement présumé.

B. La liberté d'entreprendre face au droit d'accès aux services publics économiques essentiels

Pour éclairer cette question portant sur des services non dénués de finalité sociale en dépit de leur fonction première, il nous semble que la jurisprudence relative aux arrêtés anti-coupure d'eau et d'électricité est riche d'enseignements. Même s'il existe aujourd'hui des dispositifs législatifs permettant de prévenir ces coupures, les décisions rendues avant leur adoption permettent de mieux saisir la place des libertés économiques face au droit d'accès aux services essentiels²².

Lorsque l'on étudie en détail les décisions statuant sur les arrêtés anti-coupure d'eau et d'énergie pris par les maires, il apparaît que le juge n'exclut pas totalement que le maire fasse usage de son pouvoir de police en pareil cas. Plus largement, il n'existe aucun obstacle de principe à ce que l'ordre public porte atteinte à cette liberté, mais les restrictions doivent sembler nécessaires et demeurer proportionnées à l'objectif poursuivi. Le Conseil

²¹ Note précitée.

²² L'article L 115-3 du Code de l'action sociale et des familles prévoit désormais que « toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau, d'énergie, d'un service de téléphonie fixe et d'un service d'accès à internet ».

constitutionnel retient également cette interprétation : tel est le sens la décision QPC du 17 octobre 2014 relative aux VTC. Le Conseil admet en effet que la loi protège les taxis qui ont seuls le droit de stationner en quête de clients, contrairement aux VTC, sans que cela porte atteinte à la liberté d'entreprendre au regard des objectif d'ordre public poursuivi²³.

Dans le cadre de la jurisprudence relative aux arrêtés anti-coupure, le juge rappelle que l'usage par le maire de son pouvoir de police doit se concilier avec la liberté du commerce et de l'industrie (qui peut être analysée comme une composante de la liberté d'entreprendre, ainsi que cela a déjà été souligné)²⁴. Or, en la matière, aucune justification tirée de la dignité humaine n'a été admise afin de légitimer de telles mesures de police, le juge ayant systématiquement sanctionné le caractère général et absolu de l'interdiction²⁵. Même dans les hypothèses où l'arrêté était circonscrit aux personnes de bonne foi, le juge administratif a sanctionné l'illégalité en refusant de reconnaître qu'existait effectivement un risque pour la dignité humaine. Dans ce cas, le caractère général ne pouvait plus être opposé au maire, mais le juge a considéré que le caractère absolu devait emporter l'annulation en raison de l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, il ressort de cette jurisprudence que ce principe, d'essence libérale, constitue un butoir susceptible de limiter la protection accordée au droit d'accès à un service public.

Pour adopter des dispositifs garantissant l'accès à ces services essentiels, l'intervention du législateur a été nécessaire, le recours aux mesures de police n'étant sans doute pas la réponse la plus adaptée, mais il n'en demeure pas moins que cette jurisprudence illustre la place substantielle qu'occupent les libertés économiques face aux dispositifs infra-législatifs visant à garantir l'accès aux services essentiels. Par la loi du 15 avril 2013, le législateur a ainsi interdit l'interruption de fourniture d'eau ou la résiliation du contrat, étant précisé que cette disposition a vocation à s'appliquer toute l'année et non pas seulement pendant la période de la trêve hivernale, contrairement aux dispositifs applicables aux coupures d'énergie²⁶. La disposition concernée, insérée à l'article L 115-3 CASF, a donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel rendue sur la base d'une QPC le 29 mai 2015²⁷. Le raisonnement du juge constitutionnel s'avère intéressant car les auteurs de la saisine estimaient que la loi portait atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle. Le Conseil, pour écarter ce grief, relève que le marché de l'eau est un marché réglementé. De plus, l'interdiction de couper l'eau ne prive pas le distributeur de son droit à recouvrer sa créance sur les factures impayées. C'est cet argument qui permet de rejeter l'atteinte aux libertés économiques précitées, argument qui n'a jamais été utilisé par le Conseil d'État dans le cadre de son contrôle sur les mesures de police précitées. Il apparaît, au regard de la décision rendue par le Conseil constitutionnel, que la liberté d'entreprendre peut admettre des restrictions permettant de préserver l'accès des plus vulnérables aux services essentiels. La décision du 29 mai 2015

²³ Décision précitée, voir A. HAQUET, « Taxis contre VTC devant le Conseil constitutionnel : victoire de la liberté d'entreprendre », *op. cit.*

²⁴ CAA Versailles, 25 octobre 2007, commune de Bobigny, n° 06VE0008 ; CAA de Versailles, 14 octobre 2009, commune de Stains ; CAA de Nancy, 11 juin 2009, Préfet du Doubs.

²⁵ S. BRACONNIER, Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel, *AJDA*, 2005, p. 644.

²⁶ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, *JO* 16 avril 2013, p. 6208.

²⁷ Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, *JO* 31 mai 2015, p 9051 ; C. NIVARD, « La garantie d'un accès à l'eau devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, p. 1705.

établit d'ailleurs un lien explicite entre le droit à l'eau et l'objectif de possibilité de disposer d'un logement décent. Cette décision met donc en lumière la frilosité du Conseil d'État lorsqu'il s'agit de confronter la liberté d'entreprendre à la protection des droits sociaux, le juge administratif ayant tendance à se retrancher derrière l'action législative pour rejeter toute solution innovante. Par l'entremise du droit à un logement décent, le droit à l'eau aurait pu être rattaché à la dignité humaine afin de trouver un fondement aux arrêtés municipaux visant à interdire les coupures d'eau, *a fortiori* dans les hypothèses où ces arrêtés ne visaient que les personnes de bonne foi. Cependant, le juge administratif a refusé de s'engager dans cette voie, probablement parce que le droit à un logement décent souffre lui aussi d'une protection toute relative dans la jurisprudence administrative.

II. Le droit de propriété confronté aux droits sociaux

C'est en analysant la jurisprudence inhérente au concours de la force publique en cas d'expulsion locative que l'on parvient à mieux appréhender la place que le juge accorde au droit propriété, et corrélativement, au droit au logement, en lien avec le principe du respect de la dignité humaine (A). Ces analyses supposeront ensuite de s'interroger sur la différence de valeur entre ces deux droits car il pourrait sembler cohérent que le droit au logement soit érigé au rang de liberté fondamentale alors que le juge administratif rechigne encore à franchir ce pas (B).

A. La jurisprudence relative au concours de la force publique en cas d'expulsion locative

Il convient en premier lieu de souligner les attermoissements de la jurisprudence en la matière, ces tergiversations s'expliquant sans doute par les différents enjeux en présence : le droit à un recours effectif (impliquant le droit à l'exécution des décisions de justice), la protection du droit de propriété, la protection de l'ordre public (incluant la dignité humaine), et l'objectif d'accès à un logement²⁸. Dans certaines espèces, le juge a considéré que l'autorité administrative n'était pas autorisée à prendre en compte des considérations d'ordre humanitaire et social, lesquelles relèvent de l'appréciation de l'autorité judiciaire lorsqu'elle autorise l'expulsion²⁹. Pourtant, dans d'autres décisions, le juge administratif a admis la prise en compte de considérations d'ordre humanitaire et social en lien avec la notion de dignité en raison de la présence de personnes vulnérables. C'est ainsi que le Conseil d'État a considéré que, pour refuser le concours de la force publique, l'autorité administrative pouvait légalement se fonder sur la situation de la personne dont l'expulsion était demandée, laquelle était atteinte d'une pathologie lourde et était sans solution de relogement³⁰. Dans ce cas, le droit de propriété cède face à des considérations tenant à la dignité humaine. Certes, le

²⁸ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Les décisions préfectorales relatives au concours de la force publique pour l'exécution des décisions de justice. Difficultés d'analyse », *RFDA*, 2015, p. 773.

²⁹ CAA Versailles, 21 septembre 2006, X. et association ATD Quart Monde, *AJDA*, 2006, p. 1947, chronique G. PELLISSIER ; TA Toulouse, 23 octobre 2009, M. Conte, *AJDA*, 2010, p. 448.

³⁰ CE, 23 avril 2008, Barbuto, *AJDA*, 2008, p. 1511 ; voir également CE, 24 juillet 2008, Michèle B. n° 318686.

propriétaire peut obtenir une indemnisation sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, mais il n'en demeure pas moins qu'il est privé des droits découlant de la propriété. Par ailleurs, on s'aperçoit que contrairement à la jurisprudence sur les arrêtés anti-coupure, la dignité peut venir ici au secours de la protection des droits sociaux.

Au regard du caractère impressionniste de la jurisprudence, le Conseil d'État a tenté d'opérer une clarification dans une décision du 30 juin 2010, *M. Ben Amour*³¹. Il s'avère que deux justifications peuvent légitimer le refus d'octroi du concours de la force publique : en premier lieu, il peut s'agir de considérations impératives tenant à la sauvegarde de l'ordre public. Donc le droit au respect de la dignité humaine peut servir de fondement au refus du préfet, sous réserve que cette autorité ne remette pas en cause l'appréciation faite par le juge judiciaire lors de l'examen de la demande d'expulsion (condition qui peut sembler délicate à mettre en œuvre). En second lieu, le préfet peut tenir compte de circonstances nouvelles apparues après le prononcé de la décision d'expulsion par le juge judiciaire, ces circonstances étant généralement liées à la sauvegarde de la dignité humaine. Ce principe permet donc de s'opposer à l'exécution d'une décision de justice et il est susceptible de primer sur l'exercice des attributs découlant du droit de propriété³². La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme va aussi dans ce sens³³, mais pour la Cour, l'exécution de la décision de justice doit être simplement différée, elle ne peut être totalement remise en cause du fait du versement d'une indemnisation au propriétaire. Cette position ne semble pas être en adéquation avec la jurisprudence *Couitéas* qui veut, en effet, qu'après avoir été indemnisé sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, le propriétaire ne puisse plus solliciter une exécution forcée³⁴. Le juge administratif français paraît donc moins protecteur du droit de propriété que ne l'est le juge de Strasbourg.

Pour autant, il convient de ne pas s'en tenir à la seule analyse des décisions dans lesquelles le Conseil d'État valide le refus de concours de la force publique dans la mesure où il ne s'agit nullement d'une règle, l'appréciation se fait *in concreto*. Il serait ainsi erroné d'en conclure que le droit au logement prime systématiquement sur le droit de propriété.

Par ailleurs, la protection que le juge accorde au droit au logement s'avère perfectible car il est encore un pas que le juge se refuse à franchir : faire du droit à un logement décent une liberté fondamentale au même titre que le droit de propriété.

B. Une différence de valeur normative

Dans l'ordonnance du 2 mai 2002, Association de réinsertion sociale du Limousin³⁵, le Conseil d'État s'est fondé sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour refuser d'ériger

³¹ *AJDA*, 2011, p. 568, note J. LE GARS ; *D.* 2011, p. 1509, note A. LEBORGNE ; *AJDI*, 2011, p. 421, note F. ZITOUNI.

³² X. BIOY, « La dignité justifie-t-elle le refus de concours de la force publique pour expulser un locataire ? » *AJDA*, 2010, p. 448.

³³ Voir par exemple la décision du 2 mars 2011, *Sud est réalisations c/ France*, n° 6722/05, *D.* 2011. 2298, observations M. MALLET-BRICOURT.

³⁴ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, rec. p. 789 ; *S.* 1923. 3. 57, note M. HAURIOU ; B. SEILLER, « L'actualité de l'arrêt *Couitéas* », *RFDA*, 2013, p. 1012.

³⁵ *AJDA*, 2002, p. 818

le droit à un logement décent au rang de liberté fondamentale³⁶. Le droit au logement ne bénéficie pas du même niveau de protection que le droit de propriété qui, lui, est une liberté fondamentale. Ainsi, la jurisprudence relative au refus de concours de la force publique ne doit pas inciter à penser que le droit au logement bénéficierait d'une protection identique à celle accordée au droit de propriété.

Pourtant, le Conseil d'État a considéré que le droit à un hébergement d'urgence est une liberté fondamentale, et ce, depuis une ordonnance du 10 février 2012³⁷. Dès lors, quelles sont les raisons permettant d'expliquer la distinction établie entre droit à l'hébergement et droit au logement ? L'explication réside sans doute dans le fait que le premier est opposable aux personnes publiques, tandis que le second peut être opposé aux personnes privées et entrer en confrontation avec leur droit de propriété. On peut donc voir dans ce refus de « fondamentalité » la volonté de protéger le droit de propriété qui pourrait subir de nouvelles restrictions si le droit au logement était élevé au rang de liberté fondamentale, puisque cela ouvrirait le recours au référé-liberté. La reconnaissance du caractère fondamental permettrait au locataire menacé d'expulsion de bénéficier d'une arme supplémentaire pour se maintenir dans son logement.

C'est sans doute au regard de ces considérations que le juge administratif se refuse à consacrer une nouvelle liberté fondamentale et se contente de concilier, au cas par cas, les impératifs inhérents à la dignité humaine et le droit de propriété. Pourtant, on ne peut se satisfaire d'une telle solution qui nuit à la clarté du droit. Dans la veine de l'ordonnance rendue le 10 février 2012, il nous semblerait cohérent que le Conseil d'État range le droit à un logement décent dans la catégorie des libertés fondamentales. Une telle évolution ne constituerait pas une révolution en ouvrant de nouvelles vannes contentieuses. Rappelons, en effet, que la seule atteinte à une liberté fondamentale ne peut suffire pour engager un référé-liberté, encore faut-il que cette atteinte soit grave et manifestement illégale, et encore faut-il démontrer que la condition d'urgence est remplie. Toutefois, le Conseil d'État s'est pour l'instant refusé à s'engager dans la voie de cette reconnaissance, tout comme il se refuse à user du droit au respect de la dignité humaine pour protéger le droit à un logement décent³⁸. En l'absence de consécration du droit au logement en tant que liberté fondamentale, il pourrait cependant être opportun d'invoquer le droit au respect de la dignité humaine pour s'opposer à l'exécution d'une décision d'expulsion par la force publique dès lors que l'administration n'a pas procédé à la recherche d'une solution de relogement. Le droit de propriété ne nous semblerait pas être remis en cause de manière disproportionnée dans ce cas.

En conclusion, que faut-il retenir de ces différentes opérations de conciliation entre libertés économiques et droits sociaux ? Doit-on admettre l'existence d'une hiérarchie matérielle, entendue, comme l'écrivait Georges Vedel, dans un sens para-juridique, c'est-à-dire que cette hiérarchie matérielle indiquerait l'importance que le juge accorde à certains

³⁶ Selon le Conseil Constitutionnel, le droit au logement est simplement un objectif à valeur constitutionnelle : voir en ce sens la décision n° 94-359DC, 19 janvier 1995, *JO* 21 janvier 1995, p. 1166 ; S. PAPAETHYMIU, « De l'inégalité devant le toit : la décision du Conseil constitutionnel relative au logement décent au prisme de la théorie du droit », *Revue des affaires sanitaires et sociales*, 1998, n° 4, p. 57.

³⁷ M. Karamoko A. Rec. Tables p. 835.

³⁸ CE, Ord., 5 novembre 2014, Mme C. ; V. DONIER, « Expulsion locative, droit au logement et référé-liberté : réflexions sur quelques incohérences », *RDSS*, 2015, n° 1, p. 170.

droits et libertés « avec cette conséquence que s'ils doivent être conciliés avec des droits et libertés moins « importants », c'est à leur exercice que l'on demandera le plus de sacrifice sur l'autel de la conciliation »³⁹ ? Si l'on admet cette idée, il apparaît que les droits et libertés d'essence libérale ont vocation à circonscrire la mise en œuvre des droits et libertés d'ordre social. La place que le Conseil d'État accorde à l'un ou l'autre de ces droits et libertés objet du conflit tend à faire apparaître un subtil équilibre qui laisse émerger, en creux, la conception que cette institution retient du modèle social dans lequel doivent s'inscrire les interventions de la puissance publique.

³⁹ G. VEDEL, « La place de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 61.

Deuxième partie

Contentieux comparé et européens et déséquilibres économiques

Première sous-partie : approche comparative

Mise en contexte :

La crise grecque et l'Europe Un bref essai

Par

Michel DIMOU

Professeur ès Sciences Economiques, Université de Toulon, LEAD

1. Introduction

La période post-dictatoriale en Grèce a été marquée par des rythmes annuels de croissance économique élevés, générés par une succession de stratégies keynésiennes de relance de la consommation via la politique budgétaire et l'augmentation des dépenses publiques. Cette croissance soutenue a été alimentée par un processus d'endettement important (le taux d'endettement s'envolant de 28,6% à 117,8% du PIB entre 1980 et 1993). La fin des années quatre-vingt-dix a été caractérisée par une forte croissance et une gestion plus raisonnée des déficits publics, mais aussi par l'émergence d'une économie souterraine présente au niveau de toutes les échelles de la sphère publique et privée. Les performances macroéconomiques de la Grèce, réelles et simulées, ont permis au pays de rejoindre l'Union monétaire européenne et l'adhésion à la monnaie unique en 1999.

Dès l'année 2004, une série d'enquêtes a révélé l'existence de dépenses publiques successives non comptabilisées qui mettaient le pays en porte-à-faux vis-à-vis des conditions imposées par le traité de Maastricht en termes de gestion du déficit budgétaire. Néanmoins ces révélations, rendues publiques durant une période de croissance rapide, marquée par l'organisation de la 102^{ème} édition des Jeux Olympiques contemporains à Athènes et par le triomphe surprise de l'équipe nationale de foot à l'Euro 2004, n'ont guère ébranlé la confiance des marchés financiers internationaux.

La crise américaine des *subprimes* en 2007 qui a plombé les perspectives de croissance mondiale, puis surtout la crise financière de Dubaï en 2008 et ses conséquences conduisant à un effondrement du marché immobilier régional provoquèrent néanmoins un choc rude pour l'économie grecque dont la branche exportatrice la plus dynamique, celle du BTP, avait fortement investi les marchés du Moyen-Orient. Les mauvaises performances macroéconomiques associées à une série de scandales économiques nationaux et à des

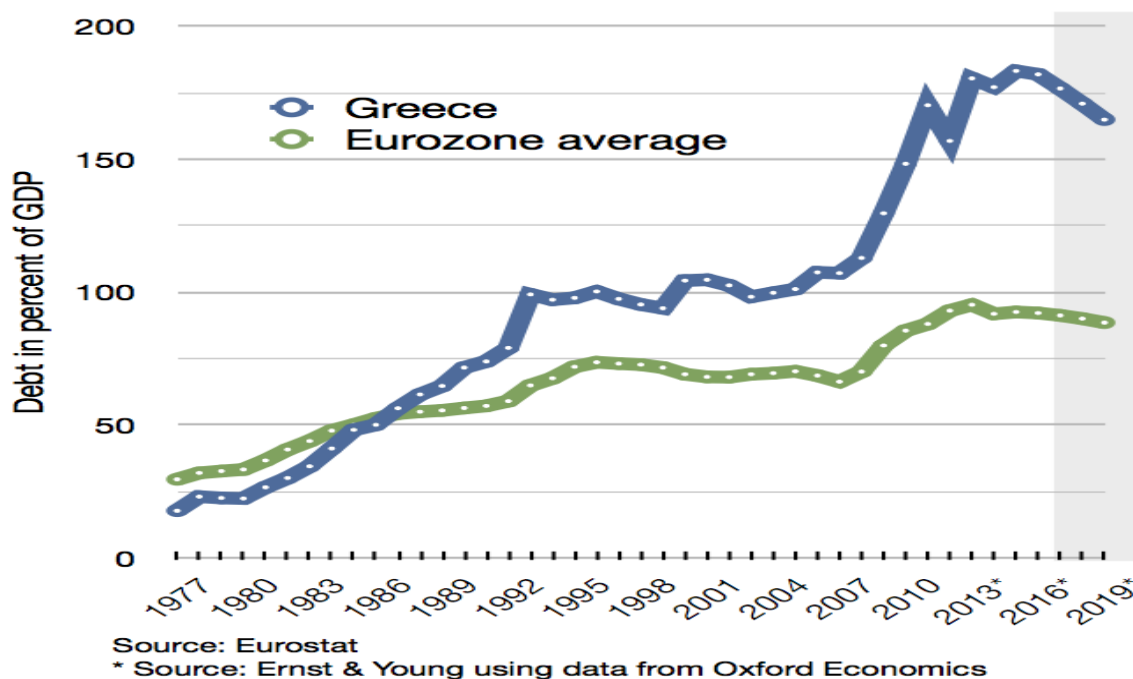
élections législatives anticipées en 2009 ont révélé aux yeux du monde un état des finances publiques fortement délabré avec un déficit public de 15,4%, largement supérieur aux normes européennes (3%) et une dette publique avoisinant le taux record de 126,8% du PIB soit 298 milliards d'euros. En 2009, l'agence *Standard & Poor's* a décidé de baisser la cotation (risque) de long terme de la Grèce de A à A-. Par la suite, les trois grandes agences de cotation internationales *Standars & Poor's*, *Moody's* et *Fitch* se sont relayées pour baisser systématiquement la note de l'économie grecque jusqu'à CCC (synonyme de « *junk economy* ») en détériorant par ce biais les possibilités de refinancement du pays dans les marchés monétaires internationaux (entre Janvier et Avril 2010 le *spread* des Bons du Trésor grec sont passés de 300 à 1000 points).

En 2010, afin d'éviter la « faillite », le gouvernement grec a demandé une aide de 80 milliards d'euros à l'Union Européenne et de 30 milliards d'euros au Fonds Monétaire International (*Loan Facility Agreement*) en s'engageant dans un programme d'ajustement structurel, supervisé par des représentants de l'Union Européenne, de la Banque Centrale Européenne et du FMI (connu plus communément sous le terme de « troïka »). Le programme engagé portait des mesures antipopulaires et fortement récessionnistes telles que le gel des salaires privés et la baisse des salaires des fonctionnaires de l'ordre de 8 %, le gel des primes (et leur disparition et/ou leur baisse de 30% dans le secteur public), l'augmentation de la TVA, une série de taxes supplémentaires (dont une augmentation de 15% de la taxe sur les produits pétroliers), une baisse du SMIC, un assouplissement des lois du travail permettant aux entreprises de licencier plus facilement leurs employés, une augmentation de l'âge de la retraite à 65 ans, une augmentation des impôts sur le revenu pour les ménages déclarant un revenu imposable supérieur à 8000 euros par an.

La crise financière a engendré une récession économique sans précédent dans le pays, avec une réduction du PIB de l'ordre de 25% en 5 ans, un taux de chômage avoisinant 27% (un taux de chômage chez les jeunes supérieur à 55%) et un taux de pauvreté égal à 25%. En 2015, le parti populiste d'extrême gauche SYRIZA remporte les élections, et prône pendant une année une stratégie de confrontation stérile avec la « troïka » qui va se solder par un étrange référendum suite auquel la Grèce assistera à de nouvelles élections et à une nouvelle victoire du Syriza. Ce nouveau gouvernement, débarrassé de ses éléments les plus radicaux, mettra en place un contrôle de capitaux bancaires et signera un nouvel accord avec les créanciers du pays.

Cette trajectoire de l'économie et de la société grecque suscite de nombreuses interrogations : comment un pays développé, membre de l'Union Européenne et de la zone Euro, peut arriver à une telle situation ? Comment une crise financière, aggravée par le jeu de cotation de trois agences de notation, peut conduire à une dépression économique et une détérioration des conditions de vie durant 8 années consécutives ? Comment interpréter le fait qu'après sept plans d'austérité et deux programmes d'ajustement structurel, la Grèce affiche en 2016 des taux d'endettement plus élevés que huit ans auparavant avec, de surcroît, un effondrement de son PIB et une explosion du taux de chômage ? Finalement, est-ce que les réponses dictées par l'Union Européenne et le FMI, en faveur d'une politique de rigueur sont efficaces et socialement acceptables ?

Figure 1 : Le taux d'endettement de la Grèce 1977 - 2016



La Figure 1 montre l'évolution de l'endettement relatif de la Grèce en comparaison à la moyenne de l'endettement des économies européennes. La dépendance de l'économie grecque vis-à-vis d'un mécanisme d'endettement est nette, tant durant la phase de la croissance que de la récession économique. Dès 1991, le volume de la dette grecque équivaut celui de son PIB. Néanmoins, ce n'est qu'à partir de 2008 et la mise en place de programmes d'ajustement structurel que le taux d'endettement va s'envoler vers des niveaux irréversibles : lorsque l'on annonce aux citoyens grecs la nécessité de s'engager dans une période d'austérité imposée par la troïka, le taux d'endettement du pays est légèrement supérieur à 100% ; six années et cinq plans d'austérité plus tard, ce taux atteint un niveau maximal de 175%.

Cette contribution ne prétend pas, de toute évidence, apporter des réponses à toutes ces questions. Elle cherche seulement à montrer que les divergences chroniques de l'économie grecque vis-à-vis des autres économies européennes, au moins des plus performantes, conduisent progressivement à un éloignement du rêve d'intégration européenne. S'agit-il d'un cas isolé, comme certains milieux économiques conservateurs le laissent penser, lié à une mauvaise gestion interne des successifs gouvernements grecs ou est-ce que c'est le modèle d'intégration européen et de la monnaie unique, construit autour d'un modèle de rigueur monétaire « unique » qui doit être revu et corrigé, avant que l'Europe éclate ? Tandis que durant un premier temps, toutes les voix concordaient pour bannir le mauvais élève grec, le Brexit, la crise Espagnole, la dépression latente de l'économie italienne, la montée des partis eurosceptiques et encore plus la crise des migrants semblent, aujourd'hui, à reconsidérer les arguments des défenseurs de la deuxième thèse.

2. L'impossible convergence macroéconomique avec l'Union Européenne

Les années quatre-vingt-dix et le début des années deux-mille semblent marquer un véritable progrès de l'économie grecque et un début de convergence vers les standards

européens. Cette évolution positive sera complètement annihilée après huit années de dépression.

Le tableau 1 montre l'évolution du PIB grec en comparaison avec la moyenne de l'Union Européenne durant la période 2000-2013, en séparant deux sous-périodes, celle de l'avant-crise (2000-2008) et celle de l'après-crise (2009-2013). Durant la première période, la Grèce a connu un taux de croissance positif du PIB par habitant, presque deux fois supérieur à la moyenne des 27 pays de l'Union Européenne. Suite à la crise de 2008, cette tendance s'inverse et la Grèce enregistre des taux négatifs consécutifs, conduisant à une baisse du PIB. Le résultat de ces mouvements opposés est que le niveau du développement en 2013 est le même que celui en 2000, les dernières six années ayant annulé tous les effets bénéfiques de la croissance de la première moitié des années 2000.

Tableau 1 : Croissance du PIB en Grèce et dans l'Union Européenne (UE 27) 2000 - 2013

	2000-2013	2000-2008	2009-2013
PIB Grèce	-1,92%	31,8%	-22,16%
PIB EU 27	16,29%	17,61%	3,50%
PIB/habitant Grèce	-3,20%	28,63%	-21,29%
PIB/habitant EU 27	11,68%	14,36%	2,42%

Sources : Institut de Statistiques Grecques / Eurostat

De la même façon que le PIB, le chômage connaît également une évolution nettement plus marquée en Grèce qu'en Europe, après la crise de 2008. Le tableau 2 permet de mesurer l'évolution du chômage en Grèce et en Europe durant la même période. Durant la phase de croissance généralisée dans le monde, le marché du travail grec a permis de résorber davantage de chômeurs que les autres marchés européens. Cette tendance s'est inversée à partir de la crise de 2008. Le nombre de chômeurs a progressé de 187% en Grèce entre 2008 et 2013, contre 20% en moyenne en Europe.

L'augmentation du chômage, combinée à la baisse du revenu des ménages (-15,9% entre 2008 et 2013, soit -5,6% par an) a conduit à une paupérisation sans précédent dans le pays. De ce fait la Grèce compte aujourd'hui le plus grand nombre de personnes pauvres dans l'Union Européenne avec un taux de pauvreté de l'ordre de 34,60%, soit plus de 3,5 millions de personnes vivant avec moins de 60% du revenu médian en 2015. Il est important de noter que les chiffres de la pauvreté en Grèce se sont détériorés suite aux mesures d'austérité mise en place par les gouvernements successifs et imposés par la troïka. Ainsi entre 2011 et 2016, les ménages les plus pauvres (20% des ménages grecs) ont connu la détérioration de revenu la plus forte (-42%).

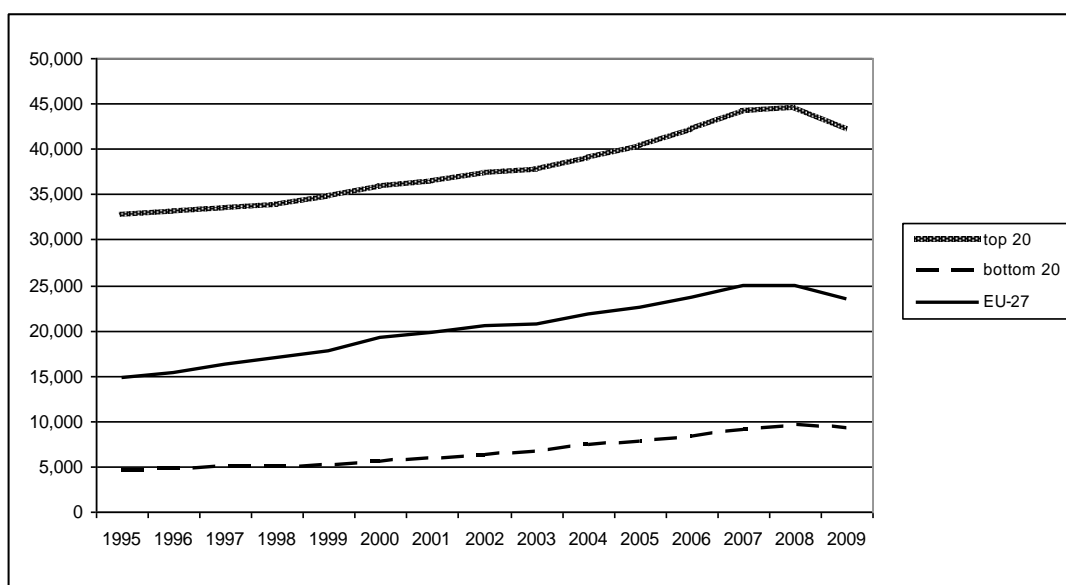
Tableau 2 : Evolution du nombre de chômeurs en Grèce et dans l'Union Européenne (UE 27) 2000- 2013

	2000-2013	2000-2008	2009-2013
Chômeurs Grèce	143,7%	-31,3%	187,4%
Chômeurs EU 27	22,7%	-20,4%	20,0%

Sources : Institut de Statistiques Grecques / Eurostat

Ces chiffres permettent d'introduire trois séries de réflexion : en premier lieu, la crise puis la récession post-2008 ont conduit à une annulation de tous les effets positifs de la période de croissance précédente, en conduisant à une divergence structurelle des performances macroéconomiques de l'économie grecque vis-à-vis du reste de l'Europe ; en deuxième lieu, les politiques d'austérité successives, mises en place par les gouvernements de droite et/ou de gauche, imposées par la troïka, ont conduit à une paupérisation de la population, la plus importante dans toute l'Europe ; en troisième lieu, les politiques d'austérité ont permis, certes, l'assainissement des finances publiques, mais ont également conduit à un rétrécissement du PIB avec comme conséquence un alourdissement du taux de la dette, ce qui a été perçu de façon très négative par les marchés financiers et a plongé les Grecs dans un pessimisme durable (après 8 années d'austérité, le taux d'endettement du pays est le plus élevé).

Figure 2 : Dynamique du PIB par habitant 1995 -2009
Régions les moins riches vs régions les plus pauvres



Source : Eurostat 2011

Néanmoins, une lecture plus fine de la trajectoire de l'économie grecque d'avant la crise conduit à une analyse plus nuancée. Le tableau 2 montre l'évolution du PIB par habitant en

prix constants des 20 régions les plus pauvres de l'Europe au niveau NUTS III (parmi lesquelles figurent de nombreuses régions grecques), en comparaison avec la moyenne européenne et celle des 20 régions les plus riches, entre 1995 et 2009, c'est-à-dire durant une période de croissance économique mondialisée.

La Figure 2 montre clairement qu'aucun processus de convergence avec les standards européens n'a lieu, durant cette période, pour les régions les moins développées. Qui plus est, on constate que les écarts de développement entre les régions les plus riches et les régions les plus pauvres persistent durant toute cette période, ce qui signifie que le processus d'intégration européenne et ses mécanismes sous-jacents n'ont aucunement permis de réduire les disparités économiques entre les régions et les pays européens.

3. De l'espoir à la désillusion du projet européen

Lorsque la Grèce accède à l'Eurozone, en 2001, l'adhésion du peuple grec au projet européen est quasi-totale. Déjà, en 1992, le Parlement grec avait voté massivement en faveur du Traité de Maastricht (vote favorable de tous les députés, sauf ceux du parti Communiste grec). Lors de l'adoption de la monnaie unique, 93% de la population soutient la perspective européenne du pays. En 2007, juste avant la crise, la confiance à l'Europe reste plus importante que dans d'autres pays européens.

Le tableau 3 montre le pourcentage de confiance des citoyens européens à l'Union Européenne en 2007 et en 2013. En 2007, avec 63% des citoyens confiants au projet de l'Union Européen, les Grecs se situent un peu au-dessus de la moyenne Européenne (60%). Avec la Belgique et les Pays-Bas, les pays du Sud de l'Europe en général figurent parmi les plus ardents défenseurs de l'Union Européenne, face aux Eurosceptiques, parmi lesquels se classent la France (avec seulement 51% des citoyens affichant leur confiance à l'Union Européenne), l'Autriche et évidemment le Royaume-Uni (dont le taux de confiance plafonne à 36%).

Six années plus tard, la Grèce affiche le plus grand pourcentage (80%) de citoyens qui ne font plus confiance à l'Europe, tandis que seuls 19% d'entre eux restent encore convaincus des perspectives de développement liées la trajectoire européenne du pays. Certes, la perception négative de l'Union Européenne augmente dans tous les pays européens (+31% de citoyens Européens tout pays confondus), mais la dégradation de la confiance est nettement plus forte dans les pays de l'Europe du Sud (l'Espagne et le Portugal étant les deux autres pays les plus eurosceptiques avec la Grèce, en 2013).

Cette détérioration de la perception de l'Europe dans un laps de temps si court est d'abord la conséquence de la récession économique qui a découlé à la fois de la crise mondiale mais aussi de sa gestion par l'Union Européenne, accrochée à un modèle de développement fondé sur les principes de la rigueur budgétaire, de la monnaie forte et du libéralisme économique. Ce modèle, relativement cohérent pour les pays industrialisés de l'Europe du Nord convient nettement moins aux pays du Sud.

**Tableau 3 : Confiance des citoyens Européens
au projet de l'Union Européenne**

Pays	Confiance (en %)		Différence 2007-2013	Pas Confiance (en %)		Différence 2007-2013
	2007	2013		2007	2013	
Belgique	73	48	-25	25	51	26
Pays-Bas	69	37	-32	25	58	33
Pologne	68	39	-29	18	51	33
Espagne	65	17	-48	23	75	52
Portugal	65	24	-41	24	71	47
Grèce	63	19	-44	37	80	43
Italie	58	25	-33	28	61	43
Allemagne	56	29	-27	36	61	35
France	51	34	-17	41	57	16
Autriche	46	35	-11	43	55	12
Royaume –Uni	36	20	-16	49	68	19
Europe (Moyenne)	60	31	-31	29	60	31

Source : GESIS Leibniz, Institut for the Social Sciences

La détérioration de l'opinion grecque vis-à-vis de l'Union Européenne s'est manifestée, par la suite, par l'élection d'un gouvernement d'extrême gauche, le premier dans l'Europe des 27, puis par un vote massif de rejet (61,1%) de la politique de rigueur imposée par la troïka, lors du référendum d'Août 2015, même si ce vote avait été explicitement déconnecté de l'appartenance de la Grèce à la zone Euro (pour laquelle l'opinion grecque reste très majoritairement favorable).

La montée en puissance et l'entrée au Parlement d'autres partis d'extrême Droite (Aube Dorée) ou d'extrême gauche révolutionnaire (Antarsya), fortement opposés à l'appartenance de la Grèce à l'Union Européenne, confirment le long virage eurosceptique de l'opinion publique grecque.

4. Conclusion

À la fin de l'année 2016, la Grèce négocie son troisième programme d'aide et d'ajustement structurel avec l'Europe. Contrairement aux deux premières négociations, cette dernière se fait sur un fond de remise en cause non seulement du projet européen tel qu'il a été formulé par le Traité de Maastricht en 1992 mais de l'idée même de l'intégration européenne formulée par Robert Schuman en 1950.

Le Brexit, la montée des partis eurosceptiques en Autriche (FPO), aux Pays-Bas (PVV) et en France (Front National), le mouvement des insurgées dans les villes espagnoles, portugaises et grecques, la crise des migrants et le rétablissement des contrôles aux frontières ont contribué non seulement à mettre en cause ouvertement les principes de gestion monétaire de la zone Euro mais à s'interroger même quant à son avenir.

Or, la disparition de la zone Euro, quoique techniquement possible, reste d'abord un processus complexe et surtout extrêmement hasardeux pour les économies les plus fragiles de l'Europe du Sud. Une sortie de la zone Euro pour la Grèce (Grexit) signifierait, ainsi, un passage à une monnaie nationale (la nouvelle drachme) qui serait fortement dévaluée aussitôt mise en circulation, en provoquant au passage tous les « maux » classiques subis par les pays ayant déjà connu un tel parcours (Allemagne de Weimar, Brésil, Argentine, Cambodge), à savoir une hyperinflation, un système de monnaie parallèle, un effondrement des prix et par conséquent une extrême dégradation des conditions de vie des classes moyennes, une paupérisation sans précédent et une explosion des tensions sociales.

Si l'entrée de la Grèce dans l'Eurozone paraît aujourd'hui comme une décision discutable et controversée, l'option d'une sortie du pays de l'espace monétaire commun n'est tout simplement pas envisageable. Indépendamment des erreurs commises et de causes, internes ou externes, de la crise et de la récession économique, la résolution du problème de la dette grecque ne peut se faire que par une action concertée entre les gouvernements grecs et l'Europe. La dette publique grecque, avoisinant 312 milliards d'euros représente, en 2015, seulement 2,4% de la dette cumulée des 28 pays Européens, mais le pays détient la palme du taux d'endettement public le plus élevé de l'Europe (177%) suivi de l'Italie (132,7%), du Portugal (129%), de Chypre (108,9%) et de la Belgique (106%), ce qui rend quasi-impossible son remboursement avant... 2067. La majeure partie (130 milliards) de la dette est détenue non pas par la Banque centrale européenne ou le FMI mais par le Fonds Européen de Stabilisation Financière, c'est-à-dire l'instance Européenne pour aider financièrement un État de la zone euro en difficulté, créée en 2010, soit deux ans après le début de la crise grecque. Reste à savoir si l'envergure de ses actions est suffisante pour enrayer une spirale récessionniste qui semble se répandre dans le Sud du continent...

Les droits de l'Homme, le juge constitutionnel grec et la crise économique

Par

Yannis KTISTAKIS

Professeur associé – Université Démocrite de Thrace (Grèce)

Évoquant un « besoin national », le 23 avril 2010, le premier ministre grec a demandé l'activation du mécanisme d'aide du Fonds monétaire international et de l'Union européenne pour faire face à l'énorme crise économique grecque. Quelques jours après, le 2 mai 2010, l'Union européenne et le Fond Monétaire ont donné leur feu vert pour un plan de sauvetage commun de 110 milliards d'euros, un montant sans précédent dans le monde. Le 3 mai 2010, le ministre de l'Économie et le gouverneur de la Banque de Grèce, représentant la République hellénique, d'une part, et le commissaire aux Affaires économiques et monétaires de l'Union européenne, d'autre part, ont signé un texte intitulé « mémorandum d'entente » (*memorandum of understanding*). Ce texte détaillait les mesures d'un programme triennal établi par les autorités helléniques.

En accord avec les engagements précédents, le parlement grec a voté deux lois.

La première (3833/2010) réduisait d'un pourcentage allant de 12 % à 30 % les rémunérations et allocations des personnes travaillant dans le secteur public - quelle que soit la nature de leur lien d'engagement -, nonobstant toute autre loi spéciale ou générale, toute convention collective, toute décision arbitrale ou tout accord ou contrat individuel. Il s'agissait d'une réduction horizontale. La deuxième (3847/2010) réduisait encore de 8 % supplémentaires les rémunérations de ceux qui travaillaient dans le secteur public. Encore une réduction horizontale.

En dépit de cette assistance, la Grèce ne parvint pas à faire face à ses obligations financières, de sorte qu'en juillet 2011, le Sommet des États pour la zone euro consentit à accorder une aide financière supplémentaire. Ce projet prévoyait la participation dite volontaire du secteur privé (*Private Sector Involvement* « PSI ») par un nouveau prêt d'un montant de 37 000 000 000 euros consenti par les États parties de la zone euro et le Fonds monétaire international (FMI). La durée des obligations, dont l'échéance était fixée à 2020, fut rallongée de 15 à 30 ans. Le 23 février 2012 fut votée la loi n° 4050/2012 relative aux règles modifiant les titres d'émission ou de garantie de l'État avec l'accord des porteurs de ceux-ci. La procédure d'échange prévoyait que les titres sélectionnés seraient échangés avec d'autres titres émis par l'État, seraient régis par le droit britannique et seraient composés de nouvelles obligations de l'État et des titres dont le rendement serait lié au Produit intérieur brut. Quant à la valeur de nouvelles obligations, la loi prévoyait que pour une ancienne obligation d'un nominal de 1 000 euros, les personnes physiques recevraient une nouvelle obligation d'un nominal de 315 euros à échéance particulièrement allongée dans le temps (à partir de 2023 et jusqu'en 2042), plus une obligation de 150 euros de la Banque européenne d'Investissement à échéance 2013-2014. En outre, la loi prévoyait l'introduction et l'activation de « clauses d'action collective » (*Collective Action Clause* – clause permettant

d'obliger tous ceux qui n'ont pas souhaité participer à l'opération de voter), tout en précisant que si deux tiers des porteurs des créances non acquittées adhéraient à l'accord, la procédure s'appliquerait à tous les porteurs d'obligations et ceci malgré le fait qu'ils n'avaient pas participé aux négociations précitées.

En Grèce, le contrôle constitutionnel est exercé d'office par tous les tribunaux. Il n'existe pas une Cour constitutionnelle ou un Conseil constitutionnel. Par exemple, dans la cadre de la juridiction civile et pénale, l'inconstitutionnalité d'une disposition législative peut être déclarée par le tribunal même de la première instance. Toutefois, seulement après l'épuisement des voies de recours internes (cour d'appel et cour de cassation), le constat de l'inconstitutionnalité devient définitif. Par contre, dans le cadre du contentieux administratif, l'inconstitutionnalité de la disposition législative peut être examinée, la plupart des fois, directement par la plus haute juridiction, le Conseil d'État grec. C'est pour cette raison que les victimes de la crise économique ont saisi le Conseil d'État qui a exercé, dans ce cas particulier, le contrôle de constitutionnalité des mesures économiques exposées auparavant¹.

I. D'un contrôle juridictionnel limité ...

Le Conseil d'État grec a déclaré que son contrôle juridictionnel est limité face aux mesures de la crise économique. Quelle était la justification de cette « limite juridictionnelle » ?

« La réduction des rémunérations, allocations et pensions de retraite de ceux qui travaillent dans la fonction publique, décidée par les lois précitées, fait partie d'un programme plus large d'adaptation des finances publiques et de réalisation de réformes structurelles de l'économie grecque qui vise, s'il est appliqué dans son intégralité, à combler le besoin urgent de financement du pays et à améliorer la situation économique et financière future de celui-ci. Or, ces buts visent à servir l'intérêt général et en même temps coïncident avec ceux des États membres de la zone euro, compte tenu de l'obligation de discipline budgétaire et de préservation de la stabilité de la zone euro instituée par la législation de l'Union européenne. De par leur nature, ces mesures contribuent à la réduction immédiate des dépenses publiques. [...] Ces mesures ne sont manifestement pas inadéquates pour atteindre les buts poursuivis et ne sauraient être considérées comme non nécessaires, compte tenu par ailleurs du fait que l'appréciation du législateur quant aux mesures à prendre pour faire face à l'état critique des finances publiques n'est sujette qu'à un contrôle juridictionnel limité. Par conséquent, le moyen selon lequel les motifs invoqués pour réduire les rémunérations et allocations [...] ne seraient pas justifiés [...] et les mesures litigieuses auraient pour seul but de servir les besoins en liquidités de l'État est mal fondé. [...] »².

Encore plus limité fut le contrôle exercé par le Conseil d'État dans le cadre de la participation du secteur privé à la réduction de la dette grecque. Se référant uniquement aux travaux préparatoires des lois n° 4046/2012 et 4050/2012, le Conseil d'État souligna que les prévisions étaient de mauvais augure pour les recettes publiques qui se réduisaient de

¹ Arrêts n° 668/20.2.2012 & 1507/28.4.2014.

² Arrêt n° 668/2012, § 35.

manière continue en raison de la récession prolongée et que de nouveaux emprunts étaient prohibitifs en raison de la perte des capacités de remboursement.

Alors, au vu de la modification du climat économique qui avait pris de court l'État grec et l'avait mis dans l'impossibilité de régler à temps et dans leur intégralité ses obligations financières, c'est-à-dire au vu du risque de la cessation de paiements et de l'effondrement de l'économie nationale, la tentative, au moyen de l'article 1 de la loi n° 4050/2012, de renégociation d'une partie de la dette publique (soit de la dette due au « *Private Sector* ») n'était pas contraire à la Constitution grecque, ni au droit européen, ni à la Convention européenne des droits de l'homme.

Quelle est l'explication donnée par le Conseil d'État pour ce contrôle limité ? Le Conseil a qualifié la crise de permanente et non pas temporaire. Il s'est substitué au pouvoir exécutif en disant que : « L'assainissement des finances publiques du pays ne dépend pas seulement de la réduction des dépenses relatives aux salaires et des dépenses des organismes de sécurité sociale, mais [aussi] de l'adoption des mesures économiques, financières et structurelles dont l'application intégrale et coordonnée contribuera à sortir le pays de la crise et à améliorer les données budgétaires de manière viable, c'est-à-dire après l'écoulement de la période de trois ans visée par le mémorandum »³.

II. ... à un contrôle « européen »

C'est vrai que la Constitution grecque reconnaît la supériorité du droit international conventionnel sur la législation grecque⁴ et, par conséquent, de la Convention européenne des droits de l'homme sur la législation nationale. Or, le Conseil d'État grec a toujours eu une réticence pour faire référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ou aux règles européennes. Toutefois, à l'occasion des arrêts sur la crise économique, le Conseil d'État - à la surprise générale - a mentionné plusieurs arrêts de la Cour de Strasbourg. Il a même suivi le raisonnement des juges de Strasbourg: (i) prévu par la loi, (ii) but suivi et (iii) nécessaire dans une société démocratique. Les références dans le texte des arrêts sont nombreuses :

« Les mesures litigieuses [...] assurent un équilibre entre les exigences de l'intérêt général et le besoin de protéger les droits patrimoniaux des salariés et des retraités, eu égard à l'ampleur limitée des réductions et au fait que les allocations de fête et de congés ont continué à être versées à ceux dont la rémunération ou la pension ne dépassent pas 3 000 ou 2 500 EUR, même si elles sont réduites par rapport aux montants antérieurs [...]. Compte tenu de ce qui précède, la législation litigieuse n'est pas contraire à l'article 1 du Protocole n° 1 ni au principe de proportionnalité garanti par l'article 25 § 1 d) de la Constitution [...]. Il n'y a pas non plus violation du principe de la sécurité juridique car le droit à recevoir une rémunération ou une pension d'un montant déterminé n'est garanti par aucune disposition constitutionnelle ou autre et il n'est pas exclu de les faire varier en fonction des circonstances du moment. Par ailleurs, le fait que le législateur ait établi une baisse obligatoire des allocations pour tous les salariés et des pensions pour tous les retraités, sans autoriser

³ Arrêt n° 668/2012, § 35.

⁴ Article 28 de la Constitution.

l'administration [...] à apprécier, sous le contrôle ultérieur des tribunaux, [l'opportunité] d'appliquer ou non la réduction établie à chaque cas particulier ne méconnaît aucune disposition constitutionnelle ou d'une autre nature. Cela d'autant plus que le but des mesures litigieuses est de faire face à un besoin budgétaire urgent (arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, n° 8793/79, § 68). De plus, compte tenu du but poursuivi par ces mesures et de leur nature, ainsi que du fait qu'il s'agit d'une réglementation des droits de propriété et non d'une privation de ceux-ci, le législateur n'avait pas à prévoir une indemnité (arrêts *ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce* du 23 novembre 2000 n° 25701/94, § 89, *Saints Monastères c. Grèce* du 9 décembre 1994, § 71, *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, § 54. [...] »⁵.

Ou encore :

« Il convient aussi de rejeter le moyen tiré de la violation de l'article 2 de la Constitution (respect et protection de la valeur humaine) car ni cette disposition ni l'article 1 du Protocole n° 1 ne garantissent le droit de percevoir un salaire ou une pension d'un montant déterminé, sauf si le seuil de subsistance digne pour la personne concernée était mis en danger (...). Or, les requérants ne soutiennent pas de manière concrète que les réductions litigieuses de leurs salaires et pensions, de par leur ampleur, entraînent une telle mise en danger pour les affiliés que les personnes morales représentent ou pour les personnes physiques ayant introduit le présent recours (décisions *Budina c. Russie* du 18 juin 2009, n° 45603/03, *Larioshina c. Russie* du 23 avril 2002, n° 56869/00 et *Florin Huc c. Roumanie et Allemagne* du 1^{er} décembre 2009, n° 7269/05) »⁶.

Dans le cadre de l'affaire sur la dette grecque, le Conseil d'État a également conclu que la perte patrimoniale, si elle était particulièrement importante, n'était pas déraisonnable, non nécessaire ou disproportionnée au point de pouvoir être jugée contraire à l'article 17 de la Constitution et à l'article 1 du Protocole n° 1. Le Conseil d'État a ajouté que, compte tenu des circonstances exceptionnelles telles qu'elles auraient été évaluées par le Parlement, par le Conseil des ministres et la grande majorité du secteur privé, la limitation des droits de ce dernier sur la dette publique ne constituait pas une mesure disproportionnée par rapport au but consistant à sauver l'économie de la Grèce du risque de cessation de paiement et d'effondrement, situation de nature à avoir des conséquences économiques et sociales imprévisibles⁷.

Conclusion :

Le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil d'État grec (en formation plénière), à la suite de la crise économique grecque, a été, d'une part, limité et, d'autre part, basé sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Par une décision et un arrêt de chambre⁸, la Cour de Strasbourg a confirmé les jugements du Conseil d'État grec.

⁵ Arrêt n° 668/2012, § 35.

⁶ *Ibid.*

⁷ Arrêt n° 1507/2014, § 31.

⁸ Respectivement : CEDH, 7 mai 2013, *Ioanna Koufaki c. Grèce & Adedy c. Grèce*, Req. n° 57665/12 et 57657/12, et CEDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c. Grèce*, Req. n° 63066/14, 64297/14 et 66106/14.

La dimension sociale donnée par le juge constitutionnel allemand à certains droits fondamentaux

Par

Michel FROMONT

Ancien Professeur des Universités allemandes

Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

En Allemagne, alors que la constitution de Weimar consacrait toute une section aux droits fondamentaux dans la vie économique (articles 151 à 165) et consacrait de nombreux droits économiques et sociaux : liberté du commerce et des professions, liberté contractuelle, propriété privée et droit d'héritage, protection des classes moyennes, droit de travailler, liberté syndicale, conventions collectives et cogestion, nationalisations), la Loi fondamentale de 1949 est beaucoup moins prolixe. En effet, les pères de l'actuelle constitution entendaient ne proclamer que des droits susceptibles d'être invoqués en justice, ce qui explique que la liste des droits économiques et sociaux est très réduite : seuls la liberté d'association, y compris la liberté syndicale (art. 9), la liberté d'exercer la profession de son choix (art. 11), le droit de propriété et d'héritage (art. 14) et la possibilité de nationaliser certaines entreprises (art. 15) sont expressément proclamés. En outre, il y avait une volonté assez marquée de mettre fin au système de direction de l'économie par l'État qu'avaient mis en place les nazis. Néanmoins, dans le but de ne pas mettre en place un système exclusivement libéral, les auteurs de la Loi fondamentale apportèrent deux petits correctifs, le principe de la fonction sociale de la propriété privée (art. 14, al. 2), et l'affirmation du caractère social du nouvel État (art. 20, al.1). Pour concilier libéralisme économique et préoccupations sociales, on imagina alors le fameux concept d' « économie sociale de marché » (*soziale Marktwirtschaft*), c'est-à-dire un système dans lequel la liberté économique était certes le principe, mais que celle-ci devait néanmoins se concilier avec les exigences sociales des travailleurs et, de façon générale, de tous ceux qui étaient susceptibles de souffrir d'un développement trop désordonné du capitalisme.

En France, les choses ont évolué différemment. Alors que le premier projet de constitution de la IV^e République contenait une nouvelle déclaration des droits de l'homme divisée en deux parties intitulées respectivement « Des libertés » et « Des droits sociaux et économiques », la constitution du 27 octobre 1946, qui aujourd'hui encore régit les droits de l'homme dans notre pays, s'est contentée de renouveler la proclamation des droits de l'homme de 1789, d'y ajouter quelques « principes (politiques), économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps », parmi lesquels se trouvent notamment le droit au travail, la liberté syndicale, le droit de grève et la cogestion, le principe des nationalisations, celui de la protection de la famille, de l'enfant, de la mère et des vieux travailleurs et enfin celui de la solidarité devant les calamités nationales (alinéas 5 à 11 du Préambule) ainsi que le caractère social de la République (art. 1^{er}). Ces textes ne reflètent d'ailleurs pas tout-à-fait la

même philosophie : la Déclaration de 1789 met l'accent sur les libertés individuelles alors que le Préambule de 1946 met l'accent sur les préoccupations sociales ; cet antagonisme est à l'origine d'une certaine polémique au sein de la doctrine et du monde politique à l'occasion de la célèbre décision du Conseil constitutionnel relative aux nationalisations de 1982.

Dans les années 1960 à 1985, ces textes constitutionnels français et allemand ont donné lieu à l'apparition en Allemagne, puis en France, de la notion de constitution économique. En Allemagne, on fit valoir que les principes constitutionnels justifiaient la poursuite de la construction d'une économie sociale de marché ; en France, dans sa célèbre décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations, le Conseil constitutionnel a semblé donné le pas à la Déclaration de 1789 sur les principes constitutionnels de 1946 ; au contraire, en Allemagne, la Cour constitutionnelle a semblé opté pour la thèse de la neutralité de la Loi fondamentale et donc permettre un modèle néolibéral aussi bien qu'un modèle cherchant à équilibrer la force des libertés économiques et la nécessité de protéger les couches inférieures de la population en ce qui concerne les principes directeurs de la politique économique de l'État. De fait, aujourd'hui encore, même dans l'interprétation que lui en donne la Cour constitutionnelle fédérale, le droit constitutionnel allemand s'oppose à l'adoption d'un système capitaliste radical, car il a maintenu et parfois même développé des protections au profit des personnes économiquement les plus faibles. Dans une certaine mesure, l'Allemagne demeure aujourd'hui encore fidèle au célèbre modèle rhénan qui est celui de « l'économie sociale de marché ».

Bien sûr, la possibilité par toute personne intéressée de contester la constitutionnalité d'une loi ou de son interprétation par les tribunaux devant la Cour constitutionnelle fédérale depuis 1951 n'y est pas étrangère. Cette recherche d'un certain équilibre entre le dynamisme du capitalisme et la protection des populations vivant de leur travail a été réalisée principalement par la Cour constitutionnelle fédérale qui a interprété de façon audacieuse trois libertés reconnues par la Loi fondamentale, à savoir le droit de propriété, le droit d'exercer la profession de son choix et la liberté générale d'agir, dont découle notamment la liberté contractuelle, et qui a aussi interprété de façon audacieuse le principe du respect de la dignité humaine combiné avec le principe de l'État social. De façon plus précise, nous présenterons trois aspects majeurs de la jurisprudence constitutionnelle allemande. En premier lieu, les limites qui peuvent être mises aux libertés économiques au nom de l'intérêt général en vue de modérer la puissance des plus riches (I). En second lieu, le champ d'application de certaines libertés économiques a été étendu au profit des personnes qui ont le plus besoin d'une protection renforcée de leurs droits (II). Enfin, en troisième lieu, le principe du respect de la dignité humaine et le caractère social de l'État ont permis à la Cour constitutionnelle fédérale de consacrer un nouveau droit fondamental, le droit à un minimum vital digne de l'homme un minimum de revenu aux personnes les plus défavorisées (III).

I. La limitation des libertés économiques au profit des économiquement faibles

A. La limitation du droit de propriété au profit des salariés de certaines entreprises

Selon l'article 14, al. 1, de la Loi fondamentale « la propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois ». Parmi ces limites, il y a notamment des restrictions justifiées par des considérations sociales comme l'affirme d'ailleurs expressément le deuxième alinéa du même article 14 de la Loi fondamentale : « Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité ». De fait, le droit de propriété peut être restreint en particulier au profit des salariés d'une entreprise. C'est ce qu'a admis le 1er mars 1979 la Cour constitutionnelle fédérale dans une décision très célèbre relative à la cogestion¹. Après avoir affirmé que « le législateur peut poursuivre toute politique économique pour autant qu'il respecte la Loi fondamentale, spécialement les droits fondamentaux », elle a admis la constitutionnalité d'une loi qui accorde aux représentants des travailleurs au conseil de surveillance, un nombre égal de sièges à celui des représentants du capital dans les sociétés employant plus de 2000 travailleurs. Elle a justifié sa décision principalement en faisant valoir que le droit d'un porteur de parts sociales est d'ores et déjà limité sur bien des points par le droit des sociétés et qu'il a perdu en particulier sa fonction de permettre le développement personnel de son titulaire, et qu'il n'a plus que le droit de recevoir une part des bénéfices et de vendre son titre. En outre, elle s'est assurée que le législateur avait fait au préalable des études sérieuses sur les effets que produira vraisemblablement l'application de la loi, notamment en ce qui concerne la gouvernabilité des sociétés soumises à ces nouvelles règles et elle s'est réservée le droit de contrôler plus tard si ces pronostics étaient exacts : elle a estimé qu'en l'état actuel des connaissances, le bon fonctionnement de ces entreprises ne serait pas entravé par ces règles de cogestion et qu'au contraire, celles-ci contribueraient à la paix sociale. Cette interprétation en faveur des travailleurs se justifiait d'autant plus que la Loi fondamentale consacre expressément la fonction sociale de la propriété.

B. La limitation du droit d'exercer librement sa profession au profit des entreprises les plus faibles

Selon la Cour constitutionnelle fédérale, le droit d'exercer librement la profession de son choix est également un droit fondamental qui peut être opposé aux puissants pour protéger les plus faibles. Par exemple, durant l'après-guerre, il se produisit un formidable mouvement de concentration dans l'industrie de la meunerie. Pour protéger les petits moulins de la faillite qui les menaçait, beaucoup ayant déjà disparu, le législateur prit une loi soumettant à autorisation la construction ou l'agrandissement des moulins traitant quotidiennement plus de trois tonnes de grains. Saisie de plusieurs questions préjudicielles

¹ Cour constitutionnelle fédérale, 1^{er} mars 1979, *BVerfGE*, tome 50, p. 290-381. Voir les analyses M. FROMONT, *RDP*, 1981, p. 364 et Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes, 2008, n° 74.

depuis 1963, la Cour constitutionnelle fédérale rendit le 18 décembre 1968 une décision déclarant que cette loi était compatible avec l'article 12 de la Loi fondamentale². Certes, il y a atteinte au droit d'exercer la profession de son choix, mais cette atteinte est justifiée par le but poursuivi, mettre fin à la crise de la meunerie en Allemagne, et la limitation de ce droit fondamental est proportionnée à l'objectif poursuivi.

D'autres exemples pourraient être donnés. Par exemple, la Cour constitutionnelle a admis la constitutionnalité de lois imposant des restrictions au travail de nuit plus strictes pour la boulangerie industrielle que pour la boulangerie artisanale³.

C. Les limites susceptibles d'être mises au droit de propriété ou à la liberté d'exercer sa profession

Les limites susceptibles d'être mises au droit de propriété ou de la liberté d'exercer sa profession résultent principalement soit de l'application du principe de proportionnalité, soit de l'application du principe d'égalité.

Dans la pratique, c'est le principe de proportionnalité qui est le plus souvent utilisé par le juge constitutionnel allemand pour apprécier la constitutionnalité de la restriction qui est apportée au droit de propriété ou à la liberté professionnelle à des fins sociales, ce qui le conduit souvent à examiner la situation que le législateur souhaite corriger et à vérifier le bien-fondé des pronostics effectués par le législateur sur les effets que l'application de la loi examinée est susceptible de produire. Ce contrôle est souvent très poussé et frise alors le contrôle d'opportunité. Nous rappelons que le contrôle de proportionnalité porte sur trois questions : l'aptitude à modifier la situation dans le but souhaité, l'impossibilité de trouver un moyen moins contraignant pour atteindre le but recherché et enfin le caractère non excessif du moyen utilisé au regard de l'objectif visé, étant entendu que l'objectif recherché est justifié par l'intérêt général. Par exemple, dans le cas de la cogestion, il fallait tout à la fois apprécier la conformité à l'intérêt général de la recherche de la paix sociale, évaluer les effets probables que pourraient produire les nouvelles règles de cogestion sur l'efficacité des entreprises régies par celles-ci et se demander si les effets produits étaient en adéquation avec l'objectif recherché.

Le principe d'égalité est néanmoins également applicable aux limitations imposées à une liberté économique dans un but d'intérêt général. Par exemple, dans le cas des entreprises de boulangerie, il fallait s'interroger non seulement sur la légitimité de protéger les boulangeries artisanales contre une trop grande concurrence des boulangeries industrielles, mais aussi sur la nécessité de prévoir dans ce but des régimes différenciés pour le travail de

² Cour constitutionnelle fédérale, 18 décembre 1968, *BVerfGE*, tome 25, p. 1. Voir aussi Cour constitutionnelle fédérale 19 mars 1975 : « Les règles sur la meunerie ne violent pas le principe d'égalité qui doit être respecté dans le cadre de l'exercice de la liberté professionnelle (art.12 de la Loi fondamentale). Certes, elles frappent particulièrement les moulins qui utilisent complètement ou presque leur contingent de grains à moudre alors que les autres qui n'ont pas tout utilisé peuvent encore augmenter leur activité. C'est sur des considérations techniques justifiées que le législateur s'est fixé pour but de limiter les possibilités des meuneries bien dotées au profit des meuneries moins bien dotées. L'établissement d'un certain équilibre entre les entreprises faiblement productives et les entreprises plus fortes constitue un but légitime pour la politique économique de l'État ».

³ Sur les interdictions du travail de nuit dans la boulangerie industrielle en vue de protéger la boulangerie artisanale, voir : Cour constitutionnelle fédérale, trois décisions : 25 janvier 1968, *BVerfGE*, tome 25, p. 50 ; 25 février 1976, *BVerfGE*, tome 41, p. 360 ; 13 novembre 1992, *BVerfGE*, tome 87, p. 363.

nuit selon le type de boulangerie⁴.

II. L'extension du champ d'application des libertés économiques à la protection des plus faibles

Dans certains cas, la Cour constitutionnelle fédérale va même jusqu'à interpréter une liberté économique de telle façon qu'elle protège également les plus faibles. Deux exemples majeurs peuvent être donnés : le premier concerne le champ d'application du droit de propriété et le second celui de la liberté contractuelle.

A. L'extension du champ d'application du droit de propriété à la protection des plus faibles

Primitivement, le droit de propriété garanti par la constitution était purement et simplement la propriété du code civil allemand, c'est-à-dire le droit d'un propriétaire portant sur un immeuble ou sur un meuble. Puis le juge constitutionnel l'étendit à tous les droits patrimoniaux privés que peut détenir un particulier, notamment le droit du locataire d'occuper un logement ou d'exploiter une ferme ainsi que certaines créances, notamment celles découlant de l'épargne. Puis l'extension s'étendit même à certains droits patrimoniaux reposant sur le droit public, notamment les pensions des fonctionnaires et les pensions dues par les organismes publics d'assurances sociales. Or, parmi ces droits de propriété au sens de la constitution, figurent divers droits patrimoniaux dont les titulaires sont souvent des personnes de condition modeste, en particulier le droit du locataire et les droits à pension.

En premier lieu, la Cour constitutionnelle fédérale a assimilé au droit de propriété le droit d'occupation qu'a le locataire d'un logement en vertu de son contrat de location et l'a donc considéré comme un droit bénéficiant de la même garantie constitutionnelle que le droit de propriété du code civil⁵. Dans une décision de principe, la Cour a démontré assez longuement que le locataire disposait d'un droit d'occupation opposable à tous comme le propriétaire et qu'il avait aussi un droit de maintien dans les lieux certes limité, mais néanmoins consistant. Le litige que doit trancher le juge civil lors d'une demande du propriétaire de ne pas renouveler le bail oppose donc deux titulaires de droits fondamentaux. En conséquence, le juge doit nécessairement procéder à une mise en balance des deux droits antagonistes. En l'espèce, la Cour a jugé que les juges civils (de première instance et d'appel) avaient correctement pris en considération l'importance respective des deux droits en présence. Plus concrètement, elle a estimé que les raisons avancées par le propriétaire étaient fondées : en effet, celui-ci demandait de reprendre le logement du locataire qui se trouvait juste au dessus de l'appartement de sa mère afin d'être à proximité immédiate de sa mère gravement malade et ayant besoin de soins très fréquemment. Certes, le propriétaire habitait la maison voisine, mais il faisait valoir que les allers et venues seraient néanmoins moins rapides et moins commodes et qu'il importait qu'il vive sous le même toit que sa mère. La

⁴ Cour constitutionnelle fédérale, 19 mars 1975, *BVerfGE*, tome 39, p. 210.

⁵ Cour constitutionnelle fédérale, 26 mai 1993, *BVerfGE*, tome 89, p. 1. Voir l'analyse de M. FROMONT, *RDP*, 1995, p. 339.

Cour a estimé que les dires du propriétaire étaient défendables et que le tribunal civil avait donc pu valablement lui donner la préférence.

En second lieu, la Cour constitutionnelle fédérale admet également que les droits à pension actuels ou futurs (*Versichertenrenten und Rentenanwartschaften*) bénéficient de la garantie constitutionnelle du droit de propriété⁶. Ayant précisé que ses propos ne s'appliquent qu'aux pensions de retraite financées par des cotisations (c'est-à-dire par l'épargne), la Cour affirme que le droit à pension remplit les mêmes fonctions que la propriété d'un bien : son titulaire jouit d'un droit d'usage privatif et même d'un certain droit de disposition. De plus, comme le montant de la pension dépend de l'importance des cotisations versées, le droit à pension est acquis de la même façon qu'un bien faisant l'objet d'un droit de propriété classique et les deux droits remplissent la même fonction, celle d'être au service de la personne qui a cessé de travailler. Le droit de propriété et le droit à pension doivent donc jouir de la même protection constitutionnelle. Cela est d'autant plus nécessaire que les pensions constituent la ressource majeure des personnes cessant de travailler. Bien sûr, en raison de la fonction sociale assignée au droit de propriété par la Loi fondamentale, ces pensions peuvent faire l'objet de réductions de la part du législateur chaque fois que l'intérêt général l'exige, par exemple pour assurer l'équilibre financier du système.

B. L'extension de la protection de la liberté contractuelle aux cocontractants les plus faibles

Un autre exemple de cette volonté d'élargir la protection constitutionnelle d'un droit économique classique, celui de la liberté contractuelle qui découle de l'article 2 du droit de propriété, est la décision du 19 octobre 1993 relative aux cautions qui sont exigées de personnes sans grandes ressources par les banques lorsque celles-ci sont saisies d'une demande de prêt par l'un de ses parents⁷.

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale a bousculé quelque peu la jurisprudence de la Cour fédérale de justice (cour suprême en matière de droit privé), du moins celle qui était dominante. Selon cette jurisprudence, toute personne majeure qui a souscrit une caution au profit d'un parent s'est engagée définitivement, car elle doit se renseigner elle-même avant de signer ; elle est donc tenue d'honorer son engagement. En d'autres termes, seule la partie la plus forte lors de la conclusion d'un contrat pouvait revendiquer le bénéfice de la liberté contractuelle, qui découle de la liberté générale d'agir consacrée par l'article 2 de la Loi fondamentale. La Cour constitutionnelle fédérale a décidé de mettre fin à cette situation. Dans l'affaire qui lui était soumise, une jeune femme âgée de 21 ans et gagnant alors seulement 1150 DM par mois (soit moins de 1000 euros) avait accepté de se porter caution en faveur de son père pour « toutes les créances présentes et futures de la

⁶ Cour constitutionnelle fédérale, 28 février 1980, *BVerfGE*, tome 53, p. 257. Voir l'analyse de M. FROMONT, *RDP*, 1982, p. 1058.

⁷ Cour constitutionnelle fédérale 19 octobre 1993, *BVerfGE*, tome 89, p. 214. Voir : M. FROMONT, « L'autonomie de la volonté et les droits fondamentaux en droit privé allemand » in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du professeur Alfre Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 337-356 ; R. FRANK, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand », *ibidem*, p. 317-336. Voir aussi notre analyse parue dans : *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, n° 25.

banque » contre son père qui était agent immobilier. Or, au bout de quelques années, celui-ci avait accumulé envers la banque une dette de 2,4 millions DM (soit environ 2 millions d'euros). La Banque demanda alors à la fille de son débiteur d'honorer son engagement. La jeune femme se défendit en faisant valoir que la banque avait manqué à son devoir d'information, mais, si la cour d'appel lui donna raison, la Cour fédérale de justice maintint sa jurisprudence selon laquelle toute caution doit honorer ses engagements.

Saisie d'un recours individuel pour violation de l'article 2 de la Loi fondamentale par la jeune femme, la Cour constitutionnelle fédérale cassa alors le jugement de la Cour fédérale de justice. Considérant que « la liberté contractuelle est satisfaisante seulement lorsque les rapports entre les cocontractants sont équilibrés » et que les tribunaux doivent rétablir un certain équilibre entre eux lorsque l'égalité est faussée, la Cour a fait valoir que le contrat doit être annulé quand la partie se trouvant dans une situation de supériorité exploite de façon manifeste la faiblesse de son partenaire pour imposer unilatéralement sa volonté. En effet, « si le contenu du contrat est particulièrement pour l'une des parties et qu'il ne concilie manifestement pas les intérêts en présence, les tribunaux ne doivent pas se contenter de l'affirmation « Un contrat est un contrat ». Ils doivent, au contraire, rechercher si ce contenu est la conséquence d'une inégalité structurelle du pouvoir de négociation des deux parties et si, éventuellement, ils doivent corriger le contrat en se fondant sur les règles générales du code civil (*Generalklauseln*). Mais, c'est aux juridictions civiles de choisir le moyen technique de justifier cette correction du contrat, car elles peuvent appliquer indifféremment l'une des deux dispositions générales du code civil, le § 138 qui pose le principe de la nullité du contrat pour immoralité ou le § 242 qui impose aux partenaires l'obligation d'agir de bonne foi (et donc, en l'espèce de ne pas se prévaloir d'un engagement pris manifestement à la légère). Mais, de toute façon, « il y a méconnaissance de la garantie constitutionnelle de l'autonomie privée quand le problème de l'altération de l'égalité contractuelle n'a pas été vu ou lorsque la solution à ce problème a été recherchée en employant des moyens inadaptés ».

Cette jurisprudence a connu un prolongement à propos des contrats de mariage qui, en droit allemand, peuvent régler non seulement l'attribution des biens, mais aussi les problèmes d'obligation alimentaire en cas de dissolution du mariage. Le 6 février 2001, la Cour constitutionnelle a cassé la décision d'une cour d'appel qui admettait la validité d'un contrat par lequel un homme promettait d'épouser la femme qu'il venait de mettre enceinte et qui avait déjà un enfant issu d'un précédent mariage, mais se dispensait de toute obligation alimentaire même à l'égard des enfants en cas de divorce⁸. Elle fonde sa décision sur la violation de la liberté contractuelle telle qu'elle a été présentée dans la décision précédente, mais elle invoque également la violation de l'article 6 de la Loi fondamentale qui protège à la fois la femme, l'enfant et la famille, puisque le contrat accepté par la femme, qui était sans ressource, aboutissait à priver les enfants de l'aide financière que doit normalement verser l'époux divorcé⁹.

⁸ Cour constitutionnelle fédérale, 6 février 2001, *BVerfGE*, tome 103, p. 89. Voir l'analyse de M. FROMONT, *RDP*, 2002, p. 1825.

⁹ Art. 6, de la Loi fondamentale : « (1) Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État. (2) Élever et éduquer les enfants sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en priorité. La communauté étatique veille sur la manière dont ils s'acquittent de ces tâches...(4) Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté ».

III. La garantie d'un minimum vital fondé sur le caractère social de l'État et la fonction sociale de la propriété

Depuis 2010, la Cour constitutionnelle fédérale admet que les quelques dispositions constitutionnelles faisant allusion aux préoccupations sociales soient interprétées comme fondant l'obligation de l'État de verser aux nécessiteux une somme d'argent correspondant à un minimum vital digne de l'homme (*Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*).

A. Le droit des chômeurs à un minimum vital

Bien que la question ait été agitée depuis longtemps, la Cour constitutionnelle fédérale n'a franchi le pas qu'assez récemment.

La première décision en ce sens a été rendue le 9 février 2010¹⁰. Cette décision a déclaré partiellement inconstitutionnelle la quatrième loi de réforme de l'assurance-chômage initiée par le gouvernement du chancelier Schröder en 2003 et appelée Hartz IV du nom de son inspirateur, M. Hartz, ancien directeur du personnel de Volkswagen. Pour la première fois, la Cour fonde sa décision sur un droit fondamental autonome (*eigenständig*), le droit que possède tout individu à bénéficier des ressources nécessaires à sa vie physique et sociale. Ce droit est particulièrement fort, car il repose sur la combinaison de deux dispositions intangibles, c'est-à-dire insusceptibles d'être modifiées dans un sens restrictif par une révision constitutionnelle, à savoir l'article 1^{er} de la Loi fondamentale qui déclare intouchable la dignité de la personne humaine et l'article 20 qui consacre le caractère social de l'État¹¹. En revanche, le législateur dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire et le juge constitutionnel ne peut exercer qu'un contrôle superficiel sur les montants de l'assurance-chômage fixés dans l'exercice de ce pouvoir. Le législateur doit cependant procéder d'une façon rationnelle et transparente à la fixation de ces montants, ce qui permet en définitive au juge constitutionnel d'exercer un contrôle assez poussé de la loi.

De fait, la Cour constitutionnelle a procédé à un contrôle très minutieux de la façon dont le législateur (principalement le gouvernement qui a préparé le projet de loi) a fixé les montants des allocations de chômage. Elle a d'ailleurs exposé la méthode que doit suivre le législateur. La Cour accepte que le législateur fixe des sommes forfaitaires pour les différentes catégories de bénéficiaires, mais sous réserve qu'il prévoit la possibilité de prendre en compte les situations particulières. De même, la Cour admet que ces montants soient déterminés sur la base d'une étude statistique (par sondage) des dépenses faites par le cinquième de la population ayant les plus faibles revenus, mais non sur celle dite du panier de la ménagère, car

¹⁰ Cour constitutionnelle 9 février 2010, *BVerfGE*, tome 125, p. 175. Voir l'analyse de M. FROMONT, *RDP*, 2011, p. 1060. Le texte de la décision a été exceptionnellement traduit en anglais et se trouve sur le site Internet de la Cour. Sur la jurisprudence antérieure à cette décision, voir, D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, préface M. FROMONT, Paris, LGDJ, 2001, p. 307.

¹¹ Art. 1er de la Loi fondamentale : « (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ». Art. 20 : « La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social ». Sur la notion de disposition constitutionnelle intangible, M. FROMONT, « La révision de la constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP*, 2007, p. 898-110.

la méthode retenue permet de prendre en considération une plus grande variété de dépenses.

Par exemple, la Cour a commencé par examiner la façon dont avait été calculé le montant de la prestation due aux chômeurs vivant seuls. Elle a alors observé que le législateur avait diminué ou écarté arbitrairement certaines dépenses sans justification. En outre, elle a jugé illogique que les prix aient été actualisés en fonction de l'évolution des allocations vieillesse et non en fonction de l'évolution du prix des biens de consommation. De plus, comme les allocations versées aux personnes vivant en couple et aux enfants ont été calculées en prenant pour base le montant des allocations versées aux chômeurs vivant seuls et en leur appliquant un pourcentage d'abattement arbitraire, elle a également jugé que ces montants avaient été calculés de façon arbitraire. En outre, il a été reproché au législateur de traiter les enfants comme de « petits adultes » sans tenir compte de leurs besoins spécifiques, spécialement en matière d'enseignement et d'éducation. En conséquence, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une grande partie des dispositions contenues dans les §§ 20 à 28 du Code social et a ordonné la modification de la loi avant la fin de l'année, faute de quoi la loi qui interviendrait ultérieurement devrait produire un effet rétroactif. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit : la loi n'a été adoptée par le Parlement fédéral qu'après d'âpres négociations le 29 mars de l'année suivante.

Depuis cette décision, les contestations devant la Cour constitutionnelle ont tendance à se multiplier. Ainsi, le 23 juillet 2014, la Cour constitutionnelle fédérale a rejeté les demandes de contrôle concret dirigées contre certaines dispositions de la loi sur les prestations-chômage en procédant encore à un contrôle assez minutieux, même si elle affirme à chaque fois que son contrôle ne peut être qu'assez superficiel afin de respecter le pouvoir discrétionnaire du législateur. Par ailleurs, le 26 mai 2015, le tribunal social de Gotha a saisi la Cour constitutionnelle fédérale d'une demande de contrôle de la constitutionnalité des dispositions du code social relatives aux sanctions qui sont susceptibles d'être infligées aux chômeurs qui ne remplissent pas leurs obligations lorsqu'ils sont invités à se présenter à une entreprise qui offre un emploi. Ces sanctions sont assez lourdes et amputent gravement des allocations qui sont déjà assez faibles. Par une décision de section du 6 mai 2016, la Cour a rejeté pour irrecevabilité la demande du tribunal social de Gotha, car elle a estimé que le tribunal n'avait pas démontré de façon suffisamment approfondie que le sort du procès en cours dépendait de la conformité à la constitution, ou non, des dispositions du code social appliquées par les autorités administratives. En effet, le tribunal n'avait pas examiné sérieusement la question de savoir si les sanctions contestées n'étaient pas purement et simplement illégales pour n'avoir pas comporté d'informations sur les voies de recours (*Rechtsbelehrung*) comme le prévoit expressément le code social depuis 2011.

B. Le droit des demandeurs d'asile au minimum vital

Le 18 juillet 2012, cette jurisprudence relative au minimum vital a été étendue aux allocations versées aux demandeurs d'asile¹². L'argumentation théorique est à peu près la même que dans la décision précédente : elle repose principalement sur l'article 1er de la Loi fondamentale qui consacre le principe du respect de la dignité humaine combiné avec l'article

¹² Cour constitutionnelle fédérale, 18 juillet 2012, *BVerfGE*, tome 132, p. 134.

20 qui consacre le caractère social de l'État et elle aboutit également à l'exigence d'un calcul quasi scientifique du montant des allocations, car celui-ci doit correspondre à la réalité du coût de la vie tant physique que sociale.

Toutefois, la décision se caractérise par un examen encore plus minutieux du montant des allocations prévues par la loi. Cet examen est d'ailleurs d'autant plus sévère qu'en 1993, date d'adoption de la loi sur les allocations aux demandeurs d'asile, le législateur ne s'était pas fondé sur des statistiques précises, mais sur de simples évaluations et que, de surcroît, le coût de la vie en Allemagne a augmenté de 34% depuis 1993 alors que la loi avait confié au Gouvernement fédéral le soin d'augmenter éventuellement le montant des allocations versées par voie de règlement fédéral, ce qu'il n'a jamais fait. Le résultat est que l'écart entre les allocations versées aux chômeurs et celles versées aux demandeurs d'asile était devenu très important (plus de 35%), alors que rien ne justifie une telle différence : dans les deux cas, la dignité de l'être humain est en cause. La Cour juge que la situation des demandeurs d'asile est si dramatique qu'elle a imposé aux pouvoirs publics l'obligation de respecter un régime transitoire dont elle établit les grandes lignes. Ce régime s'est appliqué quelque temps puisque la loi sur les prestations aux demandeurs d'asile (*Asylbewerberleistungsgesetz*) a été modifiée seulement à compter du 1er mars 2015 ; ces modifications ont été elles-mêmes corrigées ou complétées la même année par une loi subséquente qui est entrée en vigueur le 24 octobre 2015.

Conclusion

La présentation de la jurisprudence économique et sociale qui vient d'être faite est quelque peu unilatérale, puisqu'elle a eu pour seul objectif de montrer qu'une constitution faisant une part aussi belle au libéralisme économique (à l'exception des articles 14 et 15) a été interprétée par le juge comme garantissant un certain équilibre entre la volonté initiale de rétablir le libre fonctionnement du capitalisme privé après 12 ans de dictature et le souci de protéger les parties les moins favorisées de la population (estimées par le juge constitutionnel à un cinquième). Il est remarquable à cet égard que ce souci d'un certain équilibre continue d'être présent dans une décennie marquée par une offensive sans précédent de l'exaltation de la liberté économique, ce qui a d'ailleurs entraîné un accroissement spectaculaire des différences de revenu et de fortune dans la population comme l'ont relevé plusieurs juges de la Cour constitutionnelle fédérale¹³.

Bien sûr, il aurait été possible de rééquilibrer cette présentation de la jurisprudence constitutionnelle allemande en matière économique et sociale. L'exercice aurait même été facile : par exemple, tout système de restriction quantitative des activités économiques a été prohibé par la Cour au nom de la liberté d'exercer la profession de son choix ; c'est ainsi que la création d'une pharmacie est aujourd'hui entièrement libre depuis un arrêt spectaculaire de la Cour¹⁴. Ou bien encore, les syndicats de salariés et même les salariés les plus actifs peuvent être condamnés à verser des dommages-intérêts lorsqu'ils ont organisé ou encouragé une

¹³ Voir l'opinion dissidente du professeur BÖCKENFÖRDE dans la décision du 22 juin 1995, *BVerfGE*, tome 93, p. 121, ainsi que celle des professeurs GAÏER, MASING et BAER dans la décision de la Cour du 17 décembre 2014, *NJW* 2015, p. 303-328. Voir l'analyse de M. FROMONT, *RDP*, 2015, p. 1444.

¹⁴ Cour constitutionnelle fédérale, 11 juin 1958, *BVerfGE*, tome 7, p. 377.

grève qui était illicite, par exemple, parce que la question litigieuse était déjà réglée par une convention collective encore en vigueur¹⁵ ; bien plus, les patrons peuvent même recourir au lock-out dans certains cas pour riposter à une grève de leurs employés et rétablir l'égalité entre les deux camps¹⁶. On pourrait même invoquer une jurisprudence très aventureuse en matière fiscale que la Cour constitutionnelle fédérale avait cru bon d'échafauder, mais qu'elle a abandonnée devant les critiques dont elle a fait l'objet. Elle a en effet soutenu pendant une dizaine d'années que la garantie constitutionnelle du droit de propriété exigeait qu'aucun contribuable assujéti à l'impôt sur la fortune ne soit obligé de verser au titre de tous les impôts qu'il doit acquitter au cours d'une année une somme dépassant la moitié de ses revenus de cette même année.

De même, cette présentation aurait pu faire allusion à la jurisprudence que la Cour constitutionnelle fédérale a développée à propos du sauvetage financier de la Grèce¹⁷. En effet, cette jurisprudence a tendance à censurer les autorités allemandes chaque fois que celles-ci semblent ne pas défendre suffisamment les compétences du Bundestag et engager à la légère les finances publiques de l'Allemagne, que ce soit à propos de traités relatifs à l'Union européenne, de décisions de l'Union européenne ou de lois les mettant en œuvre. Mais, en réalité, cette jurisprudence a plus pour objet d'empêcher les autorités européennes d'intervenir pour soutenir l'économie d'un État membre que de protéger les agents économiques contre des exigences excessives des autorités européennes.

Dans leur ensemble, ces différentes jurisprudences d'inspiration libérale n'altèrent pas sensiblement l'orientation d'une jurisprudence qui est principalement animée par les efforts de la Cour constitutionnelle fédérale pour maintenir un certain équilibre entre les interventions des autorités publiques et le libre jeu des forces économiques privées.

¹⁵ Un exemple récent particulièrement spectaculaire est la décision de la Cour fédérale du travail du 26 juillet 2016 (1 AZ 160/14) condamnant le Syndicat des contrôleurs aériens à réparer le dommage causé par la grève qu'il avait déclenchée en février 2012 à l'aéroport de Francfort.

¹⁶ Cour constitutionnelle fédérale 26 juin 1991, *BVerfGE*, tome 84, p.212.

¹⁷ Voir nos analyses de cette jurisprudence (en français) dans deux livres de Mélanges, l'un offert au professeur J.-Cl. MASCLET, Université de Paris I, ayant pour titre : *La constitution, l'Europe et le droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013 ; l'autre offert au professeur A. WEBER, Université d'Osnabrück, ayant pour titre : *Common European Legal Thinking*, Heidelberg, Springer, 2016.

Deuxième sous-partie : approche européenne

**La conciliation des objectifs économiques et des droits fondamentaux par la
Cour de justice**
La recherche d'une efficacité en droit de l'Union

Par

Christophe MAUBERNARD

Maître de conférences HDR, Université de Montpellier, IDEDH (EA 3976)

L'intégration juridique est intimement liée tant à la réalisation d'objectifs économiques et à une concurrence non faussée qu'à la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, même si les deux ensembles n'ont pas toujours été concomitants. Les débuts de la construction européenne furent placés sous l'égide d'un ordolibéralisme acclimaté d'influence allemande¹. En consacrant les principes de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire, la Cour de justice ne faisait pas simplement preuve d'autorité dans la recherche d'une uniformité et d'une efficacité accrues du droit commun. Elle garantissait que les libertés et les politiques économiques seraient effectives au cours de leur mises en œuvre par les États. C'est pour cela aussi que les États membres acceptèrent la consécration de ces principes au sein d'une organisation confédérale². L. -J. Constantinesco évoqua tout d'abord les notions de « gouvernement économique de la CEE » ou de « fédéralisme économique »³. Il parla ensuite de « constitution économique européenne », dont la signification ne peut que renvoyer à la dimension constitutionnelle de traités consacrant des droits de nature avant tout économique.

Le respect des droits fondamentaux s'imposa à son tour sous la pression de plusieurs cours suprêmes - dont la Cour constitutionnelle allemande⁴, ce qui n'est pas un hasard -

¹ J. DREXL, « La constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, 2011, p. 419-454. Voir également P.-C. MÜLLER-GRAFF, « L'arrêt de Karlsruhe à propos du MES », *Regards sur l'économie allemande* (en ligne), 2012, n° 106, disponible sur <http://rea.revues.org/4464>.

² D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *RUE*, 2015, p. 630 où l'auteur insiste aussi naturellement sur « l'acquiescement des juridictions nationales » qui dans le cas contraire aurait rendu l'effectivité du principe beaucoup plus aléatoire. Mais il nous semble que l'acquiescement ne peut se résumer aux seuls motifs juridiques.

³ L.-J. CONSTANTINESCO, « La constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, n° 2, p. 245, « La nature juridique des Communautés européennes », *Annales de la Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège*, 1979, vol. 24, p. 151.

⁴ C. TOMUSCHAT, « Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne allemand dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande », *CDE*, 1989, p. 163. Voir aussi D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001 et R. ARNOLD, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Libertés, Mélanges J. Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 463. Voir par exemple, CJCE 15 juillet 1960 *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 36 à 38/59 et 40/59, ECLI:EU:C:1960:36 : « Attendu qu'il n'appartient pas à la Cour, juge de la légalité des décisions prises par la Haute Autorité et partant celles prises en l'espèce aux termes de l'article 65 du traité, d'assurer le respect des

comme l'une des conditions de la légalité communautaire. S'il est inutile de revenir sur une jurisprudence bien connue⁵, l'on peut rappeler trois idées encore vivaces. En premier lieu, le respect des droits fondamentaux fut assuré dès l'origine dans le cadre de la réalisation d'objectifs économiques. Dès lors, ces deux exigences étaient amenées à se rencontrer voire à entrer en concurrence. Si le juge communautaire eut tendance à faire primer l'intérêt économique et social des Communautés sur le respect des droits fondamentaux⁶, il n'en demeure pas moins que la validité du premier découlait du second, à tout le moins formellement⁷. En second lieu, si les institutions se sont vues reconnaître une marge d'appréciation étendue dans leurs appréciations économiques, celle-ci ne peut aller jusqu'à leur assurer une forme d'immunité juridictionnelle, peu compatible avec le principe d'une Union de droit⁸. La principale limite que s'impose le juge, encore aujourd'hui, consiste à ne pas substituer sa propre appréciation à celle retenue par l'institution⁹. En dernier lieu, le contexte économique exerce une influence sur l'office de la Cour de justice. Ainsi, il est possible d'observer que lorsque des crises économiques ou monétaires ont affecté les États membres et que ceux-ci ont eu recours à des formes variées et plus ou moins subtiles de

règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres ; que dès lors la Cour ne peut ni interpréter, ni appliquer l'article 14 de la Loi fondamentale allemande dans l'examen de la légalité d'une décision de la Haute Autorité ».

⁵ V. CONSTANTINESCO, « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in *Le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives*, Colloque Paris I – Bordeaux IV des 27 et 28 février 1998, Paris, Pedone, 1999, p. 35 ; F. PICOD, *Le développement de la juridictionnalisation*, in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, p. 261.

⁶ On peut, par exemple, en trouver une illustration intéressante dans une affaire CJCE, 18 septembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, aff. 116/82, ECLI:EU:C:1986:322, points 25 et s., où l'État faisant l'objet d'un recours en manquement s'opposait à l'exécution d'une réglementation communautaire qui serait susceptible de violer les droits fondamentaux des entreprises (le droit de propriété), alors que la Commission et la Cour de justice répondent au nom de l'intérêt général de la CEE. Voir dans le même sens CJCE, 21 mai 1987, *W. Rau Lebensmittelwerke*, aff. 133 à 136/85, ECLI:EU:C:1987:244, point 18.

⁷ Par exemple, CJCE, 18 novembre 1987, *Maizena Gesellschaft mbH e.a.*, aff. 137/85, ECLI:EU:C:1987:493, point 15.

⁸ Tel est le cas tout particulièrement dans le cadre du pouvoir de contrôle de la bonne application des règles de la concurrence par la Commission : CJUE, 11 juillet 2013, *Team Relocations NV e.a.*, aff. C-444/11 P, ECLI:EU:C:2013:464, point 162. F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La légitimité démocratique de la gouvernance économique européenne : la mutation de la fonction parlementaire », *Revue de l'OFCE*, 2014, n° 134, p. 115-131 et sp. p. 118. J. CHEVALLIER, *La mondialisation de l'État de droit*, in *Droit et politique à la croisée des cultures*, Mélanges P. Ardant, Paris, LGDJ, 1999, p. 331 : « Amalgamant les traditions franco-allemande de l'État de droit et anglo-saxonne de *Rule of law*, la notion internationale d'État de droit signifie le 'règne du droit', c'est-à-dire l'idée d'un pouvoir fondé sur le respect du droit mais aussi limité par le droit, à travers un ensemble de droits fondamentaux bénéficiant d'une reconnaissance internationale [...] ».

⁹ Voir par exemple, Trib. UE, 28 janvier 2016, *République de Slovaquie c/ Commission*, aff. T-507/12, ECLI:EU:T:2016:35, point 190. Voir également les conclusions d'Y. Bot présentées le 12 septembre 2013 sous les aff. C-63, 66 et 196/12, ECLI:EU:C:2013:547, points 276 et 277 : « D'un point de vue plus général, il est permis de rester sceptique devant une solution qui aurait finalement pour effet de consacrer, en dehors du domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), une catégorie d'actes échappant au contrôle de légalité. Les justifications qui pourraient être avancées à l'appui d'une telle solution sont au nombre de deux, à savoir la dimension politique de l'appréciation en cause et la technicité de la matière. Or, ces justifications sont les mêmes que celles qui sont habituellement exposées par la doctrine pour expliquer que le juge de l'Union décide non pas d'abandonner tout contrôle, mais d'exercer un contrôle restreint, en particulier lorsqu'il doit se livrer à une appréciation économique complexe. (...) Il existe un fort courant jurisprudentiel qui témoigne de la capacité de la Cour à mobiliser l'ensemble des ressources procédurales pour assumer pleinement ses responsabilités juridictionnelles dans les domaines les plus complexes, notamment lorsque le respect des équilibres institutionnels ou des principes fondamentaux est en cause. ».

protectionnisme¹⁰, la Cour de justice n'a pas manqué de leur rappeler leurs obligations au titre des traités¹¹. Cette jurisprudence traduit même imparfaitement l'idée, chère aux économistes et à certains juristes américains du droit de la concurrence, d'une efficacité du Droit ou *efficiency law*, au sens d'une maximisation de ces effets¹². Le Droit vient ici au soutien de la libéralisation économique et du bien-être des consommateurs à travers des normes qui assurent des finalités économiques, il les précède en quelque sorte. L'approche de la Cour de justice est donc marquée par le passage progressif d'un ordolibéralisme à une conception de l'économie et du droit fondée sur l'efficience¹³.

Une telle évolution demeure en principe sans incidence sur l'obligation de respecter les droits fondamentaux. L'actuel article 2 TUE rappelle en effet « que l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que du respect des droits de l'homme (...) », alors que l'établissement d'un marché intérieur et d'une union économique et monétaire sont mentionnés à l'article 3 TUE respectivement aux points 3 et 4. Cet ordonnancement traduit « une nouvelle idéalisation en jeu : l'unité européenne n'est plus uniquement dans la fiction de l'établissement d'un marché unique mais dans la mise en place d'un espace commun de valeur (liberté, sécurité, justice) »¹⁴.

La conciliation opérée par la Cour de justice peut donc être lue sous le prisme de l'efficacité. Efficacité dans l'interprétation des objectifs économiques lorsque le juge retient une approche libérale de ces derniers, efficacité de la protection des droits fondamentaux lorsque la Cour de justice leur confère une portée étendue (I). Cette recherche d'une double efficacité se heurte cependant à une interprétation plus « objective » (juridique) du juge de l'Union que contextuelle (économique), et à la primauté de certains objectifs économiques sur la garantie des droits fondamentaux (II).

¹⁰ Flottement du dollar à l'été 1971 et crispation au sein du GATT, premier et deuxième chocs pétroliers, inflation et chômage structurel au cours des années 1980, bulles financières à la fin des années 1990 et début des années 2000, crise internationale à compter de 2008 (voir *infra*). J.-M. SIROËN, « Crise économique, globalisation et protectionnisme », *Politique étrangère*, 2012/4, p. 803-817.

¹¹ A titre d'exemple on peut citer l'avis 1/75 du 11 novembre 1975, *ECLI:EU:C:1975:145*, sur les compétences internationales de la CEE ; CJCE 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (« Cassis de Dijon »), aff. 120/78, *ECLI:EU:C:1979:42* ; CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie c/ Région wallonne*, aff. C-129/96, *ECLI:EU:C:1997:628* ; CJCE 13 juillet 2004, *Commission / Conseil*, aff. C-27/04, *ECLI:EU:C:2004:436*.

¹² R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishing, NY, 2007 (7th ed.). Voir également S. E. MARGOLIS, « Two Definitions of Efficiency in Law and Economics », *The Journal of Legal Studies*, 1987, vol. 16, p. 471.

¹³ J. DREXL, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », préc.. Cette approche est aussi éloignée de la conception physiocratique française qui perçoit le Droit comme un instrument n'agissant qu'à la suite d'événements économiques distincts et antérieurs, sous l'impulsion d'une volonté de l'État et de ses agents : voir la contribution dans cette *Revue*, ce numéro, de G. DRAGO, « Les principes directeurs de la jurisprudence économique et sociale du Conseil constitutionnel ».

¹⁴ L. AZOULAI, « Constitution économique et citoyenneté de l'UE », *RIDE*, 2011/4, pp. 543-557 et sp. p. 546.

I. Une conciliation cherchant à renforcer l'efficacité des instruments économiques et de protection des droits fondamentaux

Les politiques de l'Union ont encore aujourd'hui une dimension économique et monétaire forte. Dans le domaine économique, l'intégration prend la forme d'un marché unique et d'une coordination des politiques nationales. Sur le plan monétaire, la gestion par la Banque centrale européenne de la monnaie unique et de la politique de change et le Mécanisme européen de stabilité (le « MES », voir *infra*), constituent un dépassement du marché intérieur à travers la soumission des politiques nationales à des exigences renforcées en matière financière et budgétaire¹⁵. La conciliation apparaît alors comme un moyen de garantir la pleine réalisation des finalités économiques des traités (A), tout en accordant aux droits fondamentaux une teinte spécifique dans les matières économiques et monétaires(B).

A. Une lecture jurisprudentielle libérale des objectifs économiques des traités

Si la Cour de justice s'est attachée à ne pas empiéter sur la marge d'appréciation des institutions et des États dans la réalisation des objectifs économiques, monétaires et financiers, elle n'a pas manqué de rappeler à ces derniers leurs obligations de libéraliser l'accès à leur marché national (1) tout en contrôlant l'activité de leurs opérateurs (2).

1. Une libéralisation des échanges garantie aussi par le juge de l'Union

L'appréciation du juge varie tout d'abord en fonction du degré d'harmonisation atteint par la législation commune¹⁶. La marge d'appréciation des États s'amenuise donc au cours de la mise en œuvre du droit économique de l'Union¹⁷, même si le *self-restraint* de la Cour de justice est en l'espèce significatif. Selon cette dernière, les dispositions des traités « la politique économique, [...] doit être menée dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre (...). En effet, il s'agit d'un *principe général* qui exige pour son application des appréciations économiques complexes qui relèvent de la compétence du législateur ou de l'administration nationale. »¹⁸

Les traités contenant pour l'essentiel des dispositions générales, le juge est devenu un acteur essentiel dans l'interprétation et l'application des normes économiques. Cette mission

¹⁵ R. KOVAR, « L'affaire OMT. L'extension des moyens d'intervention de la BCE », *RTDE*, 2015, p. 579.

¹⁶ CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands Srl e.a.*, aff. C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, point 63 : « par l'expression «mesures relatives au rapprochement», figurant à l'article 114 TFUE, les auteurs du traité ont voulu conférer au législateur de l'Union, en fonction du contexte général et des circonstances spécifiques de la matière à harmoniser, une marge d'appréciation quant à la technique de rapprochement la plus appropriée afin d'aboutir au résultat souhaité, notamment dans des domaines qui se caractérisent par des particularités techniques complexes (...). Le législateur de l'Union pourrait donc, dans l'exercice de cette marge d'appréciation, ne procéder à une harmonisation que par étapes et n'exiger qu'une suppression progressive des mesures unilatérales prises par les États membres ».

¹⁷ Voir, par exemple, CJUE, 29 septembre 2016, *Essent Belgium NV*, aff. C-492/14, ECLI:EU:C:2016:732 (énergie verte) ou encore CJCE, 28 janvier 1999, *Österreichische Unilever GmbH*, aff. C-77/97, ECLI:EU:C:1999:30 (cosmétiques).

¹⁸ CJCE, 3 octobre 2000, *Echirrolles Distribution SA*, aff. C-9/99, ECLI:EU:C:2000:532, point 25. C'est nous qui soulignons.

est aussi le résultat de l'effet direct reconnu à la plupart des libertés économiques, incitant les opérateurs à saisir le juge lorsque des obstacles aux échanges se dressaient devant eux. Les solutions de principe dégagées dans ses arrêts *Dassonville*¹⁹, *Reyners*²⁰ ou « *Cassis de Dijon* »²¹ en sont de parfaites illustrations. La Cour de justice met l'accent sur les obligations qui pèsent à la charge des États de ne pas entraver les échanges²² dès lors que les libertés conférées aux opérateurs sont fondamentales.

La nature de la fundamentalité des libertés économiques peut d'ailleurs être questionnée. Celle-ci découle-t-elle de l'importance qu'elles revêtent pour la construction européenne ? Ou bien sont-elles fondamentales parce qu'elles sont reconnues aux opérateurs, personnes morales comme personnes physiques ? Si la première hypothèse fait peu de doute, les libertés économiques s'apparentent aussi à de véritables droits conférés aux opérateurs²³. Ainsi dans une affaire *Sokoll-Seebacher*²⁴ à propos de l'ouverture d'une pharmacie en Autriche, la Cour de justice ne juge pas utile de se prononcer sur la violation éventuelle de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux qui consacre la liberté d'entreprendre, au motif que celle-ci est consacrée à l'article 49 TFUE relatif à la liberté d'établissement.

Toutefois, l'approche de la Cour de justice a pu varier dans le temps. Dans un premier mouvement que l'on pourrait qualifier d'historique, les entraves aux libertés de circulation étaient conçues comme de véritables contraintes à l'égard des opérateurs, entraînant des coûts supplémentaires²⁵ ou portant atteinte à la liberté des transactions commerciales²⁶. La Cour retenait alors une interprétation rigoriste des libertés de circulation. L'édification « à marche forcée » du marché commun puis du marché intérieur, semblait laisser peu de place à la prise en compte de l'origine des contentieux économiques à l'origine des nombreux renvois préjudiciels dont elle était saisie. L'affaire *L. Hauer* apparaît emblématique de cette conception : à la requérante qui pouvait, de bonne foi, se prévaloir de garanties nationales concernant la possibilité pour elle d'étendre des parcelles de vigne, la Cour répond que « l'interdiction d'accorder des autorisations de plantations nouvelles [que le règlement litigieux] énonce (...) s'applique d'une manière générale, c'est-à-dire, en particulier, indépendamment de la question de savoir si un terrain est, ou non, approprié à la culture de la vigne, selon les dispositions d'une loi nationale. »²⁷

Plus récemment, et sans doute pour tenir compte d'une forme d'efficacité du droit de la libre circulation, la Cour retient une approche plus soucieuse de la place et du rôle des consommateurs, y compris lorsque le litige n'a en pratique qu'une portée interne. Dans son arrêt *Commission c/ Italie* de 2009²⁸ la Cour, sans revenir sur sa jurisprudence antérieure, inaugurerait ainsi une troisième voie par laquelle les États ne peuvent en principe maintenir une

¹⁹ CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8-74, ECLI:EU:C:1974:82.

²⁰ CJCE, 21 juin 1974, aff. 2-74, ECLI:EU:C:1974:68.

²¹ CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

²² L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

²³ A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

²⁴ Aff. C-367/12 du 13 février 2014.

²⁵ Voir par exemple, CJCE, 16 décembre 1980, *Fietje*, aff. 27/80, ECLI:EU:C:1980:293 ou CJCE, 13 mars 1984, *Prantl*, aff. 16/83, ECLI:EU:C:1984:101.

²⁶ CJCE 26 février 1980, *P. Vriend*, aff. 94/79, ECLI:EU:C:1980:50, point 8.

²⁷ CJCE 13 décembre 1979, aff. 44/79, point 12.

²⁸ CJCE, gde ch., 10 février 2009, aff. C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66.

règlementation qui restreindrait l'offre à l'égard des particuliers d'une marchandise ou d'un service.

Toutefois ces libertés fondamentales n'étant pas absolues, dès lors que les traités et la jurisprudence reconnaissent aux États la possibilité d'invoquer des justifications²⁹ pour maintenir des entraves, il vint un temps où le juge de l'Union estima pertinent de les confronter directement aux droits fondamentaux. Par son arrêt *Schmidberger*³⁰ il inaugura une nouvelle approche des conflits potentiels entre libertés et droits fondamentaux, le juge national étant tenu dans cette hypothèse de concilier les deux ensembles normatifs, sauf si un droit fondamental de portée absolue ne peut que s'imposer en l'espèce³¹. Suivant en cela sa jurisprudence *ERT*³² la Cour ajouta que lorsqu'un État invoque une justification, il est tenu de respecter les droits fondamentaux, y compris les dispositions de la Charte, car alors il met en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51 de ce texte³³. Néanmoins, la conciliation en tant que technique de résolution des conflits de normes est ambivalente. En mettant sur un pied d'égalité les libertés fondamentales de circulation et les droits fondamentaux, sauf exceptions, la Cour de justice considère *de facto* ces derniers comme de simples justifications. Il en va différemment dans l'hypothèse où la conciliation doit être opérée par le juge national entre plusieurs droits fondamentaux³⁴.

2. Un instrument essentiel des libertés économiques : la concurrence non faussée³⁵

Dans son arrêt *Hoescht* du 21 septembre 1989³⁶ à propos, notamment, de l'étendue des pouvoirs de la Commission en matière de contrôle de l'activité anti-concurrentielle des entreprises, la Cour avait rappelé que les règles de la concurrence « ont pour but de permettre à [la Commission] d'accomplir la mission, qui lui est confiée par le traité CEE, de veiller au respect des règles de concurrence dans le marché commun. Ces règles ont pour fonction, ainsi qu'il ressort de l'alinéa 4 du préambule du traité, de l'article 3, sous f), et des articles 85 [101 TFUE] et 86 [102 TFUE], d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs. *L'exercice des pouvoirs conférés*

²⁹ Terme employé ici de manière générique pour les dérogations textuelles de l'article 36 TFUE et les exigences ou raisons impérieuses d'intérêt général, que la Cour de justice tend à assimiler en pratique. Voir par exemple CJUE, 17 mars 2016, *Canadian Oil Company Sweden AB e.a.*, aff. C-472/14, ECLI:EU:C:2016:171, point 45 ou encore CJUE, 12 novembre 2015, *V. Visnapuu*, aff. C-198/14, ECLI:EU:C:2015:751, point 110.

³⁰ CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333. Il faut observer toutefois que cette jurisprudence inaugurale est demeurée assez limitée dans ses effets : voir pour d'autres applications CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, aff. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 ; CJCE 18 décembre 2007, *Laval und Partneri*, aff. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 ; CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426.

³¹ CJCE 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

³² Et en particulier les conclusions de l'avocat général K. O. Lenz. Voir également CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c/ H. Bauer Verlag*, aff. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325, point 24. C. MAUBERNARD, *Les normes jurisprudentielles de la Cour de justice des Communautés européennes. Contribution à l'étude du pouvoir judiciaire communautaire*, th. dactyl., Montpellier, 2001, p. 265 et s.

³³ CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger et autres*, aff. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281.

³⁴ A propos en particulier des droits de propriété intellectuelle, CJUE, 15 septembre 2016, *T. Mc Fadden*, aff. C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, points 83 et s. Voir aussi F. GAZIN, « Conciliation des droits et libertés », *Europe*, mars 2013, comm. 109.

³⁵ Ce moyen est codifié désormais dans le Protocole n° 27 et non dans les objectifs des traités.

³⁶ Aff. jtes 46/87 et 227/88, ECLI:EU:C:1989:337.

à la Commission par le règlement n° 17 concourt ainsi au maintien du régime concurrentiel voulu par le traité dont le respect s'impose impérativement aux entreprises. »³⁷ La Cour ajoutait quelques années après dans l'affaire *Roquette Frères SA*³⁸, même si elle étendait aussi la portée des droits fondamentaux reconnus aux entreprises, « que les pouvoirs conférés à la Commission par l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 17 ont pour but de permettre à celle-ci d'accomplir sa mission consistant à veiller au respect des règles de concurrence dans le marché commun, de telles règles ayant pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi à assurer le bien-être économique dans la Communauté. »³⁹ La libre concurrence suppose donc tout à la fois de prendre en considération le comportement des entreprises sur le marché et les besoins des consommateurs. Cette approche combine en un sens la recherche d'une efficacité réelle (dans l'accès au marché des opérateurs) et une vision ordolibérale (à travers la liberté des consommateurs)⁴⁰. C'est la raison pour laquelle le régime de la concurrence est entendu strictement par le juge de l'Union, y compris lorsque les droits fondamentaux des opérateurs sont en jeu.

B. Une jurisprudence favorable à la prise en compte des droits fondamentaux

Le juge de l'Union n'est pas un juge des droits de l'homme, contrairement à la Cour de Strasbourg dont l'office est de s'assurer que les États parties n'ont pas violé les obligations découlant de la Convention. Il a pour mission d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (art. 19 TUE). Si l'Union respecte les droits fondamentaux, elle ne dispose pas d'une compétence expresse reconnue par les traités pour agir au nom de la protection des droits fondamentaux. La lecture libérale des objectifs économiques des traités n'a pas empêché toutefois la Cour de justice de se reconnaître compétente pour apprécier la légalité des actes communautaires puis de l'Union à l'aune des droits fondamentaux. Il faut cependant distinguer deux périodes : celle qui précède l'entrée en vigueur de la Charte (A) de la période qui s'est ouverte depuis lors (B).

1. Avant l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux

Il n'est pas utile de revenir sur les causes et les conséquences de la reconnaissance par la Cour de justice de sa compétence pour contrôler la légalité des actes des institutions au regard des droits fondamentaux. Il importe par contre de souligner que l'invocation des droits fondamentaux avait pour principal objet de contester la légalité de dispositions ayant un contenu économique. Ainsi dès l'arrêt *Storck* de 1959⁴¹ un requérant invoquait le libre

³⁷ Point 25. C'est nous qui soulignons.

³⁸ CJCE, 22 octobre 2002, aff. 94/00, ECLI:EU:C:2002:603.

³⁹ Point 42. C'est nous qui soulignons.

⁴⁰ C. PRIETO, « Politique européenne de concurrence », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 1390, 2014. Voir aussi J. DREXL, « La constitution économique européenne (...) », préc., p. 431 : « Tandis que la théorie de l'organisation industrielle moderne s'exprime en faveur de la protection de la concurrence pour promouvoir l'efficacité économique et utilise le critère du bien-être du consommateur (*consumer welfare*), l'ordolibéralisme protège la liberté économique du consommateur, ou plutôt l'individu en général quel que soit son rôle en tant qu'acteur sur le marché, contre le pouvoir totalitaire du monopole ».

⁴¹ CJCE, 4 février 1959, aff. 1/58, ECLI:EU:C:1959:4.

exercice de ses activités économiques garanti par la Loi fondamentale allemande afin de contester une décision de la Haute Autorité CECA réorganisant la vente du charbon dans la Ruhr. Dans son arrêt fondateur sur la compétence de la Cour pour contrôler la légalité des actes de l'Union à l'aune des droits fondamentaux, l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970⁴², il était question d'un régime de certificat d'exportation. On pourrait ainsi multiplier les exemples : *Nold*⁴³ et le droit au libre exercice d'une activité économique, *Defrenne*⁴⁴ concernant l'égalité de rémunération des hommes et des femmes au sein des entreprises, *Hoffmann-Laroche*⁴⁵ à propos des droits de la défense des entreprises dans le cadre de la procédure administrative de la concurrence, *Hauer*⁴⁶ à propos du droit fondamental de propriété dans le domaine de la politique agricole commune, *Regina*⁴⁷ relatif au principe de non-rétroactivité des dispositions pénales dans le domaine de la politique commune de la pêche. Cette jurisprudence fut étendue aux actes des États membres entrant dans le champ d'application du droit communautaire. La Cour de justice consacra le principe selon lequel lorsque les États mettent en œuvre directement ou indirectement les dispositions du droit communautaire, ils sont tenus de respecter les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique communautaire⁴⁸.

Toutefois, si la Cour est attentive à prendre les droits fondamentaux « au sérieux » (*taking rights seriously*)⁴⁹, elle invalide rarement un acte de droit dérivé sur leur seul fondement. L'absence de texte de protection n'a donc pas entravé la mission du juge mais ce dernier est demeuré attaché, malgré tout, à l'idée que les droits fondamentaux, issus pour l'essentiel de sources extérieures à l'ordre juridique communautaire (Convention européenne et traditions constitutionnelles communes) en tant que principes généraux du droit, ne viennent compromettre le travail du législateur européen et la réalisation des objectifs, au premier rang desquels figure l'établissement d'un marché intérieur.

La conciliation reste donc en réalité davantage un instrument théorique que pratique. Elle est en effet doublement conditionnelle. Tout d'abord la Cour n'exerce elle-même que très rarement cette conciliation, qui revient pour l'essentiel au juge national. Par ailleurs, la conciliation n'implique pas que les droits fondamentaux l'emportent sur les libertés économiques fondamentales, puisque la Cour exclut, sauf exception⁵⁰, toute idée de hiérarchie entre les deux ensembles. La proclamation puis la valeur juridique de droit primaire reconnue à la Charte a modifié partiellement cette perspective.

⁴² CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

⁴³ CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51.

⁴⁴ CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56.

⁴⁵ CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36.

⁴⁶ CJCE, 13 décembre 1979, aff. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290.

⁴⁷ CJCE, 11 juillet 1984, aff. 133/83, ECLI:EU:C:1984:264.

⁴⁸ Voir par exemple l'arrêt *ERT* (précité) qui impose à l'État de respecter les droits fondamentaux (en l'espèce la liberté d'expression) lorsqu'il invoque des justifications à la restriction des libertés fondamentales de circulation.

⁴⁹ J. H. H. WEILER & N. J.S. LOCKHART, « Taking Rights Seriously » seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence - Part I and II », *CMLR*, vol. 32, n° 1, p. 51 et n° 2 p. 519 ; D. EDWARD, *Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations*, in *Diritto dell'Unione europea*, Scritti in onore di G. F. Mancini, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1998, p. 423.

⁵⁰ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/06, ECLI:EU:C:2004:614.

2. Après l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux

Les dispositions de la Charte s'imposent à l'ensemble des institutions et organes de l'Union⁵¹, mais aussi aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (article 51, §1)⁵². Ce texte consacre un ensemble de droits civils et politiques, mais aussi économiques, sociaux et culturels, même s'il n'a pas fait perdre tout intérêt aux principes généraux de droit en l'absence d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme⁵³.

À première vue la Charte n'a pas vocation à bouleverser le contrôle de légalité opéré par le juge de l'Union. En effet, elle n'a pas pour objet de conférer une compétence nouvelle à l'Union, et n'a donc pas modifié la mission confiée à celui-ci. Ainsi l'article 6, point 1, 2^{ème} alinéa TUE affirme solennellement que « les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités »⁵⁴. En outre, son article 52 dispose que la portée et l'interprétation de ses dispositions sont limitées par : les droits correspondants à ceux de la CEDH ; les traditions constitutionnelles communes des États ; les actes complémentaires mettant en œuvre certains principes contenus dans la Charte, ces derniers ne pouvant alors qu'être invoqués pour interpréter ou contrôler la légalité de ces actes complémentaires ; les législations et les pratiques nationales ; les explications du *praesidium*. En outre, l'interprétation des droits contenus dans la Charte ne peut contrevenir à l'identité nationale des États membres qui est « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » (article 4, point 2 TUE)⁵⁵. Par ailleurs, la Cour retient une interprétation assez étroite du champ d'application de la Charte (article 51), qui en l'absence de véritable compétence conférée à l'Union, apparaît plus limité que le champ d'application du droit de l'Union. L'arrêt *Pringle*⁵⁶ est emblématique de cette portée limitée à l'égard des particuliers, lorsque des mécanismes ayant une incidence directe sur une politique commune comme celle de l'union économique et monétaire relève de l'ordre juridique international et non européen. La Cour a considéré à cet égard que « les États membres ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, lorsqu'ils instituent un mécanisme de stabilité tel que le MES pour l'institution duquel (...) les traités UE et FUE n'attribuent aucune compétence spécifique à l'Union. »⁵⁷ Enfin, la portée relative des droits économiques et sociaux contenus dans la Charte des droits fondamentaux⁵⁸, qui

⁵¹ CJUE, gde ch., 20 septembre 2016, *Ledra advertising e.a.*, aff. C-8 à 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701.

⁵² CJUE, gde ch., 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

⁵³ Voir par exemple, de manière constante, CJUE, 6 octobre 2016, *G. Paoletti*, aff. C-218/15, ECLI:EU:C:2016:748, point 21 : « Ainsi que le précise l'article 6, paragraphe 3, TUE, les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

⁵⁴ Pour une approche cependant extensive de la compétence de la Cour de justice dans le domaine de la PESC : CJUE, gde ch., 19 juillet 2016, *H. e.a.*, aff. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569.

⁵⁵ On peut se demander si au nom de l'identité constitutionnelle des États – qui selon par exemple la Cour constitutionnelle allemande ne recoupe pas exactement celle d'identité nationale – ces derniers ne pourraient pas invoquer des garanties sociales particulières. On pense, par exemple, au Préambule de la Constitution française de 1946 qui a été intégré au bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. Il en irait de même en Allemagne, mais aussi dans bien d'autres États comme ceux qui perpétuent une tradition sociale-démocrate.

⁵⁶ CJUE, ass. pl., 27 novembre 2012, aff. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756.

⁵⁷ *Ibid.*, point 180. Voir toutefois *infra* les développements plus récents de la jurisprudence.

⁵⁸ E. DUBOUT, « Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE », *RTDE*, 2014, n° 2, p. 409-432.

pour l'essentiel sont des principes dont l'effectivité dépend de leur « concrétisation » dans des actes de droit dérivé, constitue aussi une limite⁵⁹.

La Charte ne peut être perçue, malgré tout, comme un texte procédant à une simple codification⁶⁰. Elle incite de plus en plus la Cour à étendre son contrôle de légalité, comme dans les affaires *Google Spain*⁶¹, *Digital Rights Ireland*⁶² ou plus récemment *Schrems*⁶³ qui ont donné l'occasion au juge d'invalider une décision et une directive d'une particulière importance, au nom du droit à la protection des données personnelles. L'effectivité et l'efficacité de la protection des droits fondamentaux n'ont donc pas été compromises par la poursuite d'objectifs économiques, même si persistent des poches de résistance dans certains domaines sensibles. De manière plus générale, c'est à travers le champ d'application du droit de l'Union et la notion de mise en œuvre de ce droit par les États que les risques d'une immunité des actes des institutions ou des États sont les plus grands⁶⁴.

II. Une conciliation qui ne parvient pas toujours à s'opérer au profit de l'efficacité des droits

Malgré les apports incontestables de la jurisprudence européenne dans le sens d'une libéralisation des marchés et d'une concurrence non faussée mais aussi d'une protection des droits fondamentaux renforcée, la conciliation ne s'opère pas toujours dans les meilleurs termes. Ainsi, le juge privilégie encore une approche normative des questions économiques (A), ce qui l'incite à préserver les objectifs économiques au nom des grandes finalités de la construction européenne mais au détriment, parfois, d'une protection efficace des droits (B).

*A. Une approche normative de la matière économique par le juge*⁶⁵

Certains membres de la doctrine ont fait observer que « comme toute matière issue du « couplage » de deux systèmes, le droit économique – au carrefour du droit et de l'économie – implique une mise en cause des logiques propres à ces deux matières »⁶⁶. Dans le domaine des libertés de circulation les États ne peuvent pas ainsi invoquer des justifications fondées sur des motifs économiques ou sociaux⁶⁷ malgré quelques timides avancées⁶⁸. Au nom d'une

⁵⁹ CJUE, gde ch., 15 janvier 2014, *AMS*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 ainsi que les conclusions contraires de l'avocat général Cruz Villalon.

⁶⁰ R. TINIERE et C. VIAL, « Propos introductifs », in R. Tinière et C. Vial (sous la dir. de), *La protection des droits fondamentaux dans l'UE. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 9-42.

⁶¹ CJUE, gde ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

⁶² CJUE, gde ch., 8 avril 2014, aff. jtes C-293 et 594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

⁶³ CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

⁶⁴ F. ZAMPINI, « La CJCE, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire » », *RTDE*, 1999, n° 4, p. 659.

⁶⁵ Le juge de l'Union n'est pas un juge des droits de l'homme mais il n'est pas non plus un juge économique.

⁶⁶ E. BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, 2009/3, p. 353-385, sp. p. 359.

⁶⁷ Voir par exemple les conclusions de l'avocat général Nihls Wahl prononcées le 9 juin 2016 sous l'affaire C-201/15, ECLI:EU:C:2016:429, à propos de la liberté d'établissement en Grèce et des mesures visant à lutter contre les licenciements collectifs : « je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles en ce sens que l'article 49 TFUE, interprété à la lumière de l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union

légalité entendue strictement, la Cour est davantage soucieuse de réaffirmer les principes issus des traités et de sa jurisprudence que de rechercher des solutions adaptées à la réalité économique des États et des opérateurs. L'approche économique du droit demeure ainsi supplantée par l'approche juridique de l'économie⁶⁹ dans le cadre d'une mise en œuvre encore largement décentralisée où opère le principe de subsidiarité⁷⁰. Il faut reconnaître cependant que les traités et le droit dérivé ne laissent parfois à la Cour d'autres solutions que de définir elle-même le contour de certaines notions fondamentales. Tel fut le cas dans l'importante affaire *Gauweiler* dont elle fut saisie par la Cour constitutionnelle allemande, à propos de la notion de « politique monétaire » et des compétences de la Banque centrale européenne⁷¹.

Les affaires qui ont été portées devant la Cour de justice et le Tribunal par des États subissant de plein fouet les effets de la crise économique, financière et monétaire qui a débuté en 2008 illustrent aussi très bien cette conception. Même si les situations nationales divergent les unes des autres, et si les réponses qui ont été apportées à ces États sont singulières⁷², il n'en demeure pas moins que les populations ont été doublement affectées : d'abord par la crise elle-même puis par les mesures d'austérité budgétaire qui ont été exigées de ces États pour bénéficier des mécanismes européens et internationaux de soutien. Ces affaires agissent ainsi comme le révélateur de l'idée que « l'utilité sociale des marchés financiers peut légitimement être mise en cause. Les effets délétères sont manifestes »⁷³.

Mais aussi que « la période difficile que traverse l'Union européenne met à rude épreuve la protection des droits fondamentaux »⁷⁴.

Le juge de l'Union a certes pu prendre en considération la grave crise que traversaient certains États, en particulier la Grèce⁷⁵. A propos de la récupération d'une aide versée

européenne, s'oppose à une disposition telle que celle de l'article 5, paragraphe 3, [de la] loi n° 1387/1983 portant sur le contrôle des licenciements collectifs et autres dispositions, du 18 août 1983, qui exige des employeurs d'obtenir une autorisation administrative avant de procéder à des licenciements collectifs et qui fait dépendre une telle autorisation des conditions sur le marché du travail, de la situation de l'entreprise et de l'intérêt de l'économie nationale. *Le fait que l'État membre concerné puisse traverser une crise économique aiguë, accompagnée de taux de chômage très élevés, ne modifie pas cette analyse.* » C'est nous qui soulignons.

⁶⁸ CJUE, 30 juin 2011, *Zeturf Ltd.*, aff. C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, point 52. J. SNELL, « Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement », in A. Schrauwen (ed.), *Rule of reason. Rethinking another classic of EC legal doctrine*, éd. Schrauwen, Europa Law Publishing, 2005.

⁶⁹ CJUE, 8 janvier 2016, *Heli-Flight GmbH & Co. KG*, aff. C-61/15 P, ECLI:EU:C:2016:59, point 101 : « S'agissant du grief (...) relatif à la pertinence de la jurisprudence relative aux contrôles des appréciations économiques complexes (...), il est de jurisprudence constante que, en cas d'appréciations complexes, les autorités de l'Union disposent, dans certains domaines du droit de l'Union, d'un large pouvoir d'appréciation, de telle sorte que le contrôle du juge de l'Union à l'égard de ces appréciations doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si ces autorités n'ont pas manifestement dépassé les limites de leur pouvoir d'appréciation ».

⁷⁰ A. PORTUESE, *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Publibook, éd. Droit/Economie, 2014, l'auteur soutient dans sa thèse que le principe de subsidiarité contribue à l'efficacité des normes économiques européennes.

⁷¹ CJUE, gde ch., 16 juin 2015, aff. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, point 42 : « il importe de relever que le traité FUE ne contient aucune définition précise de la politique monétaire mais définit à la fois les objectifs de la politique monétaire et les moyens dont dispose le SEBC pour mettre en œuvre cette politique ».

⁷² P. SOLDATOS, « Les données fondamentales de la crise dans la zone euro. Essai explicatif d'une dérive systémique multivariée », *RUE*, 2012, n° 561, p. 497-502.

⁷³ C. PRIETO, « L'Union économique et monétaire dans la tourmente des déficits publics », *RTDE*, 2010/1, p. 1.

⁷⁴ A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux face à la crise », *Revue de l'OFCE*, 2014/3, p. 89-100.

⁷⁵ Dans le cadre des sanctions adoptées au titre d'un manquement sur manquement.

indûment à un fonds de soutien agricole dans cet État, le Tribunal avait par ordonnance⁷⁶ reconnu l'urgence et ainsi autorisé la Grèce à suspendre la demande de récupération d'aides, en considérant que :

54 Dans les circonstances exceptionnelles qui marquent actuellement la situation économique et sociale en Grèce, il convient donc de reconnaître la priorité aux intérêts invoqués par la République hellénique consistant, d'une part, à préserver la paix sociale et à prévenir les troubles sociaux et, d'autre part, à pouvoir concentrer les capacités de son administration fiscale sur les missions qu'elle considère comme primordiales pour le pays. En revanche, l'octroi du sursis à exécution exposerait les intérêts de l'Union au seul risque d'un report des mesures de recouvrement nationales à une date ultérieure, sans qu'il y ait des indices que ce report porterait, en soi, atteinte aux chances de succès de ces mesures.

Toutefois il s'agissait ici précisément de considérer le caractère exceptionnel de la situation de l'État au regard de l'urgence. Au fond⁷⁷, le Tribunal a au contraire estimé que :

108 La crise économique survenue dans l'Union à compter de 2008 ne constitue pas une circonstance susceptible de remettre en cause le fait que le secteur agricole est exposé à une vive concurrence dans l'Union.

pour en déduire que la Commission n'était pas tenue d'étendre le cadre temporaire autorisant certaines aides au secteur agricole.

Pourtant, la Cour a pu admettre que le Conseil était fondé à autoriser le versement d'aides en faveur d'agriculteurs hongrois ou lituaniens afin qu'ils puissent acquérir de nouvelles terres, en raison de la crise économique, cette dernière constituant une « circonstance exceptionnelle » au regard de l'article 108 TFUE⁷⁸. Dans le même sens, le juge a tenu compte des effets de la crise économique pour contrôler le manquement d'un État dans la transposition d'une directive relative au transport ferroviaire⁷⁹. La Cour s'est cependant déclarée incompétente pour contrôler les effets sur les droits des salariés de mesures nationales d'austérité prises par le Portugal lors de la dernière crise économique et financière⁸⁰. Elle n'a pas non plus révisé sa jurisprudence quant aux capacités de paiement de certains États lorsqu'elle a dû apprécier, dans le cadre d'un recours en manquement sur manquement, le montant des sanctions financières⁸¹. Cette approche était déjà en germe dans une affaire *Commission c/ Espagne* de 2009⁸². La Commission reprochait à cet État de ne pas

⁷⁶ Trib. UE, ord. 19 septembre 2012, *République hellénique c/ Commission*, aff. T-52/12 R, ECLI:EU:T:2012:447.

⁷⁷ Trib. UE, 16 juillet 2014, aff. T-52/12, ECLI:EU:T:2014:677.

⁷⁸ CJUE, gde ch., 4 décembre 2013, *Commission c/ Conseil de l'UE*, aff. C-121/10, ECLI:EU:C:2013:784.

⁷⁹ CJUE, 30 mai 2013, *Commission c/ République de Pologne*, aff. C-512/10, ECLI:EU:C:2013:338. Voir aussi dans le cadre des aides au secteur bancaire à la suite de la crise économique et financière et la communication de la Commission européenne à ce sujet : CJUE, gde ch., 19 juillet 2016, *Tadej Kotnik e.a.*, C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570.

⁸⁰ CJUE, ord. 26 juin 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins e.a.*, aff. C-264/12, ECLI:EU:C:2014:2036. Solution identique de la Cour européenne des droits de l'homme : Cour EDH, 8 octobre 2013, *A. A. da Conceição Mateus c/ Portugal et L. J. Januario c/ Portugal*, req. jtes n° 62235 et 57725/12 (décision sur la recevabilité) à propos de la réduction de certaines primes de fonctionnaires au Portugal où la Cour évoque pour tant « l'exceptionnelle crise économique et financière » à laquelle cet État a dû faire face.

⁸¹ CJUE, 19 décembre 2012, *Commission c/ Irlande*, aff. C-374/11, ECLI:EU:C:2012:827 et CJUE, 25 juin 2014, *Commission c/ Portugal*, aff. C-76/13, ECLI:EU:C:2014:2029, point 67.

⁸² CJUE, 1^{er} octobre 2009, aff. C-502/08, ECLI:EU:C:2009:603.

avoir pris toutes les mesures de transposition de la directive 2005/60/CE relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ce dernier avait invoqué la difficulté pour le ministre compétent de transposer le texte alors qu'il avait consacré ses efforts à lutter contre une « grave crise économique », argument auquel le juge répondit qu' :

25 En ce qui concerne l'affirmation [...] selon laquelle le ministre concerné n'aurait pas pu consacrer ses efforts à la transposition correcte et complète de la directive 2005/60, il suffit de relever que, à supposer même que tel soit le cas, une telle circonstance ne saurait excuser l'absence de transposition complète de ladite directive (...).

Si la crise économique, financière et monétaire peut certes constituer aux yeux du juge de l'Union une « circonstance exceptionnelle », elle ne permet en aucune manière à l'État de suspendre ses obligations. L'approche normative l'emporte donc bien sur toute autre considération⁸³.

B. Le maintien d'une certaine prévalence des finalités économiques sur la garantie des droits

La conciliation repose sur le postulat que la portée des droits et libertés fondamentaux consacrés par les traités est relative, à l'exception de quelques-uns. Dans la mesure, en outre, où la Charte des droits fondamentaux n'a pas modifié les compétences existantes de l'Union, les droits fondamentaux ne peuvent prétendre limiter la réalisation d'objectifs ou s'opposer aux principes du marché intérieur sauf dans des cas exceptionnels.

Dans ces conditions, la prévalence des objectifs économiques sur les droits fondamentaux demeure réelle, même si la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union impose au législateur de tenir compte des garanties fondamentales reconnues (1) et si cette prévalence revêt une portée singulière dans le domaine de l'Union économique et monétaire (2).

1. Une prévalence réelle mais soumise au principe constitutionnel du respect des droits fondamentaux

Par son arrêt *Kadi*⁸⁴ la Cour de justice a affirmé solennellement que dans une Union de droit il existe un principe *constitutionnel* de respect des droits fondamentaux⁸⁵. Cette affirmation, malgré sa charge symbolique forte, doit être cependant relativisée.

Tout d'abord, le juge n'entend pas conférer une nature constitutionnelle aux droits fondamentaux eux-mêmes, mais l'attribue au principe de leur protection, renvoyant davantage à sa propre compétence qu'à la nature et à la portée de ces droits⁸⁶. En outre, les dispositions de la Charte n'ont pas toutes la même valeur, puisque les principes économiques et sociaux qui ne sont pas qualifiés de « subjectifs » par la Cour de justice, doivent être « concrétisés »

⁸³ J. BENGOTXEA, *The legal reasoning of the ECJ. Towards a European jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

⁸⁴ CJCE, gde ch., 3 septembre 2008, aff. C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

⁸⁵ *Ibid.*, point 285.

⁸⁶ CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, *M. Schrems*, préc., point 60.

ou « précisés » par un acte de droit dérivé⁸⁷. De surcroît, le principe constitutionnel du respect des droits fondamentaux ne peut trouver à s'appliquer qu'à l'égard des actes relevant de l'ordre juridique de l'Union. Or les États membres ont créé des instruments qui ne sont pas régis par le droit de l'Union, quand bien même leur mise en œuvre aurait des effets dans l'ordre juridique européen, bénéficiant ainsi d'une immunité juridictionnelle. Enfin, le processus de constitutionnalisation des traités⁸⁸ ne peut se limiter aux seuls droits fondamentaux mais s'étend aux autres dispositions, comme celles relatives à l'établissement du marché intérieur ou à la politique économique et monétaire⁸⁹.

De ces considérations on peut tirer la conclusion que la constitution économique européenne repose sur un bloc de constitutionnalité plus hétérogène qu'au plan national⁹⁰. À côté en effet des dispositions institutionnelles et des droits et principes fondamentaux consacrés, l'on trouve des dispositions substantielles relatives aux libertés économiques, sociales, monétaires et financières qui jouent un rôle central dans la réalisation de la coopération commune. Loin d'apparaître par conséquent comme le socle fondamental de l'Union, les droits fondamentaux constituent plutôt des normes régulatrices. Ils traduisent aussi à leur manière la soumission de la politique au droit et à l'économie au sein de l'Union européenne.

2. Une prévalence spécifique dans le cadre de l'UEM

Le domaine de l'Union économique et monétaire demeure singulier. Directement affectés par la crise de 2008, l'Union et ses États membres ont réagi en mettant en place des instruments visant soit à éviter pour l'avenir certains risques systémiques, soit à réparer les effets négatifs survenus⁹¹. Or ces mécanismes sont susceptibles pour certains d'entre eux de fragiliser le principe de démocratie⁹², pourtant fermement ancré en droit de l'Union⁹³. En

⁸⁷ CJUE, gde ch., 15 janvier 2014, *AMS*, aff. C-176/12, préc.. Voir E. CARPANO et E. MAZUYER, « La représentation des travailleurs à l'épreuve de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : précisions sur l'invocabilité horizontale du droit de l'UE », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 312.

⁸⁸ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

⁸⁹ On peut même affirmer (voir *supra*) que la constitution « économique » européenne a précédé la constitution « politique » de l'Union.

⁹⁰ F. MODERNE, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles communes des États membres », in F. Sudre et H. Labayle (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2000, p. 31.

⁹¹ Les principaux instruments résultent de l'adoption le 16 novembre 2011 de plusieurs règlements du Parlement européen et du Conseil publiés au journal officiel n° L 306 du 23 novembre 2011: Règlement (UE) 1173/2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, Règlement (UE) 1174/2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, Règlement (UE) 1175/2011 modifiant le règlement (CE) 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, Règlement (UE) 1176/2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques. Il faut ajouter aussi le Règlement (UE) 1177/2011 du Conseil, du 8 novembre 2011, modifiant le règlement (CE) 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs et la Directive 2011/85/UE du Conseil, du 8 novembre 2011, sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres.

⁹² F. ALLEMAND, F. MARTUCCI, « La légitimité démocratique de la gouvernance économique européenne: la mutation de la fonction parlementaire », *Revue de l'OFCE*, 2014/3, p. 115-131.

⁹³ Voir l'article 10, §§ 1 et 2 TUE et par exemple CJUE, gde ch., 14 avril 2015, *Conseil de l'UE c/ Commission*, aff. C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217, points 96 et s. C. CASTOR, *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Thèses, 2011.

particulier, l'exclusion totale ou partielle, du contrôle parlementaire européen et national au cours de l'adoption et de leur mise en œuvre constitue une brèche dans l'Union de droit.

Il en va ainsi du Mécanisme européen de stabilité (le « MES »). Les traités interdisant à la Banque centrale de racheter les dettes nationales, les États de la zone euro ont signé le Traité instituant le Mécanisme européen de stabilité⁹⁴ par lequel celle-ci pourrait toutefois acheter, sans limite, les obligations d'État afin de les soutenir⁹⁵. Ce mécanisme de gestion de crise a vocation à être « permanent »⁹⁶ et prend la forme d'une institution financière internationale dont le siège est à Luxembourg. Le traité MES prévoit cependant que la Cour de justice est compétente si un État décide de contester une décision adoptée par le Conseil des gouverneurs de l'institution financière, dans l'interprétation et l'application de cet accord international⁹⁷.

Dans l'arrêt *Pringle* la Cour de justice avait pris soin de distinguer la politique de gestion de crise de la politique monétaire. Si la première a pour objet de garantir la stabilité de la monnaie commune la seconde concourt à la stabilité des prix⁹⁸. La politique monétaire relève donc bien de l'ordre juridique de l'Union au titre des articles 120 à 136 TFUE, alors que la politique de gestion de crise résulte d'un accord international conclu entre les États de la zone euro. Elle en déduisit que les particuliers ne pouvaient invoquer la Charte des droits fondamentaux dans le cadre d'une gestion de crise, ce qui revenait à affirmer que cette politique n'est pas soumise au principe constitutionnel de respect des droits fondamentaux. Si en outre la Cour se déclare incompétente pour connaître des solutions adoptées par les États pour pallier les effets négatifs de la crise (voir *supra*), on peut affirmer que lorsque survient une crise systémique constituant aux yeux du juge une « circonstance exceptionnelle », son contrôle de légalité devient très restreint voire inexistant.

Cette interprétation est pourtant critiquable. En effet, d'autres domaines eux aussi soumis à un régime juridique dérogatoire, comme la politique étrangère et de sécurité commune, n'échappent pas à tout contrôle au titre des droits fondamentaux. N'est-il pas paradoxal dans ces conditions que l'étendue du contrôle soit plus restreinte dans le domaine économique et monétaire que dans ceux de la sécurité ou de la coopération pénale ? En outre, une crise économique telle que celle de 2008 affecte les droits économiques et sociaux des individus et l'on conçoit mal pourquoi, dans de telles circonstances, ils devraient se voir accorder une valeur moindre que les droits civils et politiques. Enfin, la Cour de justice peut

⁹⁴

Disponible à l'adresse : <http://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do?sessionId=PQIDJnBTQnW1rRgzkb1NZQxGJHHHTxFMJL4HWgKLQV5tyB6XF4f!469751194?docId=1123784&cardId=1123780>.

⁹⁵ CJUE, ass. pl., 27 novembre 2012, aff. C-370/12, préc., point 19 : « Le MES peut octroyer un soutien à un membre dudit mécanisme au moyen des instruments prévus aux articles 14 à 18, à savoir l'assistance financière sous la forme d'une ligne de crédit à titre de précaution (article 14) et sous la forme de prêts (articles 15 et 16), d'achat de titres émis par un membre du MES sur le marché primaire (article 17) et d'opérations sur le marché secondaire relatives aux titres émis par un membre dudit mécanisme (article 18). ».

⁹⁶ Considérant n° 2 de la Décision 2011/199 du Conseil européen du 25 mars 2011 modifiant l'article 136 TFUE en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro, *JOUE* n° L 91/1 du 6 avril 2011. On rappellera que selon l'article 48, § 3, TUE le Conseil européen peut réviser la troisième partie du TFUE par une décision prise à l'unanimité et qui n'accroît pas les compétences de l'Union. Cette décision doit être ensuite ratifiée par les États membres.

⁹⁷ Et non dans l'interprétation et l'application des traités de l'Union (considérant 16 du traité MES). Il s'agit d'une mise en œuvre de l'article 273 TFUE en vertu duquel les États peuvent, par compromis, soumettre tout différend en connexité avec les traités à la Cour de justice.

⁹⁸ Au sens des articles 127, § 1 et 282, § 2 TFUE selon l'arrêt *Pringle*, préc., point 52.

opérer une conciliation entre les mesures que l'État ou l'Union doivent adopter pour limiter les effets d'une crise et les droits fondamentaux, sans que celle-ci n'aboutisse à une prévalence des seconds sur les premières. Si la confiance des marchés dans les mesures adoptées par les États est essentielle, la confiance des individus dans les politiques menées par leurs gouvernants l'est tout autant⁹⁹.

Ces raisons expliquent peut-être pourquoi la Cour de justice a jugé utile de préciser à nouveau la portée de la Charte des droits fondamentaux dans le cadre du Mécanisme européen de stabilité. Dans une affaire *Ledra advertising ltd.*¹⁰⁰, elle a considéré en effet que « si les États membres ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union dans le cadre du traité MES, de sorte que la Charte ne s'adresse pas à eux dans ce cadre (...), en revanche, la Charte s'adresse aux institutions de l'Union, y compris (...) lorsque celles-ci agissent en dehors du cadre juridique de l'Union. Au demeurant, dans le cadre de l'adoption d'un protocole d'accord tel que celui du 26 avril 2013, la Commission est tenue, au titre tant de l'article 17, paragraphe 1, TUE, qui lui confère la mission générale de surveiller l'application du droit de l'Union, que de l'article 13, paragraphes 3 et 4, du traité MES, qui lui impose de veiller à la compatibilité avec le droit de l'Union des protocoles d'accord conclus par le MES (...), d'assurer qu'un tel protocole soit compatible avec les droits fondamentaux garantis par la Charte »¹⁰¹. Cette interprétation aboutira à reconnaître qu'« en ayant permis l'adoption des points litigieux, la Commission a contribué à une violation du droit de propriété des requérants garanti par l'article 17, paragraphe 1, de la Charte »¹⁰². Cet arrêt est doublement important. D'une part, les États et les institutions ne peuvent échapper à tout contrôle juridictionnel au seul motif qu'ils auraient conclu un accord international en dehors de l'Union et alors même que cet accord produirait des effets au sein de l'ordre juridique européen. D'autre part, la Charte des droits fondamentaux qui autorise un contrôle de légalité voire de constitutionnalité renforcée, incite la Cour de justice à faire prévaloir la protection des droits fondamentaux sur les mécanismes complexes de la coopération internationale, que ce soit au titre de la sécurité des données dans l'affaire *Schrems* ou désormais de la gestion des crises monétaires et financières dans l'affaire *Ledra*.

Économie et droits fondamentaux au sein de l'Union cheminent sur la voie d'une convergence qui renvoie aux fondements du libéralisme. Si les politiques économiques ne peuvent être menées en dehors de toute considération pour les droits fondamentaux, ceux-ci continueront à s'épanouir dans une société où les libertés économiques sont préservées. Cette conception classique et d'une certaine manière utilitariste¹⁰³ doit être aujourd'hui questionnée.

⁹⁹ Parlement européen, *Rapport sur l'impact de la crise financière puis économique sur les droits de l'homme*, Commission des affaires étrangères, Rapporteuse Mme Vaidere, A7-0057/2013, présenté le 1^{er} mars 2013 : « la crise a des répercussions non seulement sur les droits économiques et sociaux mais également sur les droits politiques, les gouvernements limitant dans certains cas la liberté d'expression ou d'association dans le contexte du mécontentement croissant et des difficultés économiques (...) ».

¹⁰⁰ CJUE, gde ch., 20 septembre 2016, aff. jtes C-8 à 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701.

¹⁰¹ *Ibid.*, point 67. On retiendra toutefois que cette formulation est passablement lourde et confuse.

¹⁰² *Ibid.*, point 75.

¹⁰³ P. PORTIER, « Les trois âges de la sécurité », *Le débat*, 2003, n° 5, p. 85-93.

Les entreprises multinationales élaborent leur propre régulation en adoptant des normes, dont certaines sont codifiées par le droit du commerce international. Or cette régulation n'est pas sans incidence sur la protection des droits fondamentaux¹⁰⁴, alors qu'elle demeure encore trop souvent étrangère à cette problématique¹⁰⁵. Le droit de l'Organisation mondiale du commerce ne peut constituer un modèle pour l'Europe, les avantages mutuels étant entendus dans leur sens « ricardien » le plus étroit¹⁰⁶. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'Union ne doit pas renoncer à concilier ses intérêts économiques avec les valeurs et les principes qui constituent son identité.

¹⁰⁴ *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Journée d'étude du CRDH et de l'Université Panthéon-Assas du 9 février 2007, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice n° 89, 2010.

¹⁰⁵ Il est par exemple intéressant d'observer que la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises (prise en compte de leur « environnement » au sens large et de leur impact sur celui-ci) ne vise pas à la certification mais constitue un cadre très souple et très peu contraignant pour les entreprises.

¹⁰⁶ Voir, par exemple, OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2015. Accélérer le commerce : avantages et défis de la mise en œuvre de l'Accord OMC sur la facilitation des échanges*, sp. p. 6-7 (disponible à l'adresse : https://www.wto.org/french/res_f/publications_f/wtr15_f.htm).

**« Mécanique des flux migratoires & conception utilitariste des droits.
L'approche par les *hotspots* sous examen »**

Par

Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE

Professeure en Droit Public, Université Jean Moulin Lyon III

Membre de l'Institut Universitaire de France

L'approche par les '*hotspots*' est une des actions immédiates envisagées par la Commission dans son *Agenda européen en matière de migration*¹ publié en mai 2015, afin de gérer la très mal nommée « crise des réfugiés », qui est en réalité une toute autre crise : celle de la construction européenne d'une part, et celle de la protection internationale d'autre part. Selon la note explicative que la Commission a émise et que l'organisation *Statewatch* a publié en juillet 2015², l'objectif de l'approche par les '*hotspots*' est de permettre la mise en place de plateformes d'interventions coordonnées des agences européennes et des autorités nationales, afin de soutenir les actions des États de première entrée faisant face à une forte pression migratoire à leurs frontières extérieures - qui sont aussi les frontières extérieures de l'Union -. La mission confiée à de telles plateformes consiste à opérer, de la manière la plus rapide possible, l'identification, l'enregistrement et la prise des empreintes digitales des migrants arrivants, en vue d'opérer, de la manière la plus rapide possible encore, le retour des migrants considérés comme ne pouvant se prévaloir de la protection internationale et au final regardés comme des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière³. Ce faisant, l'approche par les '*hotspots*' manifeste une claire volonté des États membres de l'Union européenne de développer une gestion managériale des flux migratoires, quitte à lui subordonner la protection des droits fondamentaux ; de déployer une conception utilitariste des droits des migrants, quitte à minimiser les garanties de leur respect et à marginaliser les populations de réfugiés.

La manière dont l'Union européenne et ses États membres cherchent à administrer les arrivées de réfugiés, pour les contenir et les prévenir, traduit l'adoption et l'application de politiques et de mesures, qui sont fondées sur une inquiétante indifférence à l'égard de la protection des droits fondamentaux et sur une manifeste défiance à l'égard des ressortissants de pays tiers⁴. En effet, il semble bien que le but soit simplement et cruellement d'organiser

¹ COM(2015) 240 final, 13 mai 2015, p. 6.

² Commission *Explanatory note on the hotspot approach*, <http://www.statewatch.org/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf>.

³ COM(2015) 240 final, 13 mai 2015, p. 6.

⁴ M-L. BASILIEN-GAINCHE, « La norme et l'exception. L'effectivité en péril du droit d'asile en Europe », *Annuaire du droit de l'Union européenne* 2013, 2015, p. 3-31 ; « Leave and let die. The EU banopticon approach of migrants at sea », in V. MORENO-LAX, E. PAPASTAVRIDIS (dir.), *Boat Refugees' and Migrants at sea : A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security in Human Rights*, Leyde, Brill, 2016, p. 327-350.

l'accueil d'un minimum de réfugiés et le retour d'un maximum de migrants, peu importe que les obligations juridiques qui s'imposent du fait des instruments internationaux, européens et nationaux de protection des droits soient par là-même violées. Que l'on pense en particulier au droit à la vie, au droit d'asile, au principe de non-refoulement, à l'interdiction des expulsions collectives, au droit à une vie privée et familiale, à l'obligation d'accorder une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle approche, qui se nourrit d'une opposition entre 'eux' et 'nous', tend à prendre la forme d'une opposition entre 'ami' et 'ennemi', d'autant plus inquiétante qu'elle n'est fondée aucunement en réalité, qu'elle est simplement nourrie de fantasmes et de peurs. Avant que d'examiner plus avant ce que l'approche par les '*hotspots*' suppose et engendre, il convient de déterminer ce que les '*hotspots*' sont exactement. Si l'on se rapporte à la note explicative de la Commission, il s'agirait des portions de frontières extérieures de l'Union européenne caractérisées par une pression migratoire spécifique et disproportionnée, celle-ci découlant de flux migratoires mixtes largement liés au trafic de migrants, où les États membres concernés requerraient soutien et assistance afin de gérer les arrivées massives de migrants considérées⁵.

Cependant, chacun des éléments d'une telle définition pose des interrogations et soulève des inquiétudes. Tout d'abord, bien que les côtes italiennes et surtout grecques aient enregistrées durant l'été et l'automne 2015 de très importantes arrivées de migrants par voie maritime, il convient de se demander si la pression migratoire afférente peut réellement être considérée comme spécifique et disproportionnée. En effet, les arrivées de réfugiés sur les terres européennes par la voie méditerranéenne découlent de déplacements forcés, à l'instar de ceux qui sont enregistrés à l'échelle de la planète, plus de 65 millions de personnes - dont plus de 20 millions sont des réfugiés - ayant été contraints à la migration durant la seule année 2015⁶. Peut-être la spécificité des arrivées de migrants en Europe se résume-t-elle simplement au fait que soient désormais concernés non plus seulement des pays éloignés en voie de développement, mais également nos pays industrialisés d'une Europe prospère quand bien même atteinte par la crise économique. Quant à l'idée de la Commission de qualifier la pression migratoire de disproportionnée, elle prête évidemment le flanc à la critique : comment l'Europe peut-elle se permettre une telle appréhension alors que les pays voisins sont autrement plus affectés par des arrivées de réfugiés dont l'ampleur est sans commune mesure avec celle de réfugiés entrés en Europe, le UNHCR estimant le nombre de réfugiés enregistrés à 2 764 500 en Turquie, à 1 017 433 au Liban, à 655 404 en Jordanie⁷.

Par ailleurs, la façon que la Commission a de regarder les arrivées de migrants en Europe comme des flux mixtes doit être questionnée, dans la mesure même où elle admet elle-même que les ressortissants de pays tiers débarquant sur les côtes italiennes et grecques recherchent à juste titre une protection internationale puisqu'ils viennent essentiellement des trois pays les plus producteurs de réfugiés que sont la Syrie, l'Irak et l'Afghanistan⁸. Les termes que la Commission utilise pour décrire les flux migratoires peuvent paraître dès lors quelque peu déroutants : le recours à l'expression « flux mixtes » paraît clairement

⁵ Commission, *Explanatory note on the hotspot approach*, p. 3.

⁶ UNHCR, *Global Trends. Forced Displacement in 2015*, Genève, HCR, 2016, 68 p.

⁷ Données statistiques établies au 3 novembre 2016, URL : <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>.

⁸ Commission, *Joint communication on addressing the refugee crisis in Europe. The role of EU external action*, JOIN(2015) 40 final, 9 septembre 2015, p. 2. Voir également les résultats des recherches menées dans le cadre du projet MEDMIG, *Unravelling the Mediterranean Migration Crisis*, URL : <http://www.medmig.info/>.

inapproprié pour qualifier de manière exacte la situation juridique des migrants arrivés en Italie et en Grèce qui ne sauraient être considérés de prime abord comme des migrants économiques, quand bien ils se présentent eux-mêmes ainsi faute de connaître leur situation déclaratoire de réfugié au sens de l'article 1 de la Convention de Genève de 1951, faute de savoir qu'ils peuvent se prévaloir du droit fondamental et indérogeable à l'asile. En outre, en affirmant que les flux de réfugiés sont essentiellement liés à des trafics des migrants⁹, la Commission semble étrangement ignorer que les causes essentielles et profondes des flux migratoires ne tiennent pas aux offres de passage illégal vers l'Europe proposées aux migrants. Elles résident dans les craintes de persécutions et dans les menaces à la sécurité et à la liberté que les ressortissants de pays tiers ont expérimentées dans leur pays d'origine ; dans l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés d'obtenir une protection internationale authentique et effective dans les pays de transit par lesquels ils sont passés ; et dans la difficulté à laquelle ils se sont trouvés confronter d'emprunter des voies légales de migration vers l'Europe¹⁰.

Quoi qu'il en soit, les sections des frontières extérieures de l'Union européenne où il a été décidé d'installer des '*hotspots*' sont évidemment situées en Italie (Lampedusa, Pozallo, Porte Empedocle, Augusta, Taranto et Trapani) et en Grèce (Samos, Lesbos, Chios, Kos et Leros), États de première ligne concernant les arrivées de migrants par les voies maritimes méditerranéennes. Là, les autorités nationales bénéficient de l'appui en équipements et en personnels apporté par les agences européennes (Frontex, EASO, Europol, Eurojust), le fonctionnement de ces dernières étant coordonné par les équipes de soutien à la gestion des migrations (*Migration Management Support Teams*) en relation avec la Task Force régionale de l'Union européenne (EURTF). Voici les cinq principales missions dont il est attendu que l'approche par les '*hotspots*' assure la réalisation : 1) identification des migrants en situation irrégulière que l'agence Frontex est supposée effectuer en relation avec les autorités nationales compétentes ; 2) entretien des migrants menés par l'agence Frontex pour acquérir une connaissance des routes migratoires empruntées et des modes opératoires développés ; 3) enquêtes sur les facilitations à l'entrée et au séjour irréguliers dont la responsabilité revient aux autorités nationales en lien avec les agents d'Europol ; 4) assistance en matière de protection internationale, consistant à orienter les réfugiés vers les procédures appropriées, que le HCR en lien avec le Bureau d'appui en matière d'asile (EASO) est appelé à opérer ; et 5) le retour des migrants qui n'ont pas le droit de rester légalement sur le territoire des États membres de l'Union européenne, les autorités nationales concernées ayant la charge de l'adoption et de l'application des mesures d'éloignement.

Le constat s'impose qui, pour cruel qu'il soit, n'en est pas moins réel : le but essentiel de l'approche par les '*hotspots*' consiste à distinguer entre une minorité de 'bons réfugiés' et

⁹ Europol, *Migrant smuggling in the EU*, février 2016, URL <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/migrant-smuggling-in-eu>.

¹⁰ A. TRIANDAFYLIDOU, *Irregular Migration in Europe: Myths and Realities*, London, Ashgate Publishing Ltd., 2012, 324 p. ; M-L. BASILIEN-GAINCHE, « The European Union edges. Borders as ways or walls? », *The Journal of Territorial and Maritime Studies*, Vol. 2, n° 1, Janvier 2015, p. 97-117 ; M. TISSIER-RAFFIN, « Crise européenne de l'asile : l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions », *La Revue des droits de l'homme*, 2015, n° 8, URL : <http://revdh.revues.org/1519> ; Danish Refugee Council, *Closing Borders, Shifting Routes. Summary of Regional Migration Trends: Middle East*, mai 2016, 22 p., URL : <http://reliefweb.int/report/world/closing-borders-shifting-routes-summary-regional-migration-trends-middle-east-may-2016>.

une majorité de ce que les ministres de l'intérieur des États membres de l'Union européenne veulent nous faire croire être de 'mauvais migrants', quitte à considérer des réfugiés ayant réellement besoin d'une protection internationale comme de simples ressortissants de pays tiers en situation irrégulière¹¹. Une telle gestion de la migration par la sélection des migrants semble correspondre aux orientations que l'Union européenne et ses États membres ont depuis longtemps adoptées et appliquées¹², et qu'ils persistent à maintenir encore et toujours. En atteste la communication publiée par la Commission le 6 avril 2016 qui affirme explicitement l'intérêt de mettre en œuvre des systèmes de sélection des migrants¹³. Appliquée aux réfugiés arrivés sur les côtes italiennes et grecques, la démarche utilitariste, qui consiste à choisir les migrants que les États membres sont disposés à accueillir au regard de leurs contraintes et besoins nationaux, induit de manière bien logique le rejet des autres migrants estimés indésirables. Qualifiés de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, ils sont censés être éloignés vers des pays tiers - dont il est indispensable de se demander s'ils sont réellement sûrs -, au gré d'une politique de retour et des accords de réadmission sur lesquels elle repose - dont il est nécessaire d'envisager les implications en termes d'institutionnalisation de refoulements en chaîne -. Reste que nombre des migrants faisant l'objet de mesures d'éloignement ne peuvent être effectivement retournés, se trouvant dès lors délaissés dans des limbes qui, pour légales qu'elles sont, ne s'en révèlent pas moins illégitimes, où ils ne peuvent se prévaloir d'aucuns des droits fondamentaux auxquels ils devraient pourtant pouvoir prétendre.

À l'étude de toute la prose que la Commission a produit depuis la publication de l'*Agenda européen en matière de migration*, il apparaît que l'instauration de l'approche par les 'hotspots' est un élément clef de la gestion des flux migratoires se dirigeant vers l'Europe, un révélateur efficace des principes qui sous-tendent les politiques européennes d'immigration et d'asile¹⁴ : lutte contre les passeurs et trafiquants en vue prétendument de saper le *business model* des réseaux criminels organisés qui les contrôlent ; programme de relocalisation des réfugiés arrivés en Italie en Grèce ; restauration du contrôle aux frontières intérieures de l'Union ; plan d'action conjoint et résolution conjointe de l'Union européenne avec la Turquie ; forte pression exercée sur et critiques acerbes assénées contre la Grèce ; etc. Examiner l'établissement de l'approche par les 'hotspots' met en évidence la véritable intention des États membres de l'Union : catégoriser, sélectionner, rejeter, retourner, délaissier. Le Conseil européen l'a d'ailleurs confirmé lors du sommet des 25 et 26 juin 2015 en exposant sa volonté de « mieux contenir les flots croissants d'immigration illégale » via

¹¹ D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, *On the Frontline : the Hotspot Approach to Managing Migration*, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, European Parliament, Bruxelles, 2016, 58 p. ; ECRE, *The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece*, 5 décembre 2016, 29 p., URL : <http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016.pdf>.

¹² R. CHOLEWINSKI, « *The EU Acquis on Irregular Migration : Reinforcing Security at the Expense of Rights* », *European Journal of Migration Law*, 2000, n° 2, p. 361-405 ; H-J. ALBRECHT, « *Fortress Europe ? – Controlling Illegal Migration* », *European Journal Of Crime, Criminal Law, and Criminal Justice*, 2002, Vol. 10, n° 1, p. 1-22.

¹³ Commission, *Towards a Reform of the Common European Asylum System and Enhancing Legal Avenues to Europe*, COM(2016) 167 final, 6 avril 2016, p. 19.

¹⁴ M-D. HEIJER, J. RIJPMAN, T. SPIJKERBOER, « *Coercion, Prohibition and Great Expectations. The Continuing Failure of the Common European Asylum System* », *The Common Market Law Review*, 2016, n° 53, p. 607-642.

« le renforcement du contrôle des frontières extérieures ». L'approche par les '*hotspots*' manifeste combien est utilitariste et partant relativiste la conception que les États membres se font actuellement des droits fondamentaux, ceux-ci étant appréhendés pour les migrants à l'économie, à la réduction voire à la négation. En effet, les procédures d'identification et d'enregistrement des migrants sont réalisées selon des méthodes et pour des objectifs qui révèlent l'instauration d'une inquiétante hiérarchisation entre les réfugiés. Quant à la priorité donnée à l'amélioration de l'efficacité de la politique de retour que ne sauraient masquer les indécentes programmes de relocalisation et de réinstallation des réfugiés, elle manifeste une considération décomplexée de l'indésirabilité de la plupart d'entre eux, qu'il convient de dénoncer fermement. L'économie de la sélection ainsi appliquée aux migrants et réfugiés est donc à étudier afin d'en définir les modalités (I) et les finalités (II).

I. Les méthodes d'une économie de la sélection des migrants

La catégorisation des réfugiés

Comme le Parlement européen le souligne dans son rapport sur la *Situation en Méditerranée et nécessité d'une approche globale de l'Union européenne de la question des migrations* publié le 19 janvier 2016, « il faut veiller tout particulièrement à ce que la répartition des migrants en différentes catégories à ces points d'accès soit réalisée dans le plein respect des droits de tous les migrants »¹⁵. La manière dont l'approche par '*hotspots*' a été conçue nous laisse cependant penser que « le plein respect des droits de tous les migrants » ne peut pas et ne pourra pas être garanti dans les '*hotspots*'. Parmi d'autres éléments préoccupants, il convient de mettre en exergue celui-ci : dans la littérature européenne concernant Europol, le terme de '*hotspots*' est toujours accompagné de l'adjectif criminel¹⁶, offrant quelques indices certainement éclairants quant à la manière selon laquelle le Centre européen pour la lutte contre le trafic de migrants va intervenir dans les '*hotspots*' à la faveur de l'envoi par Europol de ses équipes d'enquêtes mobiles et de ses équipes d'analyse mobile¹⁷. En effet, il existe indéniablement un risque qu'agences européens et autorités nationales regardent les ressortissants de pays tiers arrivants par voie de mer comme des personnes suspectées de pratiquer le trafic de migrants qui doivent de ce fait être appréhendées et poursuivies, et non comme des réfugiés qui sont évidemment en besoin d'être accueillis et protégés. Dans la mesure où le principal objectif des '*hotspots*' consiste à identifier et enregistrer les migrants aussitôt que possible, il convient d'examiner la manière dont l'Union européenne et ses États membres organisent les processus d'identification (A) et

¹⁵ Parlement européen, Commission LIBE, 2015/2095(INI), 19 janvier 2016, p. 26, § 85.

¹⁶ Europol, *Migrant Smuggling in the EU*, Février 2016, p. 6-7.

¹⁷ Europol a lancé le 22 février 2016 le Centre européen pour la lutte contre le trafic de migrants (*European Migrant Smuggling Centre*, EMSC), qui a été créé sur le modèle du Centre européen de lutte contre la cybercriminalité (*European Cybercrime Center*, EC3) et du Centre européen de lutte contre le terrorisme (*European Counter Terrorism Center*, ECTC). Comme Europol l'affirme, un tel centre vise à soutenir les États membres dans le démantèlement des réseaux criminels impliqués dans l'organisation du trafic de migrants, et tend à concentrer son attention et ses activités sur les « *criminal hotspots* » localisés au long des principales routes migratoires, qui correspondent à n'en pas douter avec les '*hotspots*' dont traite le présent article.

d'enregistrement des empreintes (B), qui s'avèrent à l'analyse vecteurs de discrimination à raison de la nationalité et de conditionnalités des droits¹⁸.

A. Le processus d'identification : le ressort de la discrimination

Selon les données du HCR, les 856 723 migrants qui sont arrivés sur les côtes grecques en 2015 étaient de nationalité syrienne (55 %), afghane (25 %), irakienne (11%). En ce qui concerne les 172 160 migrants qui sont entrés par la voie maritime en Grèce durant les onze premiers mois de l'année 2016, ils venaient de ces trois pays producteurs de réfugiés avec quelques changements à relever : 47 % de Syriens, 24 % d'Afghans, 15 % d'Irakiens¹⁹. Pour ce qui est des migrants qui sont arrivés sur les îles italiennes durant la même période, il en a été dénombré 153 842 en 2015, venant d'Érythrée (25 %), du Nigéria (14 %), de Somalie (8 %) ; 172 296 durant les onze premiers mois de l'année 2016, venant du Nigéria (21 %), d'Érythrée (12 %), du Soudan (7%), de Gambie (7%), de Côte d'Ivoire (7%), de Guinée (6%), de Somalie (5%), du Sénégal (5 %), du Bangladesh (4%)²⁰. À la lecture des documents produits par la Commission, il apparaît que le processus d'identification se concentre tout d'abord sur le point de savoir si les migrants ont bien la nationalité qu'ils prétendent détenir. En effet, la fraude aux documents de voyage semble être une des préoccupations majeures, voire un souci obsessionnel, de l'Union et de ses agences²¹. C'est ainsi que la Commission s'est félicitée que Frontex ait déployé dans tous les 'hotspots' concernés des experts en matière de détection de la fraude documentaire (*Advance Level Document Experts*, ALDO) ainsi que du matériel spécialisé pour la détection de documents frauduleux²², afin de contrôler systématiquement si les documents d'identité que les réfugiés présentent à leur arrivée sur les terres européennes sont contrefaits ou non.

Quelques questions doivent être posées ici. Quels sont les documents d'identité qui sont ainsi appelés à être examinés ? En quoi consistent les tests appliqués auxdits documents ? Quels peuvent être les examens mis en œuvre lorsque les réfugiés ne disposent d'aucun document ? Quels recours sont ouverts aux réfugiés pour contester les décisions leur déniaient la nationalité dont ils prétendent disposer ? Dans la mesure où aucune de ces interrogations ne peut obtenir pour l'heure de réponse claire, le processus d'identification opéré dans les 'hotspots' se révèle préoccupant, d'autant plus que le second objectif poursuivi consiste à déterminer si les migrants considérés sont des « réfugiés ayant manifestement besoin d'une protection internationale »²³. Cette expression, que ne cessent de répéter les documents de la Commission, renvoie en réalité aux migrants qui peuvent bénéficier du programme de relocalisation, autrement dit aux ressortissants des pays tiers pour lesquels le taux moyen de reconnaissance de la protection internationale en première instance est, dans toute l'Union,

¹⁸ Commission, *Plan d'action de l'UE contre le trafic de migrants (2015-2020)*, COM(2015) 285 final, 27 mai 2015.

¹⁹ Données établies au 8 décembre 2016, URL : <http://data.unhcr.org/mediterranean/country.php?id=83>.

²⁰ Données établies au 7 décembre 2016, URL : <http://data.unhcr.org/mediterranean/country.php?id=105>.

²¹ Frontex, *Africa – Frontex Intelligence Community Joint Report*, 2015, p. 37-39 ; Commission, *Accroître la sécurité dans un monde de mobilité : améliorer l'échange d'information dans la lutte contre le terrorisme et renforcer les frontières extérieures*, COM (2016) 602 final, 14 septembre 2016.

²² Commission, *Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'approche des 'hotspots' en Grèce*, COM(2016) 141 final, 4 mars 2016, p. 8.

²³ Commission, *Agenda européen en matière de Migration*, COM(2015) 240 final, 13 mai 2015, p. 5.

égal ou supérieur à 75 %, sur la base des données publiées par Eurostat pour le trimestre précédent²⁴. Se sont trouvés concernés les Syriens, les Érythréens et les Irakiens, ces derniers jusqu'au 1^{er} juillet 2016²⁵. L'approche par les '*hotspots*' institue en conséquence d'une part une distinction entre migrants et réfugiés, d'autre part une hiérarchisation entre réfugiés selon qu'ils ont ou non manifestement besoin d'une protection internationale. Les Syriens et les Érythréens étant les seuls à pouvoir être regardés de prime abord comme pouvant se voir reconnaître le droit d'asile, les réfugiés venant de Somalie, d'Afghanistan, du Soudan, du Nigéria, de Somalie voient réduite leur chance de bénéficier d'une protection²⁶.

Est ainsi opérée l'institutionnalisation d'une discrimination à raison de la nationalité, qui affecte le principe même du droit d'asile, et que la Convention de Genève de 1951 interdit explicitement. Notamment se trouve négligée l'importance qu'il y a à étudier toute demande d'asile à la faveur d'une évaluation individuelle de la situation propre à chaque réfugié. En effet. Certes, le recours au critère de la nationalité est bien connu des politiques européennes d'immigration et d'asile, puisque l'Union et ses États utilisent depuis des années les notions de « pays d'origine sûr »²⁷ et de « pays tiers sûr »²⁸ qui établissent une classification et une hiérarchisation entre les demandeurs d'asile en fonction de leur État d'origine ou de transit²⁹. Or, l'approche par les '*hotspots*' semble exacerber et consolider cette institutionnalisation de la discrimination et de la hiérarchisation à raison de la nationalité, dans la mesure où elle induit la consécration d'une très courte liste de pays non sûrs (Syrie, Érythrée) dont les nationaux sont seuls considérés comme « ayant manifestement besoin d'une protection internationale ». Par conséquent, les nationaux de tous les autres États peuvent être regardés comme des ressortissants de pays tiers n'ayant pas manifestement besoin d'une protection internationale. Dès lors, les États membres pourraient être tentés d'examiner leurs demandes

²⁴ Article 3 alinéa 2 de la Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.

²⁵ Eurostat, *First instance decisions by outcome and recognition rates, 30 main citizenships of asylum applicants granted decisions in the EU-28*, 2nd quarter 2016, URL : http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report.

²⁶ H. CRAWLEY, F. DÜVELL, K. JONES, S. MCMAHON, N. SIGONA, *Destination Europe ? Understanding the Dynamics and Drivers of Mediterranean Migration in 2015*, MEDMIG final report, novembre 2016, 84 p.

²⁷ L'annexe I de la directive 2013/32/UE relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale donne, aux fins d'application de son article 3.7, la définition du pays d'origine sûr suivante : « Un pays est considéré comme un pays d'origine sûr lorsque, sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que, d'une manière générale et uniformément, il n'y est jamais recouru à la persécution telle que définie à l'article 9 de la directive 2011/95/UE, ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, qu'il n'y a pas de menace en raison d'une violence aveugle dans des situations de conflit armé international ou interne ».

²⁸ Un pays tiers sûr est défini comme un pays où les demandeurs d'asile n'ont à craindre ni pour leur vie ni pour leur liberté en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leurs opinions politiques (renvoi aux articles 1 et 33 de la Convention de Genève de 1951) ; où ils ne courent aucun risque d'atteintes graves au sens de la directive 2011/95/UE (peine de mort, torture, traitements inhumains et dégradants) en lien avec la définition de la protection subsidiaire, ceci afin de garantir le respect du principe de non-refoulement ; où ils disposent de la possibilité de demander une protection internationale pour bénéficier d'une protection conformément à la Convention de Genève. Voir article 38 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte).

²⁹ H. LAMBERT, « Safe Third Country in the European Union. An Evolving Concept in International Law and Implication for the UK », *Journal of Immigration, Asylum, and Nationality Law*, 2016, vol. 26, n° b4, p. 318-336, voir spécialement la section 3, p. 36-45.

d'asile en procédure accélérée, ce qui emporte l'application de délais d'examen plus resserrés pour l'adoption d'une prise de décision sur les mérites de la demande d'asile, ce qui induit la nécessité de surmonter de plus grandes difficultés pour obtenir une appréciation de la situation de vulnérabilité, ce qui engendre l'émergence d'inquiétantes complexités dans l'accès à la protection internationale particulièrement pour les demandes d'asile présumées être infondées.

Peuvent être soulignées ici les réserves qu'a soulevées la proposition de la Commission visant à établir une liste commune européenne de pays d'origine sûrs³⁰. Le Conseil économique et social européen a recommandé « une utilisation restrictive de cette notion de pays sûr », en ce que « le traitement différent des demandes de protection internationale selon la nationalité peut être en contradiction avec l'interdiction d'un traitement discriminatoire des réfugiés selon leur pays d'origine, qui figure à l'article 3 de la convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugié »³¹. Quant à l'Agence européenne pour les droits fondamentaux, elle a insisté sur les indispensables garanties qui doivent être intégrées et assurées, dans la mesure où le concept de pays d'origine sûr peut emporter par lui-même la mise à mal de différents droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, y compris des droits absolus qui ne sauraient être en aucun cas soumis à dérogation, suspension ou exception³². La Commission LIBE du Parlement européen, en adoptant le 7 juillet 2016 un rapport sur la proposition de la Commission établi par Sylvie Guillaume, a exprimé pour sa part ses interrogations et ses inquiétudes devant une telle proposition, en soulignant les doutes éprouvés notamment sur la méthodologie employée pour regarder un pays comme sûr.

Il n'en demeure pas moins qu'au même moment l'approche par les 'hotspots' paraît étendre insidieusement la notion de pays d'origine sûr à tous les pays tiers, exception faite de la Syrie et de l'Érythrée. Plus encore, une telle tendance est confirmée par la stratégie développée pour prévenir les arrivées de migrants par la voie maritime, qui vise à faire regarder la Turquie comme un pays tiers sûr³³. Que l'on pense à la proposition de la

³⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs aux fins de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, et modifiant la directive 2013/32/UE, COM(2015) 452 final, 9 septembre 2015.

³¹ Conseil économique et sociale européen, *Avis sur l'établissement d'une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs*, REX/457 EESC-2015-5379, 10 décembre 2015, § 4.2, p. 6.

³² Agence européenne pour les droits fondamentaux, *Opinion concerning an EU common list of safe countries of origin*, 1/2016, 23 mars 2016, p. 11.

³³ La question de savoir si la Turquie peut être considérée comme un pays sûr a suscité de nombreuses controverses parmi les chercheurs, qui se sont révélées des plus intenses au sujet des plans d'action joints établis entre l'UE et la Turquie pour la gestion concertée des flux migratoires. Voir E. ROMAN, T. BAIRD, T. RADCLIFFE, « Why Turkey is not a Safe Country », *Statewatch*, février 2016, URL : <http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf> ; S. PEERS, E. ROMAN, « The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What could possibly go wrong ? », *EU Law Analysis*, 5 février 2016, URL : <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html> ; D. THYM, « Why the EU-Turkey Deal is Legal and a Step in the Right Direction », *Verfassungsblog*, 9 mars 2016, URL : <http://verfassungsblog.de/why-the-eu-turkey-deal-is-legal-and-a-step-in-the-right-direction/> ; J. HATHAWAY, « Three legal Requirements of the EU-Turkey Deal », *Verfassungsblog*, 9 mars 2016, URL : <http://verfassungsblog.de/three-legal-requirements-for-the-eu-turkey-deal-an-interview-with-james-hathaway/> ; K. FAIBRONNER, « Legal Requirements for the EU-Turkey Refugee Agreement », *Verfassungsblog*, 11 mars 2016, URL : <http://verfassungsblog.de/legal-requirements-for-the-eu-turkey-refugee-agreement-a-reply-to-j->

Commission d'inclure la Turquie dans la liste des pays d'origine sûrs³⁴, ou encore à l'ambition de faire accepter la Turquie comme un pays tiers sûr dans le cadre de la coopération souhaitée avec la Turquie pour gérer les arrivées de migrants³⁵, que le plan Samson a exposé de manière explicite³⁶ et que la résolution conjointe UE Turquie publiée le 18 mars 2007 induit quand bien même son assertion explicite a disparu du texte final³⁷. Il ne saurait être oublié en effet que le droit européen de l'asile fait jouer un rôle déterminant à la notion de pays tiers sûr, en ce que les demandes d'asile déposées par des réfugiés venant de tels pays sont considérées comme irrecevables tant et si bien qu'elles ne sont pas examinées au fond³⁸.

B. L'enregistrement des empreintes : la conditionnalité des droits

Une fois que le processus d'identification des réfugiés est effectué, a lieu l'enregistrement de leurs empreintes dactyloscopiques. L'ambition, que la Commission affiche de l'enregistrement de tous les migrants arrivants, reflète l'obsession des États membres de l'Union d'un contrôle des flux migratoires et d'une surveillance des entrées de ressortissants de pays tiers. Un tel enregistrement leur semble si important qu'ils en font une obligation dont l'accomplissement conditionne l'accès des réfugiés à leurs droits fondamentaux, au point que le refus pour les migrants de s'y soumettre emporte pour eux des conséquences pour le moins négatives. En effet, le principe « *no registration, no rights* » a été posé, en vertu duquel l'enregistrement de tous les migrants, quel que soit au demeurant leur statut d'un point de vue légal, est une nécessité pour la gestion appropriée des flux migratoires et une précondition à la reconnaissance des droits et des devoirs des migrants³⁹. Par ailleurs, les États de première ligne (Italie et Grèce en particulier), s'ils se trouvent confrontés à des migrants ou des réfugiés qui refusent de coopérer pour l'enregistrement de leurs empreintes digitales, sont autorisés à employer la force pour les y contraindre, à décider de leur détention sur la base du défaut de coopération, et à examiner les demandes d'asile qu'ils auraient déposées selon la procédure accélérée ou selon la procédure aux frontières⁴⁰. Or, il est à noter que les empreintes digitales de tous les réfugiés ou migrants qui arrivent sur les côtes italiennes et grecques sont supposées être enregistrées dans la base Eurodac, qui était en

hathaway/ ; J. HATHAWAY, « Taking Refugee Rights Seriously », *Verfassungsblog*, 12 mars 2016, URL : <http://verfassungsblog.de/taking-refugee-rights-seriously-a-reply-to-professor-hailbronner/>.

³⁴ COM (2015) 452 final, 9 septembre 2015.

³⁵ MEMO/15/5777, 6 octobre 2015 et MEMO/15/5860, 15 octobre 2015.

³⁶ Le « Plan Samson » renvoie à la position soutenue en janvier 2016 par Diederik Samson, leader du *Partij van de Arbeid*, qui consiste à affirmer la Turquie comme un pays tiers sûr pour rendre irrecevable les demandes d'asile des réfugiés venant de ce pays. Il convient de préciser qu'une telle idée avait été développée dès octobre 2015 par le *think tank European Stability Initiative* (ESI), qui parlait alors du « Plan Merkel ». Voir ESI, « The Merkel Plan: Restoring Control; Retaining Compassion - A proposal for the Syrian Refugee Crisis », 4 octobre 2015 ; « Turkey as a 'Safe Third Country' for Greece », 17 octobre 2015.

³⁷ Commission, *Next Operation Steps in EU-Turkey Cooperation in the Field of Migration*, COM(2016) 166 final, 16 mars 2016, p. 3.

³⁸ Article 33 alinéa 2 point c) de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte).

³⁹ Commission, *Report on the Follow-up to the Leaders Meeting on Refugee Flows along the Western Balkans Route*, COM(2015) 676 final, 15 décembre 2015, § 4, p. 7.

⁴⁰ Commission, *Staff Working Document on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the Obligation to Take Fingerprints*, SWD(2015) 150 final, 27 mai 2015, § 7 et §§ 2-4 respectivement.

principe destinée à la collecte et à la conservation des données personnelles des demandeurs d'asile, et qui voit ainsi son champ étendu à tous les migrants y compris ceux qui ne souhaitent pas déposer de demandes d'asile.

Dès lors, cet instrument semble détourner de sa fonction, puisqu'il est clair que l'objectif n'est plus seulement de contribuer à la détermination de l'État responsable de l'examen de la demande d'asile, mais encore et surtout de renforcer le contrôle des frontières extérieures et la surveillance des migrants arrivants. Cela est confirmé à l'étude des moyens déployés dans les '*hotspots*'. C'est la présence de l'Agence Frontex et non celle du Bureau d'appui en matière d'asile qui est renforcée. Dans les '*hotspots*' situés en Grèce, sont dénombrés, au 2 décembre 2016, 448 agents Frontex contre 136 agents EASO dont 59 experts d'États membres opérant dans le cadre de l'accord de réadmission UE-Turquie de 2013, 56 interprètes, et 17 agents intérimaires⁴¹. La différence de présence de chacune des deux agences y était plus accusée encore au printemps 2016 : on comptait quelque 517 agents Frontex et seulement 13 agents EASO, interprètes compris⁴². Pour ce qui est de l'Italie, les '*hotspots*' disposent de 81 agents Frontex et de 10 experts EASO, auxquels s'ajoutent 9 médiateurs culturels⁴³. Reste que ce sont les autorités nationales des États de première entrée qui sont ainsi chargés d'une mission de contrôle supplémentaire, sans que les moyens à eux alloués soient nécessairement augmentés. L'exemple de la Grèce est frappant. Les autorités helléniques disposaient en décembre 2015 de 46 machines Eurodac, chacune pouvant réaliser l'enregistrement des empreintes digitales de 100 migrants par jour⁴⁴, ce qui était clairement insuffisant pour faire face aux arrivées de migrants à l'automne 2015⁴⁵. Or, c'est bien la Grèce au final qui s'est trouvée accusée des dysfonctionnements du régime Schengen, se voyant sommer de remédier aux défaillances dans sa gestion du contrôle des frontières extérieures au risque de se voir exclue de l'espace⁴⁶.

L'enregistrement de tous les réfugiés et migrants dans la base de données Eurodac soulève non seulement des difficultés pratiques et quantitatives, mais également des problématiques substantielles et qualitatives. En effet, le règlement Eurodac contribuant à mettre en œuvre le règlement Dublin⁴⁷, le principe même d'un tel enregistrement suppose

⁴¹ Commission, *State of Play of Hotspot Capacity*, dernière mise à jour le 2 décembre 2016.

⁴² Commission, *State of Play of Hotspot Capacity*, 8 avril 2016, URL: <http://statewatch.org/news/2016/apr/eu-com-measures-refugee-crisis-hotspots-8-4-16.pdf>.

⁴³ Commission, *State of Play of Hotspot Capacity*, dernière mise à jour le 2 décembre 2016.

⁴⁴ Commission, *Progress Report on the Implementation of the Hotspots in Greece Progress*, COM(2015) 678 final, 15 décembre 2015, p. 6.

⁴⁵ Les arrivées de réfugiés et migrants ont bien souvent dépassé les 4 600 par jour, dépassant 10 000 le 17 octobre 2015, si bien que les autorités grecques ne pouvaient être en mesure de procéder à l'enregistrement des empreintes dactyloscopiques de tous les arrivants. - UNHCR, *Refugees/ Migrants Emergency Response – Mediterranean, Estimated daily arrivals*, <http://data.unhcr.org/mediterranean/country.php?id=502>. On comprend pourquoi les autorités nationales ont soumis des demandes de financements d'urgence pour permettre l'achat de 90 stations d'enregistrement d'empreintes Eurodac supplémentaires. Début mars 2016, seules 25 des 90 machines avaient été livrées, les autorités grecques attendant la livraison des 65 restantes. - Commission, *Report on the Implementation of the Hotspot Approach in Greece*, COM(2016) 141 final, 4 mars 2016, p. 6.

⁴⁶ Commission, *Revenir à l'esprit de Schengen – Feuille de route*, COM(2016) 120 final, 4 mars 2016.

⁴⁷ Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du Règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n°

l'attachement à un mécanisme dont l'inefficacité est dénoncée depuis de nombreuses années et même reconnue de façon implicite par la Commission dans son *Agenda européen en matière de migration*⁴⁸. La proposition de modification du règlement Dublin III que la Commission a publié en mai 2016 est particulièrement révélatrice de la volonté de l'Union européenne et de ses États membres de maintenir un système pourtant délétère, basé sur la fiction dangereuse selon laquelle les différents dispositifs nationaux d'asile réserveraient aux demandeurs de protection internationale des conditions d'accueil similaires et offriraient à l'examen de leur demande une attention équivalente⁴⁹. Alors que le système Dublin a permis à l'absence de solidarité entre les États membres de se cristalliser aux dépens des États méditerranéens de première ligne que sont l'Italie et la Grèce, on ne peut que s'inquiéter de voir les orientations développées par la Commission dans sa communication sur la réforme du régime d'asile européen commun partir du principe de la préservation d'un régime qui a manifesté et manifeste encore toute sa perversité⁵⁰.

Et la Commission de presser les autorités helléniques de mettre en œuvre ses recommandations, afin que les transferts Dublin vers la Grèce suspendus depuis 2011 puissent être repris au plus vite, à tout le moins de manière partielle en avril 2017, quand bien même cela ne peut apparaître qu'inapproprié voire inacceptable⁵¹. En effet, la République hellénique réserve aux réfugiés des conditions d'accueil qui lui ont valu maintes condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme⁵², notamment parce qu'elles emportent des violations du droit au recours effectif, du droit d'asile, de l'interdiction de traitements inhumains et dégradants. Et loin de s'atténuer, cette situation dramatique et préoccupante s'est accentuée avec les nombreuses arrivées de migrants survenues à partir du printemps 2015, et plus encore avec la fermeture des frontières de la Macédoine puis de la route des Balkans à la fin de l'hiver 2015. Ce sont quelque 63 000 réfugiés qui sont actuellement bloqués sur le territoire grec sans possibilité d'en sortir et sans perspective d'avenir, répartis entre une quarantaine de centres de détention officiels qui disposent généralement d'une capacité d'accueil de 1 000 à 1 500 places, et qui génèrent la création et l'expansion de camps informels à leurs alentours⁵³. Les procédures d'identification et d'enregistrement impliquent en amont et en aval un accueil

1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte).

⁴⁸ COM(2015) 240 final, 13 mai 2015.

⁴⁹ Commission, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person*, COM(2016) 270 final, 4 mai 2016. Voir C. HRUSCHKA, « Dublin est mort ! Longue vie à Dublin ! La proposition de réforme du 4 mai 2016 de la Commission », *GDR ELSJ*, 20 mai 2016, URL : <http://www.gdr-elsj.eu/2016/05/20/asile/5044/>.

⁵⁰ COM(2016) 167 final, 6 avril 2016.

⁵¹ Commission, *Recommendation addressed to the Hellenic Republic on the urgent measures to be taken by Greece in view of the resumption of transfers under Regulation (EU) n° 604/2013*, C(2016) 871 final, 10 février 2016 ; C(2016) 3805 final, 15 juin 2016 ; C(2016) 6311 final, 28 septembre 2016 ; *Recommendation addressed to the Member States on the resumption of transfers to Greece under Regulation (EU) n° 604/2013*, C(2016) 8525 final, 8 décembre 2016.

⁵² CEDH, GC, 11 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, Req. n° 30696/09.

⁵³ UNHCR, *Europe Refugee Emergency. Greece sites - Daily map indicating capacity & occupancy*, 5 décembre 2016, URL : <https://data.unhcr.org/mediterranean/documents.php?page=1&view=grid&Country%5B%5D=83>

des réfugiés dont il est clair qu'il passe par la privation de liberté, par le « *containment* »⁵⁴. Lesbos offre un exemple topique de l'économie de la sélection qui est mise en œuvre dans les '*hotspots*'⁵⁵.

À Moria, petit village au nord-ouest de Mytilène, se trouve le centre d'identification des migrants arrivés dans l'île, leur nationalité étant déterminée par des agents Frontex. Les réfugiés de nationalité syrienne sont alors envoyés à Kara Tepe, un camp assez bien organisé offrant des conditions de vie acceptables à la faveur d'une réponse bien coordonnée de diverses organisations non-gouvernementales spécialisées (Oxfam, Médecins du Monde, Médecins sans Frontière, Croix-Rouge Internationale, Save the Children). Les réfugiés voient leurs empreintes digitales enregistrées dans la base Eurodac au gré d'une procédure qui peut durer de quelques heures à un jour ; ils attendent ensuite un ou deux jours de plus avant d'obtenir les papiers qui leur sont nécessaires pour se diriger vers le continent et qui leur permettent de rester en Grèce pour une durée maximum de six mois. Le sort réservé aux réfugiés qui ne sont pas Syriens est bien différent. Maintenus sur le site de Moria, il leur faut plus d'une semaine pour être enregistrés, alors que le camp officiel (que l'on appelle le camp intérieur) peut accueillir quelque 2000 personnes, si bien qu'un camp informel (que l'on appelle le camp extérieur) s'est constitué où les conditions de vie s'avèrent des plus inquiétantes pour des milliers de réfugiés⁵⁶. La hiérarchie ainsi établie entre réfugiés au regard de leur nationalité révèle fondamentalement la tentation, la disposition de l'Union européenne et de ses États membres d'institutionnaliser une catégorisation selon qu'ils sont considérés par eux désirables ou indésirables.

II. Les finalités d'une économie de la sélection des migrants

L'éloignement des indésirables

L'ambition de voir les empreintes digitales de tous les réfugiés enregistrées dans la base de données Eurodac peut certainement être expliquée par le fait que seuls 50 % des ressortissants de pays tiers arrivant par voie maritime sur les côtes des îles italiennes et seuls 8 % de ceux arrivant sur les côtes des îles grecques ont été enregistrés en 2015. Pour autant, la véritable finalité de l'identification et l'enregistrement semble devoir être cherchée ailleurs.

⁵⁴ G. CAMPESI, « Humanitarian confinement. An Ethnography of Reception Centres for Asylum Seekers at Europe's Southern Border », *International Journal of Migration and Border Studies*, 2015, Vol. 1, n° 4, p. 398-417 ; M. TAZZIOLI, « Greece's Camps, Europe's Hotspots », *Border Criminologies*, 12 octobre 2016, URL : <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2016/10/greece%E2%80%99s-camps>.

⁵⁵ L. PILLANT, L. TASSIN, « Lesbos, l'île aux grillages. Migrations et enfermement à la frontière gréco-turque », *Cultures & Conflits*, 2015, n° 99/100, p. 25-55, URL : <https://conflits.revues.org/19068>. Pour une présentation de la situation de Chios, voir C. ZIEBRITZKI, « Chaos in Chios : Legal Questions Regarding the Administrative Procedure in the Greek Hotspots », *EU Law Analysis*, 26 juillet 2016, URL : <http://eumigrationlawblog.eu/chaos-in-chios-legal-questions-regarding-the-administrative-procedure-in-the-greek-hotspots/>. Et pour une présentation plus générale de la situation des réfugiés dans les '*hotspots*' en Grèce, voir le rapport "*Refugees at risk in Greece*", que T. STRIK a réalisé pour le compte du Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 14082, 7 juin 2016, URL : <http://website-pace.net/documents/19863/2057396/20160603-Rapport+Strik-EN.pdf/9eb602e2-9434-4850-8636-055b5ea75fc1>.

⁵⁶ On en dénombre 4 600 à l'heure où cet article est écrit en décembre 2016. Il convient cependant de souligner que le camp intérieur a pu voir le nombre de réfugiés présents dépasser les 8 000 à l'automne 2015.

L'analyse de l'approche par les 'hotspots' permet de penser que le véritable but poursuivi consiste à empêcher les migrants arrivants de bénéficier des droits dont ils peuvent se prévaloir, en subordonnant leur accès à la réalisation du processus d'enregistrement, ainsi qu'à déterminer les réfugiés indésirables que l'Union européenne et ses États membres se refusent d'accueillir. Indésirables, ils le sont pour la quasi-totalité d'entre eux, le programme de relocalisation se révélant manifestement indigent (A) : réfugiés qui ne sont pas enregistrés ; réfugiés qui sont enregistrés, mais qui ne souhaitent pas déposer une demande d'asile auprès des autorités nationales de l'État méditerranéen de première entrée ; réfugiés qui ont fait enregistrer leurs empreintes, qui ont demandé à bénéficier de la protection internationale, mais qui ne rentrent pas dans les conditions d'éligibilité posées par le programme de relocalisation. Les termes employés dans la résolution conjointe Union Européenne Turquie du 18 mars 2016 sont des plus éclairants, qui considèrent tous les migrants traversant la Méditerranée pour se rendre des côtes vers les îles grecques comme des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, alors même qu'ils devraient être qualifiés au regard du droit international de réfugiés⁵⁷. C'est ainsi que depuis le 20 mars 2016 les autorités helléniques se trouvent seules responsables de l'accueil des migrants arrivants, de l'examen de leur demande d'asile, ainsi que de l'adoption de mesures de retour à l'encontre de ceux qui ne sont ni éligibles à la relocalisation ni reconnus bénéficiaires de la protection internationale, en vue de procéder à leur éloignement (B).

A. Le miroir de la relocalisation : l'apparence de la solidarité

À l'étude des décisions prises par le Conseil, le programme de relocalisation adopté apparaît à la fois étonnant et inquiétant. En effet, sa portée semble sans commune mesure avec l'ampleur des arrivées de réfugiés survenues sur les côtes méditerranéennes de l'Europe. Les États membres se sont révélés en délicatesse avec les chiffres et les nombres. En effet, ils se sont accordés sur la relocalisation d'abord de 40 000 réfugiés⁵⁸, puis de 120 000 réfugiés supplémentaires⁵⁹, soit un total de 160 000 sur deux ans⁶⁰, nombre auquel il convient de soustraire les 54 000 places de relocalisation prévues pour la répartition des réfugiés arrivés en Hongrie dont le gouvernement de Victor Orban a refusé de bénéficier au motif qu'il ne saurait admettre que son pays soit appréhendé comme un pays de première ligne. En septembre 2016, le Conseil est venu modifier l'article 4 de la décision 2015/1601, de telle sorte que ces 54 000 places qui se trouvaient ainsi à ventiler entre l'Italie et la Grèce puissent être employées pour le dispositif de réinstallation des réfugiés syriens installés en Turquie en application de la résolution conjointe du 18 mars 2016, réduisant par là même le nombre de

⁵⁷ Convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugiés et son protocole additionnel de 1967.

⁵⁸ Décision 2015/1523/UE du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.

⁵⁹ Décision 2015/1601/UE du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.

⁶⁰ Est ainsi prévue la relocalisation de 39 500 réfugiés parvenus aux côtes italiennes alors qu'ont été enregistrées 153 600 arrivées en 2015 et 175 244 arrivées en 2016 selon la dernière mise à jour disponible au 11 décembre 2016. Quant aux réfugiés arrivés sur les côtes grecques, le programme prévoit la relocalisation de 66 400 d'entre eux, étant précisé que 853 319 sont entrés sur le territoire hellénique par voie de mer en 2015 et 172 607 en 2016 au 11 décembre. - UNHCR, *Refugees/ Migrants Emergency Response - Mediterranean* URL : <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>.

réfugiés qui en Italie et en Grèce pouvaient espérer bénéficier du programme de relocalisation⁶¹. Or, rappelons-nous bien que plus d'un million sont entrés par voie maritime sur le territoire de l'Union durant la seule année 2015. Comme l'a souligné le Parlement européen lui-même, le mécanisme de relocalisation ne pouvait dès lors concerner qu'une petite minorité de réfugiés, son accès étant fermé à la grande majorité des ressortissants de pays tiers parvenus sur les côtes européennes depuis le printemps 2015⁶².

Si le dispositif de relocalisation s'avère inapproprié, sa mise en œuvre se révèle quant à elle plus que décevante. Au 6 décembre 2016, les États membres ont relocalisé 6 212 réfugiés venant de Grèce et 1 950 venant d'Italie (ce qui correspond à 5% des 160 000 relocalisations auxquelles les États membres s'étaient engagés), et ont annoncé mettre à disposition 18 515 places d'accueil au titre de ce programme (ce qui représente 11% des objectifs énoncés dans les décisions du Conseil)⁶³. De telles données, si elles s'expliquent par la manifeste mauvaise volonté des États, se comprennent à la lecture des strictes conditions d'éligibilité des réfugiés au programme. En vertu de l'article 3 alinéa 2 de la décision 2015/1601, le mécanisme de relocalisation est ouvert aux seuls réfugiés qui satisfont aux exigences suivantes : ils doivent être entrés sur le territoire de l'Union européenne entre le 1^{er} janvier 2015 et le 20 mars 2016 ; doivent avoir opéré l'enregistrement de leurs empreintes digitales dans le système Eurodac ; doivent avoir déposé une demande d'asile auprès des autorités nationales de l'État par lequel ils sont entrés dans l'Union européenne, lesdites autorités nationales se reconnaissant responsables de l'examen de leur demande en application du règlement Dublin III ; doivent être manifestement en besoin d'une protection internationale, c'est-à-dire être ressortissants des pays tiers pour lesquels le taux moyen de reconnaissance de la protection internationale en première instance est, dans toute l'Union, égal ou supérieur à 75 %, sur la base des données publiées par Eurostat pour le trimestre précédent⁶⁴.

Et l'on décèle bien la persistance de l'attachement des États membres à l'esprit de Dublin, d'autant que les réfugiés ainsi éligibles au programme de relocalisation n'ont aucunement le droit de choisir l'État dans lequel ils pourront être relocalisés, ni le droit de refuser une proposition de relocalisation qui leur serait présentée. En revanche, les autorités nationales des États membres d'accueil peuvent pour leur part exprimer leur préférence pour le type de demandeurs d'asile qu'elles sont disposées à prendre en charge. De telles conditions d'éligibilité au programme de relocalisation que l'on a vu particulièrement restrictives induisent par elles-mêmes des conséquences pour le moins inquiétantes. En effet, ce sont aux États de première ligne, à savoir l'Italie et la Grèce, qu'il incombe de gérer les migrants arrivants, de les identifier et de les enregistrer, de déterminer ceux d'entre eux

⁶¹ Décision 2016/1754/UE du Conseil du 29 septembre 2016 modifiant la décision 2015/1601/UE instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.

⁶² Parlement européen, Commission LIBE, *Situation en Méditerranée et nécessité d'une approche globale de l'Union européenne de la question des migrations*, 2015/2095(INI), 19 janvier 2016, p. 13, § 16.

⁶³ Commission, *Eight report on relocation and resettlement*, COM(2016) 791 final, 8 décembre 2016, Annexes 1 & 2. Quant au programme de réinstallation adopté le 20 juillet 2015 par le Conseil, il a bénéficié à 13 887 réfugiés dont 2 761 venant de Turquie alors que les États européens s'étaient engagés à en accueillir 22 504. - Commission, *Ibidem*, Annexe 3.

⁶⁴ Il convient de relever ici que l'Italie enregistre des arrivées de réfugiés qui ne répondent pas aux exigences d'éligibilité du mécanisme de relocalisation provenant d'états tiers leur offrant de mauvaise nationalité de surcroît.

éligibles au programme de relocalisation, de pourvoir à l'accueil et à l'examen des demandes d'asile de tous les réfugiés inadmissibles. Or, selon l'approche par les '*hotspots*', le soutien opérationnel et financier apporté par les États membres aux États de première ligne peut être suspendu si ces derniers échouent à satisfaire aux exigences énoncées dans la feuille de route. Autrement dit, de manière quelque peu retorse, le dispositif prévoit de tenir l'Italie et la Grèce responsables de leur incapacité à répondre aux exigences de gestion des flux migratoires (approche par les '*hotspots*') et de contrôle des frontières extérieures (esprit de Schengen), alors même ce que celle-ci résulte de la violation par leurs États partenaires des engagements initialement pris de les assister.

Plus encore, la conception globale du mécanisme de relocalisation en vient à faire poser sur les États de première ligne, dont les systèmes nationaux d'immigration et d'asile sont notoirement débordés voire défaillants, la charge d'examiner les demandes d'asile des réfugiés ne pouvant bénéficier du programme de relocalisation, autrement dit les demandes de protection les plus difficiles et les plus délicates à instruire. Le Parlement européen n'a pas manqué de souligner un tel problème⁶⁵. Du fait de la logique générale dans laquelle s'inscrit l'approche par les '*hotspots*', l'Italie et la Grèce ont à gérer les situations les plus complexes alors même que leur système national d'asile est communément considéré pour être affligé, si ce n'est de dysfonctionnements structurels⁶⁶, à tout le moins de problèmes récurrents⁶⁷. C'est par conséquent un accueil des réfugiés demandeurs d'asile pour de longues voire très longues périodes que ces États de première ligne ont à organiser, au moment où les ressources en personnels et en matériels sont exsangues, par l'effet combiné d'un contexte économique tendu et d'une perdurance de la crise humanitaire confiné sur leurs territoires. Sans oublier que, *in fine*, les autorités nationales italiennes et helléniques se voient confier la mission de prendre des mesures d'éloignement à l'encontre des réfugiés n'obtenant pas la reconnaissance de la protection internationale et de réaliser les opérations de retour afférentes. Prises qu'elles sont entre les feux croisés des pressions tant économiques que politiques de l'Union et de leurs partenaires, il est à craindre que les autorités italiennes et grecques ne gèrent les flux et les stocks de migrants au détriment de la protection des droits fondamentaux de ces derniers, en particulier au dépens de leur droit de demander asile et de leur droit à ne pas être refoulé.

Ainsi la manière dont les autorités grecques considèrent les demandes de protection internationale déposées par les ressortissants de pays tiers venant de Turquie suscite la plus vive inquiétude. En vue de mettre en œuvre la résolution conjointe Union européenne - Turquie du 18 mars 2016, le Parlement de la République hellénique a adopté, sous la pression insistante des partenaires européens, la loi 4357/2016 entrée en vigueur le 3 avril 2016⁶⁸. La Turquie étant implicitement regardée comme un pays tiers sûr⁶⁹, les demandes d'asile déposées par des réfugiés venant de Turquie peuvent être considérées par les autorités

⁶⁵ Parlement européen, Commission LIBE, *Situation en Méditerranée et nécessité d'une approche globale de l'Union européenne de la question des migrations*, 2015/2095(INI), 19 janv. 2016, p. 13, § 17.

⁶⁶ Pour la Grèce, voir entre autres CEDH, GC, 11 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, Req. n° 30696/09.

⁶⁷ Pour l'Italie, voir en particulier CEDH, GC, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, Req. n° 29217/12.

⁶⁸ URL : <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=573ad4db4>.

⁶⁹ Article 38 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte).

helléniques compétentes comme irrecevables⁷⁰. Or, l'article 31 alinéa 8 de la directive procédures autorise les autorités nationales à appliquer des procédures accélérées pour l'examen de certaines demandes d'asile. Certes aucun des neuf motifs alors évoqués ne concernent le cas des demandeurs d'asile venant de pays tiers sûr. Toutefois, faute pour cette disposition d'affirmer clairement le caractère exhaustif de la liste par elle dressée, et faute pour la Cour de justice d'avoir eu l'occasion de se prononcer sur le caractère exhaustif ou non d'une telle liste, les autorités helléniques ont opté pour une généralisation de l'application des procédures accélérées⁷¹ : l'article 40 prévoit l'examen des demandes d'asile enregistrées à la frontière ou dans les camps dans un délai de 7 jours ; l'article 60 établit un délai de 7 jours également pour l'adoption des décisions prises en appel contre les décisions de refus de protection. Car, derrière le miroir offert par le mécanisme de la relocalisation d'une minorité de réfugiés désirables apparaît le véritable objectif de l'approche par les '*hotspots*' : organiser le plus rapidement possible le retour de la grande majorité des réfugiés, l'éloignement des indésirables.

B. La politique de retour : le dessein de l'indésirabilité

Par une lettre adressée le 9 décembre 2016 à la fois à la Commission européenne et aux ministres de l'intérieur des États membres de l'Union, le ministre grec de l'immigration, Yiannis Mouzalas, a fait part de son intention de créer des centres de retour, où seraient détenus les migrants ayant déposé des demandes d'asile estimées infondées, en vue de les placer sous haute sécurité dans l'attente de leur éloignement vers la Turquie⁷². Les autorités helléniques visent notamment ainsi à montrer à leurs homologues leur ambition de répondre aux appels pressants et incessants de la Commission d'améliorer l'efficacité de la politique de retour. Il s'agit d'une préoccupation constante des autorités européennes et nationales depuis les années 1990, qui semble s'être accentuée depuis la publication de *l'Agenda européen en matière de migration*. Focalisées qu'elles sont sur la lutte contre l'immigration irrégulière, il leur semble cohérent et nécessaire de développer une politique de retour efficace des migrants qui ont franchi de manière irrégulière les frontières extérieures de l'Union pour se rendre sur le territoire des États membres qui la composent, et qui ne sauraient se prévaloir utilement du droit d'asile afin de bénéficier d'une protection internationale⁷³. L'attention portée à un tel sujet est si important que la Commission lui a consacré une communication⁷⁴ et un manuel⁷⁵.

⁷⁰ S. PEERS, E. ROMAN, « The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What could possibly go wrong? », *EU Law Analysis*, 5 février 2016. URL : <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html>.

⁷¹ En conformité avec l'article 25 de la directive 2013/32/UE, l'article 45 de la loi 4357/2016 exclut les mineurs isolés étrangers et demandeurs d'asile vulnérables du champ d'application des procédures accélérées.

⁷² H. AGERHOLM, « Greece appeals to EU for support over plan to detain refugees in order to speed up deportations », *The Independent*, 10 déc. 2016, URL : <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/greece-refugees-eu-support-plan-detain-refugees-a7467551.html>. Voir sur les centres de détention aux fins d'éloignement, G. CAMPESI, « Hindering the Deportation Machine. An Ethnography of Power and Resistance in Immigration Detention », *Punishment & Society*, 2015, Vol. 17, n° 4, p. 427-453.

⁷³ Commission, *Joint communication on addressing the refugee crisis in Europe. The role of EU external action*, JOIN(2015) 40 final, 9 septembre 2015, p. 9.

⁷⁴ Commission, *Plan d'action de l'UE en matière de retour*, COM(2015) 453 final, 9 septembre 2015, p. 4.

⁷⁵ Commission, *Return Handbook*, annexe de la communication COM(2015) 453 final, 9 septembre 2015, 109 p.

Les États membres sont ainsi invités à déployer des procédures simplifiées et diligentes (dont on peut se demander si elles ne sont pas espérées expéditives) de retour des migrants appréhendés ou interceptés, du fait du franchissement irrégulier des frontières en application de la loi nationale et dans le respect de certaines garanties de base⁷⁶.

Cette dernière assertion interroge et inquiète. En effet, la Commission affirme que seules certains droits sont à respecter dont on ignore au demeurant lesquels ils sont ; reconnaît donc en creux que les garanties essentielles de tous les droits fondamentaux des migrants n'ont pas à être assurées ; et admet explicitement que l'efficacité et la rapidité des procédures de retour puissent être obtenues au prix de la violation des droits des migrants. Et la Commission de poursuivre en insistant sur le fait qu'une politique efficace de retour exige l'existence d'un dispositif national d'asile qui fonctionne, ce qui suppose que les demandes d'asile regardées comme infondées conduisent au rapide éloignement du territoire de l'Union européenne les ressortissants de pays tiers concernés⁷⁷. La référence aux procédures accélérées et aux procédures aux frontières, que les États membres peuvent choisir de mettre en œuvre pour l'examen des demandes d'asile, est évidente. Une question doit alors être posée : l'assertion que fait ainsi la Commission ne pourrait-elle pas être comprise par certaines autorités nationales comme leur indiquant le meilleur moyen de garantir une politique de retour efficace, à savoir considérer le plus possible les demandes d'asile comme infondées ? Le procédé serait éminemment pratique, quoique juridiquement captieux, pour conforter le développement d'un système intégré de gestion des retours⁷⁸.

Parmi les outils à mobiliser, la Commission insiste encore sur la nécessité de renforcer les 'frontières intelligentes', autrement dit l'utilisation et l'interopérabilité des bases de données à caractère personnel dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. À ses yeux, créer un registre de tous les franchissements des frontières par les ressortissants de pays tiers devrait générer une augmentation des taux de retour effectif, en permettant de détecter la présence de migrants qui resteraient au-delà du terme de leur autorisation de séjour et de faciliter l'identification de ceux qui auraient détruit leurs documents d'identité⁷⁹. Tracer, traquer les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière. Tel pourrait être désormais aussi un des objectifs majeurs de la base de données Eurodac⁸⁰. La portée et l'objet de cette base seraient étendus, afin qu'elle puisse être employée pour accélérer l'identification et la documentation des migrants, et pour permettre une meilleure évaluation des risques de fuite⁸¹, l'objectif étant d'accroître l'efficacité et la rapidité de la mise en œuvre des mesures d'éloignement et des procédures de réadmission⁸². Une telle réorientation des finalités de

⁷⁶ COM(2015) 453 final, 9 septembre 2015, p. 4.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 6.

⁸¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'«Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du [règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], et de l'identification des ressortissants de pays tiers ou apatrides en séjour irrégulier, et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et par Europol à des fins répressives (refonte), COM(2016) 0272, 4 mai 2016.

⁸² COM(2016) 167 final, 6 avril 2016, p. 9.

certaines instruments a été opérée, par exemple en ce qui concerne Frontex, l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, qui est devenue l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes⁸³. La section 4 du règlement 2016/1624 est ainsi consacrée aux missions qui incombent à l'agence en matière de retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, le texte prévoyant une réserve d'escortes pour les retours forcés (article 30), une réserve de spécialistes pour les retours forcés (article 31), la création d'équipes d'intervention européennes pour les retours (article 32), afin d'assister les autorités nationales concernées dans l'identification de groupes particuliers de ressortissants de pays tiers, l'acquisition de documents de voyage de pays tiers via la coopération consulaire, et la réalisation effective des opérations de renvoi.

Reste que la Commission se focalise sur l'exigence d'améliorer la mise en œuvre des accords de réadmission qui ont d'ores et déjà été conclus, de même que sur la négociation et la conclusion de nouveaux accords de réadmission dans le cadre des processus de Rabat et de Khartoum⁸⁴. C'est ainsi qu'ont récemment été passés de tels accords avec l'Afghanistan (accord signé en marge de la conférence des 4 et 5 octobre 2016)⁸⁵ et le Mali (accord de principe signé le 11 décembre 2016 lors de la visite du ministre néerlandais Bert Koenders à Bamako dans le cadre du dialogue de Haut Niveau sur les questions migratoires initié entre le Mali et l'UE depuis le Sommet de La Valette). Pour rendre la politique de retour plus efficace via des procédures de réadmission plus énergiques, la Commission énonce quelques propositions : 1) accroître les capacités de Frontex à fournir des assistances opérationnelles et des supports analytiques en matière de retour et de réadmission ; 2) construire des synergies avec les États tiers dans le cadre de l'approche européenne intégrée en matière de retour par le biais de la *European Integrated Return Management Initiative* (EURINT) et du réseau des officiers de liaison européen en matière de retour (EURLO) ; 3) fournir aux États tiers un support technique afin de les assister dans leurs efforts pour négocier, conclure et appliquer leurs propres accords de réadmission. Ce dernier point a de quoi alarmer qui semble ouvrir la voie à une institutionnalisation des violations en chaîne du principe de non-refoulement.

Bien évidemment, c'est d'une telle dynamique que participe la résolution conjointe Union européenne - Turquie du 18 mars 2016. Son premier point énonce que « tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 seront renvoyés en Turquie ». Steve Peers relève l'hypocrisie dont l'Union européenne et ses États membres font montre, quand ils affirment que « cela se fera en totale conformité avec le droit de l'UE et le droit international » : il y a tout lieu de penser que retourner tous les migrants venant de Turquie en Grèce violerait le

⁸³ Règlement (UE) n° 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil.

⁸⁴ La Commission propose que des négociations aux fins de la conclusion d'accords de réadmission soient menées avec le Liban, la Jordanie, le Niger, la Libye, le Nigéria, la République de Centrafrique, le Soudan, la Somalie, l'Érythrée, le Bangladesh, l'Afghanistan, le Mali.

⁸⁵ Commission européenne et Service européen d'action extérieure, *Joint Commission-EEAS non-paper on enhancing cooperation on migration, mobility and readmission with Afghanistan*, MIGR 43 COASI 19, Doc. 673816, 3 mars 2016 URL : <http://www.statewatch.org/news/2016/sep/eu-council-afghanistan-readmission-6738-16.pdf>.

principe de non refoulement et la prohibition des expulsions collectives qui sont posés dans la législation européenne en matière d'asile, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dans Convention européenne des droits de l'homme⁸⁶. Et le cynisme européen est à son comble au point 9 de la déclaration : « L'UE et ses États membres collaboreront avec la Turquie dans le cadre de tout effort conjoint visant à améliorer les conditions humanitaires à l'intérieur de la Syrie, en particulier dans certaines zones proches de la frontière turque, ce qui permettrait à la population locale et aux réfugiés de vivre dans des zones plus sûres ». L'objectif paraît être *in fine* de créer une zone sûre à l'intérieur du territoire syrien ce qui permettrait de faire jouer l'existence d'un asile interne⁸⁷, tant et si bien que la politique d'éloignement que la Turquie met d'ores et déjà en œuvre ne puisse être considérée comme problématique. En effet, de nombreux cas sont avérés de réfugiés cherchant à atteindre l'Union européenne, qui ont été détenu de manière arbitraire avant que d'être refoulés vers la Syrie ou l'Irak⁸⁸.

La déclaration conjointe Union européenne – Turquie illustre bien le souci d'instaurer une sélection institutionnalisée voire industrialisée des réfugiés. Le mécanisme '1:1', en vertu duquel « pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'UE », mérite de ce point de vue d'être souligné à plus d'un titre : il opère une marchandisation des réfugiés, qui sont déchus de leur statut de sujets et de personnes pour être relégués à celui d'objets et de biens ; il exprime la détermination des États européens à se réserver la capacité de choisir les migrants qu'ils désirent accueillir et protéger ; il organise la légalisation du refus de protéger tous les réfugiés arrivant sur les côtes européennes qui ont pourtant bien besoin d'une protection internationale. Pourtant, moins de 40 % des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière ayant fait l'objet d'une mesure d'éloignement sont effectivement retournés. Et un tel taux semble loin de pouvoir réellement augmenter, puisque les réfugiés arrivant en Grèce depuis le 20 mars 2016 paraissent de manière quasi-systématique souhaiter déposer une demande d'asile auprès des autorités nationales, quand bien même ils sont conscients des dysfonctionnements structurels du dispositif national hellénique et partant des faibles perspectives de protection qu'ils peuvent en espérer. Ainsi deux différents scénarios semblent se dessiner qui s'avèrent tous deux également inacceptables.

Premièrement, l'éloignement d'une grande majorité de réfugiés vers le territoire d'États qui ne sauraient être regardés comme sûrs (tels la Turquie), sans que soit pratiqué un examen approprié et approfondi de leur demande d'asile, ce qui emporte d'évidentes

⁸⁶ S. PEERS, « The final EU/Turkey refugee deal : a legal assessment », *EU Law Analysis*, 18 mars 2016. Voir de surcroît CEDH *Hirsi c. Italie*, 23 février 2012, Req. n° 27765/09 ; *Sharifi & autres c. Italie & Grèce*, 21 octobre 2014, Req. n° 16643/09 ; *Khlaifia & autres c. Italie*, 1er septembre 2015, Req. n°16483/12.

⁸⁷ Article 8 de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

⁸⁸ Amnesty International, « Turkey forcibly returns dozens of refugees to Afghanistan hours after EU deal », 23 mars 2016.

violations du droit d'asile, de la prohibition des expulsions collectives, et du principe de non-refoulement⁸⁹. Deuxièmement, l'encampement de réfugiés de plus en plus nombreux sur les sols italiens et grecs, qui ne peuvent être retournés, dans des centres de détention, dans les « limbes de l'inéloignabilité »⁹⁰. La Commission a en effet estimé que les États membres, confrontés à d'importantes arrivées de migrants aussi soudaines qu'inattendues, doivent se voir reconnaître une certaine souplesse concernant les conditions de détention de ces derniers⁹¹. Rien d'incohérent donc dans la décision de transformer les camps des *hotspots* en centres de détention au lendemain de du 18 mars 2016⁹². L'approche par les '*hotspots*', qui a été élaborée et adoptée prétendument pour offrir une réponse immédiate à la situation critique dans les États de première ligne, paraît de nature à envenimer la crise pour longtemps⁹³, tant parce qu'elle contribue à déliter les implications du principe de solidarité essentiel à la dynamique d'intégration européenne, que parce qu'elle participe à corrompre l'esprit même de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Les '*hotspots*' manifestent rien de moins que le fait brut et la réalité froide de l'égoïsme des États européens : ils préfèrent voir leurs valeurs fondamentales sombrer dans les eaux bleues de la Méditerranée, plutôt que d'assumer leurs responsabilités juridiques de protéger *Les damnés de la terre*⁹⁴, les naufragés de l'Europe.

⁸⁹ V. CHÉTAIL, « Is There any Blood on my Hands ? Deportation as a Crime of International Law », *Leiden Journal of International Law*, 2016, n° 29, p. 917-943.

⁹⁰ C. GOSME, « Les Limbes de l'inéloignabilité : la nouvelle condition juridique de l'étranger », *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 43-88.

⁹¹ COM(2015) 453 final, 09 septembre 2015, p. 4.

⁹² UNHCR, « UNHCR redefines role in Greece as EU-Turkey deal comes into effect », 22 mars 2016.

⁹³ Commission, *Report from the commission on the follow up to the Leaders' meeting on refugee flows along the Western Balkan Route*, COM(2015) 676 final, 15 décembre 2015, p. 9.

⁹⁴ F. FANON, *Les Damnés de la terre*, Paris, François Maspéro, 1961, 232 p.

EN GUISE DE CONCLUSION

SYNTHÈSE

La crise économique, un plafond de verre pour les droits sociaux fondamentaux ?

Par

Sylvie TORCOL

Maître de Conférences HDR, Université de Toulon

*« Hayek pourrait se frotter les mains de satisfaction :
le monde est enfin devenu à peu près raisonnable ;
[...] Les peuples sont devenus adultes et acceptent les règles du marché ;
ils construisent, fût-ce à leur corps défendant,
cette civilisation qui fait vivre des milliards d'individus
et les rend dépendants les uns des autres »¹.*

En choisissant le thème de ce colloque nous avons conscience de la fragilité des droits et libertés fondamentaux face à la contrainte économique, de leur effacement dans une situation de concurrence. Mais nous espérons également que les différents contributeurs pourraient adoucir cette intuition et démontrer qu'il existait des politiques jurisprudentielles permettant de concilier les mesures de reprise économique avec la protection des droits et libertés fondamentaux... Las ! À l'issue de la journée, le pessimisme l'emportait largement sur les quelques espoirs émis par certains contributeurs... même si les propos conclusifs de Véronique Champeil-Desplats pouvaient être interprétés comme une ouverture possible : « il faudrait investir de nouvelles formes de démocratie, permettant des formes alternatives de régulation »...

Évidemment, ce bilan était largement prévisible ; la fundamentalité des libertés économiques ayant été depuis longtemps - et en dehors de toute crise - reconnue et protégée par les différents ordres juridiques, il fallait par conséquent essayer de faire le point sur les arbitrages opérés par les juges en cas de conflits entre les libertés économiques et les droits de la personne en période de crise. L'issue de cette confrontation dépendait-elle des juges (nationaux ou européens) mobilisés ? De la constitutionnalisation des principes ? De la nature des droits confrontés ? De la structure économique ou encore de l'ampleur de la crise dans les pays étudiés ?

¹ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.*, 31/03/2011, n° 13, pp. 897-904.

Avant même de tenter une synthèse concernant les réponses apportées à ces questions, une première remarque s'impose. À la relecture de toutes ces contributions, il semble que le constat soit - pour certains - moins pessimiste que celui dressé à l'issue de cette journée de colloque. Les interventions orales ont été moins « contenues » que les versions écrites. Il faudra sans doute s'interroger sur les raisons de cet infléchissement apparent...

Il n'en reste pas moins que deux enseignements essentiels se dégagent de ces analyses : d'abord, en cas de conflit entre droits sociaux et libertés économiques, il n'y a pas (même si ce constat devra être tempéré) de véritable « issue humaniste »² (I). Ensuite, ces conflits de normes sont arbitrés par des juges que les intervenants ont trouvé souvent « frileux »³ pour ne pas dire « timorés »⁴ et gouvernés par une « logique d'efficacité du droit »⁵, voire d'utilité de la décision (II) peu à même de favoriser la protection des droits de l'homme non marchands.

I. Libertés économiques versus droits de l'Homme : la victoire d'une conception « marchande » des libertés.

Le constat est pratiquement unanime... (si l'on excepte une lueur d'espoir donnée par le juge allemand, nous y reviendrons) : face aux droits de l'homme, les libertés économiques prennent le dessus, particulièrement en période de crise économique : « la politique de gestion de crise ne pouvant pas se concilier avec les droits fondamentaux » explique Christophe Maubernard⁶. Quant à Frédéric Marty (qui trouve le thème « effrayant pour un économiste », ce qui est sans doute symptomatique ?), s'il insiste sur la diversité des approches économiques en la matière, il rappelle cependant que les « institutionnalistes américains de l'entre-deux-guerres [pensaient déjà que] [...] la défense des droits fondamentaux par la Cour Suprême devait être contestée sur la base des nécessités économiques »⁷. Et même si Hélène Hurpy semble plus optimiste sur ce point, elle constate néanmoins que, si « le raisonnement du juge augure peut-être d'une « lecture humaniste du droit économique » privilégiant les personnes physiques » [...], la tendance actuelle atteste encore bien souvent de la soumission des droits et libertés fondamentaux à l'économie de marché... »⁸. Au point que, [cite t-elle] « Lorsque le conflit se présente (...) la solution sera, au pire, celle d'un assujettissement pur et simple aux contraintes de la liberté économique en cause, au mieux celle d'une conciliation

² Comme le suggère Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, n°1, p. 19.

³ V. DONIER parle de « la frilosité du Conseil D'État », « La conciliation entre libertés économiques et droits sociaux dans la jurisprudence administrative », cette publication.

⁴ V. J. BONNET qui affirme que : « le Conseil constitutionnel est un juge timoré des droits sociaux constitutionnels », « L'effectivité des droits sociaux dans le cadre de la QPC », cette publication.

⁵ V. F. MARTY pour qui, les droits et libertés fondamentaux « peuvent être mis en balance avec la logique de l'efficacité », « Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'efficacité économique : Une application à la politique de la concurrence », cette publication.

⁶ Lors de sa présentation orale.

⁷ Voir F. MARTY, art. précité, cette publication.

⁸ H. HURPY, « Les interactions entre l'économie de marché et les Droits et libertés fondamentaux », cette publication.

dont les observateurs estiment volontiers qu'elle penche plutôt en faveur de l'économique que du social »⁹.

« L'issue humaniste », c'est à dire celle de « la prévalence des droits non marchands de l'homme », envisagée il y a quelques années par Véronique Champeil-Desplats comme « la primauté aux droits de l'homme non marchands sur les libertés économiques soit intégralement, soit partiellement en acceptant des dérogations dûment justifiées au bénéfice des secondes »¹⁰ semble aujourd'hui bien compromise. D'ailleurs Véronique Champeil-Desplats ne l'avait évoquée que comme une issue possible entre trois solutions, dont les deux autres étaient celle d'une « conciliation sociale-libérale »¹¹ et enfin une « solution libérale »¹². Si les contributions à ce colloque n'ont pas permis d'opter clairement pour l'une ou l'autre de ces deux dernières issues, elles ont oscillé entre les deux.

Face à cette situation, les auteurs vont montrer comment, petit à petit, s'est mis en place un système de valeurs façonné par le marché et ils vont mettre à jour les mécanismes l'ayant permis.

Parmi les raisons évoquées, deux semblent ressortir des débats : une jurisprudence favorable aux libertés économiques quelque soit le juge étudié (A) et une « constitutionnalisation multiforme et polycentrique » des libertés économiques (B).

A. Une jurisprudence favorable aux libertés économiques

C'est une des réponses à la question de la résolution des conflits entre ces différentes libertés : l'arbitrage penche rarement en faveur des droits de l'homme.

C'est pourquoi, le principe d'une reconnaissance des droits et libertés fondamentaux au profit des personnes morales n'a-t-il pas manqué de susciter la critique¹³ ou les commentaires¹⁴ de plusieurs contributeurs. Claire Mongouachon explique parfaitement

⁹ P. RODIÈRE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Droit social*, Mai 2010, n° 5, p. 576.

¹⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », précité, p. 19.

¹¹ « Droits de l'homme et libertés économiques disposent ici d'un statut juridique identique, sans rapport structurel de principe à exception. En cas de conflit, chacun d'eux a une égale prétention à l'emporter : la résolution donne souvent lieu à une application partielle, non nécessairement équilibrée, des droits et libertés en jeu. L'issue du conflit peut varier en fonction des cas, activités et droits en cause. Le pluralisme initial des valeurs d'un ordre juridique se trouve ainsi transféré dans la résolution des situations conflictuelles alors que dans les deux autres modes de résolution des conflits, cet éventuel pluralisme aboutit à la primauté de l'une des valeurs », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », précité, p. 19.

¹² « La solution libérale accorde la primauté aux libertés économiques sur les autres droits fondamentaux. Elle présente deux variantes. La première est ultra-libérale. Les libertés économiques sont à la fois un moyen et une finalité première. Elles sont auto-suffisantes et conditionnent tout. Dans sa forme extrême, cet ultra-libéralisme suspecte le droit de la concurrence car la concurrence pure et parfaite n'a pas besoin d'encadrement juridique. La seconde variante de type « libéral-social » est plus tempérée. Les libertés économiques sont un moyen mais non une fin, ou non l'unique fin possible. Elles sont le préalable à l'effectivité des autres droits et libertés, notamment des droits sociaux. Le droit de la concurrence peut servir des objectifs économiques et sociaux, et aménage les possibilités de dérogation aux libertés économiques », *Ibidem*.

¹³ V. H. HURPY, cette publication.

¹⁴ V. C. MONGOUACHON qui remarque que « l'application des principes de l'État de droit à la sphère économique paraît conduire à un processus de découverte *a posteriori* des principes structurants de l'économie

comment, en 1982, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en énonçant que « le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques »¹⁵ a « conduit immanquablement à une forme de constitutionnalisation de l'économie libérale ».

Guillaume Drago s'interroge également sur le faible recours aux droits sociaux par le Conseil constitutionnel et explique que la jurisprudence de ce dernier en matière économique et sociale s'est formée au fil des espèces et des cas. Les débats ont d'ailleurs mis au ban le Conseil constitutionnel qui serait « trop sage » dans la défense des droits sociaux dont le caractère programmatique et imprécis impliquerait une défense audacieuse que des juges « timorés »¹⁶ n'auraient pas privilégiée... Julien Bonnet avance, chiffres à l'appui, que « le bilan statistique est révélateur d'une invocabilité résiduelle des droits sociaux par les justiciables. Faiblement invoqués, les droits sociaux constitutionnels ne sont forcément pas à l'origine de nombreuses décisions de non-conformité. Ainsi, sous l'influence de ces deux éléments, le Conseil constitutionnel serait, dans cette hypothèse, un juge accessoire des droits sociaux constitutionnels »¹⁷.

Véronique Champeil-Desplats vient confirmer ce point de vue : « si le Conseil se refuse à apparaître comme le « gardien d'un ordre économique » déterminé, et s'il lui arrive, à l'issue d'un contrôle de proportionnalité, de situer le curseur du côté des droits et libertés opposés aux libertés économiques (protection de la santé¹⁸, possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent par exemple¹⁹), le bilan est tout de même celui d'une attention accrue portée à leur égard »²⁰.

La jurisprudence française est aussi celle du Conseil d'État. Virginie Donier n'a pas été plus rassurante. Affichant son ambition, celle de « sonder la jurisprudence afin de mieux appréhender la question de l'éventuelle hiérarchie matérielle entre les droits et libertés, hiérarchie qui laisserait apparaître l'existence d'un modèle social dessiné, ou tout du moins conforté, par le juge administratif », elle conclut que « Certaines évolutions jurisprudentielles récentes laissent [...] à penser que le Conseil d'État est de plus en plus imprégné par l'objectif de protection des intérêts économiques », il « a ainsi considéré que des actes qui, auparavant, échappaient largement au contrôle du juge (tels des avis ou des recommandations), pouvaient désormais lui être soumis dès lors qu'ils « produisent des effets notables notamment de nature économique »²¹.

C'est alors vers l'Europe que les regards se sont portés. Quels pouvaient être les enseignements de la jurisprudence européenne, saisie dans ses deux dimensions (UE,

de marché », « Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », cette publication.

¹⁵ Cons. Const., déc. n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

¹⁶ Voir en ce sens la contribution à ce colloque de J. BONNET.

¹⁷ J. BONNET, « Les droits sociaux constitutionnels dans l'ombre de l'État de droit », cette publication.

¹⁸ Décision n° 2012-290/291 QPC, 25 janvier 2013.

¹⁹ Décision n° 2015-470 QPC, 29 mai 2015.

²⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Réflexions sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques », cette publication.

²¹ V. DONIER, « La conciliation entre libertés économiques et droits sociaux dans la jurisprudence administrative », cette publication.

CEDH) ? Il semblait évident que ces deux Europe (l'une libérale, l'autre protectrice des droits fondamentaux) véhiculeraient des valeurs différentes et par conséquent des partis pris jurisprudentiels opposés. Nous avons déjà évoqué l'analyse de Hélène Hurpy à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, oscillant entre optimisme et pessimisme, mettant en avant des rapports de « résistance et de soumission entre droits et libertés fondamentaux et économie de marché » qui « devraient être appréhendés comme les deux faces d'une même réalité complexe où il n'y a ni vainqueur, ni vaincu ». Mais elle admettait, dans le même temps, que les avancées jurisprudentielles entre les contraintes de l'économie de marché et la garantie des droits et libertés fondamentaux avaient été « timides » et que la crise économique avait bouleversé le cadre d'analyse autour de la construction d'un nouveau modèle économique centré sur l'humain. « La réponse européenne à cette crise a été l'adoption de politiques budgétaires restrictives. Or, de telles politiques ont produit des effets sur l'exercice des droits et libertés fondamentaux dont la protection constituera à n'en pas douter le point d'ancrage de la redéfinition des règles économiques »²².

Quant à la Cour de justice, Christophe Maubernard a expliqué que sa jurisprudence est « marquée par le passage progressif d'un ordolibéralisme à une conception de l'économie et du droit fondée sur l'efficacité » mais il a également défendu l'idée que « l'Union économique et monétaire et ses mécanismes atypiques, se trouvent aujourd'hui parfois en porte-à-faux avec les droits fondamentaux que garantit la Charte de l'Union européenne »²³. La conciliation opérée par la Cour de justice peut alors être lue sous le prisme de l'efficacité.

Evidemment, le fait qu'il existe aujourd'hui une Charte des droits fondamentaux a permis à la Cour d'inaugurer une nouvelle jurisprudence : « lorsqu'un État invoque une justification, il est tenu de respecter les droits fondamentaux, y compris les dispositions de la Charte », « Néanmoins, la conciliation en tant que technique de résolution des conflits de normes est ambivalente. En mettant sur un pied d'égalité les libertés fondamentales de circulation et les droits fondamentaux, sauf exceptions, la Cour de justice considère *de facto* ces derniers comme de simples justifications ». Pire, dans l'arrêt *Pringle*²⁴, elle énonce que les particuliers ne peuvent pas invoquer la Charte des droits fondamentaux dans le cadre d'une gestion de crise, ce qui revient à affirmer que cette politique n'est pas soumise au principe constitutionnel de respect des droits fondamentaux.

Les quelques espoirs récents et timides sont en définitive tempérés par le fait que le juge de Luxembourg « privilégie encore une approche normative des questions économiques, ce qui l'incite à préserver les objectifs économiques au nom des grandes finalités de la construction européenne mais au détriment, parfois, d'une protection efficace des droits »...

L'approche par les '*hotspots*' proposée par Marie-Laure Basilien-Gainche²⁵ ne donne aucun espoir sur la possible protection institutionnelle de l'UE. Dans son Agenda européen en matière de migration, la Commission révèle les principes qui sous-tendent les politiques européennes d'immigration et d'asile. « Son analyse met en évidence la véritable intention

²² H. HURPY, « Les interactions entre l'économie de marché et les Droits et libertés fondamentaux », cette publication.

²³ C. MAUBERNARD, « La conciliation des objectifs économiques de l'UE avec la garantie des droits fondamentaux par la CJUE. La recherche d'une efficacité en droit de l'Union », cette publication.

²⁴ CJUE, *Pringle*, 27 novembre 2012, Aff. C-370-12.

²⁵ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Mécanique des flux migratoires & conception utilitariste des droits. L'approche par les hotspots sous examen », cette publication.

des États membres de l'Union dans le souci d'endiguer les arrivées de réfugiés sur leurs territoires : catégoriser, sélectionner, rejeter, retourner, délaisser »... Le coût de l'immigration a non seulement une influence sur les politiques de retour mais également sur la jurisprudence en matière de droit d'asile... En France, par exemple, en 2013, un rapport de la Cour des comptes estimait qu'il fallait compter un peu plus de 13.000 € par réfugié, jusqu'à ce qu'il obtienne l'asile. La dépense totale pour la France s'est élevée il y a deux ans, à près de deux milliards d'euros²⁶. On comprend alors pourquoi le droit des réfugiés est un droit particulièrement perméable aux contraintes économiques, contraintes ayant permis de justifier l'effacement quasi systématique d'une protection effective des droits fondamentaux, qu'elle soit institutionnelle ou jurisprudentielle.

Le droit comparé (essentiellement l'Allemagne et la Grèce) a été particulièrement éclairant. Là où la crise a été la plus forte²⁷, en Grèce notamment, le juge²⁸ a limité son contrôle juridictionnel face aux mesures destinées à endiguer la crise économique afin de servir l'intérêt général et pour protéger les intérêts des États membres de la zone euro.

C'est finalement de la Cour constitutionnelle allemande que l'optimisme a pu rejaillir. M. Fromont ayant notamment expliqué que si « le Conseil constitutionnel [français] a semblé donné le pas à la Déclaration de 1789 sur les principes constitutionnels de 1946 ; au contraire, en Allemagne, la Cour constitutionnelle a semblé opter pour la thèse de la neutralité de la Loi fondamentale et donc permettre un modèle néolibéral aussi bien qu'un modèle cherchant à équilibrer la force des libertés économiques et la nécessité de protéger les couches inférieures de la population ce qui concerne les principes directeurs de la politique économique de l'État »²⁹. L'auteur admet cependant que la présentation de la jurisprudence économique qui a été faite est « quelque peu unilatérale » et il aurait été possible de rééquilibrer cette présentation. Notamment, « tout système de restriction quantitative des activités économiques a été prohibé par la Cour au nom de la liberté d'exercer la profession de son choix ». C'est d'ailleurs cette même nuance qui est introduite par Véronique Champeil-Desplats lorsqu'elle rappelle que « La Cour constitutionnelle allemande, [...] a progressivement reconnu que la liberté de choisir sa profession consacrée à l'article 12 de la loi fondamentale incluait aussi « la liberté d'exercer une activité dans un but lucratif, notamment une activité industrielle et commerciale »³⁰.

C'est donc un bilan largement favorable à une conception marchande des libertés que les différents contributeurs ont permis de dresser.

Reste que la jurisprudence *stricto sensu* n'a pas été le seul objet d'étude de cette riche journée. D'autres « phénomènes » se sont invités dans les débats.

²⁶ Voir : http://www.francetvinfo.fr/replay-radio/tout-euro-tout-eco/europe-le-cout-de-l-immigration-clandestine_1786249.html, consulté le 29/12/2016.

²⁷ Voir l'analyse économique de la crise grecque par M. DIMOU, « La crise et l'Europe : un bref essai », cette publication.

²⁸ Le Conseil d'État grec notamment. Voir Y. KTISTAKIS, « Les droits de l'Homme, le juge constitutionnel grec et la crise économique », cette publication.

²⁹ M. FROMONT, « La dimension sociale donnée par le juge constitutionnel allemand à certains droits fondamentaux », cette publication.

³⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Réflexions sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques », cette publication.

B. Une « constitutionnalisation multiforme et polycentrique » des libertés économiques

Ce second point a permis de démontrer que les libertés économiques se sont constitutionnellement imposées par le truchement de plusieurs phénomènes qui permettent d' éviter les obstacles en investissant des procédures ou encore en se débarrassant de dérangeantes barrières étatiques.

- par la QPC :

La procédure de QPC s'avère un puissant facteur de constitutionnalisation au sens fort des libertés économiques. C'est ce que démontre Véronique Champeil-Desplats et ce qu'illustre parfaitement Clémentine Bacquet dans son analyse des fondements juridiques de l'*uberisation* de la société à travers les QPC VTC/Taxis. Parlant de QPC « stratégiques », elle explique comment, ceux qu'elle appelle les « justiciables-économiques » utilisent la procédure de la QPC de façon quasi systématique pour pallier le manque d'audace ou de cohérence du législateur en matière économique.

- mais aussi en dehors des cadres normatifs imposés par l'État

C'est la démonstration proposée par Véronique Champeil-Desplats, affirmant que « L'idée de « constitutionnalisation désétatisée » connaît un succès spécifique s'agissant des libertés économiques dans la mesure où les cadres normatifs imposés par l'État sont souvent pensés comme des obstacles à l'expansion de l'activité économique. À tout le moins s'agit-il de les déplacer pour promouvoir des formes de normativité estimées moins contraignantes »³¹.

L'auteure prend notamment l'exemple de l'UE et « l'affirmation de libertés fondamentales à objet économique au sein de ses Traités constitutifs, la consécration de leur primauté par la Cour de Justice de l'Union européenne confortée par la reconnaissance de la liberté d'entreprise à l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux », et démontre comment ce phénomène confirme le diagnostic d'un processus de constitutionnalisation en dehors de l'État³².

L'analyse jurisprudentielle s'est accompagnée de considérations directement rattachées au rôle du juge. C'est le second point saillant de ce colloque.

³¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Réflexions sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques », cette publication.

³² Pour une analyse approfondie, nous renvoyons à son texte, cette publication.

II. Des conflits de normes arbitrés par des juges « frileux » prisonniers d'une « logique d'efficacité du droit » ?

C'est non seulement la question du rôle du juge qui a été posée par les contributeurs (A) mais de façon plus inquiétante, c'est tout simplement sa légitimité qui a été contestée dans un système où il est permis de penser que « ce sont les notions d'utilité et d'efficacité économique [qui] occupent une place centrale dans le raisonnement économique et de façon induite dans les prescriptions qui en découlent tant pour le législateur que pour le juge »³³ (B).

A. Face à la crise économique, un juge résigné ?

C'est sans doute grâce à Julien Bonnet et à une analyse sans concession de la protection des droits sociaux par le Conseil constitutionnel, que la question du rôle du juge a été franchement amorcée. Qualifiant tour à tour, le juge constitutionnel de « juge accessoire », « seulement négatif », il conclut sur un juge « timoré » des droits sociaux constitutionnels, (idée d'ailleurs largement reprise par d'autres intervenants) et analyse cela comme « une zone d'ombre dans l'État de droit français »³⁴, les résignations passives des juges attirant moins le regard doctrinal que les créations actives. Sa conclusion est cependant moins pessimiste : « sauf à transformer la contrainte économique en nouveau jusnaturalisme incitant les juges à retenir leur office, la restriction de la portée normative des droits sociaux constitutionnels n'est pas une fatalité »...

Julien Bonnet est suivi sur ce terrain par d'autres contributeurs : Virginie Donier témoigne quant à elle de « la frilosité du Conseil d'État lorsqu'il s'agit de confronter la liberté d'entreprendre à la protection des droits sociaux, le juge administratif ayant tendance à se retrancher derrière l'action législative pour rejeter toute solution innovante »³⁵.

Le juge grec n'est manifestement pas plus protecteur face à la crise économique affirmant que la réduction des rémunérations, allocations et pensions de retraite de ceux qui travaillent dans la fonction publique, décidée par les lois, « ne sont manifestement pas inadéquates pour atteindre les buts poursuivis et ne sauraient être considérées comme non nécessaires, compte tenu par ailleurs du fait que l'appréciation du législateur quant aux mesures à prendre pour faire face à l'état critique des finances publiques n'est sujette qu'à un contrôle juridictionnel limité ».

Reste alors le juge constitutionnel allemand qui admet une limitation des libertés économiques au profit des économiquement faibles même si ce sont des entreprises et « Dans certains cas, la Cour constitutionnelle fédérale va même jusqu'à interpréter une liberté économique de telle façon qu'elle protège également les plus faibles »

Michel Fromont remarque d'ailleurs qu'« une constitution faisant la part aussi belle au libéralisme économique (à l'exception des articles 14 et 15) a été interprétée par le juge

³³ Voir F. MARTY, « Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'efficacité économique : Une application à la politique de la concurrence », cette publication.

³⁴ J. BONNET, « Les droits sociaux constitutionnels dans l'ombre de l'État de droit », cette publication.

³⁵ V. DONIER, « La conciliation entre libertés économiques et droits sociaux dans la jurisprudence administrative », cette publication.

comme garantissant un certain équilibre entre la volonté initiale de rétablir le libre fonctionnement du capitalisme privé après 12 ans de dictature et le souci de protéger les parties les moins favorisées de la population ».

B. Finalement, « Le juge est-il vraiment le meilleur garant des droits fondamentaux » en période de crise ?

C'est la question (sans doute provocatrice) que posait Christophe Maubernard, lors des débats. Et il faut bien avouer que le juge (quel qu'il soit !) n'a pas été ménagé par les différents contributeurs comme nous venons de le souligner.

« Indifférence passive », « timidité », « résignation », « juges timorés », « ambivalents »... les qualificatifs utilisés lors du colloque sont clairs... Il faut y ajouter un rôle politique qui a été largement relevé et commenté.

Frédéric Marty a ouvert le colloque en rappelant que pour certains juristes (dont Posner³⁶ aux Etats-Unis) « la décision du juge doit se baser sur un critère d'efficacité économique ». Dans cette conception, « faire de l'analyse économique la grammaire de la décision du juge ou de la production de la règle par le législateur conduit à orienter toutes les décisions et toutes les règles vers un objectif d'efficacité économique ». Evidemment Frédéric Marty nous a mis en garde sur la diversité des analyses économiques du droit mais, le sujet, traité du point de vue de l'économiste a permis de s'interroger différemment sur le rôle du juge.

A la fin des débats, Jean-Yves Chérot faisait remarquer que « face à la norme infernale, ni les juges nationaux, ni les juges européens ne pouvaient plus rien faire » ; qu'il y avait une « atteinte à l'État social, aux droits fondamentaux sociaux et personne (pas même le juge) ne pourrait s'y opposer ».

Soit... Alors faut-il³⁷ en déduire que les juges (notamment ceux de la CEDH) ont « fabriqué » ou du moins « laissé vivre » « l'homme rêvé par le marché » ? On pourrait le penser... Michel Bénichou, vice-président du Conseil des barreaux européens affirmait récemment : « L'économie est devenue le véritable moteur, le seul moteur de la mondialisation et l'Union européenne n'y échappe pas. Elle est en train d'oublier sa mission qui était de rester la gardienne des valeurs démocratiques. Elle devrait être la boussole morale de la planète, dépositaire d'un trésor infiniment périssable et fragile : les droits fondamentaux et leur effectivité. [...] »

Or, elle est en train de créer ses propres freins aux droits fondamentaux et à leur application. Au nom de la libre circulation des marchandises et des capitaux, on a renoncé à tout partage de valeurs communes. Il ne sert donc à rien, comme le faisait la Constitution de l'Union soviétique, de proclamer des droits, si leur caractère effectif n'est pas assuré et s'il est impossible pour les citoyens de recourir à la justice et donc aux professionnels du droit pour

³⁶ Richard Allen POSNER est actuellement juge à la Cour d'appel des États-Unis. Il est l'un des plus grands représentants du mouvement de l'analyse économique du droit qu'il a aidé à former à l'université de Chicago, où il est encore professeur à la Faculté de droit.

³⁷ Voir Bernard EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », précité, pp. 897-904.

les faire appliquer et respecter »³⁸. Et il rajoutait : « L'économie de marché s'est durcie et impose sa loi, loi qui n'a aucun lien avec les droits fondamentaux. La justice n'est pas épargnée et doit se soumettre à des économies. D'un désir de grandeur on est passé à une généralisation des restrictions, des restrictions à la fois juridiques et financières »³⁹.

Certes, si les intervenants n'étaient pas tous aussi pessimistes, les raisons de croire que le juge des droits de l'homme pourrait lutter seul contre les effets de la crise économique ont été petit à petit balayées. A partir de ce constat, se pose forcément, en creux, la question d'une possible « rupture du pacte républicain »⁴⁰. C'est du moins ce que la jurisprudence analysée, qui favorise la « protection des intérêts économiques en leur réservant un traitement juridique propre plus favorable »⁴¹ pourrait laisser penser...

Non seulement le plafond de verre existe mais il semble résistant... Sans doute est-ce l'enseignement le plus troublant de ce colloque ?

³⁸ Michel BÉNICHOU, « L'accès à la justice, un droit menacé », *Gazette du Palais*, 13 septembre 2014, n° 256, p. 9.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Voir F. ROLIN, « Le droit administratif est-il au service du Grand Capital », *AJDA*, 2016, p.921.

⁴¹ *Ibid.*