



La Charte, une constitution de la liberté économique des entreprises ? L'apport de la Charte à la protection des droits substantiels des entreprises

Éric Carpano

► To cite this version:

Éric Carpano. La Charte, une constitution de la liberté économique des entreprises ? L'apport de la Charte à la protection des droits substantiels des entreprises. *Revue des Affaires européennes/Law European & Affairs*, 2018, p. XXX. hal-02073731

HAL Id: hal-02073731

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-02073731>

Submitted on 10 Jan 2024

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

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

La Charte, une constitution de la liberté économique des entreprises ? L'apport de la Charte à la protection des droits substantiels des entreprises

Eric Carpano, Professeur de droit public, Université Jean Moulin – Lyon 3

Eric Carpano. La Charte, une constitution de la liberté économique des entreprises ? L'apport de la Charte à la protection des droits substantiels des entreprises. *Revue des Affaires européennes/Law European & Affairs*, 2018, p. XXX. [hal-02073731](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02073731)

Les opérateurs économiques, parmi lesquels l'entreprise¹ constitue la figure principale, sont *essentiellement* mus par une logique de profit qui les conduit à vouloir optimiser leur liberté économique² en réduisant les contraintes réglementaires, sociales et fiscales qui pèsent sur leur activité. Sur le plan contentieux, cette recherche d'optimisation économique peut passer par la contestation des réglementations nationales ou européennes susceptibles de gêner ou d'entraver cette liberté³. Les entreprises ont déjà trouvé dans les règles de libre circulation de l'Union européenne un puissant vecteur d'émancipation des cadres réglementaires nationaux grâce notamment à l'interprétation extensive qu'en a faite la Cour de justice⁴. Est-ce que la Charte des droits fondamentaux offre également aux entreprises des ressources normatives pour se libérer des contraintes réglementaires nationales et européennes ? En d'autres termes, peut-on dire que la Charte se présente comme une *constitution de la liberté économique* des entreprises ?

La question n'est pas totalement nouvelle. L'immixtion des droits fondamentaux dans le droit des affaires est un phénomène désormais largement documenté⁵. Ce serait notamment l'une des conséquences du processus de *fondamentalisation* et de *subjectivisation* du système juridique⁶ qui répond lui-même aux revendications individualistes des acteurs privés. Cette dynamique a été portée par un double mouvement de constitutionnalisation et d'eupéanisation des droits

¹ Nous retiendrons ici une définition stricte de l'entreprise afin d'exclure de son périmètre les personnes physiques (voir définition large de l'entreprise en droit européen de la concurrence, CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*, C-41/90, Rec. I-1979) pour tenir compte de la spécificité du droit de l'UE qui a pour un sujet principal une personne morale exerçant une activité économique (l'entreprise).

² Pour les besoins de la démonstration, nous nous en tiendrons à une conception classique et dominante de liberté économique telle qu'elle est utilisée et acceptée dans le débat public : la liberté économique c'est la liberté qu'ont les individus de produire et de vendre, de consommer et d'acheter, d'échanger, de donner, d'économiser ou de prêter sans contrainte publique ou privée. Cette conception de la liberté économique s'inscrit dans le champ de la pensée néo-libérale et conçoit la réglementation du marché comme une contrainte pour la liberté des opérateurs économiques. Voir, E. CARPANO, « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE », *Annuaire de droit européen* 2016, pp. 45-84.

³ E. CARPANO, « Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisation des échanges entre les Etats membres ou libéralisation de l'économie », *Revue Lamy de droit des affaires*, n°87, 2013, p. 54

⁴ E. CARPANO, « Retour critique ... », précité ; « La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur », *Revue de l'Union européenne*, n°616, mars 2018, p. 140.

⁵ R. DUMAS, *Essai du fondamentalisation du droit des affaires*, Paris, L'Harmattan, 2005, 543p. ; L. MILANO (dir.), *CEDH et droit de l'entreprise. L'influence des droits de l'homme dans les affaires*, coll. Droit et justice, vol. 113, Anthémis, 2016, 360p

⁶ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – Paris 1 », *RDLF*, 2011, chron. N°15.

dont les acteurs économiques ont su profiter pour *préserver et revendiquer* leurs liberté et autonomie d'action dans l'espace économique marchand. Les droits fondamentaux deviennent des ressources normatives que les entreprises peuvent opposer au législateur, à l'administration, aux organes de régulation, aux concurrents et même à leurs propres salariés⁷.

Pour en arriver là, il fallait d'abord accepter que l'entreprise-personne morale puisse disposer de droits fondamentaux. Cette question ne soulève (presque⁸) plus de débats aujourd'hui. Cela n'a pas toujours été le cas⁹. Les justifications de cette extension progressive des droits fondamentaux aux personnes morales sont nombreuses. Dans le contexte spécifique du droit de l'Union européenne, la reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes morales ne tient pas tant « à la considération de la réalisation de la promotion de (leur) objet social par l'entité, expression des libertés de ses fondateurs »¹⁰ qu'à une logique à la fois politique et pragmatique. Du point de vue politique, cette consécration répond à une logique libérale qui tend à consolider la liberté des opérateurs économiques dans une économie de marché. La question de leurs droits fondamentaux n'a que très peu à voir avec la « *part d'humanité* » de leur existence qui résulterait de leur objet social¹¹. De manière beaucoup plus pragmatique, les personnes morales se sont vues reconnaître des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union car il s'agissait des principaux sujets du droit de l'Union : le « *particulier* » sujet à part entière du droit communautaire dans l'arrêt *Van Gend en Loos* n'est pas tant une personne physique qu'une personne morale ; reconnaître des droits fondamentaux aux « *particuliers* » c'est d'abord reconnaître des droits fondamentaux aux personnes morales. Et sous ce point de vue, les principaux arrêts qui ont jalonné l'histoire de la construction du système des droits fondamentaux dans l'Union impliquaient tous des sociétés commerciales ! Pour le dire autrement et de manière plus radicale, l'entreprise est le bénéficiaire principal du système de protection des droits fondamentaux dans l'Union.

Cette affirmation est confirmée par l'examen du droit positif. D'abord, les textes, à commencer par le traité qui assimile les personnes morales aux personnes physiques s'agissant par exemple du bénéfice de la liberté d'établissement. Il en va de même de manière plus générale de la Charte des droits fondamentaux qui s'applique aux personnes physiques comme aux personnes morales, celle-ci n'opérant pas en principe de distinction entre ces deux types de sujets par le recours à l'expression neutre « toute personne »¹². S'il n'existe pas de clause équivalente à l'article 19§3 de la Loi fondamentale de Bonn, il faut considérer à l'instar de cette dernière que « les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales lorsque leur nature le

⁷ CJUE, GC, 14 mars 2017, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203

⁸ C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive », in *Mélanges en hommage à Breton André et Derrida Fernand*, Paris, Dalloz, 1991, p. 123. ; V. WESTER-OUISSE, « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP* 2009, I, 137 ; G. LOISEAU, « Des droits humains pour personnes non humaines », *D.* 2011 p. 2558 ; M. NICOLAS, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.* 2008, p. 205.

⁹ J. DABIN, *Les droits de l'homme et les personnes morales*, Bruxelles, Bruylant, 1970. Pour un aperçu du débat, M. NICOLAS, précité, p. 205 ; F. BERTRAND, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *R.D.P.*, n° 1-2008, p. 235

¹⁰ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ? », *RDLF* 2011, chron. n°15

¹¹ J. DABIN, précité, p. 146

¹² Certains droits sont plus explicitement reconnus aux travailleurs (art. 27, 29, 30, 31), employeurs (28), citoyens (art. 15, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46), consommateurs (art. 38). On relèvera toutefois que les articles 42 à 44 prennent soin de préciser que le droit d'accès aux documents (article 42), de saisir le médiateur (article 43) et le droit de pétition (article 44) sont ouverts à « toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre ».

permet ». Toute la question étant de savoir ce que permet leur nature et c'est là que l'objet fonctionnellement économique de l'intégration européenne peut avoir une incidence sur l'étendue des droits reconnus aux entreprises-personnes morales.

Ensuite, cette affirmation est confirmée par l'examen du contentieux des droits fondamentaux devant les juridictions européennes. Au cours des cinq dernières années, 80% des recours en annulation introduits devant la Cour de justice l'ont été par des sociétés commerciales. A la différence de la Convention européenne des droits de l'homme, les droits fondamentaux de l'Union européenne ne sont pas tant les droits fondamentaux de l'homme que les droits fondamentaux des opérateurs économiques¹³. Sur six-cent cinquante affaires (2013-2018) de la Cour de justice et du Tribunal impliquant une question d'application ou d'interprétation de la Charte, près des deux tiers concernaient les droits fondamentaux des personnes morales. Le seul contentieux de la concurrence (article 101 et 102 TFUE) représente plus de 20% du contentieux des droits fondamentaux. À titre de comparaison le contentieux des droits fondamentaux en matière d'espace de liberté, de sécurité et de justice ne représente que 10% du contentieux total des droits fondamentaux au cours de cette période.

Si l'on regarde de plus près maintenant le contentieux des droits fondamentaux des entreprises-personnes morales, on relèvera que l'essentiel de ce contentieux porte sur les droits procéduraux des entreprises. Dans près de 60% des cas, l'article 47 de la Charte relatif au droit à un recours effectif est invoqué à titre principal ou secondaire dans le contentieux des droits fondamentaux des personnes morales. Sous réserve d'une étude statistique plus précise, sur une période plus longue, on peut émettre l'hypothèse selon laquelle, le contentieux des droits fondamentaux dans l'Union européenne est majoritairement ***un contentieux des droits fondamentaux procéduraux des sociétés commerciales***.

La question de l'invocabilité de la Charte par les entreprises ne s'épuise pour autant pas dans celle des droits procéduraux. L'ensemble des droits consacrés par la Charte, pour autant qu'ils sont compatibles avec la nature des personnes morales, sont susceptibles de bénéficier aux sociétés commerciales. Si à l'évidence les sociétés commerciales ne peuvent, en raison de leur nature, se prévaloir d'une quelconque dignité, de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou du droit de se marier, certains droits pourtant attachés à une activité humaine leur sont applicables comme la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 10) ou la liberté d'expression (article 11)¹⁴.

Sensibles, ces questions n'en sont pas moins marginales au regard de la philosophie générale du processus d'intégration qui reste dominé par une logique libérale d'intégration garantissant aux opérateurs économiques une liberté d'action dans le cadre d'une économie de marché libre et non faussée. Ce sont donc ces droits fondamentaux dits « économiques », consacrés par la Charte, qui garantissent cette liberté qui feront ici l'objet de cette étude. Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que la liberté économique constituait un paradigme de la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation¹⁵. Dans le prolongement de cette enquête, la question serait donc ici de savoir si certaines dispositions substantielles de la charte garantissent également cette liberté économique, voire si elles sont susceptibles de servir de fer de lance à

¹³ Cela ne signifie pas que les opérateurs économiques ne disposent de droits tirés de la CEDH. Simplement, les sujets principaux du droit de la CEDH sont les individus-personnes physiques. Sur les entreprises, sujets du droit de la CEDH, voir L. MILANO (dir.), *précité*.

¹⁴ CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune distribution*, C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 (à propos de la « liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur »)

¹⁵ E. CARPANO, « Retour critique ... », *précité*

sa promotion: la Charte contient des dispositions de nature économique (I) susceptibles, du fait de leur articulation (II) et de leur interprétation, d'étendre ou de restreindre la liberté économique des entreprises (III).

I - IDENTIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX ECONOMIQUES DES ENTREPRISES DANS LA CHARTE

La discussion de la fondamentalité des droits et libertés économiques dans la Charte n'a pas eu lieu. Pourtant elle est loin d'être anodine en ce que « *cette qualité leur confère en effet une prétention à faire obstacle non plus seulement à l'action de l'Etat - conformément à une conception libérale très classique -, mais également à d'autres droits et libertés qui s'inscrivent dans la catégorie traditionnelle des droits de l'homme : dignité, non-discrimination, instruction, santé...* »¹⁶. La doctrine s'est aussi assez peu intéressée à la place des droits et libertés économiques dans la Charte, se focalisant davantage sur le statut des droits sociaux¹⁷. Ce manque d'intérêt ne saurait surprendre compte tenu de la dimension fondamentalement économique de l'intégration développée par l'extension du champ des libertés économiques consacrées par le traité. L'opérateur économique est historiquement le sujet principal du droit de l'Union européenne et bénéficie à ce titre d'un ensemble de droits et de protections. L'un des objectifs de la Charte était précisément de participer à la *reconstitutionnalisation* de l'Union autour de valeurs communes et de l'individu¹⁸ en renforçant « la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques »¹⁹. La Charte ne se départit pas pour autant de l'environnement fondamentalement économique de l'intégration européenne. On y trouve ainsi certaines dispositions ancrées dans la logique économique des traités à l'instar par exemple de l'article 36 de la Charte relatif aux services d'intérêt économique général ou à l'article 38 relatif à la protection des consommateurs. D'une manière générale, la plupart des droits consacrés dans la charte configurent un cadre d'action libéral permettant à l'opérateur économique d'être protégé dans ses choix et ses actions. L'État de droit est la figure juridique du libéralisme et permet de garantir tout à la fois le libéralisme politique et le libéralisme économique.

La Charte ne comporte pas qu'un arrière-plan économique. Certains droits spécifiquement économiques y sont également consacrés²⁰. Les articles 15 (liberté professionnelle et droit de travailler), 16 (liberté d'entreprise) et 17 (droit de propriété) constituent la colonne vertébrale économique de la Charte et le contrepoint des droits sociaux figurant sous le titre solidarité²¹. Toutefois, ils ne bénéficient ni de la même déférence constitutionnelle²², ni de la même intensité

¹⁶ V. **CHAMPEIL-DESPLATS**, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2007, pp.19-25, sp. 19.

¹⁷ Parmi une doctrine abondante, E. Dubout, *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. À propos de l'arrêt *Association de médiation sociale* (CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12), *RTD Eur.* 2014 p. 409

¹⁸ L. **BURGORGUE LARSEN**, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, n°5-6, 2004, pp. 663-690.

¹⁹ Préambule de la Charte.

²⁰ Nous distinguerons ici clairement les droits économiques des droits sociaux. Tandis que les premiers bénéficient à ceux qui disposent d'une liberté d'action et de décision sur le plan économique, les seconds bénéficient principalement aux personnes placées en état de dépendance économique. Ils n'ont ni les mêmes destinataires, ni la même portée, les droits sociaux bénéficiant le plus souvent, comme dans la charte, d'une justiciabilité limitée.

²¹ CJUE, 18 juillet 2013, *Mark Alemo Herron*, C-246/11 précité.

²² Les droits économiques sont placés sous le premier titre intitulé Dignité, alors que les droits sociaux figurent sous le quatrième titre « Solidarité ».

normative puisque les droits sociaux, à la différence des droits économiques, ne sont pas considérés comme des droits subjectifs mais comme des *principes* devant simplement être observés et dépourvus d'effet direct.

Selon les explications de la Charte, l'article 15 renvoie d'une part au principe de libre exercice d'une activité professionnelle consacré par la Cour de justice²³ mais également dans son §2 à la liberté de circulation des travailleurs (art. 45TFUE), à la liberté d'établissement (art. 49 TFUE) et à la libre prestation de services, et dans son §3 aux conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers dans l'Union (art. 153, §1, g)). Seule est ici visée la liberté professionnelle : les autres libertés économiques (libre circulation des marchandises et libre circulation des capitaux) ne sont pas abordées par la Charte. Cet article fait le lien entre les libertés de circulation économique garanties par le traité et les droits protégés par la Charte. Il existe sous ce point de vue une continuité entre les deux textes²⁴.

L'article 16 est la disposition économique la plus emblématique de la Charte. Elle reconnaît la liberté d'entreprise conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales. Sa consécration dans la Charte a soulevé de nombreuses interrogations quant à l'opportunité de sa reconnaissance, quant à son contenu et sa portée. Il faut dire que sa rédaction hésitante justifiait aisément celles-ci : si l'article 15 et l'article 17 confèrent à « toute personne » le droit de travailler, d'exercer une activité librement choisie et de jouir de la propriété de ses biens, l'article 16 se contente de « reconnaître » la liberté d'entreprise, qui plus est dans les limites prévues par les droits de l'Union et des Etats membres. Cette formulation est le résultat d'un compromis social-libéral, qui a tend à reconnaître la valeur de la liberté d'entreprendre dans l'ordre juridico-économique de l'UE mais sans en faire pour autant un droit absolu. Cette approche correspond à l'interprétation pré-charte de la liberté d'entreprise à laquelle d'ailleurs renvoie les explications de la Charte. Pourtant, la liberté d'entreprendre dispose d'une potentialité subversive redoutable à l'égard des réglementations étatiques qui viendrait empêcher, gêner voire tout simplement rendre moins attrayant l'exercice d'une activité économique dans l'UE. Les opérateurs économiques ne s'y sont pas trompés et y ont puisé des ressources pour contester ces réglementations entravantes. L'effet subversif de l'article 16 est donc étroitement lié à l'interprétation qui en est faite, interprétation reflétant inévitablement une certaine conception de l'ordre économique. Et sous ce point de vue, à l'instar du droit de propriété (article 17), l'article 16 contribue à forger un ordre constitutionnel économique.

II - AUTONOMIE ET COMPLEMENTARITE DES DROITS FONDAMENTAUX ECONOMIQUES

Ces différents droits fondamentaux économiques participent d'une même conception de l'ordre économique et de l'autonomie de l'opérateur économique dans une économie de marché. A cet égard, les articles 15 à 17 sont régulièrement invoqués de manière cumulative par les entreprises, la Cour elle-même n'hésitant pas à les appréhender de manière globale comme l'expression d'un même droit fondamental patrimonial²⁵. Plus explicite encore, la Cour de justice a longtemps considéré que la liberté professionnelle (art. 15) et la liberté d'entreprendre (art. 16) étaient l'expression d'un même principe. Si le droit de propriété a toujours été conçu de manière restrictive dans le contentieux européen des affaires (**B**), la Cour s'est engagée plus récemment dans un processus d'autonomisation de la liberté professionnelle vis-à-vis des autres

²³ Voir, entre autres, les arrêts CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold, Rec. p. 491, points 12 à 14; du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Hauer, Rec. p. 3727; du 8 octobre 1986, aff. 234/85, Keller, Rec. p. 2897, point 8.

²⁴ CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, C-390/12, pt. 60.

²⁵ CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, C-390/12, pt. 60.

libertés (A). Toutefois, ces droits fondamentaux économiques n'ont qu'une autonomie relative à l'égard des libertés fondamentales (de circulation) dans lesquelles ils semblent s'épuiser (C)

A. L'autonomisation du libre exercice d'une activité professionnelle

La Cour a pendant longtemps appréhendé de manière globale le « libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles »²⁶ en considérant que la liberté d'entreprendre « se confond avec le libre exercice d'une activité professionnelle »²⁷. L'avocat général Stix-Hackl considérait d'ailleurs à cet égard qu'entre la notion de liberté d'entreprise²⁸, de libre exercice du commerce²⁹, de libre exercice d'une activité professionnelle ou du libre exercice des activités économiques³⁰ il n'y avait qu'« une simple différence terminologique »³¹. Cette opinion était encore partagée en 2013 par l'avocat général Wahl selon lequel les dispositions des articles 15 et 16 « se chevauchent dans une large mesure en ce qu'elles ont toutes deux trait au droit des citoyens de l'UE de se lancer dans une activité économique et de l'exercer » de telle sorte qu'il n'était pas nécessaire de les distinguer³². Expression spécifique de la liberté économique, ce principe a ainsi été invoqué par les entreprises pour tenter de se libérer des contraintes réglementaires qui pèsent sur leur activité économique telles que la réglementation du temps de travail³³, l'interdiction de commercialiser les produits du tabac à usage oral³⁴, l'interdiction de détenir un type particulier de filet de pêche³⁵, l'obligation d'étiquetage de la volaille pour la vente au détail³⁶, des mesures limitant l'exercice d'activités d'importation de certaines substances appauvrissant la couche d'ozone³⁷, les contingents tarifaires en matière d'importation de bananes³⁸ ou encore le retrait de l'autorisation de commercialisation de certains additifs dans l'alimentation des animaux³⁹. L'invocation de ce principe s'inscrit donc dans une logique résolument économique et libérale orientée davantage vers la protection de la liberté économique des entreprises que vers la constitution d'un véritable droit au travail des personnes physiques. Sous ce point de vue, il participe à la définition de la constitution de la liberté économique des entreprises.

Cette interprétation du principe du libre exercice d'une activité professionnelle était pourtant sujette à critique notamment depuis l'entrée en vigueur de la Charte qui distingue clairement « le droit de travailler et d'exercer une activité librement choisie ou acceptée (article 15§1) de la liberté d'entreprise (article 16). A cet égard, l'économie générale de l'article était plutôt tournée vers la protection de l'activité professionnelle des personnes physiques. Certes le premier paragraphe de l'article 15 fait de « toute personne » le bénéficiaire du droit de travailler

²⁶ CJCE, 14 mai 1974, Nold KG c. Commission, aff. 4/73, ECLI :EU :C :1974 :51, Rec. p. 491.

²⁷ CJCE, 21 février 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest, C-143/88 et C-92/89, Rec. p. I-415, points 72 à 77 ; CJCE, 9 septembre 2004, Espagne / PE et Conseil et Finlande / Parlement européen et Conseil, aff. jtes C-184/02 et C-223/03/03, ECLI :EU :C :2004 :497, pt. 51.

²⁸ CJCE, 22 avril 1999, Kernkraftwerke Lippe-Ems/Commission, C-161/97 P, Rec. p. I-2057, point 101.

²⁹ CJCE, 14 mai 1974, Nold/Commission, 4/73, Rec. p. 491.

³⁰ Arrêt Zuckerfabrik, précité.

³¹ Concl. AG Stix-Hackl présentées le 30 mars 2004, *Espagne c PE et Conseil et Finlande c. Parlement européen et Conseil*, aff. jtes C-184/02 et C-223/03/03, ECLI :EU :C :2004 :194, pt105.

³² Concl. AG Wahl, présentées le 29 mai 2013, Schaipe, C-101/12, ECLI :EU :C :2013 :334, pt. 24 et 27.

³³ Concl. AG Stix-Hackl, précité.

³⁴ CJCE, 14 décembre 2004, The Queen, à la demande de: Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd contre Secretary of State for Health, C-210/03, ECLI:EU:C:2004:802

³⁵ CJCE, 13 novembre 1990, Marshall, aff. C370/88, ECLI :EU :C :1990 :392, pt. 28.

³⁶ CJUE, 30 juin 2016, Lidl GmbH&Co KG, C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498 pt 26.

³⁷ TPI, 22 mai 2007, Mebrom / Commission, T216/05, Rec. p. II-1503, pts. 87-88

³⁸ CJCE, 30 juin 2005, Alessandrini e.a. / Commisison, C-295/03P, Rec. p. I-5673, pts. 86-91.

³⁹ TPI, 11 septembre 2002, Pfizer Animal Health / Conseil, T-13/99, Rec. p. 3305.

et d'exercer une profession mais le deuxième paragraphe désigne « tout citoyen ou citoyenne de l'Union » et le troisième paragraphe des « ressortissants des pays tiers ». L'article 15 serait donc plutôt orienté vers la protection des personnes physiques et des questions telles que l'accès à l'emploi ainsi que le choix de la profession alors que l'article 16 de la Charte semble davantage orienté vers la protection de l'activité économique déjà existante en protégeant la liberté contractuelle, la libre concurrence, la liberté de fixer le prix d'un service et le droit de pouvoir librement disposer des ressources économiques, financières et techniques disponibles⁴⁰. C'est en ce sens que l'avocat général Bobek a proposé que l'article 15 ne bénéficie qu'aux personnes physiques alors que l'article 16 serait ouvert également aux personnes morales. Dans son arrêt Lidl du 30 juin 2016, la Cour semble avoir ouvert la voie à cette distinction. La société Lidl contestait la validité d'un règlement qui imposait une obligation d'étiquetage de la volaille pour la vente au détail en invoquant l'article 15§1 et l'article 16. La Cour considère que « l'obligation d'étiquetage ne limite pas la faculté dont disposent les personnes « d'exercer une profession librement choisie », au sens de l'article 15 de la Charte. En revanche, elle est susceptible de restreindre la liberté d'entreprise reconnue à l'article 16 de la Charte ». Pour la première fois, la Cour opère une distinction entre les deux dispositions plus conforme à leur philosophie générale⁴¹. La différenciation entre l'article 15 et l'article 16 est d'autant plus importante que la marge d'appréciation dont disposent les Etats pour restreindre une activité économique est plus large sous l'empire du régime de l'article 16 que de l'article 15.

B. La marginalisation du droit de propriété dans le contentieux économique

L'invocabilité du droit de propriété et de la liberté professionnelle et/ou la liberté d'entreprise est souvent cumulative. La Cour n'opère pas toujours de différenciation entre ces trois droits en les appréhendant de manière globale⁴². Selon une formule rituelle, la Cour considère sans les distinguer que « *la liberté d'entreprise et le droit de propriété, ne sont pas des prérogatives absolues et leur exercice peut faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union, à condition que de telles restrictions répondent effectivement auxdits objectifs d'intérêt général et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis* »⁴³. Toutefois, lorsque ces droits sont invoqués de manière cumulative par les entreprises pour se libérer de contraintes réglementaires commerciales, la Cour peut être amenée à délimiter plus précisément le champ de chacune de ces libertés. En général cette délimitation se fait au détriment du droit de propriété qui apparaît comme un droit subsidiaire par rapport au libre exercice d'une activité professionnelle d'une part et à la liberté d'entreprise d'autre part.

Dans l'affaire *Alliance for Natural Health*, la Cour était amenée à se prononcer sur la compatibilité avec le droit de propriété et le libre exercice d'une activité professionnelle d'une interdiction de commercialiser et de mettre sur le marché des compléments alimentaires non

⁴⁰ CJUE, 22 janvier 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28 ; 18 juillet 2013, Alemo-Herron e.a., C-426/11, EU:C:2013:521 ; 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192.

⁴¹ CJUE, 7 juillet 2016, Muladi, C-447/15, ECLI:EU:C:2016:533

⁴² CJCE, 15 février 1996, Duff, C-63/93, Rec. I-569 ; 28 avril 1998, Metronome Musik, C-200/96, Rec. I-1953.

⁴³ Pour un exemple récent, CJCE, GC, 28 mars 2017, PJSC Rosneft Oil Company contre Her Majesty's Treasury e.a, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236.

conformes à la directive 2002/46/CE⁴⁴. Si en l'espèce la Cour reconnaît que cette interdiction est susceptible de restreindre le libre exercice de l'activité professionnelle des fabricants de ces produits, elle estime en revanche que le droit de propriété des opérateurs n'est pas mis en cause par l'instauration d'une telle mesure dès lors qu'« aucun opérateur économique ne peut revendiquer un droit de propriété sur une part de marché, même s'il la détenait à un moment antérieur à l'instauration d'une mesure affectant ledit marché, une telle part de marché ne constituant qu'une position économique momentanée exposée aux aléas d'un changement de circonstances (...) Un opérateur économique ne saurait davantage faire valoir un droit acquis ou même une confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des actes pris par les institutions communautaires dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation (...) ». Cette prévalence des autres libertés économiques sur le droit de propriété dans le contentieux des affaires est confirmée par la jurisprudence la plus récente⁴⁵, y compris celle relative à l'article 16.

Dans l'affaire *Sky Österreich*, était contestée la compatibilité de l'article 15, paragraphe 6, de la directive 2010/13/UE⁴⁶ avec les droits fondamentaux protégés par les articles 16 et 17 de la Charte. Il s'agissait notamment de savoir si la limitation, par la directive, de la compensation financière de la fourniture de courts extraits relatifs à des événements présentant un grand intérêt pour le public aux frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès à ces courts extraits constituait ou non une atteinte justifiée à la liberté d'entreprise et au droit de propriété des organismes de radiodiffusion télévisuelle qui détiennent des droits exclusifs sur leur retransmission. Si la Cour considère que la liberté d'entreprise est bien affectée par ces restrictions contractuelles il n'en va pas de même du droit de propriété. Selon la Cour, la protection conférée par l'article 17 porte non pas sur de simples intérêts ou chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même des activités économiques, mais sur des droits ayant une valeur patrimoniale dont découle, eu égard à l'ordre juridique, une position juridique acquise permettant un exercice autonome de ces droits par et au profit de leur titulaire. En l'espèce, si les droits exclusifs conférés à titre onéreux par voie contractuelle ont bien une valeur patrimoniale en revanche ils ne constituent pas une position juridique acquise dès lors que l'entreprise en cause a acquis ces droits exclusifs par voie contractuelle postérieurement à l'entrée en vigueur de la directive 2007/65 qui limite l'exercice de ces droits⁴⁷. Cette conception restrictive du droit de propriété a été critiquée en ce qu'elle soumet l'étendue de la garantie de la propriété aux conditions et exigences de son acquisition. Sous ce point de vue, le champ de protection offert par l'article 17 de la Charte dans le cadre du contentieux des affaires paraît plus restreint que celui de la Cour EDH. Néanmoins, il convient de relativiser cette apparente différence précisément parce que les droits fondamentaux économiques des entreprises en droit de l'Union ne sont pas seulement garantis par le droit de propriété mais aussi notamment par les articles 15 et 16 de la Charte, dispositions qui n'ont pas d'équivalents dans la CEDH. Au final, la jurisprudence de la Cour EDH relative au droit de propriété dans le contentieux économique serait absorbée par l'interprétation cumulative des articles 15, 16 et 17 de la Charte⁴⁸.

⁴⁴ Directive 2002/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les compléments alimentaires, JO L 183, 12.7.2002, p. 51–57

⁴⁵ CJUE, GC, 14 octobre 2014, Giordano, C-611/12P, ECLI :EU :C :2014 :2282.

⁴⁶ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels), JO L 95, 15.4.2010, p. 1–24

⁴⁷ De même, la simple possibilité de pouvoir commercialiser des produits dérivés du phoque dans l'Union ne constitue pas une position juridique acquise.

⁴⁸ Voir F. WOLLENSCHLÄGER, « Article 17 (1) », in S. PEERS, T. hervey, J. KENNER & A. WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Hart Publishing, 2014.

C. Droits fondamentaux économiques et libertés fondamentales

La doctrine avait pu voir dans ces droits fondamentaux économiques des ressources normatives pour amplifier le champ d'application des libertés de circulation et pour accroître leur effet dérégulateur⁴⁹. La Cour n'a pas suivi pour le moment cette voie.

Lorsqu'une liberté fondamentale de circulation est applicable à titre principal, le moyen tiré de la violation des articles 15 à 17 s'épuise dans celui relatif à la libre circulation. Dans l'arrêt *Pfleger* – relatif à une réglementation autrichienne qui réservait aux opérateurs titulaires d'une concession l'organisation de jeux de hasard impliquant des machines à sous – la Cour a estimé qu'un « *examen de la restriction représentée par la réglementation nationale en cause au principal au titre de l'article 56 TFUE couvre également les éventuelles restrictions de l'exercice des droits et des libertés prévus aux articles 15 à 17 de la Charte de sorte qu'un examen séparé à ce titre n'est pas nécessaire* »⁵⁰. Pour la Cour, le contrôle de la réglementation autrichienne au regard des règles de la libre prestation de services serait identique au contrôle de cette même réglementation au regard de la liberté d'exercer une activité professionnelle (article 15 de la Charte), de la liberté d'entreprendre (article 16 de la Charte) ou du droit de propriété (article 17 de la Charte). Selon l'avocat général, auquel renvoie la Cour, « *les articles 15 à 17 de la Charte n'imposent pas, pour qu'une restriction à la libre prestation des services soit autorisée, le respect d'obligations plus importantes que ce qu'établit déjà la jurisprudence de la Cour s'agissant de l'article 56 TFUE* »⁵¹. En d'autres termes, les règles relatives à la protection des droits fondamentaux, telles qu'elles résultent des articles 15 à 17 de la Charte, ne sont pas plus protectrices que les règles relatives à la libre prestation de services consacrées par le traité. Ce serait le traité qui définirait et conditionnerait la portée de ces droits ainsi qu'il en résulterait des dispositions de la Charte elle-même dans son article 52, paragraphe 2. Le respect de l'article 16 coïncide donc avec le respect de l'article 56 TFUE. Conformément à l'arrêt *Sky Österreich*, « *cette liberté est respectée lorsqu'il est satisfait aux dispositions pertinentes du traité FUE compte tenu, notamment, de l'exigence de respecter le principe de proportionnalité en restreignant la libre prestation des services* »⁵². Dans son arrêt *Sokoll*, la Cour n'avait pas dit autre chose en considérant qu'« *afin de déterminer la portée de la liberté d'entreprise, [l'article 16] renvoie notamment [...] à l'article 49 TFUE, qui garantit l'exercice de la liberté fondamentale d'établissement* »⁵³. Sur la base de cette considération la Cour avait alors épuisé le moyen tiré de la violation de l'article 16 de la Charte sous l'article 49 TFUE⁵⁴. Il en résulte qu'une restriction à une liberté économique de circulation constitue également une restriction à l'article 16 de la Charte. Ces arrêts confirmeraient donc que l'article 16 de la Charte n'a, à tout le moins au regard des libertés de circulation, « *ni portée autonome (...), ni invocabilité cumulative* »⁵⁵.

Toutefois, ainsi que la Cour l'a rappelé dans les arrêts *Pfleger* et *AGET*, les raisons impérieuses d'intérêt général invoquées par l'État pour justifier une entrave à la libre circulation doivent être également compatibles avec la Charte et en particulier ici avec l'article 16 de la Charte.

⁴⁹ A. **USAIN** « The freedom to conduct business in the EU, its limitations and its role in the European legal order : a new engine for deeper and stronger economic, social and political integration », 14 *German L.J.* 1867.

⁵⁰ Arrêt *Pfleger* e.a., précité pt. 60.

⁵¹ Conclusions AG SHARPSTON présentées le 14 novembre 2013, *Pfleger* e.a., C-390/12, pt. 70.

⁵² Ibid, pt. 66.

⁵³ CJUE, 13 févr. 2014, Susanne Sokoll, aff. C-367/12, : commentaire E. Durand, RLDA n°93, sp70.

⁵⁴ En ce sens, E. **CARPANO**, « Applicabilité et application de la Charte des droits fondamentaux dans le marché intérieur », RLDA 2014/96, p. 65

⁵⁵ Selon l'expression d'Etienne Durand, précité, p. 70.

Dans ce cadre-là, le motif tiré de la violation de la Charte peut réinvestir en tant que tel l'évaluation du respect d'une liberté de circulation. Dans l'affaire *AGET*, que l'on peut comparer aux arrêts *Viking et Laval* par l'emprise des libertés économiques sur les droits sociaux qu'elle entérine⁵⁶, la Cour de justice était amenée à se prononcer sur la compatibilité, avec la liberté d'établissement et la libre d'entreprendre, d'une loi grecque – l'une des dernières lois en Europe de ce genre – qui permettait à l'administration du travail de s'opposer à un projet de licenciement collectif en raison des conditions du marché du travail, de la situation de l'entreprise et de l'intérêt de l'économie nationale. Après avoir constaté que cette législation constituait une entrave à la liberté d'établissement en ce qu'elle est « *de nature à rendre moins attrayant un accès au marché grec* », elle en étudie la justification qui doit également être compatible avec la Charte des droits fondamentaux et en l'espèce l'article 16. Si l'article 16 fait l'objet d'un examen détaillé par la Cour, c'est pour conclure *in fine* à l'équivalence du test de proportionnalité de la restriction opérée à l'article 49 CE sur le fondement de la théorie des raisons impérieuses générales et à l'article 16 sur le fondement de l'article 52§1 de la Charte. Pour la Cour, « *un régime de contrôle et d'opposition tel que celui mis en place par la réglementation en cause au principal méconnaît, à raison de ses modalités concrètes (...) l'article 49 TFUE. Par identité de motifs, une telle réglementation méconnaît également le principe de proportionnalité prévu à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte et, partant, l'article 16 de celle-ci* »⁵⁷.

III – ÉVALUATION DE LA MOBILISATION DES DROITS FONDAMENTAUX ECONOMIQUES PAR LES ENTREPRISES : L'EFFET EMANCIPATEUR EN QUESTION

Deux lignes jurisprudentielles peuvent être identifiées. La première, historique, plonge ses racines dans un *libéralisme intégré*⁵⁸, à partir de l'affaire *Nold*, caractérisé par une interprétation restrictive de la liberté économique des entreprises telle que garantie par ces droits fondamentaux économiques. Cette interprétation retenue de la liberté économique reste encore aujourd'hui dominante (A). Mais une seconde ligne jurisprudentielle se dessine, d'inspiration néo-libérale, remettant en cause cette conception historique de l'équilibre intérêt général/intérêt privé (B).

A. La doctrine *Nold* : un libéralisme intégré

La jurisprudence de la Cour sur les droits fondamentaux économiques de la Charte s'inscrit dans une continuité avec la précédente fondée sur les principes généraux à laquelle les *Explications* de la Charte renvoient. Autrement dit, la Charte n'était pas censée apporter pour les entreprises de profondes modifications quant à leurs droits fondamentaux économiques invocables puisque selon les *Explications* la liberté d'entreprendre (article 16), par exemple, « se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice ». Ce principe, tel que proclamé par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux, pouvait prétendre accéder au statut d'*economic due process clause* tant il est vrai que les principes qui lui sont associés renvoient à l'interprétation économique du *due process* de l'ère *Lochner*. Selon le contenu, l'étendue et l'intensité que l'on peut lui conférer, la liberté d'entreprise peut contribuer à garantir et entretenir une forme

⁵⁶ A. LYON-CAEN, « La langue de Luxembourg », *Revue de droit du travail*, 2017, n°1.

⁵⁷ Arrêt *AGET*, précité, pt. 103

⁵⁸ Le *libéralisme intégré* se présente comme un compromis de classe entre le capital et le travail, incarné par la social-démocratie et l'État providence, et qui a dominé l'organisation politico-économique des États occidentaux jusqu'à la fin des années 1970. La crise économique, l'échec des politiques publiques économiques et l'instrumentalisation des nouveaux idéaux de liberté ont favorisé la remise en cause de ce compromis et le tournant libéral des années 1980 caractérisé par une défiance à l'égard de l'interventionnisme public.

déterminée d'organisation économique et sociale. Les explications de la Charte entretenaient cette ambiguïté en indiquant que cet article était fondé sur la jurisprudence de la Cour relative à la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, sur la liberté contractuelle et sur le principe d'une concurrence libre qui, interprétés conjointement, lui conféraient une dimension résolument libérale⁵⁹.

Pourtant la formulation même du principe de la Charte incitait à une interprétation restrictive. Tandis que les dispositions sœurs des articles 15 (*Liberté professionnelle et droit de travailler*) et 17 (*droit de propriété*) disposent que « *Toute personne a le droit de...* », l'article 16 se contente de *reconnaître* la liberté d'entreprise. Le caractère relatif de cette liberté est confirmé par la fin de la phrase qui soumet sa reconnaissance et son exercice « *au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales* », et pose la question de son autonomie, tant à l'égard des autres libertés qu'à l'égard d'autres droits fondamentaux. La Cour en a tiré les conséquences en considérant, dans l'arrêt *Sky Österreich*, que « *eu égard au libellé de l'article 16 de la Charte, qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte, la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique* »⁶⁰. La Cour inscrit ainsi l'article 16 dans sa jurisprudence antérieure sur le principe de liberté d'entreprise où elle considérait que ce principe ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société ce qui autorise à lui apporter des restrictions à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis⁶¹.

Il faut remonter à l'arrêt *Nold* pour en comprendre la conception sous-jacente. Dans cette affaire était en cause une décision de la Commission destinée à rationaliser la distribution de charbon qui privait de facto la société Nold du droit de distribuer du charbon en tant que grossiste. La société Nold avait alors attaqué cette décision devant la Cour de justice au motif notamment qu'elle affectait son droit de propriété ainsi que son droit au libre exercice d'une activité professionnelle dans la mesure où ces mesures « *auraient pour effet, en l'éliminant de l'approvisionnement direct, de porter atteinte à la rentabilité de son entreprise et au libre déploiement des affaires de celle-ci, au point d'en compromettre l'existence* » (pt. 12). La Cour a rejeté cette argumentation au motif que « *si une protection est assurée au droit de propriété par l'ordre constitutionnel de tous les Etats membres et si des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles, les droits ainsi garantis, loin d'apparaître comme des prérogatives absolues, doivent être considérés en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés* ». Garantis ces droits ne sont pas absolus et peuvent être limités en fonction d'objectifs de politique publique. La Cour de justice fait clairement prévaloir l'intérêt général de la Communauté en l'espèce sur les intérêts particuliers des opérateurs économiques en considérant que ces garanties ne s'étendent pas à la « *la protection de simples intérêts ou chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même de l'activité économique* ». L'arrêt *Nold* est emblématique d'un libéralisme intégré conférant aux pouvoirs publics un pouvoir régulateur,

⁵⁹ X. GROUSSOT, G. THOR PÉTURSSON & J. PIERCE, « Weak Right, Strong Court - The freedom to conduct business and the EU Charter of Fundamental Rights », in . S. DOUGLAS-SCOTT & N. HATZIS (eds), *Research Handbook on EU human rights law*, Edward Elgar, 2014.

⁶⁰ CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, C-283/11, §. 47.

⁶¹ CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, C-154/04 et C-155/04, Rec. p. I-6451, pt 126.

qu'incarnait parfaitement la CECA. L'interprétation restrictive de la liberté d'entreprise va dominer la jurisprudence de la Cour jusqu'à l'arrêt *Alemo-Herron*.

C'est ainsi que la Cour a rejeté systématiquement les prétentions des entreprises fondées sur ces droits fondamentaux économiques en considérant par exemple que :

- les entreprises n'avaient pas de droits acquis au maintien d'un avantage dont elles ont joui à un moment donné⁶² ;
- une entreprise ne peut revendiquer un droit de propriété sur une part de marché qu'elle détenait à un moment antérieur à l'adoption de l'organisation commune des marchés⁶³ ;
- une réglementation imposant un certain type de filet à bord des navires de pêche, ne porte pas atteinte à la *substance du droit de pêche dès lors que la liberté de pêcher est maintenue s'il est fait usage de filets autorisés*⁶⁴ ;
- la standardisation des types de semences autorisées dans l'UE ne peut, au regard des buts poursuivis, être considérée comme portant une atteinte démesurée au droit à l'exercice d'une activité économique⁶⁵ ;
- une réglementation limitant les possibilités de publicité pour des boissons alcooliques, sur le tabac ou les cigarettes électroniques⁶⁶ répond à des préoccupations de santé publique justifiant une restriction à liberté professionnelle et à la liberté d'entreprise dès lors que le respect de ces libertés est toutefois assuré sur les aspects essentiels ;
- les restrictions d'étiquetage justifiées par des raisons de santé publique justifient les restrictions à la liberté d'entreprise⁶⁷.

Il est manifeste que tous les recours introduits contre les mesures de l'UE sur le fondement de la liberté d'entreprendre, de la liberté professionnelle ou du droit de propriété ont été rejetés par la Cour de justice. La Cour reconnaît en la matière aux institutions de l'UE un large pouvoir d'appréciation quant au choix et à l'intensité de leur intervention⁶⁸. La liberté d'entreprise mais plus encore le droit de propriété ont été conçus à l'intérieur d'un cadre réglementaire contraignant pour son titulaire, la Cour ne souhaitant pas remettre en cause les choix intégrationnistes des institutions de l'UE⁶⁹. Le raisonnement de la Cour porte toujours sur les objectifs poursuivis par l'Union et non sur l'étendue de la liberté économique de l'entreprise qui l'invoque pour autant que la substance même de ce droit ne soit pas atteinte de manière « démesurée et intolérable »⁷⁰. Le contrôle opéré par la Cour est un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Il en va différemment lorsqu'il n'existe pas de réglementation européenne et où dans ce cas la Cour n'évalue pas les intérêts généraux en présence. Par exemple, dans l'affaire Espagne contre Commission, la Cour constate « *que le droit des parties de modifier les contrats qu'elles ont conclus repose sur le principe de la liberté contractuelle et ne saurait, dès lors, être limité en l'absence d'une réglementation communautaire instaurant*

⁶² CJCE, 27 septembre 1979, SpA Eridania-Zuccherifici nazionali e.a., Aff230/78, Rec. 216; CJCE, 21 mai 1987, Walter Rau (Beurre de Berlin), 133 à 136/85, Rec. p. 2289.

⁶³ CJCE, 30 juin 2005, Alessandrini e.a., C-154/04 et C-155/04, Rec. I-5673 ; CJCE, 9 septembre 2008, FIAMM e.a., C-120/06, Rec. I-6513.

⁶⁴ CJCE, 13 novembre 1990, *Marshall*, C-370/88, Rec.p. I-4071.

⁶⁵ CJUE, 12 juillet 2012, *Association Kokopelli*, C-59/11, CLI:EU:C:2012:447.

⁶⁶ CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38*, C-477/14.

⁶⁷ CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune distribution*, C-157/14.

⁶⁸ C. HERRESTHAL « Constitutionalisation of Freedom of Contract law », in K. ZIEGLER and HUBER, *Current problems in protection of Human rights*, Hart, 2013, p.112 ; A. USAI, précité p. 1867.

⁶⁹ N. BERNARD, « Article 17-1. Droit de propriété », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 381.

⁷⁰ CJCE, 28 avril 1998, *Metronome Musik*, C-200/96, Rec. p. I-1953.

des restrictions spécifiques à cet égard »⁷¹. On peut résumer cela de la manière suivante : lorsque le droit de l'Union restreint l'exercice d'une activité économique, aucun droit ou liberté fondamentale ne permet d'échapper à cette restriction ; lorsque le droit de l'Union autorise (ou ne se prononce pas) sur l'exercice d'une activité économique, l'opérateur économique dispose d'une pleine liberté d'action protégée par sa liberté économique. De manière simpliste on peut dire alors que la liberté de l'opérateur économique telle que garantie par la Charte consiste à faire ce que le droit européen l'autorise à faire et ne peut être soumis à l'arbitraire dans son action⁷².

B. La dynamique libérale de la Charte

Le tournant libéral européen a été amorcé dans les années 1970 avec les arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon* qui ont introduit une dynamique dérégulatoire portée par l'interdiction des entraves non-discriminatoires et du principe de reconnaissance mutuelle. Dans le cadre de cette logique d'intégration négative exacerbée, l'intervention publique devient suspecte et les Etats sont désormais contraints de justifier leur intervention régulatoire. Pourtant, même dans cette logique de libéralisation, la Cour de justice a toujours préservé une certaine forme d'autonomie sociale des Etats en opérant un contrôle limité des choix de politique publique comme dans les arrêts *Conforama*, *Rush Portuguesa* ou *Albany International*. Cette approche contenue de la sphère sociale va voler en éclat avec les arrêts *Viking* et *Laval* qui ouvrent une nouvelle période dite « néolibérale »⁷³ où les législations sociales ne sont plus immunisées contre les logiques de marché (*marché total*⁷⁴). Les droits de grève et de négociation collective ne sont plus vus seulement comme des droits mais aussi comme des pouvoirs qui peuvent limiter l'exercice d'une liberté économique fondamentale et qui doivent donc être contrôlés strictement. La Cour de justice rééquilibre au profit de l'employeur les termes du conflit et le renforce dans sa position en obligeant le syndicat à prendre en compte le droit de l'employeur de bénéficier pleinement des opportunités économiques offertes par les libertés économiques de circulation. Les droits fondamentaux économiques des entreprises n'ont pas échappé à cette évolution de la jurisprudence de la Cour. Elles ont trouvé dans la Charte le moyen de préserver leur autonomie et leur liberté économique tant à l'encontre des autres opérateurs privés (1), qu'à l'encontre des réglementations nationales (2).

1) L'opposabilité horizontale des droits fondamentaux économiques

Une disposition de la Charte est susceptible d'être invoquée dans un litige horizontal à l'encontre d'une autre partie privée pour autant qu'elle « *se suffit à elle-même pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel dans un litige qui les oppose dans un domaine couvert par le droit de l'Union* »⁷⁵. Pour les entreprises cela signifie qu'elles peuvent se prévaloir de leur liberté économique garantie par la Charte à l'encontre d'autres opérateurs privés. Si l'effet horizontal des articles 15, 16 et 17 de la Charte n'a pas encore été

⁷¹ CJCE, 5 octobre 1999, Royaume d'Espagne / Commission, C-240/97 Rec. p. I-6571.

⁷² En ce sens, E. GIL-PEDRO, « Freedom to conduct business in EU : Freedom from interference or freedom from domination », 9 Eur. J. Legal. Stud. 119 (2017).

⁷³ S. GIUBBONI, « Freedom to conduct a business and EU labour law », European constitutional law review, 14, 2018, p. 179.

⁷⁴ E. CHRISTODOULIDIS, « The ECJ and the « Total market » thinking », 14 (10), *German law Journal*, 2013, p. 2006.

⁷⁵ CJUE, 17 avril 2018, *Vera Egenberger / Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

explicitement consacré par la Cour, en revanche celle-ci pu faire prévaloir ces dispositions dans des configurations horizontales dans lesquelles étaient opposées d'autres dispositions fondamentales de la Charte.

Dans une série d'affaires (*Scarlet Extended*⁷⁶, *SABBAM/Netlog*⁷⁷ et *Tobbias Mac Fadden*⁷⁸) impliquant la protection des droits de propriété intellectuelle dans la société de l'information, la Cour va faire prévaloir le principe de la liberté d'entreprise sur d'autres droits économiques dans le double objectif de protéger les droits individuels et de réguler la société de l'information. Dans l'affaire *Scarlet Extended*, la SABAM, une société de gestion qui représente les auteurs, les compositeurs et les éditeurs d'œuvres musicales, avait introduit un recours devant les juridictions internes demandant au tribunal d'enjoindre la société *Scarlet Extended* (Fournisseur d'accès à internet) de mettre en place un système de filtrage des communications électroniques au moyen de logiciels d'échange d'archives (dits «peer-to-peer»), afin d'empêcher l'échange des fichiers portant atteinte aux droits d'auteur. La directive 2000/31/CE interdisait aux autorités nationales d'imposer une obligation générale aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) de contrôler et d'enregistrer les informations transmises sur son réseau. Le juge national a donc demandé à la Cour si une telle injonction allait à l'encontre de cette interdiction. La Cour estime que « *l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux doit être considérée comme ne respectant pas l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et, d'autre part, celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les FAI* »⁷⁹. Pour la Cour, le droit de propriété intellectuelle ne peut pas aller jusqu'à imposer aux FAI une charge telle que l'obligation de divulguer les données personnelles de leurs utilisateurs. Certes la directive 2004/48/CE dont l'interprétation était demandée prévoyait dans son article 3 que les procédures pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle « *ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses* » de telle sorte que le juge était nécessairement conduit à en apprécier le respect. Toutefois, il est particulièrement significatif que la Cour ait décidé d'évaluer la mesure en cause au regard de l'article 16 de la Charte alors que la juridiction de renvoi avait limité sa demande à la confrontation du respect des droits de propriété intellectuelle avec le droit à la protection des données personnelles. La Cour a donc déplacé une partie du débat sur le terrain de la liberté d'entreprise. Le débat ne concerne pas simplement le niveau de protection des données personnelles qu'il convient d'accorder mais aussi le rôle de l'autonomie privée dans ce contexte, à savoir dans quelle mesure un opérateur économique privé peut se voir imposer et être responsable d'objectifs de politique régulatoire sur le marché de la société de l'information. En protégeant l'autonomie des FAI, la Cour parvient également à protéger les données personnelles. Cette affaire est particulièrement révélatrice car elle place l'autonomie économique individuelle garantie par l'article 16 au cœur de la régulation du marché, en l'espèce ici le marché de la société de l'information⁸⁰. La balance entre les droits de propriété intellectuelle et la liberté d'entreprise, dans un conflit entre deux personnes privées, revient *de facto* et *de jure* à ériger la liberté d'entreprise en « quasi-droit subjectif »⁸¹. L'article 16 peut ainsi se présenter comme une garantie de la sphère d'autonomie individuelle des opérateurs

⁷⁶ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10.

⁷⁷ CJUE 16 février 2012, *SABAM c/ Netlog*, aff. C-360/10.

⁷⁸ CJUE, 15 septembre 2016, *Tobbias Mc Fadden*, C-484/14.

⁷⁹ Arrêt *Scarlet* précité, pt. 49.

⁸⁰ G. COMPARATO, « Private autonomy and regulation in the EU case-law », in Hans-W. MICKLITZ, YANE SVETIEV, Guido Comparato, European Regulatory Private Law – The Paradigms Tested, EUI Working papers (2014), p. 17.

⁸¹ En ce sens, M. EVERSON & R. CORREIA GONÇALVES, « Article 16 – Freedom to conduct a business », in PEERS, HARVEY, KENNER AND WARD (eds), *The EU Charter of fundamental rights : A commentary*, Hart, 2014, p. 453.

économiques, susceptible d'être invoqué dans des litiges entre personnes privées⁸² à l'encontre des mesures nationales de mise en œuvre du droit de l'UE⁸³ mais aussi pour l'interprétation du droit dérivé de l'UE⁸⁴ ou pour en apprécier la validité⁸⁵. L'article 16 apparaît pour les personnes privées, comme un instrument d'émancipation, dans le cadre de litiges horizontaux, à l'encontre des mesures qui restreignent leur autonomie personnelle en matière économique dès lors qu'elles entrent dans le champ d'application du droit de l'Union.

On retrouve cette confrontation de la liberté d'entreprise avec d'autres droits fondamentaux dans l'affaire *Achbita*. Au nom d'une politique de neutralité⁸⁶, une entreprise avait licencié une de ses salariées « *en raison de sa volonté persistante de porter, en tant que musulmane, le foulard islamique sur son lieu de travail* ». La Cour va estimer qu'il pourrait s'agir ici d'une discrimination indirecte si l'apparence de neutralité aboutit « *en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion donnée* » (§34). Mais alors que le moyen n'était pas invoqué par le juge de renvoi, pas plus qu'il n'y avait été fait référence par les parties dans leurs observations, la Cour examine la possible justification de cette discrimination indirecte au regard de la liberté d'entreprise. Pour la Cour, le « *souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte, et revêt, en principe, un caractère légitime, notamment lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur* ». La mobilisation de l'article 16 pour justifier la légitimité d'une politique de neutralité peut surprendre⁸⁷. Il convient de rappeler qu'un objectif purement économique, commercial ou financier ne saurait constituer un objectif légitime susceptible de justifier une discrimination⁸⁸. Or tel était bien au fond l'intérêt en jeu : l'entreprise s'attache à une politique de neutralité pour maximiser ses potentialités économiques dans ses relations avec ses clients. Le détour par un droit fondamental, la liberté d'entreprise telle que reconnue par la Charte, permet de contourner l'obstacle et de « *fondamentaliser* » l'objectif poursuivi. Emerge ainsi un conflit entre la liberté de religion et la liberté d'entreprise que la Cour traite de manière indirecte avec le support de la Cour EDH en affirmant simplement que « *l'interprétation selon laquelle la poursuite d'un tel objectif permet, dans certaines limites, d'apporter une restriction à la liberté de religion est d'ailleurs corroborée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 9 de la CEDH (arrêt de la Cour EDH du 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, point 94).* ». La motivation de la Cour est lapidaire et interroge au regard de la jurisprudence traditionnelle de la Cour relative à l'article 16. Nous l'avons vu, l'article 16, comme les autres droits fondamentaux économiques, peuvent faire l'objet de restrictions importantes, la Cour ne les sanctionnant que lorsque la substance même du droit invoqué est remise en cause. Or en l'espèce, la Cour ne justifie pas en

⁸² R. **BABAYEV**, « Private autonomy at Union level : on article 16 CFREU and Free movement rights », *CMLR*, 53, 2016, p. 979-1006 ;

⁸³ Arrêt *Tobias Mc Fadden*, précité.

⁸⁴ Arrêt *Scarlet* précité ; CJUE, 18 juillet 2013, *Mark Alema Herron*, C-246/11.

⁸⁵ CJUE, 12 juillet 2012. *Association Kokopelli*, C-159/11 ; 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH*, C-283/11 ; 30 juin 2016, *Lidl GmbH & Co. KG*, C-134/15.

⁸⁶ Le règlement intérieur de l'entreprise qui n'est entré en vigueur qu'après le licenciement de la salariée en question interdisait aux salariés « de porter sur le lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses ou d'accomplir tout rite qui en découle ».

⁸⁷ D. **MARTIN**, « Cachez ce voile que je ne saurais voir ! L'interdiction de discrimination fondée sur la religion vue par la CJUE », *Droit social*, n°4, avril 2018, sp. 319.

⁸⁸ Par exemple, CJUE, 18 mars 2014, *Internal Jet Management*, C-628/11, ECLI:EU:C:2014:171 (discrimination fondée sur la nationalité) ; CJCE, 4 octobre 2001, *Tele Danmark AS*, C-109/00, ECLI:EU:C:2001:513 (discrimination fondée sur le sexe).

quoi l'interdiction de la discrimination fondée sur les signes religieux serait, pour reprendre la jurisprudence traditionnelle de la Cour, « *susceptible de porter atteinte à la substance même de la liberté d'entreprise* »⁸⁹. En revanche, cette valorisation de la liberté d'entreprise emporte une conséquence fondamentale : aux droits fondamentaux des salariés, la Cour préfère, par le jeu de la liberté d'entreprise, faire prévaloir l'intérêt économique de l'entreprise dans ses relations avec ses clients, l'employé ne retrouvant sa liberté vestimentaire que lorsqu'il n'est pas en contact avec des clients.

2) L'opposabilité des droits fondamentaux économiques à l'encontre des réglementations sociales nationales

L'arrêt *Mark Alemo Herron* marque une évolution plus importante encore dans la portée libérale des dispositions économiques de la Charte. Il ne s'agit plus de garantir la liberté d'entreprise dans le cadre des lois existantes, mais de la garantir en elle-même à l'encontre de certaines contraintes réglementaires qui en opéreraient la restriction⁹⁰. C'est dans le domaine social que cette prévalence de la liberté d'entreprendre a été affirmée par la Cour.

Dans l'affaire *Mark Alemo-Herron*, la Cour a mis en balance la protection des travailleurs et le droit des employeurs dans le cadre de l'interprétation de la directive sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises. Etait ici en cause la question de savoir si le droit de l'Union s'opposait à ce qu'un État membre puisse exiger d'un employeur privé reprenant les salariés d'un employeur public de se conformer aux accords collectifs applicables au secteur public, stipulés dans le contrat de travail initial, sans avoir de voix à la table des négociations. L'avocat général avait proposé de renvoyer au juge national le soin de décider s'il y avait là une atteinte à la liberté d'entreprise. La Cour ne l'a pas suivi et a considéré que dès lors que le cessionnaire n'a aucune possibilité de participer à l'organisme de négociation collective, il n'a la faculté ni de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel ni de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique. Par conséquent, la Cour estime qu'il y a là une violation de la liberté contractuelle de l'employeur d'une manière qui porte atteinte à la substance même de la liberté d'entreprise⁹¹.

Cette solution a soulevé un nombre important de critiques jusqu'à être comparée à l'arrêt *Lochner* de la Cour suprême⁹². En effet, l'interprétation retenue par la Cour de justice exacerbe la liberté contractuelle de l'employeur et va à l'encontre tant du droit interne que du droit européen. La common law reconnaissait, comme le rappelait le juge de renvoi, la possibilité pour un employeur d'être limité dans sa liberté contractuelle par un accord collectif auquel il n'est pas parti ou dans lequel il n'est pas représenté. De même, la directive ne limitait pas la possibilité pour les États membres d'accorder plus de droits aux travailleurs en cas de transfert d'entreprises. La directive avait pour but de « protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits » et de réduire les

⁸⁹ CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor eG*, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, pt.58.

⁹⁰ D. **LECZYKIEWICZ** « Horizontal effect of fundamental rights : in search of social justice or private autonomy in EU law ? », in U. **BERNITZ**, X. **GROUSSOT** and F. **SCHULYOK** (eds.), *General principles of EU law and European Private law*, Kluwer Law International, 2013, p. 172.

⁹¹ CJUE, 18 juillet 2013, *Mark Alemo Herron*, C-246/11

⁹² En se ce sens par exemple, S. **GUIBBONI**, « Freedom to conduct a business and EU labor law », *European Constitutional Law Review*, 14 : 172-190, 2018.

« différences (qui) subsistent dans les États membres en ce qui concerne la portée de la protection des travailleurs dans ce domaine ». La configuration *Alemo-Herron* se distinguait ainsi de l'affaire *Scarlet Extended* ou de l'affaire *Laval* dans laquelle la mesure nationale allait à l'encontre d'une disposition ou d'un objectif de la directive. Pour arriver à une telle interprétation la Cour a procédé à une réinterprétation de la directive transfert d'entreprises à la lumière de l'article 16 en élevant l'intérêt de l'entreprise au niveau de celui des travailleurs par l'entremise de la liberté d'entreprendre⁹³. Tandis que la directive avait été adoptée en vue de garantir les droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise la Cour considère qu'il faut « assurer un juste équilibre entre les intérêts (des travailleurs), d'une part, et ceux du cessionnaire, d'autre part » (§25). Pour la Cour, le cessionnaire doit être en mesure de procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité, en procédant le cas échéant à des modifications contractuelles avec ses employés. La liberté contractuelle de l'employeur doit donc être mise en balance avec les droits des travailleurs. L'article 16 permet ainsi ici une réinterprétation libérale de la directive favorable à l'employeur, directive conçue pourtant à l'origine pour protéger les droits des travailleurs⁹⁴.

Il en va de même dans l'arrêt *AGET Iraklis*⁹⁵ où la Cour a fait prévaloir de la même manière la liberté d'entreprise telle qu'appréhendée dans le cadre de la liberté d'établissement sur les exigences de protection de l'emploi imposées par la loi grecque en matière de licenciement collectif. Toutefois, le raisonnement est différent en ce qu'il se fonde non seulement à titre principal sur la liberté d'établissement mais également à titre secondaire sur une interprétation différente de la violation de l'article 16 de la Charte. Tandis que dans l'affaire *Mark Alemo-Herron*, la Cour avait considéré qu'il y avait une atteinte à la substance même de la liberté d'entreprise, dans l'arrêt *AGET* elle estime que si l'autorisation administrative de licenciements collectifs prévue par la loi grecque constitue « une limitation à l'exercice de la liberté d'entreprise consacrée à l'article 16 de la Charte » en revanche la législation grecque n'empêche pas par « *sa nature même, toute possibilité pour les entreprises de procéder à des licenciements collectifs, dès lors qu'(elle) vise uniquement à encadrer une telle possibilité. Partant, il ne saurait être considéré qu'un tel régime affecte le contenu essentiel de la liberté d'entreprise* »⁹⁶. Néanmoins, ce régime d'encadrement des licenciements collectifs qui permet à l'administration du travail de s'opposer à un projet de licenciement collectif en raison des conditions du marché du travail et de la situation de l'entreprise est disproportionné du fait de la trop grande généralité et imprécision des critères d'appréciation.

Conclusion

La Charte ne constitue pas une *constitution de la liberté économique* des entreprises, mais porte en elle une dynamique émancipatrice que la Cour de justice a exploitée dans certaines configurations normatives spécifiques. Pour l'essentiel, les dispositions économiques fondamentales de la Charte (articles 15, 16 et 17) sont interprétées de manière restrictive par la Cour de justice, celle-ci ne les sanctionnant que lorsque la substance même de ces droits est affectée. L'intérêt général de l'Union l'emporte toujours sur les droits économiques individuels (*doctrine Nold*) ; seules des réglementations nationales ont été jugées incompatibles avec ces droits économiques fondamentaux (*AGET*, *Mark Alemo-Herron*). A cet égard, il n'est pas

⁹³ J. PRASSL, « Freedom of contract as a general principle of EU law ? Transfer of undertakings and the protection of employer rights in EU labor Law », 42, *Industrial Law Journal*, 2013, p. 434.

⁹⁴ Voir également CJUE, 27 avril 2017, Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH / Ivan Felja et Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH / Vittoria Graf, C-680/15 et C-681/15, ECLI:EU:C:2017:317.

⁹⁵ CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15.

⁹⁶ Ibid, pt. 88.

anodin que ce soient les réglementations sociales des Etats membres qui ont été mises à l'épreuve de la liberté économique, la Cour poursuivant la voie ouverte par les arrêts *Viking* et *Laval*. Cette dynamique libérale se manifeste également quant à l'extension du champ d'opposabilité de ces dispositions dont les entreprises peuvent se prévaloir dans des litiges entre personnes privées (*Scarlet Extended*, *Tobbias Mac Fadden*), y compris à l'encontre d'autres droits fondamentaux (*Achtiba*). Ces affaires confirment que certaines dispositions de la Charte, notamment l'article 16, portent en elles des ressources dérégulatrices et émancipatrices pour les opérateurs économiques qu'une interprétation dogmatique peut exacerber. A cet égard, la Cour gagnerait à se souvenir des mises en garde du juge Holmes dans l'affaire *Lochner* à propos de la clause du *Due process of law* : « *Le Quatorzième Amendement n'est pas une mise en œuvre des Social Statics de M. Herbert Spencer (...). Une constitution n'est pas conçue pour incorporer une théorie économique particulière, qu'il s'agisse du paternalisme, de l'organicisme politique ou du laisser-faire* »⁹⁷.

⁹⁷ *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905) p. 75.