



HAL
open science

La concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Guylain Clamour

► **To cite this version:**

Guylain Clamour. La concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. VIème congrès de l'Association française de droit constitutionnel, AFDC, Jun 2005, Montpellier, France. hal-01737339

HAL Id: hal-01737339

<https://hal.umontpellier.fr/hal-01737339v1>

Submitted on 5 Mar 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 « CONCURRENCE » DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Guylain CLAMOUR

Parmi la « *fédération de principes à caractère économique* »¹, la jurisprudence constitutionnelle française s'attache principalement à défendre le droit de propriété, la liberté contractuelle ainsi et surtout que la liberté d'entreprendre. De l'omniprésence de cette dernière dans le contentieux constitutionnel économique, la doctrine infère souvent que le « principe de libre concurrence » serait, pour l'heure, ignoré de la part des juges de la loi. Selon une présentation courante dans les manuels de droit public économique, la liberté du commerce et de l'industrie se décomposerait en effet en deux branches, la liberté d'entreprendre et la libre concurrence². Pour d'autres auteurs, liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie seraient synonymes³, alors que d'autres, épaulés par une formulation récente du juge administratif⁴, voient en la liberté d'entreprendre le principe premier duquel découleraient, comme autant de poupées gigognes, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté professionnelle et la liberté de la concurrence...⁵

2. S'il faut assurément distinguer, après Véronique Delvolvé, la liberté d'entreprendre des autres libertés économiques⁶, la question du sens et de la valeur constitutionnels de la « liberté de la concurrence » mérite encore d'être posée. Mais la tâche serait vaine si l'on ne prenait pas la peine de préciser ce que l'on entend par « principe de libre concurrence ». Appréhender l'idée de « concurrence » dans la jurisprudence constitutionnelle n'a de sens, en effet, que si l'on prend soin, non seulement de ne pas la confondre avec la liberté d'entreprendre ou les exigences de transparence et de mise en concurrence, mais aussi et surtout d'en caractériser *a priori* le sens afin de déterminer positivement comment se situent les juges de la rue

¹ M. GUIBAL, « Commerce et industrie », *Rép. com. Dalloz*, 2003, n°55. Dans le même sens, cf. U. BERNITZ, « Harmonisation et coordination de la législation du marché. La notion de droit du marché », *RTD Com* 1971. 1

² En ce sens, cf. not. J.-PH. COLSON, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, p. 65 s.

³ cf. not. M. PEDAMON, « La liberté d'entreprendre et l'intervention des autorités publiques », *RJC* 1983, n° spé. - J.-M. RAINAUD, R. CHRISTINI (dir.) *Droit Public de la concurrence*, Paris, Economica, coll. « Science et Droit Administratifs » 1987 - G. ORSONI, *L'administration de l'économie*, Paris, LGDJ, « Systèmes », 1995 - J. KERNINON, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2^{ème} éd., 1994 - *Droit public économique*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 118,

⁴ CE Ord., 12 nov. 2001, *Cne de Montreuil-Bellay*, DA 2002, n°41, note Lombard : « la liberté du commerce et de l'industrie qui est une composante de la liberté fondamentale d'entreprendre » :

⁵ En ce sens cf. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 105 s. Adde J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, coll. « Corpus droit public », 1^{ère} éd., 2002, qui retient cette présentation pour la discuter (pp. 43-48)

⁶ V. DELVOLVÉ, *La liberté d'entreprendre*, thèse dactylographiée, Paris II, 2002, pp. 388 s.

Montpensier. L'analyse ne peut être menée à bien que si l'on précise d'emblée les deux versants de ce concept « trompeur »⁷ de libre concurrence.

3. Les règles du droit français de la concurrence « sont nées principalement de deux contradictions incluses dans le principe de liberté de la concurrence. La première concerne les rapports qui existent entre ce principe et un facteur économique essentiel : celui de la clientèle »⁸. Elle a donné naissance notamment à la théorie de la concurrence déloyale et peut se regrouper dans l'idée de *dimension subjective* du droit de la concurrence qui regroupe l'ensemble des règles qui offrent des droits subjectifs aux concurrents en reconnaissant la licéité du dommage concurrentiel et protègent ces mêmes concurrents, dans leur intérêt, contre la concurrence abusive, déloyale ou inégale des autres concurrents. La seconde contradiction, explique le professeur Yves SERRA « réside dans l'influence de la liberté de la concurrence sur l'existence même de la concurrence »⁹. En effet, « l'exercice de la concurrence détermine souvent des effets sur son existence car l'organisation spontanée ou imposée de l'exercice individuel de la concurrence rejaillit sur le niveau global de la concurrence sur le marché »¹⁰. Promouvoir un principe de libre concurrence c'est donc enregistrer que « la concurrence porte en elle-même sa propre destruction ; [que] la concurrence tue la concurrence »¹¹ et qu'il est alors de l'intérêt général de préserver les structures concurrentielles¹², de protéger le marché contre le jeu des libertés économiques. Cette dimension objective du droit de la concurrence, relevant d'un droit antitrust composé de « deux éléments, le droit des pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations, qui ont au moins une caractéristique en commun : les pratiques visées ne sont condamnables que pour autant qu'elles affectent le fonctionnement de la concurrence sur un marché, même si aucun concurrent ne s'en plaint »¹³, procède de la « la "grande transformation" qui s'est produite dans l'imaginaire libéral : l'intervention de l'Etat est perçue comme indispensable pour maintenir l'économie de marché »¹⁴.

4. Bref, parler de « concurrence » dans une perspective juridique¹⁵ c'est à la fois défendre des libertés économiques, des droits subjectifs des concurrents, mais aussi et surtout ne pas se contenter du libre jeu microéconomique permis par la reconnaissance et la garantie de ces libertés et préserver, positivement, un intérêt objectivé, le *marché*. En vérité, c'est dans cette fonction objective, par opposition ou par complémentarité avec les libertés économiques, que

⁷ CL. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, Paris, PUF, « Thémis Droit privé », 2001, p. 19

⁸ Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1993, p. 2

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 6 (souligné dans le texte)

¹¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, Paris, A. Collin « U », 3^{ème} éd., 2004, n°1. Adde N. LUHMANN, « Capitalisme et utopie », *APD* 1997, *Le privé et le public*, t. 41, p. 483

¹² L. IDOT, « La liberté de concurrence en France », *LPA* 23 mars 2000, n°59, p. 8

¹³ J.-M. COT, J.-P. DE LA LAURENCIE, *Le contrôle français des concentrations*, Paris, LGDJ, « Droit des affaires », 3^{ème} éd., 2003, p. 15, n° 12. (souligné dans le texte)

¹⁴ J. CHEVALLIER, « Etat et ordre concurrentiel, Rapport introductif », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, éd. Frison-Roche, 2003, p. 32. Adde A. ISRAEL, « L'Etat, garant du futur de l'économie de marché », *RFAP*, 1992, n°61, p. 139

¹⁵ Sur la conception juridique de la concurrence, cf. CH. BABUSIAUX, « L'évolution des conceptions de la concurrence et les pouvoirs publics », *RCC* 1995, n° 86, p. 53 - CL. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, Fasc. 30, 1991, n°12 - R. PRIEUR, « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché », *RTD com.* 1960, p. 521 - Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, *op. cit.*, p. 2 - M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », t. 363, 2002, n°3 et pp. 90 s.

doit être comprise aujourd'hui l'invocation du « principe de libre concurrence » en jurisprudence administrative¹⁶.

5. Envisager la « concurrence » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est donc s'interroger non seulement sur la protection, par les juges de la loi, des libertés économiques mais aussi sur la situation de ces libertés dans un cadre économique global. Déterminer si, au-delà du versant subjectif de la concurrence, les juges constitutionnels prennent en considération son versant objectif.

6. Pour ce faire, il faut noter d'emblée qu'à la différence de l'Italie, de l'Espagne ou de l'Allemagne, les textes constitutionnels français n'organisent ni ne structurent véritablement le système économique national. Si nulle « constitution économique » n'en découle au sens formel du terme¹⁷, « le droit constitutionnel français implique une profonde philosophie économique, mais celle-ci est exprimée de façon négative. C'est ce que l'on peut exprimer par la notion de **neutralité économique de la Constitution** »¹⁸. Dès lors, les juges de la rue Montpensier ne semblent guère armés pour se saisir de la dimension objective de la concurrence et c'est sans grand étonnement que l'on peut relever, avec le professeur Jean-Yves Chérot, que « le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de dire si la liberté d'entreprendre devait comporter, au-delà des obligations d'abstention de l'Etat, une obligation d'intervention pour protéger la concurrence sur le marché »¹⁹. Son appréhension de la concurrence est donc nécessairement univoque, exaltant les libertés économiques tout en minimisant les principes « socialisants » de 1946. Déjà ambiguë sur ce point, la jurisprudence constitutionnelle montre avec une certaine équivoque que le juge de la loi comprend pourtant le versant objectif de la concurrence à l'occasion de l'examen des objectifs du législateur. De ce contraste entre connaissance et utilisation, se dessine une jurisprudence économiquement libérale dont la légitimité s'avère problématique.

¹⁶ cf. CE, 1^{er} avril 1998, *Union hospitalière privée et fédération des établissements d'hospitalisation privée* : Rec. 114 ; RJDA 1998, n°1301 ; MTPB 17 juill. 1998, n°4938, p. 31, note Delacour ; RFDA 1998. 665 ; RDSS 1998. 816, concl. Bonichot – CE, 5 oct. 1998, *Fédération française des pompes funèbres et Association Force ouvrière consommateurs* : Rec. 350 ; RJDA 1999, n° 479. Adde TA Lyon, 13 déc. 2001, *Préfet de la Région Rhône-Alpes* : BJCP 2002. 25 ; ACCP 2002, n°12, p. 57, note Granjon - CE Sect., avis contx., 8 nov. 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants* : BJCP 2001. 118, concl. Bergeal, obs. Maugüé ; RFDA 2001. 112, concl. ; AJDA 2000. 987, chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001. 58, note Degoffé et Dreyfus ; CMP 2001, n°2, com. Eckert ; CTI janv. 2001, comm. Célérier ; DA 2001, n°4, chr. Laidié ; LPA 21 fév. 2001, n°37, p. 11, note Charbit. - CE, 27 juillet 2001, *CAMIF* : BJCP 2001. 497, concl. Bergeal, et note Schwartz ; ACCP 2001, n°5, p. 7, note Nicinski. – CE, 24 sept. 2003, *CAMIF*, req. n° 240604 - CAA Paris, 20 oct. 1998, *Mme Laille*, req. n°95PA03597 – TA Paris, 12 déc. 2001, *Féd. nat. habillement nouveauté et accessoires* : AJDA 2002. 456, note Cassin - CE, 8 déc. 2000, *Union syndicale géotechnique*, req. n° 81799 - Sect., 30 avril 2003, *Synd. prof. des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement* : JCP G 2003, IV, 2849, obs. Rouault ; DA 2003, n°123, obs. Bazex et Blazy ; AJDA 2003. 1150, chr. Donnat et Casas ; ACCP 2003, n°24, p. 71, note Richer ; CMP 2003, n° 125, obs. Delacour ; Dr. soc. 2003. 999, note Antonmattéi et Destours ; RJDA 2003, n° 782 ; RJS 2003, n° 1043 ; BJCP 2004. 39, concl. Stahl

¹⁷ Le professeur Sabino CASSESE définit formellement la « constitution économique » comme l'ensemble des dispositions constitutionnelles se rapportant à l'économie (S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, Bari, Laterza, 1995, pp. 3 s.).

¹⁸ H. RABAULT, « La constitution économique de la France », RFDC 2000, n° 44, p. 709 (souligné dans le texte). L'auteur rappelle que le concept de « neutralité de la constitution économique » est emprunté au droit constitutionnel allemand. Adde M. M. MOHAMED SALAH, « Constitution et droit économique », *Rec. cours de l'académie internationale de droit constitutionnel*, vol. 9, p. 131 - J.-J. SUEUR, « Le Conseil constitutionnel et le droit économique », *RID éco.* mars 1991, p. 271

¹⁹ J.-Y. CHEROT, *Droit public économique, op. cit.*, p. 47

I - UNE APPREHENSION UNIVOQUE DE LA CONCURRENCE

7. Dans la mise en œuvre des règles et principes à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel français ne retient simplement que l'aspect inter-individuel de la concurrence. En effet, non seulement le principe de la liberté d'entreprendre ne reflète que la dimension subjective de la concurrence mais la jurisprudence repose de surcroît sur une vision économique souvent simpliste qui fait du Conseil une des dernières hautes juridictions à ignorer l'analyse économique pourtant consubstantielle à la dimension objective de la concurrence.

A. L'EXCLUSIVITE DE LA DIMENSION SUBJECTIVE DE LA CONCURRENCE

8. Droit de propriété, liberté d'entreprendre, mais aussi liberté contractuelle constituent des droits et libertés économiques fondamentaux dont la valeur constitutionnelle a pu être posée par le Conseil constitutionnel. Depuis les premières décisions en matière de libertés économiques, mêlant d'ailleurs étroitement la liberté d'entreprendre au droit de propriété²⁰, « le juge constitutionnel a insisté sur la base libérale primitive du système concurrentiel »²¹. Il a ainsi érigé la liberté d'entreprendre au rang de principe à valeur constitutionnelle²², afin de garantir le droit d'accéder à un marché et le droit d'y exercer une concurrence. Concrètement, la liberté d'entreprendre suppose la liberté de créer une entreprise, notamment en choisissant l'objet comme la structure de son entreprise, celle de gérer une entreprise en choisissant les collaborateurs, en dirigeant les employés ou en licenciant les salariés, celle de gérer le capital de l'entreprise²³. La jurisprudence constitutionnelle entend donc garantir les droits et libertés des concurrents. Elle cantonne son appréhension de la concurrence à la liberté d'entreprendre comme « sœur de la liberté politique »²⁴ tant, il est vrai, que la « liberté économique va de pair avec les libertés politiques » ainsi que le disait le Doyen VEDEL²⁵. D'un point de vue concurrentiel, cette protection des libertés correspond au « petit » droit²⁶ ou « micro » droit²⁷ de la concurrence, entendu comme droit *des* concurrents.

²⁰ Sur la genèse du principe constitutionnel de liberté d'entreprendre et sur ses liens avec le droit de propriété, cf. V. Delvolvé, *La liberté d'entreprendre*, thèse préc., pp. 44 s. et 179 s.

²¹ H. RABAULT, « La constitution économique de la France », art. préc., p. 738

²² Sur la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre cf. not. CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982 : *Rec.* 18 ; *GDCC* n°31 – déc. n° 82-141 DC du 2 juill. 1982 : *Rec.* 48 – déc. n° 82-150 DC du 30 déc. 1982 : *Rec.* 86 – déc. n° 84-172 DC du 26 juill. 1984 : *Rec.* 58 - déc. n° 84-181 DC du 11 oct. 1984 : *Rec.* 78 – déc. n° 85-200 DC du 16 janv. 1986 : *Rec.* 9 - déc. n° 89-254 du 4 juillet 1989, *Rec.* 41 – déc. n° 89-268 DC du 29 déc. 1986 : *Rec.* 110 – déc. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990 : *Rec.* 33 – déc. n° 90-283 DC du 8 janv. 1991 : *Rec.* 11 - déc. n° 91-287 du 16 janvier 1991, *Rec.* 24 - déc. n° 92-316 DC du 13 janvier 1993, *Rec.* 14 – déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994 : *Rec.* 117 – déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997 : *Rec.* 31- déc. n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 : *Rec.* 121

²³ Pour une présentation complète, assortie des références jurisprudentielles, de l'ensemble des droits découlant de la liberté d'entreprendre, cf. V. Delvolvé, *La liberté d'entreprendre*, thèse préc., pp. 217 s.

²⁴ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1946, p. 292. Adde A. BIENAYME, *Principes de concurrence*, Paris, Economica, 1998, p. 300

²⁵ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, Dalloz, 1949, p. 29. Adde H. BURSTIN, « la loi Le Chapelier et la conjoncture révolutionnaire », in A. PLESSIS (dir.), *Naissance des libertés économiques. Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, Paris, Institut d'histoire de l'Industrie, éd. P.A.U., 1992, p. 63 - J.-J. SUEUR, « Les conceptions économiques des membres de la Constituante », *RDP* 1989. 785.

²⁶ J.-CL. FOURGOUX, « Inutilité du droit interne de la concurrence », *RJ Com.*, 1989. 145.

²⁷ CH. E GUDIN, « L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France – Les orientations de la Commission en matière de concurrence », *RJ com.* 1987, n° spé. p. 72

9. Un tel socle constitutionnel bénéficie d'une consolidation considérable depuis la fin des années quatre-vingt-dix. D'abord, les juges de la rue Montpensier ont opéré un rattachement systématique et direct de la liberté d'entreprendre à la liberté en général proclamée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Alors qu'en parallèle s'installait une reconnaissance progressive de la liberté contractuelle, elle aussi fondée sur le même article 4²⁸, l'an 2000 fut le théâtre des premières annulations pour violation de la liberté d'entreprendre²⁹ et d'une référence expresse à l'exigence de proportionnalité dans les limitations fondées sur l'intérêt général.

10. Ainsi que le relevait Jean-Eric Schœttl « *l'encadrement de l'exercice des droits et libertés économiques est, en France comme ailleurs, une des terres d'élection de la notion d'intérêt général en droit constitutionnel* »³⁰. En effet, selon une formulation classique, le juge constitutionnel considère qu'il « *est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* »³¹ en utilisant la notion d'intérêt général pour cerner les objectifs poursuivis par le législateur afin de contrôler les restrictions apportées à l'exercice des libertés économiques³². Dans le cadre de ce contrôle, il n'entend pas se substituer au législateur pour apprécier le bien fondé de l'intérêt général invoqué, mais s'emploie à vérifier l'absence d'« *erreur manifeste* »³³ selon un contrôle de proportionnalité de plus en plus fin³⁴ qui substitue l'exigence de proportionnalité au simple contrôle de la dénaturation³⁵. Par sa référence à l'intérêt général, le Conseil constitutionnel confirme son appréhension très classique de la concurrence, comme dimension subjective ou droit des concurrents que les « lois de police », disait le décret d'Allarde, ou l'ordre public, puis les exigences d'intérêt économique conduisent à restreindre³⁶.

²⁸ cf. CC, déc. n°98-41 DC du 10 juin 1998 : *Rec.* 258 - déc. n°98-402 DC du 25 juin 1998 : *Rec.* 269 - déc. n° 99-423 DC du 13 janv. 2000 : *Rec.* 33 - déc. n°2000-437 du 19 déc. 2000 : *Rec.* 190 - déc. n°2001-451 DC du 27 nov. 2001 : *Rec.* 145 - déc. n° 2002-462 DC du 13 janv. 2003 : *Rec.* 372. Sur l'étendue de cette constitutionnalisation, cf. not. J.-Y. CHEROT, *Droit public économique, op. cit.*, n° 11. Pour une analyse minorative, cf. CH. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2004, n° 189 s.

²⁹ cf. CC, déc. n° 99-423 DC du 13 janv. 2000 : *Rec.* 33 - déc. n° 2000-436 DC du 7 déc. 2000 : *Rec.* 176 - déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002 : *JORF* 18 janv. 2002, p. 1053

³⁰ J.-E. SCHÖETTL, « Intérêt général et constitution », *EDCE* n°50, Paris, La doc. fr, 1999, p. 380

³¹ CC, déc. n°98-401 DC du 10 juin 1998 : *Rec.* 458 - déc. n° 2000-433 DC du 27 juill. 2000, préc. - déc. n° 2000-439 DC du 16 janv. 2001 : *Rec.* 42 - déc. n°2001-451 DC du 27 nov. 2001 : *Rec.* 147. Pour la formulation antérieure (« *la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue ; [...] il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* »), cf. CC, déc. n°89-254 DC du 4 juill. 1989 : *Rec.* 41 - déc. n° 90-283 DC du 8 janv. 1991, préc. - déc. n° 91-287 DC du 16 janv. 1991, préc. - déc. n°92-316 DC du 20 janv. 1993, préc. - déc. n°97-388 DC du 20 mars 1997 : *Rec.* 31

³² cf. not. G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, « Bibl. constit. et de sce politique », t. 121, 2004 - M. MOLINER-DUBOST, « La liberté d'entreprendre. Brèves réflexions sur une "nébuleuse" juridique », *CJEG* 2004. 7

³³ cf. e.g. CC, déc. n° 81-132 du 16 janv. 1982, préc. - déc. n°2001-451 DC du 27 nov. 2001, préc.

³⁴ cf. M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 1993, n°13, p. 57 - R. GRANIER, « La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 2004. 470-471 - B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, « Manuel », 2002, p. 500 - G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit.*, pp. 384-445.

³⁵ Selon le nouveau standard issu de la décision n° 200-433 DC du 27 juillet 2000 précitée. Cf. la contribution de PH. TERNEYRE in G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 15

³⁶ cf. J. HEMARD, « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1950, t. 2, p. 341 - PH. MALAURIE,

11. Toutefois, une certaine hésitation a pu poindre quant à la pérennité de cette fonction constitutionnelle de la notion d'intérêt général avec la décision 2001-455 du 12 janvier 2002 dont le considérant pertinent a effacé toute référence à « *l'intérêt général* » dans la justification des limitations apportées à la liberté d'entreprendre, pour ne conserver que les « *exigences constitutionnelles* »³⁷. Intervenant à la suite d'une autre décision supprimant elle aussi toute référence à l'intérêt général dans le cadre des limitations au droit de propriété³⁸, cette nouvelle formulation exprime peut-être une évolution jurisprudentielle désormais ouvertement soucieuse d'assurer une protection maximale des bases individuelles de l'économie de marché en faisant de la liberté d'entreprendre un « *principe sentinelle* »³⁹. Mais une telle évolution, guère souhaitable au demeurant, ne semble pas avoir été confirmée par le Conseil dont une décision récente a réintroduit la conciliation de la liberté d'entreprendre avec l'intérêt général posé par le législateur⁴⁰.

12. Protégeant la concurrence entendue subjectivement et très classiquement comme droits des concurrents, le Conseil constitutionnel adopte dans nombre de ses jurisprudences une vision économique tout aussi classique voire simpliste qui souligne son indifférence à la dimension objective de la concurrence

B. LA SIMPLICITE ECONOMIQUE DES JURISPRUDENCES

13. Dans « *les parties les plus traditionnelles du droit de la concurrence le concept unitaire et simple des juristes l'emporte* » sur celui bien plus complexe des sciences économiques⁴¹. Ce jugement du professeur Claude Champaud, à propos des règles du « petit » droit de la concurrence, vaut également pour la jurisprudence du Conseil constitutionnel dont les solutions semblent « *héritées du droit des marchands et des corporations formulés par le droit commercial du XIX^e siècle, [et] correspond[re] à des situations concurrentielles de boutiquiers marquées par leur caractère parcellaire, leur portée individuelle et leur coloration morale. Dans ces hypothèses, poursuit l'auteur, le modèle économique de référence du droit est celui d'une concurrence atomistique géographiquement limitée, théoriquement claire et techniquement simple* »⁴².

14. Simple, simpliste, voire orienté, tel est aussi le modèle économique mis en œuvre par les juges de la rue Montpensier à propos de notions constitutionnelles dont la filiation économique est patente et dont l'acception contemporaine s'est largement complexifiée par ailleurs. Tel est le cas du « monopole ». Et notamment du « monopole de fait » du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution d'octobre 1946 qui constitue indéniablement une

« La notion d'ordre public économique », RCC n°83 1995, p. 48 - F. RIPERT, *La liberté du commerce et le pouvoir de police du maire*, Paris, Dalloz, 1936 - R. SAVATIER, « L'ordre public économique », D. 1965, chr. 37 - M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, Paris, PUF, 2001 -

³⁷ CC, déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, préc.

³⁸ CC, déc. 98-403 DC du 29 juillet 1998 : Rec. 276

³⁹ Sur la notion de « principe sentinelle », cf. B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 431. Adde B. GENVOIS, *La jurisprudence constitutionnelle : principes directeurs*, Paris, STH, 1988, n° 343

⁴⁰ cf. CC, déc. n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004

⁴¹ CL. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », fasc. préc., n°12

⁴² *Ibid.*

disposition centrale du droit public économique tant elle « *légitime l'intervention économique de l'Etat* »⁴³.

15. Que ce soit dans la jurisprudence administrative, assez sibylline⁴⁴, ou dans la jurisprudence constitutionnelle, assez « *insaisissable* »⁴⁵, la notion de « monopole de fait » ne brille ainsi ni par sa clarté ni par sa cohérence. En effet, apparaissant comme un concept économique, la notion de monopole devrait appeler une analyse en termes de marchés, plus précisément de marchés pertinents appréhendés autour de la substituabilité des produits ou services. Or, s'il emploie bien l'expression de « *marché* »⁴⁶, le Conseil constitutionnel en retient une conception rudimentaire détachée de toute segmentation au profit d'une référence à un « *marché global, indifférencié* »⁴⁷. Plus encore, le Haut Conseil sape toute possibilité d'analyse économique en excluant à la fois les positions privilégiées détenues « *momentanément* »⁴⁸ et celles ne représentant qu'une partie de l'activité de l'entreprise en cause⁴⁹. Pour le professeur Jean-Yves CHEROT, le jugement à porter sur une telle jurisprudence est sans appel : « *du point de vue de l'analyse économique, c'est un non sens* »⁵⁰. Il faut donc se résoudre à constater, résume le professeur Martine LOMBARD, que « *la notion de "monopole de fait" n'est pas, pour le juge constitutionnel, une notion économique identique ou même seulement similaire à celle qui est, par exemple, couramment utilisée dans les analyses de droit de la concurrence, malgré ce que pouvait laisser entendre le terme de "marché" utilisé par celui-ci. Pour le Conseil constitutionnel, il ne s'agit semble-t-il que d'apprécier le poids de telle ou telle entreprise par rapport à l'ensemble du secteur économique environnant, dans une démarche plus sociologique et politique qu'économique* »⁵¹. Mais, comme la logique politique reste également difficile à cerner, la portée de cet aspect de l'alinéa demeure plus qu'incertaine.

16. Pourtant, l'on pourrait aujourd'hui redonner tout son éclat au neuvième alinéa du Préambule de 1946. Suivant en cela les lignes directrices posées par le professeur Martine LOMBARD dans sa contribution précitée aux *Mélanges Moderne*, l'on pourrait appréhender le monopole de fait en termes de monopole naturel en soulignant que les infrastructures non « *duplicables* » des industries de réseaux, ces fameuses « *infrastructures* » ou « *facilités essentielles* » du droit de la concurrence, sont susceptibles de constituer des monopoles de fait. Et, qu'à ce titre, ce sont elles qui doivent être protégées du jeu marché par une appropriation collective afin, notamment que les personnes publiques puissent assurer, dans l'intérêt général, l'accès des tiers aux réseaux. Une telle proposition de lecture de l'alinéa 9,

⁴³ J.-J. ISRAEL, « Commentaire de l'alinéa 9 », in G. CONNAC, X. PRETOT, G. TEBOUL, *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2001, p. 221

⁴⁴ cf. CE Ass., 30 juin 1995, *Union des syndicats CGT de la caisse des dépôts et consignations* : Rec. 276 ; LPA 1996, n° 20, p. 13, concl. Bonichot – 15 janv. 1997, *Comité d'entreprises de la COFACE* : Rec. 17 ; JCP G 1997 IV 208, obs. Rouault. Il faut préciser que le Conseil d'Etat a pu avoir à connaître de la notion de « monopole de fait » parce que les dispositions de l'alinéa 9 ont été reprises par l'article 20 de la loi n°86-912 du 6 août 1986 comme limite aux privatisations faisant l'objet d'une autorisation administrative

⁴⁵ M. LOMBARD, « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 678

⁴⁶ cf. CC, déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, préc.

⁴⁷ N. THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op. cit., p. 401

⁴⁸ CC, déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, préc.

⁴⁹ *Ibid.* et, surtout, déc. n°87-232 DC du 7 janv. 1988, préc.

⁵⁰ J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, op. cit., n° 30, p. 64

⁵¹ M. LOMBARD, « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, op. cit., p. 681

encore ignorée par la jurisprudence constitutionnelle, aurait de surcroît l'avantage de prolonger la jurisprudence récente qui, sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, confère une primauté au droit communautaire sous la réserve de « *dispositions expresses de la Constitution* ». Or, l'alinéa 9 du Préambule de 1946 ne peut constituer une disposition expresse que pour autant que l'on veuille bien en préciser le sens. À l'heure actuelle, on l'a suffisamment souligné, l'interprétation de ce texte reste pathologiquement insaisissable, du moins pour ce qui concerne le « monopole de fait ». Dès lors, puisqu'une interprétation s'impose, autant qu'elle soit conforme au droit communautaire. La considération affichée du Conseil constitutionnel pour le droit communautaire induit même, nous semble-t-il, une telle interprétation conforme qui ne serait pas moins défavorable aux intérêts défendus par l'alinéa 9 qu'une interprétation lacunaire. À ce titre, il semble bien que les lignes directrices dégagées par le professeur Martine LOMBARD soient en parfaite cohérence avec la logique du droit communautaire⁵². En effet, voir dans les infrastructures de réseaux un monopole de fait est parfaitement conforme tant à l'idée d'infrastructures essentielles qui prévaut en droit de la concurrence, qu'aux directives de libéralisation sectorielles qui s'évertuent à séparer les fonctions d'opérateur et de gestionnaire du réseau, en toute indifférence quant au régime de propriété et qui n'exigent la concurrence dans le réseau que pour assurer l'accès aux tiers et non pour en libéraliser la gestion.

17. Quelles que soient les potentialités d'une telle interprétation du monopole de fait, force est de constater, pour l'heure, l'absolue timidité du juge constitutionnel. Même si l'on peut relever qu'à l'occasion de l'examen de la loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières⁵³ le Haut conseil a admis que soit confiée la fonction de gestionnaire du réseau de transport (GRT) à une société de droit privé à capital public⁵⁴ peut-être justement (mais c'est implicite) en raison de cette propriété publique, il ne faut pas moins souligner à la fois le peu de considération des juges de la Rue Montpensier à l'égard de la notion de « monopole de fait » dans l'application de l'alinéa 9 et le caractère exagérément laconique des motifs. En effet, alors que le moyen tiré de l'atteinte à l'alinéa 9 était expressément formulé par les auteurs de la saisine concernant le « monopole de fait », le Conseil constitutionnel s'est dispensé purement et simplement d'y répondre se contentant d'une formule habituelle sur le seul terrain du « service public national »⁵⁵. On le voit, s'il faut espérer un sens et un quelconque impact du « monopole de fait » de l'alinéa 9, ce n'est malheureusement pas devant le Conseil constitutionnel qu'il faut se tourner... D'autant que « *l'obligation pour le Parlement d'opérer des nationalisations d'entreprises qui exploitent des services publics nationaux ou des monopoles de fait est purement programmatique et ne peut être invoquée puisqu'il n'y a pas de sanction prévue contre l'inaction du législateur* »⁵⁶.

18. Ainsi, la jurisprudence la plus récente montre non seulement combien l'appréhension économique par le Conseil de notions comme le monopole peut être simpliste voire inexistante, mais aussi et surtout comment s'appauvrit la portée de l'alinéa 9 et, partant,

⁵² M. LOMBARD, « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit.*, p. 687 s.

⁵³ CC, déc. n° 2004-501 DC du 5 août 2004 : *LPA* 19 août 2004, n° 166, p. 3, note Schoettl

⁵⁴ cf. L. n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF* 11 août 2004, n° 185, p. 14256, art. 7 : « *une société, dont le capital est détenu en totalité par Electricité de France, l'Etat ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public, est le gestionnaire du réseau public de transport* », et art. 11

⁵⁵ CC, déc. n° 2004-501 DC du 5 août 2004, préc., consid. 11 à 16, spéc. 14. La lecture des *Cahiers constitutionnels* sur cette décision est encore plus stupéfiante : la référence au monopole de fait a purement et simplement disparue !

⁵⁶ J.-Y. CHEROT, *Droit public économique, op. cit.*, n° 29, p. 62

s'étiole le fondement constitutionnel d'une intervention publique sur l'économie. Ce mouvement dénote encore toute l'importance qu'accorde le Conseil à la dimension subjective de la concurrence, sans saisir la situation globale des libertés économiques dans le contexte d'une économie de marché. C'est alors qu'il convient de rappeler le sens et les origines intellectuelles des dispositions contenues au neuvième alinéa du Préambule de 1946 en soulignant qu'elles « *font écho au développement d'une doctrine politique née avant guerre, consacrée pendant la résistance, qui consiste non à substituer au capitalisme un régime économique socialiste où prédominerait l'appropriation collective des biens de production, mais à défendre les libertés et la démocratie contre la concentration du pouvoir économique* »⁵⁷. Ainsi qu'a pu le montrer lumineusement le professeur Gérard QUIOT, il s'agit en réalité d'une continuité de l'esprit de 1789, visant à garantir les libertés économiques en se préservant des dérives monopolistiques inhérentes au système capitaliste⁵⁸. En effet, « *dans l'esprit de ses auteurs, la disposition de l'alinéa 9 du Préambule est un instrument devant servir à lutter contre les abus du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre et non le vecteur d'une entreprise révolutionnaire destinée à abolir ce droit et cette liberté* »⁵⁹. À ce titre, le traitement des monopoles de fait relève de la même démarche que l'institution d'un contrôle des concentrations⁶⁰. Les deux mécanismes distincts aux finalités communes coexistent aujourd'hui, et l'on peut considérer que l'alinéa 9 trouve à s'appliquer lorsque le droit des concentrations d'entreprises n'a pu jouer son rôle. Plus fondamentalement, il s'agit dans les deux cas d'une approche objective de la concurrence, d'une compréhension de ce que la concurrence subjectivement entendue tue la concurrence objectivement comprise, c'est-à-dire le marché et ses finalités collectives. La mise en œuvre jurisprudentielle de l'alinéa 9 confirme donc l'appréhension univoque de la concurrence par le Conseil constitutionnel. Or, pour imposer les solutions nécessaires au vivre ensemble, pour limiter *a priori* la concurrence inter-individuelle dans l'intérêt général constitutionnel, il faut assurément que le Conseil constitutionnel utilise les mêmes notions que celles employées par les autres juges, et notamment le juge communautaire, ou les autorités de concurrence. La recherche du marché pertinent doit pénétrer sa réflexion, le critère de la substituabilité des biens ou produits y tenir une place centrale. C'est à ce prix, si modique au regard du coût des incertitudes actuelles, que l'alinéa 9 pourra peser de tout son poids tout en gagnant en conformité avec le droit communautaire.

19. Ce point capital étant précisé, l'on doit encore avancer que le juge constitutionnel ne saurait poursuivre longtemps encore dans la voie d'une indifférence à l'analyse économique. Alors que le juge du Palais Royal a su donner les gages d'une compétence technique appréciable en la matière, celui de la Rue Montpensier, pourtant si proche, persiste, tout en avançant dans le sens d'un contrôle de proportionnalité, à ne pas compléter ses méthodes de contrôle par une appréhension économique élaborée, comme l'illustre sa position sur le premier texte relatif à l'archéologie préventive⁶¹. Dans le droit en vigueur sous l'empire de la loi du 27 septembre 1941, le secteur de l'archéologie préventive était caractérisé par un quasi-monopole de fait de l'AFAN, l'Association pour les fouilles archéologiques nationales créée à

⁵⁷ *Ibid.*, n° 28, p. 60

⁵⁸ G. QUIOT, « Service public national et liberté d'entreprendre », in G. KOUBI (dir.), *Le Préambule de la constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF-CURAPP, 1996, p. 187

⁵⁹ J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁰ cf. L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise », 1988, n°2

⁶¹ cf. CC, n°2000-439 DC du 16 janv. 2001 : *Rec.* 42 ; *RDP* 2001. 947, note Rueda ; *LPA* 12 fév. 2001, p. 18, note Schoettl

l'initiative du ministère de la culture. La réforme opérée par la loi du 17 janvier 2001⁶² a alors consacré la situation monopolistique en créant, en lieu et place de l'AFAN, un établissement public administratif, l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) auquel était confié l'ensemble des missions du service public d'archéologie préventive, c'est-à-dire la réalisation des diagnostics, les opérations de fouilles et l'exploitation scientifique des résultats. Or, un tel octroi de droits exclusifs ne semblait pas se justifier. C'est en tous les cas ce qu'indiquait déjà un avis du Conseil de la concurrence rendu sur la question en 1998, concluant « *que l'exécution des fouilles archéologiques préventives est une activité économique, entrant dans le champ d'application défini par l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, et que, pour l'exercice de cette activité, [la structure en cause] doit être regardée comme une entreprise au sens de l'article 90, paragraphe 1, du Traité de Rome* »⁶³. Plus encore, l'autorité de concurrence souligne que « *si relève d'une mission de service public la protection du patrimoine archéologique, il n'en va pas de même pour les opérations liées à l'exécution même des fouilles* », avant d'estimer que « *l'exécution des fouilles archéologiques préventives constitue une activité de nature économique qui est aujourd'hui exercée par divers opérateurs et que l'initiative privée n'est pas défailante dans ce secteur. Dès lors, conférer des droits exclusifs, voire un monopole, pour l'ensemble des opérations d'exécution des fouilles n'apparaît ni indispensable ni nécessaire pour l'exécution de cette mission particulière ou d'une partie des opérations en cause* »⁶⁴. Argumentée et précise, la position du Conseil de la concurrence contraste donc avec celle du Conseil constitutionnel qui s'est contenté du constat de la présence d'une mission de service public placée sous le contrôle de l'Etat pour conclure à la constitutionnalité du monopole sans aller plus avant dans un contrôle de proportionnalité pourtant intégré de sa propre initiative dans ses méthodes de contrôle⁶⁵.

20. Il est pourtant de l'intérêt du Conseil constitutionnel d'adopter et surtout de mettre en œuvre les méthodes de son temps, à une époque où l'on convient aisément que le droit de la concurrence est plus qu'une branche, qu'il participe d'une logique d'intérêt général lorsqu'il entend préserver les structures concurrentielles. Si le Conseil n'appréhende pas la concurrence dans ce versant objectif, il a pourtant montré qu'il sait comprendre, *via* les choix du législateur, que les règles de la dimension objective de la concurrence puissent conduire à limiter les libertés économiques. Cette plénitude dans la compréhension de la concurrence, alors même que n'est mis en œuvre que l'aspect subjectif de la concurrence, donne à la jurisprudence constitutionnelle un goût d'équivoque qui n'est pas sans risque.

II - UNE COMPREHENSION EQUIVOQUE DE LA CONCURRENCE

21. L'évolution qui se fait jour depuis la fin des années 1990 illustre bien une mutation « *du droit public économique qui est, aujourd'hui, dominé par la liberté d'entreprendre et, de*

⁶² L. n°2001-44 du 17 janv. 2001 relative à l'archéologie préventive, *JORF* 18 janv. 2001, n°15, p. 928. Sur cette réforme, cf. P.-L. FRIER, « La réforme de l'archéologie préventive », *AJDA* 2001. 182 – C. SAUJOT, « La loi n°2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive », *JCP G* 2001 I 351 – CH.-L. VIER, « L'archéologie préventive, réglages ou menaces ? », *AJDA* 2002. 1365

⁶³ Cons. conc., 19 mai 1998, avis n° 98-A-07, *Opérations de fouilles archéologiques préventives* : *BOCC* 1999, p. 27 ; *Rec. ADCC Lamy*, n° 766, obs. Selinsky

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Sur l'ensemble de la question cf. A. FRIBOULET, *Le service public de l'archéologie préventive*, Mémoire DEA (ss. dir. M. Lombard), Paris II, 2004 - M. LOMBARD, in G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2003, pp. 21 s., spéc. p. 22

moins en moins, par des principes "socialisants" »⁶⁶. Les libertés économiques gagnent en protection constitutionnelle, l'intérêt général posé par le législateur pour concilier les libertés avec d'autres objectifs fait l'objet d'un contrôle potentiellement de plus en plus fin, alors que les principes de 1946 semblent parfois minimisés dans leur portée. Le tableau commence alors à contraster nettement avec le principe de la neutralité économique de la Constitution. Alors même que le Conseil constitutionnel admet que le législateur entende protéger les structures concurrentielles, montrant en cela qu'il comprend l'idée de concurrence dans sa plénitude, il persiste à ne centrer sa jurisprudence que sur les libertés des concurrents au risque de constitutionnaliser un libéralisme économique bien moins nuancé que celui des conceptions du droit français et communautaire de la concurrence.

A. L'EXTERIORISATION DE LA DIMENSION OBJECTIVE DE LA CONCURRENCE

22. Faute de choix positif opéré par le constituant, l'organisation économique de la France ne trouve aucune source directe dans les textes constitutionnels. Une telle neutralité économique invite classiquement le Conseil constitutionnel à faire preuve de prudence lors de l'examen des textes législatifs successifs de politique économique en considérant que les choix économiques généraux excèdent le champ de sa compétence. D'autant que les différentes sources du bloc de constitutionnalité sont constituées de textes et de principes relevant de philosophies sociales distinctes. L'individualisme de 1789 côtoie les valeurs sociales de 1946⁶⁷ dans un tout qu'il s'agit, pour le législateur, de rendre cohérent par la conciliation. L'on comprend dès lors que le juge constitutionnel se soit « *toujours gardé jusqu'à présent de limiter le législateur en ce qui concerne des mesures générales de politique économique* » tant « *il n'a pas les moyens d'imposer le respect de principes économiques spécifiques* »⁶⁸. C'est en ce sens qu'il a pu admettre tant le principe des nationalisations⁶⁹ que le développement des privatisations⁷⁰ ou la réorganisation libérale du marché⁷¹. L'on retrouve donc « *dans les termes mêmes de la jurisprudence constitutionnelle française l'idée que le domaine de la politique économique relève de l'appréciation quasi souveraine du législateur* »⁷². C'est ainsi, par exemple, que la décision n° 81-132 DC du 16 juillet 1982 indique qu'« *il ressort des travaux préparatoires de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel que le législateur a entendu fonder les nationalisations opérées par ladite loi sur le fait que ces nationalisations seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage et procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la déclaration de 1789* »⁷³.

⁶⁶ PH. TERNEYRE in G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques, op. cit.*, p. 17

⁶⁷ cf. D. CAPITANT, « À propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, PUS, 2001, p. 127 - PH. TERNEYRE, « Droit constitutionnel social, Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 », *RFDC* 1990. 6

⁶⁸ H. RABAULT, « La constitution économique de la France », art. préc. p. 709

⁶⁹ cf. CC, déc. n°81-132 DC du 16 janv. 1982, préc. – déc. n° 82-139 DC du 11 fév. 1982 : *Rec.* 31 – déc. n° 82-142 DC du 27 juill. 1982 : *Rec.* 52 - déc. n° 82-143 du 30 juill. 1982 : *Rec.* 57

⁷⁰ cf. CC, déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 : *Rec.* 61 ; *AJDA* 1986. 575, note Rivero – déc. n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, préc. – déc. n° 89-254 DC du 4 juill. 1989 : *Rec.* 41

⁷¹ cf. CC, déc. n° 83-167 DC du 19 janv. 1984 : *Rec.* 23 – déc. n° 93-324 DC du 3 août 1993 : *Rec.* 208 – déc. n° 96-380 DC du 23 juill. 1996 : *Rec.* 107 – déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998 : *Rec.* 258 – déc. n°99-423 DC du 13 janv. 2000 : *Rec.* 33

⁷² H. RABAULT, « La constitution économique de la France », art. préc., p. 728

⁷³ CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, préc.

23. La neutralité économique dont font ainsi preuve les juges de la rue Montpensier en se référant aux objectifs d'intérêt général économique poursuivis par le législateur doit trouver à se confirmer à propos de la préservation de la concurrence. La première étape dans l'invocation d'un intérêt général concurrentiel de nature à limiter les droits et libertés de valeur constitutionnelle peut être trouvée dans la décision n°91-303 DC du 15 janvier 1992. Face aux nouvelles dispositions législatives visant à encadrer la publicité comparative, le Conseil constitutionnel, saisi d'un moyen tiré d'une atteinte au droit de propriété sur une marque, y indiquait que des exigences d'intérêt général peuvent limiter l'exercice de ce droit avant d'en préciser la teneur en l'espèce en indiquant que « *dans l'intention du législateur, l'introduction de la publicité comparative vise à améliorer l'information des consommateurs et à stimuler la concurrence* »⁷⁴. Dès lors, le Haut conseil enregistre que l'intérêt général consiste, pour le législateur et dans le cadre des dispositions en cause, à stimuler la concurrence. Par ailleurs, avec la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, ce sont les « *objectifs de transparence et de concurrence* » qui sont appréhendés sous le prisme fonctionnel de l'intérêt général⁷⁵. Encore, l'objectif législatif consistant à « *encourager les investissements privés dans l'audiovisuel pour que se constituent des groupes aptes à affronter la concurrence internationale* »⁷⁶ ou celui répondant à la volonté « *d'ouvrir plus largement [un] secteur à la concurrence* »⁷⁷ sont considérés par le juge constitutionnel comme des « *raisons d'intérêt général* » permettant de déroger au principe constitutionnel d'égalité.

24. Mais là s'arrête la prise en compte de la dimension objective de la concurrence. En effet, hors le cadre des objectifs du législateur, si le Conseil constitutionnel invoque bien, parfois, la « *libre concurrence* », la formule ne constitue qu'une simple déclinaison du principe d'égalité. Et l'idée d'égalité, entre les concurrents, relève moins d'un ensemble de règles protégeant les structures concurrentielles que d'un corpus destiné à protéger les concurrents. C'est ainsi qu'en 1989, pour apprécier la constitutionnalité d'un régime d'autorisation pour l'exploitation d'un service privé de radiodiffusion, le Haut conseil a relevé que les règles posées, « *loin de méconnaître le principe d'égalité, permett[ai]ent tout au contraire d'en assurer la mise en œuvre* » en cela qu'elles imposaient de « *respecter les conditions de concurrence* »⁷⁸. De même, le souci « *de rééquilibrer les conditions de concurrence entre circuits de distribution des médicaments* » a conduit le juge de la loi à justifier une différence de traitement⁷⁹. Encore, par sa décision n°2001-450 DC du 11 juillet 2001, le juge constitutionnel a clairement fait état du « *principe d'égalité qui, en l'espèce, implique la libre concurrence* »⁸⁰ avant de faire découler, semble-t-il, l'exigence de « *mise en concurrence* » des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789⁸¹. Très positive, cette jurisprudence ne doit pas masquer qu'elle ne concerne que les conditions de possibilité d'un marché concurrentiel, sans correspondre à une exigence de protection des structures concurrentielles une fois les libertés économiques reconnues et agencées. Elle n'enregistre encore en rien les préoccupations de la dimension objective de la concurrence. Cela ressort négativement de la décision 2001-457 DC du 27 décembre 2001 qui, face à un moyen invoquant une contrariété aux « *principes de la politique de concurrence* », répond que « *les requérants ne fondent leur critique sur aucun principe ou règle de nature à établir le caractère inconstitutionnel* » de la disposition en

⁷⁴ CC, déc. n°91-303 DC du 15 janv. 1992 : *Rec.* 15 (nous soulignons)

⁷⁵ CC, déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 : *Rec.* 14

⁷⁶ CC, déc. n° 93-333 DC du 21 janv. 1994 : *Rec.* 32

⁷⁷ CC, déc. n° 2001-456 DC du 27 sept. 2001 : *Rec.* 180

⁷⁸ CC, déc. n° 88-248 du 17 janv. 1989 : *Rec.* 18 ; *GDCC*, n° 42

⁷⁹ CC, déc. n° 97-393 DC du 18 déc. 1997 : *Rec.* 320

⁸⁰ CC, déc. n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001 : *Rec.* 82. *Adde* CC, déc. n°2001-451 DC du 27 nov. 2001, préc.

⁸¹ CC, déc. n°2003-473 DC du 26 juin 2003 (consid. 10)

cause⁸². Quelques mois plus tôt, à un moyen tiré de la méconnaissance des « *principes de la concurrence* », le Conseil s'était déjà contenté de répondre en se situant exclusivement sur le terrain classique de la liberté d'entreprendre⁸³.

25. La neutralité économique de la Constitution française conduit donc à extérioriser la dimension objective de la concurrence en la cantonnant aux objectifs du législateur. Sans que cela constitue une véritable particularité française, il faut tout de même relever que nombre de Constitutions de pays européens posent des orientations économiques, reposant sur la théorie de la « concurrence-moyen », que les Cours constitutionnelles s'emploient à mettre œuvre. Se donnant pour objectif de « *garantir la coexistence démocratique dans le cadre de la Constitution et des lois, suivant un ordre économique et social juste* »⁸⁴, la Constitution espagnole dispose ainsi dans article 38 que « *la liberté d'entreprise est reconnue dans le cadre de l'économie de marché* » avant d'inviter les pouvoirs publics à créer « *les conditions favorables au progrès social et économique et a une distributions du revenu régional et personnel plus équitable, dans le cadre d'une politique de stabilité économique* »⁸⁵. Pour ce faire, le texte constitutionnel du Royaume d'Espagne pose que « *toute la richesse du pays dans ses différentes formes et quel que soit son appartenance est subordonnée à l'intérêt général* »⁸⁶ et reconnaît l'initiative publique dans l'activité économique en précisant qu'« *une loi pourra réserver au secteur public des ressources ou des services essentiels, tout particulièrement en cas de monopole, et décider également le contrôle d'entreprises lorsque l'intérêt général l'exigera* »⁸⁷. D'autres textes constitutionnels posent un tel cadre d'« *économie sociale de marché* », selon une formulation issue du droit constitutionnel jurisprudentiel allemand⁸⁸ et reprise dans le Traité établissant une constitution pour l'Europe⁸⁹. Ainsi, c'est en précisant qu'« *il appartient à la République d'écarter les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays* »⁹⁰ que la Constitution italienne affirme la liberté de « *l'initiative économique privée* » avant d'ajouter qu'« *elle ne peut s'exercer en contradiction avec l'utilité sociale ou de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine* » et que « *la loi détermine les programmes et les contrôles appropriés pour que l'activité économique publique et privée puisse être conduite et coordonnée vers des fins sociales* »⁹¹. De manière plus laconique mais avec tout autant de sens, la Constitution portugaise dispose que « *l'initiative économique privée s'exerce librement, dans les formes prévues par la Constitution et par la loi [et qu'elle] tiendra compte de l'intérêt général* »⁹².

26. Le droit constitutionnel comparé enseigne ainsi toute la potentialité d'un cadre économique découlant des textes fondateurs. En effet, « *l'idée de constitution économique,*

⁸² CC, déc. n° 2001-457 DC du 27 déc. 2001

⁸³ CC, déc. n° 2000-439 du 16 janv. 2001. *Adde* CC, déc. n°90-283 DC du 8 janv. 1991

⁸⁴ Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978, Préambule, al. 2

⁸⁵ *Ibid.*, art. 40

⁸⁶ *Ibid.*, art. 128. 1

⁸⁷ *Ibid.*, art. 128. 2

⁸⁸ *cf.* les auteurs cités par Hugues RABAULT *in* « La constitution économique de la France », art. préc., p. 710. *Adde* M. FOMONT, « Les jurisprudences constitutionnelles en matière économique aux Etats-Unis, en France et en Allemagne », *RID éco.* 1989, n° 3, p. 293

⁸⁹ Traité établissant une constitution pour l'Europe, art. I-3, al. 3

⁹⁰ Constitution de la République italienne du 22 décembre 1947, art. 3, al. 2

⁹¹ *Ibid.*, art. 41. Sur la « Constitution économique » de l'Italie, *cf.* S. CASSESE, *La nuova costituzione economica, op. cit.*

⁹² Constitution de la République portugaise du 2 avril 1976, art. 61

prend toute son importance lorsque l'on admet que l'organisation économique d'un pays n'est pas seulement le fruit de lois naturelles mais participe d'un choix humain »⁹³. Protéger la concurrence comme moyen – et non comme condition – du progrès économique, c'est donc reconnaître la liberté de l'initiative économique privée tout en la limitant dans l'intérêt de la préservation des structures concurrentielles et, plus largement, dans l'intérêt général économique ou non. Dépourvu d'un tel cadre, fruit de la volonté, le juge constitutionnel français ne se risque à l'établir de manière prétorienne... au risque d'intérioriser un libéralisme économique d'une toute autre teneur, détaché des finalités collectives que la conception juridique de la concurrence porte en consacrant une hétéro-régulation du jeu économique.

B. L'INTERIORISATION D'UN CERTAIN LIBERALISME ECONOMIQUE

27. La neutralité économique de la Constitution française n'éteint pas « *une certaine culture commune européenne en matière économique, fruit d'une histoire ancienne, attribuant une place essentielle aux libertés économique* »⁹⁴. En effet, comme on l'a dit, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence attentive aux conditions de possibilité d'un marché concurrentiel, jetant les bases individuelles d'une économie de marché. Par-delà les oppositions des politiques économiques, la jurisprudence du Conseil apparaît cohérente quant à la protection des libertés économiques et au rôle des intérêts particuliers dans la réalisation de l'intérêt général⁹⁵ puisque, pour le juge de la loi, l'intérêt général peut nécessiter, par exemple, un soutien à des secteurs économiques en difficulté⁹⁶ et mérite de s'intéresser aux intérêts particuliers de certaines catégories d'entreprises⁹⁷ ou de groupes socioprofessionnels⁹⁸. Mais magnifier les libertés économiques et les intérêts particuliers sans les situer dans le finalisme du droit antitrust ouvre la porte à une jurisprudence foncièrement libérale⁹⁹.

28. La décision 2001-455 du 12 janvier 2002 est particulièrement révélatrice de cette ambiguïté. Le Conseil constitutionnel s'y est employé en effet à opérer un contrôle de proportionnalité pour apprécier les limitations apportées à liberté d'entreprendre en retenant comme critère d'évaluation la compétitivité de l'entreprise¹⁰⁰. En édictant les dispositions de l'article 107 de la loi de modernisation sociale, « *le législateur a porté une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre* », explique le Conseil, car ces dispositions font peser des contraintes sur la gestion de l'entreprise et ont « *pour effet de ne [lui] permettre de licencier*

⁹³ H. RABAULT, « La constitution économique de la France », art. préc., p. 725

⁹⁴ *Ibid.*, p. 712

⁹⁵ cf. G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 371 s.

⁹⁶ cf. e.g. dans le secteur du bâtiment : CC, déc. n°93-320 DC du 21 juin 1993 : *Rec.* 146

⁹⁷ Comme l'intérêt des petites entreprises (CC, déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998 : *Rec.* 258), l'intérêt des groupes privatisés (CC, déc. n°89-254 DC du 4 juillet 1989 : *Rec.* 41), l'intérêt des entreprises à contrôle familial (CC, déc. n°95-369 du 28 déc. 1995 : *Rec.* : 257), l'intérêt des opérateurs privés de radio et de télévision (CC, déc. n°93-333 du 21 janv. 1994, préc.), l'intérêt du monde agricole et rural au maintien du réseau bancaire homogène que constitue le Crédit agricole (CC, déc. n° 87-232 DC du 7 janv. 1988 : *Rec.* 17)

⁹⁸ Comme l'intérêt des salariés en général (CC, déc. n°97-388 du 20 mars 1997 : *Rec.* 31), l'intérêt de la sécurité financière des salariés (CC, déc. n°97-388 DC du 20 mars 1997, préc.) l'intérêt des salariés travaillant dans les petites et moyennes entreprises (CC, déc. n° 90-284 DC du 16 janv. 1991 : *Rec.* 20), l'intérêt des agriculteurs non salariés (CC, déc. n°2001-451 du 27 nov. 2001 : *Rec.* 145), l'intérêt des consommateurs (CC, déc. n°91-303 du 15 janv. 1992 préc.)

⁹⁹ Rappr. D. RIBES, « Le législateur, la protection sociale et la libre entreprise », *RFDC* 2002. 174 - J.-J. SUEUR, « Le Conseil constitutionnel et le droit économique », art. préc

¹⁰⁰ CC, déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, préc.

que si sa pérennité est en cause » alors que l'exigence de compétitivité commandait davantage de souplesse de gestion. Pour Roxane GARNIER, « cette prise de position du Conseil procède d'une intériorisation de la rationalité économique. En acceptant de reconnaître et de consacrer la compétitivité comme moyen économique d'évaluation, le Conseil a non seulement étendu son contrôle **mais il a constitutionnalisé la logique économique libérale dominante** »¹⁰¹. Si la critique est peut-être exagérément sévère, le fait que le Conseil constitutionnel s'engage dans la voie d'une protection accrue de la liberté d'entreprendre en modelant économiquement le bloc de constitutionnalité au point d'en dissoudre la neutralité ne doit pas être sous-estimé. Certes l'évolution n'est pas encore totalement consommée comme en atteste la décision 2004-509¹⁰² ou la reconnaissance de « l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale » ... malgré l'« atteinte disproportionnée » au principe d'égalité commis par le législateur dans la mise en œuvre de cet objectif¹⁰³. Toutefois, si la nouvelle direction empruntée par la jurisprudence constitutionnelle devait se confirmer, il conviendrait de lui adresser les plus sérieuses critiques. Car la seule autorité juridictionnelle française qui ne dispose pas de véritable *corpus* de règles économiques ne saurait s'autoriser à exalter les fondements individuels du libéralisme sans jamais s'intéresser à l'organisation du système économique. Si la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe protège avec éclat les libertés économiques, si les Cours constitutionnelles italienne ou espagnole garantissent l'initiative économique privée, c'est en liaison étroite avec une constitution économique intégrée à la loi fondamentale qui promeut une « économie sociale de marché ». Il n'y a pas meilleur moyen de faire du libéralisme débridé que de consacrer *crescendo* les libertés économiques individuelles sans jamais penser la dimension objective des règles organisant le marché... L'« enfer constitutionnel est pavé de bonnes intentions »¹⁰⁴... !

29. Intégrer des principes politiques structurant l'économie de marché au sein de la Constitution revêt alors un intérêt capital car c'est ainsi que l'ordre économique peut être un ordre de la volonté¹⁰⁵. Et en faire un ordre de la volonté, c'est revenir sur l'idée que « l'économie de marché est avant tout un ordre concurrentiel et [que] les tables de la loi de la concurrence peuvent être regardées comme le "droit constitutionnel" d'un marché transcendant les frontières nationales »¹⁰⁶. L'importance croissante accordée aux libertés économiques dans la jurisprudence constitutionnelle doit ainsi absolument s'accompagner d'un enregistrement prétorien de la conception juridique de la concurrence et comprendre que le libéralisme économique repose, en droit français et en droit communautaire sur la théorie

¹⁰¹ R. GRANIER, « La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. préc., p. 475 (nous soulignons). Adde F. RENAUD, La liberté d'entreprendre aurait-elle un "coût" ? , à propos du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janv. 2002, sur l'article 107 de la loi de modernisation sociale », *AJDA* 2002. 1163

¹⁰² CC, déc. n° 2004-509 DC du 13 janv. 2005 : « le législateur a ainsi opéré entre le droit de chacun de trouver un emploi, dont le droit au reclassement des salariés découle directement, et la liberté d'entreprendre, à la quelle la réintégration des salariés est susceptible de porter atteinte, une conciliation qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste »

¹⁰³ CC, déc. n° 2001-452 DC du 6 déc. 2001 : *Rec.* 156 ; *D.* 2004. 1959, note Bertile ; *RFDC* 2002. 181, note Bertile ; *LPA* 13 déc. 2001, n° 148, p. 5, note Schoettl

¹⁰⁴ cf. M. VERPEAUX, « L'enfer constitutionnel est pavé de bonnes intentions », *AJDA* 2004, Tribune, p. 1209 (à propos de la Charte de l'environnement)

¹⁰⁵ H. RABAULT, « La constitution économique de la France », art. préc., p. 725

¹⁰⁶ A. PIROVANO, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in R. CHARVIN, A. GUESMI (dir.), *L'Algérie en mutation : les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 130

de la « concurrence-moyen »¹⁰⁷ qui ouvre des champs d'action non négligeables aux pouvoirs publics. D'autant que la régulation de l'économie de marché, en application de la théorie de la « concurrence-moyen », pourrait être efficacement opérée par le Haut Conseil grâce à son expérience de la conciliation. La décision n°93-333 DC du 21 janvier 1994 en offre une démonstration convaincante. En effet, le Conseil constitutionnel y lie étroitement « l'objectif de pluralisme » avec le contrôle des concentrations économiques et l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles¹⁰⁸. La limitation des libertés économiques qui en résulte est le fruit de la mise en œuvre d'un objectif à valeur constitutionnelle (le pluralisme) épaulé par la dimension objective du droit de la concurrence. Encore, dans la décision 2004-490 du 12 février 2004 à propos de la participation de la Polynésie française au capital de sociétés commerciales, le juge constitutionnel a admis la constitutionnalité du dispositif législatif en raison du fait que l'assemblée de la Polynésie française « *pourra vérifier l'existence du caractère d'intérêt général ayant motivé la prise de participations ainsi que ses effets sur la concurrence* »¹⁰⁹. Il en ressort que l'étude des effets sur la concurrence, et donc la recherche d'une absence de pratique anticoncurrentielle, constituent une exigence entendue par le Conseil constitutionnel. S'il est possible de voir dans cette décision la première pierre d'une intégration des préoccupations concurrentielles objectives, rien n'indique non plus que le juge n'ait pas entendu se situer simplement sur le terrain concurrentiel interindividuel¹¹⁰...

30. Censée respecter une neutralité économique imposée par le silence des textes constitutionnels, la Haute juridiction déploie son contrôle sur la protection des droits et libertés fondamentaux. En matière économique, cette garantie croissante des libertés, lorsqu'elle ne s'accompagne pas d'une objectivisation des préoccupations concurrentielles, ouvre la porte, *volens nolens*, à l'enracinement constitutionnel d'une doctrine économique foncièrement libérale. Or, cette orientation n'a pas été posée par le constituant, ni par les législateurs français et communautaire qui, rappelons-le, ne croient en la concurrence qu'en tant que moyen, et non en tant que condition, du progrès économique et social. D'autant que si l'on doit bien y regarder, les seules dispositions constitutionnelles pertinentes, celles de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, ne vont pas dans ce sens. Si l'on poursuit la mécanique latente qui découle de la jurisprudence récente, « *le droit constitutionnel risque d'être soumis aux aléas de la loi du marché* »¹¹¹, ce qui constituerait la négation complète de la notion de « Constitution économique » entendue comme ordre de la volonté. Il faut donc que le Conseil constitutionnel enregistre plus clairement l'idée objective de concurrence.

¹⁰⁷ cf. P. BONASSIES, « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », in *Etudes dédiées à Alex Weil*, Paris, Dalloz, 1983, p. 51

¹⁰⁸ CC, déc. n°93-333 DC du 21 janv. 1994, préc.

¹⁰⁹ CC, déc. n°2004-490 DC du 12 fév. 2004

¹¹⁰ Pour une analyse significative en ce sens, cf. D. RIBES, « La concurrence saisie par le droit constitutionnel français ? », *RFDC* 2003. 168

¹¹¹ R. GRANIER, « La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. préc., p. 477