

L'ARTICLE 16 DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION : UNE NOUVELLE VERDEUR POUR LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE ?

PAR

THIERRY LÉONARD

PROFESSEUR UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS-BRUXELLES
AVOCAT ASSOCIÉ CABINET ULYS (BRUXELLES)

INTRODUCTION

1. La liberté d'entreprendre, traditionnellement absente des catalogues internationaux des droits fondamentaux, est reconnue par l'article 16 de la Charte. L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union proclame que : « La liberté d'entreprendre est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ».

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et l'affirmation du caractère contraignant de la Charte, la liberté d'entreprendre – ou d'entreprise selon le vocabulaire européen – ne trouvait pas sa place dans le droit international des droits de l'homme. La liberté d'entreprendre ne fait l'objet d'aucune disposition dans la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles additionnels, sauf à pouvoir être liée, dans certains cas, au droit de propriété. Elle n'était pas non plus visée telle quelle dans la Charte sociale européenne.

L'article 16 de la Charte, qui reconnaît explicitement celle-ci, a donc fait figure d'exception notable dans le paysage juridique, dès le moment de sa proclamation le 7 décembre 2000, dans sa première version (dite Charte de Nice) (1). Cette disposition trouve sa source

(1) Pour un exposé précis du processus d'élaboration de la Charte, voy. par ex., A. BAILLEUX, S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « La Charte des droits fondamentaux. Invocabilité,

dans la jurisprudence de la Cour de justice, elle-même inspirée par la doctrine constitutionnelle des États membres, particulièrement celle de la Cour constitutionnelle allemande. Le statut juridique de la Charte était cependant limité à celui d'un accord interinstitutionnel ayant seulement valeur morale et politique⁽²⁾. Il aura fallu attendre l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne – le 1^{er} décembre 2009 – pour donner force contraignante à une version modifiée de la Charte et voir hisser la liberté d'entreprise au plus haut niveau de la hiérarchie des normes européennes, au-dessus des normes de droit dérivé. L'article 6, § 1^{er}, du T.U.E. énonce en effet que « L'Union reconnaît les droits, libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités »⁽³⁾.

En conséquence, le respect des dispositions de la Charte s'impose aux institutions et organes de l'Union ainsi qu'aux États membres pour autant que ces derniers agissent dans le cadre de la mise en œuvre du droit européen. La Cour de justice est amenée à contrôler les normes qu'ils édictent en vue d'éviter toute contrariété avec le contenu de la Charte.

2. L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : une disposition largement méconnue. L'article 16 de la Charte et la protection de la liberté d'entreprise qu'elle implique restent cependant largement méconnus de la doctrine et de la jurisprudence belge actuelles, même si son invocation devant la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État s'intensifie, comme il ressort des autres contributions du présent recyclage. La liberté d'entreprise, telle que protégée par l'article 16 de la Charte, paraît pourtant s'affirmer de plus en plus dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après C.J.U.E. ou « La Cour »).

interprétation, application et relations avec la convention européenne des droits de l'homme », in *Les innovations du traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 251 et s.

(2) S. KOUKOURIS-SPIROPOULOS, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits invocables ? Un appel à la vigilance », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 266, § 3 et réf. citées note 625.

(3) Voy. J. KOKORT, C. SOBORTA, « The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon », *EU Working papers, Academy of European Law*, 2010/6, disponible sur <http://cadmus.eui.eu>, p. 6 : « Therefore, the Charter is at least part of EU primary law but an even more elevated position is also possible ».

BRUYLANT

Certains de ses arrêts récents, rendus dans les affaires *Scarlet*, *Netlog* et *Alamo-Herron*⁽⁴⁾, se fondent sur cette disposition pour contrer certaines interprétations de réglementations européennes, considérées comme incompatibles avec la liberté d'entreprise. Deux arrêts sur trois concernent le secteur des nouvelles technologies de l'information et des télécommunications, ce qui n'est sans doute pas un hasard. L'exploitation des informations et contenus par l'internet provoque nécessairement des conflits entre la liberté d'entreprise et d'autres droits fondamentaux comme la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou communiquer l'information. Or, la réglementation de ces secteurs trouve sa source principale, pour ne pas dire unique, dans des initiatives réglementaires et dispositions législatives européennes. Ces dernières sont donc la cible toute trouvée pour d'éventuelles contradictions ou difficultés d'interprétation avec les droits fondamentaux reconnus par la Charte.

L'accélération de l'utilisation de l'article 16 de la Charte dans le contrôle de la C.J.U.E. et l'influence qu'a nécessairement sur les juridictions nationales la jurisprudence de celle-ci, justifient amplement de consacrer une analyse plus approfondie à cette disposition dans le cadre du présent recyclage.

3. Plan de la présente contribution. Dans une section préliminaire, on s'attardera à identifier les destinataires des devoirs et obligations issus des droits et libertés reconnus par la Charte. Cette étape est essentielle pour tenter de comprendre la portée potentielle de l'article 16 de la Charte en droit belge.

Dans une première section, nous analyserons l'objet et la portée de cette disposition.

Dans une seconde section, nous analyserons comme la Charte et la jurisprudence récente de la Cour de justice résolvent les conflits où est invoquée une violation de l'article 16 de la Charte.

Nous finirons, en guise de conclusions, par des considérations relatives à l'utilité de l'invocation de l'article 16 de la Charte tant en droit européen qu'en droit belge.

(4) Ces arrêts seront commentés plus en détails *infra*.

BRUYLANT

SECTION PRÉLIMINAIRE : CHAMP D'APPLICATION DE LA CHARTE

4. L'Union européenne comme première destinataire des normes contenues dans la Charte. Afin de comprendre notre propos, il convient de rappeler d'emblée le champ d'application personnel de la Charte et comment son contenu peut *a priori* être invoqué.

L'article 51, § 1^{er}, de la Charte détermine le champ d'application de la Charte comme suit : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

Il en découle que le principal destinataire de la Charte est l'Union européenne elle-même et donc que l'obligation de respect des droits fondamentaux s'adresse « à toutes les institutions, à tous les organes et organismes de l'Union » (5). Il s'en suit que la Cour de Luxembourg est compétente pour connaître des violations de la Charte par les autorités de l'Union, ce qui confirme la jurisprudence antérieure de la Cour. À ce propos, on remarque qu'à la sévérité dont fait preuve la Cour à l'égard des actes à portée individuelle de ces institutions répondrait – au moins jusqu'il y a peu – un « laxisme excessif » à l'égard des actes de l'Union à portée normative (6).

Un arrêt récent (7), où la violation de l'article 16 de la Charte était invoquée, le confirme. Il s'agissait d'une demande de décision préjudicielle sur la validité d'une disposition d'un règlement (CE), n° 2004 du Conseil du 17 décembre 2003 établissant un système d'identification et d'enregistrement des espèces ovine et caprine. M. Schaible, un éleveur, avait introduit un recours devant la juridiction de renvoi demandant de déclarer n'être soumis ni aux obligations d'identification individuelle de ses animaux, ni à l'obligation de tenir un registre d'exploitation. La Cour, dans son appréciation de la proportionnalité, indique conformément à une jurisprudence assez classique, d'une

(5) C.J.U.E., 19 juillet 2012, aff. C-130/10, *Parlement c. Conseil*, § 83.

(6) A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement – questions choisies*, Liège, Anthémis, 2012, p. 104.

(7) C.J.U.E., 17 octobre 2013, aff. C-101/12, *Schaible c. Land Baden-Württemberg* ; voy. aussi C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-59/11, *Associazione Kokopelli c. Graines Baumaux SAS*, § 39. Comp. C.J.U.E., 22 janvier 2013, aff. C-283/11, *Slovak Republic v. Slovakia*. La Cour, qui a jugé que la mesure en cause était disproportionnée, a annulé la mesure en cause.

BRUYLANT

part, que le législateur de l'Union se voit accorder « un large pouvoir d'appréciation dans les domaines impliquant de sa part des choix de nature politique, économique et sociale et dans lesquels il est appelé à effectuer des appréciations complexes » (§ 47) et – d'autre part – que le contrôle de la Cour « se limite à vérifier si ce législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation » (§ 48). Elle conclut sur la base dudit principe en la validité du règlement en cause.

5. L'article 16 de la Charte appréhendé dans le champ d'application de la Charte : les États membres comme seconds destinataires des normes. L'article 51, § 1^{er}, de la Charte vise également comme destinataires les États membres mais « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». La formulation a fait couler beaucoup d'encre dès lors qu'elle semblait plus restrictive que la formule retenue par la Cour s'agissant du champ d'application des droits fondamentaux reconnus comme principes généraux. Elle considérerait en effet, dans ce cas, que les États étaient tenus au respect de ces droits pour autant qu'ils agissent « dans le champ d'application du droit de l'Union » (8).

Outre que cette dernière expression est explicitement reprise dans les explications de cette disposition, les doutes sur un revirement possible quant aux acquis jurisprudentiels antérieurs peuvent sans doute disparaître suite à l'arrêt rendu par la Cour le 26 février 2013 (9).

Ce dernier fait suite à une question préjudicielle sur l'interprétation du principe ne bis in idem dans un litige opposant M. Akerberg Fransson au ministère public suédois, dans le cadre de poursuites pour fraude fiscale aggravée. La recevabilité des questions préjudicielles portant notamment sur la contrariété à l'article 50 de la Charte, était contestée dès lors que ni les sanctions fiscales infligées, ni les poursuites fiscales en cause ne procéderaient d'une « mise en œuvre » du droit de l'Union. Interprétant l'article 51, § 1^{er}, conformément aux explications de cette disposition, la Cour a dit

(8) A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement – questions choisies*, op. cit., pp. 108 et s.

(9) C.J.U.E. (grde ch.), 26 février 2013, aff. C-617/10, *Akerberg Fransson c. Hans Akerberg Fransson* ; pour une constatation identique : T. BARKHOFF, A.W. BOS, « De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht : een actualisatie anno 2014 », *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2014, pp. 97 et s. ; A. EPRINEX, « Le champs d'application de la Charte des droits fondamentaux : l'arrêt Fransson et ses implications », *Cal. dr. eur.*, 2014, pp. 283 et s., spéc. p. 293.

BRUYLANT

en substance qu'il convenait d'y voir une confirmation de sa jurisprudence antérieure. Les droits fondamentaux ont vocation, selon la Cour, à être appliqués dans « toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de ces situations ». Il en est ainsi lorsqu'une réglementation « entre dans le champ d'application de ce droit » (§§ 19 et 20). En l'espèce, les sanctions et poursuites étaient liées à des manquements à des obligations déclaratives de T.V.A. Or, il découle de différentes directives que les États membres ont chacun l'obligation de prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à garantir la perception de l'intégralité de la T.V.A. sur son territoire et à lutter contre la fraude (§§ 25 à 27).

Il en résulte que les droits fondamentaux garantis par la Charte doivent être respectés « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champs d'application du droit de l'Union » (10). La difficulté est bien entendu de déterminer avec précision les domaines couverts par le champ d'application du droit de l'Union et qui entraînent l'applicabilité des droits et libertés garantis par la Charte. La réponse à la question est dépendante des circonstances concrètes des cas d'espèce. La Cour considère que l'article 51 de la Charte présume l'existence d'un lien de rattachement entre un acte du droit de l'Union et une mesure nationale en cause « qui dépasse le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre » (11).

Sur la base de ce qui précède et de la jurisprudence constante de la Cour, il semble qu'il soit acquis que les États membres doivent respecter les droits fondamentaux consacrés dans la Charte lorsqu'ils arrêtent des mesures d'exécution d'un règlement ou d'une décision de l'Union européenne, lorsqu'ils transposent une directive européenne ou qu'ils prennent des mesures propres à rencontrer le but qui y est inscrit, lorsqu'ils posent un acte administratif dans un domaine couvert par une directive ou un règlement ou lorsqu'ils portent *prima facie* atteinte à une liberté économique de circulation (12).

Un arrêt récent – l'arrêt *Pfleger* –, où l'atteinte à l'article 16 était invoquée, nous paraît avoir confirmé cette dernière application (13).

(10) C.J.U.E., 30 avril 2014, aff. C-390/12, *Pfleger et autres*, § 24.

(11) C.J.U.E., 10 juillet 2014, aff. C-198/13, *Hernández et autres c. Reino de España*, § 34.

(12) A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement – questions choisies*, op. cit., pp. 110 et 111.

(13) C.J.U.E., 30 avril 2014, aff. C-390/12, *Pfleger et autres*, §§ 30 et s.

BRUYLANT

Là aussi, certains gouvernements contestaient l'applicabilité de la Charte, à défaut de « mise en œuvre » du droit de l'Union, du fait que la mesure contestée était prise dans le domaine des jeux de hasard, non harmonisé par le droit de l'Union. La Cour a considéré que dès lors que la mesure était de nature à entraver l'exercice de la libre prestation de service, la justification – prévue par le droit de l'Union – devait elle-même être interprétée à la lumière et en conformité avec les droits fondamentaux garantis par la Charte, dont la liberté d'entreprise fait partie. Cette justification « met en œuvre » le droit de l'Union.

Au contraire, tous les domaines du droit national qui sortent de la compétence législative de l'Union sont en principe exclus – comme le droit civil – du contrôle au regard de la Charte (14). Entre les deux, on retrouve certaines zones d'ombres, forcément évolutives, auxquels il convient d'être attentif (15).

6. Remarques finales sur les effets potentiels de l'adoption de la Charte et son champ d'application. On émettra deux dernières remarques quant au contrôle particulier qu'imposent les droits et libertés contenus dans la Charte et donc, potentiellement, son article 16 relatif à la liberté d'entreprise.

En premier lieu, comme le souligne à juste titre le juge Koen Lenaerts (16), l'entrée en vigueur de la Charte et son caractère contraignant ne transforment par l'Union européenne en « organisation des droits de l'homme » (*human rights organisation*) ni la Cour de l'Union en une « seconde Cour européenne des droits de l'homme » (17). Comme le rappelle l'article 6 (1) du T.U.E. « Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ». Une disposition similaire a été reprise à l'article 51.2 de la Charte. La Cour doit

(14) A. EFINEY, « Le champs d'application de la Charte des droits fondamentaux : l'arrêt *Fransson* et ses implications », op. cit., pp. 294 et 295. Pour un cas d'application récent où la conformité à l'art. 16 de la Charte était invoquée, C.J.U.E., 22 mai 2014, aff. C-56/13, *Procedurali Magyarország Zrt c. Bacs-Kiskun Megyei Kormányhivatal*, concernant un refus d'indemnisation suite à des mesures préventives contre l'influenza aviaire.

(15) A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement – questions choisies*, op. cit., pp. 111 et s.

(16) K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights », *European constitutional law review*, 2012, p. 377.

(17) Dans le même sens, A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement – questions choisies*, op. cit., p. 110.

BRUYLANT

elle-même, dans son interprétation des dispositions de la Charte, respecter le principe d'attribution des compétences inclu à l'article 5.2 du T.U.E. (18).

En second lieu, il résulte *a priori* de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte que seules les autorités de l'Union et les États membres sont soumis au respect des droits et principes qu'elle contient et deviennent donc débiteurs des devoirs qui en découlent. Ces derniers ne paraissent donc pas pouvoir être invoqués à l'encontre des particuliers. En vertu de l'article 52, § 1^{er}, de la Charte, la possibilité de limiter lesdits droits et libertés s'adresse du reste au États qui seuls peuvent respecter la réserve légale qui y est contenue (19). Il faut cependant tempérer l'affirmation par une reconnaissance potentielle aux dispositions de la Charte d'un effet horizontal (20). Nous reviendrons plus loin sur ce point précis en final de cet article (21).

SECTION 1. OBJET ET PORTÉE DE L'ARTICLE 16

DANS LA CHARTE

7. Un principe général reconnu avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. La liberté d'entreprise a été protégée par le droit de l'Union bien avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Ainsi, dès 1974, dans l'arrêt *Nold*, la Cour reconnaissait tant le droit de propriété que le libre exercice du commerce et des activités professionnelles comme principes généraux de droit de l'Union (22). Elle le fait sur la base du constat préalable de leur

(18) Cette disposition énonce pour rappel que : « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

(19) « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiels desdits droits et libertés (...) » (art. 52.1).

(20) En ce sens, A. BAILLEUX, E. BRBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement - questions choisies*, op. cit., pp. 117 et s. ; J. H. GERAARDS, M. CLAES, « Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon - De interactie tussen het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en de Grondwet », *SEW*, 2012, N° 12, pp. 23 et 24 ; aussi Conclusions de l'avocat général TSTENIAK du 8 septembre 2011, aff. C-282/10, *Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, § 83.

(21) *Cf. infra*, § 24.

(22) C.J.U.E., 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold c. Commission*, §§ 12 et s.

protection à titre de droits fondamentaux dans la loi fondamentale de l'ex-R.F.A. ainsi que dans d'autres Constitutions d'États membres. La Cour l'a ensuite confirmé dans de nombreuses autres décisions (23).

Ce faisant, elle a d'emblée considéré qu'il ne pouvait s'agir d'une prérogative absolue mais qu'elle devait être prise en considération de sa fonction dans la société. Par conséquent, elle a vite admis des restrictions à cette liberté dès lors qu'elles servaient des objectifs d'intérêt général et ne constituaient pas, au regard du but poursuivi, des interventions démesurées et intolérables qui porteraient atteintes à la substance de ladite liberté (24).

La qualification de « principe général du droit de l'Union » – aux contours certes mal définis – reconnue à la liberté d'entreprise n'était cependant pas sans effets juridiques. En qualifiant de principes généraux les droits fondamentaux qu'elle reconnaît (25), la Cour leur accorde une valeur constitutionnelle dans le droit de l'Union (26), de sorte qu'ils s'imposent aux institutions et organes de l'Union ainsi qu'aux États membres agissant dans le champ d'application du droit de l'Union. Les principes généraux conditionnent donc l'interprétation du droit primaire et dérivé, permettant même d'annuler ou d'annuler ce dernier. Ce faisant, en vertu du principe de primauté, ils régissent l'interprétation du droit national et les juridictions de États membres doivent écarter le droit national incompatible avec un ou plusieurs de ces principes, sous peine d'entraîner sa mise en cause dans un recours en

(23) Voy. par ex., C.J.U.E., 13 décembre 1979, aff. C-44/79, *Hauer c. Commission*, §§ 31 et s. (libre exercice des activités professionnelles) ; C.J.U.E., 21 février 1991, aff. C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, §§ 72 et s. (libre exercice des activités économiques) ; C.J.U.E., 10 janvier 1992, aff. C-17/90, *Ralf-Herbert Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, § 16 (libre exercice des activités professionnelles) ; C.J.U.E., 5 octobre 1994, aff. C-280/93, *RFA c. Conseil*, § 78 (libre exercice d'une activité professionnelle) ; C.J.U.E., 12 juillet 2005, *Alliance for natural health et cert.*, § 126 (le droit d'exercer librement une activité économique) ; C.J.U.E., 6 décembre 2005, *ABNA et cert. c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali et cert.*, aff. jointes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, § 87 (le droit d'exercer librement une activité économique et droit au libre exercice d'une profession).

(24) Voy. les décisions des deux notes précédentes.

(25) Sur cette dynamique de reconnaissance des droits de l'homme par les principes généraux, voy. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire - Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Pub. F.U.S.L., 2009, pp. 54 et s. ; pour un historique et une analyse de leur consécration par la Cour, voy. J. VAN MEERBECK, « Les principes généraux du droit de l'Union », in *Les sources du droit revisités*, vol. I, Limal, Anthémis, 2012, pp. 166 et s.

(26) J. VAN MEERBECK, « Les principes généraux du droit de l'Union », op. cit., p. 176.

manquement ou en responsabilité (27). D'aucuns voient également dans la jurisprudence de la Cour une reconnaissance de leur effet direct en tant que droits subjectifs invocables directement devant les juridictions nationales des États membres (28).

Quelle que soit la régularité avec laquelle la Cour réaffirmerait le principe général de la libre entreprise, son invocation n'a pas eu, à notre connaissance, pour effet de justifier une condamnation de la règle contestée (29).

8. Le texte de l'article 16 de la Charte : une reconnaissance « timide » de la liberté d'entreprise. L'article 16 de la Charte énonce seulement que : « La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ».

Deux éléments paraissent d'emblée poser questions.

D'abord, contrairement à d'autres dispositions de la Charte, l'article 16 n'affirme pas avec force la liberté d'entreprise en tant que prérogative reconnue à toute personne ou citoyen de l'Union. Elle se contente d'une timide reconnaissance dont les effets et contours semblent conditionnés ou, à tout le moins, modalisés par l'état du droit de l'Union ainsi que par les législations et pratiques nationales.

Il semble que cette relative faiblesse dans l'expression de la liberté d'entreprise reflète l'historique de son introduction dans la Charte, comme contrepois à l'affirmation des droits sociaux au titre IV de la Charte. L'intention était de lui reconnaître la même valeur qu'à

(27) S. KOUKOULIS-SPILIOPOULOS, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits invocables ? Un appel à la vigilance », *op. cit.*, p. 271, n° 11 ; J. VAN MEERBEEK, « Les principes généraux du droit de l'Union », *op. cit.*, p. 177.

(28) S. KOUKOULIS-SPILIOPOULOS, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits invocables ? Un appel à la vigilance », *op. cit.*, pp. 275 et s., n° 11 ; d'autres cependant soulignent que la Cour ne contrôle pas, en règle, la réunion des conditions de l'effet direct pour les principes généraux, question d'ailleurs très peu débattue en doctrine. Ils démentent alors tout effet direct aux principes généraux, celui-ci étant contraire à leur nature « générale » : J. VAN MEERBEEK, « Les principes généraux du droit de l'Union », *op. cit.*, pp. 186 et s.

(29) Voy. toutefois l'arrêt *ABNA* où la Cour était saisie d'une violation au « droit au libre exercice d'une profession » concernant la validité d'une disposition d'une directive 2002/1 imposant aux fabricants d'aliments composés pour animaux de fournir, sur demande du client, la composition exacte d'un aliment. La Cour a cependant invalidé celle-ci sur la seule base de la violation du respect du principe de proportionnalité en tant que principe général distinct, considérant comme superflatoire le contrôle en regard de la liberté d'entreprise (C.J.U.E., 6 décembre 2005, aff. jointes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04), *ABNA et c. Ministero della Politiche Agricole e Forestali et csc.*

ceux-ci (30). Renvoyant explicitement à l'état du droit de l'Union, d'aucuns y voient également l'affirmation du fait que ladite liberté n'est pas destinée à être plus limitée que le principe général qu'elle recouvrirait auparavant (31). En toute hypothèse, la valeur et la portée réelle de la disposition au sein de la Charte pose questions si l'on cherche à déterminer ses effets potentiels.

Ensuite, l'objet de ladite liberté n'est pas autrement précisé que par son énoncé : liberté d'entreprise. L'expression n'est pas identique aux différentes appellations retenues par la Cour dans sa jurisprudence antérieure, dont les contenus pourraient être couverts par d'autres dispositions de la Charte. Ainsi l'article 15 vise le droit d'exercer une profession librement choisie ou acceptée ainsi que la liberté de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre. Comment dès lors baliser l'objet réel de l'article 16 de la Charte ?

Un début de réponse paraît pouvoir être trouvé dans le commentaire officiel de la disposition contenu dans les « explications ».

9. Les « explications » officielles de l'article 16 : un statut incertain. Concomitamment à la proclamation de la Charte dans sa première version, un document explicatif de son contenu a été établi, intitulé « Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux ». Il a fait l'objet d'une version révisée en 2007 accompagnant le texte de la seconde version de la Charte, qui aurait dû être intégré dans le Traité constitutionnel (32). Ce Traité constitutionnel n'étant finalement pas entré en vigueur, suite au « non » des *réferendum* français et néerlandais. La Charte – et ses explications – n'ont finalement été intégrées à aucun Traité mais, on l'a vu, la Charte a reçu force obligatoire et valeur de Traité par l'article 6 du T.U.E. précité (33).

Les « explications » indiquent clairement en préambule ne pas avoir en soi valeur juridique mais ne constituer que « un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte ».

(30) P. OLIVER, « What purpose does article 16 of the Charter serve? », in *General Principles of EU law and European private law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, p. 285, § 12.03 et *réf. citées*.

(31) *Idem*.

(32) Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, J.O.U.E., 14 décembre 2007, C-303/17 et s.

(33) Pour un résumé plus précis de l'évolution de la Charte au travers des subséquents institutionnels entourant les modifications des traités européen et leur aboutissement dans le Traité de Lisbonne, voy. S. KOUKOULIS-SPILIOPOULOS, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits invocables ? Un appel à la vigilance », *op. cit.*, pp. 265 à 269.

Pourtant, le titre VII de la Charte intitulé initialement « Dispositions générales » a été modifié lors de l'adoption du Traité de Lisbonne en « Dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte ». Un § 7 a aussi été ajouté à l'article 52 de la Charte énonçant que : « Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres ».

Ces modifications doivent se lire en parallèle avec l'article 6, § 1^{er}, al. 3, du T.U.E. qui indique que « Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celles-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ».

À la lecture de ces dispositions de la Charte et du T.U.E., on pourrait être tenté de voir dans les « explications » des directives interprétatives obligatoires limitant drastiquement la marge de manœuvre des juridictions. Il nous semble cependant que si elles peuvent avoir pour effet de limiter celle-ci, c'est uniquement par une obligation de « prendre en considération » et donc d'utiliser celles-ci dans leur travail interprétatif⁽³⁴⁾. Mais les juridictions européennes pourraient s'en éloigner, voire théoriquement aller à leur rencontre, celles-ci ne devant pas être suivies⁽³⁵⁾. Pour le juge Lenaerts, qui leur accorde une importance plus grande que des travaux parlementaires en pratique, il est toutefois difficile d'imaginer un juge défendre une interprétation contraire à celles-ci, sous peine d'« activisme judiciaire ». Ce ne serait donc, d'après lui, qu'au cas où les explications s'avèreraient incomplètes et n'apporteraient pas de réponse au juge que ce dernier pourrait alors récupérer son pouvoir plein et entier d'interprétation⁽³⁶⁾.

(34) Ce qui constitue bien entendu un contrainte importante pour les juges, voy. pour une telle constatation, M. BENILO-CARABOT, « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. Entre instrumentalisation et "fondamentationalisation" », *R.D.H.*, 2012, p. 98.

(35) Dans le même sens, S. KOUKOURIS-SPILIOPOULOS, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits invocables ? Un appel à la vigilance », *op. cit.*, p. 286, n° 36, pp. 288 et s., n° 41 et s., p. 297, n° 57.

(36) K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights », *European constitutional law review*, 2012, p. 402. Comp. L. BURGOUB-LARSEN, « Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 681 et 882 : « Même si l'utilisation

10. Les explications de l'article 16 de la Charte et la jurisprudence de la Cour. Vu leur importance, il convient de reproduire ici l'intégralité des explications relatives à l'article 16 :

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

Ainsi, pour éclairer notre seconde question – celle du champ d'application matériel – les « explications » voient en la liberté d'entreprise la résultante d'une déclinaison de trois libertés ou une liberté à trois facettes, dont on peut dire qu'elles sont couvertes sans conteste par la disposition : la liberté d'exercer une activité économique et commerciale, la liberté de contracter et la liberté de concurrence. Si en droit belge, on lie traditionnellement la liberté de concurrence à la liberté d'entreprendre/d'entreprise, on la distingue de la liberté de (ne pas) contracter. En effet, cette dernière ne vient pas, à la source, du décret d'Allarde, mais est reconnue comme un principe général de droit contenu dans le Code civil⁽³⁷⁾. Remarquons également que les grandes libertés du Traité – libre circulation des travailleurs, liberté d'établissement et de prestation de services – n'entrent pas en tant que telles dans le champ de l'article 16 de la Charte⁽³⁸⁾.

d'autres règles interprétatives n'est pas exclues, la logique du paragraphe 7 impose qu'elles ne puissent intervenir qu'une fois utilisées et épuisées, au préalable, le jeu des explications ».

(37) voy. sur ce pt, Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », note sous Cass., 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013/4, p. 579, § 38.

(38) Elles sont par contre visées par l'art. 15 de la Charte. Récemment, la Cour a considéré qu'une restriction non justifiée ou disproportionnée à la libre prestation de services (art. 56 T.U.E.) n'est pas non plus admissible par rapport aux art. 15 à 17 de la Charte, sans opérer un contrôle additionnel de conformité (C.J.U.E., 30 avril 2014, aff. C-390/12, *Pfleger et autres*, §§ 87 à 60). Comp. Avec C.J.U.E., 13 février 2014, aff. C-367/12, *Susanne Scholt-Seebacher*, où la Cour considère que dès lors

Quant à la première question, elle nous semble s'éclaircir quelque peu également. La référence explicite du texte aux sources jurisprudentielles paraît indiquer que la valeur de cette liberté est à comprendre dans la continuité de celle qui lui était reconnue par la jurisprudence antérieure de la Cour, ainsi que dans celle des États membres. Or, on a vu que la Cour avait reconnu la liberté d'entreprise comme un principe général du droit de l'Union. Le problème est alors de savoir quel est leur statut après l'entrée en vigueur de la Charte (*cf. infra* n° 12).

11. Les acquis de la jurisprudence de la Cour après Lisbonne quant à l'objet de l'article 16 et son interprétation. La Cour se réfère à plusieurs reprises aux explications pour affirmer la prise en compte de la liberté d'entreprise.

Elle rappelle régulièrement d'emblée la déclinaison des trois libertés visées dans les explications pour fonder l'application de l'article 16 dans l'espèce qui lui est soumise (39). Aussi, dans plusieurs autres affaires, elle applique l'article 16 dans sa déclinaison de liberté contractuelle en application des explications (40). Elle souligne chaque fois devoir les prendre en considération conformément à l'article 52, § 7, de la Charte.

La Cour continue du reste fréquemment à avoir égard à sa jurisprudence antérieure pour justifier l'appel à l'article 16 de la Charte ainsi que pour, le cas échéant, préciser sa portée ainsi que les effets qu'elle lui reconnaît et les limitations qu'elle doit pouvoir subir au nom d'autres droits ou de l'intérêt général.

Dans l'affaire *Skey*, la Cour rappelle sa jurisprudence antérieure qui précisait que la liberté contractuelle comprenait notamment le choix du partenaire économique et la liberté de déterminer le prix pour une prestation (41). C'est du reste sur la base de ces deux facettes de la liberté contractuelle qu'elle constate en l'espèce une ingérence dans la liberté d'entreprise.

que l'art. 16 renvoie au droit de l'Union concernant son exercice, il renvoie à l'art. 49 T.F.U.E. relatif à la liberté d'établissement de sorte que le contrôle de conformité à cette seule disposition suffit, d'autant que les questions portaient spécifiquement sur cette dernière (§§ 21 à 23).

(39) C.J.U.E., 17 octobre 2013, aff. C-101/12, *Schaible c. Land Baden-Württemberg*, § 28.

(40) C.J.U.E., 22 janvier 2013, aff. C-283/11, *Skey Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, § 42 ; C.J.U.E., 18 juillet 2013, aff. C-426/11, *Alamo et c.*, § 32.

(41) C.J.U.E., 22 janvier 2013, aff. *Skey Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, § 43.

Dans diverses affaires, elle a aussi rappelé explicitement, conformément à sa jurisprudence antérieure, que la liberté d'entreprise n'est pas une prérogative absolue (42) et le cas échéant dans la fourchette, que pour apprécier la légitimité de l'ingérence dans la liberté d'entreprise, il convient de la prendre en considération par rapport à sa fonction dans la société (43). Dès lors si des limitations y sont apportées, elles doivent servir des objectifs d'intérêt général et ne pas constituer, au regard du but poursuivi, des interventions démesurées et intolérables qui porteraient atteintes à la substance de ladite liberté (44).

Il résulte de ce qui précède que la Cour comprend et interprète volontiers l'article 16 de la Charte à la lumière de l'acquis des décisions rendues avant l'entrée en vigueur de la Charte. Il est vrai que parfois également, la Cour, ne fait plus aucune référence à sa jurisprudence antérieure ou à la qualification de la liberté d'entreprise comme principe général de l'Union, singulièrement dans les décisions où elle a retenu une atteinte à la liberté d'entreprise (45).

12. La liberté d'entreprise : principe général de droit de l'Union v. droit/liberté protégée par la Charte ? La liberté d'entreprise, on l'a vu, a été reconnue par la jurisprudence de la Cour de justice en tant que principe général du droit de l'Union. Elle a été ensuite intégrée dans la Charte. Comme pour d'autres libertés fondamentales se pose la question de savoir quel est le sort dudit principe général après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Ni le T.U.E., ni la Charte ne règle la question.

La question est complexe et divise fortement les commentateurs, tandis que la Cour ne paraît pas fixée (46). En simplifiant quelque peu, elle oppose ceux qui voient dans la Charte une norme ayant remplacé le principe général pré-existant, ou à tout le moins, une

(42) C.J.U.E., 17 octobre 2013, aff. C-101/12, *Schaible c. Land Baden-Württemberg*, § 28.

(43) Par ex., C.J.U.E., 22 janvier 2013, aff. *Skey Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, § 45 ; C.J.U.E., 31 janvier 2013, aff. C-12/11, *Denise Mac Donagh c. Ryanair Ltd*, § 60.

(44) Par exemple, C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-59/11, *Association Kolopelti c. Graines Bau-mans SAS*, § 77 ; C.J.U.E., 6 septembre 2012, aff. C-544/10, *Deutsches Weindor eG c. Land Rheinland-Pfalz*, § 54.

(45) *Cf. infra*, les arrêts *Scarlet et Nélog*.

(46) Voy. par ex., H. C.H. HOFMAN et C. MIHAESCU, « The relation between the Charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU Law : Good administration as the test case », *European Constitutional Law Review*, 2013, 9, pp. 73 à 101 ; K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights », *op. cit.*, p. 402 ; P. OLIVER, « What purpose does article 16 of the Charter serve? », *op. cit.*, pp. 283 à 285.

norme hiérarchiquement supérieure aux principes généraux et ceux qui prônent la co-existence des deux normes sans hiérarchie, misant sur la complémentarité. Le débat ne se limite pas à une argumentation de technique juridique et dépasse en lui-même l'objet de la présente contribution.

L'enjeu n'est pas que théorique si l'on se souvient que certaines libertés ne reçoivent pas la même portée et les mêmes effets en tant que principe général du droit et liberté protégée par la Charte. Ainsi en est-il par exemple du principe de bonne administration, reconnu comme principe général de droit, mais dont le statut dans la Charte est incertain – droit ou principe ? – et diffère fortement concernant son champ d'application personnel notamment parce que l'article 41 ne vise pas les États membres comme destinataire des devoirs qu'il impose (47).

Concernant l'article 16 de la Charte et la liberté d'entreprise, l'enjeu de cette controverse est sans doute à relativiser.

D'abord parce que l'on ne voit pas en quoi aujourd'hui le champ d'application matérielle ou personnelle de la liberté d'entreprise pourrait diverger selon qu'elle est qualifiée de principe général de droit de l'Union ou de liberté protégée par la Charte.

Ce constat est renforcé par un autre : tant les explications que la Cour dans plusieurs de ses arrêts fait le lien entre l'article 16 de la Charte et les acquis de la jurisprudence antérieure, même si la Cour semble préférer dorénavant l'appréhender par l'article 16 de la Charte en la qualifiant de droit ou liberté (48).

La seule différence de régime entre les deux qualifications surviendrait de l'éventuelle qualification de « principe » de la liberté d'entreprise au sein de la Charte.

13. Statut des droits et libertés visés par la Charte ou la question de la qualification en « droit » ou « principe » : origine. Les principes d'interprétation de la Charte distinguent les « principes » des droits

(47) Sur cette problématique appliquée au principe de bonne administration, voy. spécifiquement H. C.H. HOFMAN et C. MIRANESCU, « The relation between the Charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU Law : Good administration as the test case », *op. cit.*, pp. 83 et s., spéc. p. 96 concernant le champ d'application personnel de l'art. 41 de la Charte.

(48) Pour un exemple où il est fait appel à l'art. 16 de la Charte tout en le qualifiant de principe général de droit de l'Union sur la base de sa jurisprudence antérieure : C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-59/11, *Association Koçopelli c. Graines Boumex SAS*, § 77.

et libertés pour ne reconnaître aux premiers qu'un effet moindre qu'aux seconds.

Pour tenter de comprendre cette subtile distinction, il convient d'en remonter à la source. Elle provient de la réticence de certains États à incorporer des droits économiques et sociaux dans la Charte. La reconnaissance des droits dits « sociaux » a posé problème dès lors que certains États craignaient qu'elle s'accompagne d'un glissement de nouvelles compétences au détriment des États membre en matière sociale (49). La perspective d'avoir à assumer des obligations positives en vue de leur réalisation nourrissait également la frilosité à les inclure dans la Charte d'autant qu'ils n'étaient pas toujours prêts à y voir des « droits subjectifs » directement invocables devant leurs juges nationaux, ne les considérant que sous forme de « programmes » ou d'objectifs à atteindre. Enfin, plusieurs États membres craignaient que la reconnaissance de certains droits économiques et sociaux ne provoque une « juridicisation » des politiques publiques, spécifiquement dans des domaines sensibles d'un point de vue budgétaire (50). Afin de leur permettre de dépasser leurs réticences, la Convention a introduit une distinction formelle entre les droits et libertés qualifiés de droits et ceux n'ayant valeur que de principe (51)/(52).

Il résulte donc de l'historique même de la disposition, que la distinction tient plus du politique que du juridique. La qualification de principe vaut pour des prérogatives que tous les États ne veulent pas reconnaître immédiatement à leurs citoyens, conservant d'ailleurs la possibilité de ne jamais mettre en œuvre des dispositions, à défaut d'y être obligés. Cette constatation est selon nous essentielle lorsqu'il s'agit de qualifier telle ou telle prérogative de la Charte.

(49) A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement – questions choisies*, *op. cit.*, pp. 90 et s.

(50) Conclusions de l'avocat général P. CRUZ VILLALON, 18 juillet 2013, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale contre Union locale des syndicats CGT et csts*, § 49.

(51) Sur la *ratio* de la distinction, voy. aussi L. BURGOURE-LARSEN, « Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes », *op. cit.*, pp. 683 et s.; K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights », *op. cit.*, pp. 399 et s.

(52) L'avocat général Cruz Villalon souligne que cette technique se retrouve de façon plus ou moins similaire dans plusieurs Constitutions d'États membres (Irlande, Espagne, France, Autriche, etc.) (Conclusions de l'avocat général P. CRUZ VILLALON, 18 juillet 2013, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale c. Union locale des syndicats CGT et csts*, § 48).

La distinction a été consacrée dans la seconde version de la Charte, principalement en son article 52, § 5, qui énonce que « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ». Elle est également visée à l'article 51, § 1^{er}, de la Charte qui indique que si les destinataires qu'elle vise doivent « respecter » les droits, ils ne doivent qu'« observer » les principes.

14. Portée de la distinction entre « droit » et « principe » dans la Charte. Les explications de l'article 52, § 5, attribuent deux effets à la distinction entre droits et principes.

D'abord, leur invocation ne concerne que l'interprétation des actes visés par la disposition et, dès lors, les principes ne « donnent pas lieu à des droits immédiats à une action positives de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres ». Selon l'expression d'Olivier De Schutter, ces principes ne sont pas des « épées » et donc ne peuvent « être invoquées devant le juge afin de réclamer de la part du législateur ou de l'exécutif l'adoption de certaines mesures déterminées à l'effet de les concrétiser » (53). On ne peut donc pas grand-chose contre la passivité des institutions qui ne prendraient pas de mesures pour les mettre en œuvre. Ce point ne paraît pas susciter de controverses (54) mais il convient de rappeler que l'article 51, § 1^{er}, enjoint cependant aux États de « promouvoir » l'application des principes dans le respect des compétences reconnues à chaque institution destinataire des règles contenues dans le Traité (55).

Ensuite, dès lors que la mise en œuvre des principes n'est que posttestative en ce sens que les principes ne doivent pas mais « peuvent

(53) O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 113; disponible sur <http://www.cridho.uclouvain.be>

(54) L. BURGOGNE-LARSEN, « Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes », *op. cit.*, p. 687, n° 50.

(55) Il ne s'agit donc pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu comme le souligne l'avocat général Ruiz Villalón (Conclusions de l'avocat général P. CRUZ VILLALÓN, 18 juillet 2013, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale c. Union locale des syndicats CGT et cts*, § 60).

être mis en œuvre » par le biais d'actes législatifs ou exécutifs, le texte de l'article 52, § 5, indique littéralement que « Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes » (56) c'est-à-dire les seuls actes de « mise en œuvre » desdits principes (57). Il en résulterait ainsi que les juridictions ne seraient pas tenues d'appliquer les principes dans des litiges entre particuliers, d'écarter les dispositions nationales contraaires ou de les interpréter conformément aux principes consacrés ou encore de condamner les États membres pour violation de ces dispositions (58).

Sur cette base, la doctrine se divise entre ceux qui paraissent s'en tenir à l'interprétation stricte du texte et ceux qui défendent au contraire une interprétation plus large et « généreuse » du texte. Selon ces derniers, on pourrait parfaitement invoquer les principes de la Charte concernant des actes législatifs ou exécutifs qui y porteraient directement ou indirectement atteinte même s'il ne s'agit pas sensu stricto d'un acte de mise en œuvre du principe. Il s'agit de l'« invocabilité d'exclusion (*exclusionary effect*) » (59) ou de l'« effet bouclier » selon Olivier De Schutter (60) faisant « obstacle à l'adoption de certains actes qui remettraient en cause le niveau de réalisation déjà atteint par des mesures de mise en œuvre ». Y voyant une application particulière de l'effet de standstill, d'ailleurs exprimé à l'article 53 de la Charte, ces auteurs indiquent que tant les institutions européennes qui exercent leur compétence que les États membres qui mettent en œuvre le droit de l'Union

(56) Nous soulignons.

(57) Les explications sont fidèles à cette interprétation dès lors qu'ils indiquent que « ils (ndlr les principes) acquièrent donc une importance particulière pour les tribunaux seulement lorsque ces actes sont interprétés ou contrôlés ». Voy. aussi l'interprétation donnée par l'avocat général Ruiz Villalón qui fait une distinction entre les actes de concrétisation essentielle et immédiate du principe et les autres actes de mise en œuvre, tous deux visés par les actes dont question à l'art. 52, § 5, de la Charte (Conclusions de l'avocat général P. CRUZ VILLALÓN, 18 juillet 2013, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale c. Union locale des syndicats CGT et cts*, §§ 69 à 71).

(58) N. VAN LEUVEN, « Droits et principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : pas d'opposition simple entre hard law et soft law », in *Les sources du droit revêtues*, vol. 1, Limal, Anhemis, p. 487 à la suite de K. LENAERTS, « La solidarité ou le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Rev. trim. D.H.*, 2010, p. 224, § 21.

(59) K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights », *op. cit.*, pp. 400-401.

(60) O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 112 et 113.

se voient interdire de diminuer la protection des principes de la Charte (61).

Il reviendra à la Cour de trancher, pour autant qu'elle soit saisie directement du problème d'interprétation.

15. La non application des principes en cas de litiges entre particuliers : l'arrêt AMS. Un arrêt AMS du 15 janvier 2014 éclaire cependant sur un autre point, la portée de la distinction, ainsi que, nous le verrons, sur le critère principal à prendre en considération (62). L'AMS est une association de droit français. En juin 2010, la CGT, syndicat français, avait désigné un représentant au sein d'AMS. Cette dernière a contesté cette désignation considérant que les conditions d'une telle désignation n'étaient pas remplies, en application d'une disposition du Code de travail applicable. Durant le contentieux d'annulation introduit par AMS contre la désignation, la conformité au droit de l'Union a été soulevée par le syndicat. Le tribunal d'instance de Marseille s'est laissée convaincre et AMS a formé un pourvoi en Cassation qui a posé deux questions préjudicielles à la Cour. En substance, il s'agit, selon la Cour, de savoir si l'article 27 de la Charte seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive 2002/14, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une disposition nationale de transposition de cette directive, telle que l'article L1111-3 du Code du travail, est incompatible avec le droit de l'Union, cet article de la Charte peut être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale.

Pour répondre à cette question, l'avocat général avait soulevé précisément la question de la qualification du droit contenu à l'article 27 de la Charte en cause, prévoyant sous le titre « Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise » que « [l]es travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ». Ce dernier a conclu à la

(61) Dans le même sens, A. BAILLEUX, E. BRBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Droits fondamentaux en mouvement – questions choisies*, op. cit., p. 94 ; L. BURGOGNE-LARSEN, « Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes », op. cit., p. 688 ; dans une publication ultérieure à celle précitée à la note 58 *supra*, Koen Lenaerts adopte également cette interprétation : K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU charter of fundamental rights », op. cit., pp. 402 et 403.

(62) C.J.U.E., 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale (AMS) c. Union locale des syndicats CGT et csrls*.

qualification de « principe » dudit droit (§ 56) principalement sur le constat que cette disposition contient plus une mission confiée aux pouvoirs publics qu'un devoir de protection d'une situation juridique individuelle directement définie (§§ 50 et s.) et que cette disposition renonce à définir une situation juridique individuelle et laisse au législateur de l'Union et au législateur national le soin de concrétiser le contenu et les objectifs énoncés par le « principe » (§ 54). (cf. le paragraphe suivant concernant les critères de distinction). Dans une interprétation audacieuse et fine de l'article 52, § 5, de la Charte, l'avocat général en conclut néanmoins à l'invocabilité de la disposition de la Charte, même à titre de principe, dans un litige entre particuliers (§ 80) même si la directive dont la violation était invoquée en l'espèce ne pouvait produire d'effet direct (§ 75).

La Cour considère aussi que si la disposition française est bien contraire à la directive invoquée en l'espèce (§ 29 de l'arrêt), cette dernière ne pourrait trouver à s'appliquer, en l'espèce, en tant que telle dans un litige entre particuliers (§ 36) à défaut d'interprétation conforme de la disposition nationale en cause avec la directive invoquée (§§ 42 et 43). Elle en vient alors à la question de savoir si l'article 27 de la Charte peut être invoqué dans le litige en question. Admettant, en se référant notamment à l'arrêt Fransson, que l'article 27 a vocation à s'appliquer à toute situation régie par le droit de l'Union (§ 42), et sans se référer à la distinction entre droit et principe, elle constate que, pour produire pleinement ses effets, il doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national (§ 45). Cet article se distinguerait dès lors de l'article 21, § 1^{er}, de la Charte dont elle avait admis qu'il se suffisait à lui-même – mais semble-t-il en tant que principe général – pour conférer un droit subjectif invocable en tant que tel (§ 47). Partant, elle en conclut que l'article 27 ne pouvait être invoqué dans le litige en cause et permettre ainsi à l'écartement de la disposition du Code du travail (§ 48).

Même si la Cour ne fait pas mention explicitement de la distinction entre droit et principe, ni d'ailleurs de l'article 52, § 5, de la Charte, il nous paraît raisonnable de considérer qu'au vu du raisonnement suivi sur ce point par son avocat général et de l'identité du critère retenu – le besoin de concrétisation ou de précision de l'article 27 de la Charte –, la Cour a considéré implicitement que en tant

que principe, le droit contenu dans cette disposition ne pouvait être invoqué pour faire obstacle à une règle nationale dans le cadre d'un litige privé (63).

Si le critère de distinction retenu entre droit et principe paraît convaincant, on reste très dubitatif quant aux conséquences que la Cour en tire en termes de non-applicabilité de l'article de la Charte dans les rapports de droit privé. Cet effet nous paraît en effet possible même pour les principes dès lors que ceux-ci peuvent être utilisés, selon les explications de l'article 52, § 5, pour l'interprétation des actes qu'il vise. On retrouve alors, il est vrai le problème d'interprétation visé au paragraphe précédent, mais on ne ferme pas alors la porte à un effet important que pourraient avoir les principes s'ils pouvaient être invoqués dans des litiges de droit privé. Et on évite de mélanger le problème de la portée du « principe » avec celui de l'effet direct des traités et de leur potentiel reconnaissance ou non d'un droit subjectif invocable entre particuliers.

16. Critères de distinction entre principe et droit dans la Charte. Le libellé du texte de la Charte – qui reprend par exemple le mot « droit » – est assurément le premier guide de l'interprétation. C'est ce que rappelle l'avocat général Trstenjak dans ses conclusions qui précèdent l'arrêt *Dominguez* à propos de l'article 31, § 2, de la Charte (64). Cependant, l'utilisation du mot « droit » ou « liberté » dans une disposition n'implique pas nécessairement l'exclusion de l'identification d'un principe par les explications (65). La Charte ne distingue pas du reste systématiquement en son texte, les principes des droits ou libertés qui y figurent.

Les explications de l'article 52, § 5, de la Charte ne sont pas, sur ce point, d'une grande utilité. Elles n'opèrent que par illustration

(63) Comparez avec A. BAILLEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *TSR/RDS*, 2014, p. 296.

(64) Conclusions du 8 septembre 2011, aff. C-282/10, *Dominguez c. Centre informatique et Préfet de la région Centre*, § 76. L'art. 31, § 2, de la Charte énonce que « Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés ».

(65) Par ex., l'art. 35 relatif à la protection de la santé débute en indiquant que « Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé (...) » mais les explications spécifiques à la vie digne et indépendante » mais est donné en exemple de principe par les explications de l'art. 52, § 5. Pour une même constatation, M. DE MOL, A. PAHLADISNG, L.R. VAN HEIJNINGEN, « Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie : Topassingsgebied en het onderscheid tussen "rechten" en "beginselen" », *SEW*, 2012, p. 232.

visant comme principes, le droit des personnes âgées (art. 25), l'intégration des personnes handicapées (art. 26) (66) et la protection de l'environnement (art. 37). Elle indique du reste, ce qui ne simplifie guère, que certaines dispositions peuvent contenir à la fois des droits et principes (égalité entre femmes et hommes (art. 23), protection de la vie familiale et vie professionnelle (art. 33) et protection de la sécurité sociale et aide sociale (art. 34) sans autre précision). Parfois, les explications propres à chaque disposition permettent de trancher (67).

Outre les explications plus précises relatives à chaque disposition, on doit dès lors s'en remettre à la casuistique et la recherche de critères utiles à l'analyse. Il faut sans doute s'en réjouir puisque le juge peut par ce biais s'octroyer une marge de manœuvre interprétative non négligeable, permettant de faire évoluer une liste évolutive de droits/libertés.

Récemment, des auteurs néerlandais ont proposé une liste de critères (68), que nous nous permettons de commenter et d'étendre quelque peu au vu, notamment, de l'enseignement récent de la Cour.

Certains critères se déclinent sur la nécessaire mise en œuvre des principes par des actes subséquents :

- le fait qu'une disposition soit dirigée vers une personne ou un citoyen en vue de le protéger (69) révélerait un droit alors que lorsqu'elle est dirigée vers une autorité sous forme de « mission » à accomplir, il s'agirait plutôt d'un principe. Il reviendrait alors au droit de l'Union et aux droits nationaux de le concrétiser dans des actes subséquents. Ce critère a notamment été utilisé par l'avocat général Ruiz Villalon pour qualifier de principe l'article 27 (droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise) de la Charte

(66) Confirmé par C.J. U.E., 22 mai 2014, aff. C-356/12, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, § 74.

(67) Sur cette base, Laurence Burgorgne-Larsen identifie encore 3 autres principes dans la Charte (L. BURGORGNE-LARSEN, « Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes », *op. cit.*, p. 686, § 49) : la protection de la santé (art. 35), l'accès aux services d'intérêt économique général (art. 36) et la protection des consommateurs (art. 38).

(68) T. BARKHUYSEN, A.W. BOS, « De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht : een actualisatie anno 2014 », *op. cit.*, p. 92.

(69) Nous regroupons ici deux critères proposés par les auteurs précités. Voy. aussi en ce sens, M. DE MOL, A. PAHLADISNG, L.R. VAN HEIJNINGEN, « Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie : Topassingsgebied en het onderscheid tussen "rechten" en "beginselen" », *op. cit.*, p. 233.

dans l'affaire *AMS* (70) et a été retenu ensuite explicitement par la Cour dans sa conséquence, le besoin de concrétisation de la disposition (71) ;

- l'utilisation de certaines expressions dans les dispositions de la Charte comme « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales » ou « l'Union reconnaît et respecte » renverrait aussi à des principes » (72). Ce critère, concernant *in casu* l'expression « dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales » à l'article 27 de la Charte est jugé déterminant par l'avocat général Ruiz Villalón pour la qualification de principe, tout en le liant au précédent (73) ;

(70) Conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalón, 18 juillet 2013, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale c. Union locale des syndicats CGT et c. s*, § 50 : « Il ressort de la Charte que les "principes" contiennent des missions confiées aux pouvoirs publics, et ils sont ainsi différents des droits, dont l'objet est la protection d'une situation juridique individuelle directement définie, même si leur concrétisation à des niveaux inférieurs est également possible » et § 51 : « Le fait que les principes se caractérisent par la notion de mission ressort également des explications relatives à l'article 52 de la Charte, dont la valeur interprétative est confirmée par le traité sur l'Union européenne lui-même, à son article 6, paragraphe 1, troisième alinéa. En effet, les explications offrent plusieurs exemples de "principes", qui sont construits comme des mandats confiés à "l'Union", celle-ci étant entendue dans un sens large, qui comprend toutes les institutions, mais également les États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union. Ainsi, l'article 25 de la Charte, qui est expressément mentionné dans ces explications, dispose que l'Union "reconnait et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle". En vertu de l'art. 26 de la Charte, le droit des personnes handicapées "à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté" doit faire l'objet de la même reconnaissance et du même respect. Une fois de plus, la mission confiée à l'Union réapparaît à l'article 37 de la Charte, qui exige qu'elle intègre et assure "[u]n niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité [...] conformément au principe du développement durable" ».

(71) C.J.U.E., 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale (AMS) c. Union locale des syndicats CGT et c. s*, § 45. Pour une affaire plus récente où la Cour semble faire à nouveau application de ce critère même si, en l'espèce, la qualification de principe retenue pour l'art. 26 décollait des explications de la disposition, ce que l'arrêt n'a pas manqué de relever, C.J.U.E., 22 mai 2014, aff. C-356/12, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, §§ 74 à 76.

(72) Conclusions de l'avocat général Trstenjak du 8 septembre 2011, aff. C-282/10, *Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, § 76 où l'avocat général voit dans l'utilisation des termes droits « reconnus » ou « respectés », le signe d'une « garantie de droit objectif » qu'il distingue de la reconnaissance d'un droit subjectif. Dans le même sens, M. DE MOLA, A. PAHLADISING, L.R. VAN HEIJNINGEN, « Inroepbaarheid in recht van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie : Topassingsgebied en het onderscheid tussen "rechten" en "beginselen" », *op. cit.*, p. 233.

(73) « En effet, au-delà de la proclamation du droit en elle-même et du devoir de le garantir qui en découle, la portée du droit directement assuré par l'article 27 de la Charte est extrêmement faible ("les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales"). Cela confirme le fait que cette disposition renonce à définir une situation juridique individuelle et laisse au législateur de l'Union et au législateur national le soin de concrétiser le contenu et les objectifs énoncés par le "principe". Il est vrai qu'"une information et une consultation" sont "garanties" à un titulaire, à savoir les travailleurs. Toutefois, il n'y a aucune précision sur le type d'information,

- Plus « concrète » serait la disposition, plus grande la chance d'identifier un droit. Le principe, relativement plus vague que le droit, inclurait en général une marge de manœuvre et de concrétisation assez grande (74). On admet ne pas être du tout convaincu par ce critère : il est dans la nature des droits et libertés fondamentales d'être imprécis et de laisser une large marge de manœuvre à son titulaire (75). C'est en réalité le propre de toute liberté de ne pas définir le champ d'action qui s'ouvre au titulaire pour réaliser la finalité qu'elle consacre : la liberté d'expression ne dit rien sur la manières infinies de s'exprimer, tout comme la liberté de penser, de conscience et de religion sur les manières infinies de manifester sa religion ou la liberté de vie privée sur celle de vivre pleinement celle-ci à l'abri d'autrui. Dira-t-on que celles-ci sont des principes et non des droits fondamentaux ? D'évidence, non.

- Si une disposition crée des prérogatives individuelles ou subjectives sans faire appel à une mise en œuvre législative ou réglementaire, il s'agirait plutôt d'un droit.

D'autres critères s'éclairaient des sources de ces dispositions tant dans la Charte qu'en dehors :

- Il faut utiliser la source externe de la disposition. Si, par exemple, elle provient de la Convention européenne des droits de l'homme, il y a fort à penser qu'il s'agit d'un droit alors que

les modalités de consultation, les niveaux visés ou les représentants concernés. Le contenu de ladite disposition est si peu déterminé qu'il ne peut être interprété que comme un devoir d'action confié aux pouvoirs publics afin qu'ils prennent les mesures nécessaires pour garantir un droit. Cette disposition ne définit donc pas une situation juridique individuelle, mais ordonne aux pouvoirs publics d'établir un contenu objectif (information et consultation des travailleurs) et certains objectifs (effectivité de l'information, représentativité en fonction des niveaux, et ce en temps utile) » (Conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalón, 18 juillet 2013, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale contre Union locale des syndicats CGT et c. s*, § 54). Voy. aussi, Conclusions de l'avocat général Trstenjak du 8 septembre 2011, aff. C-282/10, *Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, §§ 76 et 77.

(74) Dans le même sens, M. DE MOLA, A. PAHLADISING, L.R. VAN HEIJNINGEN, « Inroepbaarheid in recht van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie : Topassingsgebied en het onderscheid tussen "rechten" en "beginselen" », *op. cit.*, pp. 232 et 233.

(75) Dans le même sens, Conclusions de l'avocat général Trstenjak du 8 septembre 2011, aff. C-282/10, *Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, § 78 : « (...) les normes consacrant des droits fondamentaux peuvent en principe être rédigées de manière très abstraite, notamment pour pouvoir tenir compte des changements politiques ou sociaux ». Voy. aussi le bémol important qui accompagne la présentation du critère par M. DE MOLA, A. PAHLADISING, L.R. VAN HEIJNINGEN, « Inroepbaarheid in recht van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie : Topassingsgebied en het onderscheid tussen "rechten" en "beginselen" », *op. cit.*, p. 232.

si elle provient de la Charte sociale européenne, on identifiera, plutôt un principe. Ce critère a été expressément utilisé par l'avocat général dans ses conclusions relatives à l'affaire *AMS* dès lors que l'article 27 de la Charte est le reflet de l'article 21 de la Charte sociale européenne et des points 17 et 18 de la charte des droits communautaires des droits fondamentaux des travailleurs (76) ;

– la place dans la Charte elle-même peut également diriger l'interprète. Ainsi, toujours dans l'affaire *AMS*, l'avocat général Villalon considère que le fait même que l'article 27 soit insérée dans le titre IV « Solidarité » à côté d'autres droits dits « sociaux » permet de présumer sa qualité de principe (77) (78). Le cas échéant, la proximité dans la Charte d'autres dispositions reconnues comme droits fondamentaux, liée à une connexité et similitude de contenu, peut également jouer en faveur de la reconnaissance d'un droit fondamental (79).

La Cour paraît réticente à prendre une position claire et définitive sur la question de la qualification droit/principe. Néanmoins, nous estimons que dans l'arrêt *AMS*, elle a appliqué un critère relatif à la (l'absence de) nécessité de concrétisation de la règle contenue dans la Charte pour considérer que son article 27 n'avait qu'une valeur de principe.

I 7. Application à l'article 16 de la Charte : la liberté d'entreprise comme droit fondamental ou principe ? Sur la base de ces différents critères, il nous revient de prendre position quant à la qualification de la liberté d'entreprise inscrite à l'article 16 de la Charte.

(76) Conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalon, 18 juillet 2013, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale contre Union locale des syndicats CGT et csrls*, § 52.

(77) Conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalon, 18 juillet 2013, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale contre Union locale des syndicats CGT et csrls*, § 55.

(78) Voy. C.J.U.E., 22 janvier 2013, aff. C-283/11, *Slovak Republic v. Österreichischer Rundfunk*, § 46 où la Cour utilise le critère non pas pour trancher la question de la qualification mais pour justifier son contrôle de la proportionnalité : « Sur le fondement de cette jurisprudence et eu égard au libellé de l'article 16 de la Charte, qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte, la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique. Or, cette circonstance trouve notamment son reflet dans la manière dont il convient de mettre en œuvre le principe de proportionnalité en vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte ».

(79) Conclusions de l'avocat général Tstreniak du 8 septembre 2011, aff. C-282/10, *Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, § 79.

Différents critères d'interprétation visés ci-avant, tenant au libellé de la Charte et de son texte, paraissent plutôt favorables à la qualification de « principe ». La liberté d'entreprise n'est que « reconvenue » en faisant appel à une conformité « au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». Son libellé est on ne peut plus vague et imprécis, la jurisprudence antérieure – relayée par les explications de l'article 16 – ayant seul pu déterminer son étendue (par ex., liberté d'exploiter une activité économique, liberté de contracter, liberté de concurrence).

Ces critères d'interprétation, qui relèvent de la technique juridique, ne peuvent selon nous être surestimés. Ils sont construits a posteriori sans tenir compte de la situation initiale censée trouver une solution dans la distinction. À ce propos, le critère le plus essentiel pour une correcte qualification en droit ou principe, qui se retrouve en filigrane de la plupart des critères de qualification proposées et dans l'arrêt *AMS* précité, nous paraît être celui de la nécessité d'une mise en œuvre des mesures concrètes internes afin de rendre effectif le principe, contrairement au droit ou à la liberté fondamentale qui n'en ont nullement besoin. C'est en effet le seul critère qui fait écho au caractère éminemment politique de la distinction, excluant de lui-même une distinction fondée sur l'étude de la nature de la prérogative elle-même.

Il faut en effet se rappeler que la distinction est née du débat d'insérer les droits sociaux dans la Charte et du refus de certains États de le rendre effectifs sur leur territoire. Il faut aussi se souvenir que l'article 16 a alors été inséré, en tant que droit « économique », comme contrepartie de l'insertion des droits sociaux dans la Charte, d'où son libellé qui se rapproche très fort de celui utilisé pour ceux-ci (80). La logique qui a prévalu était donc la suivante : la reconnaissance de certains droits et libertés ne faisait pas l'unicité et n'étaient pas acceptée par certains États. Ils ont donc été insérés à titre de principe, permettant aux États membres de préparer – ou non – leur admission effective dans l'ordre juridique interne. Pour ce faire, des actes de mise en œuvre législatifs et réglementaires étaient nécessaires.

(80) Cf. *supra*, § 8.

Le problème de base pour qualifier la liberté d'entreprise est de savoir si concrètement et politiquement, il pose les mêmes difficultés que les droits sociaux en termes d'effectivité. La réponse nous paraît clairement négative. Plusieurs éléments vont dans ce sens.

Préalablement à sa reconnaissance dans la Charte, la liberté d'entreprise – on l'a vu – a été admise par la Cour de l'Union comme un principe général de droit de l'Union sur la base de la constatation de son admission préalable par les États membres en tant que « droit fondamental » (81). Il n'y aurait aucun sens à considérer aujourd'hui la liberté d'entreprise comme un principe nécessitant, pour son effectivité dans les États membres, des mesures de mise en œuvre particulières alors qu'elle a été reconnue auparavant comme suffisamment effective dans les États membres pour être qualifiée de principe général. À ce propos, il nous semble que la qualification préalable de « principe général du droit de l'Union » soit incompatible avec celle ultérieure de « principe » au sens de la Charte (82).

En outre, le critère même de nécessité de concrétisation nous paraît plaider pour la reconnaissance de la qualification de droit/liberté fondamentale pour la liberté d'entreprise. Celle-ci, comme les autres libertés publiques ou privées, est inconditionnée quant à son attribution : toute personne peut s'en prévaloir, pour autant qu'il ait la capacité juridique. On retrouve la même idée dans la « valeur résiduelle » qui lui est reconnue en droit public, comme il a été souligné dans le rapport qui y est consacré : elle contient un principe qui s'applique chaque fois qu'une loi restrictive n'y fait pas obstacle. La seule difficulté tient en sa reconnaissance *a priori* c'est-à-dire son attribution à l'individu par le droit objectif c'est-à-dire par une norme générale et abstraite. Dans une économie libérale, aucune mesure législative ou réglementaire n'est – en règle – nécessaire pour que la prérogative en cause puisse être exercée par un individu. Les réglementations viendront ensuite limiter cet exercice au nom de l'intérêt général ou des droits et libertés d'autrui.

(81) Cf. l'argumentation explicite dans C.J.U.E., 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold c. Commission*, §§ 12 à 14 et la reprise du raisonnement dans la jurisprudence ultérieure.

(82) Ce qui nous paraît aller dans le sens de la doctrine qui prône une application complémentaire des principes généraux et des droits fondamentaux (par ex. H.C.H. Hofman et C. Mihalescu, « The relation between the Charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU Law : Good administration as the test case », *op. cit.*, pp. 77 et s.) ou ceux qui ne voient pas de réelle différence entre les deux concepts (par ex., S. Koukouris-Spiliopoulou, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits invocables ? Un appel à la vigilance », *op. cit.*, pp. 269 et s.).

Enfin, la jurisprudence de la Cour concernant l'article 16 ne permet pas de supposer qu'elle y voit un principe plutôt qu'un droit. Que du contraire, son acceptation comme un droit fondamental nous paraît pouvoir se déduire de sa mise en balance avec les autres droits dans son test de « juste équilibre » et du fait qu'elle effectue aussi ce contrôle lorsque la règle litigieuse est d'application dans un litige entre personnes privées (cf. *in fine*, section 2).

Nous en concluons que l'article 16 doit être considéré comme un droit ou plutôt une liberté fondamentale au sens de la Charte et recevoir la pleine et entière portée réservée à celle-ci par la Charte. Une réserve peut cependant être faite sur la déclinaison de la liberté de concurrence dont l'effectivité dépend, il est vrai, de nombreux actes de concrétisation (pensons à la libéralisation de certains secteurs anciennement monopolisés) (83).

SECTION 2. LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE : LES PRINCIPES DE LA CHARTE ET LEUR APPLICATION RÉCENTE PAR LA C.J.U.E.

18. Le mode de résolution prévu par la Charte : le principe de proportionnalité de l'article 52, al. 1^{er}, de la Charte. La Charte ne s'arrête pas à la proclamation de certains droits ou principes en vue de permettre leur exercice actuel ou futur dans les États membres. Elle prévoit aussi explicitement les règles permettant d'en tracer certaines limites.

L'article 52, al. 1^{er}, énonce que : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Différentes conditions touchant tant à la forme qu'au fond sont ainsi prévues.

(83) Dans le même sens, P. Oliver, « What purpose does article 16 of the Charter serve? », in *General Principles of EU law and European private law*, *op. cit.*, pp. 295 et 296 et aussi p. 287 concernant la liberté de concurrence.

La condition formelle de légalité est connue et classique en matière de protection des droits fondamentaux. Nous ne nous y attardons pas. Viennent ensuite deux conditions de fonds.

La première condition en appelle au respect du « contenu essentiel » du droit ou de la liberté en cause. On vise d'évidence à éviter que l'autorité publique des États ou de l'Union elle-même ne confisque les prérogatives couvertes, sous peine de rendre leur exercice illusoire ou impossible. Il revient aux destinataires des règles contenues dans la Charte de déterminer la limite précise du « contenu essentiel », sous le contrôle de la Cour. On ne trouve pas de précisions dans les explications de cette disposition.

La seconde condition reprend l'exigence classique du principe de proportionnalité selon une formulation assez habituelle. Ce qui guide ledit principe est alors l'objectif admis pour justifier l'atteinte aux droits et libertés : un objectif d'intérêt général reconnu comme tel par l'Union ou le besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

19. La limite du contenu essentiel du droit ou de la liberté : exemples d'application à l'article 16 de la Charte. Différentes affaires mettant en jeu la liberté d'entreprise protégée par l'article 16 permettent de mieux comprendre la portée du critère du « contenu essentiel ». Le critère n'est pas nouveau. On le retrouve singulièrement énoncé dans d'anciennes décisions portant sur un contrôle de la Cour au regard de la liberté d'entreprise : les arrêts *Nold* (84) et *Kühn* (85).

La première affaire oppose un fournisseur d'accès autrichien UPC Telekabel Wien GmbH à deux sociétés de production cinématographique (86). Les deux sociétés de production demandaient au juge national de prononcer une injonction à un fournisseur d'accès à Internet consistant à bloquer l'accès à un site Internet à ses clients, ce site mettant en ligne des objets protégés, sans l'accord des titulaires de droits. L'injonction ne précisait pas quelles mesures le fournisseur d'accès devait prendre, étant entendu que ce dernier pouvait échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de ladite injonction en prouvant qu'il avait pris toutes les mesures raisonnables.

(84) Arrêt *Nold* préc., § 14.

(85) Arrêt *Kühn* préc., § 16. Voy. aussi arrêt *Hauer*, § 23 mais en matière de droit de propriété.

(86) C.J.U.E., 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, ci-après arrêt « UPC ».

La Cour admet qu'une telle injonction porte nécessairement atteinte à la liberté d'entreprise. En effet, elle restreint l'utilisation des ressources à la disposition du prestataire en l'obligeant à prendre des mesures susceptibles de représenter un coût important pour lui. De plus, elle peut avoir un impact considérable sur son organisation ou requérir des solutions difficiles et complexes (87). Néanmoins, la Cour estime que « une telle injonction n'apparaît porter atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise d'un fournisseur d'accès à internet » (88).

La Cour se fonde pour ce faire sur deux caractéristiques propres à l'injonction en cause. Celle-ci laisse d'abord, on l'a dit, le soin à son destinataire de déterminer lui-même les mesures concrètes pour atteindre le résultat visé. Il peut dès lors mettre en place les mesures les mieux adaptées à ses ressources et capacités, tout en maintenant une compatibilité avec les autres devoirs et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité (89). Ensuite, le droit autrichien permet au destinataire de l'injonction de s'exonérer de la responsabilité qui découlerait du non-respect de l'injonction dès lors qu'il aurait pris toutes les mesures raisonnables pour s'y conformer et qu'il puisse s'en justifier avant qu'une décision ne soit prise à son égard. Ce faisant, selon la Cour, il ne serait donc pas tenu de faire des sacrifices insupportables d'autant qu'il n'est pas lui-même l'auteur de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle (90).

Cette constatation d'absence d'atteinte au contenu essentiel de la liberté d'entreprise a été faite également dans l'affaire *Sky Österreich* (91). Cette dernière était titulaire exclusif de droits de radiodiffusion télévisuelle des matchs de la Ligue Europa pour l'Autriche. Un litige l'opposait à ORF concernant le caractère gratuit d'une licence qu'elle était tenue de lui concéder pour réaliser de brefs reportages, en vertu d'une directive 2010/13 relative aux conditions d'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. La contrariété aux articles 16 et 17 de la Charte a été invoquée dans une question préjudicielle à la Cour de justice.

(87) Arrêt *UPC* préc., § 50.

(88) *Ibid.*, § 51.

(89) *Ibid.*, § 52.

(90) *Ibid.*, §§ 53 et 54.

(91) C.J.U.E., 22 janvier 2013, aff. C-283/11 *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*.

Séparant le contrôle du contenu essentiel de la proportionnalité, la Cour indique en guise de justification que : « En effet, cette disposition n'empêche pas l'exercice de l'activité entrepreneuriale en tant que telle du titulaire de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle. En outre, elle n'exclut pas que ce titulaire puisse exploiter son droit en effectuant lui-même, à titre onéreux, la retransmission de l'événement en cause ou encore en cédant ce droit par voie contractuelle, à titre onéreux, à un autre organisme de radiodiffusion télévisuelle ou à tout autre opérateur économique. » (92).

Dans une autre affaire, le litige oppose M. Alemo et d'autres employés à une entreprise privée, Parkwood Leisure LTD (ci-après « Parkwood ») au sujet de l'application d'une convention collective de travail (93). En 2002, l'un des conseils d'arrondissement de Londres, le Lewisham London Borough, Council avait cédé un de ses services à CCL Limited entreprise du secteur privé, qui avait repris les travailleurs de ce service dans son personnel. Au mois de mai 2004, CCL avait cédé ledit service à Parkwood, entreprise appartenant également au secteur privé.

À l'époque où le service dépendait du Lewisham, les contrats de travail entre celui-ci et les travailleurs bénéficiaient de conditions de travail négociées au sein du NJC, organisme de négociation collective dans le secteur public local. L'assujettissement aux accords négociés au sein du NJC découlait non pas de la loi, mais d'une clause contractuelle prévue dans le contrat de travail (94). Parkwood ne participe pas au NJC et ne pourrait en aucun cas le faire, puisque c'est une entreprise privée extérieure à l'administration publique. Un nouvel accord, conclu au mois de juin 2004 au sein du NJC, est entré rétroactivement en vigueur au 1^{er} avril 2004, avec effet jusqu'au 31 mars 2007. Cet accord a donc été conclu après le transfert de l'entreprise en cause à Parkwood. Par conséquent, Parkwood en a tiré la conclusion que le nouvel accord ne la liait pas et en a

(92) Arrêt *Sljy* préc., § 49. Jugé également que l'interdiction de l'indication « digeste » sur l'étiquette d'un vin n'affecte pas non plus la substance de la liberté professionnelle et de la liberté d'entreprise mais dans le cadre du contrôle de proportionnalité (C.J.U.E., 6 septembre 2012, aff. C-544/10, *Deutsches Weinstor et c. Land Rheinland-Pfalz*, §§ 54 à 58).

(93) C.J.U.E., 16 juillet 2013, aff. C-426/11, *Alemo-Herron et c.*

(94) Cette convention stipulait : « Pendant la durée de votre emploi au sein du [Lewisham], vos conditions de travail seront conformes aux conventions collectives négociées périodiquement par le [NJC] en complément des accords conclus localement par les comités de négociation du [Lewisham] ».

informé les travailleurs, auxquels elle a refusé l'augmentation de salaires convenue au sein du NJC, pour la période allant du mois d'avril 2004 au mois de mars 2007.

À la suite du refus de Parkwood de se soumettre aux accords conclus au sein du NJC, les travailleurs ont formé différents recours qui ont abouti devant la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) qui a posé différentes questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 3 de la directive 2001/23 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprise. Celle-ci prévoyait notamment que les droits et obligations du contrat de travail cédé étaient transférés au cessionnaire et que ce dernier devait maintenir les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle prévue pour le cédant, dans les limites temporelles que la directive détermine. Les questions portaient sur la question de savoir si la disposition en cause s'opposait à ce qu'un État membre prévoie, en cas de transfert d'entreprise tel que celui en cause au principal, que les clauses de renvoi dynamique aux conventions collectives négociées et adoptées postérieurement à la date du transfert soient opposables au cessionnaire.

Dans les conditions de l'espèce, la Cour a considéré que la liberté contractuelle dudit cessionnaire était sérieusement réduite au point qu'une telle limitation était susceptible de porter atteinte à la substance même de son droit à la liberté d'entreprise (95). La Cour avait en effet relevé que dans la mesure où s'agissait d'un transfert d'entreprise du secteur public au secteur privé, la continuation de l'activité du cessionnaire nécessiterait, eu égard aux inévitables différences qui existent dans les conditions de travail entre ces deux secteurs, des ajustements et des adaptations importants. Or, une clause de renvoi dynamique à des conventions collectives négociées et adoptées postérieurement à la date du transfert d'entreprise concerné, destinées à régler l'évolution des conditions de travail dans le secteur public, est susceptible de limiter considérablement la marge de manœuvre nécessaire à la prise des mesures d'ajustement et d'adaptation par un cessionnaire privé.

Ce faisant, il convenait de d'interpréter l'article 3 de la directive 2001/23 conformément à l'article 16 de la Charte, énonçant la liberté d'entreprise. La Cour déduit alors de la nécessaire prise en considération de la liberté d'entreprise, que le cessionnaire devait avoir la possibilité de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel auquel il participe et de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique. Cependant, force est de constater que le cessionnaire en cause au principal n'a aucune possibilité de participer à l'organisme de négociation collective en cause. Dans ces conditions, ce cessionnaire 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 (96).

20. L'application du principe de proportionnalité et l'article 16 de la Charte. La Cour aborde la limitation de la liberté d'entreprise contenue à l'article 16 de la Charte conformément à sa jurisprudence antérieure. Considérant que la liberté d'entreprise n'est pas une prérogative absolue, elle doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société. Elle doit donc souffrir de limitations au nom d'objectifs d'intérêts généraux à apprécier à l'aune du respect du principe de proportionnalité (97).

L'arrêt *Sley* apporte sur ce point une précision qui mérite l'attention. Après la constatation d'un défaut de caractère absolu, en renvoyant à sa jurisprudence antérieure, la Cour indique que « Sur le fondement de cette jurisprudence et eu égard au libellé de l'article 16 de la Charte, qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte, la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique. » (98). Elle poursuit alors en énonçant que « Or, cette circonstance trouve notamment son reflet dans la manière dont il convient de mettre en

œuvre le principe de proportionnalité en vertu de l'article 52, § 1, de la Charte » (99).

La Cour semble reconnaître que tant par sa nature que par le libellé de l'article 16, la liberté d'entreprise est spécialement susceptible de larges limitations par les autorités publiques. Et que ces limitations pourraient être de plus d'ampleurs que pour les dispositions avoisinantes du titre II (Libertés). On peut notamment penser aux libertés de recevoir et communiquer de l'information (art. 11), à la liberté professionnelle et de travailler (art. 15) ou au droit de propriété, en ce compris la propriété intellectuelle (art. 17). Elle renvoie du reste au libellé analogue de certains droits sociaux contenus au titre IV de la Charte (Solidarité).

Faut-il s'en émouvoir ? À notre sens, non. Le parallèle aux droits sociaux trouve sa source dans l'histoire de la disposition, insérée pour garantir à tout le moins à la liberté d'entreprise une protection équivalente à ces droits (100). Du reste, toute la législation économique, en tant qu'elle balise et réglemente le marché et la manière dont les entreprises offrent leurs biens et services, est susceptible de venir limiter la liberté d'entreprise. Cette dernière, au vu de ses diverses finalités intrinsèques – exercer une activité économique, contracter, concurrencer, etc. – doit, une fois proclamée et reconnue, potentiellement subir le poids de ces limitations. En ce sens, elle ne peut être appréhendée, comme le texte de l'article 16 y invite, qu'au regard du droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales qui la façonnent. Le concept de liberté d'entreprise est essentiellement défensif dans une économie libérale « dirigée » dès lors que son affirmation en constitue d'emblée un socle principal mais que, dans le même temps, une part importante de l'activité de régulation tendra à en réglementer l'exercice et donc la limiter (101). Cette constatation ne relègue pas la liberté d'entreprise à un droit de « seconde » zone ou à un principe au sens de la Charte elle-même.

Le principe de proportionnalité étant un principe général du droit de l'Union, sa violation est parfois invoquée en même temps que celle de la liberté d'entreprise. Dans ce cas, la Cour opère le contrôle

(99) Arrêt *Sley* préc., § 47.

(100) Dans le même sens, P. OLIVER, « What purpose does article 16 of the Charter serve? », *op. cit.*, p. 293.

(101) Rappelons à ce propos qu'en son livre II, le nouveau Code de droit économique belge en fait le principe général de base de tout le droit qu'il contient.

(96) Arrêt *Alamo-Herron* préc., §§ 26 à 34.

(97) Voy. par ex., arrêt C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-59/11, *Association Kokopelli c. Graines Baumann SAS*, § 77; arrêt *Maa Donagh* préc., § 60; arrêt *Sley* préc., § 45.

(98) Arrêt *Sley* préc., § 46.

de conformité au regard du principe lui-même, renvoyant à celui-ci lorsqu'elle statue sur la conformité à la libre entreprise (102).

Les fondements invoqués pour justifier l'atteinte sont divers et variés. Il s'agit le plus souvent d'autres droits ou libertés fondamentales protégées par la Charte (droits de propriété intellectuelle (art. 17) (103), liberté de recevoir et de communiquer de l'information (art. 11) (104), la santé publique (art. 35) (105), la protection des consommateurs (art. 38). Il peut également s'agir d'objectifs d'intérêt général reconnus tels quels par la Cour : l'amélioration de la productivité des cultures de légumes (106), la protection des joueurs (107), la protection des intérêts des travailleurs (108), la protection sanitaire et la réalisation d'un marché intérieur agricole (109), etc.

La Cour se lance alors dans une analyse des moyens mis en œuvre pour réaliser ces objectifs et contrôler si la réglementation litigieuse opère ou permet d'opérer une balance d'intérêts n'impliquant pas une limitation disproportionnée de la liberté d'entreprise. On n'entrera pas dans le détail descriptif des raisonnements souvent techniques et laborieux, éminemment spécifiques aux cas d'espèce.

Deux remarques peuvent cependant être faites.

La première concerne la liaison intrinsèque de la mise en œuvre du principe de proportionnalité avec la compétence de celui qui édicte la norme. Le principe est utilisé ici – et c'est traditionnel – pour apprécier un acte *a priori* valide dès lors qu'il est pris par une autorité dans le cadre des limites externes de celle compétence. Il agit alors à la marge pour sanctionner un excès, se marquant par des effets disproportionnés à l'égard d'autres valeurs relevant également de l'intérêt général ou des droits et libertés d'autrui. On part nécessairement d'un acte formellement légitime dont la validité peut néanmoins être remise en question.

(102) Voy. par ex., arrêt *Kokopelli* préc., § 79; arrêt *Mac Donagh* préc., § 64.

(103) Par ex. l'arrêt *Sky* préc.

(104) Par ex. les arrêts *Sabam* commentés *infra*.

(105) Arrêt *Deutsches Weintor* préc., § 45.

(106) Arrêt *Kokopelli* préc., § 43.

(107) Arrêt *Pfleger* préc., §§ 41 et 42 où l'atteinte à la libre prestation de services était principalement invoquée (art. 56 T.F.U.E.). La protection des joueurs était également liée aussi à la protection des consommateurs.

(108) Arrêt *Alena-Herron* préc., § 25.

(109) C.J.U.E., 17 octobre 2013, aff. C-101/12, *Schaible c. Land Baden-Württemberg*, § 35.

Cette singularité se marque particulièrement dans la jurisprudence de l'article 16 dès lors qu'il s'agit de valider ou non une règle édictée par l'Union. La Cour se sert alors largement de la marge de manœuvre qui prévaut nécessairement *a priori* dans une application de la proportionnalité au sens strict. Elle rappelle bien entendu que ce principe de proportionnalité implique que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes de la réglementation en cause. Mais si un choix s'ouvre entre différentes mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts vérifiés (110). Cela étant, la Cour ne manque pas alors de souligner le large pouvoir d'appréciation qu'elle reconnaît au législateur de l'Union, par exemple dans le domaine de l'agriculture (111). Elle limite dès lors son pouvoir de contrôle de l'appréciation de l'Union à ce qui apparaîtrait manifestement erroné ou disproportionné au vu des éléments dont l'institution de l'Union disposait au moment de l'adoption de la réglementation en cause (112). Elle énonce dans la foulée, dans l'arrêt *Kokopelli*, que l'importance des objectifs poursuivis peut justifier des restrictions ayant des conséquences négatives, même considérables, pour certains opérateurs économiques, pour autant que le législateur ait pleinement tenu compte des intérêts en présence (113).

La seconde remarque a trait à la mise en œuvre du principe de proportionnalité en cas de conflits entre différents droits et libertés, dont la liberté d'entreprise. Elle modifie alors quelque peu les modalités de son contrôle de proportionnalité en le dirigeant vers « un juste équilibre » entre les différents droits. Ce phénomène est particulièrement visible dans la jurisprudence étudiée. Nous y consacrons donc un paragraphe distinct.

21. La déclinaison de la proportionnalité en juste équilibre entre droits et libertés : exemples d'application. Diverses décisions remarquables font une recherche du juste équilibre entre droits et libertés fondamentales qui s'affrontent avec la liberté d'entreprise. La

(110) Arrêt *Schaible* préc., § 29.

(111) Voy. arrêt *Schaible* préc., aussi arrêt *Kokopelli* préc., § 39. Comp. C.J.U.E., 22 janvier 2013, aff. C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, où la Cour, il est vrai, pouvait se prévaloir de la sauvegarde de l'art. 11 de la Charte pour justifier de la mesure prise par une directive et de l'atteinte à la liberté d'entreprise.

(112) Arrêt *Schaible*, §§ 47 à 50.

(113) Arrêt *Kokopelli* préc., § 40.

plupart du temps, d'autres droits fondamentaux viennent en aide à la liberté d'entreprise, qui y trouve une « alliance » renforçant sa protection (114). Souvent, on l'a vu, la limitation recherchée se justifie elle-même sur un ou plusieurs droits fondamentaux.

Deux d'entre elles retiennent particulièrement l'attention dès lors qu'elles ont débouché sur la constatation de l'absence d'équilibre induite de l'application de la règle litigieuse, sans même faire appel au principe de proportionnalité.

Elles ont trait toutes deux à des actions en contrefaçon civile à l'égard d'intermédiaires en ligne qui permettaient le stockage ou la transmission de produits contrefaits. Plus précisément, il s'agissait principalement de savoir quel type d'injonction pouvait prononcer une juridiction à l'égard d'un intermédiaire en vue de prévenir les atteintes futures aux droits de propriété intellectuelle. Ces deux affaires opposaient la Sabam au fournisseur d'accès Scarlet d'une part (115), et à l'exploitant de la plateforme de réseau social en ligne Netlog d'autre part (116). La société belge de gestion de droits de mandat qu'une injonction soit prononcée en vue d'obliger les intermédiaires – un fournisseur d'accès internet et un fournisseur de réseau social – à mettre en place un système permanent de filtrage empêchant la mise à disposition ou la transmission de fichiers musicaux ou audio portant atteinte aux droits d'auteur (117).

Ces litiges ont été portés devant la Cour par des questions préjudicielles car se posait la question de la conformité de l'exigence de filtrage au regard de diverses directives, dont les directives 2001/29 et 2004/48 relatives à la protection des droits d'auteurs et voisins et la directive 2000/31 sur le commerce électronique.

(114) Sur ce phénomène d'alliance entre droits permettant le cas échéant de renforcer ici la liberté d'entreprise, voy. concernant la libre circulation et les droits fondamentaux, A. BAILLET-LATOUR, « Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire – Essai sur la figure du juge traducteur », *op. cit.*, spéc., pp. 341 et s.

(115) C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-70/10, *Scarlet c. SABAM*. Pour les rétroades de l'affaire jusqu'aux questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Bruxelles, voy. E. MONTERO, « Chronique de jurisprudence 2002-2008 », *R.D. I.L.*, 2009, pp. 23 et 25 et réf.

(116) C.J.U.E., 16 février 2012, aff. C-360/10, *SABAM c. Netlog*.

(117) Sur ces deux arrêts, voy. le commentaire très approfondi de D. GONZERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet* contre *Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre échanges illicites d'œuvres protégées sur l'internet », *R.D. I.L.*, n° 46, 2012, pp. 23 à 65. Voy. aussi, dans la perspective de l'application des règles relatives aux intermédiaires d'internet, Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération des responsabilités des intermédiaires de l'internet : une application délicate », in *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2014.

Ces injonctions étant demandées sur le fondement de droits de propriété intellectuelle, la Cour y a vu l'expression d'un double conflit impliquant l'article 17, al. 2, de la Charte qui protège la propriété intellectuelle. Le premier l'oppose à l'article 16 de la Charte qui protège la liberté d'entreprise des intermédiaires d'internet. Le second l'oppose aux articles 8 et 11 de la Charte protégeant les données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer l'information des utilisateurs des services litigieux. Elle en appelle dès lors à un « juste équilibre » et une « mise en balance » entre ces droits et libertés (118).

La Cour se réfère explicitement à l'enseignement de l'arrêt *Promusicae* du 29 janvier 2008 (119) opposant aussi une société de gestion de droit à un fournisseur d'accès internet. La situation divergeait cependant des deux affaires Sabam en ce sens que l'injonction tendait ici à ce qu'il soit ordonné que Telefonica, le fournisseur d'accès, révèle l'identité et l'adresse physique des utilisateurs de son service suspectés de violer les droits de propriété intellectuelle des membres de la société de gestion. La Cour y avait vu là un conflit entre les libertés et droits fondamentaux de propriété, de la protection juridictionnelle effective et de la protection des données à caractère personnel. Dès lors se posait la question de la « conciliation nécessaire » des exigences liées à la protection de ces différents droits fondamentaux au travers de l'interprétation de diverses directives en cause (120). La Cour avait considéré que ladite conciliation devait prendre la forme d'un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux, en ce compris les autres principes généraux comme le principe de proportionnalité, protégés par l'ordre juridique communautaire dans la transposition desdites directives, mais aussi dans leur interprétation (121).

Dans les deux affaires Sabam, la Cour a, sur cette base, considéré que les modalités spécifiques aux injonctions demandées violaient l'exigence de juste équilibre : la mise en place d'un système informatique complexe, coûteux, permanent et aux seuls frais de l'hébergeur

(118) Arrêt *Scarlet* préc., §§ 44 et 45 ; arrêt *Netlog* préc., § 44 et arrêt *UPC* préc., §§ 46 et s. où, cependant, la protection des données n'intervenait pas.

(119) C.J.U.E., 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae c. Telefonica de Espana SAU*, spéc. §§ 62 à 68.

(120) Arrêt *Promusicae* préc., § 65.

(121) Arrêt *Promusicae* préc., § 68.

en vue de garantir la protection de toute œuvre existante et future rompt l'équilibre avec la liberté d'entreprise (122), l'identification systématique des utilisateurs du service en vue de rechercher les fichiers illicites ou contenus illicites porte atteinte à la protection des données (123) et la distinction insuffisante entre le contenu licite et illicite dans le déploiement de la mesure enraye gravement la liberté de recevoir et de communiquer de l'information (124).

Il est intéressant de confronter ces deux décisions avec celle contenue dans l'arrêt UPC. Là aussi, la Cour part du principe que lorsque plusieurs droits fondamentaux sont en conflit, il incombe aux États membres qui transposent une directive, de se fonder sur une interprétation de celle-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux applicables, protégés par l'Ordre juridique de l'Union (125). Partant du constat qu'en l'espèce, il n'y a pas d'atteinte à la substance de la liberté d'entreprise, elle apprécie la mise en œuvre de l'injonction par le droit national autrichien au regard des particularités de ce droit. Ce dernier laisse au destinataire le choix de la mesure concrète et la possibilité d'échapper à d'éventuelles astreintes et à sa responsabilité pour non-respect de l'injonction, s'il a pris toutes les mesures raisonnables. C'est dans ce cadre qu'elle juge alors la possibilité laissée par le droit national d'atteindre le juste équilibre entre la liberté d'entreprise telle que restreinte en l'espèce et, d'une part, la liberté d'information des internautes et, d'autre part, les exigences de protection de la propriété intellectuelle. En l'espèce, elle conclut que si les exigences qu'elles déterminent sont remplies (126), tel est bien le cas.

Dans d'autres décisions, la recherche d'un juste équilibre ou d'une conciliation au sens de l'arrêt *Promusicae* est effectuée explicitement dans le cadre du contrôle de proportionnalité. C'est ainsi que dans l'arrêt *Sky* précité, la recherche d'un juste équilibre est

(122) Arrêt *Scarlet* préc., §§ 47 à 49 et arrêt *Nedlog* préc., §§ 45 à 47.

(123) Arrêt *Scarlet* préc., §§ 50 et 51 et arrêt *Nedlog* préc., §§ 48 à 50.

(124) Arrêt *Nedlog* préc., § 50.

(125) Arrêt *UPC* préc., § 46.

(126) Arrêt *UPC* préc., § 64 : « (...) à condition cependant que, d'une part, les mesures prises ne privent pas inutilement les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles et, d'autre part, que ces mesures aient pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle, ce qu'il appartient aux autorités et aux juridictions nationales de vérifier ».

utilisée pour justifier l'absence de disproportion de la mesure litigieuse. Après avoir contrôlé l'existence d'un objectif d'intérêt général qu'elle identifie dans le respect des libertés des recevoir des informations et à promouvoir le pluralisme dans la production et la programmation des informations, toutes deux couvertes par l'article 11 de la Charte (127) et le caractère nécessaire de la réglementation litigieuse (128), elle opère l'analyse du juste équilibre sous le couvert de la recherche d'une éventuelle disproportion (129). Elle en conclut alors à l'absence de disproportion et à l'existence d'un juste équilibre (130). Le même raisonnement se retrouve dans l'arrêt *Schaible* où toutefois le litige n'oppose pas deux droits fondamentaux mais la liberté d'entreprise d'éleveurs d'ovins et de caprins à l'intérêt général de lutter contre les épizooties de ces animaux (131). Dans d'autres encore, l'analyse du juste équilibre est simplement énoncée, s'effaçant ensuite totalement dans le contrôle de proportionnalité (132).

22. Vers une taxinomie plus précise des techniques de limitation de l'article 16 de la Charte ? Au vu des enseignements de la jurisprudence de la Cour analysée ci-avant et d'une lecture nourrie des modes de résolution de conflit de droit privé, il paraît utile de tenter de distinguer trois approches dans la mise en œuvre des limitations à la liberté contenue à l'article 16 de la Charte : la mise en œuvre du principe de proportionnalité au sens strict, le respect du contenu essentiel des droits et libertés et le juste équilibre entre les droits et libertés qui s'opposent.

(127) Arrêt *Sky* préc., §§ 51 et 52.

(128) Arrêt *Sky* préc., §§ 54 à 57.

(129) Arrêt *Sky* préc., §§ 58 et s., où la Cour passe de la nécessité d'une mise en balance des libertés (§§ 58 et 59) au juste équilibre : « Lorsque plusieurs droits et libertés fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union sont en cause, l'appréciation de l'éventuel caractère disproportionné d'une disposition du droit de l'Union doit s'effectuer dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de ces différents droits et libertés et d'un juste équilibre entre eux » (voir, en ce sens, arrêts du 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, *Rec.*, p. I-271, pts 65 et 66, ainsi que *Deutsches Weintor*, préc., pt 47) (§ 60).

(130) Arrêt *Sky* préc., § 67.

(131) C.J.U.E., 17 octobre 2013, aff. C-101/12, *Schaible* c. *Land Baden-Württemberg*, spéc. § 60 qui reprend le principe énoncé dans l'arrêt *Sky*.

(132) C.J.U.E., 6 septembre 2012, aff. C-544/10, *Deutsches Weintor* c. *Land Rheinland-Pfalz*, § 47 où la Cour fait référence à l'arrêt *Promusicae* et ainsi au « respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection des différents droits fondamentaux » mais opère ensuite une application de la proportionnalité à la limitation de la liberté d'entreprise au nom de la protection de la santé, convertie par l'art. 35 de la Charte. Une même lecture nous paraît devoir être faite de l'arrêt *Schaible*.

En filigrane de cette approche – et même s'il faut se méfier de toute conclusion hâtive au regard de l'analyse de la seule jurisprudence de la Cour concernant une seule disposition de la Charte – semble apparaître une certaine prise d'indépendance des techniques de contrôle sur le contenu essentiel et du juste équilibre par rapport à l'application du principe de proportionnalité *sensu strictu*, au bénéfice de la liberté protégée.

Au départ, dans la jurisprudence précédant l'entrée en vigueur de la Charte, l'analyse du contenu essentiel était totalement intégrée dans le principe de proportionnalité. L'atteinte à la substance de la liberté exprimait le résultat de l'intervention « démesurée » ou « intolérable » au regard des buts poursuivis (133). L'article 52 (1) précité de la Charte distingue néanmoins l'absence d'atteinte « au contenu essentiel » du droit, de la proportionnalité, en ce qu'il rattache cette dernière condition au principe de légalité dans sa première phrase. Il décrit ensuite, l'application du principe de proportionnalité dans une seconde phrase.

En effet, le non-respect du « contenu essentiel » peut se mesurer en dehors de tout rapport de (dis)proportion. Il exprime, selon nous, le point d'irréductibilité de tout droit : quel que soit l'intérêt poursuivi en justification de la réduction du droit ou de la liberté, il ne peut avoir pour effet de rendre l'exercice du droit ou de la liberté impossible dans le contexte du litige en cause. C'était par exemple le cas dans l'arrêt *Alemo-Herron* : l'entreprise ne pouvait négocier une hausse de salaire dès lors qu'elle était issue d'un processus de négociation collective auquel l'employeur était absent. Le problème n'est plus de savoir si l'atteinte est contrebalancée par un intérêt qui l'emporte ou si apparaîtrait une disproportion entre le bénéfice recherché de l'acte et les atteintes à la liberté. La mesure est interdite en ce qu'elle annihile tout exercice possible ou utile de la liberté dans le contexte spécifique du litige. L'absence d'atteinte au contenu

(133) Voy. par ex. Arrêt *Nold* préc., § 14 : « que, dans l'ordre juridique communautaire, il apparaîtrait de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est porté atteinte à la substance de ces droits ». Arrêt *Kohn* préc., § 16 : « Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, notamment dans le cadre d'une organisation commune des marchés, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ces droits ».

essentiel devient un préalable à toute analyse de pondération : celle-ci ne peut avoir lieu que s'il reste quelque chose à comparer.

La recherche du juste équilibre est plus difficile à cerner. Et son utilisation paraît ambiguë dans la jurisprudence analysée. Elle se justifie par le fait qu'une réglementation de l'Union, telle par exemple une directive, doit dans son élaboration veiller à un juste équilibre entre la protection des différents droits fondamentaux qui sont susceptibles d'être atteints par la mesure (cf. *supra*, l'arrêt *Pro-musicæ*). De même dans les affaires *Sabam*, où des droits de propriété intellectuelle affrontent la liberté d'information et la protection des données.

Il s'agit alors tous de droits fondamentaux qui s'affrontent. L'un ne peut *a priori* s'effacer devant l'autre. On ne peut partir du principe que l'acte législatif pris dans le cadre d'une compétence légitime, au nom de la protection de l'un d'eux, ne doit pas prendre en considération les autres droits et libertés qu'à la marge, pour éviter l'excès, ce qui est la logique intrinsèque de la proportionnalité. Cette dernière ne vise qu'à sanctionner un effet potentiellement disproportionné d'un acte pris dans les limites formelles d'une compétence et qui peut fonder l'atteinte *a priori* constatée. Un acte législatif peut limiter la liberté d'entreprise au nom d'un objectif d'intérêt général. L'affrontement est celui du bien-être général contre le bien-être individuel. La puissance publique joue son rôle dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées. Peut-il par contre favoriser un droit ou une liberté par rapport à une autre ? Une directive réglementant le droit d'auteur peut-il prévoir ou fonder la transmission des données de tous les clients d'un fournisseur d'accès à l'internet ? On peut certes l'imaginer, mais l'affrontement demande une pondération plus fine : un juste équilibre entre des droits fondamentaux d'égaux valeurs et dont le respect s'impose *a priori* avec la même intensité.

Le déséquilibre, dans cette perspective, n'est plus la disproportion ou la démesure des inconvénients produits (134). La recherche extrêmement fine de l'équilibre des droits fondamentaux dans l'arrêt *UPC* se distingue du contrôle des effets potentiellement démesurés

(134) Pour une comparaison serrée des termes « équilibre » et « proportionnalité » et leurs différences en terme de contrôle d'un acte, mais dans les rapports de droit privé, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes – Un mode de résolution de conflits basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 583 et s.

de la mesure litigieuse dans l'arrêt *Schaible*, plus abstraite, plus vague. Le contrôle de l'équilibre est plus fin, la nécessaire prise en compte d'un espace de compromis entre les différents droits fondamentaux l'implique.

L'équilibre doit être « juste ». Ce qui pourrait supposer que dans certains cas, il ne le serait pas. Quel serait donc cet équilibre « juste » ? Peut-être pourrait-il s'agir d'un appel à une correction qui doit être apportée au présupposé de l'égale valeur des droits fondamentaux entre eux. On a vu les subtiles différences entre droits, principes, principes généraux. Sans doute aussi entre un certain noyau dur des droits (voy. le titre I de la Charte : Dignité) pour lesquels on imagine qu'à titre tout à fait exceptionnel une limitation fût-elle légale (droit à la vie, à la dignité, interdiction de l'esclavage, etc.) et les autres. Et parmi ces derniers, on peut imaginer que certaines libertés puissent être considérées comme plus « fondamentales » en ce sens que leur respect s'impose avec plus de vigueur dans une société démocratique (« liberté d'expression ») ou dans une économie libérale (« droit de propriété »). Certains droits – dits socio-économiques – n'ont pas atteint le même degré de maturité juridique ou d'effectivité que les autres, etc. Le « juste » nous paraît permettre une prise en compte de ces nécessaires distinctions.

La jurisprudence n'est certes pas fixée. Elle utilise parfois le cri-tère à tort et à travers, alors même qu'il n'y a même pas de conflits de droits (voy. par ex. l'arrêt *Schaible*) ou sans réellement lui donner un sens, en dehors du principe de proportionnalité, lui enlevant en réalité toute utilité. L'appel à cette théorie du juste équilibre ne s'impose selon nous que si l'acte à contrôler au regard de certains droits ou liberté se justifie lui-même par la protection d'un droit fondamental ou si posé au nom de l'intérêt général, il implique des atteintes à différents droits et liberté. Mais dans ce dernier cas, le juste équilibre ne devrait être mis en œuvre que pour mesurer un partage équilibré des effets négatifs entre les deux droits fondamentaux.

En toute hypothèse, la distinction qui se dessine entre les trois approches sert clairement les droits et libertés fondamentales, en général, et la liberté d'entreprise, en particulier. Il est du reste remarquable que les trois arrêts qui sanctionnent sa violation (135)

(135) Les deux arrêts *Sabam* et l'arrêt *Alamo*, tous pré.

prennent place dans le cadre des deux techniques de limitation identifiées, à côté du principe de proportionnalité *sensu stricto*.

CONCLUSIONS : L'ARTICLE 16 DE LA CHARTE, UNE DISPOSITION UTILE ?

23. L'utilité et la « valeur » de la liberté d'entreprise comme droit fondamental de l'Union. Comme indiqué d'entrée de jeu, la reconnaissance de la liberté d'entreprise tout en haut de la hiérarchie des normes de l'Union est en soi un élément remarquable.

Elle force les destinataires de la Charte à la prise en compte de la liberté d'entreprise chaque fois que cette dernière se voit ébranlée par un acte au nom de l'intérêt général ou d'autres droits et libertés. C'est en soi un premier résultat positif (136). Elle empêche aussi de considérer définitivement la liberté d'entreprendre comme une valeur de seconde zone dans les États membres de l'Union, notamment lorsqu'elle est confrontée à des droits fondamentaux plus traditionnels (137). Elle est renforcée aux regards des objectifs d'intérêts généraux brandis par la puissance publique pour y porter fréquemment atteinte.

Même si sa violation est rarement sanctionnée (138), elle l'est néanmoins, comme la jurisprudence récente le démontre. L'article 16 de la Charte peut nourrir une défense efficace contre certains

(136) Dans le même sens, P. OLIVER, « What purpose does article 16 of the Charter serve? », in *General Principles of EU law and European private law*, op. cit., p. 299, § 12.08.

(137) Comparez : « Accordingly, it seems clear that Article 16 is reserved for extreme case, its primary function being to act as counterweight to other fundamental rights » (P. OLIVER, « What purpose does article 16 of the Charter serve? », in *General Principles of EU law and European private law*, op. cit., p. 299, § 12.08). Cela étant, la Cour ne lui fait pas toujours jouer ce rôle. Ainsi, lorsqu'elle s'abstient de faire un appel explicite à la liberté d'entreprise et à l'article 16 de la Charte. Voy. à ce propos, C.J.U.E., 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google c. ADPP et Mario Costeja González*, spéc. §§ 81 et 97 à 99 où la Cour conclut malencontreusement à la supériorité de principe du droit à l'oubli soutenu par les art. 7 et 8 de la Charte, tout en omettant d'invoquer tant l'art. 11 de la Charte sur la liberté de recevoir et de communiquer des informations, que l'art. 16 sur la liberté d'entreprise et en les réduisant à de simples intérêts opposés aux art. 7 et 8 de la Charte.

(138) Peut-être du fait de l'extension du contentieux relatif aux libertés économiques du traité mais qui sont exclues du champs d'application *sensu stricto* de l'art. 16 de la Charte, (en ce sens, P. OLIVER, « What purpose does article 16 of the Charter serve? », in *General Principles of EU law and European private law*, op. cit., p. 298, § 12.07).

actes particulièrement attentatoires. Elle apparaît d'ailleurs dans un contentieux de plus en plus fourni.

On a déjà souligné aussi la nature essentiellement « défensive » de la liberté d'entreprise – ou sa valeur résiduelle – dans une économie libérale où elle s'impose comme principe de base de la réglementation économique. Elle doit ainsi subir de nombreuses limitations qui s'imposent d'ailleurs souvent légitimement. La Charte renforce la protection du principe même si, dans une telle approche, les textes de limitation sont si nombreux qu'ils pourraient faire croire à un renversement de valeur. En ce sens, elle se distingue d'ailleurs d'autres droits socio-économiques défendus par la Charte ne recueillant pas *a priori* une place aussi prégnante dans chaque État Membre de l'Union.

Dans ce contexte, on croit au caractère soutenu des futures interventions de la Cour au nom de l'article 16 de la Charte, surtout dans des matières comme le droit des nouvelles technologies de l'information.

24. L'utilité et la verdeur de l'article 16 de la Charte en droit interne. La première utilité en droit interne paraît découler de la reconnaissance de la liberté d'entreprendre dans une norme hiérarchiquement supérieure à la norme législative qui, seule, la proclame en droit belge (le décret d'Allarde hier, le Code de droit économique aujourd'hui). L'effet d'une telle reconnaissance doit cependant être relativisé.

Comme il a été dit dans l'exposé consacré à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État, même si la disposition est de plus en plus souvent invoquée, elle n'a pas modifié le contrôle de ces juridictions. Cela semble dû tant au type de contrôle exercé qu'à une attitude pragmatique consistant à ne pas accorder une importance particulière au degré occupé dans la hiérarchie des normes dans les conflits de droits et libertés dont elles assurent le contrôle. Cela est sans doute dû aussi au fait que ces juridictions utilisent *a priori* le même instrument de résolution de conflit imposé par la Charte : les principes de légalité et de proportionnalité.

En ce qui concerne les relations de droit privé, on a vu que les personnes privées n'étaient pas les destinataires visées par les règles contenues dans la Charte. Sans rentrer ici dans le débat technique et controversé de l'effet horizontal potentiel des normes contenues

dans la Charte, il nous paraît néanmoins évident, à la l'analyse de la jurisprudence de la Cour, que l'effet de l'article 16 dans ce type de relation est indéniable. Il suffit pour s'en convaincre de constater que les trois arrêts qui concluent à sanctionner l'interprétation des directives dont elle a été saisie résultent de questions préjudicielles posées dans le cadre de litiges de droit privé (139). Comme l'a souligné la doctrine, cette invocation de la liberté d'entreprise et sa prise en compte par la Cour dans ce type de litige est un phénomène assez récent (140). En outre, plusieurs arrêts, ayant trait cette fois à la validité de tels actes intervenaient également dans le cadre de litiges entre personnes privées (141).

Le nombre de ces arrêts démontre en lui-même l'importance accrue que peut avoir en général, l'invocation de la violation d'un droit fondamental issu de la Charte dans un litige de droit privé et de la liberté d'entreprise en particulier. Il exprime aussi l'importance progressive de l'autonomie privée, tapie au cœur de la liberté d'entreprise dans les litiges où cette dernière est invoquée (142). Certes, l'invocation suppose que le litige primaire puisse se situer dans le cadre de l'application d'une norme européenne ou d'une norme nationale entrant dans son champ d'application. Il n'empêche, dans des secteurs économiques comme les services de la nouvelle société de l'information, où ces normes sont omniprésentes, l'invocation d'une contrariété à l'article 16 de la Charte peut s'avérer des plus judicieuses et utiles pour le procès national au fond.

Reste le problème de l'invocation directe du respect de l'article 16 de la Charte pour fonder un argument de violation directe

(139) Voy. arrêts *Sabam* et *Alemo-Herron*. Mais aussi les arrêts *UPC* et *Mac Donagh*. Dans les conclusions qui précèdent l'arrêt *UPC*, l'A.G. Villalon constate du reste avec justesse que « Les droits fondamentaux, qui sont désormais garantis au même titre que les traités en vertu de l'article 6 T.U.E., s'appliquent aux États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Les États membres sont dès lors tenus au respect de droits fondamentaux garantis par la Charte lorsqu'ils rendent des ordonnances au sens de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29. Il incombait en particulier aux juridictions nationales de prendre en considération ces droits » (§ 80).

(140) D. LEZYSKIEWICZ, « Horizontal effect of fundamental rights : in search of social justice of private autonomy in EU law? », in *General Principles of EU law and European private law*, op. cit., p. 185.

(141) Voy. par ex., les arrêts *Kokopelli* et *Sky*, analysés ci-avant et préc. Il est à noter que l'arrêt *Kokopelli* intervient dans le cadre d'une action en concurrence déloyale entre une association (*Kokopelli*) et une société commerciale reprochant à la première de mettre en vente des graines illégalement (cf. la description du litige, §§ 21 à 25 de l'arrêt).

(142) Pour un approfondissement de cet idée, voy. l'intéressant art. de D. LEZYSKIEWICZ, « Horizontal effect of fundamental rights : in search of social justice of private autonomy in EU law? », op. cit., pp. 171 et s.

dans un litige privé. C'est tout l'épineux problème de l'effet horizontal direct d'une disposition d'un traité. Elle mériterait un article en soi et nous ne l'abordons qu'incidemment en ces conclusions. C'est que, outre l'énorme controverse juridique qu'elle alimente à l'heure actuelle (143), ses effets éventuels paraissent devoir être fortement à relativiser en droit positif belge. La liberté d'entreprise est une de ces libertés économiques privées qui alimentent déjà fortement le contentieux dit « commercial » (144). L'exposé qui est consacrée à la place de la liberté d'entreprendre dans le contentieux de l'action en cessation commerciale en est la preuve la plus éclatante. La liberté d'entreprendre est au cœur de la théorie de la concurrence déloyale, sa violation en constitue son objet (145). Dès lors, l'invocation directe de l'article 16 de la charte n'aurait pas pour effet de forcer l'invocation de la liberté d'entreprise dans des litiges privés. Cette invocation est une réalité. L'enjeu serait plutôt de renforcer le poids éventuel de celle-ci lorsqu'elle est mise en balance avec d'autres droits et valeurs considérées comme fondamentales, comme la protection des données ou la liberté de recevoir et de communiquer des informations.

On déduit de ce qui précède que, assurément, l'article 16 de la Charte devrait avoir un bel avenir tant dans le paysage juridique belge qu'eupéen. Aux praticiens d'en tirer profit.

Thierry Léonard

(143) Pour un état de celles-ci et un exemple des discussions qu'elle alimente, voy. *General Principles of EU law and European private law*, op. cit., pp. 171 à 343. Voy. aussi I. HACHEZ, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux » in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 104 et s.

(144) Pour des exemples d'admission de l'opposabilité des libertés privées, dont la liberté d'entreprise, voy. Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », op. cit., pp. 572, §§ 30 et 32 ; *Conflits entre droits subjectifs, libertés citées et intérêts légitimes*, op. cit., pp. 513 et s.

(145) Voy. sur ce pt. Th. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.D.C.*, 2010, pp. 563 à 593.

LES ACTIFS ESSENTIELS PROTÉGÉS PAR UN DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : LA LIBRE CONCURRENCE FACE AU DROIT DE PROPRIÉTÉ ET À LA LIBERTÉ DE CONTRACTER

PAR

ALEXIA AUTENNE

CHERCHEUR QUALIFIÉE DU FNRS, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN ET À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES-UMONS

FRANÇOIS DELNOOZ

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR, À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES-UMONS CHERCHEUR AU CRIDS

MARC GOUVERNEUR

AVOCAT AUX BARREAUX DE MONS ET DE DINANT ET ASSISTANT CHARGÉ D'EXERCICES À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES-UMONS

INTRODUCTION

Nonobstant les ambiguïtés qui pèsent sur sa consistance exacte, la liberté du commerce et de l'industrie est traditionnellement associée à la liberté d'entreprendre, d'une part, et à la libre concurrence, d'autre part (1). C'est cette seconde dimension qui constitue la toile de fond de notre contribution. Nous y analysons une doctrine qui fait se rencontrer le principe de libre concurrence avec le droit de propriété et la liberté de contracter :

(1) Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique – L'interventionnisme économique des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 37. Voy. aussi G. CLAMOUR, « La "concurrence" dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », accessible via <http://www.droitconstitutionnel.org/congressmtp/textes2/CLAMOUR.pdf>.