

## LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE ET D'ENTREPRISE

Au nombre des libertés fondamentales applicables à l'activité économique, et indispensable à une société démocratique ou en voie de démocratisation, figurent la liberté contractuelle, la liberté de la concurrence et la liberté d'entreprendre.

La liberté d'entreprendre ou d'entreprise est un principe vivant, mouvant et dont l'application quasi quotidienne illustre sa réalité et son dynamisme.

Cette dernière est de loin la clé de voûte d'une économie libérale, qui met l'initiative privée au cœur de la vie économique. L'expansion du secteur privé serait impossible si les citoyens n'avaient pas la liberté intemporelle de choisir l'activité de leur choix et le mode d'exercice. C'est l'expression pure de la liberté économique.

La liberté d'entreprendre et la liberté de la concurrence sont pour beaucoup d'auteurs les deux piliers du principe séculaire de la liberté du commerce et de l'industrie. Ce principe explique en tout cas l'origine de deux libertés, qui nous paraissent aujourd'hui évidentes. Comme toutes les libertés, ce sont les fruits d'un long combat, d'une lente évolution.

### Origine historique de la liberté du commerce et industrie

Sous l'Ancien Régime, la liberté du commerce et de l'industrie n'existait pas. L'activité économique était réglementée par le système des corporations, dont la puissance et la rivalités ont fini par scléroser l'institution. C'est pourquoi, la recherche de la liberté en matière économique était une des préoccupations majeures des hommes politiques et économistes du XVIII<sup>e</sup> siècle, en particulier des physiocrates (Dupond de Nemours, Turgot ..etc).

Devenu Ministre de Louis XVI, Turgot supprima les corporations par un édit de Février 1776, établissant la liberté du commerce et de l'industrie. On peut donc affirmer que cette liberté est la première liberté proclamée et organisée en France. Selon l'édit de Turgot :

**« Toutes personnes françaises ou étrangères étaient libres d'embrasser et d'exercer dans tous notre royaume et notamment dans notre bonne ville de Paris, telle espèce de commerce et telle profession d'arts et métiers qui bon leur semblera et même d'en réunir plusieurs ».**

Malheureusement l'édit de Turgot eut une existence très éphémère, puisque dès le mois d'août 1776, un nouvel édit établit les corporations en les regroupant et en réduisant le nombre.

Le principe est néanmoins revenu à l'honneur dans les années précédant les Etats généraux et paraissait intimement lié au dogme politique de liberté.

On ignore les raisons exactes de l'absence de ce principe dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789. Il fallut attendre près de deux ans pour le trouver affirmé et même défini dans la loi du 2-17 mars 1791.

### Loi des 2/17 mars 1791

Ce texte fondamental, qui consacre la disparition des corporations, est connu sous le nom de décret d'Allarde (du nom du rapporteur à la constituante).

C'est un texte à portée fiscale (créa la patente), mais ses formules sont volontairement systématiques et de portée générale. L'article 7 dispose :

**« A compter du 1<sup>er</sup> avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminées et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ».**

Le décret d'Allarde n'interdisait pas les associations professionnelles libres. Des groupements se formèrent spontanément pour défendre les anciennes prérogatives et par là même fausser le jeu de la libre concurrence.

C'est pourquoi, pour parachever son œuvre, l'Assemblée vota la loi des 14-17 juin 1791, connue sous le nom de Loi Le Chapelier dont l'objet était la prohibition des corporations.

Art. 1<sup>er</sup> : **« L'anéantissement de toutes espèces de corporations de citoyens de même état et profession étant l'une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit ».**

La loi Le Chapelier a été abrogée par la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats mais le décret d'Allarde est toujours en vigueur et fait partie intégrante du droit positif français, tel que nous allons le voir dans les développements qui vont suivre.

### Que signifie actuellement la liberté d'entreprendre

La liberté d'entreprendre permet le libre exercice de toute activité économique. Elle comporte deux aspects : la liberté d'établissement et la liberté d'exercice.

Selon la première, toute personne physique ou morale de droit privé doit pouvoir fonder l'entreprise de son choix, avoir accès à l'activité professionnelle qu'elle souhaite. Autrement dit, elle signifie la libre création d'entreprise.

Une fois l'entreprise fondée, une fois l'accès à l'activité professionnelle garanti, au sens de la seconde branche de la règle, la personne juridique doit pouvoir librement exploiter cette entreprise ou exercer cette activité. C'est pourquoi, les conditions d'accès et d'exercice des différentes professions, notamment l'exigence d'agrément, de compétence, de solvabilité et plus généralement toutes règles de nature réglementaires limitant ou subordonnant l'accès à une profession doivent respecter l'équilibre entre la protection de l'intérêt général et l'atteinte à la liberté. Précis Dalloz (lib entre commer indust concurrenceliberté contractuelle

Le colloque étant consacré au 15<sup>ème</sup> anniversaire de la Constitution de la République du Mali, dans l'examen de l'application pratique de la liberté d'entreprendre par les différentes juridictions, nous accorderons une place de choix à la position du Conseil constitutionnel (I). Nous examinerons ensuite l'approche du Conseil d'Etat (II) et la Cour de cassation (III).

### I - Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre

Contrairement à l'article 14 de notre constitution, qui indique clairement que **« la liberté d'entreprendre est garantie dans le cadre des lois et règlements en vigueur »**, la constitution française ne fait aucune référence expresse ni au principe général de la liberté du commerce et de l'industrie, ni la liberté d'entreprendre spécifiquement.

La constitution de 1848 disposait dans son article 13 que « La Constitution garantie aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie ». En revanche, ni la constitution de 1946, ni celle de 1958 ne font allusions à cette liberté.

Dès lors la question cruciale, qui s'est d'ailleurs posée tardivement, était de savoir si la liberté d'entreprendre avait ou non une valeur constitutionnelle. L'intérêt d'attribuer la liberté d'entreprendre une valeur constitutionnelle est de pouvoir l'opposer à la loi, autrement dit, elle s'impose même au législateur qui ne peut pas la restreindre d'une manière excessive.

C'est à propos des nationalisations du 11 février 1982 que le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre par une décision très importante du 16 janvier 1982, confirmée par une décision du 11 février 1982.

D'après le Conseil constitutionnel :

*« la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».*<sup>1</sup>

Le conseil constitutionnel déduit la liberté d'entreprendre de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen, et précisément de son article 4<sup>2</sup>. Dans la décision, il la rapproche à deux reprises du droit de propriété, paraissant considérer que l'un ne va pas sans l'autre. Depuis cette date, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle à cette liberté a été confirmée à plusieurs reprises.

Cette interprétation par le Conseil constitutionnel de la liberté d'entreprendre a été, à la fois, vigoureusement critiquée<sup>3</sup> et énergiquement approuvée<sup>4</sup> par la doctrine.

Sans modifier le fondement, le Conseil va progressivement clarifier sa position, qui passera par une phase de d'inflexion avant de se stabiliser.

---

<sup>1</sup> Conseil constitutionnel, décisions 16 janvier 1982, Décision n° 81-132 du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation.

<sup>2</sup> Art. 4 « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminés que par la Loi ».

<sup>3</sup> F. SAVY, La constitution des juges, D. 1983, chron. 105. D'après le Doyen SAVY, « en reconnaissant la liberté d'entreprendre comme règle à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a « choisi une lecture libérale, ce faisant ... il s'est fait constituant », « il s'est érigé en souverain », il s'est refusé « à prendre acte de l'absence de toute référence à la liberté d'entreprendre dans la Déclaration de 1789 ».

<sup>4</sup> J. L. MESTRE, Le conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, D. 1984, chron. 1. D'après le Doyen MESTRE, la liberté d'entreprendre semble avoir été constamment évoquée au cours des débats de l'Assemblée Nationale Constituante avant l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : Voir SIEYES « Tout citoyen est pareillement libre d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux, ainsi qu'il le juge bon et utile pour lui-même. Nul genre de travail ne lui est interdit. Il peut fabriquer et produire ce qui lui plaît, et comme il lui plaît ; il peut garder ou transporter à son gré toute espèce de marchandise, et les vendre en gros ou en détail ». Archives Parlementaires de 1787 à 1860, p. 260. C'est pourquoi lorsque qu'ALLARDE propose de consacrer la liberté du commerce et de l'industrie à travers l'établissement de la patente, il indique clairement « vous êtes sans doute frappés de la simplicité de ce plan ; il est une suite de vos principes ; tout est respecté dans ce système, la propriété du citoyen et surtout sa liberté, la dignité de l'homme ».

Première étape de cette stabilisation, qui passe par d'une protection minimaliste, ressort de la décision du 4 juillet 1989, à propos de la loi modifiant la loi du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations :

*« Considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que **celles-ci n'aient pas pour conséquences d'en dénaturer la portée** »<sup>5</sup>.*

Cet attendu sera plusieurs fois repris dans d'autres décisions durant les années suivantes.

Deuxième étape, le Conseil assouplit sa position en ne faisant plus référence à la notion de « d'intérêt général », tout en excluant les atteintes excessives. On peut citer à cet égard la décision du 20 mars 1997 à propos de la loi créant les plans d'épargne retraite :

*«.. 51. Considérant que la liberté d'entreprendre, qui n'est ni générale ni absolue, s'exerce dans le cadre des règles instituées par la loi ; que les contraintes établies par le législateur en vue de préserver la sécurité financière des salariés, en ce qui concerne la création, la gestion et le contrôle des fonds d'épargnes retraite ne portent pas à cette liberté des **atteintes excessives** propres à en dénaturer la portée »<sup>6</sup>.*

Troisième étape, il revient à une position plus nuancée, notamment dans sa décision du 10 juin 1998 sur loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail :

*« (...) 26. Considérant, en deuxième lieu, qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, **les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée** ; qu'il revient ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit de travail, et notamment de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés »<sup>7</sup>.*

Quatrième étape, toute limitation doit être justifiée par des exigences constitutionnelles ou par un motif d'intérêt général. Il n'est plus fait mention de ce que la liberté d'entreprendre n'est générale ni absolue. La censure n'est plus limitée au cas où la liberté d'entreprendre serait « dénaturée ». Un certain contrôle de proportionnalité devient possible. La protection de la liberté d'entreprendre en sort sensiblement renforcée.

C'est la décision du 27 juillet 2000 qui illustre cette jurisprudence :

*« (...) 40. Considérant que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'il est cependant loisible au législateur de lui apporter des limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles (...) que, par suite, il incombe au législateur, en fixant les règles tendant à la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, de veiller à ce que leur application ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel du pluralisme »<sup>8</sup>.*

---

<sup>5</sup> Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989

<sup>6</sup> Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997.

<sup>7</sup> Décision n° 98-401 DC du 10 mars 1998. Le Conseil reprend cette formulation à l'identique concernant la loi relative à la réduction négociée du temps de travail dans sa décision du 13 janvier 2000, Décision n° 99-423.

<sup>8</sup> Décision n° 2000-433 du 27 juillet 2000 à propos de la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

La décision du 7 décembre 2000 à propos de la loi relative au renouvellement urbain :

« (...) 20. Considérant que le souci d'assurer « la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers » répond à un objectif d'intérêt général ; que toutefois , en soumettant à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité, le législateur a apporté , en l'espèce, tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi... »<sup>9</sup>.

Enfin, formulation la plus récente du considérant de principe :

« « (...) 13. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, **des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi...** ».

Il donne à la liberté d'entreprendre le contenu le plus large possible. **Elle n'est pas seulement le libre choix par l'individu de son activité, ni même le libre exercice de l'activité choisie. Elle va jusqu'à réserver en priorité à l'initiative privée les activités industrielles et commerciales conformément à la théorie libérales ».**

Déclaration, des droit de l'homme<sup>10</sup>

La liberté d'entreprendre est la clé de voûte de l'économie libérale qui repose essentiellement sur l'initiative privée.

Double limitation : limitation inhérente à la notion même de liberté en régime libérale.

**Limitation législative : organisation de certaines profession commerciales**

Limitation réglementaire : pouvoir de police Décentralisation arrêté municipaux

Signification actuelle

## **LE CONSEIL D'ETAT ET LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE**

---

<sup>9</sup> Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000.

<sup>10</sup> Le conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, Dalloz 1984, chron. p.1

Les juridictions administratives ont très tôt été confrontées aux atteintes de portées à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil d'Etat affirme le principe du « libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale »<sup>11</sup>.

Limites imposées sont inhérentes à la notion même de liberté en régime libéral : la liberté de chacun s'arrête là où commence celle des autres, la liberté ne doit pas nuire aux droits d'autrui.

Disposition d'ordre générale, on peut opposer toutes les restrictions résultant d'un autre texte de loi, et dans cette hypothèse la loi restrictive l'emporte sur la loi générale (CE, 6 déc. 1989, n°72442 et 72443 à propos de l'article L. 631-7 du C. C.H.)

## I. LIMITATION PAR LA LOI

Organisation de certaines professions commerciales

L'exercice de la quasi totalité des professions commerciales est réglementé. Condition de capacité d'aptitude, d'autorisation

Limitation spécifique à la qualité d'étrangers

Produit et symbole du libéralisme économique, la liberté du commerce et de l'industrie a subi depuis cette époque de multiples restrictions sous l'empire des nécessités économiques et de l'intérêt général.

Le principe passe désormais derrière les impératifs de l'ordre public, du droit des consommateurs, de l'environnement, de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'hygiène, de la santé, du principe de précaution, de l'exigence d'une certaine qualification professionnelle et de la subordination la plupart du temps à autorisation préalable de l'activité projetée<sup>12</sup>.

Mais malgré l'érosion, le principe subsiste et selon le Conseil d'Etat s'impose au pouvoir réglementaire<sup>13</sup> en tant que liberté publique,<sup>14</sup>. Le Conseil lui a même conféré le qualificatif de liberté fondamentale pour l'application de l'article L. 512-2 du Code de l'organisation judiciaire pour l'application du référé liberté<sup>15</sup>.

La Haute juridiction administrative le considère même comme un principe général du droit applicable indépendamment de tout texte<sup>16</sup> et parle plus directement du « principe de la liberté du commerce et de l'industrie »<sup>17</sup>, ce qui implique que le principe déborde la règle de la loi des 2-17 mars 1791.

Le Conseil a annulé l'article 1<sup>er</sup> du décret du 22 septembre 1989 qui limitait à deux fois par an la possibilité de procéder à des soldes<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> CE, 22 juin 1963, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, AJDA 1963, p. 460.

<sup>12</sup> Moncef KDHIR, *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : Mythe ou réalité ?* Dalloz, 1994, chron. 30. Selon cet auteur « Le droit français est dominé par le principe général selon lequel « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception ». Mais, en matière de liberté de commerce et de l'industrie, les restrictions sont si nombreuses qu'on peut presque tenter d'inverser le principe : « la restriction de police devient la règle, la liberté, l'exception » !, p. 4. note 10.

<sup>13</sup> CE, 27 avril 1998, Rec. Leb. p. 177, arrêt Cornette de saint Cyr.

<sup>14</sup> CE, 28 octob.1960, AJDA 1961, p. 20 – CE 16 déc. 1988, D. 1990, p. 201.

<sup>15</sup> CE, 12 nov. 2001, Cmmme de Montreuil-Bellay.

<sup>16</sup> CE, 26 juin 1959, D. 1959, p. 541.

<sup>17</sup> CE, 23 oct. 1981, AJDA 1982, p. 162.

<sup>18</sup> CE, 22 mars 1991, AJDA 1991, p. 650, note J.6P. Théron

Mais le Conseil précise dès lors qu'une disposition réglementaire trouve sa source dans un texte législatif, la violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être invoquée à son encontre<sup>19</sup>. Ainsi, à une disposition générale, on peut toujours opposer une limitation résultant d'un autre texte de même valeur, et dans cette hypothèse, le texte restrictif l'emporte sur le texte général<sup>20</sup>.

## II. Limitation réglementaire : pouvoir de police

Le Conseil d'Etat affirme dans un arrêt de principe que le maire détient « le pouvoir de prendre des mesures nécessaires pour remédier aux inconvénients qu'un mode d'exercice de la profession (...) peut présenter pour la circulation et l'ordre public<sup>21</sup> ».

### **LA COUR DE CASSATION ET LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE**

La Cour de cassation, Chambre criminelle a estimé que l'arrêté du préfet de police de Paris du 26 juin 1933, qui interdit sur la voie publique l'offre d'opérations commerciales et notamment le racolage de clients éventuels (...) comportement de nature à troubler l'ordre, la tranquillité publique ainsi que la liberté et la commodité de la circulation, n'entrave en rien le principe de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>22</sup>.

### **DROIT COMPARÉ ET DROIT EUROPÉEN**

La liberté d'entreprendre en droit comparé

ALLEMAND AUTRICHIEN ESPAGNOL ITALIEN

En Autriche : Liberté d'exercer une « activité lucrative ».

En Allemagne la liberté de la profession (article 6 alinéa 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale en RFA).

En Espagne, liberté d'entreprendre (art. 38 de la Constitution espagnole).

En Italie, la Liberté de « l'activité économique privée » (art. 41 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution).

La liberté d'établissement et la liberté d'exercice d'une profession

---

<sup>19</sup> CE, 19 nov. 1986, Sté Smanor, Rec. CE, p. 259.

<sup>20</sup> CE, 6 déc. 1989, n° 72442 et 72443.

<sup>21</sup> CE, 23 juin, 1963, précité.

<sup>22</sup> Cass. crim., 8 avril 1992, Gaz. Pal. 1993, 1, 8, note J. P. DOUCET .