



HAL
open science

L'envahissante irruption de la liberté d'entreprise en Europe

Etienne Pataut, Sophie Robin-Olivier

► **To cite this version:**

Etienne Pataut, Sophie Robin-Olivier. L'envahissante irruption de la liberté d'entreprise en Europe. Antoine Jeammaud; Martine Le Friand; Pascal Lokiec; Cyril Wolmark. À droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, Dalloz, pp.719-734, 2018, Études, mélanges, travaux, 978-2-247-13972-9. halshs-02266422

HAL Id: halshs-02266422

<https://shs.hal.science/halshs-02266422v1>

Submitted on 14 Aug 2019

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

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

L'envahissante irruption de la liberté d'entreprise en Europe
Remarques sur l'arrêt *AGET Iraklis*¹

Etienne Pataut et
Sophie Robin-Olivier
Professeurs à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université de Paris 1)
IRJS-IREDIÉS

VERSION DE TRAVAIL

Discuter des choix politiques essentiels est l'objet même de la démocratie. A cet égard, la question de la place respective à accorder aux libertés économiques, d'une part, et aux droits sociaux, de l'autre, leur complémentarité, leur éventuelle opposition, figure au tout premier rang de ces questions dont la discussion est d'autant plus vive qu'elle a trait à la conception la plus fondamentale que chacun se fait des rapports sociaux. Intrinsicquement vigoureux et sain, ce débat doit ou devrait se faire ouvertement, dans le cadre du fonctionnement d'institutions acceptées par tous. En témoigne avec éclat le dernier ouvrage du dédicataire des présents *Mélanges*².

L'extrême attention que celui-ci a porté au débat européen et à la construction progressive et chaotique du droit social européen aura aussi permis de mettre en pleine lumière le fait que ce débat nécessaire prend en Europe des formes particulières et peut-être un peu moins visibles, pour deux raisons. La première est que si l'histoire même de la construction européenne, qui a privilégié la voie du rapprochement économique, n'a certes pas empêché la construction d'un important pan social, il n'en reste pas moins que celui-ci n'a jamais tenu le même rang, pris la même densité, ni ne s'est vu accorder la même priorité que celle qui a toujours été reconnue aux considérations économiques. La seconde, qui en découle, est que la compétence sociale, désormais autonome, reste une compétence partagée entre l'Union et les Etats (comme, l'est également, il est vrai, la compétence concernant le fonctionnement du marché intérieur). A cet égard, la notion même d'« Europe sociale » est intrinsicquement ambiguë, en ce qu'elle peut désigner ou bien un transfert plus massif de compétence depuis les Etats vers l'Union ou bien l'adoption de règles — nationales ou européennes — qui iraient dans un sens du progrès social quelle que soit la définition que l'on en donne³. Dès lors, le sempiternel débat entre l'économique et le social se double, en Europe, d'une autre ritournelle, non moins constante : celle de la compétence.

La crise économique qui frappe violemment l'Europe depuis quelques années a conduit à renouveler profondément les termes de la discussion, par un complet bouleversement de l'architecture insti-

¹ CJUE, Gde Chambre, aff. C-201/15, *AGET Iraklis*.

² R. Badinter et A. Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015.

³ Sur ce point, v. récemment E. Mazuyer, « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? » *RDT*. 2017. 91.

tutionnelle de l'Union en matière économique⁴. La coordination des politiques économiques s'est en effet considérablement renforcée, notamment par la signature de plusieurs nouveaux traités, le Mécanisme Européen de Stabilité de février 2012⁵ et le Pacte Budgétaire Européen de Mars 2012⁶, complétés par différents règlements et directives visant d'une part à prêter assistance aux pays en difficulté et d'autre part à renforcer la coordination des politiques économiques des pays de la zone euro. On distinguera particulièrement parmi ces règlements celui qui a permis la mise en place du « semestre européen » ayant conduit à un strict contrôle des politiques nationales et notamment des politiques sociales, dans la seule perspective de la stabilité budgétaire et la réduction des déficits⁷, au point que l'on peut désormais parler d'une quasi-constitutionnalisation des politiques d'austérité⁸. Il est manifeste, dans cette nouvelle architecture institutionnelle, que les considérations sociales ne sont guère à l'honneur⁹ alors même qu'elles ont un profond impact sur les droits sociaux nationaux¹⁰.

De cette évolution, il était prévisible que la jurisprudence de la Cour ne sorte pas indemne¹¹. Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour montrent en effet que celle-ci a progressivement évolué, en un sens qui est parfois étonnant, parfois même un peu désespérant¹². En témoigne un récent arrêt, point de départ de la présente contribution, qui, plus de dix ans après les célèbres précédents *Laval* et *Viking*, rouvre la polémique sur l'influence des règles économiques européennes sur les règles sociales nationales¹³.

L'affaire est emblématique, au cœur des difficultés que pose à la société grecque la violente crise économique qui la frappe. Elle concerne un refus d'autorisation administrative de licenciement opposé à un licenciement collectif frappant près de deux cents travailleurs d'une entreprise grecque, filiale d'une société multinationale ayant son siège en France. Le refus d'autorisation était contesté par l'employeur qui a saisi les juridictions grecques, lesquelles ont à leur tour saisi la Cour de justice. La question préjudicielle mobilise différentes normes du droit de l'Union : la directive 98/59 relative aux licenciements collectifs¹⁴, les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union relatives aux libertés de circulation, la charte des droits fondamentaux, enfin.

⁴ Sur cette nouvelle architecture institutionnelle, v. part. S. de La Rosa, « La gouvernance économique de l'Union et le sens de l'intégration », *RTDE*. 2016. 513.

⁵ *Traité instituant le mécanisme européen de stabilité*, non publié au JO, disponible à : https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20150203_-_esm_treaty_-_fr.pdf

⁶ *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, non publié au JO, disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3A1403_3

⁷ Règlement (UE) n° 1175/2011 du 16 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *JOUE* n° L 306 du 23 novembre 2011, p. 12–24.

⁸ M. Dawson et F. de Witte, « Constitutional balance in the EU after the Euro-crisis », *Modern Law Review*, 2013. 817.

⁹ S. Robin-Olivier, *Manuel de droit européen du travail*, Bruylant, 2016, pp. 83 et s.

¹⁰ A. Seifert, « European Economic Governance and the Labor Law of the EU Member States », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2014. 311.

¹¹ A. Supiot, « Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen » in : A. Supiot (dir.), *Les gardiens des droits sociaux en Europe*, *Semaine Sociale Lamy*, n° 1746 Suppl. du 28 novembre 2016, pp. 5 et s.

¹² Pour un panorama récent, v. S. Robin Olivier, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », *Droit Social* 2016. 219.

¹³ Sur cet arrêt, v. déjà S. Laulom, « L'arrêt AGET Iraklis, un nouvel arrêt Laval ? », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1753, 23 janvier 2017.

¹⁴ Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE* n° L 225 du 12 août 1998, p. 16.

Trois textes, donc, dont l'applicabilité n'avait rien d'évident (I), et dont la mise en œuvre illustre les voies par lesquelles la liberté d'entreprise, désormais inscrite dans la Charte des droits fondamentaux, peut devenir une nouvelle entrave au développement du droit du travail (II).

I. Les paradoxes de l'applicabilité

Difficile entre toutes, la question du champ d'application du droit de l'Union est l'une de celles sur lesquelles converge l'attention des spécialistes de droit européen. Au-delà des puissantes théories, pourtant, la jurisprudence récente semble faire preuve d'une conception fortement téléologique de cette question, au point de subordonner l'applicabilité même des textes à des conceptions qui doivent bien plus à une certaine vision des relations sociales qu'à l'analyse juridique. L'arrêt *AGET Iraklis*, en mobilisant trois sources distinctes, en fait la lumineuse — si l'on ose dire — démonstration.

1. Applicabilité de la directive

La compatibilité entre l'interdiction administrative de licenciement et la directive sur 98/59 est appréciée rapidement par la Cour qui considère, en substance, d'une part que le régime juridique du licenciement n'entre pas dans le champ d'application de ce texte et reste donc de la compétence des Etats membres et d'autre part qu'il serait porté atteinte à l'effet utile de la directive si l'application trop stricte des conditions de l'autorisation administrative conduisait à une interdiction, de fait, des licenciements collectifs.

Un tel raisonnement, pourtant, peine à convaincre¹⁵ et apparaît à la fois contradictoire et paradoxal. L'objet de la directive, en effet, n'est certes ni d'autoriser ni d'exclure les licenciements collectifs, mais bien d'en encadrer la procédure. Il paraît donc exagérément formaliste de séparer aussi rigoureusement la procédure de ses effets pour conclure, comme le fait la Cour, que la question est hors du champ d'application de la directive. Le formalisme devient paradoxe lorsque la Cour invoque l'effet utile. Quel est donc cet effet utile de la directive auquel la législation nationale contestée porterait atteinte ? Que le droit grec affecte excessivement la liberté de l'employeur, liberté d'entreprise dont la Cour esquisse ici un rôle qui prendra plus d'ampleur quelques paragraphes plus loin, est envisageable. Que cette liberté de l'employeur soit considérée comme nécessaire à l'« effet utile » de la directive est tout de même un peu paradoxal, s'agissant d'une directive dont l'objectif de protection est clairement affiché dès le deuxième considérant, selon lequel : « il importe de renforcer la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs en tenant compte de la nécessité d'un développement économique et social équilibré dans la Communauté ».

En clair, d'un côté, l'inapplicabilité de la directive empêche de faire valoir l'article 5 de celle-ci permettant aux Etats d'adopter des mesures plus favorables aux travailleurs, tandis que, de l'autre, la détermination d'un effet utile qui n'est utile qu'à l'employeur permet de placer le droit social interne sous contrôle. Les règles de droit du travail se trouvent prises en tenaille et confinées au statut peu enviable d'atteintes à la liberté économique de l'employeur.

Dans ces conditions, il est difficile de se défaire de l'idée d'une interprétation du champ d'application de la directive fortement teintée de considérations substantielles. D'autant plus difficile que la Cour, dans une décision récente, avait déjà conclu à l'inapplicabilité du droit de l'Union, au nom d'une lecture littérale et un peu asséchante, du droit de l'Union¹⁶. L'espèce concernait une

¹⁵ V. la démonstration en ce sens de S. Laulom, *ibid.*

¹⁶ CJUE, 5 février 2015, *Nisttahuz Poclava*, C-117/14, RTDE 2015, p. 453, obs. S. Robin-Olivier, *Europe* 2015. 135, obs. A. Rigaux.

loi espagnole de flexibilisation du contrat de travail, portant la période d'essai à un an, pour certains contrats. Les demandeurs (et la Cour espagnole) invoquaient un vaste appareil normatif pour s'y opposer : conventions OIT, charte des droits fondamentaux, droit dérivé. La directive 99/70 sur le travail à durée déterminée aurait pu permettre de faire entrer la situation dans le champ du droit de l'Union, bien que, formellement, les contrats concernés soient des contrats à durée indéterminée, si la Cour de justice avait admis qu'une période d'essai si longue avant la conclusion définitive d'un contrat à durée indéterminée dissimulait en réalité un contrat à durée déterminée contraire aux dispositions de la directive ou aboutissait à priver la directive de son effet utile. Une telle interprétation aurait été aisée à justifier par les objectifs sociaux de ce texte.

La Cour s'est pourtant refusée à entrer dans ce débat, considérant que le droit de l'Union ne concerne pas la période d'essai et que la loi espagnole portait sur des contrats à durée indéterminée, non visés par la directive. Pour elle, la loi n'entraîne donc pas dans le champ d'application de la directive, dont l'inapplicabilité ne souffrait aucune discussion. On a déjà regretté une telle lecture¹⁷, qui ne tient nullement compte de l'objectif de flexibilisation pourtant affiché de la loi espagnole. Peut-être cet objectif était-il conforme au droit de l'Union mais seule une discussion sur le fond aurait permis de s'en convaincre.

Dans les deux cas, le rétrécissement de la portée sociale des textes permet de faire jouer la hiérarchie entre « libertés » économiques et « droits » sociaux. Que celle-ci réapparaisse à l'occasion de la mise en œuvre de directives dont l'objectif est explicitement protecteur n'est pas le moindre des paradoxes.

2. Applicabilité du Traité sur le fonctionnement de l'Union

S'agissant de la mise en œuvre des traités et, tout particulièrement, des libertés de circulation, tout a sans doute déjà été dit depuis les arrêts *Laval et Viking*, sur la contestable hiérarchie entre des libertés de circulation et les droits sociaux protégés par les législations nationales : les premières, au cœur de la construction européenne, feraient l'objet d'une interprétation large, auxquelles seules des exceptions pour motifs sociaux strictement entendues et passant sous les fourches caudines du principe de proportionnalité, permettraient d'échapper.

A cet égard, l'arrêt *AGET Iraklis* ne fait qu'ajouter une pierre à l'interprétation excessivement extensive de l'applicabilité des libertés de circulation. A première vue, l'affaire concerne en effet une situation purement interne, puisqu'il s'agit d'une décision administrative de licenciement prise par des autorités grecques, suite à la demande d'une société grecque dont il n'est dit nulle part qu'elle a des activités économique hors de Grèce. Si, pourtant, la liberté d'établissement est invoquée, c'est parce que la société en question est la filiale d'une société française. Ce seul élément justifie, pour la Cour, l'applicabilité de la liberté d'établissement. Mobilisant une importante jurisprudence antérieure, la Cour estime en effet que celle-ci implique une liberté de participer à la vie économique de l'Etat d'accueil, laquelle serait remise en cause par un interventionnisme étatique trop actif.

L'ampleur de l'explication justifie qu'elle soit intégralement citée (n° 56) :

« Une réglementation nationale telle que celle en cause au principal est ainsi de nature à rendre moins attrayant un accès au marché grec et, en cas d'accès à ce marché, à réduire considérablement, voire à supprimer, les possibilités, pour les opérateurs d'autres États membres ayant ainsi fait le choix de s'installer sur un nouveau marché, de moduler, par la suite, leur activité sur celui-ci ou d'y renoncer, en se séparant, dans ces perspectives, des travailleurs précédemment engagés. »

Pour dire le moins, l'explication étonne quelque peu. Tout d'abord, une vérification des précédents cités par la Cour montre que, dans tous les cas, étaient en cause soit des réglementations qui empê-

¹⁷ V. S. Robin-Olivier, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges », *Droit Social* 2016. 219, spéc. pp. 223 et s.

chaient l'accès au marché local, par des restrictions jugées excessives (contrôle étatique préalable, restrictions commerciales excessives, création de monopoles...) ¹⁸ soit des règles ou pratiques dont l'élément transfrontière résultait directement des faits eux-mêmes (accès à la protection sociale du mandataire social d'une société étrangère, atteintes aux actionnaires étrangers de la société locale, difficultés de transfert d'activité...) ¹⁹. La solution imposée par la Cour semble donc bien moins classique que celle-ci ne veut le laisser entendre.

Surtout, son caractère téléologique est frappant. L'élément de mobilité, en effet, ne résulte pas de l'analyse intrinsèque de la situation, mais bien exclusivement du contenu même de la loi grecque. En d'autres termes, c'est parce que la loi grecque est considérée comme constitutive d'une ingérence dans la liberté de l'employeur que la Cour estime excessive qu'elle porte atteinte à la liberté d'établissement. Que la loi grecque soit, en substance, une entrave excessive à la liberté d'établissement est discutable, on y reviendra. Mais considérer que ce caractère discutable permet d'induire l'applicabilité de la liberté d'établissement du fait du seul contrôle étranger de la société révèle un renversement de l'ordre du raisonnement qui ne peut manquer d'étonner et dont l'éventuelle généralisation ne laisse pas d'effrayer. Potentiellement, tout le droit du travail des Etats devient une entrave à la liberté d'établissement. Le droit du licenciement, en particulier, ne se trouve-t-il pas menacé dès lors qu'il n'est pas douteux qu'il restreint le pouvoir de l'employeur de moduler les activités de l'entreprise en se séparant des salariés ? La facilité avec laquelle la Cour caractérise l'entrave serait ainsi susceptible d'être étendue à l'ensemble du droit du travail. De ce fait, y découvrir une raison de déclencher son intervention au nom des libertés de circulation étend considérablement l'empire de son contrôle.

On s'étonne aussi de voir avec quelle facilité la Cour sait se jouer du cloisonnement des personnalités morales, pourtant souvent invoqué avec la plus extrême rigueur lorsqu'il s'agit d'imputer à la société mère les agissements de sa filiale ²⁰. Le décloisonnement des personnalités morales est l'un des premiers objectifs de toute réflexion sur la responsabilité sociale des entreprises. On découvre, avec une amère ironie, que cet objectif peut être atteint avec une aisance déconcertante lorsque cela permet à un actionnaire majoritaire d'être mis à l'abri des normes de droit du travail imposées à sa filiale. L'Union européenne aurait-elle pour fin de protéger les entreprises des protections du droit social ?

3. Applicabilité de la Charte des droits fondamentaux

Le même saisissant contraste se dévoile à propos de l'applicabilité de la charte des droits fondamentaux. Le champ d'application des droits sociaux fondamentaux protégés par l'Union européenne fait l'objet d'un vaste débat. L'approche de la question du champ d'application de la charte est souvent jugée trop frileuse : il est certes acquis que la charte n'élargit pas le domaine du droit de l'Union ²¹, mais cela n'impose nullement que le champ du droit de l'Union soit très strictement conçu ²².

¹⁸ CJCE, 13 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c. Espagne* ; CJCE, 21 avril 2005, aff. C-140/03, *Commission c. Grèce* ; CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-446/05, *Marks et Spencer* ; CJCE, 28 avril 2009, aff. C-518/06, *Commission c. Italie* ; CJCE, 8 novembre 2012, aff. C-244/11, *Commission c. Grèce* ; CJUE, 23 février 2016, aff. C-179/14, *Commission c. Hongrie*.

¹⁹ CJCE, 10 juillet 1986, aff. 79/85, *Segers* ; CJUE, 21 octobre 2010, aff. C-81/09, *Idryna Typon* ; CJCE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE epitesi*.

²⁰ V. part. CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-44/08, *Akavan, Europe 2009 comm.* 417, obs. L. Driguez, *RDT*. 2010. 285, obs. S. Vernac, *DO*. 2010. 159, note M. Bonnechère. Sur cet argument, v. déjà S. Laulom, *article précité, ibid.*

²¹ Article 51§1 de la charte.

²² v. P. Rodière, « Les droits sociaux dans l'entremêlement des protections européennes : brèves observations », in : A. Supiot (dir.), *Les gardiens des droits sociaux en Europe, Semaine Sociale Lamy*, n° 1746 Suppl. du 28 novembre 2016, pp. 88 et s. ; C. Marzo, « La Cour de justice de l'Union européenne et la

A cet égard, on a pu regretter que la Cour ait refusé d'invoquer les droits sociaux fondamentaux dans un litige horizontal entre particulier où la contrariété du droit national avec les exigences du droit de l'Union ne faisait pourtant pas de doute²³. De même, l'approche exagérément restrictive de la Cour de justice a été contestée lorsqu'elle a considéré que le droit de l'Union et donc la charte, n'empiétait pas sur le droit des Etats de déterminer librement leur système d'assistance sociale, alors que la question — relevant cette fois incontestablement du droit de l'Union — était plutôt celle de la détermination de l'accès d'un citoyen européen à cette assistance sociale²⁴. De même, la réticence de la Cour de justice à arbitrer la confrontation entre les mesures d'austérité et les droits sociaux fondamentaux a pu être critiquée par sa frilosité excessive et son manque de rigueur juridique²⁵, tant les arguments sur la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » au sens de l'article 51 de la Charte ont paru peu convaincants²⁶.

Dans ce contexte, l'irruption des droits fondamentaux dans le débat en matière de licenciement collectif fait naître des attentes légitimes d'évolution de la jurisprudence. Selon le raisonnement classique de la Cour, en effet, une entrave peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, sous réserve de non-discrimination et de proportionnalité.

Reste que la qualification de raison impérieuse d'intérêt général suppose que la mesure contestée ne soit pas contraire à un droit fondamental. La réglementation grecque, fondée sur des raisons impérieuses d'intérêt général parmi lesquelles figure la protection des travailleurs, doit donc pour la Cour être conciliée avec d'autres droits fondamentaux. Parmi ceux-ci, elle invoque la liberté d'entreprise, consacrée à l'article 16 de la Charte.

L'approche n'est certes pas nouvelle. Voilà beau temps que les droits fondamentaux peuvent être utilisés en matière d'entrave. La plupart du temps, toutefois, l'enjeu de l'invocation de ceux-ci sert la *justification* de l'entrave²⁷. Ainsi, dans les affaires *Laval* et *Viking*, le droit fondamental de mener une action collective, élevé à ce rang par la Cour, a été considéré comme susceptible de justifier une entrave aux libertés de prestations de services et d'établissement²⁸. Ici, au contraire, le droit fondamental sert à *exclure la justification* de l'entrave. Certes, la Cour l'a déjà affirmé, ce qui lui a déjà permis d'invoquer différents droits économiques fondamentaux, dont la liberté d'entreprise, ici en cause, pour s'opposer à certaines réglementations²⁹. La figure n'en est pas moins beaucoup plus rare. Elle n'en rend que plus frappant le recours à la liberté d'entreprise et, plus largement, à la

Charte des droits fondamentaux : une illustration des splendeurs et misères de la régulation sociale par la mobilisation des droits sociaux fondamentaux par le juge », *Droit Social* 2016. 209.

²³ CJUE, 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de Médiation Sociale*. Sur cette décision, v. notamment le dédicataire de ces lignes : « Evanescence de la Charte », *RDT* 2014, p.77. V. aussi P. Rodière, « Un droit, un principe, finalement rien ? » *Semaine Sociale Lamy*, n° 1618 du 17 février 2014.

²⁴ CJUE, 11 novembre 2014, aff. C-333/13, *Dano*. A nouveau, sur cette argumentation, v. not. P. Rodière, « Les droits sociaux dans l'entremêlement des protections européennes : brèves observations », in A. Supiot, (dir.), *Les gardiens des sociaux en Europe*, précité, pp. 88 et s.

²⁵ v. CJUE, 27 décembre 2012, aff. C-370/12, *Pringle* ; Plus spécifiquement centrés sur les droits fondamentaux, v. la jurisprudence relative au Portugal : CJUE, 7 mars 2013, aff. C-128/12, *Sindicato dos Bancarios do Norte* ; CJUE, 26 juin 2014, aff. C- 264/12 *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins* ; CJUE, 21 octobre 2014, C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*.

²⁶ F. Martucci, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose », *RTDE*. 2013. 267.

²⁷ A. Bailleux, « Entrave et droits fondamentaux », in : L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, Bruxelles 2011, p. 225.

²⁸ Sur ce raisonnement v. *inter alia*, E. Pataut et S. Robin-Olivier, « Europe sociale ou Europe économique - A propos des affaires *Viking* et *Laval* », *Rev. Dr. Trav.* 2008, p. 80. La justification par le droit fondamental n'a bien entendu pas empêché la condamnation du syndicat, faute, pour la Cour, du respect du principe de proportionnalité.

²⁹ V. en premier lieu : CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT* et, plus récemment, CJUE, 30 avril 2014, aff. C-390/12, *Pfleger*.

charte, dont on soulignera qu'elle n'était pas invoquée par le juge national mais seulement par l'entreprise AGET Iraklis. Dès lors, si l'on ne peut que se réjouir de l'utilisation spontanée de la charte des droits fondamentaux, on admettra qu'elle n'en fait pas l'usage le plus utile, ni le plus innovant. Faire jouer les droits sociaux fondamentaux de la charte aurait peut-être permis un changement de cap ; donner une telle place à la liberté d'entreprise est non seulement régressif, mais encore peu utile, la liberté d'établissement, extensivement conçue, faisant de toute façon le même office.

Personne — et le dedicataire des présentes lignes moins que tout autre sans doute — ne croit plus guère à l'aimable fiction du juge-bouche de la loi mais il semblait encore permis de compter sur la cohérence de la jurisprudence, que les volutes jurisprudentielles sur le champ d'application du droit de l'Union rendent désormais presque introuvable. Si cette attente est vaine, le pire est encore que les austères considérations de champ d'application voilent à peine une volonté de cantonner le droit du travail à une portion qui n'est congrue que parce que les juges européens en ont décidé ainsi. Manifestement, la liberté d'entreprise est sortie de son lit, au détriment du droit du travail ; le problème, pour paraphraser Carbonnier, est maintenant de l'y faire rentrer³⁰.

II. La liberté d'entreprise, nouvelle entrave au développement du droit du travail dans l'Union ?

Critiquant l'influence de la liberté d'entreprendre sur le droit du travail, effet malheureux du contrôle, par le Conseil constitutionnel, de l'atteinte excessive que le second pourrait porter à la première, Antoine Lyon-Caen regrettait que le droit du travail soit mis à l'épreuve de cette liberté, alors, précisément, qu'il est conçu « pour établir une distance entre les travailleurs subordonnés et le marché ». La conséquence de ce contrôle, soulignait-il, est que le droit du travail se voit « sommé de revoir la distance que, non sans peine, il avait mise entre le salariat et le marché »³¹.

Inscrite dans la charte des droits fondamentaux, la liberté d'entreprise a formellement pris place dans le droit de l'Union au sein duquel sa présence, jusque-là, était restée plus discrète. L'article 16, sans être devenu la disposition la plus souvent citée de la charte dans la jurisprudence de la Cour de justice³², n'est pas resté lettre morte. Alors qu'on ne comptait que deux décisions mentionnant l'article 16 en 2011, ce nombre est passé à 9 en 2013 et à 12 en 2014. La greffe semble avoir pris et cela ne surprend guère car le droit de l'Union, à l'origine de l'établissement du marché intérieur et dont l'un des premiers objectifs est le développement de l'activité des entreprises à l'intérieur de ce marché, fournit assurément un terrain propice à l'épanouissement de la liberté d'entreprise.

Ainsi formalisée, valorisée et hiérarchiquement élevée par la charte, la liberté d'entreprise est-elle, pour autant, le vecteur de nouvelles transformations ou permet-elle simplement de confirmer les solutions anciennes (qui auraient pu être fragilisées par d'autres dispositions de la charte, autorisant, voire exigeant des limites aux libertés individuelles au nom d'objectifs d'intérêt général) ? Comment la conception de cette liberté qui s'affirme, sur le fondement de la charte, dans le droit de

³⁰ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 56.

³¹ « La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprendre », *La revue des droits de l'homme* [En ligne], n°5, 2014, mis en ligne le 02 juin 2014, consulté le 08 février 2017 (<http://revdh.revues.org/830> ; DOI : 10.4000/revdh.830).

³² La première place revient à l'article 47, conférant le droit à un recours juridictionnel effectif (cf. le rapport de l'Agence des droits fondamentaux, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, Office des publications de l'Union européenne, 2015, p. 22). Globalement, en dépit d'une croissance continue des références à l'article 16, celui-ci demeure bien moins souvent cité que d'autres dispositions de la charte (*ibid.*).

l'Union se compare-t-elle à celle retenue dans d'autres systèmes juridiques ? Et par quelle voie, quelle méthode de contrôle, peut-on imaginer d'en limiter l'effet sur le droit social des Etats et de l'Union ?

1. La liberté d'entreprise, nouvelle venue dans le droit de l'Union ?

Si on compare le texte de la charte des droits fondamentaux à celui de la Convention européenne des droits de l'homme, dont la charte tire une grande partie de son inspiration, la référence à la « liberté d'entreprise » apparaît comme une nouveauté : alors que la Convention ne la mentionne pas, la charte choisit d'en faire une liberté explicitement protégée. Sans nécessairement se justifier, cette insertion de la liberté d'entreprise dans la charte peut s'expliquer, pour plusieurs raisons.

L'inspiration tirée du droit des Etats membres fournit une première explication à la place conférée à la liberté d'entreprise dans le droit de l'Union³³. La liberté d'entreprise peut être considérée comme faisant partie des droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et qui sont, à ce titre, considérés comme des principes généraux du droit de l'Union (selon l'article 6 TUE). La Cour de justice, dans ses premiers arrêts concernant la liberté d'entreprise, s'est appuyée sur la reconnaissance de certains aspects de cette liberté, sinon par tous les droits nationaux, du moins dans plusieurs Etats membres (le droit au libre exercice des activités économiques, notamment)³⁴.

Cette relative convergence ne s'est pas démentie. Une rapide analyse comparative permet de s'en convaincre. En Allemagne, la Cour constitutionnelle a, dès 1958, reconnu « la liberté d'exercer une activité dans un but lucratif, notamment une activité industrielle et commerciale », en se fondant sur l'article 12 de la Constitution allemande qui consacre la liberté de choisir sa profession³⁵. Le droit de pratiquer librement des activités économiques et commerciales se retrouve dans d'autres Constitutions nationales³⁶. La Constitution italienne mentionne « la liberté de l'activité économique privée »³⁷ tandis que la liberté d'entreprise est expressément consacrée par d'autres Constitutions nationales³⁸. Dans certains Etats membres, des limites, qui doivent empêcher les blocages résultant de la liberté d'entreprendre, figurent dans le texte même de la Constitution. Tel est le cas en Espagne : la Constitution protège la liberté d'entreprise dans le cadre d'une économie de marché mais exige des autorités publiques qu'elles tiennent compte, notamment, des besoins de l'économie générale³⁹. De même, la Constitution polonaise tout en garantissant expressément la liberté des activités économiques prévoit, non seulement que cette liberté s'inscrit dans le cadre d'une économie sociale de

³³ L'étude du Parlement européen consacrée à l'article 16 de la charte recense 15 Etats membres dont la Constitution protège expressément la liberté d'entreprise (www.europarl.europa.eu/compar/libe/elsj/charter/art16/default_en.htm, dernière consultation le 18 févr. 2017). Pour une étude comparative synthétique, v. aussi le rapport de l'Agence des droits fondamentaux, op. cit., p. 25 et s..

³⁴ V. en particulier : CJCE 14 mai 1974, *Nold*, 4/73 (« une protection est assurée au droit de propriété par l'ordre constitutionnel de tous les Etats membres » et « des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles ») et 13 déc. 1979, *Hauer*, 44/79 (« des garanties sont accordées dans l'ordre constitutionnel de plusieurs Etats membres au libre exercice des activités professionnelles »).

³⁵ BVerfGE 11 juin 1958, 7, 377 (*Apotheken-Urteil*). Plus récemment : BVerfGE, 30 juill. 2008, 121, 317 (*Rauchverbot in Gaststätten*).

³⁶ Il en est ainsi des Constitutions chypriote et estonienne.

³⁷ Article 41.

³⁸ Cf. les Constitutions tchèque et suédoise.

³⁹ Section 38 de la Constitution (2011).

marché, mais aussi la possibilité de restrictions lorsqu'elles sont justifiées par d'importantes raisons d'ordre public⁴⁰.

Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, bien qu'elle ne confère expressément aucune liberté aux entreprises, elle peut néanmoins assurer la protection de certains aspects de la liberté d'entreprendre⁴¹ au moyen d'autres droits, comme le droit à la protection de la propriété privée (en cas de retrait d'un agrément empêchant l'exercice d'une activité⁴² ou d'expropriation entraînant une perte de l'outil de travail⁴³, par exemple) ou la liberté d'expression (lorsque la diffusion d'informations commerciales est en cause⁴⁴ ou lorsque la diffusion de programmes constitue une activité commerciale⁴⁵, notamment).

En France, la liberté d'entreprendre a fait son chemin dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴⁶ depuis que, dans une décision du 16 janvier 1982⁴⁷, le Conseil a estimé que ce principe résultait de l'article 4 de la Déclaration de 1789, selon lequel la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : la liberté individuelle s'oppose à des restrictions arbitraires ou abusives à la liberté d'entreprendre. Plus d'une centaine de décisions ont consacré cette liberté, dans ses divers déploiements⁴⁸, et en ont vérifié le respect, sans s'interdire un contrôle étroit des choix législatifs⁴⁹. Le Conseil constitutionnel y rattache, notamment, le pouvoir de licenciement⁵⁰. Bien que la défense de l'emploi soit considérée comme un motif légitime d'intervention du législateur, ce qui l'autorise à confier au juge le contrôle d'une procédure visant à préparer dans la concertation les décisions fondamentales de gestion et de restructuration de l'entreprise, la liberté d'entreprendre, dans l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel, s'oppose à toute interdiction absolue de licenciement ou de fermeture d'un établissement ainsi qu'à la substitution de l'appréciation des salariés ou des juges à la volonté de l'entrepreneur (en dehors de circonstances particulières, telles que l'insolvabilité de l'entreprise)⁵¹. Commentant la décision sur la loi « visant à reconquérir l'économie réelle »⁵², le dedicataire de ces lignes montrait qu'en droit français la liberté d'entreprise, ainsi que le droit de propriété, peuvent être dévoyées pour servir « de bouclier » aux entreprises contre des initiatives législatives qui contrarient leur stratégie : il en est ainsi, estimait-il, parce que le Conseil constitutionnel admet que, lorsque ces entreprises décident d'arrêter l'exploitation d'un de leurs établissements, elles exercent leur liberté d'entreprendre. Certes, le Conseil constitutionnel admet « qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la

⁴⁰ Cf. les articles 20 et 22 de la Constitution polonaise (1997).

⁴¹ Sur ce sujet, v. notamment J.-B. Racine, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, éd. Frison Roche, 2003, p. 430.

⁴² CEDH, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, 24 nov. 2005, Requête .

⁴³ CEDH, *Lallemand c. France*, 11 avr. 2002, Requête n° 46044/99.

⁴⁴ V. par exemple CEDH, *Stambuck c. Allemagne*, 17 oct. 2002, n° 37928/97.

⁴⁵ V. notamment : CEDH, *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH c. Autriche*, 21 sept. 2000, Requête n° 32240/96.

⁴⁶ V. Déjà J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », D. 1984, Chron. p. 1 ; B. Mathieu, « Le conseiller du salarié, la représentation des travailleurs et la liberté d'entreprendre », D 1991, p. 119 et, plus récemment : V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 19 ; G. Drago, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », *CRDF* n° 9, 2011, p. 31.

⁴⁷ Décision 81-132 DC.

⁴⁸ En ce sens, L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? », D. 2014, p.1287, § 5.

⁴⁹ Cf. R. Drago, *loc. cit.* p. 36.

⁵⁰ Cf. les décisions n° 88-244 DC du 20 juill. 1988 et n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002.

⁵¹ Cf. L. d'Avout, *loc. cit.*, § 8 et les références citées.

⁵² Décision du 27 mars 2014, 2014-692 DC. Sur cette décision, v. la controverse opposant J.-P. Chazal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », D. 2014. 1101 et L. d'Avout, *loc. cit.*.

Déclaration de 1789 des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »⁵³. Mais il se trouve ainsi conduit, tout autant que la Cour de justice, à jauger la proportionnalité de l'atteinte, ce qui l'amène parfois à prendre la défense des grandes entreprises dont le droit du travail cherche, même modestement, dans le cas de la loi française censurée par le Conseil constitutionnel en 2014, à tempérer le pouvoir, dans l'intérêt de l'emploi. Cette décision devait, selon Antoine Lyon-Caen, nous inciter « à réfléchir à la puissance argumentative du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre »⁵⁴. En France, effectivement, cette liberté s'avère assez puissante pour bloquer les évolutions de la législation sociale. Une telle conception de la liberté d'entreprendre n'est pas une référence utile pour qui est en quête d'arguments comparatifs permettant de freiner l'extension de la liberté d'entreprise dans la jurisprudence de la Cour de justice. Il est probable, au contraire, que le droit français contribue à la conception extensive de cette liberté qu'illustre l'arrêt *AGET Iraklis*.

Les droits nationaux ne sont toutefois pas les seules racines d'où monte la sève qui nourrit la liberté d'entreprise protégée par le droit de l'Union. Selon les explications du Presidium relatives à la charte, l'article 16 se fonde non seulement sur la jurisprudence de la Cour de justice qui a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale⁵⁵ et la liberté contractuelle⁵⁶, à partir d'une comparaison des droits des Etats membres, mais aussi sur l'article 4 (1) et (2) TCE (désormais déplacé à l'article 119 TFUE) qui reconnaît la liberté de concurrence. Comme on l'indiquait plus haut, le droit de l'Union s'enracine dans le marché et la libre concurrence. Si on met à part la libre circulation des travailleurs, les libertés constitutives du marché intérieur apparaissent comme des expressions spécifiques de la liberté d'entreprendre. Ce lien, intime, entre les différentes libertés économiques reconnues par le droit de l'Union permet de donner force à la liberté d'entreprise, en dépit de la formulation restrictive retenue par la charte. Ainsi, après avoir souligné que l'article 16 de la charte fait reposer, notamment, sur le droit de l'Union la détermination de la portée de la liberté d'entreprise, la Cour de justice a pu considérer que l'article 16 de la charte renvoie à l'article 49 TFUE, qui garantit l'exercice de la liberté fondamentale d'établissement⁵⁷. Cela lui a permis de traiter la contestation d'une réglementation nationale (encadrant et limitant l'ouverture des officines de pharmacie) fondée sur la violation à la fois de la liberté d'établissement et de la liberté d'entreprise sur le fondement de la liberté d'établissement⁵⁸.

Ce raisonnement, qui conçoit la liberté d'entreprise dans le cadre de la liberté d'établissement respecte la lettre de la charte sans limiter beaucoup la portée de la cette liberté : la conception extensive de la liberté d'établissement retenue par la jurisprudence de la Cour de justice lui permet d'inclure les différents aspects de la liberté d'entreprise. L'arrêt *AGET Iraklis* le confirme en élargissant à l'extrême les contours de la liberté d'établissement. La Cour fait entrer dans la définition de la liberté d'établissement les libertés dont sont censées jouir, « généralement », les opérateurs économiques : contracter avec des travailleurs, mettre fin à l'activité de leur établissement et disposer d'une « liberté de jugement » pour décider d'un projet de licenciement collectif.

Pourtant, dans l'arrêt *AGET Iraklis*, le renvoi à la liberté d'établissement n'entraîne pas, comme précédemment⁵⁹, la mise à l'écart de l'article 16 de la charte au profit du seul article 49. Il semble,

⁵³ Décision 2009-584 DC du 16 juill. 2009.

⁵⁴ A. Lyon-Caen, « La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprendre », *loc. cit.*

⁵⁵ CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, *Nold* ; 27 septembre 1979, aff. 230/78, *SPA Eridania*.

⁵⁶ V. notamment : CJCE, 16 jan. 1979, aff. 151/78, *Sukkerfabriken Nykoebing*, et 5 octobre 1999, aff. C-240/97, Espagne c. Commission.

⁵⁷ CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, § 22.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ CJUE, *Sokoll-Seebacher*, précité.

au contraire, que, dans cette affaire, l'article 16 a été utilisé pour étayer l'argumentation qui a abouti à la remise en cause de la législation nationale. C'est une nouvelle illustration de la « puissance argumentative » de la liberté d'entreprise qui contribue à placer le droit du travail sous l'étouffante tutelle des libertés économiques.

L'emprise des libertés économique pourrait devenir plus forte encore si la liberté d'entreprise inscrite dans la charte s'affranchissait de la limite textuelle selon laquelle elle est « reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». On pourrait alors considérer que la liberté d'entreprise confère une protection renforcée aux entreprises pour le développement de leurs activités dans la mesure où elle dispose d'un champ d'application plus étendu puisque ni la nationalité d'un Etat membre ni la mobilité à l'intérieur de l'Union ne sont requises pour en bénéficier⁶⁰.

Dans ce contexte favorable à la liberté d'entreprise, les voies par lesquelles ses effets sur le droit du travail peuvent être limités sont étroites.

2. Comment contrôler les effets de la liberté d'entreprise sur le droit du travail ?

Une première idée consiste à s'appuyer sur la rédaction prudente de l'article 16 et à prendre au sérieux la limite selon laquelle la liberté d'entreprise se déploie dans les limites du droit de l'Union et des législations et pratiques nationales. Cet énoncé marque une réserve qui rapproche la liberté d'entreprise des droits sociaux mentionnés dans la charte : nombre des droits qui figurent dans le titre IV relatif à la solidarité sont affectés de la même apparente réduction. Ce renvoi au droit de l'Union et aux droits nationaux (et même aux pratiques nationales, quoique cela contredise la disposition de l'article 52 paragraphe 1 de la charte qui dispose que la limitation à l'exercice des droits et libertés n'est acceptable que si elle est « prévue par la loi ») pourrait avoir pour conséquence de limiter la portée juridique des droits concernés⁶¹. Cela peut expliquer pourquoi la Cour de justice refuse de reconnaître à certains droits sociaux, comme le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, les effets juridiques qu'elle confère à d'autres droits figurant dans la charte⁶². Qu'en est-il, alors, de la liberté d'entreprise ? Le même sort pourrait-il lui être réservé ?

On peine cependant à le croire, au regard de l'arrêt *AGET Iraklis* : manifestement, la liberté d'entreprise ne s'accommode pas de toutes les restrictions que le droit de l'Union ou le droit national peuvent prévoir, pour la seule raison qu'elle est sensée s'exercer « conformément » à leur prescriptions⁶³. Contrairement à la lettre de la charte, la jurisprudence de la Cour de justice prête main forte à la liberté d'entreprendre. Il est vrai que ce soutien apporté par les juges à la liberté d'entreprendre par les juges n'est pas propre à la jurisprudence de la Cour de justice. Il a des antécédents et des soutiens dans les droits des Etats membres, le droit français, tout particulièrement,

⁶⁰ Cf. le rapport de l'Agence des droits fondamentaux, op. cit., p. 12.

⁶¹ V. notamment A. Bogg, « Article 31 : Fair and just working conditions », in Peers, St., Hervey, T., Kenner, J., and Ward, A., (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck, Hart, Nomos, 2014, p. 833, qui parle de formulation limitative.

⁶² Cf. notamment CJUE, *AMS*, précité.

⁶³ En ce sens, O. de Schutter, « La garantie des droits et principes sociaux dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, J.Y. Carlier et O. de Schutter (dir.), Bruylant, 2002, p. 146.

comme on l'a vu. Mais aussi dans la jurisprudence des cours suprêmes des Etats-Unis⁶⁴ ou du Japon, pour prendre des exemples plus éloignés⁶⁵.

Si la voie d'une délimitation stricte du domaine de la liberté d'entreprise paraît donc difficile d'accès, il reste la possibilité de justifier des restrictions à cette liberté. Ainsi, lorsqu'il est question de contrôler la validité de la législation européenne sur le fondement de la liberté d'entreprise, la Cour de justice considère que cette liberté « ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société »⁶⁶. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de cette liberté, à deux conditions, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la charte : qu'elles soient prévues par la loi et respectent le contenu essentiel de cette liberté et que, dans le respect du principe de proportionnalité, elles soient nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui⁶⁷. La liberté d'entreprise peut donc 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 économique⁶⁸.

Cette conception, très tolérante à l'égard des restrictions à la liberté d'entreprise qui résultent de l'encadrement, par l'Union européenne elle-même, des activités économiques, lorsqu'il s'agit d'en apprécier la validité⁶⁹, ne pourrait-elle pas être également mise en œuvre, lorsque les restrictions découlent des droits nationaux du travail ? Y-a-t-il une différence entre les deux niveaux d'encadrement des activités économiques, national et européen ? La réponse n'est pas simple. D'un côté, on peut penser qu'un contrôle plus étroit des législations nationales s'impose, dans la mesure où, contrairement à la législation de l'Union, les restrictions nationales sont un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur : elles sont à l'origine de distorsions de concurrence, susceptibles d'entraver les libertés de circulation. Le poids d'autres libertés (libertés de circulation, libre concurrence) s'ajoutant à la liberté d'entreprise pourrait ainsi justifier un contrôle plus étroit des législations nationales. De l'autre, les principes qui régissent la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres pourraient, au contraire, imposer un contrôle moins strict des interventions des Etats, dans le champ des compétences partagées, car celles-ci doivent être respectées lorsque l'Union n'est pas intervenue, tout particulièrement lorsqu'elles assurent la réalisation d'objectifs d'intérêt général ou la protection d'autres droits fondamentaux, inscrits dans la charte, mais non garantis par l'Union elle-même.

Dans l'affaire *AGET Iraklis*, par exemple, l'article 30 de la charte qui prévoit que tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, aurait pu conduire la Cour de justice à juger que le respect de la législation grecque, qui a vocation à assurer la protection contre des licenciements injustifiés, s'imposait. La Cour de justice aurait pu (dû ?) pratiquer un contrôle restreint du respect de l'équilibre entre la liberté d'entreprise et la protection contre les licenciements injustifiés, cette dernière relevant de la compétence nationale. En mettant sur le même plan les libertés économiques et les droits sociaux reconnus par la charte et garantis par les législations nationales, la Cour

⁶⁴ Cf. les décisions rendues dans la période ayant suivi l'arrêt *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), pendant laquelle la Cour suprême des Etats-Unis a bloqué le développement de la législation sociale aux Etats-Unis, au nom de la liberté contractuelle.

⁶⁵ Sur cette jurisprudence, v. N. Nakamura, « Freedom of Economic Activities and the Right to Property », *Law and Contemporary Problems*, 1990, vol. 53, n°2, p. 12.

⁶⁶ Cf. notamment, CJUE, 6 sept. 2012, aff. C-544/10, *Deutsches Weintor*, § 54, et 22 jan. 2013, aff. C-283/11, *Sky Österreich*, § 45.

⁶⁷ CJUE, 30 juin 2016, aff. C-134/15, *Lidl*, § 31.

⁶⁸ CJUE, *Sky Österreich*, précité § 46 et *Lidl*, § 34.

⁶⁹ La solution est peut-être différente lorsque se posent des questions d'interprétation, si on considère l'arrêt *Alemo Herron* (CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-406/11).

de justice aurait pu conclure que les modalités de protection de ces derniers doivent être fixées par les droits nationaux, lorsqu'ils ne font pas l'objet de mesures d'harmonisation sociale.

Cette solution pourrait être consolidée par l'usage des nouvelles dispositions du traité de Lisbonne faisant référence aux objectifs sociaux de l'Union elle-même. Dans l'arrêt *AGET Iraklis*, la Cour de justice se réfère, pour renforcer l'argument tiré de l'intérêt général national, à deux nouveaux articles des traités, introduits par le traité de Lisbonne : l'article 3, paragraphe 3, TUE, selon lequel l'Union établit non seulement un marché intérieur, mais œuvre également pour le développement durable de l'Europe, lequel est notamment fondé sur une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social et l'article 9 TFUE qui précise que, dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend notamment en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé et à la garantie d'une protection sociale adéquate. Ces deux dispositions peuvent effectivement servir de point d'appui à un rééquilibrage entre libertés économiques et protections sociales. Du point de vue des sources, elles consolident, en l'appuyant sur le droit primaire de l'Union, la solution jurisprudentielle selon laquelle la protection des droits sociaux est un objectif d'intérêt général. Sur le fond, elles font de la protection des travailleurs un objectif de l'Union elle-même, et non plus seulement des Etats. Dans l'arrêt *AGET Iraklis*, ces références ne sont pas tout à fait inutiles. Elles confortent la solution selon laquelle l'encadrement des licenciements collectifs, au moyen d'un système d'autorisation, n'est pas, en principe, contraire à la liberté d'établissement ou la liberté d'entreprise. La décision reconnaît le bien fondé de l'encadrement ainsi que la marge d'appréciation importante dont doivent disposer les Etats en matière de politique sociale. S'arrêter à ces deux constats aurait permis de rectifier la trajectoire d'une jurisprudence excessivement favorable aux intérêts des entreprises, lorsque ceux-ci entraînent une régression de la protection des travailleurs.

S'il n'en est pas ainsi, dans l'arrêt *AGET Iraklis*, c'est parce que la législation nationale bien qu'en principe compatible à la fois avec la liberté d'établissement et la liberté d'entreprise, est prise en défaut au titre de ses « modalités concrètes » d'application, qui ne sont pas, quant à elles, jugées proportionnées. Cette référence à la mise en œuvre concrète des droits nationaux s'inscrit parfaitement dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de justice, notamment en matière sociale. Dans l'arrêt *Kücük*⁷⁰, par exemple, une législation nationale autorisant le renouvellement de contrats à durée déterminée sans limitation, avait été jugée compatible, en principe, avec la directive 99/70⁷¹ qui vise à éviter l'abus du recours à ces contrats, dans la mesure où ces renouvellements étaient, conformément à la directive, justifiés par une raison objective. Mais la Cour avait également considéré que les circonstances concrètes de l'affaire pouvaient conduire à écarter, dans le cas particulier en cause, cette compatibilité de principe. Il en est de même dans l'arrêt *AGET Iraklis*, mais l'appréciation concrète tourne, cette fois, au désavantage des salariés. Dès lors que les critères selon lesquels l'autorisation est ou non accordée sont formulés de manière très générale et imprécise (« la situation de l'entreprise » et les « conditions du marché du travail » doivent être pris en compte), la législation n'est pas considérée comme compatible avec la liberté d'établissement, même si la décision doit être motivée et même si elle peut être soumise à un contrôle judiciaire. En effet, faute de précision et d'objectivité, l'autorité judiciaire ne serait pas en mesure de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration, selon la Cour de justice. Les modalités concrètes de l'encadrement national des licenciements le rendent donc incompatible avec la liberté d'établissement et la liberté d'entreprise. Pourquoi la Cour de justice ne renvoie-telle pas au juge national le contrôle des circonstances concrètes de mise en œuvre de la législation nationale, comme dans l'arrêt *Kücük* ? Un tel empiètement sur le pouvoir du juge national qui résulte de

⁷⁰ CJUE, aff. C-586/10, 26 jan. 2012.

⁷¹ Directive du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JO L 175 du 10 juill. 1999, p. 43.

l'appréciation, par la Cour elle-même, du respect de la proportionnalité n'est pas systématique : s'en remettre aux juges nationaux serait une autre manière, pour la Cour de justice, de ne pas contribuer directement à la crue dévastatrice de la liberté d'entreprendre.

La liberté d'entreprise n'impose ni la remise en cause ni le développement du droit du travail. C'est son débordement, dont les juges sont à l'origine, qui pose problème. L'arrêt *AGET Iraklis* le montre. S'il ne contribue pas au cantonnement d'une liberté devenue trop envahissante, sa lecture suggère néanmoins des chemins que la Cour de justice, pourrait, à l'avenir, choisir d'emprunter. Pour l'heure, on ne peut guère se montrer plus optimiste.