

F·I·D·E

RAPPORTS VOLUME 2

**Le principe d'égalité
en droit économique**

**The Principle of Equality in
Economic Law**

**Das Gleichheitsprinzip im
Wirtschaftsrecht**

**La Haye
The Hague 1984
Den Haag**

F·I·D·E

FEDERATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPEE

RAPPORTS POUR LE 11ÈME CONGRÈS

La Haye, 19 - 22 septembre 1984

VOLUME 2

Le principe d'égalité en droit économique

The Principle of Equality in Economic Law

Das Gleichheitsprinzip im Wirtschaftsrecht

© F.I.D.E. 1984

publié par la FIDE
(Fédération Internationale pour le Droit Européen)
et la
Nederlandse Vereniging voor Europees Recht

ISBN 90-9000746-6

FIDE exprime toute sa reconnaissance notamment à la Fondation Européenne de la Culture qui a contribué à rendre possible la publication de ces rapports.

Sommaire - Contents - Inhaltsverzeichnis

1. Questionnaire - Fragebogen
PROF. JEAN-PAUL JACQUÉ
2. Rapport général - General Report- Generalbericht
PROF. JEAN-PAUL JACQUÉ
3. Rapport communautaire - Community Report - Gemeinschaftsbericht
PROF. AVV. FRANCESCO CAPOTORTI
Rapports nationaux - National Reports - Länderberichte
4. Belgique/Belgique
DR J. STEENBERGEN
5. Bundesrepublik Deutschland
PROF. DR PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF
6. Eire/Ireland
AINDRIAS Ó CAOIMH
7. España
PROF. ANTONIO ORTIZ-ARCE
8. France
PASCAL TIFFREAU
9. Grèce
PROF. IOANNIS ANASTOPOULOS
10. Italia
DOTT. GIUSEPPE FARINA
11. Luxembourg
GÉRARD BERSCHIED
12. Nederland
MR H.J. BRONKHORST en MR T.R. OTTERVANGER
13. United Kingdom
THOMAS SHARPE

QUESTIONNAIRE

sur

LE PRINCIPE D'EGALITE EN DROIT ECONOMIQUE

préparé par M. Jean-Paul Jacqué
Professeur à la Faculté de Droit et des
Sciences Politiques de Strasbourg

pour le 11ème Congrès de la Fédération Internationale pour
le Droit Européen (FIDE) du 20ème au 22ème septembre 1984
à La Haye.

Le droit économique se caractérise par la souplesse de ses normes. Prises dans le cadre du pouvoir discrétionnaire de l'administration, ces normes doivent, en effet, présenter toute la flexibilité nécessaire en raison de la spécificité des problèmes qu'elles régissent. Il en résulte que le contrôle de légalité effectué par le juge reste souvent minimal. Cependant, le principe d'égalité constitue un instrument fréquemment utilisé par le juge pour exercer ce contrôle. Cet emploi du principe d'égalité en matière économique se heurte dans chaque Etat membre à des difficultés dont il conviendra de dresser le bilan. La Cour de Justice des Communautés est confrontée à une situation identique lorsqu'elle contrôle la légalité d'une action communautaire dont une part importante est constituée par des normes de droit économique. L'objet de la recherche est d'établir une comparaison quant à l'application du principe d'égalité en droit économique tant entre les jurisprudences des juridictions des Etats membres qu'entre celles-ci et celle de la Cour de Justice des Communautés.

En ce qui concerne la notion de droit économique, il est convenu de se référer à la conception retenue dans le rapport du Prof. P. VerLoren van Themaat sur le droit économique des Etats membres de la Communauté économique européenne dans l'Union économique et monétaire (Série concurrence et rapprochement des législations 1973 n° 20). Le droit économique comprend toutes les règles prises pour atteindre des finalités de politique économique (aides étatiques, règles de politique économique à court terme - réglementation des

prix, législation antitrust -, règles relatives à l'accès au marché ou au comportement sur le marché). Afin de limiter le sujet, il est convenu d'exclure le droit de l'environnement et les règles de protection de la santé ainsi que les questions spécifiques du traitement égal entre les hommes et les femmes et le traitement égal des entreprises publiques et privées.

L'objet du présent questionnaire est de fournir, nonobstant les particularismes nationaux, un cadre uniforme pour l'étude du sujet.

1. Origine du principe d'égalité.

- 1.1 La source: constitutionnelle, législative, principes généraux du droit...
- 1.2 La formulation du principe: égalité devant la loi, non-discrimination...
- 1.3 La consécration par le juge: à quelle époque? sous quelle forme?...

2. L'application du principe en droit économique.

- 2.1 Ses justifications: libre-concurrence, protection contre l'interventionnisme des pouvoirs publics...
- 2.2 Ses manifestations: présentation générale de la jurisprudence et de ses domaines d'élection.

3. Spécificité éventuelle dans l'utilisation du principe en droit économique par rapport à l'utilisation qui en est faite dans d'autres domaines?

4. Rapports entre proportionnalité et non-discrimination.

Une violation du principe de proportionnalité peut-elle être le signe d'une discrimination interdite? Est-il possible de distinguer clairement le champ d'application de chacun des principes?

5. Contenu du principe: la non-discrimination ne s'impose qu'entre "catégories" comparables.

5.1 Types de discrimination prises en considération:

- entre producteurs, consommateurs, produits...
- entre personnes physiques, entre personnes morales, entre personnes physiques et morales...

5.2 Nature de la discrimination.

- Le principe d'égalité est violé lorsque deux situations comparables sont traitées de manière différente. Son respect implique-t-il également un traitement différent lorsqu'un traitement égal produirait un effet discriminatoire? En d'autres termes, une absence de différenciation peut-elle être contraire à l'égalité dans certains cas (discrimination déguisée, indirecte, matérielle)? Cette hypothèse est-elle considérée comme une application normale ou exceptionnelle du principe? Pourquoi?
- Comment le juge apprécie-t-il la comparabilité de deux situations?

6. Les discriminations justifiées.

- 6.1 Pour être justifiée, la discrimination doit généralement être fondée sur des critères objectifs (ou non arbitraires) et être adoptée dans l'intérêt général. Existe-t-il d'autres types de justifications? Faire le bilan de la jurisprudence en ce domaine.
- 6.2 Précisez le critère qui fonde la discrimination justifiée. Qu'est-ce qu'un critère objectif ou non arbitraire aux yeux du juge? Donnez des exemples.
- 6.3 Quel doit être l'intérêt général qui fonde la discrimination? Quelle est la nature? Qui l'apprécie et comment?
7. Nature du contrôle exercé par le juge et ses limites: problème du pouvoir discrétionnaire de l'administration.
- 7.1 Quelle est en général l'attitude du juge à l'égard du pouvoir discrétionnaire de l'administration?
- 7.2 Quelles sont, par rapport à ces traits généraux, les spécificités du contrôle en matière économique?
- 7.3 Quelle est la portée du contrôle en matière économique lorsque le principe d'égalité est en jeu? S'agit-il d'un contrôle marginal de telle sorte que les autorités politiques disposent d'un très large pouvoir d'apprécia-

tion? Au contraire, l'invocation du principe entraîne-t-elle un contrôle plus important sur la mesure concernée? Quelle est la démarche suivie par le juge et quels en sont les résultats pour les parties? On s'attachera à répondre de manière très détaillée aux questions de cette rubrique dont l'importance est essentielle pour l'objet de l'étude.

8. Une violation du principe d'égalité est-elle susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat? Si oui, à quelles conditions?

9. Conclusions générales.

A la lumière de la jurisprudence.

9.1 L'usage fait par le juge du principe d'égalité est-il révélateur de l'importance du contrôle exercé par celui sur l'exercice par l'administration de ses pouvoirs en matière économique?

9.2 Le principe d'égalité occupe-t-il une place privilégiée à cet égard ou intervient-il en concurrence avec d'autres principes?

9.3 Conclusions sur le juge et l'interventionnisme économique.

LE PRINCIPE D'EGALITE EN DROIT ECONOMIQUE

Jean-Paul JACQUÉ

Le présent rapport n'a pu être établi que dans un délai limité en raison de la remise très tardive des rapports nationaux. Il ne vise qu'à en faire une première synthèse indépendamment d'une réflexion plus approfondie qui n'a pu être entreprise dans le laps de temps restreint dont disposait le rapporteur général.

"Je pense que les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté ; livrés à eux-mêmes, ils la cherchent, ils l'aiment et ils ne voient qu'avec douleur qu'on les en écarte. Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible ; ils veulent l'égalité dans la liberté, et, s'ils peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage" (1).

Cette réflexion célèbre d'Alexis de Tocqueville sur l'antagonisme entre liberté et égalité semble bien éloignée de notre sujet puisqu'elle vise avant tout la sphère politique et qu'au contraire en notre domaine les notions de liberté et d'égalité viennent se conforter, l'égalité en matière économique permettant le jeu sans entrave de la liberté de commerce et de l'industrie, mais elle traduit une vision libérale qui a subi bien des infléchissements en un siècle.

En effet, l'égalité telle qu'elle était proclamée au XIXème siècle était une égalité devant la loi. La loi, procédant par catégories abstraites, devait être appliquée à tous de la même manière et il n'appartenait pas aux autorités chargées de son application de distinguer là où elle ne distinguait pas. L'égalité ainsi proclamée restait une

égalité entre sujets de droit abstraits : dont on supposait qu'ils étaient tous identiques. Quelles que soient leurs situations respectives, deux parties à un contrat étaient présumées égales. Certes, parfois, le constituant ou le législateur étaient amenés à prendre en considération la situation concrète des destinataires de la loi et ainsi, l'égalité des citoyens devant l'impôt devait tenir compte des capacités contributives de chacun. Cependant, pour l'essentiel, c'est au XXème siècle, que s'est développée une conception différente de l'égalité prenant en considération non plus l'égalité juridique, mais l'égalité réelle. Sur le plan juridique, une telle philosophie conduit le législateur à multiplier les catégories pour tenir compte de toutes les différences qui peuvent se présenter dans les faits. La législation sociale ou la législation du travail verront se multiplier les règles en ce domaine.

Le développement de l'intervention de l'Etat dans l'économie ne pouvait que rendre la situation plus complexe en accroissant la différenciation des règles. On ne peut pas définir exclusivement l'entreprise par son statut juridique, mais il faut prendre en compte ses caractéristiques économiques. La politique d'intervention exige que les critères de différenciation soient affinés pour permettre la prise en compte de chaque situation. Dans ces conditions, que reste-t-il de l'égalité ? Si chaque situation est spécifique et si elle doit être traitée en tant que telle, il n'existe plus de place pour l'application du principe d'égalité. Le risque d'arbitraire n'est-il pas extraordinaire lorsque des différences minimes de situation peuvent entraîner des traitements différents ? Mais à l'inverse, traiter de manière semblable des situations qui diffèrent en fait, n'est-ce pas porter une atteinte grave aux principes de l'égalité ? En outre, l'intérêt général ne justifie-t-il pas certaines discriminations ? Pour s'en tenir au droit communautaire, la prise en compte des objectifs d'une

politique commune ne devrait-elle pas justifier certaines différences de traitement ? Si l'on combine ces considérations avec le fait que l'administration dispose fréquemment en matière économique d'un pouvoir discrétionnaire, force est de constater que le juge se trouve directement interpellé par ces situations. Comment peut-il constater l'existence de différences de traitement ? Doit-il accepter de considérer comme légitimes certaines d'entre elles ?

On comprend mieux dès lors les raisons qui ont conduit les organisateurs de notre Congrès à s'interroger sur la portée actuelle du principe d'égalité en droit économique. Cependant leur formulation du sujet implique deux préalables résolus : l'existence d'un droit économique et la spécificité de l'application du principe d'égalité à celui-ci. En ce qui concerne l'existence d'un droit économique, si le rapport britannique s'interroge avec beaucoup de pertinence sur la nature du droit économique, la plupart des rapports nationaux admettent le concept comme un moyen commode d'analyse sans en faire une branche spécifique du droit. Seraient regroupés sous ce vocable l'ensemble des moyens et politiques utilisés par la puissance publique pour réglementer l'activité économique ou intervenir dans le jeu de celle-ci. C'est la raison pour laquelle l'excellente formule de J. STEENBERGEN peut être généralisée à l'ensemble des systèmes juridiques étudiés.

"La notion de droit économique est d'ailleurs, en droit belge, une notion doctrinale qui ne se réfère pas à un corps de règles bien défini ou caractérisé par une interprétation spécifique. Les juridictions civiles, commerciales et pénales ainsi que les juridictions administratives appliquent au contentieux économique leur jurisprudence telle qu'élaborée en d'autres matières qui relèvent de leur compétence. Les juridictions considèrent le principe d'égalité en premier lieu comme une protection des citoyens contre des interventions arbitraires des autorités publiques" (2).

Ces considérations ne laissent guère espérer une réponse positive à la seconde question préalable relative à la spécificité d'application du principe en droit économique. Cependant, à première vue, dans les Etats où le principe joue un rôle important, on semble discerner qu'il se développe plus particulièrement dans les secteurs où du fait d'une politique dirigiste des pouvoirs publics le risque d'arbitraire est le plus grand. Mais, dans la plupart des cas, les rapporteurs nationaux se limitent à constater que l'utilisation faite par le juge du principe ne traduit pas l'existence d'une démarche particulière au droit économique.

La constatation est logique. Dans la mesure où le droit économique ne se présente pas comme un corps de règles particulières, mais ne constitue qu'une application commode pour désigner des règles qui ont pour objet de régir des rapports touchant à l'économie, il s'ensuit que le juge, lorsqu'il contrôle le respect du principe d'égalité dans le domaine économique, ne suit pas une démarche particulière, tout au plus se heurte-t-il à des difficultés particulières dues à la complexité de la matière. C'est à l'analyse de ces difficultés que se consacrent les rapporteurs nationaux après avoir présenté le principe.

I.- L'ORIGINE DU PRINCIPE D'EGALITE

A une exception près, celle du Royaume-Uni, le principe d'égalité a une source constitutionnelle. Mais celle-ci n'est pas exclusive.

Le cas du Royaume-Uni est, selon Thomas SHARPE, particulier dans la mesure où il n'existe aucune garantie constitutionnelle expresse ou implicite de l'égalité de traitement

"Equality as a legal concept outside certain specific Acts dealing with sexual and racial discrimination does not exist. But equality of treatment, in the sense of freedom from arbitrariness or caprice in official decisions, is an important

British constitutional theme and it is manifest in many ways of which judicial review may be the least important" (3)

et il conclut son étude en soulignant que

"the courts have gone a long way towards recognising that economic actors have legitimate expectations which should be protected. In this way, an indirect guarantee of equality and fairdealing is in the process of being created" (4).

Mais une protection contre l'arbitraire est-elle suffisante ?
Toute différenciation fondée sur un critère objectif quel qu'il soit ne risque-t-elle pas d'être acceptée ?

Cependant, il convient de mentionner que comme les autres Etats membres de la Communauté et même si elle n'est pas directement applicable sur son territoire, le Royaume-Uni se trouve lié par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prohibe la discrimination dans la jouissance des droits garantis par elle. Le principe d'égalité de traitement se retrouve également dans l'article 26 du pacte relatif aux droits civils et politiques.

Sur le plan constitutionnel, la garantie du principe d'égalité relève de la tradition révolutionnaire telle qu'elle a été reprise à l'époque libérale. L'égalité des citoyens devant la loi est affirmée avec une mention particulière de l'égal accès de tous aux emplois publics, rappel des combats contre les privilèges aristocratiques. L'égalité n'est pas absolue, mais bien susceptible d'application différenciée puisque l'on admet que l'égal accès aux emplois publics doit tenir compte des mérites de chacun (art. 6 de la Déclaration des droits de 1789) et que l'égalité devant l'impôt se réalise compte tenu des facultés contributives de chacun (art. 13 de la déclaration). Dans les constitutions plus récentes, l'affirmation de l'égalité devant la loi se double d'une règle de non-discrimination en raison du sexe, de la race, de la langue etc.. (art. 3 al. 3 de la loi fondamentale RFA) ou d'une prohibition générale de la discrimination (art. 6 bis de la Constitution

belge). La Constitution néerlandaise de 1983 contient dans son article 1 al. 1 une formulation particulièrement moderne du principe

"All persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or any grounds whatsoever is prohibited"

L'évolution remarquable consiste dans la référence aux circonstances identiques qui conditionne l'égalité du traitement. Au-delà de l'affirmation du principe au niveau constitutionnel comme un droit fondamental, il peut être reconnu comme un principe général de droit s'imposant à l'administration. C'est le cas aux Pays-Bas où le principe peut servir de base à l'annulation de décisions individuelles prises par l'administration, ou en France où la jurisprudence fera un large emploi du principe d'égalité. En outre, le principe peut être consacré par des lois particulières imposant des contraintes spécifiques en certains domaines (égalité entre les hommes et les femmes) ou dans l'exercice de certaines activités économiques (droit de la concurrence). La démarche va du général vers le particulier. Elle est inverse en droit communautaire où le principe, sous la forme de la règle de non-discrimination, s'exprime de manière spécifique dans les traités. Le respect de la non-discrimination est imposé dans des domaines déterminés soit aux institutions, soit aux Etats membres ou aux entreprises, mais comme le note le Professeur CAPOTORTI :

"il semble logique d'ajouter que toute règle de non-discrimination adressée aux Etats membres ou aux entreprises implique à la charge des institutions communautaires, l'interdiction de prendre des mesures discriminatoires destinées à se répercuter dans les mêmes domaines (à supposer qu'une ingérence des institutions en la matière soit admissible)" (5).

Cette spécificité imposée par les traités du principe de non-intervention tend à disparaître en raison de la jurisprudence de la Cour relative aux principes généraux de droit qui conduit à la reconnaissance d'un principe général de non-discrimination. Dans les affaires 117/76 et 16/77, la Cour affirme que la règle

de non-discrimination de l'article 40 CEE (applicable en matière de politique agricole commune)

"n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire" (6)

II.- LE PRINCIPE D'EGALITE ET LE DROIT ECONOMIQUE

- De manière abstraite, le principe d'égalité peut jouer un rôle double en droit économique. Comme le rappelait l'avocat général CAPOTORTI

"L'interdiction des discriminations en matière économique a pris de l'importance en premier lieu dans la jurisprudence américaine, depuis la fin du siècle dernier, en liaison surtout avec les principes qui protègent la liberté de concurrence. Mais, la notion a été ensuite étendue dans le sens de limiter la liberté d'action des pouvoirs publics quant aux interventions en matière économique, dans le but de protéger les entreprises contre les différences abusives de traitement" (7).

Les rapports nationaux mettent surtout l'accent, comme le questionnaire les y invitait, sur le second aspect, la protection contre l'interventionnisme économique lorsqu'il entraîne des différences de traitement, mais plusieurs rapporteurs mettent en valeur le fait que le premier aspect subsiste toujours. ainsi le Professeur MÜLLER-GRAF souligne

"Eine derartige Verkürzung auf das Recht staatlicher Wirtschaftsintervention würde indes das Recht der marktgemässen Selbststeuerung, also gerade auch den Kern des allen Mitgliedsländern der Europäischen Gemeinschaft gemeinsamen Rechts des Gemeinsamen Marktes mit seiner Verpflichtung alle Mitgliedsländer auf eine gemeinsame wettbewerbliche Marktordnung-terminologisch auf den Kopf stellen; vorzuziehen ist ein Denken vom Marktrecht her" (8)

Cette préoccupation n'est pas non plus absente de la problématique du rapport du Professeur ORTIZ-ARCE. Au fond, il s'agit de savoir comment s'applique le principe d'égalité dans les rapports entre agents économiques, qu'il s'agisse du droit de la concurrence ou d'autres domaines (10). Le problème des rapports entre le principe d'égalité et la liberté du commerce et de l'industrie est alors posé.

D'une manière générale, on a présenté le principe d'égalité comme venant limiter celui de la liberté, tout au moins dans les rapports interindividuels. Cette vision ne semble pas partagée par V. STEENBERGEN (11) qui estime que le principe de liberté vient renforcer l'impact du principe d'égalité parce qu'il introduit celui-ci dans l'appréciation des rapports entre particuliers. C'est, en effet, pour préserver la liberté réelle que l'on fait application du principe d'égalité. La même constatation est faite dans le domaine de l'interventionnisme par Me TIFFREAU sur la complémentarité des deux principes, mais ici c'est le principe d'égalité qui viendrait conforter celui de la liberté. En effet, dans le domaine économique, en raison des limitations apportées au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le principe d'égalité renforcerait la liberté du commerce et de l'industrie en permettant au juge d'exercer un contrôle de l'interventionnisme qui n'est plus possible sur la base du principe de liberté compte tenu des limitations opposées à ce dernier.

- Ceci implique-t-il que le principe d'égalité prenne une coloration particulière en droit économique ? On a noté en introduction qu'en général les rapporteurs nationaux ne distinguaient aucun particularisme dans l'application du principe d'égalité en droit économique. Il est vrai que formellement les procédures par lesquelles peut être sanctionnée une atteinte au principe, voire les critères utilisés par le juge, ne sont pas propres à la matière économique.

Le Professeur ANASTOPOULOS pose bien la question :

"S'il y a un particularisme du principe d'égalité appliqué à l'action économique de l'Etat mise en œuvre par des dispositions de portée générale ou individuelle, celui-ci réside dans l'assouplissement de sa portée, notamment du fait de la non comparabilité des situations économiques et de l'emploi fréquent de la clause d'intérêt général pour justifier des dispositions introduisant des exceptions ou discriminations" (12)

Bien que les autres rapports ne s'expriment pas essentiellement sur ces considérations, sont-elles particulières à la République hellénique ? D'autres pays également ne

connaissent-ils pas des situations de même nature dans lesquelles, même s'il n'existe pas de spécificité des règles applicables au principe d'égalité en matière économique, l'application de ces règles ne peut, en fait, avoir lieu de la même manière que dans d'autres secteurs en raison du particularisme des situations qu'elles sont appelées à régir et notamment de leur non-comparabilité. Si tel est le cas, malgré l'identité des règles, on aboutit à des situations telle que la réalité du contrôle judiciaire en matière économique diffère sensiblement de celle qui se manifeste dans d'autres domaines. Comme le constatait A. DE LAUBADÈRE :

"... en raison de certains aspects apparemment originaux de la jurisprudence relative à l'égalité en matière économique, la question a été soulevée de savoir si le principe d'égalité n'a pas dans le secteur économique une signification relativement différente de celle qu'elle a dans d'autres domaines du droit administratif constituant ainsi un élément de particularisme du droit économique. On peut penser en réalité que ces divergences tiennent plus aux situations de fait qu'à une divergence de règles ou de concepts" (13).

Il va de soi que la question de la spécificité de l'application du principe en matière économique n'a guère de sens en droit communautaire en raison du caractère fonctionnel de l'ordre communautaire et des finalités économiques des traités. Cependant, il n'est pas exclu qu'à l'avenir la prise en considération de l'égalité comme principe général s'appliquant à l'ensemble de l'activité des Institutions ne conduise à distinguer les solutions relevant du droit économique stricto sensu de celles qui seraient plus générales.

III.- EGALITE ET PROPORTIONNALITE

On a pu s'interroger sur les rapports entre proportionnalité d'égalité et se demander notamment si une mesure communautaire qui procurerait à certaines entreprises un avantage disproportionné ne serait pas révélatrice d'une discrimination interdite (14). On sait que l'avocat général CAPOTORTI tout en admettant la parenté des principes qui imposent tous