

Deuxième sous-partie : L'analyse matérielle des droits

Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Par

Claire MONGOUACHON,

Maître de Conférences à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, CRDP

Tenter de mettre en regard égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas chose aisée. D'une part, les deux notions sont dotées d'une plasticité si forte, qu'il est presque impossible d'en proposer une définition univoque. D'autre part, et sans doute en raison même de cette indétermination, les deux notions, et plus encore, la nature de leur relation, nourrissent de vives passions. La concurrence, et notamment celle qui s'exerce au niveau mondial, n'est-elle pas la cause la plus souvent invoquée dans le discours politique pour expliquer la montée en puissance des inégalités ? Oser penser la relation entre égalité et concurrence relèverait presque d'une provocation.

L'objet du propos est de répondre à un questionnement nécessairement plus limité. Il s'inscrit dans le cadre d'une réflexion portant sur le processus de constitutionnalisation des principes de l'économie de marché, qui est celle du présent colloque. Il ne s'agit pas tant de s'interroger sur le bien-fondé d'un tel processus que de l'illustrer à travers l'analyse des droits et libertés fondamentaux. Principe phare de l'économie de marché, le principe de concurrence ne pouvait donc pas manquer de s'inviter au débat. Le principe de concurrence est-il constitutionnalisé ? Disons le d'emblée, si la question est riche au plan théorique, ce qui explique que la doctrine soit tant active sur ce terrain, elle est également décisive pour le développement du contentieux constitutionnel économique, et les enjeux financiers peuvent s'avérer considérables pour les entreprises. Le constat parfois posé en doctrine est que le Conseil constitutionnel se place trop en retrait dans la protection des libertés économiques. Les interventions du législateur dans la sphère économique ne seraient pas assez strictement contrôlées¹. Certains militent pour une consécration constitutionnelle à part entière du principe de libre concurrence qui permettrait, à l'image de la jurisprudence administrative, de transcrire le mécanisme d'opposabilité du droit de la concurrence². Cette démarche présente pour ses instigateurs un écueil évident : c'est qu'elle postule que les exigences concurrentielles sont limitatives pour l'action publique, alors même que le respect des règles de concurrence suppose une intervention active de la puissance publique pour corriger les excès et déséquilibres qui s'observent sur le marché. Appréhender les impératifs

¹ G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *RJEP*, n° 718, avril 2014, comm. 18.

² P. HUBERT et A. CASTAN, « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49 (dossier : l'entreprise), octobre 2015, pp. 15-27.

concurrentiels sous le prisme de « libertés économiques » semble mener tout droit vers une impasse.

C'est là tout l'intérêt d'un retour vers le principe d'égalité. En « quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence »³, il s'offre comme un passage précieux. Il permet de se tourner vers ce qui est au cœur même de l'application des règles de concurrence : la protection non pas tant d'une concurrence libre que d'une égale concurrence⁴. S'il n'est pas question de revenir sur les définitions de la notion de concurrence⁵, on s'attachera pour les besoins de l'exposé à définir simplement la double dimension qui la sous-tend. La libre concurrence correspond à la liberté de chacun de prendre part au marché. Le marché n'étant jamais organisé que dans un cadre défini par la puissance publique, cette liberté n'est pas absolue, mais elle est protégée traditionnellement par le biais de la liberté d'entreprendre pour le droit constitutionnel ou des libertés de circulation pour le droit de l'Union. L'égale concurrence correspond à la possibilité donnée à chaque opérateur de pouvoir se faire concurrence. Ainsi, pour que la libre concurrence soit offerte à chacun, elle devra être corrigée par les autorités publiques : il s'agit de limiter la liberté des opérateurs économiques afin que la puissance d'action des uns ne s'exerce pas au désavantage des autres. L'égale concurrence est protégée aussi bien en droit interne à travers notamment le contrôle des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit européen puisque le marché intérieur, sur lequel s'exercent les libertés de circulation, « comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée »⁶.

Étant confrontée au couple liberté/égalité, la concurrence est en prise avec les mêmes paradoxes que la notion d'égalité. C'est ce que nous montrerons en insistant d'abord sur les implications concurrentielles du principe d'égalité (I), avant de présenter les méthodes de réalisation de l'égale concurrence au plan contentieux (II).

I. Les implications concurrentielles du principe d'égalité

Ambivalent (A), le principe d'égalité permet de rendre compte du caractère protéiforme du phénomène concurrentiel (B).

A. L'application ambivalente du principe d'égalité en matière économique

Applicable à la sphère économique, ce qui n'allait pas de soi (1), le principe d'égalité y portera ses propres contradictions (2).

³ F. MARTUCCI, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *Revue de jurisprudence commerciale*, novembre/décembre 2014, n° 6, p. 444-455.

⁴ L. IDOT, « La liberté de concurrence en France », *LPA*, 23 mars 2000, n° 59, p. 4.

⁵ Sur la question, L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 272, 2012, 466 p.

⁶ Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence.

1. L'applicabilité du principe d'égalité en matière économique

L'application du principe d'égalité aux interventions économiques du législateur ne va pas de soi. Comme il avait déjà pu être constaté au sujet des interventions de l'administration, « l'interventionnisme est, par nature, inégalitaire : il entend favoriser les activités conformes à l'intérêt général économique. D'où une altération générale du concept d'égalité autour duquel s'était construit notre système de relations entre le citoyen et le pouvoir »⁷. Ce caractère intrinsèquement discriminatoire de l'interventionnisme n'est bien sûr pas propre à la sphère économique. C'est plus largement l'activité législative qui s'avère discriminatoire, dans la mesure où elle établit des régimes spécifiques s'appliquant à des catégories de personnes ou de biens, au gré des objectifs du législateur. Ainsi, le professeur Mélin-Soucramanien montre que la mise en œuvre du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel « recèle en germe une potentialité d'anéantissement de la quasi-totalité des textes législatifs »⁸. C'est précisément cette potentialité d'anéantissement qui explique que le principe d'égalité soit si souvent mobilisé par les acteurs économiques, lorsqu'ils souhaitent, parfois pour des raisons purement stratégiques, remettre en cause la validité des législations censées régir leurs activités économiques en agissant par la voie de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC). Critique à l'égard de ce mouvement, une partie de la doctrine a pu constater que le recours récurrent au principe d'égalité était particulièrement « prometteur » dans le cadre d'une voie de recours « largement captée » par des entreprises désireuses de « mettre en cause des réglementations au profit d'une plus grande liberté des acteurs »⁹.

Cette promesse, faut-il le rappeler, est contenue en germes dans la décision fondatrice *Loi de nationalisation*, par laquelle le juge constitutionnel admet dès 1982 la portée économique du principe d'égalité. Dans un considérant décisif pour le développement des libertés économiques, le juge constitutionnel y énonce « que le principe d'égalité n'est pas moins applicable entre les personnes morales qu'entre les personnes physiques, car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe d'égalité entre celles-là équivaldrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci »¹⁰. Apparaît là un argument majeur en faveur d'une compréhension subjective des droits et libertés fondamentaux consistant à envisager leur protection constitutionnelle comme *continuum* de celle qui est accordée aux individus¹¹. Mais l'argument est subversif car si dans son fondement, c'est bien la personne humaine qui est la source de la reconnaissance du droit fondamental aux personnes morales, l'effet d'une telle

⁷ R. SAVY, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *AJDA*, 1972, p. 4.

⁸ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29 (Dossier : La Question Prioritaire de Constitutionnalité), 2010/3, p. 99.

⁹ S. HENNETTE VAUCHEZ, « ...les droits et libertés que la constitution garantit : quiproquo sur la QPC ? », *Revue des Droits de l'Homme*, 10/ 2016 : <https://revdh.revues.org/2481#ftn54>

¹⁰ Cons. Const., déc. n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

¹¹ En ce sens, voir la thèse de M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, préface J.-Y. CHÉROT, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 144, 2015, 379 p. L'auteur réfute le caractère économique des droits et libertés fondamentaux contenus dans la Constitution, lesquels ne s'attacheraient qu' « à offrir une sphère de liberté à l'individu dans la vie économique » (spéc. p. 317) et non à permettre la constitutionnalisation d'un système économique particulier.

reconnaissance conduit inmanquablement à une forme de constitutionnalisation de l'économie libérale. Non pas que le législateur se trouverait désormais lié par la reconnaissance constitutionnelle de l'économie de marché, en tant qu'ordre invasif imposant ses propres lois¹². Mais plutôt que l'application des principes de l'État de droit à la sphère économique paraît conduire à un processus de découverte *a posteriori* des principes structurants de l'économie de marché. Cela n'est pas nécessairement bien perçu. Aussi le principe d'une reconnaissance des droits et libertés fondamentaux au profit des personnes morales n'a-t-il pas manqué de susciter la critique, comme le rappelle Hélène Hurpy dans sa contribution ci-jointe¹³. L'égalité reconnaissance des droits et libertés aux personnes physiques et morales – et en particulier aux entreprises – ne se traduit-elle pas par une exaltation par ces dernières de la liberté économique et de la libre concurrence ?

2. Les mutations du principe d'égalité

Qu'ainsi reconnu dans sa vocation économique, le principe d'égalité puisse venir au secours d'une plus grande liberté économique des opérateurs, cela requiert néanmoins quelques éclaircissements. L'égalité n'a-t-elle pas au contraire pour effet de tempérer la liberté ? C'est qu'il en va de la matière économique comme des autres domaines plus classiques qu'il régit : tel un « Janus constitutionnel »¹⁴, l'égalité que le droit public tend à protéger a plusieurs facettes. Dégagées naguère dans une célèbre analyse du professeur Jean Rivero¹⁵, ces variantes de l'égalité reviennent pour l'essentiel à établir une distinction désormais largement usitée entre l'égalité abstraite et l'égalité réelle. Rivero remarque que « l'égalité à laquelle s'attache le droit public français est une égalité juridique, non une égalité de fait »¹⁶, c'est-à-dire qu'elle doit être la même pour tous. Néanmoins, et ce dès 1965, il met en lumière des hypothèses dans lesquelles « s'engageant dans la voie de l'égalité réelle, le législateur et le juge ont différencié les règles selon les situations qu'il s'agissait de régir »¹⁷. Pour Rivero, ces discriminations ne heurtent donc pas l'égalité mais au contraire la servent. Il faut comprendre, dit-il, qu'« à l'égalité cherchée dans la généralité se substitue une égalité par la différenciation »¹⁸.

Se fondant sur la pensée de Rivero, certaines analyses plus récentes tendent à distinguer trois variantes de l'égalité : l'égalité formelle et abstraite, qui s'exerce devant la loi ; l'égalité dans la règle de droit, plus concrète et réelle, qui tient compte des différences de situation ; et enfin l'égalité par la règle de droit, manifestation la plus volontariste, correctrice

¹² Sur ce débat déjà ancien, *L'ordre concurrentiel – Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éd. Frison-Roche, 2003, 686 p.

¹³ H. HURPY, « Les interactions entre l'économie de marché et les Droits et libertés fondamentaux », *cette revue*.

¹⁴ F. LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *Revue de droit public*, 1983, p. 1274.

¹⁵ J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*, tome XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343-360. Le professeur distingue dans son texte entre l'égalité dans la règle elle-même, l'égalité dans l'application de la règle et l'égalité en-dehors de toute règle, mais cette distinction semble avoir fait l'objet de diverses réinterprétations doctrinales.

¹⁶ *Ibid.*, p. 349.

¹⁷ *Ibid.*, p. 350.

¹⁸ *Ibid.*, p. 350-351.

et concrète de l'égalité¹⁹. Il s'agit toujours d'opposer l'égalité formelle et l'égalité réelle, mais au sein de cette dernière, on est plus nettement conduit à reconnaître la singularité des différenciations positives légales, ébauches de la discrimination positive, « qui traduisent des politiques publiques visant à compenser des inégalités socio-économiques »²⁰. C'est cette conception trilogique, égalité formelle, réelle et correctrice que nous retiendrons par la suite. Cette dernière grille de lecture des mutations du principe d'égalité offre, il nous semble, un éclairage pertinent pour lever l'ambiguïté des relations entre égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Elle laisse tout d'abord entrevoir une mobilisation multidimensionnelle du principe d'égalité correspondant à des préoccupations concurrentielles différentes.

B. Les déclinaisons concurrentielles du principe d'égalité

Invocé dans sa variante formelle, le principe d'égalité permet essentiellement de garantir la libre concurrence, au sens du libre et égal accès au marché (1). Vêtue de sa composante substantielle, l'égalité suppose de contrôler plus finement et étroitement les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché, ce qui implique d'admettre des tempéraments au principe d'égalité (2).

1. Le principe d'égalité ou la libre concurrence renforcée

Envisagée originellement de façon formelle et abstraite, l'égalité est formulée à l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans les termes suivants : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Il n'est pas anodin que les termes libres et égaux aient été énoncés conjointement. Dans la logique révolutionnaire, il s'agit avant tout de prémunir les citoyens contre les privilèges et l'arbitraire du pouvoir en leur conférant une sphère de liberté individuelle. Il ne fait pas de doute que la liberté d'entreprendre s'inscrit dans cette perspective. Bien qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une consécration expresse dans le texte de 1789, la liberté d'entreprendre qui sera rattachée en 1982 à l'article 4 de la Déclaration, était alors déjà comprise comme une composante de la liberté générale des citoyens²¹. Dans sa première variante libérale et abstraite, le principe d'égalité en matière économique ne peut venir qu'en renfort de la liberté d'entreprendre. Le principe d'égalité sert ici l'existence d'une libre concurrence puisque celle-ci suppose une égalité juridique entre les concurrents²², du moins pour l'accès au marché. Comme l'indique Laurence Idot, « la concurrence suppose sur chaque marché une multiplicité d'offres libres

¹⁹ M. BORGETTO, « Égalité, solidarité... équité », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 239-279, spéc. p. 244.

²⁰ A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004/4, p. 55-71.

²¹ En ce sens, J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », *D.*, 1984, chron. p. 1.

²² En ce sens déjà, J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*, tome XIV, *op. cit.*, p. 353 : « L'économie de marché, qui met sa confiance dans la vertu des régulations automatiques nées de la libre concurrence, exige certes, au départ une égalité juridique entre les concurrents ».

de déterminer leurs prix, ce qui permet aux demandeurs d'opérer leur choix de manière également libre ; elle implique en amont la possibilité d'accéder à un tel marché »²³.

En combinaison avec la liberté d'entreprendre, le principe d'égalité permet ainsi de mettre en évidence l'inégalité suscitée par la législation que ce soit dans l'accès à l'activité économique ou dans les modalités d'exercice de cette activité économique, qui sont les deux aspects de la vie économique protégés par la liberté d'entreprendre²⁴. Une partie de la doctrine voit dans cette dernière une application du principe de libre concurrence²⁵, défini comme comportant la liberté d'être concurrent et la liberté de concurrencer²⁶. Il est vrai que depuis la QPC, le Conseil constitutionnel a appliqué la liberté d'entreprendre dans des configurations permettant d'identifier un rapprochement avec la libre concurrence²⁷. Néanmoins, cette dernière n'a pour l'heure jamais fait l'objet d'une consécration autonome par le Conseil constitutionnel²⁸, qui s'y réfère toujours conjointement soit à la liberté d'entreprendre²⁹, soit au principe d'égalité³⁰. Simple condition d'exercice de la liberté d'entreprendre ou de la libre concurrence, le principe d'égalité joue ici son rôle de « "droit-tuteur" nécessaire à la mise en œuvre des autres droits fondamentaux »³¹. Si le principe d'égalité est souvent invoqué simultanément à la liberté d'entreprendre, c'est parce que toute législation limitant l'accès ou fixant les modalités d'accès au marché et d'exercice d'une activité économique risque par principe de rompre l'égalité formelle entre les opérateurs économiques. C'est alors qu'entre en scène la deuxième variante, plus réelle, de l'égalité, source de dérogations et de corrections.

2. L'égalité réelle ou la libre concurrence tempérée

Empruntant aux nouvelles exigences démocratiques du XXème siècle, orientées vers la consécration d'une démocratie sociale, l'égalité acquiert une texture matérielle. L'égalité

²³ L. IDOT, « La liberté de concurrence en France », *LPA*, 23 mars 2000, n° 59, p. 4.

²⁴ Cons. Const., déc. n° 2012-285 QPC, 30 novembre 2012, *M. Christian S.* : la liberté d'entreprendre « comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité ».

²⁵ D. RIBES, note sous Cons. Const., déc. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, RFDC*, n° 53, 2003, p. 168-174. L'auteur avançait prudemment : « il semble bien que le Conseil constitutionnel entende ainsi promouvoir la liberté de concurrence en tant que liberté constitutionnelle à part entière » (p. 172).

²⁶ D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in J.-M. RAINAUD et R. CRISTINI (dir.), *Droit public de la concurrence*, Paris, Economica, coll. Science et Droit Administratifs, 1987, p. 15. Au sujet de l'articulation entre liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie et liberté de concurrence, l'auteur écrivait : « c'est le principe de libre concurrence qui paraît le plus compréhensif, car il comporte nécessairement la liberté d'être concurrent (c'est la liberté d'entreprendre au sens de la liberté d'installation, d'établissement, de créer ou d'accéder à une profession) et la liberté de concurrencer (libre exploitation, libre exercice, liberté contractuelle, liberté du travail, toutes formes de la liberté du commerce et de l'industrie) ». (en italique dans le texte).

²⁷ A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *RJEP*, n° 718, avril 2014, étude 5.

²⁸ G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *RJEP*, n° 718, avril 2014, comm. 18.

²⁹ Cons. Const., déc. n° 2010-QPC, 11 février 2011, *Pierre L.*

³⁰ Cons. Const., déc. n° 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*.

³¹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », préc.

formelle ne serait qu'une coquille vide si, se contentant d'appliquer à tous la même règle de droit, elle ne permettait pas de consolider les liens fondamentaux qui relient les individus à la société. Pour être acquise, l'idée n'est pas pour autant galvaudée. Comme le relevait le Conseil d'État dans son rapport public de 1996, « lorsque ces liens sont fragilisés, voire rompus, l'égalité des droits risque d'apparaître comme une pétition purement formelle. Dès lors, le principe d'égalité joue davantage sa crédibilité sur le terrain de l'égalité des chances »³². Alexis de Tocqueville n'avait rien prédit de différent, lorsqu'il annonçait qu'à la quête de la liberté succéderait la passion de l'égalité³³. Aussi bien le Conseil d'État³⁴ puis le Conseil constitutionnel³⁵ ont-ils admis la possibilité de tempérer le principe d'égalité pour tenir compte soit des différences concrètes de situation pouvant exister entre les individus, soit de l'intérêt général.

Dans la première hypothèse, il ne s'agit pas tant d'une dérogation que d'une mise à l'écart de l'atteinte à l'égalité. Dans la seconde, il y a dérogation à l'égalité justifiée par l'intérêt général. À cet égard, seule l'attribution d'un contenu matériel au principe d'égalité permet de lever le paradoxe apparent de cette jurisprudence aux termes de laquelle « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur puisse déroger à l'égalité »³⁶... C'est plus précisément l'égalité *matérielle* qui ne s'oppose pas aux dérogations à l'égalité *formelle*³⁷.

Or cette approche s'avère tout particulièrement pertinente en matière économique, si tant est qu'elle n'ait pas été directement commandée par les réalités de l'action publique économique. C'est ce qu'avait parfaitement mis en lumière Jean Rivero lorsqu'il pointait le caractère inapproprié de l'égalité juridique : « en matière économique, cette égalité abstraite, liée à la généralité de la règle, a cédé le pas à la recherche de l'égalité concrète »³⁸. Développée en 1962, l'analyse contient déjà la clé d'explication des deux dérogations au principe d'égalité. « Il a fallu », expliquait-il, « pour éviter qu'une règle trop générale aboutisse à des résultats opposés selon les assujettis, spécialiser la règle à l'extrême, la fragmenter [...]. Bien plus, l'administration, dans nombre de cas, a dû, pour faire prévaloir l'intérêt général, sacrifier systématiquement l'égalité, conférer des privilèges [...], bref, procéder par voie de discrimination ». « Appliquée à l'action économique du pouvoir, la notion d'égalité appelle un nouvel examen »³⁹, insistera-t-il plus tard. On comprend à la lumière de cette argumentation que l'invocation du principe d'égalité à l'encontre de

³² Conseil d'Etat, *Rapport annuel, Le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'Etat, n° 48, 1997, p. 49.

³³ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 2, Paris, Flammarion, 414 p.

³⁴ CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques, Leb.*, p. 274.

³⁵ Cons. Const., déc. n° 87-232-DC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, Rec.*, p. 17.

³⁶ Irrationalité relevée notamment par O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n° 7 (<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-gardien-de-l-egalite-459.html>) : Pour l'auteur, « une telle formule, en elle-même, vide de sens le principe d'égalité ».

³⁷ En ce sens, voir P. de MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », in A. VIDAL-NAQUET et M. FATIN-ROUGE STEFAFINI (dir.), *La norme et ses exceptions – Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014, p. 213-226, spéc. p. 219.

³⁸ J. RIVERO, « Action économique de l'État et évolution administrative », in *Revue économique*, vol. 13, n° 6, 1962, p. 886-896, spéc. p. 891.

³⁹ J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*, tome XIV, op. cit., p. 344.

législations économiques, par principe discriminatoires, puisse avoir du mal à prospérer dans le contentieux constitutionnel français. Lorsqu'il s'agit de remettre en cause l'atteinte à l'égalité formelle, que l'État libéral s'efforce de combattre, cette atteinte pourra être facilement balayée à la faveur d'un État providence agissant « pour le bonheur des peuples »⁴⁰.

Mais pareille approche tempérée du principe d'égalité, si elle se laisse justifier par les nécessités d'un interventionnisme économique qui pourrait sembler d'un autre temps, est-elle compatible avec les exigences concurrentielles contemporaines?

La réponse est assurément positive.

D'une part, si l'ordonnance de 1986 a inscrit l'action de l'État dans un cadre *a priori* plus libéral, étant conforme aux préceptes de l'économie de marché, les règles de concurrence consacrées n'en sont pas moins fondées sur un ensemble de discriminations. On ne traite pas l'entreprise dominante de la même façon que les autres entreprises ; on ne sanctionne pas certains accords conclus entre entreprises lorsqu'ils sont censés générer des gains d'efficacité. Face à la liberté contractuelle, les entreprises ne sont pas placées dans une situation identique et c'est ce qui explique que leur liberté contractuelle se trouve inégalement protégée. C'est bien toute la force de l'analyse substantielle qui sous-tend le droit économique⁴¹, entraînant la multiplication des catégories et sous-catégories. La règle de concurrence s'éprouve ici dans la confrontation permanente à la réalité des faits ; elle repose sur une segmentation fine des situations de marché. En tant qu'outil de différenciation, le droit de la concurrence participe donc incontestablement d'une approche réelle de l'égalité, autorisant à ce titre autant de dérogations au principe d'égalité (formelle).

D'autre part, la règle de concurrence contribue au développement de la réserve tirée de l'intérêt général. Il y a dix ans, la doctrine montrait avec force comment la concurrence était devenue une exigence d'intérêt général dans la jurisprudence administrative⁴². Et l'on voit maintenant le Conseil constitutionnel s'engager lui aussi dans la voie de cette reconnaissance. Il a ainsi considéré que le fait « d'encadrer les conditions de la concurrence » répond à un motif d'intérêt général⁴³, avant de juger que « le fonctionnement concurrentiel du marché » correspond à un objectif de préservation de l'ordre public économique⁴⁴. Cela ne permet certes pas de conclure que l'égalité concurrentielle revêt une valeur constitutionnelle⁴⁵. A

⁴⁰ G. DEBEYRE, « rapport général », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*, tome XIV, *op. cit.*, p. 335.

⁴¹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 106-107 : « L'analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier ou à critiquer des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons droit substantiel ou droit "matériel". Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle. »

⁴² G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, préf. J.-L. AUTIN, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, spéc. p. 347 et s. ; également J.-Ph. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, thèse Strasbourg, 2005.

⁴³ Cons. Const., déc. n° 2011-157 QPC, 5 août 2011, *Société SOMODIA*, cons. 7 ; note M. LOMBARD, *AJDA* 2011, p. 1880, qui utilise une formule plus explicite : « égaliser les conditions de la concurrence entre établissements est un motif d'intérêt général justifiant une limitation à la liberté d'entreprendre ».

⁴⁴ Cons. Const., déc. n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Canal Plus et a.*, cons. 11 ; Cons. Const, déc. n° 2013-3 LP, 1^{er} octobre 2013, *Loi relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*.

⁴⁵ Pour une discussion sur la libre concurrence, voir A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », préc., qui relève que la sauvegarde de l'ordre public est un objectif de valeur constitutionnelle (spéc. n° 21).

néanmoins été franchie « une étape remarquable dans la reconnaissance constitutionnelle du droit de la concurrence »⁴⁶. Ce sont là autant de limitations à la liberté d'entreprendre légitimées par l'action correctrice du droit de la concurrence.

Car c'est bien cette facette la plus volontariste de l'égalité que sert l'impératif concurrentiel. Cette exigence ne saurait se satisfaire de l'égalité formelle, abstraite, consistant à laisser l'ensemble des opérateurs agir librement sur le marché. Elle requiert une intervention active de la puissance publique, justifiée par la volonté de surveiller les conditions d'exercice de la concurrence. Cette action est aujourd'hui occupée en matière économique par des autorités de régulation⁴⁷, et pour ce qui concerne la régulation générale de la concurrence, par l'Autorité de la concurrence. Il n'est pas anodin que les dernières réformes législatives aient choisi le registre de « l'égalité des chances »⁴⁸ ou de « l'égalité réelle »⁴⁹ pour renforcer les pouvoirs de contrôle de l'Autorité de la concurrence, au point de constituer pour certaines mesures telles que le pouvoir d'injonction structurelle une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété⁵⁰.

C'est que les voies de réalisation contentieuses de l'égalité de concurrence sont tout aussi subtiles que la notion elle-même.

II. Les voies de réalisation contentieuses de l'égalité de concurrence

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière économique épouse les contradictions internes à la notion d'égalité qui viennent d'être esquissées. Si le principe d'égalité constitue un fondement incertain de la libre concurrence (A), sa mise en œuvre peut être à la fois vecteur d'une analyse concurrentielle fructueuse (B) et source d'une prise en compte effective de l'intérêt général (C).

A. Le principe d'égalité, fondement incertain de la libre concurrence

Rattachée initialement au principe d'égalité (1), la référence constitutionnelle à la libre concurrence a ensuite été associée plus étroitement à la liberté d'entreprendre (2).

1. Le rattachement initial de la libre concurrence au principe d'égalité

Dès le milieu des années 1980, le principe d'égalité a pu être présenté « comme condition nécessaire et corollaire obligé du principe de concurrence »⁵¹. Dès lors, le principe d'égalité n'eût-il pas vocation à déployer toute sa portée dans la sphère concurrentielle ?

⁴⁶ F. MARTUCCI, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 453.

⁴⁷ F. JAPPONT, « La dualité égalité-équité dans la pratique des autorités de régulation », *RIDE*, 2006/2 (t. XX, 2), p. 151-165.

⁴⁸ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴⁹ Projet de loi de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière économique, n° 4000, déposé le 3 août 2016.

⁵⁰ Cons. Const., déc. n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

⁵¹ D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 19, soulignant l'importance du principe pour le développement du droit public de la concurrence.

À la fin des années 1990, on pouvait penser que le Conseil constitutionnel acceptât de s'engager sur ce chemin et de porter dans le prétoire constitutionnel, *via* le principe d'égalité, les exigences de respect de la libre concurrence tout juste imposées par le juge administratif⁵². Dans une décision du 29 décembre 1998 du Conseil constitutionnel, ce dernier considérait que « les effets éventuels des dispositions contestées sur les conditions de la concurrence ne sont pas constitutifs d'une rupture d'égalité »⁵³. Lu *a contrario*, le considérant pouvait se lire comme une incise à vérifier l'incidence d'une loi de finances sur le jeu de la concurrence au regard du principe d'égalité⁵⁴. Le Conseil semble réitérer quelques années plus tard, dans une décision du 27 décembre 2001 lorsqu'il accepte de contrôler un « avantage concurrentiel » au regard du principe⁵⁵. Était-ce là une singularité de la jurisprudence rendue en matière fiscale ?

À vrai dire, au début des années 2000, le principe d'égalité semble alors livrer au Conseil constitutionnel un moyen opératoire pour protéger les conditions de la concurrence. Dans deux décisions rendues en 2001, il s'attache à vérifier que des dispositions législatives « ne portent, par elles-mêmes, aucune atteinte à l'égalité entre les entreprises »⁵⁶. Ces deux décisions sont intéressantes car on croit bien y reconnaître la transposition au niveau du juge constitutionnel de la théorie de l'abus automatique, qui quelques années auparavant, s'était trouvée consacrée par le juge administratif. Dans la décision du 27 novembre 2001, l'argumentation des requérants était en effet directement imprégnée des concepts tirés du droit de la concurrence. Se trouvait mise en cause une loi qui attribuait aux caisses de mutualité sociale agricole la gestion du régime de base, accusée de « fausser le jeu normal de la concurrence sur le terrain de l'assurance complémentaire ». Les requérants lui reprochaient de violer « le principe d'égalité, qui implique que les personnes physiques ou morales qui entendent accéder au même marché pertinent soient placées dans des conditions garantissant l'absence de discrimination *a priori* entre elles pour l'accès à ce marché »⁵⁷. Étant chargées de centraliser les renseignements relatifs aux assurés sociaux, ces caisses auraient détenu des informations privilégiées, leur conférant un « avantage déterminant » dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs sur le marché de l'assurance complémentaire. Il s'agit là d'un cas classique d'abus de position dominante pour un opérateur du secteur public.

Si le Conseil constitutionnel valide finalement le dispositif, c'est parce qu'il juge que les attributions législatives confiées aux caisses de mutualité sociale agricole ne portent, par elles-mêmes, aucune atteinte au principe d'égalité. La locution « par elles-mêmes » est à cet égard très signifiante. C'est faute de lien automatique entre les mesures législatives et la pratique d'abus que la violation du principe d'égalité ne peut être retenue. On doit donc comprendre *a contrario* que si la loi avait effectivement cristallisé une atteinte au droit de la concurrence, et en particulier aux dispositions de l'abus de position dominante, elle aurait pu encourir la censure sur le fondement du principe d'égalité. En l'espèce, l'avantage concurrentiel invoqué n'était qu'une faculté laissée aux caisses « dans le silence de la loi ».

⁵² CE Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, AJDA, 1997, *Leb.* p. 406.

⁵³ Cons. Const., déc. n° 98-405 DC, 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, cons. 21.

⁵⁴ En ce sens, D. RIBES, préc.

⁵⁵ Cons. Const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, cons. 30.

⁵⁶ Cons. Const., déc. n° 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. 10 ; Cons. Const., déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 33.

⁵⁷ Cons. Const., déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, préc., cons. 32.

Faute pour la loi d'être la source directe et nécessaire du comportement anticoncurrentiel, le Conseil constitutionnel ne peut que rejeter le grief, avant de préciser qu' « il appartiendra, en tout état de cause, aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes de veiller au respect du principe d'égalité et de la libre concurrence sur les marchés de l'assurance complémentaire »⁵⁸.

On ne saurait associer plus étroitement le principe d'égalité et la protection de la libre concurrence. Celle-ci n'étant pas érigée en « principe » autonome, elle émerge dans ces décisions du début des années 2000 comme un prolongement direct du principe d'égalité. Mais cette assise constitutionnelle ne sera pas durable.

2. L'imbrication récente de la libre concurrence dans la liberté d'entreprendre

Depuis les années 2010, les distorsions de concurrence ne semblent plus devoir être examinées sous le prisme du principe d'égalité. C'est la liberté d'entreprendre qui a pris le relais. S'ouvrant à de nouveaux domaines⁵⁹, la liberté d'entreprendre a ainsi pu être sollicitée pour contrôler des législations qui restreignaient la liberté des prix⁶⁰, instaurent des monopoles⁶¹, ou encore délèguent à une personne privée une fonction de réglementation économique⁶².

Le cas des monopoles est intéressant. Dans l'esprit du professeur Linotte, le principe d'égalité devait précisément « permettre d'éviter la constitution de monopoles protégés et de privilèges alimentés notamment par le localisme »⁶³. Le terme de privilèges est fort à propos car il rappelle directement le contexte révolutionnaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et ses références subséquentes au principe d'égalité des citoyens. Que dans le contrôle des monopoles, ce soit la liberté d'entreprendre qui soit mobilisée, n'est certes pas chose surprenante au regard de la jurisprudence administrative qui recourt traditionnellement à la liberté du commerce et de l'industrie. Mais, au détour d'un vocable tout droit sorti de l'époque révolutionnaire, le Conseil fait plus nettement le lien avec les exigences concurrentielles. Ainsi au sujet du monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires, il considère que « la suppression du privilège dont [ils] jouissaient [...] tendait également à favoriser la libre concurrence et la liberté d'entreprendre »⁶⁴.

Dans la lutte contre les distorsions de concurrence, le principe d'égalité se voit même concurrencé par la liberté d'entreprendre sur son terrain d'élection habituel : celui des aides publiques. On sait que le juge administratif apprécie traditionnellement la régularité des aides publiques au regard du principe d'égalité, ce qui l'autorise à sanctionner une garantie

⁵⁸ Cons. Const., déc. n° 2001-451 DC, préc., cons. 34.

⁵⁹ A. SÉE, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *op. cit.*,

⁶⁰ Cons. Const., déc. n° 2013-670 DC, 23 mai 2013, *Loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports* ; Cons. Const., déc. n° 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre*.

⁶¹ Cons. Const., déc. n° 2012-258 QPC, 22 juin 2012, *Établissements Bargibant S.A.*

⁶² Cons. Const., déc. n° 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.*

⁶³ D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 19.

⁶⁴ Cons. Const., déc. n° 2010-102 QPC, 11 février 2011, *M. Pierre L.*, cons. 5.

d'emprunt accordée par une commune à une entreprise au détriment des autres⁶⁵. C'est logiquement sur le fondement du principe d'égalité que le Conseil d'État acceptait dans l'affaire SCOR de soumettre la question de la constitutionnalité d'une garantie de l'État au Conseil constitutionnel⁶⁶. La société SCOR contestait une disposition législative qui accordait à la seule Caisse centrale de réassurance la garantie de l'État pour les opérations de réassurance des risques résultant des catastrophes naturelles. Le principe d'égalité semblait plutôt bien placé pour engager un débat portant sur le respect de l'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques du secteur. Or, si le moyen tiré du principe d'égalité apparaît dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel, il se trouve encore complété par une référence à la liberté d'entreprendre. Ce qui a conduit la doctrine à conclure que le Conseil semblait « surtout soucieux de justifier la garantie de l'État au profit de la Caisse centrale de réassurance, laquelle est jugée pleinement conforme à la liberté d'entreprendre »⁶⁷.

Cette démarche consistant à appréhender par le biais de la liberté d'entreprendre des distorsions de concurrence n'est pas exempte de limites⁶⁸. Si la liberté d'entreprendre a incontestablement un rôle à jouer dans le contrôle des conditions de la libre concurrence, le principe d'égalité paraît bien plus adapté à contrôler les conditions de l'égalité de concurrence.

B. La mise en œuvre du principe d'égalité, vecteur d'appropriation de l'analyse concurrentielle

Les potentialités de la notion d'égalité en matière économique s'expliquent par sa capacité à se saisir de la réalité. Cette dimension, comme on l'a vu plus haut, n'est prise en compte par le principe d'égalité qu'à titre dérogatoire, ce qui limite la force opératoire du concept. Néanmoins, l'analyse des différences de situation n'en reste pas moins porteuse d'une logique d'égalisation des conditions de concurrence. Cette logique est servie par l'emprunt par le Conseil constitutionnel de certains concepts au droit de la concurrence, qu'il s'agisse de la notion d'activité économique (1) ou de la délimitation du marché pertinent (2), révélant un processus d'« appropriation »⁶⁹ par le Conseil constitutionnel de l'objet économique.

1. Vers une définition fonctionnelle de l'activité économique ?

L'application du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel à la matière économique lui a permis, à certaines reprises, de densifier l'intensité de son contrôle porté sur la validité des législations contestées. On le remarque tout particulièrement lorsque le juge constitutionnel est amené à examiner si la différence de traitement entre les opérateurs est justifiée par une différence de situation. On rappelle que depuis une décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel juge que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le

⁶⁵ TA Grenoble, 27 janv. 1998, *Ruphy et a. c/ Commune de La Clusaz*, JCP G 1989, II, 2126, obs. Cl. DEVÈS, jurisprudence retracée par G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », préc.

⁶⁶ Cons. Const., déc. n° 2013-344 QPC, 27 septembre 2013, *Société SCOR SE*.

⁶⁷ G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », préc.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Expression et idée empruntées à J. MARTINEZ, *Concurrences* n° 2-2016, Chronique Actions publiques, p. 210.

législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »⁷⁰. Il lui faudra dans cette hypothèse déterminer si la législation concerne des opérateurs placés dans une situation identique. Cela semble inhérent à l'idée même d'une distorsion de concurrence : pour qu'il y ait rupture d'égalité, encore faut-il que les opérateurs soient placés dans un rapport de concurrence. Si les différenciations législatives s'apprécient au regard des critères du législateur, certaines notions tirées directement du droit de la concurrence permettent visiblement au Conseil de mieux apprécier la rationalité des choix du législateur.

Ainsi en va-t-il de la notion d'activité économique. Dans sa décision du 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, le Conseil devait notamment examiner une disposition qui soumettait à réglementation les opérations de commercialisation des semences, tout en exemptant non seulement les opérations réalisées à titre gratuit mais aussi les opérations réalisées à titre onéreux, dès lors qu'elles étaient réalisées par des associations régies par la loi de 1901. Se plaçant comme l'y invitaient les députés requérants sur le fondement du principe d'égalité devant la loi, le Conseil censure ladite disposition en constatant que les associations loi de 1901 n'étaient pas placées au regard de l'objet de la loi dans une situation différente de celle des autres acteurs économiques susceptibles de procéder aux mêmes opérations. S'écartant d'une approche formelle de l'activité, fondée sur le statut de la personne morale, le Conseil paraît ici s'orienter vers une appréhension matérielle de l'activité économique, ce qui a donné l'occasion à certains auteurs d'effectuer un rapprochement avec la définition fonctionnelle du droit de l'Union européenne⁷¹. On sait en effet qu'en droit européen de la concurrence, la notion d'entreprise « comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁷².

Plus encore, la référence à la notion d'activité économique s'accompagne parfois d'une délimitation précise de l'activité en cause, qui emprunte à la notion de marché pertinent.

2. Vers une délimitation concurrentielle des marchés pertinents ?

Au-delà de la définition même d'activité économique, c'est en effet la définition du marché telle qu'elle provient du droit de la concurrence qui permet d'affiner l'analyse de la rupture d'égalité, même s'il convient de relever que le Conseil constitutionnel n'utilise pas l'expression de « marché pertinent » dans ses décisions. L'affaire qui a opposé les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (VTC) en offre une illustration évidente. Sans rentrer dans une présentation détaillée de l'affaire⁷³, il faut rappeler que certaines restrictions d'exercice de l'activité des VTC, telles l'interdiction d'informer le client ou l'interdiction de la tarification horokilométrique, ont été examinées sous le prisme de la liberté d'entreprendre.

⁷⁰ Cons. Const., déc. n° 1996-380 DC, 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, cons. 9.

⁷¹ J. MARTINEZ, note sous Cons. Const., déc. n° 2016-737 DC du 4 août 2016, *Concurrences* n° 4-2016, chronique action publique, p. 201-202.

⁷² CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec. p.* 01979.

⁷³ C. BACQUET, « La liberté d'entreprendre saisie par les justiciables-économiques. Analyse des fondements juridiques de l'*uberisation* de la société à travers les QPC VTC/taxis », *cette revue*.

L'examen des conditions d'exercice de la concurrence dans ce secteur n'en demeure pas moins complètement tributaire de la délimitation des activités concernées. Dans la décision du 22 mai 2015⁷⁴, le Conseil constitutionnel s'appuie sur une délimitation centrale pour la mise en œuvre des libertés économiques. Face à la loi litigieuse qui régit le cadre d'exercice de l'activité de transport public particulier de personnes à titre onéreux, le Conseil considère que le législateur a distingué entre l'activité consistant à stationner et à circuler sur la voie publique en quête de clients en vue de leur transport et, d'autre part, l'activité de transport individuel de personnes sur réservation préalable. Or cette distinction entre les deux activités économiques reprend une délimitation opérée initialement par l'Autorité de la concurrence dans un avis du 16 décembre 2013 entre le marché de la maraude, c'est-à-dire la prise en charge immédiate de clients sur la voie publique, sur lequel les taxis jouissent d'un monopole et le marché de la réservation préalable, sur lequel les taxis sont en concurrence avec les VTC⁷⁵. Il est tout à fait remarquable que le Conseil constitutionnel ait repris cette délimitation, alors même l'Autorité de la concurrence avait précisé que « cette distinction des marchés qui découle d'un raisonnement concurrentiel ne doit pas être confondue avec une distinction des modes d'activité du point de vue de la réglementation qui distingue les VTC et les taxis »⁷⁶.

C'est la délimitation effectuée par l'Autorité de la concurrence qui a fait autorité, emportant avec elle une logique d'égalisation des conditions de la concurrence entre les taxis et les VTC sur le marché de la réservation préalable. Si l'interdiction faite aux exploitants de VTC d'informer un client de la localisation et de la disponibilité d'un véhicule lorsqu'il se trouve sur la voie ouverte à la circulation publique est jugée n'être pas manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel prend soin de relever que l'interdiction « s'applique également aux taxis lorsqu'ils sont situés en dehors de leur autorisation de stationnement »⁷⁷. Quant à l'obligation de retour à la base, qui pèse spécifiquement sur les VTC, et pour laquelle l'Autorité de la concurrence avait émis dans l'avis précité les plus grandes réserves, elle fait réciproquement l'objet d'une réserve d'interprétation inspirée par la même logique : cette disposition ne saurait, « sans porter au principe d'égalité devant la loi, exonérer un taxi de l'obligation [...] dès lors qu'il se trouve en dehors du ressort de son autorisation de stationnement »⁷⁸. On pourrait se demander si, en distinguant au sein du marché sur réservation préalable les activités des taxis selon qu'ils se trouvent dans ou en dehors du ressort de leur autorisation de stationnement, le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause la délimitation effectuée par l'Autorité de la concurrence.

Au plan formel, il n'en est rien. Le Conseil constitutionnel admet en effet l'existence d'une identité de situation sur le marché de la réservation préalable entre les exploitants de taxis situés dans le ressort de leur autorisation de stationnement et les autres personnes exerçant l'activité de transport individuel de personnes sur réservation préalable. C'est

⁷⁴ Cons. Const., déc. n° 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre*, note F. MARTUCCI, *Concurrences*, chronique Actions publiques, p. 214-216.

⁷⁵ ADLC, avis n° 13-A-23 du 16 décembre 2013 concernant un projet de décret relatif à la réservation des voitures de tourisme avec chauffeur.

⁷⁶ ADLC, avis n° 14-A-17 du 9 décembre 2014 concernant un projet de décret relatif au transport public particulier de personnes, point 25.

⁷⁷ Cons. Const., déc. n° 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *préc.*, cons. 13.

⁷⁸ *Ibid.* cons. 26.

précisément ce qui le conduit à identifier une « différence de traitement » entre ces catégories d'opérateurs tenant à la fois à l'interdiction d'information des clients et à l'obligation de retour à la base dont sont exonérés exclusivement les taxis situés dans le ressort de leur autorisation de stationnement. Il y a donc bien dans les deux cas une rupture d'égalité entre deux types d'activités, dont l'identification résulte précisément des critères tirés de l'analyse concurrentielle en termes de marché pertinent. Néanmoins, la différence de traitement qui profite aux taxis exerçant dans leur ressort de stationnement s'avère, d'après la Haute juridiction, « justifiée par des objectifs d'ordre public, notamment de police de la circulation et du stationnement sur la voie publique ». C'est là une limite de l'examen des différences de situation⁷⁹ : si le test révèle une différence de traitement, celle-ci pourra toujours être rachetée par la prise en compte de l'intérêt général.

C. La mise en œuvre du principe d'égalité, facteur de conciliation entre intérêt général et concurrence

Porteur de dérogations, le tempérament tiré de l'intérêt général semble *a priori* constituer un frein à une prise en compte effective des exigences concurrentielles par le juge constitutionnel (1). N'assiste-t-on pas à un glissement du contenu du principe d'égalité à celui du contenu de l'intérêt général⁸⁰ ? À la réflexion, il nous semble que ce mouvement, qui innerve l'ensemble des droits et libertés (économiques), soit parfaitement compatible avec le respect des exigences concurrentielles (2), si tant est que l'on envisage les fonctions respectives du Conseil constitutionnel et de l'Autorité de la concurrence dans un rapport de complémentarité et non d'identité (3).

1. La subordination de l'analyse concurrentielle à la prise en compte de la volonté législative

Il est vrai que l'appréciation du respect du principe d'égalité s'inscrit toujours dans le cadre finalisé de la règle qui institue la différence de traitement⁸¹. Le principe d'égalité est encore respecté lorsque que la différenciation se justifie par la poursuite par le législateur d'une raison d'intérêt général, pourvu qu'elle soit en rapport direct avec l'objet de la loi. En résulte naturellement une certaine marge d'action pour le législateur, que d'aucuns estiment excessive⁸². Plus modérément, il nous semble que l'importance accordée à l'objectif poursuivi par le législateur explique la (juste) place dévolue à l'analyse concurrentielle. Les notions tirées du droit de la concurrence peuvent permettre d'apprécier la différence de situation dans la mesure où elles s'avèrent pertinentes pour apprécier la rationalité des choix législatifs.

⁷⁹ Pour une critique de cette limite, voir O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », préc.

⁸⁰ En ce sens déjà, B. ASSO, « Inégalité compensatrice et droit de la concurrence », in J.-M. RAINAUD et R. CRISTINI (dir.), *Droit public de la concurrence*, op. cit., p. 28 : « tout laisse à penser que l'intérêt général, et l'idée que l'on en a, a subordonné le principe d'égalité ».

⁸¹ O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », préc.

⁸² D. de BÉCHILLON, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015, p. 7-14.

Si dans l'affaire des semences évoquée plus haut⁸³, le Conseil constitutionnel se réfère à la notion fonctionnelle d'activité économique, ce n'est pas tant pour réceptionner telle quelle la définition donnée par la Cour de justice. C'est surtout parce qu'elle était adaptée pour vérifier la cohérence entre la différence de traitement et l'objet de la loi. C'est parce qu'en l'occurrence l'objet de la loi était de préserver la biodiversité en excluant une exploitation commerciale que le traitement spécifique réservé aux associations loi 1901 n'était pas justifié. Il n'est pas besoin en effet de recourir aux analyses du droit de la concurrence pour reconnaître que les associations peuvent tout à fait se livrer à des exploitations commerciales.

C'est précisément cette référence aux critères définis par le législateur qui explique que la notion fonctionnelle d'activité économique n'ait pas été mobilisée dans une décision intéressant – paradoxalement – le droit de la concurrence. Il s'agissait pour le Conseil constitutionnel d'examiner une disposition du Code de commerce qui prévoit des modalités de sanction différentes selon que les pratiques anticoncurrentielles sont commises par des entreprises ou d'autres entités (associations loi 1901, ordres professionnels, fédérations professionnelles, collectivités territoriales, État). Pour conclure que la différence de traitement respecte le principe d'égalité, le Conseil considère que la différence de traitement est en rapport direct avec « l'objectif de préservation de l'ordre public économique » poursuivi par le législateur, qui « implique que le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif »⁸⁴. En contrariété avec la logique et l'esprit du droit de la concurrence⁸⁵, qui à travers la notion d'activité économique promeut une approche objective et fonctionnelle de l'entreprise, le Conseil constitutionnel retient une approche plus formelle, dépendante du « statut ou de la forme juridique propre à la poursuite d'un but lucratif ».

On le voit, l'appropriation des notions de droit de la concurrence ne s'impose que partiellement dans la jurisprudence constitutionnelle, y compris sur les propres terres de la matière concurrentielle ! Cela est lié à la part d'interprétation que comportent nécessairement l'opération de reconstitution *a posteriori* de l'intention législative et l'examen des critères législatifs de discrimination. Les outils concurrentiels ne sont, de ce point de vue, qu'une boussole pour le juge constitutionnel : s'ils permettent d'indiquer les étapes d'un chemin, la direction doit être définie par la puissance publique. Mais dans la mise en œuvre du principe d'égalité, l'importance dévolue à l'intérêt général, dont fait précisément partie l'objectif de préservation de l'ordre public économique, ne pose en soi aucune difficulté du point de vue de l'impératif concurrentiel. Bien au contraire.

2. La promotion de l'intérêt général par la dimension compensatrice du droit de la concurrence

Rappelons nous que le principe d'égalité est porteur dans sa dimension matérielle d'une logique de correction des inégalités, laquelle suppose une action correctrice des pouvoirs publics en vue de rétablir ces déséquilibres. Cette dimension étant prise en compte

⁸³ Cons. Const., déc. n° 2016-737 DC, 4 août 2016, préc.

⁸⁴ Cons. Const., déc. n° 2015-510 QPC, 7 janvier 2016, *Association Expert-comptable média association*, note J. MARTINEZ, *Concurrences* n° 2-2016, Chronique Actions publiques, p. 209-211.

⁸⁵ En ce sens, la position de Joseph VOGEL, in L. ARCELIN, H. GÉNIN, J. VOGEL, « Décision n° 2015-510 QPC du Conseil constitutionnel : faut-il craindre une remise en cause de la cohérence du droit de la concurrence », *RLC* n° 52, juillet-août 2013, p. 37-42.

comme nous l'avons vu plus haut à titre dérogatoire, c'est bien, au risque de surprendre, lors de l'examen des raisons d'intérêt général que la logique concurrentielle pourra déployer tous ses effets.

Dans sa jurisprudence précitée de 2001, on pouvait voir le Conseil constitutionnel, mobilisant son appareil de contrôle classique de ruptures des inégalités, appréhender une aide selon une approche correctrice tout à fait novatrice. Au sujet d'une aide destinée aux quotidiens d'information politique et générale, il avait estimé qu'elle respectait le principe d'égalité car « il est loisible au législateur de créer une aide de l'État dans le but de compenser des surcoûts spécifiques de diffusion » et cette aide « participe de la volonté de préserver le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale, dont le maintien et le développement sont nécessaires à l'exercice effectif de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁸⁶. C'est bel et bien l'idée de « discrimination positive » qui se trouve réinvestie ici dans la sphère économique⁸⁷. Certains auteurs la nommaient hier « technique de discrimination fonctionnelle »⁸⁸, montrant le caractère interventionniste qui la sous-tend. D'autres la nomment aujourd'hui « neutralité concurrentielle »⁸⁹, partant d'une approche délibérément tournée vers l'objectif d'efficacité.

Revenir vers une analyse centrée sur le principe d'égalité pourrait paraître démodé. C'est qu'on a sans doute sous-estimé la portée concurrentielle d'un tel principe. Ne contient-il pas en germe l'approche compensatoire qui sera développée au niveau de l'Union européenne pour disqualifier d'aide les compensations de service public⁹⁰? C'est, à notre sens, cette approche qui aurait pu être sollicitée par le biais du principe d'égalité pour solidifier l'argumentation du Conseil constitutionnel dans l'affaire SCOR. On se rappelle que le Conseil avait jugé, au terme d'une motivation lacunaire, que la garantie de l'État accordée à la seule caisse centrale de réassurance n'avait méconnu ni la liberté d'entreprendre ni le principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel s'était référé à l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ». Il aurait donc pu considérer qu'il était loisible au législateur de conférer une garantie à la Caisse de réassurance pour compenser les contraintes spécifiques assumées par cette dernière. Outre l'obligation de réassurer tous les assureurs intéressés, le Conseil relevait à cet égard « la nature particulière des risques assurés et l'absence de tout plafond de garantie de la couverture dont bénéficient les assurés »⁹¹.

Certes, pour porter jusqu'au bout l'approche compensatoire et la logique d'égalisation des conditions de concurrence qui la sous-tend, encore faudrait-il que le Conseil constitutionnel intensifie son contrôle. Entendant certaines critiques doctrinales, il pourrait

⁸⁶ Cons. Const., déc. n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, préc.

⁸⁷ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, p. 222.

⁸⁸ B. ASSO, op. cit., p. 29 : « Le droit public économique et son département, le droit public de la concurrence, ainsi finalisés, expliquent l'émergence de la technique de discrimination fonctionnelle et notamment de l'inégalité compensatrice qui consiste à accorder des avantages à certains en compensation de sujétions plus ou moins importantes ».

⁸⁹ R. LANNEAU, « La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique », *Droit administratif*, 2016, n° 1, étude n° 1 ; F. JENNY, « Les autorités nationales de concurrence face au défi de la neutralité concurrentielle », *Concurrences*, 2015-4, p. 1.

⁹⁰ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00.

⁹¹ Cons. Const., déc. n° 2013-344 QPC, préc., cons. 8.

notamment resserrer son examen de la justification sur « l'idée centrale de proportion »⁹², c'est-à-dire « sur ce qui est à la base même de l'égalité, à savoir l'analyse comparée des situations »⁹³. Le contrôle exercé s'apparenterait alors à un contrôle de proportionnalité plus en phase avec les exigences qui entourent la mise en œuvre des dérogations aux libertés économiques en droit de l'Union européenne. Plus encore, s'il acceptait de se défaire d'une jurisprudence contestée et selon laquelle le principe d'égalité n'oblige pas à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes⁹⁴, il contribuerait sans aucun doute à « faire peser sur le législateur une obligation positive d'égalisation des conditions de concurrence » réclamée par une partie de la doctrine⁹⁵.

3. La complémentarité des fonctions du juge constitutionnel et du juge concurrentiel

Il ne s'agit pas de prôner un alignement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur celle de la Cour de justice et encore moins sa subordination à la logique portée par l'analyse économique du droit de la concurrence. Il n'est pas certain que la vocation du juge constitutionnel soit de s'ériger en juge de la concurrence. À un moment où le droit de l'Union reconnaît plus que jamais le rôle prépondérant des États dans la définition et l'organisation des services d'intérêt économique général, ce sont les juridictions nationales qui sont appelées en premier ressort à contrôler les contours de cet intérêt général, par la mise en œuvre effective du contrôle des libertés économiques traditionnelles. Ce contrôle est un préalable indispensable au contrôle effectif de l'Autorité de la concurrence. Impuissante à apprécier la licéité des interventions économiques des pouvoirs publics à titre contentieux, l'Autorité de la concurrence ne peut exercer son contrôle que sur les conditions concrètes d'intervention des personnes publiques sur la base de l'application des règles de concurrence. Comme le rappelle fréquemment la gardienne de la concurrence, « le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général »⁹⁶. C'est dire le rôle crucial que revêt l'opération de contrôle préalable du bien-fondé des interventions économiques de la puissance publique, lorsque celle-ci invoque de telles considérations d'intérêt général. C'est aux juges naturels de l'action publique, juge constitutionnel et juge administratif, qu'incombe ce contrôle, qui peut rester articulé autour des droits et libertés fondamentaux traditionnels. En puisant dans les forces méthodiques du principe d'égalité et en réinvestissant le test classique de proportionnalité, l'analyse économique pourra alors se déployer, obligeant le législateur à repenser dans ses fondements et ses implications le bien-fondé de son intervention, dont la légitimité ne pourra sortir que renforcée.

⁹² O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », préc.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Cons. Const., déc. n° 2010-617 DC, 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des retraites*.

⁹⁵ G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *op. cit.*,

⁹⁶ Cons. Conc., avis n° 96-A-12 17 septembre 1996, relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français.

Quant au principe de libre concurrence, si tant est qu'un tel principe existe en droit français, pourquoi chercher à lui trouver un fondement constitutionnel autonome ? Lorsque le Conseil constitutionnel considérait qu'il incombait aux autorités et juridictions compétentes de veiller de respecter de la libre concurrence⁹⁷, alors tout juste reconnue, il ne s'était pas mépris sur la fonction propre de chaque juge. On objectera que certains comportements anticoncurrentiels peuvent être couverts par une législation nationale contraire aux règles européennes de concurrence, en violation du devoir de coopération loyale des États membres. Ce à quoi l'on répondra brièvement que le droit de l'Union européenne a déjà échafaudé une solution fort pragmatique en obligeant les autorités nationales de concurrence confrontées à une législation nationale litigieuse à l'écarter au profit de l'application de la règle de concurrence⁹⁸.

Ainsi face au mouvement d'opposabilité des règles de concurrence aux États membres, impulsé en droit de l'Union européenne, il conviendrait d'insister sur le mouvement réciproque d'applicabilité des principes constitutionnels au jeu de la concurrence. Car cette applicabilité n'est pas sans incidence dans la structuration de l'ordre économique et sur la formalisation d'une politique de concurrence confrontée à des finalités contradictoires. L'apport des constitutionnalistes en la matière ne serait-il pas en fin de compte de faire « pénétrer plus intimement l'État de droit dans le système économique »⁹⁹ ?

⁹⁷ Cons. Const., déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, préc., cons. 34.

⁹⁸ CJCE, 9 septembre 2003, *Conorzio Industrie Fiammeri (CIF)*, aff. C-198/01, *Rec.* p. I-8055.

⁹⁹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, op. cit., p. 195.